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

La siguiente comunicación, de fecha 15 de abril de 1999, dirigida por la Delegación Permanente de la Comisión Europea al Presidente del Órgano de Solución de Diferencias, se distribuye de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

Las autoridades de mi país me han pedido que presente la siguiente solicitud en nombre de las Comunidades Europeas y sus Estados miembros para que se examine en la próxima reunión del Órgano de Solución de Diferencias.

El artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, modificada por la "Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales" promulgada el 27 de octubre de 1998, exonera, en determinadas condiciones, de la obligación de obtener una autorización del titular del derecho respectivo, la comunicación o transmisión que incorpore la ejecución o representación de una obra mediante la recepción por el público de la transmisión a través de un aparato receptor único del tipo utilizado comúnmente en casas privadas (apartado A) y, también en determinadas condiciones, la comunicación por un establecimiento de una transmisión o retransmisión que incorpore la ejecución o representación de una obra musical no dramática destinada a la recepción por el público en general (apartado B). En la práctica, esto significa que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos permite, en determinadas circunstancias, la emisión de música de la radio o la televisión en lugares públicos (como bares, tiendas, restaurantes, etc.) sin pagar regalías.

No obstante, el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio contenido en el Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (en adelante, el "Acuerdo sobre los ADPIC") obliga a los Miembros de la OMC a observar los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (en adelante el "Convenio de Berna").

El párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna, modificado por el Acta de París de 1971, concede a los autores de obras literarias y artísticas, incluidas las obras musicales, el derecho exclusivo de autorizar no sólo la radiodifusión o la comunicación por cualquier otro medio de difusión sin hilo de sus obras, sino también la comunicación pública, mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo, de una radiodifusión de sus obras. El párrafo 1) del artículo 11 de dicho Convenio reconoce a los autores de obras musicales el derecho exclusivo de autorizar la ejecución pública de sus obras, comprendida la ejecución pública por cualquier medio o procedimiento, así como cualquier comunicación al público de la ejecución de sus obras.

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 repuesta a la solicitud presentada por las Comunidades Europeas (WT/DS160/5), de conformidad con el artículo 6 del ESD (WT/DSB/M/62).

2. En esa reunión, las partes en la diferencia acordaron que el Grupo Especial tuviera el mandato uniforme. El mandato 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."

3. El 27 de julio de 1999, las Comunidades Europeas presentaron al Director encargado una solicitud, con referencia al párrafo 7 del artículo 8 del ESD, a fin de que determinara la composición del Grupo Especial. El párrafo 7 del artículo 8 dispone lo siguiente:

> "Si no se llega a un acuerdo sobre los integrantes dentro de los 20 días siguientes a la fecha del establecimiento del grupo especial, a petición de cualquiera de las partes, el Director General, en consulta con el Presidente del OSD y con el Presidente del Consejo o Comité correspondiente, establecerá la composición del grupo especial, nombrando a los integrantes que el Director General considere más idóneos con arreglo a las normas o procedimientos especiales o adicionales previstos al efecto en el acuerdo o acuerdos abarcados a que se refiera la diferencia, después de consultar a las partes en ella. El Presidente del OSD comunicará a los Miembros la composición del grupo especial así nombrado a más tardar 10 días después de la fecha en que haya recibido dicha petición."

4. El 6 de agosto de 1999, el Director encargado estableció la composición del Grupo Especial, que es la siguiente:

Presidente:	Carmen Luz Guarda
Miembros:	Arumugamangalam V. Ganesan Ian F. Sheppard

5. El Brasil, Australia, el Canadá, el Japón y Suiza se reservaron su derecho a participar en calidad de terceros en la diferencia.

APÉNDICE 1.1

PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
Y SUS ESTADOS MIEMBROS

(5 de octubre de 1999)

Índice

Página

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 11*bis* 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.[4] De conformidad con el párrafo 2 del artículo 63 del Acuerdo sobre los ADPIC y las correspondientes directrices adoptadas por el Consejo de los ADPIC[5], en la reunión del Consejo celebrada en julio de 1996 se sometió a examen la legislación sobre derecho de autor de los EE.UU. junto con las de otros Miembros industrializados de la OMC, y las CE y sus Estados miembros formularon, además de otros países, diversas preguntas a los EE.UU. sobre la protección del derecho de autor en materia de obras amparadas por ese derecho, a las que los EE.UU. respondieron por escrito.[6]

13. En el plano bilateral, las CE y sus Estados miembros plantearon sus preocupaciones a través de varias gestiones diplomáticas en diversos niveles, incluido el nivel político. Lamentablemente, resultó imposible lograr ningún adelanto para resolver las cuestiones por esa vía.

14. Mediante una comunicación de fecha 26 de enero de 1999[7], las CE y sus Estados miembros pidieron la celebración de consultas de conformidad con el artículo 4 del ESD y el artículo 64 del Acuerdo sobre los ADPIC junto con el artículo XXII del GATT de 1994.

15. Mediante comunicaciones de fechas 11 y 12 de febrero de 1999, Australia[8] y el Canadá[9] expresaron su deseo de asociarse a las consultas con arreglo al párrafo 11 del artículo 4 del ESD.

---

de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ('Acuerdo sobre los ADPIC'), administrado por la Organización Mundial del Comercio. Si se sanciona el proyecto H.R. 789 y limitamos los derechos que tienen los titulares de derecho de autor sobre las obras musicales a ejecutarlas en público, en particular en restaurantes o bares, tal como se prevé en el artículo 2.a), y en los establecimientos a que se refiere el artículo 2.c), nos preocupa seriamente que nos acusen de violar nuestras obligaciones internacionales, tanto en virtud del Convenio de Berna como del Acuerdo sobre los ADPIC, el segundo de los cuales contiene un derecho similar en el párrafo 3) de su artículo 14." (Se adjunta copia de toda la declaración sobre los aspectos internacionales en la prueba documental EC-12.)

[3] La precisión obliga a mencionar que las declaraciones citadas en relación con el párrafo 4 se referían a un proyecto anterior (H.R. 789, presentado como prueba documental EC-13) que disponía una excepción levemente más amplia que la que figura en el actual artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor.

[4] Documentos de la OMC IP/N/1/USA/C/1 y 2.

[5] Documento de la OMC IP/C/M/7.

[6] Documento de la OMC IP/Q/USA/1.

[7] Documento de la OMC WT/DS/160/1.

[8] Documento de la OMC WT/DS/160/4.

Mediante una comunicación de fecha 15 de febrero de 1999, Suiza[10] 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 1999[12], 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:

---

[9] Documento de la OMC WT/DS/160/2.
[10] Documento de la OMC WT/DS/160/3.
[11] Nota de la Misión Permanente de los Estados Unidos ante la OMC de fecha 31 de marzo de 1999.
[12] Documento de la OMC WT/DS/160/5.
[13] Documento de la OMC WT/DS/160/6.
[14] Documento de la OMC WT/DS/160/6.

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

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

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

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

22. En términos generales, la exención de uso hogareño abarcaba el empleo de un receptor de radio o televisión "de tipo hogareño" en una tienda, un bar, un restaurante o cualquier lugar frecuentado por el público. La exención *no* se aplicaba a locales en que se ejecutaran cintas, discos compactos u otros artefactos musicales mecánicos.

23. La *ratio legis* de la exención de uso hogareño se remonta a la sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. dictada en 1975 en el asunto *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken.*[15] El Sr. Aiken era propietario de un pequeño restaurante de comidas rápidas en que funcionaba un receptor de radio con cuatro altavoces en el techo. Esa instalación recibía la transmisión de varias emisoras de radio, que incluía obras musicales protegidas. En esa época se consideraba que la sentencia del Tribunal Supremo de 1931 en el asunto *Jewell-Lasalle*[16] significaba que los establecimientos comerciales debían obtener una licencia para recoger una emisión de radiodifusión a fin de poder comunicarla al público legalmente. Sin embargo, 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.[17]

24. 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.

25. Para poder tener derecho a la exención, es preciso que la transmisión se reciba "*con un único aparato receptor de tipo utilizado habitualmente en hogares privados*". Se pierde el beneficio de la exención si se efectúa un cobro directo para poder ver u oír la transmisión, o ésta se retransmite al público.

26. Se plantea una importante cuestión respecto de lo que debe considerarse "*un único aparato receptor de tipo utilizado habitualmente en hogares privados*". La tecnología sufre una evolución permanente, y la tecnología de las "radios del hogar" del decenio de 1970 ha sido superada varias veces, con la consecuencia práctica de que el alcance de la exención de uso hogareño ha ido ampliándose continuamente.

---

[15] *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975) (prueba documental EC-1).

[16] *Buck v. Jewell-Realty Co.* 283 U.S. 191 (1931).

[17] Conforme al artículo 101 de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU., la interpretación o ejecución de una obra significa "*recitarla, presentarla, interpretarla, danzarla o escenificarla, directamente o por medio de cualquier artefacto o procedimiento*", mientras que transmitir una interpretación o ejecución o exhibirla es "*comunicarla mediante cualquier artefacto o procedimiento por el cual se reciban imágenes o sonidos fuera del lugar desde el cual se emiten*".

27. Aunque es evidente que, en la práctica, la exención de uso hogareño se ha aplicado en el pasado y sigue aplicándose en la actualidad principalmente a transmisiones de radio y televisión, y a emisiones de televisión por cable y mediante satélite, la redacción del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976, en opinión de las CE y sus Estados miembros, parece aplicable igualmente a una gama más amplia de transmisiones, entre ellas las redes informáticas e Internet.[18]

28. 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 EE.UU. 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".[19] Sin embargo, el propósito del Congreso era un tanto ambiguo, como resulta del pasaje que sigue: "*(s)e aplica a las interpretaciones, ejecuciones y exhibiciones de todo tipo de obras, y tiene por objeto eximir de la responsabilidad por derecho de autor a toda persona que se limite a hacer funcionar, en un lugar público, un receptor común de radio o televisión* (…)".[20]

29. Según las declaraciones formuladas en relación con este asunto por autoridades de los EE.UU., los tribunales de ese país también han interpretado restrictivamente esta disposición: si el equipo receptor y los altavoces son demasiado complejos y poderosos, no se aplica la exención.[21] En realidad, 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.

30. Hasta comienzos del decenio de 1990, los principales elementos que los tribunales tomaban en consideración a este respecto eran los siguientes[22]:

- el tamaño físico del establecimiento (en términos de superficie, por ejemplo en comparación con el restaurante de Aiken[23]);
- la importancia económica del establecimiento;
- el número de altavoces;
- el hecho de que los altavoces estuvieran sueltos o embutidos en el techo;

---

[18] Volverá a hacerse referencia a esta cuestión al analizar la parte B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, *infra*.

[19] Véase también la respuesta de la Administración de los EE.UU. a las preguntas del Canadá y de las CE y sus Estados miembros en el Consejo de los ADPIC (30 de octubre de 1996, documento de la OMC IP/Q/USA/1, página 12), donde se hace referencia a *H.R. Rep. Nº 1476, 94th Congress, 2d Session 87 (1976)* (prueba documental EC-2): "*El fundamento básico de esta cláusula consiste en que el uso secundario de la transmisión que resulta de poner en funcionamiento un receptor común en público es tan remoto y mínimo que no corresponde imponer otra responsabilidad. (…) [E]l Comité considera que [la situación de hecho en el caso de Aiken] representa el límite máximo de la exención, y entiende que debe trazarse la línea en ese punto. De este modo, la cláusula eximiría los pequeños establecimientos comerciales cuyos propietarios se limitaran a instalar en sus locales equipos de radio o televisión comunes y ponerlos en funcionamiento para el disfrute de sus clientes, pero impondría responsabilidad en caso de que el propietario tuviese instalado un sistema sonoro comercial o convirtiera un equipo receptor doméstico corriente (…) en el equivalente de un sistema sonoro comercial*."

[20] Véase *H.R. Rep. Nº 1476, 94th Congress, 2d Session 86* (1976) (prueba documental EC-3).

[21] Respuesta de las autoridades de los EE.UU. a las preguntas del Canadá y la UE en el Consejo de los ADPIC, 30 de octubre de 1996, documento de la OMC IP/Q/USA/1, página 13.

[22] En la prueba documental EC-4 se adjunta una lista no exhaustiva de los asuntos judiciales referentes a la exención del artículo 110(5).

[23] Véase la nota 15, *supra*.

- 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

- la configuración de la instalación.

Como consecuencia de la formulación ambigua del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976, el empleo selectivo de estos criterios durante un decenio de litigios dio lugar a una jurisprudencia un tanto incoherente.[24]

31. En los últimos años, en lugar de examinar los antecedentes legislativos del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976 y el propósito del legislador, 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*[25] y *Claire's Boutiques*[26] presentan sentencias ilustrativas dictadas por dos Tribunales de Apelaciones federales con un mes de diferencia.

32. La cuestión medular en ambos asuntos era si, en el caso de una gran empresa con un elevado número de locales de ventas en todo el país y con ingresos anuales de varios cientos de millones de dólares, en cada uno de cuyos locales se empleara un único receptor de tipo utilizado habitualmente en los hogares privados, seguía siendo aplicable o no el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976.[27] En ambos casos la respuesta de los tribunales fue afirmativa. Según los tribunales, los

---

[24] El análisis de la jurisprudencia de los EE.UU. sobre la exención de uso hogareño parece indicar que, aunque la superficie no era el único criterio aplicado, ningún tribunal la aplicó nunca a establecimientos de comidas o bebidas de más de 1.500 pies cuadrados de superficie total (139 m^2) (el restaurante de Aiken tenía 1.055 pies cuadrados, o sea, 98 m^2). Del mismo modo, la exención de uso hogareño no parece haberse aplicado por los tribunales a establecimientos en que se utilizaran más de cuatro altavoces.

[25] *BMI v. Edison Bros. Stores Inc., US Court of Appeals for the Eighth Circuit, Nº 91-2115*, 13 de enero (prueba documental EC-5). A comienzos del decenio de 1980, Edison Brothers, una importante cadena de tiendas minoristas, llegó a un entendimiento con una importante sociedad de recaudación de derechos de los EE.UU. (BMI) sobre una "política de radio" destinada a exonerar de responsabilidad por derecho de autor a sus más de 1.500 tiendas. Los términos del acuerdo eran los siguientes: a) cada receptor de radio sólo podría tener dos altavoces; b) los altavoces tendrían que estar situados a menos de 15 pies del receptor; c) no deberían utilizarse altavoces incorporados en las paredes, permitiéndose únicamente los portátiles; d) sólo podría hacerse funcionar la radio, y no cintas ni discos. Para cumplir esta política, Edison Brothers realizó una considerable inversión. En 1988 BMI adoptó una nueva política llegando a la conclusión de que la exención establecida en el artículo 110(5) nunca podría aplicarse a las cadenas de tiendas, cualquiera que fuese el equipo utilizado. Sin embargo, Edison Brothers efectuó con éxito una impugnación judicial de esa interpretación. Esto llevó a que un número importante de grandes cadenas de tiendas adaptaran sus instalaciones musicales para beneficiarse de la exención. Algunas de esas cadenas de tiendas llegaron a rescindir su suscripción a empresas proveedoras de música utilizando como única fuente la radio.

[26] *BMI v. Claire's Boutiques Inc., US Court of Appeals for the Seventh Circuit, Nº 91-1232*, 11 de diciembre de 1991 (prueba documental EC-6). En este asunto también se enfrentaron titulares de derechos con una empresa propietaria de una cadena de tiendas, y la situación jurídica y de hecho era similar a la del asunto *Edison*.

[27] Tanto en el caso de Edison como en el Claire's Boutiques, todos los locales pertenecían íntegramente a Edison Inc. y a Claire's Boutique Inc. y eran objeto de administración centralizada. No se aplicaba ningún sistema de franquicias comerciales. Los locales de Claire's Boutiques tenían, cada uno, una superficie

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 medida las limitaciones relativas al tamaño de los establecimientos, resulta dudoso si los tribunales habrán de mantener los límites de superficie de los establecimientos que se habían fijado en la jurisprudencia referente al artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976.[28]

---

comprendida entre 861 y 2.000 pies cuadrados (entre 80 y 186 m^2). Los locales de Edison tenían una superficie comprendida entre 800 y 1.200 pies cuadrados (entre 74 y 111 m^2).

[28] Véase la nota de pie de página 22.

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 ejecución[29] o la exhibición[30] 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 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.

42. Por añadidura, las *retransmisiones* que no estaban exentas expresamente en virtud del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976 lo están ahora. Conforme a la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU., "transmitir" un programa significa "comunicarlo mediante cualquier artefacto o procedimiento por el cual se reciban imágenes o sonidos fuera del lugar desde el cual se envían".[31] En consecuencia, "retransmitir" un programa significa volver a transmitir una transmisión, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los operadores de televisión por cable, que reciben señales de televisión y las retransmiten a sus suscriptores, o en el caso de los satélites que reciben señales emitidas desde tierra y las retransmiten a tierra.

43. La mayoría de los programas de televisión de los EE.UU. se transmiten por emisión hertziana, por cable o mediante satélite. Por lo tanto, la inclusión expresa de esta forma de transmisión hace que

---

[29] Con arreglo al artículo 101 de la Ley de Derecho de Autor, interpretar o ejecutar una obra significa recitarla, presentarla, interpretarla, danzarla o escenificarla, directamente o por medio de cualquier artefacto o procedimiento.

[30] Con arreglo al artículo 110 de la Ley de Derecho de Autor, exhibir una obra significa presentar un ejemplar de ella directamente o indirectamente por medio de cualquier artefacto.

[31] Artículo 101 de la Ley de Derecho de Autor.

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:

- si el establecimiento tiene una superficie bruta menor de 2.000 pies cuadrados (186 m^2), 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 seis altavoces, de los cuales pueden situarse como máximo cuatro 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 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.

46. Para los establecimientos de servicios de comidas o bebidas[33] rigen las siguientes condiciones aún más generosas:

- si el establecimiento tiene una superficie bruta inferior a 3.750 pies cuadrados (348 m^2), con exclusión del espacio para aparcamiento, la exención rige sin condiciones; es decir, puede

[32] Se menciona el ejemplo siguiente para ilustrar una situación en que adquiere importancia lo señalado en el texto: un organismo de radio (o televisión) autorizado por la Comisión Federal de Comunicaciones transmite paralelamente su emisión por ondas hertzianas 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.

[33] Esos establecimientos se definen en el artículo 101 de la Ley de Derecho de Autor, modificada por el artículo 205 de la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales, en los siguientes términos: "*restaurantes, posadas, bares, tabernas o cualquier otro comercio similar al que concurren clientes o público con el propósito principal de que se les sirvan comidas o bebidas, cuya superficie bruta no destinada a vivienda se utiliza mayoritariamente con ese fin, y en que se interpretan o ejecutan públicamente obras musicales no dramáticas*".

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 1976[34] 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 la televisión en sus locales comerciales para el disfrute de sus clientes sin el consentimiento del titular del derecho de autor. La única condición estipulada por la Ley que tiene posibilidades de reducir en alguna medida que la excepción se aplique a todos los locales comerciales de los Estados Unidos consiste en el requisito de que se utilice un único aparato de tipo que se encuentre habitualmente en los hogares privados, sin que se defina en la Ley lo que se entiende por tal cosa. Los demás requisitos no tienen probabilidades de limitar los efectos prácticos en medida alguna.

52. Con respecto a las obras musicales no dramáticas, cualquier persona puede difundir esas obras, tomadas de la radio o la televisión, en su establecimiento para el disfrute de sus clientes sin el consentimiento del titular del derecho de autor. Si el establecimiento no alcanza a determinada superficie (3.750 pies cuadrados para los restaurantes y bares y 2.000 pies cuadrados para todos los demás establecimientos), no rige ninguna otra condición que tenga posibilidades de limitar el número de establecimientos exonerados. En caso de que los locales excedan de esos límites de superficie, existen algunas limitaciones más bien generosas que se relacionan principalmente con el número de altavoces que pueden utilizarse. De cualquier modo, el empleo de equipo profesional es perfectamente admisible.

IV. CONSECUENCIAS CUANTITATIVAS PARA LOS TITULARES DE DERECHO DE AUTOR

53. Para ilustrar el alcance de la excepción, en lo referente a los establecimientos mencionados en la parte B) del artículo 110(5) de Ley de Derecho de Autor, y para los cuales no existe ninguna limitación en cuanto a los equipos sonoros y audiovisuales utilizados, resultan instructivas las cifras que siguen.

54. Sobre la base de un estudio de Dun and Bradstreet de 1998, de la serie "Dun's Market Identifying Market Profile"[35,36], que es una base de datos que contiene informaciones, entre otras cosas, sobre la superficie de los establecimientos, puede indicarse lo siguiente acerca de más de 6,5 millones de establecimientos comerciales de los EE.UU.

En 1998, la base de datos de Dun and Bradstreet contenía los siguientes números de establecimientos, mientras que las cifras totales según las estimaciones de Dun and Bradstreet se indican entre paréntesis (el Servicio de Investigación del Congreso aplicó también este método en 1995):

- 7.819 (49.061) establecimientos de servicios de bebidas con una superficie inferior a 3.750 pies cuadrados (73 (85) por ciento del total de los establecimientos de servicios de bebidas incluidos en la base de datos de Dun and Bradstreet);

[35] Pueden encontrarse explicaciones más detalladas y los datos suministrados por Dun and Bradstreet en *Dun's Market Identifiers Market Profiles* (prueba documental EC-7).

[36] Las cifras de esta base de datos correspondientes a 1995 se utilizaron por el Servicio de Investigación del Congreso de los EE.UU. para establecer en 1996 la cantidad de establecimientos de ciertas categorías según su superficie que habrían de quedar comprendidos en la nueva ley.

- 51.385 (192.692) establecimientos de servicios de comidas con una superficie inferior a 3.750 pies cuadrados (70 (68) por ciento del total de los establecimientos de servicios de comidas incluidos en la base de datos de Dun and Bradstreet);

- 65.589 (281.406) establecimientos de comercio minorista con una superficie inferior a 3.750 pies cuadrados (45 (42) por ciento del total de los establecimientos de comercio minorista incluidos en la base de datos de Dun and Bradstreet).

55. 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).

56. 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 EE.UU. 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 una fuente importante de ingresos por concepto de licencias.

57. 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.

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

1. Breve historia de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC[37]

58. En la Conferencia Ministerial que dio inicio a la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales en Punta del Este (Uruguay) en septiembre de 1986, los ADPIC se incluyeron en el programa de negociación como uno de los llamados "nuevos temas". La formulación multilateral de normas en materia de derechos de propiedad intelectual había sido dominada hasta entonces por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que administra o coadministra prácticamente todos los tratados importantes en esa materia. Existían al comienzo opiniones diferentes entre los países industrializados, que deseaban lograr un alcance amplio de todos los derechos de propiedad intelectual, y los países en desarrollo, que deseaban limitar los trabajos a un código contra el comercio de productos falsificados.

59. Durante el proceso de negociación prevaleció el criterio de quienes procuraban un alcance amplio. Esto tuvo por consecuencia que se incluyeran en el Acuerdo sobre los ADPIC prácticamente todos los derechos de propiedad intelectual existentes. Para comenzar, se estipularon los principios del trato nacional y del trato de la nación más favorecida (el segundo de los cuales representaba una novedad en la esfera de los derechos de propiedad intelectual). Se incluyeron por vía de referencia los tratados más importantes de la OMPI (el Convenio de París, que abarca los derechos de propiedad industrial, y el Convenio de Berna, que abarca el derecho de autor, así como el Tratado de Wáshington sobre la protección de las topografías de semiconductores), sometiendo también esos tratados a un sistema eficaz de solución de diferencias. Se establecieron, además, disposiciones

[37] Para un informe detallado sobre la historia de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC véase Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, Londres, 1998, páginas 3 a 28.

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 prohibe 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 del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 1) del artículo 11*bis* y el párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna

64. Para facilitar la exposición, el análisis jurídico del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor se efectuará considerando conjuntamente sus dos partes.

a) Párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC

65. Esta disposición dice así:

> *"Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo ..."*

Esta disposición tiene por consecuencia que las obligaciones incluidas en los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna han pasado a formar parte de las obligaciones contraídas en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC y están sujetas plenamente al sistema de solución de diferencias de la OMC.[38,39]

---

[38] Véase Gervais, *The TRIPS Agreement, Drafting History and Analysis*, 1998, página 72.

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

66. La disposición que tiene particular importancia en el asunto presente es el párrafo 1 del artículo 11*bis* 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 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 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 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.[40] El punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* 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, 103d Congress, 2d 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 11*bis*.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 11*bis*.13. El ejemplo citado se refiere a la música; pero, evidentemente, ese derecho comprende todas las demás clases de obras, como las dramáticas o las dramático-musicales y las conferencias u otras obras orales, ya que las comunicaciones públicas no son únicamente de carácter recreativo; las hay*

69. No puede caber 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 caber 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) son obras protegidas con arreglo al artículo 11*bis* y el artículo 2 del Convenio de Berna.

70. Aunque la expresión "comunicación pública"[43] no fue definida en el Convenio de Berna, el Programa para la Revisión de Bruselas[44] proporciona alguna orientación sobre lo que significa la comunicación pública:

> "... *sobre todos los lugares en que se reúne público en cines, restaurantes, salones de té* ..."

71. Aunque la parte A) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor se refiere expresamente a la "... *interpretación, ejecución o exhibición de una obra mediante la recepción por el público* ...", también la comunicación de una obra musical en un establecimiento, a los clientes de éste, en la forma que se describe en la parte B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor constituye una comunicación pública en el sentido del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna.[45]

72. Con arreglo al párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna, la comunicación pública tiene que efectuarse "mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo". A este respecto es indiferente que los altavoces estén incorporados en el receptor de radio o televisión o en otro aparato (incluyendo, por ejemplo, un ordenador) o son independientes. Es obvio que la comunicación pública prevista en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor comprende el caso en que se ejecutan obras musicales mediante altavoces para los clientes del establecimiento. De cualquier modo, la música transmitida por radio o televisión sólo puede hacerse audible por medio de alguna clase de altavoz.

73. Al negar la protección del derecho de autor a las obras musicales (en la parte A) a las obras amparadas por el derecho de autor que no son obras musicales no dramáticas) cuando se reciben a

---

también que son instructivas y que, en la práctica, no tienen menos importancia que las otras. Sea cual sea la naturaleza de la obra radiodifundida [o televisada], lo importante es que exista comunicación pública de la misma mediante altavoz o instrumento análogo (por ejemplo, una pantalla de televisión que transmite signos, sonidos o imágenes).

*artículo 11*bis*.14. Conviene señalar que los tres elementos que integran el derecho de radiodifusión y que acaban de describirse no se excluyen recíprocamente, sino al contrario, son acumulativos, es decir, se dan cada vez que surgen las situaciones a que se refiere el Convenio.*"

[41] Véase *Guía del Convenio de Berna*, OMPI (1978), página 78 (prueba documental EC-9).

[42] Véase *Guía del Convenio de Berna*, OMPI (1978), página 14 (prueba documental EC-10).

[43] La expresión "comunicación al público" constituye un sinónimo.

[44] Comentarios al Programa para la Conferencia de Bruselas: documentos de 1948, páginas 266 y siguientes.

[45] Ambos actos están claramente comprendidos en la definición que establece la ley interna de los EE.UU. en el artículo 101 de la Ley de Derecho de Autor, donde se define la interpretación, ejecución o representación pública de una obra en los siguientes términos: "*(...) La interpretación, ejecución o representación pública de una obra significa: 1) su interpretación, ejecución o representación en un lugar abierto al público o en cualquier lugar en que se reúna un número importante de personas fuera del círculo normal de la familia y sus allegados sociales; o 2) la transmisión u otra forma de comunicación de una interpretación, ejecución o representación de la obra a un lugar comprendido en la cláusula 1) o al público por medio de cualquier artefacto o procedimiento, independientemente de que el público que pueda recibir la interpretación, ejecución o representación la reciba en el mismo lugar o en lugares separados y al mismo tiempo o en momentos diferentes (...)*".

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* 11bis*). 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* 11bis*; 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

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

(8 y 9 de noviembre de 1999)

I. INTRODUCCIÓN

1. Las Comunidades Europeas (CE) y sus Estados miembros desean, ante todo, agradecer anticipadamente a la Señora Presidenta y a los demás miembros de este Grupo Especial por ocuparse de este asunto y por el tiempo y el esfuerzo que habrán de dedicarle. Nuestra gratitud se extiende también a los funcionarios de la Secretaría que ayudarán al Grupo Especial en el desempeño de sus tareas.

2. Es éste el cuarto grupo especial que se ocupa del Acuerdo sobre los ADPIC y el primero referente a cuestiones de derecho de autor. Es probable que las conclusiones de este Grupo Especial tengan gran importancia para la aplicación por los Miembros de cuestiones relacionadas con el capítulo del Acuerdo sobre los ADPIC que se refiere al derecho de autor y a las relaciones recíprocas entre el Acuerdo y el Convenio de Berna.

3. Hemos expuesto nuestra interpretación de los hechos referentes a este asunto y nuestros argumentos en la primera comunicación escrita, de fecha 5 de octubre de 1999, en la que explicamos por qué consideramos que ciertos aspectos de la legislación de los Estados Unidos en materia de protección de las obras amparadas por el derecho de autor son incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos derivadas del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de la OMC (Acuerdo sobre los ADPIC). Nos abstendremos hoy de repetir todos los hechos y argumentos que expusimos en la comunicación escrita, y en lugar de ello nos concentraremos en los hechos y los argumentos que consideramos medulares. También haremos observaciones provisionales sobre la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, de 26 de octubre de 1999, y las comunicaciones de terceros. Las CE y sus Estados miembros, desde luego, habrán de responder cabalmente a las comunicaciones de los Estados Unidos y de los terceros en su escrito de réplica.

4. Para expresarlo en términos de estilo telegráfico, la situación de las normas de los Estados Unidos sobre derecho de autor que son objeto de la reclamación de las CE y sus Estados miembros se presenta en los siguientes términos:

> 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 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;

- 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 habitualmente como "exención de uso hogareño". En términos generales, la exención de uso hogareño abarcaba el empleo de un receptor de radio o televisión "de tipo hogareño" en una tienda, un bar, un restaurante o cualquier otro lugar frecuentado por el público. La exención *no se aplicaba* a locales en que se ejecutaran cintas, discos compactos u otros artefactos musicales mecánicos.

9. La *ratio legis* de la exención de uso hogareño se remonta a la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictada en 1975 en el asunto *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken* (cuyo texto completo está en la prueba documental EC-1). El Sr. Aiken era propietario de un pequeño restaurante de comidas rápidas en que funcionaba un receptor de radio. Esa instalación recibía la transmisión de varias emisoras de radio, que incluía obras musicales protegidas. En esa época se consideraba que los establecimientos comerciales debían obtener una licencia para recoger una

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.

15. La cuestión medular en ambos asuntos era si, en el caso de una gran empresa con un elevado número de locales de ventas en todo el país y con ingresos anuales de varios cientos de millones de dólares, en cada uno de cuyos locales se empleara un único receptor de tipo utilizado habitualmente en los hogares privados, seguía siendo aplicable o no el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976. En ambos casos la respuesta de los tribunales fue afirmativa. Según los tribunales, los 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.

16. Las CE y sus Estados miembros no encuentran contradicción entre estas dos sentencias de segunda instancia y las dos que los Estados Unidos mencionan en el punto 7 de su primera comunicación escrita, porque en los dos casos que citan los Estados Unidos la superficie era considerablemente mayor que en los asuntos *Edison* y *Claire's Boutiques* (en el asunto *Sailor Music* la superficie media era de 3.500 pies cuadrados, mientras que en *Edison* y *Claire's Boutiques* era de 800 a 1.200 y de 900 a 2.000 pies cuadrados, respectivamente).

17. A comienzos del decenio de 1990, una coalición de asociaciones empresariales inició activas gestiones ante miembros del Congreso con el fin de lograr una ampliación del alcance del artículo 110(5). 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 Estados Unidos con el fin de ampliar considerablemente el alcance de la exención de uso hogareño.

18. En octubre de 1998 el Congreso aprobó un proyecto titulado "Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales", que fue promulgado por el Presidente 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 Estados Unidos

19. 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").

20. 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".

Aunque las CE y sus Estados miembros se enteran con satisfacción de que los Estados Unidos comparten esta interpretación (punto 9 de su primera comunicación escrita), desearíamos señalar, sin embargo, que esta interpretación puede no ser seguida necesariamente por todos los tribunales de los Estados Unidos. Algunos tribunales pueden no extraer una conclusión *a contrario sensu*, y aplicar la exención que figura en la parte A) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor a cualquier clase de obra literaria o artística.

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 utilizado como aparato receptor y amplificador no estaría abarcada por la exención del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor.

Usuarios exentos

26. El legislador ha establecido una distinción entre los establecimientos de servicios de comidas o bebidas y los demás establecimientos. Para que la exención se aplique a <u>los establecimientos que no son servicios de comidas o bebidas</u>, rigen los siguientes requisitos:

- si el establecimiento tiene una superficie bruta menor de 2.000 pies cuadrados (186 m^2), 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 m^2), 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

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"*.

Resumen

29. 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 (a las que se refiere la parte A) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor), cualquier persona puede, en los Estados Unidos, interpretar o ejecutar esas obras tomadas de la radio o la televisión en sus locales comerciales para el disfrute de sus clientes sin el consentimiento del titular del derecho de autor. La única condición estipulada por la Ley que tiene posibilidades de reducir en alguna medida que la excepción se aplique a todos los locales comerciales de los Estados Unidos consiste en el requisito de que se utilice un único aparato de tipo que se encuentre habitualmente en los hogares privados, sin que se defina en la Ley lo que se entiende por tal cosa. Los demás requisitos no tienen probabilidades de limitar los efectos prácticos en medida alguna.

30. Con respecto a las obras musicales no dramáticas (a las que se refiere la parte B del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor), cualquier persona puede interpretar o ejecutar esas obras, tomadas de la radio o la televisión, en su establecimiento para el disfrute de sus clientes sin el consentimiento del titular del derecho de autor. Si el establecimiento no alcanza a determinada superficie (3.750 pies cuadrados para los restaurantes y bares y 2.000 pies cuadrados para todos los demás establecimientos), no rige ninguna otra condición que tenga posibilidades de limitar el número de establecimientos exonerados. En caso de que los locales excedan de esos límites de superficie, sólo existen limitaciones referentes al número de altavoces que pueden utilizarse. De cualquier modo, el empleo de equipo profesional es perfectamente admisible.

III. CONSECUENCIAS CUANTITATIVAS PARA LOS TITULARES DE DERECHO DE AUTOR

31. Para ilustrar el alcance de la excepción, en lo referente a los establecimientos mencionados en la parte B) del artículo 110(5) de Ley de Derecho de Autor, y para los cuales no existe ninguna limitación en cuanto a los equipos sonoros y audiovisuales utilizados, resultan instructivas las cifras que siguen.

32. En 1999, Dun and Bradstreet Corp. preparó un análisis cuantitativo destinado a determinar cuántos establecimientos comerciales de los Estados Unidos quedan comprendidos dentro de los límites de superficie fijados por el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, liberándose en consecuencia de responsabilidad por derecho de autor. El método empleado por Dun and Bradstreet fue idéntico al que utilizó en un análisis que preparó en 1995 para el Servicio de Investigación del Congreso de los Estados Unidos durante la tramitación legislativa que condujo a la sanción de la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales.

33. El análisis se basa en cifras de 1998, utilizando la base de datos de Dun and Bradstreet, que comprende más de 6,5 millones de establecimientos comerciales de los Estados Unidos.

El resultado del análisis indica lo siguiente:

- un 73 por ciento de los establecimientos de servicios de bebidas de los Estados Unidos tiene una superficie inferior a 3.750 pies cuadrados;

- 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 SUS OBLIGACIONES EN VIRTUD DEL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO, DE LA OMC

1. 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 11*bis* y el párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna

39. Habida cuenta de que la distinción entre las dos partes del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor puede no resultar totalmente clara, su análisis jurídico se efectuará considerándolas conjuntamente.

Párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC

40. Esta disposición dice así:

> *"Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo ..."*

Esta disposición tiene por consecuencia que las obligaciones incluidas en los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna han pasado a formar parte de las obligaciones contraídas en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC y están sujetas plenamente al sistema de solución de diferencias de la OMC.

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

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

> *"1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:*
>
> - *1º, 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;*
>
> - *2º, toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;*

- *3º, 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 1º a 3º 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 3º 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 3º 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 2º 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 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º 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 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º 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 3º 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 2º 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 2º 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*

reformulada y convencional y *Estados Unidos – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*.

4. Las excepciones a la protección del derecho de autor previstas en el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de Berna

48. Los Estados Unidos señalan en el párrafo 18 de su primera comunicación escrita lo siguiente:

> "El Convenio de Berna permite que los miembros establezcan 'pequeñas reservas' a los derechos exclusivos garantizados por el Convenio, incluyendo limitaciones al derecho de interpretación o ejecución pública de los artículos 11 y artículo 11*bis*. El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC expresa la norma conforme a la cual debe apreciarse la admisibilidad de tales limitaciones a los derechos exclusivos."
>
> Las CE y sus Estados miembros no pueden suscribir esta afirmación.

49. El Convenio de Berna permite ciertas excepciones a los derechos exclusivos específicos que otorga. El párrafo 2) de su artículo 9 permite excepciones al derecho de reproducción, y los artículos 10 y 10*bis* del Convenio definen con precisión ciertos casos posibles de libre utilización de las obras que, por lo demás, están protegidas.

50. En lo que respecta al derecho de interpretación o ejecución pública y comunicación al público que figura en el artículo 11 del Convenio de Berna, dicho Convenio no prevé ninguna excepción ni limitación.

51. En cuanto a los derechos exclusivos comprendidos en el artículo 11*bis* del Convenio de Berna, el párrafo 2) establece cierta afinación, con el siguiente texto:

> "*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 1) 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.*"

Aunque se reserva a "los países de la Unión" la facultad de establecer libremente condiciones para el ejercicio de los derechos, esa libertad está limitada por el requisito mínimo de que el titular de derecho de autor obtenga una remuneración equitativa. El artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor omite establecer esa remuneración equitativa.

52. Es verdad que en la OMPI existieron algunas discusiones durante las Conferencias de Bruselas y de Estocolmo acerca de las llamadas "pequeñas reservas", pero el alcance preciso de los derechos del Convenio de Berna, sujeto a esas pequeñas reservas, nunca quedó totalmente aclarado. De cualquier modo, esas pequeñas reservas se limitarían a ejecuciones públicas de obras para ceremonias religiosas, bandas militares y las necesidades de la enseñanza de niños y adultos. Todos esos usos se caracterizan por su carácter no comercial, y resulta obvio que los usos previstos en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor no cumplen tal requisito.

53. Como consecuencia intermedia cabe afirmar que el Convenio de Berna no contiene ninguna disposición, expresa ni implícita, que justifique las exenciones incluidas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor.

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 articulo 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 contrarío, 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 casetes. 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 11*bis* 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

legislativa del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor ponen de manifiesto en forma palmaria que la difusión de música en los establecimientos comerciales no es un hecho que se produce en forma accesoria, sino un acto comercial deliberado destinado a atraer a los clientes para que disfruten mejor su permanencia en el local, con el objetivo, en última instancia, de incrementar el volumen de negocio y el beneficio. Este último aspecto está reconocido explícitamente por la NLBA en un boletín de noticias al que los Estados Unidos hacen referencia en su prueba documental US-7. En opinión de las CE y sus Estados miembros no puede caber duda de que la explotación normal del derecho exclusivo de que se trata incluye estas actividades comerciales. También Australia comparte esta opinión en su comunicación como tercero (puntos 5.6 y 5.7).

71. Estos argumentos son aplicables a las dos partes del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor. Tanto el autor de obras musicales dramáticas como el autor de música popular esperan que sus derechos exclusivos no se desconozcan, por lo menos respecto de actividades que los terceros realizan con fines de lucro comercial. Los Estados Unidos no presentan prueba de clase alguna en apoyo de su aseveración según la cual los titulares de obras musicales dramáticas no esperan ningún beneficio de los derechos que restringe el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (párrafo 31 de su primera comunicación escrita). También el argumento de que "el Congreso se propuso que esta excepción no hiciera otra cosa que codificar las prácticas que ya estaban en vigor en materia de licencias ..." tiene que ser rechazado porque cae en un círculo vicioso. Sólo puede haber una licencia cuando existe un derecho.

72. Las excepciones no deben causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. El interés legítimo del titular de los derechos consiste en que pueda impedir en todos los casos que los terceros, sin su consentimiento, hagan uso de su obra protegida por determinado derecho exclusivo. Es evidente que ese interés legítimo incluye, como mínimo, todos los usos comerciales de los derechos exclusivos efectuados por terceros. Al establecerse las excepciones que figuran en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor se lesiona ese interés legítimo y, en consecuencia, se le causa perjuicio. Australia comparte esta opinión en el punto 5.10 de su comunicación como tercero.

73. Aunque resulta difícil trazar la línea divisoria precisa entre el perjuicio justificado y el injustificado, en opinión de las CE y sus Estados miembros ambas excepciones incluidas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor causan un perjuicio injustificado al titular del derecho exclusivo del que se trata.

74. Aunque los Estados Unidos sostienen que los efectos económicos del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor eran mínimos, incluso antes de aprobarse su enmienda de 1998, no se presenta prueba de clase alguna en apoyo de tal aseveración. Por el contrario, la abundante jurisprudencia sobre la exención de uso hogareño anterior a 1998 pone de manifiesto que estaban en juego intereses económicos muy importantes. Contribuye también a confirmarlo la dilatada y áspera discusión legislativa sobre la enmienda de 1998. Ya sobre la base del asunto *Aiken* el estudio de 1995 realizado por el Servicio de Investigación del Congreso indicó que la exención alcanzaba al 13,5 por ciento de los establecimientos de servicios de bebidas de los Estados Unidos, el 16 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas y el 18 por ciento de los establecimientos de comercio minoristas. Teniendo en cuenta que los tribunales duplicaron la superficie del asunto *Aiken* antes de la enmienda legislativa de 1998, y que después de ella los tribunales podrían utilizar en la parte A) las categorías de superficies establecidas en la parte B), resulta probable que el alcance de la parte A) sea similar, y hasta idéntico, al de la parte B). Desde el punto de vista práctico, esto significa que por lo menos la mitad de los establecimientos de servicios de los Estados Unidos quedarán probablemente abarcados por la exención de la parte A). Si bien a los efectos de la cuestión del perjuicio injustificado resulta irrelevante el grado de agresividad de las actividades de las sociedades recaudadoras en materia de licencias, la afirmación de los Estados Unidos de que los establecimientos exentos en virtud de la parte A) son los menos expuestos a ser objeto de licencias agresivas por la

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 el titular de los derechos reciba una remuneración equitativa. Tal remuneración equitativa no ha sido prevista en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor.

80. Por último, aun cuando el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC pudiera aplicarse a los artículos 11 u artículo 11*bis* del Convenio de Berna, ninguna de las alternativas establecidas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor cumple ninguna de las tres condiciones que tienen que satisfacerse acumulativamente. Desde luego, sobre la base de los precedentes de la OMC, recae plenamente en los Estados Unidos la carga de probar la aplicabilidad del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y el cumplimiento de sus condiciones.

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 Estados Unidos con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC constituye un caso de anulación o menoscabo.

V. CONCLUSIÓN

82. Las CE y sus Estados miembros, en consecuencia, solicitan respetuosamente al Grupo Especial que constate que los Estados Unidos han incurrido en incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, junto con el punto 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. Desde luego, las CE y sus Estados miembros habrá de responder con sumo placer a cualquier pregunta que desee formular el Grupo Especial. La versión escrita de esta exposición estará disponible durante el curso del día de mañana a más tardar.

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 dispuso para preparar estas respuestas, no resultó posible recopilar esa información.

Durante el examen de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC por los Miembros de la OMC se formularon preguntas a las Comunidades Europeas y sus Estados miembros acerca de las excepciones a los derechos exclusivos, y en 1996 se presentaron respuestas al Consejo de los ADPIC. Esas respuestas fueron reproducidas en los documentos IP/Q/nombre del Miembro de la OMC/1.

Según las informaciones de que disponemos, parece posible afirmar con certeza que ninguno de los Estados miembros de las CE tiene excepciones a la protección del derecho de autor que sean idénticas ni similares al artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos. Ante un pedido expreso, la Organización de Derechos Musicales de Irlanda (IMRO), cuya reclamación ante las CE se encuentra históricamente en el origen de este asunto, se confirmó que esa organización y las demás sociedades recaudadoras de derechos de los Estados miembros de las CE hacen valer de manera activa y sistemática los derechos 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, y que esa actividad genera ingresos de volumen considerable (1,2 millones de libras irlandesas en 1998 sólo en Irlanda; de esta cantidad, 860.000 libras irlandesas corresponden a bares, clubes nocturnos, casas de huéspedes, salones de peluquería y cosmética, hoteles, restaurantes, comercios minoristas y tiendas), y esa cantidad se distribuye entre los titulares de derechos.

Efectos en el mercado

Pregunta 3

Sírvanse facilitar información sobre la cuantía estimada de las pérdidas sufridas por titulares de derechos de las CE resultantes de las exenciones que figuran en el artículo 110(5), en lo posible desglosadas entre las partes A y B de dicho artículo.

Respuesta

Es muy difícil establecer cifras precisas acerca de las pérdidas sufridas por los titulares de derechos de las CE por la aplicación del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor. Pero a juicio de las CE y sus Estados miembros, no nos corresponde acreditar tales cifras precisas.

No obstante, con vistas a establecer un orden de magnitud de las pérdidas sufridas probablemente por los titulares europeos de obras amparadas por el derecho de autor, las CE y sus Estados miembros desearían remitir al Grupo Especial al orden de magnitud de las pérdidas de todos los titulares de derechos, estimadas por las dos principales sociedades recaudadoras de los Estados Unidos cuando el alcance anterior de la "exención de uso hogareño" se amplió en virtud de la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales, en 1998, en "decenas de millones de dólares" por año (véase la prueba documental presentada durante la primera reunión sustantiva y reproducida ahora como prueba documental EC-14).

Las pérdidas que corresponde asignar a titulares de derechos de las CE equivalen a la parte de esas "decenas de millones de dólares" que es proporcional a la participación de los autores de las CE en el mercado, a cuyo respecto hemos presentado estimaciones en nuestra respuesta a la pregunta 5, *infra.*

El análisis indica que las pérdidas sufridas por autores de las CE, en cualquier caso, se sitúan en la esfera de los millones de dólares por año.

Pregunta 4

Sírvanse facilitar cualquier información disponible, o estimaciones, sobre los ingresos percibidos por las organizaciones recaudadoras de las CE, en particular:

a) El total de ingresos provenientes de licencias para la interpretación o ejecución pública de obras musicales, desglosado entre las principales categorías de usos, incluyendo:

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;

ii) la comunicación pública en el sentido del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis; y*

iii) otros derechos, incluidos los mencionados en el párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna;

b) Con respecto a los ingresos recaudados de establecimientos de servicios de comidas y bebidas y otros establecimientos, cuál es el desglose entre las regalías por la ejecución pública de música radiodifundida y la interpretación o ejecución pública de música de otras fuentes;

c) El desglose de esos ingresos entre las distintas fuentes, en particular, el porcentaje de los ingresos recaudados de pequeños establecimientos comerciales (por ejemplo, los del tipo previsto en el artículo 110(5)).

Respuesta

Las CE y sus Estados miembros no disponen de información ni de estimaciones acerca de los ingresos percibidos por todas las organizaciones de recaudación de la UE en relación con las licencias para la interpretación o ejecución pública de música en las categorías que se mencionan en esta pregunta.

El Grupo Especial debe observar que las organizaciones de recaudación de la UE no clasifican necesariamente los ingresos que perciben por licencias de interpretación o ejecución pública de música con referencia a los artículos, párrafos y apartados del Convenio de Berna ni con referencia a las categorías que se mencionan en los puntos b) y c) de esta pregunta.

Sin embargo, las CE y sus Estados miembros han podido obtener información ilustrativa respecto de uno de los Estados miembros de la UE, de la Organización de Derechos Musicales de Irlanda (IMRO). La IMRO es una sociedad recaudadora que otorga licencias y percibe ingresos por la interpretación o ejecución pública de música en Irlanda. Si se extrapolaran los datos cuantitativos correspondientes a Irlanda al nivel de las CE, puesto que Irlanda representa aproximadamente una centésima parte de la población de las CE (hay 3,6 millones de habitantes en Irlanda y 370 millones en la CE), las cifras sobre Irlanda tendrían que multiplicarse por 100.

a) i) En su ejercicio financiero cerrado el 31 de diciembre de 1998, la IMRO recaudó ingresos por radiodifusión de música y comunicación de música radiodifundida (lo que se aproxima a los derechos establecidos en los puntos 1º) y 2º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna) por valor de 3.634.594 libras irlandesas (4.614.982 euros).

ii) En el mismo ejercicio financiero, la IMRO percibió ingresos por licencias para la interpretación o ejecución pública de música por medio de la radio y la televisión (lo que aproxima al derecho previsto en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis*) por valor de 1.242.210 libras irlandesas (1.577.281 euros).

iii) En el mismo ejercicio financiero, la IMRO percibió ingresos por licencias de todas las interpretaciones o ejecuciones públicas de música por valor de 6.237.676 libras irlandesas (7.920.214 euros). Esto no comprende los ingresos recaudados por

licencias de radiodifusión y comunicación de obras radiodifundidas (lo que se aproxima a los puntos 1º) y 2º) del párrafo 1) del artículo 11*bis*), que se mencionan en el anterior punto a). Sin incluir los ingresos por interpretación o ejecución pública por radio y televisión, la IMRO recaudó 4.995.466 libras irlandesas (6.342.933 euros) por licencias de todas las demás interpretaciones o ejecuciones públicas de música (incluyendo las que se mencionan en el párrafo 1) del artículo 11 del Acuerdo de Berna).

b) Como se ha indicado, durante el último ejercicio financiero la IMRO percibió ingresos por valor de 1.242.210 libras irlandesas (1.577.281 euros) por la ejecución pública de música radiodifundida en establecimientos de servicios de comidas y bebidas y otros establecimientos. En el mismo ejercicio financiero, la IMRO recaudó ingresos por valor de 6.237.676 libras irlandesas (7.920.214 euros), por la interpretación o ejecución pública de música de todas las fuentes (incluida la ejecución pública de música radiodifundida) en establecimientos de servicios de comidas y bebidas y otros establecimientos.

c) La IMRO estima que durante su último ejercicio financiero percibió ingresos por licencias de ejecución pública de música mediante la radio y la televisión en pequeños establecimientos comerciales por un valor aproximado de 861.098 libras irlandesas (1.093.369 euros). Las categorías de los establecimientos que se mencionan en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor no son la base empleada por la IMRO para determinar los ingresos provenientes de "*pequeños establecimientos*". Sin embargo, al determinar los ingresos provenientes de pequeños establecimientos comerciales, la IMRO ha incluido los ingresos recaudados en tiendas minoristas, bares, clubes nocturnos, casas de huéspedes, hoteles, restaurantes y salones de peluquería y cosmética. Los ingresos percibidos de esos pequeños establecimientos comerciales por licencias de ejecución pública de música por medio de la radio y la televisión representaron un 13,8 por ciento de los ingresos percibidos ese año por la IMRO por ejecución pública de música.

Pregunta 5

En vista del párrafo 77 de su exposición oral en la primera reunión sustantiva, en el sentido de que un 25 por ciento de la música interpretada o ejecutada en los Estados Unidos pertenece a titulares de derechos de las CE, sírvanse facilitar información sobre la cuantía de los ingresos transferidos por las organizaciones de administración colectiva de los Estados Unidos a las organizaciones similares de las CE en los tres últimos años acerca de los cuales se disponga de datos. ¿Cuál es la proporción de esos ingresos transferidos respecto del total de los ingresos recaudados por las organizaciones de administración colectiva de las CE?

Respuesta

La evaluación de la participación en el mercado de los autores europeos de obras amparadas por el derecho de autor que se comunican al público a través de la radio y la televisión representa una tarea muy difícil, y lo mejor que es posible realizar es una estimación. Debe recordarse que una obra musical típica tiene no sólo un número considerable de titulares de derecho de autor y derechos conexos (compositores de canciones, autores de textos, cantantes, músicos, productores, editores, organismos de radiodifusión, etc.), sino que también la categoría de los autores suele comprender a más de uno.

Además, las estadísticas sobre ventas de grabaciones no parecen estar organizadas en función del origen del titular de derechos sobre determinada obra, sino en función del origen del productor. La canción de Frank Sinatra "My Way", por ejemplo, fue escrita por un compositor francés. Una parte de los ingresos derivados de licencias de esa canción corresponde a un titular de derechos de

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 los cuales los artistas intérpretes o ejecutantes del Reino Unido tenían una "participación en el mercado" de 23 por ciento en 1988 en relación con las ventas de grabaciones musicales en los Estados Unidos. Esto, desde luego, exige otros dos supuestos para que resulte pertinente respecto de la comunicación al público: en primer lugar, que la presencia de artistas intérpretes o ejecutantes sea proporcional a la presencia de letristas y compositores; en segundo lugar, que exista proporcionalidad entre las ventas de grabaciones musicales y la incidencia de la comunicación al público a través de la radio o la televisión.

Otro modo de estimar la "participación en el mercado" de los autores europeos consiste en estudiar la proporción de las distribuciones recibidas de sociedades recaudadores de los Estados Unidos. Las cifras recibidas de la ASCAP respecto de 1998 (véase la prueba documental EC-15) indican que los titulares de derechos de las CE perciben un x por ciento del total de las sumas distribuidas.[1]

La CE y sus Estados miembros desean señalar que ambas cifras indican que los autores de las CE representan una "participación en el mercado" importante de los autores de las CE en el mercado estadounidense de la comunicación al público a través de la radio y la televisión.

Pregunta 6

Sírvanse facilitar un ejemplar completo del estudio de Dun and Bradstreet que se menciona en la prueba documental 7 de las CE. Sírvanse formular sus observaciones acerca de las que presentan los Estados Unidos en el párrafo 37 de su comunicación, especialmente respecto de las deducciones que corresponde efectuar de las cifras que allí figuran.

Respuesta

Las CE y sus Estados miembros han presentado -como parte de la prueba documental EC-7- un ejemplar de un documento preparado por Dun and Bradstreet en el que se indican los resultados de su análisis de 1999, basado en datos de 1998. Presentamos adjunta, tal como lo solicita el Grupo Especial, toda nuestra documentación referente al análisis de Dun and Bradstreet (véase la prueba documental EC-16).

El análisis de 1999 sobre los efectos del artículo 110(5), al igual que el de 1995, se refiere a las consecuencias potenciales de las excepciones. Los Estados Unidos, en el párrafo 37 de su primera comunicación escrita, procuran transformar los datos sobre importaciones potenciales en información sobre los efectos reales.

En opinión de las CE y sus Estados miembros, lo que importa a los efectos del análisis del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC es el efecto potencial y no el efecto real, cuya determinación con un grado suficiente de certidumbre es extremadamente difícil, si no imposible. Parecería que el Congreso de los Estados Unidos, en 1995, también consideró más ilustrativo pedir datos sobre los efectos potenciales que sobre los efectos reales.

[1] Esta información ha sido proporcionada a las CE con carácter confidencial.

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*).

A juicio de las CE y sus Estados miembros, son los efectos potenciales los que tiene importancia primordial para evaluar las condiciones que figuran en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. Desde la perspectiva del titular, su derecho exclusivo no sólo se ve amenazado por quienes efectivamente realizan los actos prohibidos por el derecho exclusivo, sino también por todos los que pueden optar libremente por hacerlo en cualquier momento y sin tener que informar de sus propósitos al titular de los derechos ni a su organización recaudadora.

Lo que determina las condiciones de mercado son las posibilidades que se crean. Este argumento también puede ilustrarse con referencia a otro campo de los derechos de propiedad intelectual. En materia de patentes en las negociaciones de la Ronda Uruguay acerca del Acuerdo sobre los ADPIC se desarrollaron largas y ásperas discusiones en relación con las licencias obligatorias, que en definitiva dieron origen a las disciplinas que figuran en el párrafo 1 del artículo 27 y el artículo 31 del Acuerdo.

En el examen de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC por los Miembros de la OMC que se llevó a cabo durante 1996-1997 se puso en evidencia que un número muy grande de países examinados habían otorgado muy pocas licencias obligatorias, y en varios casos absolutamente ninguna, durante un prolongado período de tiempo, a pesar de que prácticamente todos esos países tenían disposiciones en sus leyes que permitían el otorgamiento de licencias obligatorias. También en este caso es imposible evaluar razonablemente los efectos de las licencias obligatorias por el mero número de licencias otorgadas durante determinado lapso, sino que sólo es posible apreciarlo a través del impacto que tiene en el mercado la posibilidad de otorgar tales licencias. En un país en que sea relativamente fácil obtener una licencia obligatoria, un titular de derechos se sentirá más inclinado a otorgar una licencia contractual en condiciones menos ventajosas que si el sistema hiciera más difícil obtener una licencia obligatoria.

Pregunta 10

Rogamos a las CE que expliquen más detalladamente el fundamento de su interpretación según la cual la excepción del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC se aplica únicamente a aquellos derechos de autor que fueron introducidos por el Acuerdo sobre los ADPIC además de los protegidos por los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna. ¿Se contradice esta interpretación con el argumento de que las tres condiciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC pueden regir además de cualquier requisito conforme a las excepciones incorporadas en el Convenio de Berna?

Respuesta

El Acuerdo sobre los ADPIC se negoció, por lo menos desde la perspectiva de las CE y sus Estados miembros para mejorar el nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual en relación con la situación preexistente. Habida cuenta de que el Convenio de Berna ya contenía un sistema de excepciones claramente definidas respecto de determinados derechos, no había necesidad alguna de definir una excepción general para todos los derechos abarcados por la sección 1 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC. Si esto último hubiera sido el objetivo, se habrían creado excepciones a los derechos del Convenio de Berna que habrían ido más allá que las que figuraban en él antes del Acuerdo sobre los ADPIC. Tal resultado evidentemente sería incompatible con el artículo 20 del Convenio de Berna y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC.

La posición de las CE y sus Estados miembros en las negociaciones se refleja claramente en el documento MTN.GNG/NG11/W/68 (prueba documental EC-17). El texto propuesto en el proyecto de artículo del Acuerdo sobre los ADPIC referente a las limitaciones y excepciones (artículo 8 del proyecto) autorizaba a los Miembros a establecer limitaciones, excepciones y reservas respecto de ciertos derechos conexos conforme a lo permitido por la Convención de Roma. En cambio, no

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 impedían 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 11*bis* 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 11*bis* del Convenio de Berna. Otra forma de establecer una remuneración equitativa podría ser la introducción de un sistema de gravámenes en la adquisición de equipo sonoro o de televisión por los establecimientos autorizados a difundir obras amparadas por el derecho de autor sin autorización, mediante el cual las sumas percibidas a través de tal sistema de gravámenes se distribuyeran entre los titulares de derechos.

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. Nº 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 contiene en su artículo 27 disposiciones y procedimientos específicos para su modificación. Esto hace difícil sostener que se haya realizado una modificación en un Informe General o una conferencia diplomática.

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 Informes Generales. Este criterio adolece de una dificultad similar a la que plantea la teoría del "acuerdo de modificación", pues el Convenio de Berna contiene en su artículo 28 disposiciones sobre las reservas y exige que se las exprese en el instrumento de ratificación (véanse también los artículos 19 a 21 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

La cuestión de si constituyen o no derecho internacional consuetudinario se analizará en la respuesta a la pregunta 8, *infra*. Sin embargo, las CE y sus Estados miembros consideran que a los efectos de este asunto no es indispensable resolver la cuestión de la naturaleza jurídica de la doctrina de las "pequeñas reservas". El contenido de las "pequeñas reservas" es tal que no puede excusar las medidas de los Estados Unidos que son objeto de esta diferencia, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

El origen de las "pequeñas reservas" se considera que está en el Informe General de la Conferencia de Bruselas (1948), donde se indica lo siguiente:

> "*Se ha encomendado a vuestro Relator General que hiciera una mención expresa de 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 11bis, 11ter, 13 y 14. Comprenderán ustedes que estas referencias sólo se esbozan aquí escuetamente a fin de no perjudicar los principios del derecho.*"[2]

Se considera que su existencia está confirmada por el Informe General de la Conferencia de Estocolmo (1967):

> "*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 11bis, 11ter, 13, y 14. El Relator concluyó expresando que esas referencias se esbozaban escuetamente sin invalidar el principio del derecho.*
>
> *Al parecer, no fue el 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.*"[3]

Cualquiera que sea la naturaleza jurídica de los principios establecidos en estos textos, las CE y sus Estados miembros consideran que existió un claro propósito de limitar las "pequeñas reservas" a lo siguiente:

---

[2] *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works from 1886 to 1986*, OMPI, Ginebra, 1986, página 181.

[3] *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm*, OMPI, Ginebra, 1971, párrafos 209 a 210, página 1166.

- los usos no comerciales indicados en los Informes Generales: ceremonias religiosas, ejecuciones musicales por bandas musicales y las necesidades de la enseñanza de niños y adultos;

- las excepciones existentes en la legislación de los Estados miembros de la Unión de Berna en el momento de celebración de las conferencias (1967, la última de ellas), es decir, una admisión de prácticas preexistentes. Esto resulta expresamente del empleo de expresiones como "mantener" y "preservar", y el evidente propósito de no vulnerar el derecho (o "invalidar el principio del derecho") autorizando la creación de nuevas excepciones, lo que se expresó en el Informe General de Bruselas (*supra*).

Habida cuenta de que tanto la "exención de uso hogareño" como la "exención empresarial" de los Estados Unidos nada tienen que ver, evidentemente, con "ceremonias religiosas", "bandas militares" o "las necesidades de la enseñanza de niños y adultos", y son de naturaleza evidentemente comercial y abarcan una amplia proporción de los establecimientos comerciales, y como la "exención de uso hogareño", en su formulación original, sólo se introdujo en 1976/78 (y la "exención empresarial" sólo se introdujo en 1998 a través de la "Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales"), parecería que de ningún modo pueden beneficiarse de la doctrina de las "pequeñas reservas".

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 11*bis* del Convenio de Berna? ¿Prevalece el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC sobre la excepción prevista en el párrafo 2) del artículo 11*bis* respecto de los derechos exclusivos otorgados por los puntos 1º) a 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* 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? ¿Prevalecen los requisitos del párrafo 2) del artículo 11*bis* 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 11*bis* 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 11*bis*, es preciso cumplir también las tres condiciones del artículo 13? Sírvanse explicar su punto de vista.

Respuesta

Como se señaló en nuestra exposición durante la audiencia oral, las CE y sus Estados miembros consideran que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC no es aplicable como excepción a los derechos exclusivos incluidos en el Convenio de Berna (véanse los puntos 54 a 58; véase también la respuesta a la pregunta 10 formulada por el Grupo Especial a las CE y sus Estados miembros). Si hubiera de aplicarse el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC a los derechos del Convenio de Berna, adquiriría pertinencia la relación entre el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio. En opinión de las CE y sus Estados miembros, parecería que, en cualquier caso, la prescripción sobre el pago de remuneración equitativa constituye una condición *sine qua non* para el otorgamiento de excepciones a los derechos que se estipulan en el párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna.

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 11*bis* 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 11*bis* 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

¿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

El Informe General de la Conferencia de Bruselas (1948), que se refiere a la doctrina de las "pequeñas reservas" en relación con el artículo 11 del Convenio de Berna, menciona una lista exhaustiva de las circunstancias a las que puede aplicarse la doctrina. Esas circunstancias se limitaban a las ceremonias religiosas, las bandas militares y la enseñanza de niños y adultos.

Estas circunstancias permiten extraer la conclusión, en opinión de las CE y sus Estados miembros, de que las "pequeñas reservas" no pueden aplicarse a actividades comerciales. Tal opinión encuentra apoyo también en una referencia a las actas de la Conferencia de Bruselas, donde se aclara que "*estas limitaciones deben tener carácter restringido y, en particular, no basta que la ejecución, representación o recitación se haya efectuado 'sin propósitos de lucro' para que puedan escapar al derecho exclusivo del autor*" (véase Ricketson, *The Berne Convention: 1886-1986*, página 536).

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

El criterio referente a "determinados casos especiales" exige que se trate de casos singularizados por sus particularidades respecto de la totalidad de los casos abarcados por determinado derecho.

"Especial" significa "que se diferencia de lo común". Por consiguiente, esta noción contiene un elemento cualitativo. Los casos especiales tienen que distinguirse de los que no lo son, es decir, los casos normales. En otras palabras: es preciso trazar una distinción entre la regla y la excepción.

También está en juego un elemento cuantitativo, por el cual la relación entre "determinados casos especiales" y los casos normales en ningún caso puede exceder de un límite *de minimis*.

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

En opinión de las CE y sus Estados miembros, el análisis debe efectuarse en relación con cada derecho exclusivo. De este modo, la explotación normal de la obra, conforme al artículo 13 del

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.

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

Las CE y sus Estados miembros no comprenden con exactitud lo que se entiende por "la situación actual del mercado en un país determinado".

Nos parecería claro que las tres condiciones incluidas en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC tienen que analizarse respecto del territorio de un país determinado, en este caso los Estados Unidos, teniendo en cuenta que la protección de los derechos de propiedad intelectual se basa en el principio de territorialidad.

Pregunta 13

¿En qué medida son pertinentes las nuevas realidades tecnológicas y del mercado (por ejemplo, los nuevos medios de transmisión o el mayor empleo de música de fondo o de televisión) a los efectos de la interpretación de las condiciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC?

Respuesta

Parecería también que este análisis debe efectuarse sobre la base del entorno socioeconómico existente en el país respectivo. Sin embargo, hemos señalado reiteradas veces que, en nuestra opinión, los efectos económicos de una excepción tienen que evaluarse en relación con sus efectos potenciales. Véase también nuestra respuesta a la pregunta 9 dirigida a las CE y sus Estados miembros, *supra*.

Pregunta 14

¿Está justificado que las tres condiciones se definan exclusivamente por referencia a un mercado determinado, o se justifica un análisis comparativo de las prácticas aplicadas en materia de licencias por otros Miembros en situación económica similar?

Respuesta

Aunque parecería, a la luz de la respuesta a la pregunta 12, *supra*, que las tres condiciones mencionadas en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC tienen que analizarse con referencia a la situación en el respectivo Miembro de la OMC, los datos correspondientes a otros Miembros que

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

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

(19 de noviembre de 1999)

Pregunta 1

¿Pueden indicar las CE algún hecho que respalde su afirmación de que la música de las CE representa un 25 por ciento de toda la música que se ejecuta en los Estados Unidos?

Respuesta

Véase la respuesta a la pregunta 5 formulada por el Grupo Especial a las CE y sus Estados miembros.

Pregunta 2

¿En qué apoyan las CE su aseveración de que los establecimientos de los Estados Unidos han "adaptado su instalación musical" o han cancelado contratos sobre servicios musicales comerciales como consecuencia de las sentencias en los asuntos *Claire's Boutiques* y *Edison Bros*?

Respuesta

La demanda de sentencia declarativa y la petición de procedimiento sumario en el asunto *Edison Brothers Stores, Inc. v. Broadcast Music, Inc.* ("asunto *Edison*"); (véanse las pruebas documentales EC-19 y EC-20) muestran claramente que Edison adaptó los equipos musicales de sus tiendas para poder beneficiarse de la exención de uso doméstico. Se da a esto el nombre de "política de Edison en materia de radio", convenida inicialmente con BMI hasta que ésta rescindió su acuerdo (lo que dio origen a los procedimientos instaurados por Edison).

La ASCAP, en su comunicación como *amicus curie* presentada ante el Tribunal de Apelaciones en los procedimientos del asunto *Claire's Boutiques* (véase la prueba documental EC-21), declaró que, según consideraba, "*esta sentencia* (la del Tribunal de Distrito), *a menos que sea revocada, dará lugar a una disminución muy considerable de los derechos por licencias provenientes de propietarios de establecimientos que utilizan música mediante sistemas de radio y altavoces, y de licenciatarios de música de fondo, muchos de cuyos suscriptores cancelarán su suscripción para sustituirla por música de radio*".

Pregunta 3

¿Sostienen las CE que no está permitida ninguna excepción a los derechos del artículo 11 del Convenio de Berna en materia de interpretación o ejecución pública?

Respuesta

Como se señaló a la respuesta a la pregunta 11 formulada a las CE y sus Estados miembros por el Grupo Especial, las deliberaciones en la OMPI acerca de la doctrina de las "pequeñas reservas" se han concentrado en el artículo 11 del Convenio de Berna. En opinión de las CE y sus Estados miembros, el artículo 110(5) en ningún caso podría constituir una "pequeña reserva" como la

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, desearíamos 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 obras musicales (véase la prueba documental EC-14), el total de las pérdidas derivadas de esas medidas representa para los titulares de derechos "decenas de millones de dólares por año". Las pérdidas que sufren titulares de derechos de las CE serán de una cuantía proporcional a su participación en el mercado de los Estados Unidos, a cuyo respecto hemos presentado una estimación en la respuesta a la pregunta 5 formulada a las CE y sus Estados miembros por el Grupo Especial.

Pregunta 8

¿Han recibido alguna vez titulares de derechos de las CE algún ingreso proveniente de ejecuciones secundarias en establecimientos de los Estados Unidos de obras musicales que no fueran no dramáticas? En caso afirmativo, sírvanse facilitar hechos probatorios. Si las CE alegan que sus titulares de derechos han perdido o habrán de perder ingresos como consecuencia de la parte A del artículo 110(5), sírvanse facilitar datos que apoyen esa afirmación, y una estimación de la cuantía de tales pérdidas.

Respuesta

Las CE suponen que los Estados Unidos, al emplear la frase "*ejecuciones secundarias*" (una expresión desconocida en el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC), se refieren a las ejecuciones respecto de las cuales los autores gozan de derechos exclusivos en virtud del punto 1º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna.

Las CE y sus Estados miembros, en el tiempo disponible, no han podido consultar a todas las sociedades de recaudación de derechos de la Unión Europea acerca de esta cuestión. No obstante, las CE y sus Estados miembros han recibido informaciones al respecto de la Organización de Derechos Musicales de Irlanda, que es la organización que administra el derecho de interpretación o ejecución pública de obras musicales en nombre de la mayoría de los titulares de derechos musicales residentes en Irlanda. La IMRO ha confirmado que, en representación de sus asociados que son titulares de derechos de interpretación o ejecución pública de obras musicales dramáticas, encomienda la recaudación de regalías en los Estados Unidos por la interpretación o ejecución pública de esas obras a sociedades recaudadoras de los Estados Unidos, con la única reserva de que se excluyen las interpretaciones o ejecuciones de esas obras en escena o en circunstancias análogas. La IMRO confirma expresamente que encomienda a sociedades recaudadoras de los Estados Unidos el cobro de regalías derivadas de la radiodifusión y la retransmisión de esas obras musicales dramáticas en los Estados Unidos (lo que se aproxima al derecho previsto en los puntos 1º) y 2º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna) y por la interpretación o ejecución pública de esas obras musicales dramáticas radiodifundidas en los Estados Unidos (lo que se aproxima al derecho previsto en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna).

Pregunta 9

Teniendo en cuenta la aseveración de las CE de que las excepciones a los derechos exclusivos del artículo 11*bis* del Convenio de Berna tienen que apreciarse a la luz del párrafo 2) de ese artículo, ¿cómo evaluarían las CE la admisibilidad del artículo 110(5), que supone dos derechos exclusivos separados, de los cuales sólo uno es objeto de un derecho a remuneración equitativa?

Respuesta

Si la legislación nacional de un Miembro de la OMC establece una excepción respecto de la responsabilidad por derecho de autor que se refiere a varios derechos exclusivos a los que se aplican condiciones diferentes, esas distintas condiciones tienen que cumplirse acumulativamente.

Pregunta 10

¿Sostienen las CE que en ningún caso es admisible ninguna exención de los derechos de los artículos 11 y 11*bis* del Convenio de Berna con fines comerciales?

Las CE y sus Estados miembros estiman que la doctrina de las "pequeñas reservas" no autoriza excepciones para el uso comercial del derecho. Véase también la respuesta a la pregunta 9 formulada a ambas partes por el Grupo Especial. No obstante, no excluiríamos la posibilidad de que una excepción con fines comerciales, formulada debidamente, cumpla los requisitos establecidos en el párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna.

APÉNDICE 1.5

SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
Y SUS ESTADOS MIEMBROS

(24 de noviembre de 1999)

Índice

Página

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 11*bis* 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 8y 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* extraído de la parte B- en el sentido de que la parte A se aplica a las obras literarias y artísticas de cualquier clase con excepción de las obras musicales no dramáticas.

8. Aunque ambas partes han planteado esta interpretación, resulta incierto, sin embargo, que los tribunales de los Estados Unidos hayan de compartirla invariablemente. El riesgo de que un tribunal de los Estados Unidos pueda basarse textualmente en la parte A supone el peligro de que aplique la excepción que figura en la parte A a todas las obras literarias y artísticas, incluidas las obras musicales no dramáticas.

9. A este respecto hay otro elemento que merece aclaración. Durante la primera reunión con el Grupo Especial, los días 8 y 9 de noviembre de 1999, los Estados Unidos, ante una pregunta formulada por el Grupo Especial, expusieron algunas observaciones para explicar la definición de las obras musicales no dramáticas. Explicaron que una obra musical no dramática quedaría definitivamente incluida en esa categoría en el momento de su creación. Esto tendría la consecuencia de que un aria de una ópera o una canción de una comedia musical seguiría considerándose una obra musical dramática aunque se ejecutara separadamente.

10. Según las informaciones de que disponen las CE y sus Estados miembros, esto no corresponde exactamente a la situación de la legislación y la práctica de los Estados Unidos. La clasificación de una obra como dramática o no dramática depende de las circunstancias de su interpretación o ejecución. Esto significa que una canción tomada de una obra musical dramática, interpretada o ejecutada por sí sola y fuera de la obra dramática, se considerará una obra no dramática. Además, es importante observar que toda la música que tiene su origen en obras musicales dramáticas, pero que se interpreta o ejecuta como obras no dramáticas, forma parte del repertorio para el cual, en los Estados Unidos, otorgan licencias la ASCAP y BMI.[3] Esto no significa que los titulares de derechos sobre obras dramáticas no reciban ninguna remuneración por la interpretación o ejecución pública de sus obras. En los Estados Unidos la comunicación al público de obras dramáticas es objeto de licencias otorgadas directamente por el titular de los derechos, sin que la ASCAP ni BMI actúen como intermediarios.

11. Estas graves dificultades para separar con claridad las dos partes del artículo constituyen otro argumento para tratar ambas como una sola entidad, que tiene el objetivo común de permitir el uso generalizado de obras literarias y artísticas en una gran variedad de establecimientos para el disfrute de sus clientes, cuando las obras se reciben por radio o televisión.

3. Internet

12. Mientras que las CE y sus Estados miembros ya han señalado al Grupo Especial, en su primera comunicación escrita, que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor podría aplicarse también probablemente a casos de ciertas comunicaciones a través de Internet[4], los Estados Unidos, en particular al referirse a otros derechos exclusivos que no constituyen el objeto de este asunto, han

[3] Véase la cita que figura en la nota de pie de página 1, *supra*.
[4] Véase el punto 39.

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 caber 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 sección de la parte II del Acuerdo sobre los ADPIC referente al derecho de autor porque se benefician de los períodos de transición adicionales previstos en el párrafo 2 del artículo 65 del Acuerdo y su legislación interna todavía no ha sido objeto de examen en el Consejo de los ADPIC.

5. Prácticas seguidas en los Estados Unidos

14. Merece observarse que existen también en la legislación sobre derecho de autor de los Estados Unidos, fuera del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, ejemplos de excepciones que son similares a las prácticas de terceros países indicadas por los Estados Unidos. Se trata, en particular, de las establecidas en los párrafos (1) a (4) del artículo 110 de la Ley de Derecho de Autor y no son objeto de controversia en este asunto.

III. ASPECTOS JURÍDICOS

1. 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

15. Aunque la formulación de las comunicaciones no es idéntica, las partes parecen estar de acuerdo en que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor crea excepciones a los derechos exclusivos estipulados en las disposiciones citadas. La discrepancia se relaciona con la cuestión de si esas excepciones pueden o no justificarse, y en qué medida, por otras disposiciones del Convenio de Berna o el Acuerdo sobre los ADPIC.

2. La doctrina de las "pequeñas reservas"

16. Con ocasión de dos Conferencias Diplomáticas de la Unión de Berna se desarrollaron algunas discusiones sobre la cuestión de las "pequeñas reservas", que constan en los Informes Generales de ambas conferencias diplomáticas.

a) Naturaleza jurídica

17. Como señalamos en nuestra respuesta a la pregunta 5 del Grupo Especial a las CE y sus Estados miembros y a los Estados Unidos, no está clara la naturaleza jurídica de la doctrina de las "pequeñas reservas". Por las razones señaladas, esos Informes Generales de conferencias diplomáticas pueden emplearse, en principio, con arreglo al párrafo 3) del artículo 31 de la

[5] Véase el punto 16.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para interpretar el Convenio de Berna, aunque el texto de los artículos 11*bis* y 11 del Convenio de Berna no contiene expresión alguna susceptible de interpretarse en el sentido de una "pequeña reserva".

18. La posibilidad de que la doctrina de las "pequeñas reservas" constituya derecho internacional consuetudinario, que hubiera modificado el texto del Convenio de Berna, ha sido descartada por ambas partes.[6]

19. Otra posibilidad es que los Informes Generales constituyan prueba de un acuerdo entre los miembros de la Unión de Berna para modificar el Convenio de Berna según sus términos. Este criterio no sólo no encuentra apoyo en el texto empleado en el Informe General de la Conferencia de Bruselas de 1948: "Comprenderán ustedes que estas referencias sólo se esbozan aquí escuetamente (subrayado añadido)"[7], sino que, además, el artículo 27 del Convenio de Berna crearía un grave obstáculo para tal interpretación.

20. Por último, la posibilidad de considerar que las expresiones empleadas en los Informes Generales constituyen verdaderas reservas tropieza con obstáculos similares a los del "criterio del acuerdo", porque el artículo 28 del Convenio de Berna prescribe procedimientos para invocar reservas, que no se han seguido en el presente asunto.

b) Alcance y aspectos cronológicos

21. En última instancia, las CE y sus Estados miembros consideran que estas difíciles cuestiones jurídicas pueden quedar sin resolver en el asunto presente, porque las excepciones dispuestas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor van mucho más allá en múltiples aspectos, de lo que habría autorizado la doctrina de las "pequeñas reservas".

22. En lo que respecta al alcance de las "pequeñas reservas", en los Informes Generales sólo se mencionaron tres casos de excepciones: ceremonias religiosas, ejecución de música por bandas militares y enseñanza de niños y adultos. No puede caber duda de que, tal como el asunto está planteado, nadie ha sostenido hasta ahora que las excepciones creadas por el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor encajen en ninguna de esas tres categorías ni sean comparables con ninguna de ellas.

23. Además, existen en el texto pruebas claras de que la doctrina de las "pequeñas reservas" tenía por objeto admitir, en nombre de su anterioridad, prácticas mencionadas en el párrafo precedente que existieron hasta la Conferencia Diplomática de 1967. En esa época, los Estados Unidos no tenían ninguna de tales cláusulas de excepción, y los Estados Unidos sólo pasaron a ser un país miembro de la Unión de Berna en 1989.

24. Para recapitular: cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la doctrina de las "pequeñas reservas", el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor claramente no estaría comprendido en su alcance, ni en cuanto admite el mantenimiento de derechos adquiridos. En otras palabras, ninguna excepción del Convenio de Berna justifica el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor.

3. El Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC

25. Aunque ambas partes están aparentemente de acuerdo en el principio, establecido claramente en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 20 del Convenio de Berna, de que el Acuerdo sobre los ADPIC tuvo por objeto acrecentar el nivel de protección de los derechos de

[6] Véanse las respuestas a la pregunta 8 formulada por el Grupo Especial a ambas partes.
[7] Véase la cita que figura en la respuesta a la pregunta 5 dirigida por el Grupo Especial a ambas partes.

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 <u>circunscribirán</u> las limitaciones o excepciones impuestas ..." (subrayado añadido).

Esta expresión contrasta notablemente con la que se empleó en todas las demás cláusulas de excepción del Acuerdo sobre los ADPIC; por ejemplo, en el artículo 17, el párrafo 2 del artículo 26 y el artículo 30 del Acuerdo, que disponen lo siguiente:

> "Los Miembros <u>podrán establecer</u> excepciones limitadas ..." (subrayado añadido).

a) Alcance

28. Partiendo de la base de que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC tuvo por objeto referirse a excepciones ya existentes en el Convenio de Berna, los Estados Unidos habrían tenido necesidad de señalar precisamente el alcance de las excepciones preexistentes a los artículos 11*bis* y 11 del Convenio. La doctrina de las "pequeñas reservas", como ya se ha señalado, se refería a situaciones preexistentes acerca de ceremonias religiosas, ejecución de música por bandas militares y enseñanza de niños y adultos, y en ninguna hipótesis habría podido comprender el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor ni mucho menos ir más allá, si el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC había de cumplir alguna función de "restricción".

29. Las CE y sus Estados miembros no comprenden la pertinencia del argumento de los Estados Unidos en relación con el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas, que fueron adoptados por una Conferencia Diplomática en diciembre de 1996. Estos tratados (que tienen 51 y 50 signatarios, respectivamente) hasta la fecha sólo han sido ratificados por un reducido número de Partes Contratantes (nueve y siete, respectivamente; las CE y sus Estados miembros aún no han ratificado), y no han alcanzado el mínimo de 30 ratificaciones necesarias para su entrada en vigor. Resulta difícil imaginar que tales

[8] Véase la nota de pie de página 1 al artículo 1 del Convenio de Berna.

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 señalado[9] 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 establecida[12], 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. CONCLUSIÓN

35. 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 Estados Unidos con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC constituye un caso de anulación o menoscabo.

36. Las CE y sus Estados miembros, en consecuencia, solicitan respetuosamente al Grupo Especial que constate que los Estados Unidos han incurrido en incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, junto con el punto 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 derivadas del Acuerdo sobre los ADPIC.

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

Página

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) La cuantía de las pérdidas según la estimación en el aire hecha por los Estados Unidos 157
ii) Análisis con criterio inverso 158

IV. CONCLUSIÓN 159

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 aplica a las obras musicales no dramáticas, dista mucho de ser seguro que los tribunales de los Estados Unidos apliquen sistemáticamente ese argumento.

Cuando los Estados Unidos mencionan (en el punto 4 de su escrito de réplica) que existe una "*jurisprudencia coherente de los tribunales de los Estados Unidos en la interpretación de la exención de uso doméstico* ...", las CE y sus Estados miembros desearían señalar que no existe hasta la fecha una sola sentencia de tribunales de los Estados Unidos que interprete el alcance de la parte A del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor.

3. También permanece sin resolver la distinción entre las obras musicales dramáticas y las no dramáticas. Mientras que los Estados Unidos señalaron en la primera reunión, ante una pregunta del Grupo Especial, que la distinción queda efectuada definitivamente al crearse la obra, las CE y sus Estados miembros han planteado en su réplica que, según la bibliografía de los Estados Unidos, la línea divisoria no es permanente, sino que depende de las circunstancias de la interpretación o ejecución. En otras palabras, esto indicaría que un aria de una ópera o una canción de una comedia musical, emitida por radio o televisión, deben considerarse obras no dramáticas, lo que a su vez tiene importantes repercusiones en las prácticas seguidas en materia de licencias.

4. Aunque las CE y sus Estados miembros reconocen que en el ámbito de la tecnología de la información interesan respecto de las comunicaciones al público otros derechos exclusivos distintos de los abarcados en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, los Estados Unidos no han presentado ningún argumento en el sentido de que las exenciones incluidas en esa norma no se apliquen en el medio digital.

III. ASPECTOS JURÍDICOS

5. Aunque las expresiones empleadas por los Estados Unidos son diferentes, parecería que los Estados Unidos están de acuerdo en lo esencial con las CE y sus Estados miembros.

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 limita a indicar números de artículos, sin aclarar siquiera la ley a que pertenecen, y sin ninguna explicación acerca de su contexto. Esto en nada contribuye a determinar la "práctica ulteriormente seguida", y menos aún a establecer el alcance de la doctrina de las "pequeñas reservas". Los Estados Unidos también se han referido a esa doctrina en relación con excepciones dispuestas en 10 países miembros de la Unión de Berna (la Unión de Berna está formada actualmente por más de 130 miembros). Todas esas excepciones se caracterizan por su carácter no comercial y corresponden en su mayoría a las excepciones, que también existen en la legislación de los Estados Unidos sobre derecho de autor, en particular en los párrafos 1 a 4 del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor. Estas situaciones no son las previstas en el párrafo (5) del artículo 110 de la Ley de Derecho de Autor.

15. Todo esto nos lleva a la conclusión de que resulta difícil dar ningún carácter jurídico a la doctrina de las "pequeñas reservas". Como lo hemos señalado reiteradas veces, afortunadamente no es preciso decidir esta engorrosa cuestión en el asunto que el Grupo Especial tiene ante sí, porque las excepciones incluidas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor en ningún caso cumplen los requisitos de alcance y de cronología que se indican en los Informes Generales.

16. Los únicos casos que se mencionaron en las discusiones sobre las "pequeñas reservas" de las dos conferencias diplomáticas se referían a bandas militares, servicios religiosos y la enseñanza de niños y adultos. Es evidente que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor no se limita a ninguna de esas categorías. Pero aun cuando se sostuviera que los tres casos citados no eran más que ilustrativos, su característica común consiste en que son actividades no comerciales y destinadas a un propósito social claramente definido. Puesto que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor tiene por objeto servir intereses comerciales mediante el uso de obras amparadas por el derecho de autor en establecimientos comerciales para el disfrute de sus clientes con el fin de acrecentar su actividad y sus beneficios, ninguna de esas características comunes puede encontrarse en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor.

17. El argumento de los Estados Unidos de que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor se inspira en la política de impulsar las pequeñas empresas es, en el mejor de los casos, inexacto. En primer lugar debe recordarse que los propios titulares de derecho de autor son, en su gran mayoría, "pequeñas empresas"; y, en segundo lugar, como bien lo ilustra el asunto *Claire's Boutique* (véase la prueba documental EC-6), la exención de uso hogareño se aplica a grandes empresas. *Claire's Boutique Inc.* tenía un volumen de negocio anual próximo a los 200 millones de dólares y beneficios netos superiores a 13 millones de dólares EE.UU. por año.

b) La doctrina de las "pequeñas reservas" como mecanismo para preservar derechos adquiridos

18. En cuanto al aspecto de la cuestión que se refiere al momento de la adopción de "pequeñas excepciones", mantenemos nuestro punto de vista de que las citas de los Informes Generales dejan absolutamente claro que la doctrina de las "pequeñas reservas" tenía por objeto preservar prácticas ya

existentes, y no era un invitación a los miembros de la Unión de Berna a que adoptaran posteriormente tales "pequeñas reservas".

19. Nuestros argumentos se mantienen también respecto de la aplicación a los nuevos adherentes a un tratado. No existe razón alguna para tratar a los nuevos adherentes mejor que a los miembros anteriores, permitiéndoles reducir el nivel de sus obligaciones en un momento en que los miembros anteriores ya no estarían autorizados a hacerlo. A los efectos de este criterio es perfectamente indiferente el nivel de desarrollo de los países miembros en un tratado internacional, o candidatos a serlo.

20. El caso del Convenio de Berna representa, por cierto, una elocuente ilustración de los efectos no discriminatorios de este criterio en una situación en que la gran mayoría de los países en desarrollo ya eran miembros de la Unión de Berna en el momento de la adhesión de los Estados Unidos. Por otra parte, en el Acuerdo sobre los ADPIC se adoptó exactamente este criterio para las disposiciones sobre la reserva de derechos adquiridos anteriormente (véanse el apartado b) del artículo 4 y el párrafo 4 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC).

c) La Ley tipo de Túnez sobre derecho de autor

21. Otro argumento que respalda nuestra opinión según la cual la doctrina de las "pequeñas reservas" en ningún caso abarca las situaciones previstas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor es el que puede extraerse de la "Ley tipo de Túnez sobre derecho de autor", adoptada en 1976 (es decir, después de la última referencia a las "pequeñas reservas", hecha en la Conferencia Diplomática de 1967). Esta Ley Tipo tenía por objeto ofrecer orientación a los legisladores de países en desarrollo sobre la forma de redactar una ley de derecho de autor que cumpliera el Convenio de Berna (para más detalles, véase la descripción que figura en *Background Reading Material on Intellectual Property*, OMPI, 1988, páginas 255 a 257, prueba documental EC-24).

La Ley tipo "*establece una variedad bastante grande de limitaciones al derecho de autor: tanto casos de libre utilización como licencias no voluntarias*", pero ninguna de esas limitaciones guarda semejanza, siquiera remotamente, con las exenciones incluidas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor. El texto de la Ley tipo de Túnez al que se hace referencia está reproducido en nuestro texto escrito.

Entre los casos de libre utilización, con arreglo a la Ley tipo, figuran los siguientes:

a) el uso de una obra para necesidades personales y privadas del usuario;

b) las citas efectuadas conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga;

c) el uso de una obra a título de ilustración en la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, siempre que esa utilización sea también compatible con los usos honrados y el usuario mencione la fuente y el nombre del autor;

d) la reproducción por la prensa o la comunicación al público de artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa, publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, siempre que el usuario indique la fuente y esos usos no hayan sido prohibidos expresamente cuando la obra se dio a conocer originalmente;

e) el uso de una obra que puede ser vista u oída en el curso de acontecimientos de actualidad al informar sobre esos acontecimientos;

f) la reproducción de obras de arte y de arquitectura en una película cinematográfica o emisión de televisión, si su uso es incidental o la obra se encuentra situada en un lugar público;

g) la reproducción reprográfica de obras protegidas, cuando se realiza por bibliotecas públicas, centros de documentación no comerciales, instituciones científicas y establecimientos de enseñanza, siempre que el número de copias realizadas se limite a las necesidades de sus actividades y la reproducción no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor;

h) la reproducción por la prensa o la comunicación al público de discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales, o cualquier conferencia o sermón pronunciados en público, etc., siempre que el uso se haga exclusivamente con fines de información de actualidad y no suponga la publicación de una colección de tales obras.

d) El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas

22. Por último, los Estados Unidos se apoyan en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas para sugerir que con arreglo al Convenio de Berna deben existir algunas excepciones amplias e indefinidas.

23. Ya hemos señalado en nuestra réplica que, habida cuenta de la situación de estos tratados pendientes todavía de un nacimiento futuro, que ni siquiera se encuentran en vigor y no han sido ratificados todavía por las CE y sus Estados miembros, ninguna cosa que estipulen puede reducir el nivel de protección del Convenio de Berna ni del Acuerdo sobre los ADPIC, ni crear nuevas excepciones que no existieran previamente en virtud de uno u otro.

Pero también desde el punto de vista sustantivo el texto del artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor no contiene indicio alguno de que se hubieran contemplado nuevas excepciones. Mientras que el párrafo 1) de ese artículo crea limitaciones y excepciones a nuevos derechos exclusivos creados por el propio Tratado, el párrafo 2) del mismo artículo se refiere a los casos en que dicho Tratado hace aplicables derechos del Convenio de Berna al entorno de las redes digitales, que no estaba previsto antes en el Convenio de Berna.

24. Esto contrasta con el asunto del que se trata, en que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor se aparta de las disposiciones de los artículos 11*bis* y 11 del Convenio de Berna, cuyo alcance no fue modificado por el Acuerdo sobre los ADPIC.

25. Los argumentos expuestos en relación con el artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor se aplican, *mutatis mutandis*, al artículo 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas.

26. 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 ninguna 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.

2. El Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC

27. Para la hipótesis de que el Grupo Especial considerase que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC es pertinente a los efectos de la evaluación del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor aplicaremos ahora a esa norma las tres etapas del criterio establecido en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

a) Determinados casos especiales

28. Hemos señalado reiteradas veces las razones por las que consideramos que las exenciones incluidas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor no constituyen "determinados casos especiales". No nos proponemos repetir aquí los fundamentos, pero estimamos que basta decir que unas excepciones que exoneran incondicionalmente entre el 45 por ciento y más del 70 por ciento de los establecimientos de comercio minorista, de servicios de bebidas y de comidas de responsabilidad por derecho de autor derivada de la difusión de obras amparadas por ese derecho tomadas de la radio o la televisión, y que eximen al resto de esos establecimientos en condiciones generosas, no pueden considerarse "determinados casos especiales"; tales exenciones representan más bien una inversión del principio de la regla y la excepción.

b) Atentado contra la explotación normal

29. También a este respecto hemos señalado detalladamente los motivos por los que consideramos que las exenciones creadas por el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor atenta contra la explotación normal (véanse, por ejemplo, nuestras respuestas a las preguntas 11 y 12 formuladas a ambas partes por el Grupo Especial). Nos limitaremos a mencionar aquí una vez más el simple volumen de la extensión, que abarca incondicionalmente grandes proporciones de sectores enteros de actividad económica y, en consecuencia, atentan contra la explotación normal de los derechos de interpretación o ejecución pública.

c) Perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos

30. No nos proponemos reiterar aquí todos los argumentos que ya hemos formulado en apoyo de nuestra opinión según la cual las exenciones incluidas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor efectivamente causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos; sino que desearíamos concentrarnos en los nuevos datos cuantitativos basados en estimaciones en el aire que a este respecto presentan los Estados Unidos en su réplica (puntos 33 y siguientes).

31. Estamos de acuerdo, como se señaló en nuestra respuesta a la pregunta 12 formulada por el Grupo Especial a ambas partes, en que el perjuicio económico de los titulares de derechos tiene que evaluarse primordialmente sobre la base de los efectos económicos en el país que establece las excepciones. Como ya lo hemos indicado, y los propios Estados Unidos lo plantearon durante la negociación de la cláusula sobre excepciones del Acuerdo sobre los ADPIC (véanse las comunicaciones de los Estados Unidos al Grupo de Negociación en el documento MTN.GNG/NG11/W/14/Rev.1, prueba documental EC-18, y el artículo 6 del documento MTN.GNG/NG11/W/70, prueba documental EC-25), opinamos que es más adecuado examinar los efectos potenciales (y no los efectos reales), porque pueden establecerse con mayor grado de certidumbre y están menos sujetos a cambios imprevistos.

32. Hemos presentado un análisis de los efectos económicos potenciales del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, que los Estados Unidos nunca han controvertido con fundamento. Ese análisis demuestra que 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 de los Estados Unidos están exentos incondicionalmente en virtud del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, y que la totalidad de los demás establecimientos de esas clases quedan exentos si se cumple una condición que se refiere, en lo esencial, al número de altavoces. A nuestro juicio, estos resultados muestran con total claridad que las exenciones estipuladas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor causan efectivamente un perjuicio injustificado para los intereses legítimos de los titulares de derechos.

i) La cuantía de las pérdidas según la estimación en el aire hecha por los Estados Unidos

33. En su escrito de réplica, los Estados Unidos han procurado minimizar los perjuicios sobre la base de una estimación en el aire de la cuantía real de las pérdidas, basada en antecedentes sobre las distribuciones efectuadas por una única organización recaudadora (la ASCAP).

En opinión de las CE y sus Estados miembros, este método está viciado fundamentalmente por diversas razones.

34. Las distribuciones de ingresos entre los titulares de derechos efectuadas por las organizaciones recaudadoras se hacen en función de su recaudación en el mercado; y ésta, a su vez, depende de la protección legal de los respectivos derechos exclusivos.

En los Estados Unidos, los derechos mencionados 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 estuvieron protegidos en absoluto hasta 1976 (véase la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Aiken*, prueba documental EC-1). Esos derechos exclusivos estuvieron protegidos en general a partir de 1976, pero simultáneamente se introdujo la "exención de uso hogareño" en virtud de la versión anterior del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor.

Esta exención ya excluía una amplia gama de usos comerciales (véanse, por ejemplo, las situaciones de los asuntos *Claire's Boutique* y *Edison*, pruebas documentales EC-6 y EC-5, respectivamente), lo que reducía considerablemente el número de locales comerciales sujetos a la necesidad de obtener una licencia.

35. Además, el hecho de que la National Licensed Beverage Association (NLBA) concertara en 1995, según los Estados Unidos, un acuerdo con las organizaciones recaudadoras de ese país por el que se excluía a todos los establecimientos de menos de 3.500 pies cuadrados de la responsabilidad por derecho de autor y, en ciertas condiciones, se excluía de esa responsabilidad a establecimientos de mayor superficie (véanse los puntos 12 a 14 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos) condujo a una situación en que, desde la entrada en vigor de ese Acuerdo, no se percibieron derechos de licencia de los establecimientos de servicios de comidas y bebidas afiliados a la NLBA.

36. Corresponde recordar las cifras indicadas en el análisis de Dun and Bradstreet auspiciado por el Congreso de los Estados Unidos, que indican que la exención incondicional de los establecimientos de servicios de comidas y bebidas de menos de 3.500 pies cuadrados abarca el 65 por ciento y el 72 por ciento, respectivamente, de la totalidad de tales establecimientos (véase el párrafo 37 de la exposición oral de las CE y sus Estados miembros en la primera audiencia).

37. También en el empleo de cifras sobre las pérdidas que pueden atribuirse únicamente a titulares de derechos de las CE, en el contexto de la determinación de los perjuicios conforme al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, se interpreta equivocadamente dicho artículo 13.

Para todas las condiciones mencionadas en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, los efectos que se causan para todos los titulares de derechos, de los Estados Unidos, de las CE y de otros países, deben tomarse conjuntamente. Las consecuencias específicas para los titulares de derechos de

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 Acuerdo sobre los ADPIC debe efectuarse sobre la base de los efectos potenciales y no de los efectos reales, las CE y sus Estados miembros consideran que el siguiente análisis realizado con criterio inverso al anterior ofrece por lo menos indicios plausibles acerca del orden de magnitud de las pérdidas reales sufridas por los titulares de derechos como consecuencia de la aplicación del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor

40. En la base de datos de Dun and Bradstreet (véase la prueba documental EC-16), las cifras correspondientes a 1998 indican que en todo el territorio de los Estados Unidos los establecimientos con superficie inferior a 3.750 pies cuadrados eran:

- 49.061 establecimientos de servicios de bebidas, y

- 192.692 establecimientos de servicios de comidas; y que había:

- 81.406 establecimientos de comercio minorista con superficie inferior a 2.000 pies cuadrados.

Estas cifras son probablemente inferiores a la cantidad real de establecimientos si se compara el número de establecimientos de servicios de comidas sobre la base de los datos de la Oficina de Censos de los Estados Unidos correspondientes a 1996 (véase la prueba documental US-18), del que surge una cifra de 240.000 establecimientos con menos de 3.750 pies cuadrados.

41. En una segunda etapa, estaríamos de acuerdo con los Estados Unidos en que no todos estos establecimientos difunden efectivamente música tomada de la radio o la televisión en sus locales para el disfrute de sus clientes.

Los Estados Unidos, en su escrito de réplica (véase el párrafo 39) proponen la hipótesis de que en el 30,5 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas y bebidas con superficie inferior a 3.750 pies cuadrados se difunde efectivamente música tomada de la radio.

Aunque los Estados Unidos no han dado fundamentos para esta suposición, usaremos esta hipótesis para el presente análisis y la aplicaremos igualmente a los establecimientos de comercio minorista.

Este procedimiento demuestra que, de los establecimientos que quedan por debajo del límite de 3.750 pies o de 2.000 pies cuadrados, los que efectivamente difunden música tomada de la radio en sus locales sin tener que pagar una licencia son los siguientes, omitiendo del análisis la difusión de música tomada de la televisión:

- 14.700 establecimientos de servicios de bebidas;

- 57.800 establecimientos de servicios de comidas; y

- 84.400 establecimientos de comercio minorista.

42. Como paso siguiente debe escogerse, de las tarifas de licencias de la ASCAP (citadas en la prueba documental EC-26) y BMI (citadas en la prueba documental EC-27), la correspondiente regalía por licencias de difusión de música tomada de la radio en los establecimientos respectivos.

Habida cuenta de que la ASCAP y BMI representan repertorios diferentes, es preciso obtener licencia de ambas para poder difundir música tomada de la radio en los establecimientos comerciales.

Las tarifas más bajas de la ASCAP y BMI por licencias para establecimientos de servicios de comidas y bebidas alcanzan a una suma de 410 dólares EE.UU. por año. Esto también puede compararse con la tarifa de licencias que figura en la prueba documental US-7, donde efectivamente se mencionan derechos de licencia de 455 dólares EE.UU. anuales para los establecimientos de menos de 1.500 pies cuadrados, 869 dólares EE.UU. para los que tienen entre 1.500 y 2.500 pies cuadrados, y 1.265 dólares EE.UU. para los que tienen entre 2.500 y 3.500 pies cuadrados.

Para los establecimientos de comercio minorista, las categorías más bajas de derechos de licencia de BMI y la ASCAP suman 283,50 dólares EE.UU. por año.

43. Aplicadas las tarifas respectivas al número de establecimientos que difunden música tomada de la radio en sus locales, se llega a la cuantía de los ingresos perdidos por BMI y la ASCAP como consecuencia de la aplicación del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor.

Para los establecimientos de servicios de comidas y bebidas, los ingresos perdidos alcanzan a 29.725.000 dólares EE.UU.; y para los establecimientos de comercio minorista los ingresos perdidos representan 23,93 dólares EE.UU., lo que suma un total de 53,65 dólares EE.UU.

44. Estas son las pérdidas en relación con todos los titulares de derechos: de los Estados Unidos, de las CE y de terceros países. El análisis confirma igualmente la afirmación realizada por BMI y la ASCAP en su comunicado de prensa emitido el día siguiente a la aprobación de la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales (véase la prueba documental EC-14), donde declaran lo siguiente:

> "Los ingresos de los autores de canciones, compositores y editores han quedado reducidos en decenas de millones de dólares cada año."

45. Esta incursión en el ámbito del cálculo de las pérdidas reales sufridas por los titulares de derecho de autor por la aplicación del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor confirma el análisis basado de las pérdidas potenciales que presentamos antes y, en opinión de las CE y sus Estados miembros, indica claramente que las excepciones dispuestas en ese artículo efectivamente causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derecho de autor y, en consecuencia, tampoco puede cumplirse la tercera de las condiciones que figuran en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

IV. CONCLUSIÓN

46. Las CE y sus Estados miembros, en consecuencia, solicitan respetuosamente al Grupo Especial que constate que los Estados Unidos han incurrido en incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, junto con el punto 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 derivadas del Acuerdo sobre los ADPIC.

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 OMPI[1]

(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

Página

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 1976[1] 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 2thSession (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 Judiciales de la Cámara de Representantes, *H.R. Rep. Nº 94-1476, 94th Congress, 2d. Session 87 (1976)* (denominado en adelante "Informe de la Cámara de Representantes"; la página correspondiente se presenta como prueba documental US-1).

[5] *Ibíd*. Los factores que deben considerarse para aplicar la exención se basan en gran medida en las circunstancias de un asunto resuelto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos inmediatamente antes de la aprobación de la Ley de Derecho de Autor, *Tweintieth Century Music Corp. v Aiken*, 422 U.S. 151 (1976). En el asunto *Aiken*, el Tribunal declaró que el propietario de un pequeño restaurante de comidas rápidas no incurría en responsabilidad por difundir música en un establecimiento de 1.055 pies cuadrados que sólo tenía cuatro altavoces y una radio. En el Informe de la Cámara de Representantes se indica que la situación de hecho del

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 asuntos *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 hogareño fuera aplicable a una cadena de tiendas minoristas. El Tribunal se apoyó expresamente en que el volumen y la naturaleza de las actividades del demandado justificaban la utilización de un sistema comercial de suministro de música de fondo.[10]

---

asunto *Aiken* representa el "límite máximo" de la exención de uso hogareño. *Ibíd*.; *véase también* la Prueba documental EC-1.

[6] Informe de Conferencia de la Subcomisión de Tribunales y Propiedad Intelectual de la Comisión de Asuntos Judiciales de la Cámara de Representantes, *H.R. Rep. Nº 94-1733, 94th Congress, 2d Session 75 (1976)* (denominado en adelante "Informe de Conferencia"; presentado como prueba documental US-2).

[7] Véase la audiencia sobre el régimen de licencias en restaurantes, establecimientos minoristas y otros establecimientos, celebrada ante la Subcomisión de Tribunales y Propiedad Intelectual de la Comisión de Asuntos Judiciales de la Cámara de Representantes (17 de julio de 1997) (denominada en adelante "Audiencia de la Comisión de Asuntos Judiciales") (declaración de Patrick Collins, de SESAC, páginas 109-110). Debido a la extensión del acta de la audiencia de la Comisión de Asuntos Judiciales, no se adjunta ese documento; sin embargo la transcripción puede consultarse en la Internet en: http://commdocs.house.gov./committees /judiciary/hju43667.7.000/hju43667_0.htm.

[8] Informe de la Cámara de Representantes, página 86 (prueba documental US-1).

[9] *Sailor Music v. Gap Stores, Inc.*, 668 F.2d 84 (2d Cir. 1981), *cert. denied*, 456 U.S. 945 (1982) ("asunto *Gap Stores*") (las sentencias en que se interpreta la parte A del artículo 110(5) se adjuntan en la prueba documental US-3 por orden alfabético).

[10] *Broadcast Music, Inc. v. United States Shoe Corp.*, 678 F.2d 816 (9th Cir. 1982). Véase también *Red Cloud Music Co. v. Schneegarten, Inc.*, 27 U.S.P.Q.2d 1219 (C.D. Cal. 1992) (que sigue el precedente de

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 ejecutantes[13], 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. 1031 (D. Mont. 1990) (un restaurante de 1.192 pies cuadrados en que se empleaba una radio y un sistema de altavoces embutidos no fue admitido a los efectos de la exención del artículo 110(5)); *Little Mole Music v. Mavar's Supermarket*, 12 U.S.P.Q.2d 1209 (N.D. Ohio 1988) (una cadena de supermercados no fue admitida a los efectos de la exención del artículo 110(5) sobre la base del empleo de entre seis y 10 altavoces en el techo, y sus dimensiones físicas); *Merrill v. Bill Miller's Bar-B-Q Enters.*, 688 F. Supp. 1172 (W.D. Tex. 1988) (una cadena de restaurantes no fue admitida a los efectos de la exención del artículo 110(5) porque su equipo no era de tipo hogareño; la superficie era de entre 1.000 y 1.500 pies cuadrados y los ingresos anuales justificaban la suscripción a un servicio comercial).

[11] *Broadcast Music Inc. v. Claire's Boutiques*, 949 F.2d. 1482, 1493 (7th Cir. 1991).

[12] *Broadcast Music Inc. v. Edison Bros. Stores, Inc., supra.* Las CE, en su comunicación, hacen la afirmación sin fundamento de que, como consecuencia de esta sentencia, las cadenas de tiendas adaptaron sus instalaciones musicales para poder beneficiarse de la exención o hasta cancelaron su suscripción a servicios musicales (comunicación de las CE, nota de pie de página 25). Las CE no presentan fundamento alguno ni citas de ninguna clase en apoyo de estas afirmaciones, y los Estados Unidos no tienen conocimiento de ningún caso en que se hayan producido tales hechos.

[13] Concretamente había quejas generalizadas de pequeños propietarios acerca de hostigamientos y tácticas abusivas de esas organizaciones en los procedimientos sobre otorgamiento de licencias. Véase, en general, la audiencia de la Comisión de Asuntos Judiciales, declaración de Bruce A. Lehman, Secretario Adjunto de Comercio y Comisionado de Patentes y Marcas, página 42; declaración de Pete Madland en representación de la Liga de Tabernas de Wisconsin, página 220; y declaración de Peter Kilgore en representación de la Asociación Nacional de Restaurantes, páginas 235 y 236.

("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 m^2), 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. En octubre de 1995, la National Licensed Beverage Association ("NLBA"), que había sido una de las proponentes de la enmienda del artículo 110(5) y un miembro importante de la coalición, resolvió sus diferencias con las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes y ejecutantes y firmó un acuerdo privado sobre licencias colectivas. Ese acuerdo se aplicaba a la mayoría de los numerosos asociados de la NLBA, y también podía valerse de él cualquier establecimiento de servicios de comidas o bebidas o de comercio minorista habilitado para la venta de bebidas alcohólicas para el consumo en sus locales.[17] El acuerdo exime a los establecimientos adheridos a la NLBA del pago de derechos de licencia por la difusión de música mediante la radio o la televisión, siempre que:

i) el establecimiento tenga menos de 3.500 pies cuadrados [325,28 m^2], o

---

[14] La propuesta de la coalición figura en *H.R. 789, the Fairness in Music Licensing Act of 1997*, por el Representante James Sensenbrenner, que se adjunta como prueba documental US-4. Esta propuesta, *y no* las disposiciones que se controvierten en este asunto, fueron la base del testimonio prestado por la Directora del Registro de Derecho de Autor, Marybeth Peters, y por Bruce Lehman, que las CE citan en su comunicación (párrafo 4 de la primera comunicación de las CE). Aunque las CE citan la parte de la declaración de la Sra. Peters que se refiere a esta exención mucho más amplia que la que resultó aprobada, omiten mencionar su declaración acerca de la parte A de artículo 110(5). Con respecto a esa parte A, la Sra. Peters observó que el artículo 110(5) había sido examinado por un comité especial con ocasión de la adhesión de los Estados Unidos al Convenio de Berna, y declaró: "Creo firmemente que el actual artículo 110(5) está perfecto, teniendo en cuenta lo que exige el Convenio de Berna, y puede ser similar a exenciones que se encuentran en algunos otros países" (audiencia de la Comisión de Asuntos Judiciales, página 46). Por otra parte, las CE presentan en términos inexactos las declaraciones de la Sra. Peters y el Sr. Lehman acerca de la compatibilidad de la propuesta de la coalición con el Acuerdo sobre los ADPIC. Basta una lectura superficial de las declaraciones citadas para comprobar que la Sra. Peters y el Sr. Lehman manifestaron en realidad la convicción de que las modificaciones propuestas llevarían a *reclamaciones de otros países* en el sentido de que los Estados Unidos incurrían en infracción de sus obligaciones: una opinión que no puede sorprender, puesto que las CE ya se habían quejado por la incompatibilidad de la exención de uso hogareño con el Acuerdo sobre los ADPIC y habían iniciado una investigación formal sobre esa disposición en el momento en que se formularon estas declaraciones. Véanse también las pruebas documentales EC-11 y EC-12.

[15] Carta de 24 de julio de 1995 dirigida por la ASCAP, BMI, Inc. y SESAC, Inc., al legislador Carlos Moorhead (adjunta como prueba documental US-5).

[16] *Ibid*., páginas 5 y 6.

[17] Cualquier establecimiento afiliado a la NLBA puede aprovechar las condiciones del acuerdo, y los establecimientos que no lo son pueden valerse de él adhiriéndose a la NLBA. Para adherirse a la NLBA, los establecimientos deben vender bebidas alcohólicas en sus locales, condición que cumplen todos los bares y tabernas, así como numerosos restaurantes.

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. El acuerdo de la NLBA también establecía una rebaja de las tarifas por licencias de interpretación o ejecución musical por otros medios, como los mecánicos, las ejecuciones en directo, los fonógrafos automáticos de propiedad del establecimiento y las ejecuciones de radio y televisión que no reunieran las condiciones de la exención.[19] La mayor de las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes y ejecutantes de los Estados Unidos, la Sociedad Estadounidense de Compositores, Autores y Editores (ASCAP), elogió el acuerdo calificándolo como "una transacción equitativa"[20], y manifestando que habría de beneficiar a las pequeñas empresas garantizando al mismo tiempo "que sigan estando protegidos los derechos de los autores de canciones, compositores y editores musicales".[21] Una vez más resulta notable que el alcance de la exención en este acuerdo negociado voluntariamente sea casi idéntico a la norma legal que, tres años después, se convirtió en 1998 en la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales. Además, en la época en que se concertó el acuerdo con la NLBA, las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes o ejecutantes ofrecieron ampliar la misma propuesta a la Asociación Nacional de Restaurantes y otros miembros de la coalición de empresas, pero en ese momento la oferta fue rechazada.[22]

14. En octubre de 1998, después de dilatadas negociaciones entre las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes o ejecutante y la coalición, el Congreso aprobó una ley de enmienda del artículo 110(5) cuyos términos eran muy similares a los del acuerdo de la NLBA. La enmienda de 1998 supuso una revisión del artículo 110(5) para añadir la parte B, que se aplica exclusivamente a las obras musicales no dramáticas. La nueva parte B exime las ejecuciones secundarias de obras musicales no dramáticas sobre la base de criterios definidos de superficie y/o de equipo, con sujeción a otras tres limitaciones. Sus disposiciones completas son las siguientes:

5)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

[18] *NLBA News*, abril de 1997 (adjunto como prueba documental US-6).

[19] *Ibíd.*; véase también el acuerdo sobre licencias musicales con la ASCAP, BMI y la SESAC para los afiliados de la NLBA, páginas 2 y 3 (presentado como prueba documental US-7).

[20] ASCAP, *Playback*, febrero de 1996 (adjunto como prueba documental US-8).

[21] ASCAP, *Playback*, diciembre de 1995 (adjunto como prueba documental US-9).

[22] Audiencia de la Comisión de Asuntos Judiciales (declaración de Wyland Holyfield en representación de la ASCAP, página 75). La Asociación Nacional de Restaurantes no aceptó la oferta, sin embargo, porque opinaba que era más adecuado que sus normas se establecieran por la ley y no en un acuerdo comercial privado.

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 11*bis* 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 11*bis*.[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 Berna[27], 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 F2d. 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 principios sobre la interpretación de los tratados que se establecen en el artículo 31 de la *Convención de Viena*, que en su parte pertinente establece 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".[28]

20. El texto del artículo 13 establece claramente requisitos acumulativos para las excepciones a los derechos exclusivos. Cualquier excepción sólo puede aplicarse a determinados casos especiales; no debe atentar contra la explotación normal de la obra; y, además, no debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

21. El contexto del artículo 13 incluye otras excepciones que figuran en el Acuerdo sobre los ADPIC y que dan a los Miembros de la OMC cierto grado de flexibilidad en la aplicación de las disposiciones pertinentes del Acuerdo. Los artículos 17, 26 y 30 contienen textos muy similares al del artículo 13 y aplican esa excepción a las marcas de fábrica o de comercio, los dibujos y modelos industriales y las patentes, respectivamente. El párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC también hace hincapié en la flexibilidad disponiendo que "Los Miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos".

22. El objeto y fin del artículo 13, según resulta de su texto, consisten en permitir determinadas excepciones a los derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor. El objeto y fin deben considerarse a la luz de los "Objetivos" del Acuerdo, establecidos en su artículo 7, que establece que las disposiciones del Acuerdo están destinadas al beneficio recíproco de los productores y de los usuarios, y a favorecer el equilibrio de derechos y obligaciones.

23. Cada uno de los criterios del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC debe interpretarse a la luz de estos principios. Conforme a ese análisis, las excepciones de las partes A y B del artículo 110(5) satisfacen los requisitos del artículo 13 porque están circunscritas a casos especiales que no atentan contra la explotación normal y que no causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derecho de autor.

A. EL ARTÍCULO 110(5) SE APLICA A DETERMINADOS CASOS ESPECIALES

24. Como cuestión preliminar, el artículo 110(5) está circunscrito a "determinados casos especiales". El Acuerdo sobre los ADPIC no entra en detalles sobre los criterios que determinan que un caso se considere "especial", y los Miembros de la OMC disponen de flexibilidad para determinar por sí mismos si un caso particular representa o no un fundamento adecuado para una excepción a los derechos exclusivos. Los adjetivos limitativos "determinados" y "especiales", que figuran en el artículo 13, indican que las excepciones deben estar "claramente delineadas" y no pueden ser vagas ni ilimitadas.[29]

25. La parte A del artículo 110(5) está circunscrita a determinados casos especiales: los que corresponden al uso de un aparato receptor "de tipo hogareño". Este es un criterio referente a los hechos de cada caso, pero a pesar de ello es un criterio bien definido. Los tribunales, al establecer si determinado establecimiento cumplía o no la norma del artículo 110(5), han examinado los diversos

---

[28] *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, WT/DS50/AB/R, Informe del Órgano de Apelación, 18 de diciembre de 1997 (donde se cita la Convención de Viena, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969: *1155 United Nations Treaty Series* 221; 8 International Legal Materials 679 (1969)).

[29] Gervais, página 90.

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 exclusivos del autor: precisamente para admitir tales excepciones se incluyó en el Acuerdo sobre los ADPIC el artículo 13. Las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos, por definición, privan al titular del derecho de autor de una retribución eventual por determinados usos de su obra. Si todas las veces que un titular de derecho de autor se ve privado de alguna retribución eventual ello constituyera un atentado contra la explotación normal, el artículo 13 carecería de todo significado.

28. Para determinar lo que constituye una explotación normal, el Grupo Especial debe examinar todas "las formas en que cabe esperar razonablemente que un autor explote su obra en el curso normal de los hechos".[30] Con arreglo a la legislación de los Estados Unidos sobre derecho de autor, el titular de ese derecho respecto de una obra musical tiene una amplia gama de derechos exclusivos. Los más importantes para esos titulares incluyen el derecho de reproducir su obra en copias y fonogramas, el derecho de distribuir y vender esas copias y fonogramas, y el derecho de interpretar o ejecutar públicamente su música.[31] El artículo 110(5) constituye una excepción que se aplica únicamente al derecho de interpretación o ejecución pública.

29. En lo que respecta al derecho de interpretación o ejecución pública, para el titular del derecho de autor la forma de explotación más importante, con gran ventaja, es la ejecución primaria de la obra. La retribución que pagan los organismos de radiodifusión por el derecho de emitir la obra musical es particularmente importante. Las regalías por radiodifusión y por interpretación o ejecución en directo son los principales medios a través de los cuales los titulares de derecho de autor de obras musicales no dramáticas obtienen retribución por la interpretación o ejecución pública de sus obras. El artículo 110(5) no afecta a la facultad de los titulares de derecho de autor de obtener retribución por esos tipos de explotación. Por el contrario, sólo afecta a los usos secundarios de las emisiones radiodifundidas. Además, no exime todas las ejecuciones secundarias, sino solamente las realizadas en establecimientos que utilicen un equipo receptor de tipo doméstico, o se ajusten a los criterios de superficie y otros que figuran en la ley. Por último, incluso en los establecimientos exentos por efecto del artículo 110(5) los propietarios tienen que pagar derechos de licencia por el uso de música grabada en discos compactos o casetes y por las interpretaciones o ejecuciones musicales en directo.

---

[30] Sam Ricketson, The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986, 483 (Kluwer, 1987). El texto se refiere al empleo de la expresión "explotación normal" en el párrafo 2) del artículo 9 del Convenio de Berna.

[31] Esto comprende el derecho de radiodifusión de la obra que se encuentra en el artículo 11*bis* del Convenio de Berna.

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 tribunales, como ya se ha analizado. Como la parte A del artículo 110(5) sólo afectaba a establecimientos que de todos modos no era probable que concertaran licencias, o que no habrían sido objeto de licencias conforme a las prácticas de la época, la disposición no atentaba contra las expectativas de los titulares de derechos respecto de la explotación normal de sus obras.

31. Ahora que la parte A del artículo 110(5) excluye de su alcance las obras musicales no dramáticas (por ejemplo, las canciones habitualmente difundidas por la radio, y no como parte de una ejecución dramática mayor, como una ópera), resulta más claro todavía que no atenta contra la explotación normal de las obras amparadas por el derecho de autor. Respecto de las obras musicales no dramáticas, existe como mínimo, un mecanismo de otorgamiento de licencias colectivas (las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes o ejecutantes) que genera *algún* ingreso derivado de las ejecuciones secundarias. Para las demás obras abarcadas por la exención, como las óperas, piezas teatrales y comedias musicales, no existe tal sistema de administración colectiva de licencias de las ejecuciones secundarias, y se otorgan pocas licencias, o ninguna, por los titulares de derechos a establecimientos de comercio minorista o de servicios de comidas o bebidas. Los titulares de derecho de autor sobre tales obras no esperan, ni nunca han esperado, obtener ingresos directos de la ejecución secundaria en tales establecimientos. En otras palabras: el otorgamiento de licencias para este aspecto del derecho de interpretación o ejecución no es parte de las formas en que "cabe esperar razonablemente que un autor explote su obra en el curso normal de los hechos".[35]

32. En el caso de la parte B del artículo 110(5), una parte importante de los establecimientos eximidos por esa disposición ya había estado exenta durante más de un cuarto de siglo a través de la exención de uso hogareño. Los titulares de derecho de autor sobre obras musicales no dramáticas no tenían expectativa alguna de cobrar derechos a esos establecimientos. Por otra parte, aun cuando no se hubiera aprobado la parte B del artículo 110(5), muchos de los establecimientos que ahora tienen derecho a esa exención podrían haberse valido de la exención casi idéntica concertada voluntariamente por las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes o ejecutantes con la NLBA. De este modo, ya antes de aprobarse la enmienda de 1998 los titulares de derecho de autor tampoco podían contar, normalmente, con cobrar derechos a esos establecimientos. En último análisis, un pequeño número de establecimientos puede no haber tenido derecho al beneficio de la exención de uso hogareño ni a la del acuerdo de la NLBA, y de este modo puede haber

---

[32] Ricketson, página 483 (un ejemplo de los usos que no atentan contra la explotación normal es el de los "usos por los cuales [el titular del derecho de autor] normalmente no esperaría percibir regalías, aun cuando en términos estrictos esté comprendido en el alcance de su derecho [exclusivo]").

[33] Informe de Conferencia, página 75 (prueba documental US-2).

[34] Informe de la Cámara de Representantes, página 86 (prueba documental US-1).

[35] Ricketson, página 483. Este texto se refiere al empleo de la expresión "explotación normal" en el párrafo 2) del artículo 9 del Convenio de Berna.

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 considerable número de establecimientos en que no se difunde música;

- restar de ese número los establecimientos que utilizan música de otras fuentes distintas de la radio y la televisión (como las cintas magnetofónicas, discos compactos, fonógrafos automáticos o ejecuciones en directo);

- restar todavía la cantidad de los establecimientos que no tenían licencia antes de aprobarse la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales y a los que las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes o ejecutantes no habrían podido imponer licencias independientemente de la exención;

- restar aún los establecimientos que simplemente aprovecharían el acuerdo de la NLBA, prácticamente idéntico a la parte B del artículo 110(5), si no dispusieran de la exención legal; y

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

Aunque resulta imposible estimar estas cifras con precisión científica, existen amplios motivos para considerar que representan una cantidad considerable de establecimientos. Sin embargo, ni siquiera una cifra realista del número de establecimientos en los que los titulares de derecho de autor han perdido ingresos podría representar la verdadera cuantía del perjuicio económico de 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.

38. 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.

39. A la luz de los antecedentes de la enmienda de 1998, y de la estrecha similitud entre esa norma legal y el acuerdo voluntario alcanzado entre las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes y ejecutantes y la NLBA en 1995, resulta aún más endeble la alegación de las CE de que los titulares de derechos están sufriendo un perjuicio injustificado. Como ya se expuso, esas organizaciones celebraron voluntariamente el acuerdo con la NLBA que exime establecimientos que son casi los mismos. Esas organizaciones, lejos de denunciar que el acuerdo fuera injustificado, lo saludaron como un arreglo "justo" que "protegía" los derechos de sus afiliados. Marilyn Bergman, Presidenta y Jefa Ejecutiva de la ASCAP, explicó en el informe anual de 1996 de esa organización: "Estamos orgullosos de haber llegado a una solución con la NLBA, y es una solución buena para ambas organizaciones".[39]

40. Por último, el análisis del perjuicio injustificado también debe tomar en consideración los limitados recursos de las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes o ejecutantes y el reducido porcentaje del mercado en el cual efectivamente otorgan licencias. En vista de la certidumbre que ofrecen las limitaciones precisas de la parte B del artículo 110(5), esas organizaciones pueden ahora orientar eficazmente sus recursos destinados a la concertación de licencias hacia los establecimientos a los que no corresponde exención en virtud de la parte B del artículo 110(5), compensando de ese modo cualquier perjuicio de menor importancia que pudieran sufrir. En realidad, la mayor de esas organizaciones ya ha declarado su propósito de proceder precisamente en esa forma, así como de generar nuevos ingresos mediante el estímulo de la música grabada y ejecutada en directo, para la cual no rige ninguna exención. Ya antes de la entrada en vigor de la enmienda de 1998, la ASCAP esbozó su proyecto de "contrarrestar los efectos" de la Ley: "Un elemento fundamental de nuestro plan será *procurar agresivamente la concertación de licencias con aquellos establecimientos que no han pagado regalías sin estar eximidos, y promover el valor de la música ejecutada en directo y la música mecánica en un gran número de establecimientos escogidos con nuevos criterios*".[40]

IV. CONCLUSIÓN

41. Por todas estas razones, el Grupo Especial debería constatar que tanto la parte A como la parte B del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos cumplen las normas del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y las obligaciones sustantivas del Convenio de Berna. Ambas disposiciones están circunscritas a determinados casos particulares y no atentan contra la explotación normal de la obra, ni causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de titulares de derechos de las CE. En consecuencia, este Grupo Especial debería desestimar la reclamación de las CE en la presente diferencia.

---

[39] Marilyn Bergman, *Safeguarding the Creative Community, ASCAP, Annual Report (1996)*, página 1 (presentado como prueba documental US-12).

[40] ASCAP, *Playback*, octubre-noviembre-diciembre de 1998, página 2 (cursiva añadida; presentado como prueba documental US-13).

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

del derecho de autor "casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos".

12. Como cuestión preliminar, el artículo 110(5) está circunscrito a "determinados casos especiales". El Acuerdo sobre los ADPIC no entra en detalles sobre los criterios que determinan que un caso se considere "especial", y los Miembros de la OMC disponen de flexibilidad para determinar por sí mismos si un caso particular representa o no un fundamento adecuado para una excepción a los derechos exclusivos. Los adjetivos limitativos "determinados" y "especiales", que figuran en el artículo 13, indican que las excepciones deben estar "claramente delineadas" y no pueden ser vagas ni ilimitadas.

13. La exención de uso hogareño está circunscrita a determinados casos especiales: los que suponen el empleo de un aparato receptor "de tipo hogareño" en pequeñas empresas que por lo general no pagarían por una licencia comercial. Este es un criterio referente a los hechos de cada caso, pero a pesar de ello es un criterio bien definido. Los tribunales, al establecer si determinado establecimiento cumplía o no la norma de la exención de uso hogareño, han examinado los diversos 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.

14. La enmienda de 1998 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. Los antecedentes legislativos de la enmienda de 1998 demuestran la opinión del Congreso de que los criterios precisos en materia de superficie pondrían coto a las tácticas abusivas y exageradas de las sociedades recaudadoras de derechos.

IV. EXPLOTACIÓN NORMAL

15. En consecuencia, las dos evaluaciones fundamentales se refieren a si el artículo 110(5) atenta o no contra la explotación normal y a si causa o no un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos. En primer lugar, las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos, por definición, privan al titular del derecho de autor de una retribución eventual por determinados usos de su obra. Si todas las veces que un titular de derecho de autor se ve privado de alguna retribución eventual ello constituyera un atentado contra la explotación normal, el artículo 13 carecería de todo significado.

16. Para determinar lo que constituye una explotación normal, el Grupo Especial debe examinar las formas en que cabe esperar razonablemente que un autor explote su obra en el curso normal de los hechos. Como se indica en la prueba documental US-14, con arreglo a la legislación de los EE.UU. sobre derecho de autor el titular de ese derecho respecto de una obra musical tiene una amplia gama de derechos exclusivos. El artículo 110(5) constituye una excepción a uno solo de los derechos exclusivos más importantes: el derecho de interpretación o ejecución pública. Entre los usos protegidos por este derecho, el artículo 110(5) sólo afecta a determinados usos secundarios y no afecta al campo más importante de la explotación de las ejecuciones públicas para los titulares de derecho de autor: la ejecución primaria de la obra. Además, incluso en los establecimientos exentos por efecto del artículo 110(5) los propietarios tienen que pagar derechos de licencia por el uso de música grabada en discos compactos o casetes, y por las interpretaciones o ejecuciones musicales en directo.

17. Como hemos destacado en nuestra comunicación, el mercado que corresponde tener en cuenta en esta diferencia para evaluar el alcance de la explotación normal es el mercado de 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, incluso antes de que las obras musicales no dramáticas se eliminasen de su ámbito de aplicación 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.

18. En realidad, esta excepción no hacía otra cosa que codificar las prácticas en materia de licencias que ya aplicaban los titulares de derechos y sus organizaciones de administración de licencias. Como la exención de uso hogareño sólo afectaba a establecimientos que de todos modos no era probable que concertaran licencias, o que no habrían sido objeto de licencias conforme a las prácticas de la época, la disposición no atentaba contra las expectativas de los titulares de derechos respecto de la explotación normal de sus obras.

19. Ahora que la exención de uso hogareño excluye de su alcance las obras musicales no dramáticas (por ejemplo, las canciones habitualmente difundidas por la radio, y no como parte de una ejecución dramática mayor, como una ópera), resulta más claro todavía que no atenta contra la explotación normal de las obras amparadas por el derecho de autor. Respecto de las obras musicales no dramáticas (como las canciones de "rock", "pop" y jazz), existe, por lo menos, un mecanismo de otorgamiento de licencias colectivas (las sociedades recaudadoras) que genera algún ingreso derivado de las ejecuciones secundarias. Para las demás obras abarcadas por la exención de uso hogareño, como las óperas, piezas teatrales y comedias musicales, no existe tal sistema de administración colectiva de licencias de las ejecuciones secundarias, y se otorgan pocas licencias, o ninguna, por los titulares de derechos a establecimientos de comercio minorista o de servicios de comidas o bebidas. Los titulares de derecho de autor sobre tales obras no esperan, ni nunca han esperado, obtener ingresos directos de la ejecución secundaria en tales establecimientos.

20. En el caso de la enmienda de 1998, una parte importante de los establecimientos eximidos por esa disposición ya había estado exonerada durante más de un cuarto de siglo a través de la exención de uso hogareño. Los titulares de derecho de autor sobre obras musicales no dramáticas no tenían expectativa alguna de cobrar derechos a esos establecimientos. Por otra parte, aun cuando no se hubiera aprobado la enmienda de 1998, muchos de los establecimientos que ahora tienen derecho a esa exención podrían haberse valido de la exención casi idéntica concertada por las sociedades recaudadoras con la NLBA. Debemos señalar que tanto el acuerdo de la NLBA como la enmienda de 1998 se basan en la superficie y el equipo. En el acuerdo de la NLBA el requisito de superficie es un máximo de 3.500 pies cuadrados y en la enmienda de 1998 es de 3.750 pies cuadrados, con una diferencia de sólo 250 pies cuadrados. De este modo, ya antes de aprobarse la enmienda de 1998 los titulares de derecho de autor tampoco podían contar, normalmente, con cobrar derechos a esos establecimientos.

21. En último análisis, un pequeño número de establecimientos puede no haber tenido derecho al beneficio de la exención de uso hogareño ni a la del acuerdo de la NLBA, y de este modo puede haber obtenido una exención nueva en virtud de la enmienda de 1998. Sin embargo, teniendo en cuenta que los titulares de derecho de autor no contaban con percibir retribución por la mayoría de los usos que la ley exonera, 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. Por lo tanto, las exenciones del artículo 110(5) no atentan contra la explotación normal.

V. PERJUICIO INJUSTIFICADO

22. 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. 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.

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 fuente de ingresos significativa para los titulares de derechos. En consecuencia, esta excepción no perjudica los intereses legítimos de esos titulares de derechos.

25. En el capítulo de su exposición titulado "Consecuencias cuantitativas para los titulares de derecho de autor", y nuevamente en esta oportunidad, 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, destinadas a mostrar los enormes efectos de la enmienda de 1998. Por varias razones, sin embargo, esas cifras no son pertinentes. Ciertamente no sirven como fundamento útil a los efectos de estimar las consecuencias económicas de la enmienda de 1998 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 enmienda de 1998. 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 enmienda de 1998 sería preciso:

- restar de esos totales brutos el considerable número de establecimientos en que no se difunde música;
- restar de ese número los establecimientos que utilizan música de otras fuentes distintas de la radio y la televisión (como las cintas magnetofónicas, discos compactos, fonógrafos automáticos o ejecuciones en directo);
- restar todavía la cantidad de los establecimientos que no tenían licencia antes de aprobarse la enmienda de 1998 y a los que las sociedades recaudadoras no habrían podido imponer licencias independientemente de la exención;
- restar aún los establecimientos que simplemente aprovecharían el acuerdo de la NLBA, prácticamente idéntico a la enmienda de 1998, si no dispusieran de la exención legal; y

- 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. A la luz de los antecedentes de la enmienda de 1998 y de la estrecha similitud entre esa norma legal y el acuerdo voluntario alcanzado entre las sociedades recaudadoras y la NLBA en 1995, resulta aún más endeble la afirmación de las CE de que los titulares de derechos están sufriendo un perjuicio injustificado. Como ya se expuso, las sociedades recaudadoras celebraron voluntariamente el acuerdo con la NLBA que exime establecimientos que son casi los mismos. Esas sociedades, lejos de denunciar que el acuerdo fuera injustificado, lo saludaron como un arreglo "justo" que "protegía" los derechos de sus afiliados.

29. Por último, el análisis del perjuicio injustificado también debe tomar en consideración los limitados recursos de las sociedades recaudadoras y el reducido porcentaje del mercado en el cual efectivamente otorgan licencias. Por ejemplo, los ingresos obtenidos por ASCAP por licencias generales alcanzan por término medio al 14 por ciento de sus ingresos globales. Ese 14 por ciento incluye importantes fuentes de ingresos que no resultan afectadas por el artículo 110(5). Además de la música transmitida por radio difundida en establecimientos, incluye el uso de música en grandes reuniones como convenciones y en establecimientos como los circos, parques, centros comerciales, espectáculos deportivos y patinaderos. También incluye ingresos provenientes de ciertas ejecuciones e interpretaciones en directo y de grabaciones musicales (discos compactos, discos y cintas). Por lo tanto cualquier pérdida de ingresos de las sociedades recaudadoras derivada de la aplicación del artículo 110(5) equivale necesariamente a una pequeña fracción del 14 por ciento de sus ingresos totales.

30. En vista de la certidumbre que ofrecen las limitaciones precisas de la enmienda de 1998, las sociedades recaudadoras pueden ahora orientar eficazmente sus recursos destinados a la concertación de licencias hacia los establecimientos a los que no corresponde exención en virtud de la parte B del artículo 110(5), compensando de ese modo cualquier perjuicio de menor importancia que pudieran sufrir. En realidad, la ASCAP ya ha declarado su propósito de proceder precisamente en esa forma, así como de generar nuevos ingresos mediante el estímulo de la música grabada y ejecutada en directo, para la cual no rige ninguna exención. Como se señaló en nuestra primera comunicación, ya antes de la entrada en vigor de la enmienda de 1998 la ASCAP esbozó su proyecto de "contrarrestar los efectos" de la Ley.

31. Consideramos que un análisis cabal de todas las cuestiones habrá de conducir al Grupo Especial a la conclusión de que tanto la exención de uso hogareño como la enmienda de 1998 son totalmente compatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC. Muchas gracias.

APÉNDICE 2.3

RESPUESTAS DE LOS ESTADOS UNIDOS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR ESCRITO POR EL GRUPO ESPECIAL - PRIMERA REUNIÓN

(19 de noviembre de 1999)

I. RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS A LOS ESTADOS UNIDOS POR EL GRUPO ESPECIAL

Pregunta 1

Sírvanse facilitar:

a) una versión consolidada del texto actual del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, junto con el texto actual del artículo 106;

b) un ejemplar del estudio efectuado por el Servicio de Investigación del Congreso de los EE.UU. sobre las consecuencias del proyecto de ley que se menciona en el párrafo 5.3 de la comunicación de Australia;

c) si es posible, un ejemplar del texto completo del acuerdo sobre licencias colectivas celebrado entre las organizaciones de administración colectiva de los EE.UU. y la National Licensed Beverage Association (NLBA), mencionado en su comunicación.

Respuesta

a) No existe ningún texto oficial del Gobierno de los EE.UU. que consolide el artículo 10(5). Estamos presentando al Grupo Especial, en la prueba documental US-5, un ejemplar del artículo 110(5) consolidado por un servicio comercial, así como el texto actual del artículo 106.

b) Tenemos entendido que el "estudio" del Servicio de Investigación del Congreso a que se refiere Australia sólo consistió en la preparación de un par de estimaciones, que dan por resultado el gráfico presentado como prueba documental US-16.

c) La NLBA nos ha informado de que su acuerdo con las sociedades recaudadoras contiene una rigurosa disposición sobre no divulgación, y no puede darse a conocer. Sin embargo, hemos presentado una circular de la NLBA, así como una carta de la organización, que en ambos casos ofrecen un panorama general de sus condiciones principales (véase la prueba documental US-17).

Excepciones y limitaciones

Pregunta 2

En el párrafo 17 de su primera comunicación, los EE.UU. afirman -con respecto de las alegaciones de las CE en el sentido de que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. viola el artículo 11 y/o el artículo 11*bis* del Convenio de Berna en combinación con el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC- que "esa cuestión no está controvertida" y que la diferencia está centrada en torno de las excepciones y limitaciones que figuran en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. Rogamos a los EE.UU. que aclaren si admiten o no

que las partes A y B del artículo 110(5*)*, en su forma revisada, no son compatibles con el artículo 11 y/o con el artículo 11*bis* del Convenio de Berna, en combinación con el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, pero sostienen que el artículo 110(5) se justifica plenamente por las excepciones y limitaciones establecidas en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Respuesta

Los EE.UU. no controvierten que las partes A y B del artículo 110(5) involucran los artículos 11 y 11*bis* del Convenio de Berna. Es decir: afectan a derechos protegidos conforme a esos artículos. Sin embargo, la cuestión de si el artículo 110(5) es o no compatible con esos artículos no puede determinarse sin examinar tanto el alcance de los derechos que otorgan como las excepciones permitidas respecto de esos derechos. El artículo 110(5) será incompatible con esos artículos únicamente si no está comprendido en las excepciones autorizadas respecto de los artículos 11 y 11*bis*.

Los EE.UU. no alegan que el artículo 13 de Acuerdo sobre los ADPIC autoriza excepciones o limitaciones no permitidas por el Convenio de Berna respecto de los derechos de este último. Los EE.UU. sí afirman que el artículo 110(5) está justificado en virtud de la doctrina de las pequeñas reservas. El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC es pertinente porque establece un criterio expreso para evaluar las pequeñas reservas. El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC es un mecanismo para evaluar qué cosas son admisibles, y qué cosas no lo son, con arreglo al Convenio de Berna. (Para un análisis más completo de este tema, véase la respuesta de los EE.UU. a la pregunta 14 del Grupo Especial.)

Categorías de obras

Pregunta 3

La parte B del artículo 110(5) se aplica a la "interpretación, ejecución o exhibición de una obra musical no dramática". ¿Qué objeto tenía la exclusión del ámbito de aplicación de la parte B de las obras que no fueran obras musicales no dramáticas? ¿Cuándo se produce la "exhibición" de una obra musical no dramática? ¿En qué medida se aplica la parte B a otras categorías de obras distintas de las musicales, en particular a obras audiovisuales?

Respuesta

La parte B tomó por objeto las obras no dramáticas por dos razones que se relacionan entre sí. En primer lugar, la aprobación de la parte B fue impulsada por denuncias de empresarios sobre las prácticas seguidas en materia de licencias por las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes o ejecutantes. Como esas organizaciones no se ocupan de licencias para las obras musicales dramáticas, no había quejas sobre las licencias para tales obras, y en consecuencia no había razón alguna para referirse a ellas en la enmienda. Por otra parte, en la medida en que esas organizaciones no conciertan licencias para esas obras, en los hechos no existe otorgamiento de licencias para la ejecución secundaria de obras musicales dramáticas en los establecimientos afectados por exención. No tenemos conocimiento de que se otorguen por titulares de derechos licencias individuales para esos tipos de ejecuciones secundarias. Al no realizarse ninguna actividad en materia de licencias en ese campo, no había necesidad de que se incluyeran esas obras en la parte B del artículo 110(5).

La exhibición de una obra musical no dramática casi nunca se produce. La única oportunidad en que sería concebible que surgiera tal cosa sería una transmisión audiovisual en que la cámara

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 se procura incluir o excluir?

Como la Comisión Federal de Comunicaciones no otorga licencias a los sistemas de cable ni a los portadores de satélite como "emisoras de radio o televisión con ese carácter", se las incluyó expresamente en la parte B. Esto hace que la aplicación de la disposición resulte uniforme y previsible, rigiendo para la mayoría de las transmisiones audiovisuales sin distinciones basadas en la fuente de origen.

d) ¿Se aplica la parte A a las transmisiones independientemente de que estén o no destinadas a la recepción por el público (véase la redacción de la parte B)?

Conforme a la parte A, la interpretación o ejecución debe efectuarse mediante "la recepción pública de la transmisión con un único aparato receptor ...". Si la recepción no es pública, no se aplica la parte A. En ambas partes, si las transmisiones no son recibidas por el público no involucran el derecho exclusivo del autor conforme a los artículos 11 y 11*bis* del Convenio de Berna. Por ejemplo, si la radio funciona en el automóvil de una persona, o en la oficina privada de un restaurante, no existe ejercicio del derecho de interpretación o ejecución pública.

Como lo observa el Grupo Especial, en la parte B se agrega el requisito de que la transmisión tiene que estar *destinada* a la recepción por el público. Cabe presumir que esto excluiría de la exención las transmisiones destinadas a un auditorio más limitado, como en las suscripciones a servicios musicales o los servicios a pedido del usuario. En la parte A no figura tal prescripción. Para todos los efectos prácticos, sin embargo, esta limitación está implícita en la parte A, porque no es probable que los artefactos de tipo hogareño sean capaces de recibir otros tipos de transmisiones que las destinadas al público.

Pregunta 6

a) ¿Están comprendidas las transmisiones por la Internet en las partes A y B del artículo 110(5)?

Las transmisiones por la Internet en general no estarían comprendidas en la parte A ni la parte B del artículo 110(5) porque ambas se aplican solamente al derecho de interpretación o ejecución pública. Véase la respuesta al punto b) de esta pregunta, *infra.* No resulta claro si la parte A o la parte B del artículo 110(5) comprenderían o no el aspecto de interpretación o ejecución de una transmisión por la Internet. En relación con la parte A, los tribunales no han

determinado si un ordenador se consideraría o no "un único aparato receptor de tipo utilizado habitualmente en hogares privados", aunque debe observarse que los ordenadores se diferencian en muchos sentidos de los receptores estereofónicos y de radio previstos en los antecedentes legislativos de la exención de uso hogareño y en la jurisprudencia referente a la parte A del artículo 110(5). En el caso de la parte B, la mayoría de las transmisiones por la Internet no tendrían su origen en emisoras de radio o televisión autorizadas con ese carácter por la Comisión Federal de Comunicaciones, ni tampoco serían una transmisión audiovisual en un sistema de cable o de difusión mediante satélite. Sin embargo, si un organismo de radiodifusión autorizado por la Comisión Federal de Comunicaciones dirigiera él mismo sus señales por transmisión en flujo a la Internet, el aspecto de interpretación o ejecución de la obra radiodifundida podría quedar comprendido en la parte B.

b) **En el párrafo 16 de la comunicación de los EE.UU. se dice que "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". Sírvanse explicar en qué medida se crean reproducciones por una persona que escucha una emisión de radio transmitida en flujo por la Internet y si se requiere o no una autorización para tales reproducciones, y en qué circunstancias la persona que recibe las emisiones de radio transmitidas en flujo por la Internet cometería infracción del derecho de distribución. Sírvanse aclarar si hay o no pequeñas tiendas o restaurantes comprendidos en el artículo 110(5) que han adquirido licencia de reproducción o distribución para comunicar mediante un altavoz la música transmitida en flujo por la Internet, y de quién se ha obtenido o puede obtenerse tal licencia.**

En todas las transmisiones que recorren una red informática se crean reproducciones temporales. Esto representa un requisito técnico del envío de información digital: la información se envía desde un ordenador y pasa a través de muchos otros servidores antes de llegar a su destino final. Cada uno de los servidores a través de los cuales pasa la información realiza una copia de esa información mientras para poder transmitirla. Conforme a la legislación de los EE.UU. esas copias involucran el derecho de reproducción que corresponde al autor.

El proceso de creación de reproducciones temporales ocurre independientemente de que la transmisión se haga o no "en flujo". Esto último sólo significa que es imposible crear una reproducción de la obra íntegra en el ordenador de quien la recibe, porque las reproducciones van realizándose a medida que se transmite la información a través de la red.

El derecho de distribución podría estar involucrado por las copias de la obra, o partes de la obra, que se depositan en los ordenadores de recepción. Esto ocurre con numerosas técnicas de transmisión en flujo, en que el ordenador de recepción registra en "caché" partes de la obra transmitida como copia de reserva, o para mantener en memoria intermedia la parte que sigue a la que se está presentando en pantalla.

Los Estados Unidos no disponen de información acerca de si los propietarios de empresas han obtenido o pueden obtener, y en qué forma, licencias para las prácticas expuestas. La idea de que el propietario de un establecimiento presente en beneficio de sus clientes obras radiodifundidas utilizando un ordenador es todavía novedosa, por lo que carecemos de experiencia al respecto.

Aun en el caso de que tales formas de recepción llegaran a utilizarse más ampliamente, importa señalar que el propietario de un establecimiento no tendría posibilidades mayores ni más amplias de difundir música que las que obtiene mediante su receptor de radio. En consultas celebradas antes de la formación de este Grupo Especial las CE manifestaron

preocupaciones por la posibilidad de que esta parte del artículo se aplicara a diversos nuevos servicios musicales que podrían prestarse a través de la Internet, como los de música a pedido. Sin embargo, como esta parte se limita a las transmisiones "destinadas a su recepción por el público", el propietario de un restaurante o un pequeño establecimiento comercial sólo tendría acceso a las mismas emisiones de radiodifusión que podría obtener con un receptor común de radio o televisión. El acceso a esas mismas emisiones mediante un ordenador, y únicamente a las que tuvieran su origen en el número relativamente pequeño de emisoras de radio autorizadas, no plantearía a los titulares de derecho de autor ninguna amenaza mayor.

c) Suponiendo que los establecimientos de servicios de comidas o bebidas u otros establecimientos estuvieran obligados a adquirir licencias de reproducción y/o distribución para la difusión pública de música transmitida por la Internet, ¿afectaría esto al alcance de las limitaciones que está jurídicamente permitido establecer respecto del derecho de interpretación o ejecución pública?

Sí: la exigencia de obtener una licencia para la reproducción o distribución de música transmitida por la Internet podría afectar al alcance de las excepciones admisibles respecto del derecho de interpretación o ejecución pública. Aunque resulta difícil responder esta pregunta sin ninguna experiencia en materia de licencias en ese campo, parecería que los titulares de derechos podrían tomar en consideración, en sus prácticas sobre licencias de reproducción o distribución, cualquier merma de sus ingresos por ejecuciones o interpretaciones. La excepción respecto del derecho de interpretación o ejecución pública, entonces, no podría causar a los titulares de derechos absolutamente ningún perjuicio económico. Es más: los titulares de derechos podrían simplemente rehusar la autorización para la reproducción o distribución en cualquier caso en que quisieran impedir una interpretación o ejecución pública no autorizada.

Pregunta 7

¿Qué propósito se persigue al eximir, en virtud del artículo 110(5), la comunicación al público de música radiodifundida, pero no de música registrada en cintas o discos compactos o ejecutada en directo? ¿En qué sentido son más difíciles de superar las dificultades administrativas del otorgamiento de licencias a miles de pequeños establecimientos para la difusión de emisiones radiodifundidas que las que surgen en la recaudación de regalías por la ejecución de cintas o discos compactos o la ejecución de música en directo?

Respuesta

Los Estados Unidos no alegan que las dificultades administrativas del otorgamiento de licencias a pequeños establecimientos sean más graves respecto de la radiodifusión que respecto de los discos compactos o la música ejecutada en directo. Esta distinción se funda, en parte, en razones históricas. En la sentencia del asunto *Aiken*, el Tribunal Supremo decidió que una emisión de radiodifusión no era una interpretación o ejecución pública. Cuando el Congreso, en la Ley de Derecho de Autor de 1976, suprimió ese fundamento, aunque no la consecuencia del asunto *Aiken*, al declarar que la difusión de emisiones de radio era una ejecución pública, creó una exención respecto del derecho exclusivo de ejecución pública basada en las circunstancias de hecho del asunto *Aiken* (es decir, un pequeño establecimiento de unos 1.055 pies cuadrados, con equipo receptor limitado). La consideración de equidad de que el titular de derecho de autor ya había recibido antes una retribución consta en los antecedentes legislativos de ambas partes del artículo 110(5). El Congreso, de este modo, se propuso estimular las pequeñas empresas creando la excepción, pero al mismo tiempo limitó el alcance de esa exención a las emisiones de radiodifusión.

Procedimientos gubernamentales para fijar o ajustar regalías

Pregunta 8

Sírvanse aclarar el propósito de un nuevo párrafo del artículo 110 acerca de las consecuencias de las exenciones dispuestas en el párrafo 5 respecto de cualquier procedimiento gubernamental de naturaleza administrativa, judicial o de otra índole destinado a fijar o ajustar regalías, indicando en particular si el propósito es o no que las exenciones puedan reflejarse en las regalías que deben pagarse a los titulares de derechos por la radiodifusión u otras formas de transmisión.

Respuesta

Tenemos entendido que ese párrafo fue redactado por las sociedades recaudadoras con el fin de asegurar que la exención de la parte B del artículo 110(5) no se tuviera en cuenta en ningún procedimiento para determinar el importe de las regalías que las sociedades recaudadoras deben pagar a cada uno de los titulares de derechos. Cabe la conjetura de que la disposición resultó de una decisión adoptada por las sociedades recaudadoras en el sentido de que la aprobación del artículo 110(5) no debía afectar a la distribución de las regalías que pagaban a los titulares de derechos.

Efectos en el mercado

Pregunta 9

Sírvanse facilitar cualquier información disponible, o estimaciones, acerca de los beneficiarios reales o potenciales de la exención incluida en el artículo 110(5), en particular:

a) Porcentaje de los establecimientos de servicios de comidas o bebidas y establecimientos de otro tipo (en adelante: "otros establecimientos") que se beneficiaron de la "exención de uso hogareño" en su forma inicial.

En 1996, el Servicio de Investigación del Congreso estimó que, sobre la base de las directrices sobre superficie del asunto *Aiken* (1.055 pies cuadrados), aproximadamente un 16 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas y un 13,5 por ciento de los establecimientos de servicios de bebidas podían beneficiarse de la exención de uso hogareño. Combinados estos datos con la estimación de la Asociación Nacional de Restaurantes conforme a la cual aproximadamente un x por ciento de los restaurantes utilizan la radio (y un x por ciento utilizan la televisión)[1], el resultado es que los restaurantes y establecimientos de servicios de bebidas que podían beneficiarse de la exención de uso hogareño original respecto de la música de radio eran menos de un 5 por ciento, y los que podían beneficiarse del uso de la televisión eran menos del 3 por ciento. Véase la prueba documental US-18 (carta de la Asociación Nacional de Restaurantes de 18 de noviembre de 1999).

b) Porcentaje de los establecimientos de servicios de comidas o bebidas y otros establecimientos que están comprendidos en los límites de superficie de la parte B (3.750 y 2.000 pies cuadrados, respectivamente);

[1] Prueba documental confidencial US-18.

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

los establecimientos de comidas rápidas de los Estados Unidos tenían licencia antes de la enmienda de 1998. Según datos de la Oficina de Censos, en 1996 había en los Estados Unidos aproximadamente igual cantidad de restaurantes con servicio de mesa y de comidas rápidas (prueba documental confidencial US-18, carta de la NRA que da cuenta de estimaciones basadas en cifras de la Oficina de Censos, de 183.253 restaurantes con servicio de mesa y 185.891 restaurantes de comidas rápidas en los Estados Unidos). De este modo, promediando los porcentajes de 16 y 5 por ciento, parecería que había en los Estados Unidos aproximadamente un 10,5 por ciento de restaurantes con licencia.

La información proveniente de la ASCAP, la mayor sociedad recaudadora, también indica el nivel relativamente bajo de licencias de los establecimientos. En su testimonio prestado ante el Congreso en 1997, Marilyn Bergman, Presidenta de la ASCAP, declaró que "el número total de restaurantes con licencia de pasa de 70.000" (prueba documental US-20, página 177). Las cifras de la Oficina de Censos citadas indican que en los Estados Unidos había un total aproximado de 368.044 restaurantes (con servicio de mesa y de comidas rápidas). En consecuencia, parecería que incluso la mayor de las sociedades recaudadoras de los EE.UU., la ASCAP, estima que sólo otorga licencias a un máximo de 19 por ciento de los restaurantes del país.

c) En qué medida otorgan licencias las sociedades recaudadoras para el empleo por esos establecimientos de música no radiodifundida (como la ejecutada en directo y la ejecutada mediante grabaciones de sonidos o fonógrafos automáticos) (respecto de los tres últimos años sobre los cuales se disponga de datos).

Los Estados Unidos no disponen de datos sobre la medida en que las sociedades recaudadoras procuran percibir derechos de los establecimientos de menos de 3.750 ó 2.000 pies cuadrados por el empleo de música ejecutada en directo, grabaciones musicales o fonógrafos automáticos.

Pregunta 11

Sírvanse facilitar cualquier información disponible, o estimaciones, sobre los ingresos percibidos por las sociedades recaudadoras de los EE.UU. (respecto de los últimos años sobre los que se disponga de datos), en particular:

a) El total de ingresos provenientes de licencias de interpretación o ejecución pública de música, desglosado entre las principales categorías de usos, en particular: a) la radiodifusión y retransmisión en el sentido de los puntos 1º) y 2º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna; b) la comunicación al público en el sentido del punto 3º) del mismo párrafo; y c) otros derechos, incluidos los previstos en el párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna;

Los informes anuales de la ASCAP correspondientes a 1995-1997, presentados como prueba documental US-21, indican que los ingresos percibidos por radiodifusión son, con gran ventaja, su principal fuente de ingresos.

Los ingresos derivados de licencias de interpretación o ejecución pública de música por televisión alcanzaron a 32-33 por ciento de los ingresos anuales de la ASCAP en 1995, 1996 y 1997. Los ingresos por emisiones de radio alcanzaron al 25-26 por ciento anuales de la ASCAP en cada uno de esos años. Las cifras efectivas de ingresos son las siguientes (en millones de dólares):

	1995	1996	1997
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 pública mediante altavoces. Las únicas estadísticas disponibles son los ingresos de la ASCAP por las llamadas por "licencias generales y de música de fondo", que comprenden todos los ingresos por licencias de establecimientos de servicios de comidas y bebidas y de comercio minorista, así como por licenciatarios tales como las convenciones, circos, parques y espectáculos deportivos. Debe recordarse que estas cifras generales comprenden todos los ingresos por licencias de esos establecimientos, incluyendo los derivados de la ejecución de grabaciones musicales y las interpretaciones y ejecuciones de conjuntos musicales en directo. Por esta razón, estas cifras no representan la pérdida potencial de ingresos correspondientes a las exenciones de las partes A ni B del artículo 110(5), pero representan con certeza un límite máximo de tales pérdidas. En los años 1995, 1996 y 1997 los ingresos por licencias generales alcanzaron aproximadamente al 14 por ciento de los ingresos totales de la ASCAP.

	1995	1996	1997
Licencias generales (millones de dólares)	63,2	66,2	67,3

Las demás fuentes de ingresos informadas por la ASCAP en cada uno de estos tres años comprenden los correspondientes a orquestas sinfónicas y conciertos (1 por ciento), los ingresos provenientes de sociedades recaudadoras extranjeras (25-26 por ciento) y los intereses y cuotas de los afiliados (1 por ciento).

b) Con respecto a los ingresos percibidos de establecimientos de servicios de comidas y bebidas y otros establecimientos, ¿cómo se desglosan entre las regalías por ejecución pública de música radiodifundida y por ejecución pública de música de otras fuentes?

Como ya se indicó, en el caso de la ASCAP el total de los ingresos derivados de establecimientos de servicios de comidas y bebidas y otros establecimientos fue inferior al 14 por ciento del total de los ingresos de los años 1995 a 1997. Los Estados Unidos no tienen acceso a datos en que se desglosen los ingresos generales por licencias de la ASCAP entre la música radiodifundida y la música de otras fuentes.

Sin embargo, los estudios llevados a cabo por la NLBA indican que el uso de grabaciones musicales en discos compactos y cintas (26 por ciento de los establecimientos afiliados) o de servicios de suministro de música de fondo (18 por ciento) es muy importante entre los establecimientos afiliados a la Asociación, y aproximadamente tan difundido como el empleo de música de radio (28 por ciento). El mismo estudio indicó que la ejecución pública de música en directo (37 por ciento) estaba aún más generalizada que el empleo de música de radio. Véase la carta de la NLBA de 18 de noviembre de 1997 en la prueba documental US-17. Teniendo en cuenta que muchos establecimientos difunden música de varias fuentes distintas, estas cifras porcentuales no representan los porcentajes de regalías totales recaudadas por el uso de música de cada una de esas fuentes. Por ejemplo, el porcentaje de las regalías recaudadas por el uso de música de radio es casi seguramente inferior al 28 por ciento porque muchos establecimientos que difunden música de radio también emplean música de otras fuentes.

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 licenciatarios 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 antecedentes de tratados posteriores en que se afirman los derechos del Convenio de Berna. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Ejecuciones o Interpretaciones y Fonogramas fueron adoptados por la Conferencia Diplomática de la OMPI el 20 de diciembre de 1996, en Ginebra. El primero de ellos exige el cumplimiento de las normas sustantivas del Convenio de Berna (párrafo 4) del artículo 1 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor) e incluye disposiciones de texto muy similar al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. Además, el mismo Tratado dispone expresamente que constituye "un Arreglo particular en el sentido del artículo 20 del Convenio de Berna" (párrafo 1) del artículo 1 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor). Tanto respecto de este Tratado (en su artículo 10) como del Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas (en su artículo 16) se consideró importante incorporar, para juzgar las limitaciones y excepciones, el mismo criterio ya aplicado antes en el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de Berna.

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor aclara expresamente la aplicación del criterio establecido en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC a las disposiciones en vigor del Convenio de Berna, así como a los derechos establecidos en el nuevo Tratado. El párrafo 1) del artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor dispone lo siguiente:

> 1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

El párrafo 2) del artículo 10 aclara que este criterio se aplica también a la aplicación de cualquier limitación o excepción a cualquier derecho correspondiente al Convenio de Berna:

> 2) 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 normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

La Declaración Convenida respecto del artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor apoya aún más este punto de vista:

> Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes 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. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.
>
> También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.

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

El artículo 13, como ya se ha explicado, de ningún modo va en detrimento de la protección otorgada con arreglo al Convenio de Berna y, en consecuencia, es totalmente compatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 20 del Convenio de Berna. En realidad, el artículo 13 robustece la protección del Convenio de Berna al establecer criterios expresos para juzgar las excepciones, donde antes no los había.

En particular al aplicarse al párrafo 2) del artículo 11*bis*, el artículo 13 no va en detrimento del derecho a una remuneración equitativa. Rigen pequeñas excepciones respecto de muchos de los derechos del Convenio de Berna, incluyendo expresamente el artículo 11 y el artículo 11*bis*. Si una parte opta por aplicar un régimen de licencias obligatorias en el marco del párrafo 2) del artículo 11*bis*, en lugar de establecer una pequeña excepción a ese derecho, tal sistema debe establecer una remuneración equitativa. El régimen de licencias obligatorias de los EE.UU., por ejemplo, en cuanto se aplica a las retransmisiones secundarias de señales radiodifundidas mediante sistemas de cable, queda claramente comprendido en esa disposición y se ajusta a ella. (Para un análisis más completo de esta cuestión, véase la respuesta de los EE.UU. a la pregunta 6 formulada por el Grupo Especial a los EE.UU. y las CE).

Pregunta 16

¿Existen excepciones análogas a las partes A o B del artículo 110(5) de los EE.UU., o ejemplos de excepciones por "pequeñas reservas", en la legislación sobre derecho de autor de otros países?

Respuesta

Existen numerosas excepciones similares a las partes A y B del artículo 110(5) de los EE.UU., y ejemplos de excepciones por pequeñas reservas, en la legislación sobre derecho de autor de otros países. Aunque los Estados Unidos, en el plazo establecido, no han podido revisar las leyes sobre derecho de autor de todos los demás Miembros de la OMC o de la Unión de Berna, basta un examen limitado de la legislación sobre derecho de autor de un puñado de Miembros de la OMC para

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.gob.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 Zelandia 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*).

La legislación de Sudáfrica dispone que "el derecho de autor sobre una obra literaria o musical no será objeto de infracción por su uso en una demostración de receptores de radio o televisión o cualquier clase de equipo de grabación o reproducción, realizada de buena fe, a un cliente, por un vendedor de tales equipos": *Ley de Derecho de Autor de 1978 (modificada en mayo de 1995)*.

Por último, los Estados Unidos hacen referencia a la carta dirigida al Grupo Especial por el Brasil el 17 de noviembre de 1999, en la cual el Embajador Amorim señala que la legislación sobre derecho de autor del Brasil contiene excepciones en el sentido de la doctrina de las pequeñas reservas.

Pregunta 17

¿Exactamente en qué forma justifican la afirmación de que las disposiciones de las partes A y B del artículo 110(5) constituyen un caso especial en el sentido del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC?

Respuesta

El artículo 13 exige que las excepciones se circunscriban a determinados casos especiales. El *Oxford Dictionary* define la palabra *"certain"* (determinado) como "fijo" y "definido": *The New Shorter Oxford Dictionary* (ed. Lesley Brown), 364 (1993). La palabra *"special"* (especial) se define como "excepcional", "que se distingue de los demás de su clase por una cualidad o característica particular; diferente en algún sentido", "designado o empleado con determinado fin u ocasión", "que tiene aplicación o fin individual o limitado" y "detallado, preciso, específico": *ibid.*, página 2971. Estas definiciones contienen un grado considerable de superposición, y el criterio fundamental que surge del requisito de que las excepciones se limiten a casos "determinados" y "especiales" consiste en que la excepción esté al mismo tiempo bien definida y sea de aplicación limitada. Uno de los informes sobre los antecedentes de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC explica lo que sigue: "Cuando se invocan estas excepciones, a partir de ahora podrán someterse al criterio general del artículo 13, que debe interpretarse sobre la base del párrafo 2) del artículo 9 del Convenio de Berna. Los dos criterios que figuran en ese artículo son acumulativos. Además, cualquier excepción debe estar claramente delimitada, de modo que sólo se aplique a 'determinados casos especiales'" (*Gervais*, página 90).

La historia de la negociación del párrafo 2) del artículo 9 del Convenio de Berna confirma este punto de vista. En el texto original propuesto para ese párrafo se enumeraban tres ámbitos de excepciones admisibles, el tercero de los cuales era "determinados casos particulares, siempre que: i) esa reproducción no sea contraria a los intereses legítimos del autor; y ii) no atente contra la explotación normal de la obra". La Conferencia, sin embargo, decidió que era preferible una fórmula más general para la excepciones y, en lugar de los tres campos admitidos para ellas adoptó una propuesta del Reino Unido por la que se modificaba el texto permitiendo excepciones "en determinados casos especiales" que cumplieran dos condiciones (OMPI, *Records of the Stockholm Conference* (1967), páginas 1144-46, párrafos 78, 81 y 86). La *Guía del Convenio de Berna* de la OMPI también apoya la idea de que la frase "determinados casos especiales" del párrafo 2) del artículo 9 no tiene por objeto establecer un requisito mínimo independiente para las excepciones, y no analiza ninguna limitación sobre la base de los fines con que puede establecerse una excepción: OMPI, *Guía del Convenio de Berna*, página 62-63, párrafo 9.6 (donde se analizan exclusivamente las "dos" condiciones que limitan la facultad de establecer excepciones: que no atenten contra la explotación normal y que no causen un perjuicio injustificado).

De este modo, el concepto de "especial" no incluye necesariamente el concepto del propósito de la excepción. En la medida en que el propósito de una excepción tiene importancia conforme al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, sólo es preciso que la excepción tenga un propósito

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 en el contexto de todos los derechos exclusivos otorgados al titular, así como respecto de cada uno de los derechos a los que se aplica la excepción.

Las excepciones pueden tomar muchas formas. Algunas de ellas pueden representar una gran invasión de determinado derecho exclusivo, sin representar ninguna respecto de otro de esos derechos. Otras excepciones pueden representar un grado menor de invasión respecto de varios derechos exclusivos. Ambos tipos de excepciones pueden constituir infracción del Acuerdo sobre los ADPIC, y el marco analítico del artículo 13 debe tomar en consideración ambas situaciones.

En consecuencia, un grupo especial que examina una excepción debe examinar su alcance en relación con el de todos los derechos exclusivos del titular, así como en relación con el derecho exclusivo al que se aplica. Que una excepción se aplique a un solo derecho exclusivo o a varios es un factor pertinente en el análisis acerca de si se atenta o no contra la explotación normal y acerca del perjuicio injustificado. Del mismo modo, la medida en que una excepción afecta a determinado derecho exclusivo también es pertinente a los efectos de ese análisis. La circunstancia de que determinada excepción se considere o no atentatoria de la explotación normal, o causante de un perjuicio injustificado, depende en última instancia de un análisis muy centrado en los hechos del caso particular, que deberá atender las circunstancias precisas de la excepción y el mercado de que se trate.

El texto del artículo 13 apoya este análisis amplio. El artículo 13 exige que las excepciones se circunscriban a casos que no atenten contra una explotación normal de la "obra", y no contra la explotación normal del derecho afectado. Si los redactores hubieran querido limitar el análisis al derecho exclusivo al que se aplicara la excepción, la disposición podría haber hecho referencia fácilmente a la "explotación normal de esos derechos exclusivos". También es significativo que el artículo 13 se refiera igualmente al perjuicio injustificado a "los intereses legítimos de los titulares de derechos", sin ninguna expresión que limite los intereses legítimos a los que corresponden a un derecho determinado.

El hecho de que las excepciones deban apreciarse en el contexto global de los derechos otorgados por cada país no significa que un país pueda eliminar totalmente un derecho exclusivo si ese derecho no tiene importancia económica. El Acuerdo sobre los ADPIC estableció normas mínimas. Los derechos exclusivos establecidos en los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (con excepción del artículo 6*bis*) y en la Sección 1 de la Parte I del Acuerdo sobre los ADPIC tienen que otorgarse. Además, el artículo 13 hace referencia a "limitaciones o excepciones" a los derechos exclusivos. La supresión de un derecho exclusivo no equivale a su limitación. Sin embargo, siempre que el derecho exclusivo se encuentre establecido, su importancia económica relativa constituye un factor pertinente a los efectos del análisis del artículo 13.

Los ingresos efectivamente percibidos por los derechos exclusivos también tienen importancia en el análisis del artículo 13. Las realidades del mercado orientan las expectativas de beneficio de los titulares de derechos. Al determinar el alcance de la explotación normal, y del perjuicio injustificado, es sumamente pertinente examinar las realidades del mercado. Los conceptos de explotación normal y de perjuicio injustificado no pueden determinarse en forma abstracta.

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*bis*". Como ya se analizó, el artículo 13 no "establece" excepciones que no estuvieran establecidas ya por el Convenio de Berna, sino que simplemente suministra un criterio para juzgar las excepciones.

En términos generales, una licencia obligatoria puede ser mucho más amplia, y puede cancelar más derechos, que una excepción. La doctrina de las pequeñas reservas, aplicada al artículo 11*bis*, sólo permitiría excepciones restringidas y razonables a los derechos del titular. Si un país optara por sustituir el derecho exclusivo del artículo 11*bis* por un derecho de remuneración, en lugar de crear una excepción limitada y dirigida a resolver un problema particular, la consecuencia podría ser una merma de ingresos mucho mayor. Una licencia obligatoria basada en el párrafo 2) del artículo 11*bis* tendría posibilidades de suprimir la totalidad de los derechos de un titular con arreglo a ese artículo, incluido su derecho a otorgar licencias de su obra a emisoras de radio o televisión y sistemas de cable. Especialmente respecto de ciertas obras audiovisuales, que generan prácticamente todos sus ingresos a través de este mecanismo, puede apreciarse la amplitud que podría alcanzar esa supresión. Además, aunque el titular seguiría teniendo derecho a alguna retribución por el uso de la obra, no podría fijar por sí mismo la cuantía de esa retribución. Esa cuantía se fijaría muy probablemente por una entidad administrativa o paraestatal, que podría atribuir a la obra un valor muy inferior al que le asigna su autor, o al que podría alcanzar en el mercado libre.

En cambio, con arreglo a la doctrina de las pequeñas reservas, las excepciones a los derechos del Convenio de Berna tienen que ser restringidas y no pueden atentar contra la explotación normal ni causar perjuicio a los intereses legítimos del titular respecto de la obra. Lo probable es que las excepciones que cumplen este criterio sean más limitadas y tengan menores consecuencias para el titular de los derechos que las licencias autorizadas por el párrafo 2) del artículo 11*bis*.

En síntesis, conforme al párrafo 2) del artículo 11*bis* los países pueden imponer cualquier condición a los derechos del titular siempre que no se le prive de una remuneración equitativa, que el titular ni siquiera está facultado para determinar por sí mismo. En cambio, con la doctrina de las pequeñas reservas, apreciada a través del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, los países sólo pueden crear excepciones restringidas que tienen consecuencias razonables.

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. Nº 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 (de uso hogareño), que tal como se señala fue precursora de la parte A, el propósito era eximir la interpretación o ejecución pública de todos los tipos de obras, en el marco de las demás limitaciones de la exención. La enmienda de 1998 restringió el alcance de la exención de uso hogareño. La parte B se refiere a las "obras musicales no dramáticas", y el ámbito de aplicación de la parte A queda limitado específicamente a lo que no se detalla en la parte B. Véase también la respuesta de los EE.UU. a la pregunta 3 del Grupo Especial a los EE.UU. De este modo, puesto que las obras musicales no dramáticas están comprendidas en la parte B, no quedan incluidas en la parte A. Los Estados Unidos observan que sobre esta cuestión de hecho -el alcance del artículo 110(5)- no existe controversia entre las partes.

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

La expresión "obra musical no dramática" no está definida en el artículo 110(5). Sin embargo, como hemos analizado, las obras musicales no dramáticas son típicamente las que no están acompañadas por una representación dramática, como una pieza teatral o una ópera. La música no dramática comprende la mayor parte de la que se ejecuta en los Estados Unidos, ya que incluye la música "pop", el "rock", el "jazz" y la música étnica. Los Estados Unidos desean aclarar la respuesta preliminar dada en la primera reunión del Grupo Especial con las partes, para señalar que, según tenemos entendido, las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes o ejecutantes otorgan licencias para versiones no dramáticas de obras musicales dramáticas.

Prácticas en materia de licencias

Pregunta 4

En el párrafo 4 de la exposición oral de los EE.UU. 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 EE.UU. 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

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 11*bis* del Convenio de Berna? ¿Prevalece el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC sobre la excepción prevista en el párrafo 2) del artículo 11*bis* respecto de los derechos exclusivos otorgados por los puntos 1º) a 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* 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? ¿Prevalecen los requisitos del párrafo 2) del artículo 11*bis* 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 11*bis* 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 11*bis*, 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 derecho internacional consuetudinario. En su opinión no existe el grado necesario de coherencia y uniformidad de la práctica, ni tampoco los Estados que no son signatarios entienden que las obligaciones del Convenio de Berna son suficientemente obligatorias para considerarlas parte del derecho internacional consuetudinario. El Convenio de Berna, negociado por primera vez en 1886, ha sido revisado cinco veces y ha recibido dos agregados desde entonces. El texto actual es el de la Revisión de París de 1971. Muchos países no son partes en el Convenio de Berna, no cumplen sus disposiciones o no han aceptado algunas de sus últimas revisiones. Los Estados Unidos sólo se adhirieron al Convenio de Berna en 1989, cuando dictaron normas legales internas para ajustar su legislación a los requisitos del Convenio. Véase la Ley de Aplicación del Convenio de Berna de 1988, *H.R. Rep. Nº 100-609, 100th Congress, 2d Session (1988)*.

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 11*bis* 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

La doctrina de las "pequeñas excepciones" con arreglo al Convenio de Berna no ha adquirido el carácter de derecho internacional consuetudinario. Conforme al Convenio de Berna, la doctrina constituye una práctica ulteriormente seguida por los miembros del Convenio con arreglo al apartado b) del párrafo 3) del artículo 31 de la Convención de Viena. Véase la respuesta de los EE.UU. a la pregunta 16 formulada por el Grupo Especial a los EE.UU. acerca de las pequeñas excepciones en la legislación de otros países miembros de la Unión de Berna. La doctrina de las pequeñas excepciones está mencionada también en forma expresa en los trabajos preparatorios de la Convenio de Berna, lo que constituye un medio de interpretación complementario conforme al artículo 32 de la Convención de Viena. Véase la respuesta de los EE.UU. a la pregunta 14 formulada por el Grupo Especial a los EE.UU.

La doctrina de las "pequeñas excepciones" ha quedado incorporada en el Acuerdo sobre los ADPIC por la formulación expresa, en el artículo 13, de la norma para la apreciación de tales pequeñas excepciones. Véase la respuesta de los EE.UU. a las preguntas 14 y 15 formuladas por el Grupo Especial a los EE.UU. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, de 1996, también confirma que los países de la Unión de Berna se proponían admitir pequeñas excepciones a los derechos del Convenio. Véase la respuesta de los EE.UU. a la pregunta 14 formulada por el Grupo Especial a los EE.UU.

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

impracticable y no encuentra apoyo alguno en el Acuerdo sobre los ADPIC. Esto no equivale a decir que la evolución de las condiciones del mercado sea irrelevante. Puede ocurrir que unas excepciones justificables en determinado momento conforme al artículo 13 pasen a ser inaceptablemente amplias con el curso del tiempo y la evolución del mercado. También es posible que una excepción que no cumple los criterios del artículo 13 en un momento determinado alcance a cumplirlos con la evolución de las condiciones del mercado.

Parece extremadamente especulativo tratar de determinar si se cumplen o no las condiciones del artículo 13 respecto de cualquier situación potencial del mercado. También es posible imaginar cambios hipotéticos del mercado que afectarían al grado de perjuicio causado por una excepción impuesta a derechos exclusivos. El sistema de solución de diferencias de la OMC no está basado en tales especulaciones. Tomar en consideración cualquier otra cosa que no sea la situación actual del mercado equivaldría a introducir en el Acuerdo sobre los ADPIC un requisito de que las excepciones eviten cualquier hipótesis potencial de atentado a la explotación normal de una obra y de que eviten incluso la posibilidad de perjuicio injustificado al titular de los derechos. La letra del artículo 13, en cambio, dispone que las excepciones deben evaluarse según la medida en que no "atenten" contra una explotación normal y no "causen" un perjuicio injustificado.

Pregunta 13

¿En qué medida son pertinentes las nuevas realidades tecnológicas y del mercado (por ejemplo, los nuevos medios de transmisión o el mayor empleo de música de fondo o de televisión) a los efectos de la interpretación de las condiciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC?

Respuesta

La evolución tecnológica y del mercado es pertinente a los efectos de la interpretación de las condiciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC en la medida en que se relacione con un caso particular en un momento determinado. El análisis del artículo 13 debe basarse en la situación actual de la tecnología y el desarrollo del mercado, y no en especulaciones sobre posibilidades de futuro. Véase la respuesta de los EE.UU. a la pregunta 10, *supra*.

Pregunta 14

¿Está justificado que las tres condiciones se definan exclusivamente por referencia a un mercado determinado, o se justifica un análisis comparativo de las prácticas aplicadas en materia de licencias por otros Miembros en situación económica similar?

Respuesta

El párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC ofrece orientación a este respecto, y dispone que los Miembros de la OMC "podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos". Esta disposición tendría escaso significado si la justificación de las excepciones establecidas por un país hubieran de determinarse en parte por las prácticas seguidas en materia de licencias por titulares de derechos extranjeros en otros países Miembros. En forma similar, el párrafo 2) del artículo 5 del Convenio de Berna dispone que "sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección, así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos, se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección". El espíritu de esta disposición es que, salvo cuando el Convenio de Berna dispone otra cosa expresamente, los países pueden determinar libremente el contenido de sus propias leyes nacionales respecto del alcance de la protección del derecho de autor.

El mercado nacional de un Miembro es el factor más importante que determina lo que es norma y razonable respecto de ese Miembro. No es posible suponer que los titulares de derechos tengan intereses idénticos en los diversos Miembros de la OMC, aun cuando en ellos exista una situación económica similar. El Acuerdo sobre los ADPIC no contiene disposición alguna por la que cualquier excepción a los derechos exclusivos deba justificarse, no sólo por referencia al perjuicio que pueda causar a los titulares de derechos del mercado al que la excepción afecta, sino también por referencia al perjuicio que teóricamente causaría si se impusiera en un mercado completamente independiente.

Un análisis comparativo de otros Miembros de la OMC es particularmente inadecuado respecto de la cuestión de "determinados casos especiales". La historia y las tradiciones locales pueden desempeñar una importante función en cuanto a determinar si un país considera o no que un caso es suficientemente particular para justificar una excepción a un derecho exclusivo. El Acuerdo sobre los ADPIC ciertamente no exige que los demás Miembros compartan iguales valores sociales.

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

Los derechos existentes y legalmente garantizados respecto de un derecho exclusivo son uno de los factores que permiten definir los conceptos de perjuicio injustificado y de intereses legítimos. Los derechos existentes determinan los beneficios que un titular de derechos puede esperar legalmente de su obra, y de ese modo ofrecen una orientación útil para evaluar el perjuicio a los intereses del titular. Además, los conceptos de perjuicio injustificado y de intereses legítimos efectivamente tienen también una connotación referente a un aspecto de preocupación normativa para los titulares de derechos.

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

El alcance del perjuicio que puede considerarse justificado con arreglo al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC tiene que determinarse según los hechos y las circunstancias de cada caso, y no puede establecerse en abstracto debido a la multitud de factores potenciales que pueden influir en la investigación de cada caso particular. Para determinar si el perjuicio es o no injustificado, el Grupo Especial debe realizar un estudio concentrado en los hechos acerca de la medida de los perjuicios sufridos por los titulares de derechos que están sujetos a una excepción, y entonces debe ponderar en última instancia esos hechos para llegar a una conclusión basada en la razón, y no en una noción intrínseca del grado admisible de perjuicio.

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

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 legítimos atiende a la medida del daño causado al titular, ya sea económico o de otra índole, por cualquier disposición que se controvierta. Aunque estos dos elementos pueden superponerse, no tienen igual extensión. Cabe imaginar una situación en que gran parte del mercado ha sido desplazada, pero por no tratarse de un mercado particularmente redituable el titular de derechos ha perdido muy poco dinero, y no ha existido un perjuicio injustificado para sus intereses. Del mismo modo es posible imaginar una situación en que el desplazamiento de mercado ha sido relativamente escaso pero, por el carácter muy lucrativo de esos pocos usos, los intereses legítimos del titular de derechos han sufrido un perjuicio injustificado.

Pregunta 18

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

Respuesta

Un criterio empírico cuantitativo es el más adecuado a las condiciones del artículo 13. El otorgamiento de un derecho exclusivo retribuye al autor por su iniciativa y creatividad y por sus inversiones y el riesgo asumido en la producción de la obra. Las excepciones no deben causar un perjuicio injustificado a la retribución económica de los titulares de derechos, ni tampoco deben frustrar el incentivo para la creación. Sin un análisis empírico de los efectos reales de una excepción en el mercado no es posible determinar la medida en que un titular de derechos sufre perjuicio real, ni la justificación de ese perjuicio. Por ejemplo, la circunstancia de que un titular de derechos no haya percibido regalías de un mercado determinado durante decenios es, por lo menos, un factor pertinente respecto de la justificación de una excepción aplicable a ese mercado.

El contexto, el objeto y el fin del artículo 13 también son pertinentes a los efectos de este análisis. El Acuerdo sobre los ADPIC es un acuerdo comercial, y su propósito era "reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo" (preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC). El Acuerdo fue negociado en medio de una gran variedad de sistemas nacionales, y tenía por objeto contribuir al "beneficio recíproco de los productores y de los usuarios" y "el equilibrio de derechos y obligaciones". Como ya se ha mencionado, los redactores también se proponían que los Miembros dispusieran de flexibilidad en la aplicación del Acuerdo en el marco de "su propio sistema y práctica jurídicos". Estos principios orientadores apoyan la posición de que el análisis de las condiciones del artículo 13 debe basarse en las realidades del mercado local y en la práctica y la experiencia efectivas de los titulares de derechos y los usuarios en el país respectivo.

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

¿Están de acuerdo los Estados Unidos en que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos sería incompatible con el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna de no mediar la doctrina de las pequeñas reservas? En caso negativo, ¿por qué?

Respuesta

Los Estados Unidos están de acuerdo en que cualquier excepción al derecho exclusivo correspondiente al punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* sería incompatible con el Convenio de Berna de no mediar la doctrina de las pequeñas reservas. Si no existiera la doctrina de las pequeñas reservas, ninguna excepción estaría autorizada a los derechos exclusivos correspondientes al artículo 11 o al artículo 11*bis* del Convenio de Berna. Esto significaría que las excepciones relativas a bandas militares, servicios religiosos o actividades escolares que se encuentran en las leyes de muchos miembros de la Unión Europea, así como de otros Miembros de la OMC, serían todas incompatibles con el Convenio de Berna. Para un análisis más completo de esta cuestión y otras conexas, véase la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 8 y 9 formuladas por el Grupo Especial a los Estados Unidos y las Comunidades Europeas.

Pregunta 2

¿Podrían los Estados Unidos, en particular, confirmar que no consideran que el artículo 110(5) pueda justificarse con arreglo al párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna?

Respuesta

Los Estados Unidos confirman que no consideran que pueda justificarse ninguna excepción a un derecho exclusivo sobre la base del párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna. Esa disposición no indica si son o no admisibles las excepciones a un derecho exclusivo, sino que simplemente autoriza a los países a sustituir el derecho exclusivo por una licencia obligatoria. Únicamente las licencias obligatorias pueden evaluarse sobre la base del párrafo 2) del artículo 11*bis*. Para un análisis más completo de esta cuestión y otras conexas, véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos y las Comunidades Europeas.

Pregunta 3

Los Estados Unidos parecen reconocer que el Acuerdo sobre los ADPIC no reduce ningún derecho otorgado por la Convenio de Berna. ¿No estarían de acuerdo los Estados Unidos, por lo tanto, en que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, en lugar de considerarse en sí mismo una excepción, sólo puede considerarse una nueva limitación de

cualquier posibilidad de mantener limitaciones, reservas o excepciones que pudieran figurar en el Convenio de Berna?

Respuesta

No. El artículo 13 no es una nueva limitación a la posibilidad de establecer excepciones a los derechos exclusivos del Convenio de Berna; lo que en él se hace es formular el criterio conforme al cual deben evaluarse las excepciones implícitas del Convenio de Berna.

Pregunta 4

¿Están de acuerdo los Estados Unidos en que conforme al Convenio de Berna las pequeñas reservas tienen por objeto permitir que las partes mantengan las pequeñas excepciones existentes cuando se adhirieron al Convenio?

Respuesta

No. Los Estados Unidos no están de acuerdo con esta afirmación. Aunque la historia de la negociación del Convenio de Berna puede contener algunas referencias al deseo de los países de no estimular las excepciones (y, en consecuencia, la doctrina de las pequeñas reservas se mantuvo implícita en lugar de expresarla en el texto del Convenio), un deseo general de reducir al mínimo las excepciones no equivale a un propósito de prohibirlas.

Pregunta 5

¿Dónde encuentran los Estados Unidos, en la historia de la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC, un fundamento para su afirmación de que el artículo 13 tenía por objeto "formular" las pequeñas reservas del Convenio de Berna? ¿Consideran los Estados Unidos que la posibilidad de las "pequeñas reservas" se aplica a todos los derechos garantizados en virtud del Convenio de Berna?

Respuesta

Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 14 formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos.

Pregunta 6

En el párrafo 32 de su primera comunicación escrita, los Estados Unidos procuran justificar la "exención empresarial" diciendo que sólo agrega "un pequeño número de establecimientos" a los que se beneficiaban de la exención de uso hogareño ya existente. Rogamos a los Estados Unidos que faciliten una estimación de ese "pequeño número de establecimientos" que se añade. Si el Congreso de los Estados Unidos volviera a aumentar los límites, ¿procurarían los Estados Unidos justificar la nueva versión sobre la base del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC sosteniendo que la mayoría de los establecimientos abarcados por la exención con su nueva formulación ya estaban exonerados conforme a la versión anterior?

Respuesta

Véanse los datos de que disponen los Estados Unidos en sus respuestas a las preguntas 9 y 10 formuladas por el Grupo Especial a los Estados Unidos. Los Estados Unidos no realizarán especulaciones acerca de la cuestión hipotética planteada en la pregunta precedente.

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 los Estados Unidos y la prueba documental US-16.

Pregunta 10

En el párrafo 4 de su exposición oral, los Estados Unidos afirman que la excepción del 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". ¿Consideran realmente los Estados Unidos que el pago de una regalía por la "interpretación o ejecución primaria" puede considerarse una retribución que también abarca los "usos secundarios"?

Respuesta

Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 4 formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos y las Comunidades Europeas.

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

Página

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 11*BIS* 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 en que la exención de uso hogareño fue considerablemente restringida en virtud de la eliminación de las obras musicales no dramáticas del ámbito de aplicación de esa norma, y la exención se aplica actualmente sólo a las obras que no son obras musicales no dramáticas.[1]

4. Las CE, aunque no han presentado prueba alguna de perjuicio para sus titulares de derechos como consecuencia de la parte A del artículo 110(5), han formulado sin embargo aseveraciones sin fundamento acerca de los hechos respecto del alcance de esa disposición. El alcance del artículo 110(5) es una cuestión de hecho que debe establecerse ante este Grupo Especial, ya que constituye un principio aceptado de derecho internacional que las leyes nacionales son hechos que deben acreditarse ante los tribunales internacionales.[2] A pesar de la letra clara de la parte A del artículo 110(5) sobre la exigencia de un equipo receptor de tipo hogareño, las CE piden que el Grupo Especial considere la posibilidad de que, en algún momento del futuro, los tribunales de los Estados Unidos pudieran ampliar la exención aplicando a la parte A del artículo 110(5) los requisitos de superficie y tamaño de la parte B.[3] El Grupo Especial no debe atribuir importancia alguna a la aseveración especulativa y sin fundamento de las CE de que los tribunales de los Estados Unidos podrían, en el futuro, empezar a desconocer el texto de la parte A del artículo 110(5). La

[1] Párrafo 20 de la exposición oral de las CE.

[2] Véase *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, WT/DS50/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 19 de diciembre de 1997 (en adelante: "*India - Productos farmacéuticos*"), párrafos 65 y 66.

[3] Párrafo 32 de la primera comunicación de las CE.

jurisprudencia coherente de los tribunales de los Estados Unidos en la interpretación de la exención de uso hogareño es una prueba concluyente del alcance de esa disposición.[4]

5. Las CE alegan también que dos sentencias, dictadas en los asuntos *Edison Bros.* y *Claire's Boutiques*, son "ilustrativas" de una tendencia judicial a ampliar la exención de uso hogareño.[5] Lejos de ser ilustrativos, sin embargo, esos dos asuntos corresponden a las únicas sentencias que permiten a cadenas de tiendas aprovechar la exención de uso hogareño. Además, como se explicó en la primera comunicación de los Estados Unidos, esos casos son coherentes con la jurisprudencia general de los Estados Unidos sobre el artículo 110(5) en cuanto corresponden al uso de un equipo de recepción extremadamente limitado.

6. Con respecto a la parte B del artículo 110(5), las CE vuelven a afirmar erróneamente que las prohibiciones de cobrar derechos de ingreso y de efectuar retransmisiones "no tienen absolutamente ninguna posibilidad de limitar la excepción.[6] En los hechos, las prohibiciones efectivamente limitan el alcance de ambas partes del artículo. En los Estados Unidos existe un mercado en los restaurantes para espectáculos no gratuitos: por ejemplo, actividades deportivas. Si un restaurante cobra por el ingreso, se modifica con ello la naturaleza de la visita del cliente, pues su principal razón consiste en asistir a un espectáculo, y no necesariamente en comer. Este requisito, por lo tanto, limita los efectos de la exención.

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

7. Habida cuenta de que este asunto se promovió sobre la base del Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC, el texto de ese Acuerdo debe constituir el punto de partida del análisis jurídico que realice el Grupo Especial acerca de las excepciones incluidas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos En este caso, la letra clara del artículo 13 indica que constituye el criterio adecuado para apreciar las excepciones a los derechos exclusivos como los establecidos por el 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.

8. Las CE alegan que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC no debe aplicarse a este asunto porque el artículo 13 iría entonces en detrimento de la protección otorgada por el Convenio de Berna, en violación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC y del artículo 20 del Convenio de Berna. Por el contrario, sin embargo, este resultado no se aparta del Convenio de Berna porque el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC formula la norma aplicable a las pequeñas

---

[4] Véase el voto particular del magistrado Lauterpacht en *Case Concerning the Guardianship of an Infant* (Asunto relativo a la tutela de un niño) [1958], Corte Internacional de Justicia, página 91 (constituye una práctica establecida entre los Estados que los órganos judiciales internacionales deben aceptar, y tratar como obligatorias, las cuestiones sobre las leyes y la práctica nacionales resueltas por los tribunales nacionales competentes); *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France (*Asunto relativo al pago de varios empréstitos de Serbia emitidos en Francia) [1929], Informes de la Corte Permanente de Justicia Internacional, serie A, Nº 20, página 46; *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (Asunto relativo a ciertos intereses alemanes en la Silesia Superior Polaca) [1926], Informe de la Corte Permanente de Justicia Internacional, serie A, Nº 7, página 19; *Case Concerning the Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France* (Asunto relativo al pago en oro de préstamos federales brasileños concertados en Francia) [1929], Informes de la Corte Permanente de Justicia Internacional, serie A, Nº 21, páginas 124-125 (la Corte Permanente de Justicia Internacional atribuyó importancia decisiva a la forma en que los tribunales franceses habían interpretado la legislación de Francia). Véase también *India - Productos farmacéuticos*, párrafo 65.

[5] Párrafos 26 y 27 de la primera comunicación de las CE y párrafos 12 a 16 de su exposición oral.

[6] Párrafos 43 y 44 de la primera comunicación de las CE.

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 del tratado y no adoptar un sentido que reduciría o anularía una disposición.[8] Estas normas deben gobernar la interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC por el Grupo Especial.[9] Como se analizó detenidamente en la primera comunicación de los Estados Unidos y en su exposición en la primera reunión del Grupo Especial con las partes, el artículo 13 formula el criterio aplicable a las excepciones dentro del contexto del Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de Berna, en cuanto éste fue incorporado en aquél.[10]

---

[7] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, párrafo 1 del artículo 31. Véase *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, informe del Órgano de Apelación adoptado el 20 de mayo de 1996 (páginas 17 y 32); *India - Productos farmacéuticos*, párrafos 43 y 44.

[8] *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*; página 48; *India - Productos farmacéuticos*, párrafo 46.

[9] Véase *India - Productos farmacéuticos*, párrafos 43 y 46.

[10] Véase Neil W. Netanel, *The Digital Agenda of the World Intellectual Property Organization: The Impact of the WIPO Copyright Treaty on TRIPS Dispute Settlement, 37 Va. J. Int'l L. 441, 460* (invierno de 1997) ("El artículo 13 se aplica a todos los derechos exclusivos"); Lawrence R. Helfer, *Adjudicating Copyright Claims Under the TRIPS Agreement: The Case for a European Human Rights Analogy, 39 Harv. Int'l Law J. 357, 380* (primavera de 1998) ("A primera vista, el artículo 13 se aplica a todas las limitaciones y excepciones del derecho de autor, tanto las agregadas por el Acuerdo sobre los ADPIC como las incorporadas por el Convenio de Berna, y predomina sobre las limitaciones y excepciones más amplias establecidas en otros artículos del Convenio de Berna"); Ruth L. Gana, *Prospects for Developing Countries Under the TRIPS Agreement, 29 Vand. J. Transnat'l L. 735, 760 (1996)* (que señala que el criterio del artículo 13 "se extiende a todos los derechos comprendidos en el Acuerdo sobre los ADPIC, y no solamente al derecho de reproducción"); Pamela Samuelson, *The Digital Agenda of the World Intellectual Property Organization: The U.S. Digital Agenda at WIPO, 37 Va. J. Int'l L. 369, 403* (invierno de 1997) ("[en el momento del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor], es verdad que la universalización del criterio en tres etapas del párrafo 2) del artículo 9 ya se había convertido en una norma internacional en virtud de la adopción del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC").

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 BERNA

15. El punto de vista de los Estados Unidos, según el cual el artículo 13 rige todas las excepciones o limitaciones a los derechos exclusivos, está en consonancia con el contexto del artículo 13, en particular el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC. Esto no significa que el Acuerdo haya reducido el nivel de protección por debajo de lo admisible conforme al Convenio de Berna. Aunque ello no figura manifestado expresamente, el Convenio de Berna permite pequeñas excepciones a los derechos exclusivos que en él se establecen. Como lo reconocen las CE en su respuesta a la pregunta 11 que les formuló el Grupo Especial, y en la pregunta 5 dirigida por el Grupo Especial a los Estados Unidos y las CE, la doctrina de las pequeñas reservas está firmemente establecida con arreglo al Convenio de Berna.[16]

16. Aparecen pequeñas excepciones al derecho de interpretación o ejecución pública en las leyes sobre derecho de autor de muchos de los miembros de la Unión de Berna, si no prácticamente todos. Con arreglo al artículo 31 de la Convención de Viena, la práctica ulteriormente seguida "habrá de tenerse en cuenta", "juntamente con el contexto", para los efectos de la interpretación de los tratados.[17] La práctica ulteriormente seguida es importante, según la Comisión de Derecho Internacional, porque "constituye una prueba objetiva de la interpretación de las partes acerca del significado del tratado".[18] Según el Órgano de Apelación, la práctica ulteriormente seguida, conforme al apartado b) del párrafo 3 del artículo 31, incluye la práctica que es "concordante, común y coherente".[19] Aunque los Estados Unidos no han podido examinar la legislación sobre derecho de autor de todos los miembros de la Unión de Berna, en nuestra respuesta a la pregunta 16 formulada por el Grupo Especial a los

---

[14] D. Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis* (1998), páginas 89-80.

[15] Prueba documental EC-17 ("Las Partes Contratantes podrán establecer, respecto de los derechos otorgados por los artículos 4, 5, 6 y 7, limitaciones, excepciones y reservas que estén permitidas por la Convención de Roma ...").

[16] Las respuestas de la CE afirman ahora que la existencia de la doctrina de las pequeñas reservas "se considera confirmada" por el Informe General de la Conferencia de Estocolmo (1967) y que las CE "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 este Acuerdo". Véanse las respuestas de las CE a las preguntas 5 y 8 formuladas por el Grupo Especial a los Estados Unidos y las CE.

[17] Párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena.

[18] Anuario de la Comisión de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II (1966).

[19] *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.

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 <u>también</u> a los artículo 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 enumeradas concretamente en los Informes, puesto que de lo contrario la redacción no tendría sentido alguno.

21. En segundo lugar, el argumento de las CE según el cual las excepciones admisibles sobre la base de la doctrina de las pequeñas reservas deben quedar congeladas en 1967 falla por diversas razones. En especial, está contradicho expresamente por el texto de la Declaración Concertada referente al artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, donde se indica lo siguiente: "Queda entendido que las disposiciones del artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales,

---

[20] Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 16 formulada por el Grupo Especial.

[21] *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm*, OMPI, Ginebra, 1971, párrafos 209 y 210, página 1166.

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 11*BIS* 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 11*bis* 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 11*bis* 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 11*bis*. 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 11*bis* autoriza excepciones a ese artículo, o representa un criterio para apreciar tales excepciones.[22] En términos simples, el párrafo 2) del artículo 11*bis* 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 11*bis* 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, Nº 2341, (1º de octubre de 1990).

[23] Las CE reconocen implícitamente la falta de relación entre el párrafo 2) del artículo 11*bis* 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 11*bis* 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 entonces distintos criterios a cada derecho.

F. CONCLUSIÓN

25. En conclusión, como lo indica la letra clara de la disposición, el artículo 13 formula el criterio según el cual debe determinarse la admisibilidad de las "excepciones o limitaciones" a los derechos exclusivos. En cambio, la interpretación del artículo 13 por las CE se contradice con el texto de esa disposición, así como con la historia de su negociación, y no es coherente con el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. Además, en el marco del Convenio de Berna se han admitido siempre pequeñas excepciones de los artículos 11 y 11*bis* y no se han limitado a ningún propósito particular ni a ninguna fecha de aprobación. El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC formula el criterio que rige esas pequeñas reservas, y en consecuencia constituye el núcleo adecuado para el análisis jurídico del caso.

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

26. Las partes A y B del artículo 110(5) están en conformidad con los principios de la doctrina de las pequeñas reservas, y cumplen el criterio del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. El artículo 110(5) se aplica a determinados casos especiales, no atenta contra la explotación normal de la obra, y no causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

A. INTERPRETACIÓN DE LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 13

27. La interpretación de los criterios del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC exige del Grupo Especial un análisis muy centrado en los hechos, que tenga en cuenta todas las circunstancias del caso particular. El artículo 13 tiene por objeto constituir un mecanismo flexible para evaluar numerosas excepciones diferentes en múltiples contextos y regímenes jurídicos distintos. No impone normas concretas en sí mismas respecto de ninguno de los criterios que contiene. La admisibilidad de las excepciones conforme al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC tiene que determinarse necesariamente caso por caso.

28. En ese análisis, el mercado del país que impone la excepción tiene la máxima importancia. Los Estados Unidos y las CE parecen estar de acuerdo a este respecto.[24] Además, si bien a los efectos del análisis correspondiente al artículo 13 pueden ser pertinentes tanto las condiciones reales del mercado como el mercado potencial, las condiciones reales son de importancia primordial. Un análisis basado en supuestos acerca de un mercado potencial es necesariamente menos seguro y queda sujeto a especulaciones. Las CE, por ejemplo, alegan que el Grupo Especial debería considerar que el presunto 70 por ciento de restaurantes exentos constituye mercado potencial para sus titulares de derechos, a pesar de que no existe posibilidad alguna de que todos esos restaurantes efectivamente difundan música de radio y sean objeto de licencias de la ASCAP o BMI. El único modo de evitar el peligro de la arbitrariedad consiste en atribuir la máxima importancia a las condiciones reales existentes en el mercado.

B. LAS PARTES A Y B DEL ARTÍCULO 110(5) SE APLICAN A CASOS DETERMINADOS Y ESPECIALES

29. Como se analizó en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 17 formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos, tanto la parte A como la parte B del artículo 110(5) representan excepciones que se aplican a determinados casos especiales. Lo esencial de este requisito es que las excepciones estén bien definidas y tengan aplicación limitada. Tanto la parte A como la parte B del

[24] Respuesta de las CE a la pregunta 8 formulada por el Grupo Especial a ambas partes.

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 una 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 observan que, a pesar de los más de 20 años de historia de la exención de uso hogareño, las CE no han presentado ningún hecho ni dato que muestre perjuicios para los titulares de derechos de las CE como consecuencia de la vieja exención de uso hogareño ni de la parte A del artículo 110(5) enmendado.[26]

---

[25] Las CE parecen encontrar una contradicción entre el hecho de que las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes o ejecutantes por lo general no concertaran licencias con pequeños establecimientos comerciales y la existencia de numerosas denuncias sobre prácticas abusivas en materia de licencias de tales establecimientos. No existe tal contradicción. Esas organizaciones no procuraban concertar licencias con la gran mayoría de las pequeñas empresas. Sin embargo, había denuncias de que, cuando procuraban obtener licencias de cualquier empresa, lo hacían en forma abusiva y arbitraria, sin tener en cuenta la legislación en vigor ni las prácticas mercantiles de buena fe. Las pequeñas empresas, que por lo general eran las menos sofisticadas y las que disponían de menores recursos, eran las que se encontraban en peores condiciones para responder a tales tácticas y defender sus derechos.

[26] Véase la respuesta de las CE a la pregunta 3 formulada por el Grupo Especial.

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 Unidos[27], 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 para determinar el perjuicio sufrido por sus titulares de derechos debido a la exención de uso hogareño antes de su enmienda de 1998, las CE emplearon un porcentaje de "menos del 5 por ciento" para 1996, y señalaron que las distribuciones de la ASCAP a *todas* las sociedades recaudadoras extranjeras eran de sólo 6,2 por ciento.[29] La estimación de las CE de "menos del 5 por ciento" parece basarse en la cifra del "total de distribuciones a sociedades de la UE" (19.586.000)[30] como porcentaje del total de las distribuciones de 1996 de la ASCAP (397.379.000).[31] Teniendo en cuenta la incoherencia del método aplicado por las CE, el análisis de los Estados Unidos se basará a continuación en un total de pagos de la ASCAP a titulares de derechos de las CE situado entre 19,6 y 39 millones de dólares.

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

35. Para determinar los posibles efectos del artículo 110(5) sobre el total de los pagos a titulares de derechos de las CE, la cifra correspondiente a esos pagos totales debe reducirse para tener en cuenta que es relativamente pequeña la proporción de los ingresos que se recaudan en los Estados

---

[27] Los datos presentados en el análisis que sigue corresponden a los indicados en las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 9 a 11 formuladas por el Grupo Especial a los Estados Unidos. Los cálculos empíricos precedentes, sin embargo, sustituyen las estimaciones que se presentaron en la respuesta de los Estados Unidos a los puntos b) y d) de la pregunta 11 del Grupo Especial.

[28] Prueba documental EC-15 (promedio de las tres cifras de la línea 4).

[29] Comisión Europea, Procedimiento de examen respecto de las licencias de obras musicales en los Estados Unidos de América , página 27 (23 de febrero de 1998).

[30] Prueba documental EC-15 (línea 2, correspondiente a 1996).

[31] *ASCAP Annual Report* (1996) (prueba documental US-19).

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 licenciatarios, entre ellos convenciones y salas de espectáculos deportivos, así como restaurantes, bares y establecimientos de comercio minorista. En 1995-97 representó un promedio de recaudación de licenciatarios generales de 65.581.000 dólares.[33] El promedio de las sumas recaudadas de esos licenciatarios generales (65.581.000 dólares) representa, a su vez, un 18,9 por ciento del promedio de los ingresos totales *nacionales* correspondientes a 1995-1997 (346.981.000 dólares).[34]

36. De este modo, el primer paso para determinar las pérdidas sufridas por los titulares de derechos de las CE consiste en reducir el total de los pagos a esos titulares de derechos a un 18,9 por ciento de su importe. Esto corresponde al hecho de que un mínimo del 81,1 por ciento de los ingresos de las CE obtenidos de la ASCAP no resulta afectado por el artículo 110(5). Este análisis lleva a que las pérdidas potenciales de los titulares de derechos de las CE derivadas del artículo 110(5) se sitúen sólo entre 3.701.754 dólares (18,9 por ciento de 19.586.000) y 7.379.662 (18,9 por ciento de 39.045.833).[35]

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

37. Estas estimaciones de las pérdidas de los titulares de derechos de las CE tienen que reducirse todavía para tener en cuenta que muchos licenciatarios generales no tienen derecho a valerse del artículo 110(5), independientemente de que cumplan o no los criterios referentes a la superficie y el equipo. La parte B del artículo 110(5) se aplica a los "establecimientos", que se definen en la misma ley 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". Muchos tipos de licenciatarios generales, como los servicios de suministro de música de fondo, espectáculos deportivos y convenciones, no parecen ajustarse a esta definición, y en consecuencia las regalías pagadas por esos licenciatarios tienen que excluirse del análisis de las pérdidas resultantes del artículo 110(5).

38. No se cuenta con datos, en los Estados Unidos, sobre el porcentaje de licenciatarios generales que podrían constituir "establecimientos" conforme al artículo 110(5). Parece razonable suponer, sin embargo, que el porcentaje de ingresos provenientes de esos licenciatarios que no son "establecimientos" es importante, teniendo en cuenta su cantidad y su magnitud. Por esta razón, los Estados Unidos partirán del supuesto de que puede imputarse a tales licenciatarios un 50 por ciento de

---

[32] Informes anuales de la ASCAP correspondientes a 1995, 1996 y 1997 (prueba documental US-19).

[33] *Ibid.* (promedio de las cifras de 1995 (63.227.000 dólares), 1996 (66.192.000 dólares) y 1997 (67.324.000 dólares)).

[34] *Ibid.* (promedio de las cifras de 1995 (326.482.000 dólares), 1996 (356.035.000 dólares) y 1997 (358.428.000 dólares)).

[35] En este análisis se parte del supuesto de que las distribuciones pagadas a titulares de derechos de las CE son imputables a las mismas fuentes de ingresos y en iguales proporciones que el total de los ingresos. Sin embargo, es perfectamente posible que las distribuciones a titulares de derechos de las CE sean imputables a emisiones de televisión y radio, o a conciertos, en medida mayor que a licencias generales.

los ingresos por licencias generales. Una vez reducidas las pérdidas potenciales de los titulares de derechos de las CE en un 50 por ciento, el margen de las posibles pérdidas se sitúa entre 1.850.877 dólares (50 por ciento de 3.701.754) y 3.689.831 dólares (50 por ciento de 7.379.662).

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

39. Además, tiene una importancia evidente que gran parte de los ingresos provenientes de licenciatarios generales que constituyen establecimientos no puede imputarse a la difusión de música de radio o televisión, sino a ejecuciones públicas de música tomada de otros medios distintos, como las cintas y discos compactos, los conjuntos musicales que actúan en directo y los fonógrafos automáticos. Según la Asociación Nacional de Restaurantes, aproximadamente un x por ciento de los restaurantes hacen funcionar la radio[36], pero no necesariamente en forma exclusiva (también pueden emplear algunas veces conjuntos que ejecutan en directo o discos compactos, etc.). Según la National Licensed Beverage Association, un 28 por ciento de sus afiliados hacen funcionar la radio, pero tampoco en este caso lo hacen en forma necesariamente exclusiva. Tomando un término medio de estas dos estimaciones aproximadamente comparables, los Estados Unidos partirán del supuesto de que un 30,5 por ciento de los establecimientos difunden música de radio.

40. Es importante señalar que, como los establecimientos muchas veces difunden música de más de una fuente, esta estimación según la cual un 30,5 por ciento de los establecimientos difunden música de radio no corresponde al porcentaje de ingresos por licencias imputable a la difusión de música de radio, y en realidad supone una importante exageración de esos ingresos. No obstante, a los efectos de extraer una estimación moderada y teniendo en cuenta la limitación de los datos disponibles, los Estados Unidos partirán del supuesto, exclusivamente a los fines de este análisis, de que un 30,5 por ciento de los ingresos por licencias es imputable a la difusión de música de radio. En consecuencia, las pérdidas de los titulares de derechos de las CE causadas por la exención del artículo 110(5) a través de la música de radio deben reducirse a ese porcentaje, y se situarían entre 564.517 dólares (30,5 por ciento de 1.850.877) y 1.125.398 dólares (30,5 por ciento de 3.689.831).

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

41. El cálculo de las pérdidas de los titulares de derechos de las CE también toma en consideración, indudablemente, que muchos establecimientos de servicios de comidas y bebidas y de comercio minorista que difunden música de radio no cumplen los límites de superficie de la parte B del artículo 110(5). Sobre la base de cifras proporcionadas por la Asociación Nacional de Restaurantes, cumplen los criterios de la ley un 65,5 por ciento de los restaurantes.[37] Los Estados Unidos no disponen de datos acerca del porcentaje de los establecimientos de comercio minorista que cumplen el criterio de superficie; sin embargo, las CE han presentado un estudio de Dun and Bradstreet, encargado por la ASCAP, destinado a demostrar que un 45 por ciento de los establecimientos de comercio minorista están exentos en virtud de la parte B del artículo 110(5).[38]

42. Según la prueba documental EC-16 de las propias CE, Dun and Bradstreet estimó que había 683.783 establecimientos de comercio minorista en los Estados Unidos, así como 364.404 establecimientos de servicios de comidas y bebidas.

---

[36] Prueba documental confidencial US-18.

[37] Las CE han presentado un porcentaje diferente, y estiman que un 70 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas y bebidas están comprendidos en las limitaciones legales de superficie.

[38] Párrafo 51 de la primera comunicación de las CE y prueba documental EC-16.

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 radio[40], 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 aplicación a los derechos del Convenio de Berna del mismo criterio del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, ello resulta sumamente pertinente y de extrema importancia. Con arreglo a la Convención de Viena, los acuerdos ulteriores y la práctica

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 del Convenio de Berna* de la OMPI (páginas 82 a 84), el *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI* (páginas 51 y 248), e incluso el título asignado por la OMPI al párrafo 2) del artículo 11*bis*, se refieren también a esa disposición como una norma en materia de licencias obligatorias. Es altamente significativo que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual -la entidad que administra el Convenio de Berna- haya expresado esta opinión inequívoca y sistemática.

15. El párrafo 2) del artículo 11*bis* simplemente no tiene nada que ver con el artículo 110(5). Ni la historia de la negociación del Convenio de Berna ni la doctrina jurídica posterior apoyan la opinión de que el párrafo 2) del artículo 11*bis* representa un criterio para apreciar las excepciones a los derechos exclusivos. Si el párrafo 2) del artículo 11*bis* hubiera permitido y regido excepciones, los negociadores de las Conferencias de Bruselas y Estocolmo no habrían tenido absolutamente ninguna necesidad de referirse a ese artículo en las deliberaciones sobre la doctrina de las pequeñas reservas. El párrafo 2) del artículo 11*bis* no se relaciona con la doctrina de las pequeñas reservas y no se refiere al ámbito de aplicación de las excepciones que esa doctrina permite.

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

16. Pasaré ahora a referirme a la aplicabilidad del artículo 13 a las partes A y B del artículo 110(5). Esas dos partes se aplican a diferentes obras y tienen distinto alcance. En consecuencia es preciso examinarlas por separado. Las dos disposiciones se aplican a determinados casos especiales, no atentan contra la explotación normal de la obra, y no causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

A. INTERPRETACIÓN DE LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 13

17. La interpretación del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC exige del Grupo Especial un análisis muy concentrado en los hechos. El artículo 13 tiene por objeto constituir un mecanismo flexible para evaluar numerosas excepciones distintas en múltiples contextos y regímenes jurídicos distintos. Requiere un método de "predominio de la razón". La admisibilidad de las excepciones conforme al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC tiene que determinarse necesariamente caso por caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias de cada situación especial.

18. En ese análisis, el mercado del país que impone la excepción tiene la máxima importancia. Los Estados Unidos y las CE están de acuerdo a este respecto. Además, si bien a los efectos del análisis correspondiente al artículo 13 pueden ser pertinentes tanto las pérdidas reales como las potenciales, la clave está en una apreciación realista de las condiciones del mercado. Un análisis basado en supuestos que no son realistas y se contradicen con los hechos no es digno de crédito, es especulativo y es fundamentalmente injusto. El único modo de evitar el peligro de la arbitrariedad consiste en basar el análisis en condiciones realistas del mercado.

B. LAS PARTES A Y B SE APLICAN A CASOS DETERMINADOS Y ESPECIALES

19. Tanto la parte A como la parte B del artículo 110(5) representan excepciones que se aplican a determinados casos especiales. Lo esencial de este requisito es que las excepciones estén bien definidas y tengan aplicación limitada. Tanto la parte A como la parte B están suficientemente definidas. La parte A del artículo 110(5) está definida por las limitaciones referentes al equipo y la jurisprudencia posterior. La parte B está claramente definida en el texto legal por las limitaciones referentes a la superficie y al equipo.

20. 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 limitación respecto de los objetivos de política que cada país puede considerar a la luz de su propia historia y sus prioridades nacionales, y los grupos especiales deben resistirse a dar por supuestas tales limitaciones. En este caso, ambas excepciones de los Estados Unidos 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

21. Ni la parte A ni la parte B del artículo 110(5) atentan contra la explotación normal de las obras. El análisis del Grupo Especial acerca de la cuestión de la explotación normal tiene que ser amplio. El Acuerdo sobre los ADPIC no presenta en su texto fundamento alguno para limitar el análisis sobre la explotación normal a un único derecho exclusivo. Los efectos de una excepción sobre determinado derecho exclusivo son pertinentes, pero no más que los efectos de la excepción sobre el conjunto de la explotación de la obra. Cuando se consideran en su contexto, ni la parte A ni la parte B del artículo 110(5) atentan contra la explotación normal de las obras a las que se aplican.

22. La parte A del artículo 110(5) no atenta contra la explotación normal, puesto que se trataba precisamente de exonerar aquellos establecimientos que de todos modos no habrían justificado una licencia comercial. En términos más generales, el mercado al que se aplica el artículo 110(5) nunca había sido explotado en grado considerable por las organizaciones de administración de los derechos de los intérpretes y ejecutantes. Durante el examen por el Congreso de la parte B del artículo 110(5), la ASCAP y BMI propugnaron, ellos mismos, una exención de los establecimientos de menos de 3.500 pies cuadrados (prueba documental US-16, estudio del Servicio de Investigación del Congreso sobre la comparación entre el "criterio de Aiken" y el "proyecto de la ASCAP y BMI"). Además,

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 cuenta de esta situación, nuestro análisis empírico habrá de concentrarse, como el de las CE, en la parte B del artículo 110(5).

24. En su primera comunicación los Estados Unidos señalaron que las cifras presentadas por las CE no eran relevantes, y analizaron los factores que obligan a reducir esas cifras para obtener una aproximación razonable de las posibles pérdidas de los titulares de derechos de las CE. Las CE respondieron con una afirmación general de que la excepción estaba costando millones de dólares a sus titulares de derechos. Entonces, en su segunda comunicación, los Estados Unidos presentaron pruebas de refutación para mostrar que la parte B del artículo 110(5) no está costando millones a los titulares de derechos de las CE, sino una suma insignificante. El análisis demostró que la pérdida máxima de los titulares de derechos de las CE en las distribuciones efectuadas por la mayor de las sociedades recaudadoras de los Estados Unidos, la ASCAP, como consecuencia de la exención del artículo 110(5), se sitúa entre 294.000 y 586.000 dólares. Esto corresponde a un nivel del 1 por ciento.

25. Los Estados Unidos han presentado al Grupo Especial las estimaciones más precisas posibles acerca del perjuicio económico causado por el artículo 110(5). Hemos utilizado informaciones provenientes de la ASCAP, de la NRA, de la NLBA e incluso de las CE. Nuestro análisis está basado en la mejor información disponible, y tiene un fundamento firme en los hechos y en la lógica.

26. Las CE no han presentado hasta este momento ningún hecho que refutara de manera significativa ninguna de las premisas en que se basa el análisis de los Estados Unidos Los únicos "datos" sobre pérdidas que han presentado las CE hasta ahora consisten en una declaración extraída de un comunicado de prensa publicado por la ASCAP y BMI para sus propios fines. En sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial, las CE hacen algunas afirmaciones acerca del mercado de las licencias musicales de Irlanda. No nos parece que Irlanda represente un mercado comparable al de los Estados Unidos. Aun cuando lo fuera, los datos efectivos provenientes de los Estados Unidos son, por cierto, más pertinentes a los efectos del asunto en discusión.

27. La tarea del Grupo Especial consiste en ponderar los hechos presentados. Deberá ponderar las pruebas detalladas presentadas por los Estados Unidos, que indican perjuicios situados en el orden de unos pocos cientos de miles de dólares, confrontadas con las aseveraciones de las CE acerca de Irlanda. Por nuestra parte, sostenemos respetuosamente que el análisis de los Estados Unidos es el más convincente, y demuestra que la cuantía de los perjuicios sufridos por las CE no es injustificada: en realidad, es apenas mensurable.

28. Nuestro análisis está desarrollado en nuestra segunda comunicación en forma muy detallada. Con la ayuda de la prueba documental US-24 la repasaré aquí brevemente. La prueba documental US-24 tiene dos páginas: una respecto de la ASCAP y una respecto de BMI. Hemos preparado estas pruebas documentales como elemento auxiliar de nuestra exposición oral, y

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 x 0,056 x 0,67 = 8,15), y a continuación hemos seguido los mismos cálculos que se indican respecto de la ASCAP.

3. Deducción correspondiente a los ingresos provenientes de licenciatarios generales que no cumplen la definición legal de "establecimiento": la pérdidas de los titulares de derechos de las CE se sitúan entre 1.850.000 y 3.690.000 dólares

33. Segunda etapa: la parte B del artículo 110(5) no se aplica a todas las licencias generales. La categoría de las licencias generales es muy amplia. Se aplica, fundamentalmente, a todos los licenciatarios que no son emisoras de radio o televisión. La lista alfabética de licenciatarios generales de la ASCAP figura en la prueba documental US-25. Como puede verse, esta categoría comprende las cosas más diversas: suministro de música de fondo, colegios y universidades, convenciones, equipos de fútbol, música para comunicaciones telefónicas en espera, clubes privados, parques especializados, exposiciones comerciales, seminarios de capacitación y competencias de tractores. Los restaurantes figuran ciertamente incluidos en la lista; pero lo mismo ocurre con muchos otros tipos de licenciatarios. Las regalías que pagan esos licenciatarios tienen que deducirse del análisis de las pérdidas resultantes de la parte B del artículo 110(5).

34. Al tomar en cuenta este factor, los Estados Unidos han partido del supuesto de que un 50 por ciento de los ingresos por licencias generales corresponde a tales licenciatarios. Teniendo en cuenta la diversidad de los licenciatarios exclusivos y la importancia de algunas de las categorías excluidas, este porcentaje es moderado. En la segunda etapa de la prueba documental puede apreciarse que, una vez reducidas las pérdidas potenciales de los titulares de derechos de las CE al 50 por ciento, el margen resultante de las pérdidas se sitúa entre 1,8 y 3,7 millones de dólares.

4. Deducción correspondiente a los ingresos percibidos 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

35. Pasamos ahora a la tercera etapa. Es evidente que muchos restaurantes, bares y tiendas minoristas no difunden música de radio. Para la mayoría de los establecimientos, la programación de radio -con toda su publicidad, sus programas hablados y sus interrupciones- representa una solución poco atractiva. ¿Quién quiere que sus clientes oigan la publicidad de los competidores? Gran parte de los ingresos provenientes de licenciatarios generales que constituyen establecimientos no es imputable a la difusión de música tomada de la radio o la televisión, sino a la ejecución pública de música proveniente de otros medios, como las cintas y discos compactos, los conjuntos que ejecutan en directo y los fonógrafos automáticos.

36. La Asociación Nacional de Restaurantes y la NLBA estiman que el 33 por ciento y el 28 por ciento de sus afiliados, respectivamente, emplean la radio. Ese uso de la radio muchas veces no es exclusivo. Muchos establecimientos que utilizan la radio a menudo difunden también música de otras fuentes. Tomando un promedio de estas estimaciones, aproximadamente comparables entre sí, hemos partido del supuesto de que un 30,5 por ciento de los establecimientos difunden música de radio.

37. Es importante señalar que, como los establecimientos muchas veces difunden música de más de una fuente, esta estimación, según la cual un 30,5 por ciento de los establecimientos difunden música de radio, no corresponde al *porcentaje de ingresos por licencias* imputable a la difusión de música de radio. Los ingresos provenientes de la música tomada de la radio habrán de ser muy inferiores. No obstante, estamos realizando estos cálculos con criterio extremadamente moderado, y hemos supuesto, para los efectos de este análisis, que un 30,5 por ciento de los ingresos provenientes de licencias puede imputarse a la difusión de música de radio. En consecuencia, las pérdidas de los titulares de derechos de las CE causadas por la exención del artículo 110(5) a través de la música de radio deben reducirse a ese porcentaje. En la línea 3 puede verse que el resultado se situaría entre 500.000 y 1,1 millones de dólares.

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 los titulares de derechos de las CE se sitúan entre 294.113 y 586.332 dólares

38. En la cuarta etapa efectuamos una última reducción para tener en cuenta que muchos establecimientos de servicios de comidas y bebidas y de comercio minorista que difunden música de radio no cumplen los límites de superficie de la parte B del artículo 110(5). Según las cifras suministradas por la Asociación Nacional de Restaurantes, un 65,5 por ciento de los restaurantes cumplen el criterio legal referente a la superficie. Según las CE existen en los Estados Unidos 364.404 establecimientos de servicios de comidas y bebidas. Esto significa que unos 239.000 de ellos cumplen el requisito legal relativo a la superficie.

39. En lo que respecta al comercio minorista, las CE han presentado un estudio encomendado por la ASCAP tendiente a demostrar que alrededor del 45 por ciento de las tiendas cumple el límite legal de superficie. Las CE afirman también que existen en los Estados Unidos 683.783 establecimientos de comercio minorista. El 45 por ciento de 684.000 es alrededor de 307.000.

40. Por lo tanto, aun empleando cifras de las CE a los efectos de nuestro análisis de hoy, nos encontramos con unos 239.000 restaurantes exentos y 307.000 tiendas exentas. Esto hace un total de 546.000 establecimientos exentos, lo que representa el 52,1 por ciento del total de establecimientos. En la línea 4 hemos reducido las pérdidas que pueden sufrir los titulares de derechos de las CE al 52,1 por ciento, lo que da un resultado que se sitúa entre 294.000 y 586.000 dólares.

41. Si se sigue el mismo análisis en cuatro etapas aplicado a BMI, el resultado es una pobre suma de 122.000 dólares.

6. El método empleado por los Estados Unidos se basa en criterios moderados

42. Como se explicó en la comunicación de los Estados Unidos, estos cálculos son moderados y, si en algo fallan, exageran la cuantía real del perjuicio económico de los titulares de derechos de las CE. Entre las razones de ello figuran las siguientes:

- Los Estados Unidos han partido del supuesto de que, como un 30,5 por ciento de los establecimientos utilizan 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.

- Del mismo modo, 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.

- El análisis precedente no tiene en cuenta la medidas que la ASCAP y BMI podrían adoptar para reducir al mínimo los efectos del artículo 110(5).

- De igual 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.

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. 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.

45. Además, los Estados Unidos piden que el Grupo Especial precise sus constataciones respecto de la parte A y respecto de la parte B del artículo 110(5) a fin de suministrar a los Miembros de la OMC la mayor orientación posible acerca de la interpretación de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC que se controvierten.

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. Los Estados Unidos aprecian esta oportunidad de formular sus observaciones sobre los materiales presentados al Grupo Especial por la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Los Estados Unidos aprecian igualmente la comunicación del Grupo Especial de fecha 10 de enero de 2000, acerca del plazo para formular observaciones respecto de esos materiales.

2. En opinión de los Estados Unidos, los extensos materiales presentados por la OMPI no plantean cuestiones que no hayan sido abordadas ya por las partes y discutidas en las dos reuniones celebradas por el Grupo Especial sobre este asunto. Esos materiales confirman, además, la importancia que los negociadores del Convenio de Berna asignaron a la admisibilidad de excepciones a los artículos 11 y 11*bis*, y la existencia de la doctrina de las pequeñas reservas. Véanse, por ejemplo, los Anexos X, XII y XIII. Por esta razón, los Estados Unidos consideran que estos documentos apoyan su posición en el presente asunto.

3.1 AUSTRALIA

3.1.1 COMUNICACIÓN ESCRITA DE AUSTRALIA

(1º de noviembre de 1999)

EXPOSICIÓN GENERAL

- Las excepciones o limitaciones al derecho de autorizar la comunicación pública de obras radiodifundidas amparadas por el derecho de autor, conforme al Acuerdo sobre los ADPIC, deben estar en conformidad con:

  - las condiciones generales estipuladas en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC; y

  - las condiciones específicas estipuladas en el artículo 11*bis* del Convenio de Berna, incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC,

  en forma coherente con los objetivos y principios generales del Acuerdo sobre los ADPIC, en particular su artículo 7.

- Sería útil aclarar la relación existente entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de Berna en cuanto se aplican en particular a este derecho:

  - entre el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna no existe ninguna relación de orden jerárquico, pero la segunda de esas disposiciones ofrece una orientación más directa respecto del presente asunto;

  - cualquier excepción o limitación debe ajustarse todavía a cada una de esas dos disposiciones;

  - este derecho debe considerarse en forma diferente de otros derechos -como el derecho general de reproducción- a la luz de la orientación específica que ofrece el párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna;

  - el párrafo 2) del artículo 11*bis* especifica que las condiciones impuestas a este derecho en ningún caso pueden perjudicar el derecho del autor a una remuneración equitativa.

- Los antecedentes diplomáticos del Convenio de Berna ofrecen una orientación complementaria sobre la forma en que deben interpretarse las "condiciones" admisibles con arreglo al párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna:

  - se hizo fuerte hincapié en el derecho a una remuneración equitativa;

  - las únicas excepciones tomadas en cuenta fueron aparentemente las "pequeñas reservas" relativas al uso de la obra en un entorno privado o en relación con objetivos de interés público, como los contextos docente o religioso.

- La aplicación coherente de estas dos disposiciones al derecho de comunicación pública de obras radiodifundidas debe suponer que se asigne su debida importancia al párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna:

  - en consecuencia, el criterio fijado por el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, al aplicarse a este derecho, debe matizarse por el requisito específico de una remuneración equitativa;

  - el párrafo 2) del artículo 11*bis*, al fijar condiciones para el ejercicio de este derecho y establecer una norma mínima de remuneración equitativa, prescribe una forma de equilibrar los derechos y las obligaciones y fijar las excepciones y limitaciones que representa un caso concreto del equilibrio general de intereses estipulado en el artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC y expresado también en el artículo 13;

  - 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:

  - el hecho de circunscribir este derecho a una facultad de percibir remuneración equitativa representa una restricción significativa del ejercicio, excluye la facultad de prohibir la comunicación pública y de pretender una remuneración desproporcionada, y permite que se lo aplique mediante licencias obligatorias;

  - la remuneración equitativa, en este contexto, mantiene 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.

Índice

Página

I. CUESTIONES DE POLÍTICA GENERAL 244

II. CUESTIONES JURÍDICAS..... 246

Alcance y objetivo del artículo 11*bis* 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 11*bis* 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 11*bis* DEL CONVENIO DE BERNA..... 249

Alcance de las limitaciones específicas del artículo 11*bis* del Convenio de Berna: antecedentes interpretativos 249
Las pequeñas reservas en el artículo 11*bis* del Convenio de Berna *250*
La "remuneración equitativa" del párrafo 2) del artículo 11*bis* 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 11*bis* 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 11*bis* 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
Casos especiales 258
Atentado contra la explotación normal de la obra..... 258
Perjuicio injustificado a los intereses legítimos..... 259

I. CUESTIONES DE POLÍTICA GENERAL

1.1 Históricamente, en el plano nacional, el derecho de autor y los derechos conexos se desarrollaron, fueron aplicados y fueron objeto de limitaciones y excepciones con el objetivo general de atender el interés público mediante el establecimiento de derechos privados eficaces y adecuados. El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de la OMC ("Acuerdo sobre los ADPIC") formula este equilibrio, que ya estaba presente en las normas sobre derecho de autor establecidas en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas ("Convenio de Berna")[1], lo establece en forma explícita en un contexto de comercio internacional, y obliga a los Miembros de la OMC a observarlo en diversos aspectos concretos en su aplicación de la legislación sobre propiedad intelectual. El Acuerdo sobre los ADPIC está basado en el entendimiento de que las perturbaciones de ese equilibrio generan distorsiones y trabas al comercio y otras formas de perjuicio de intereses legítimos.

1.2 En consecuencia, se afirma en el Acuerdo sobre los ADPIC que "el equilibrio de derechos y obligaciones" es un objetivo clave de "la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual" (artículo 7), y se establecen excepciones y limitaciones impuestas a los derechos de propiedad intelectual, incluidos el derecho de autor y los derechos conexos (artículo 13). Cualquier excepción al marco básico establecido por el Acuerdo sobre los ADPIC debe estar encaminada a apoyar ese equilibrio de beneficio recíproco, y también debe estar en consonancia con las disposiciones específicas del Acuerdo (incluidas las normas de otros instrumentos incorporadas por referencia en el Acuerdo sobre los ADPIC).

1.3 El presente asunto se refiere a una exención del requisito de pagar regalías a los compositores musicales y autores de canciones por la difusión de sus composiciones transmitidas por radio y televisión, en ciertos lugares públicos; excepciones al derecho de comunicación al público de obras radiodifundidas amparadas por el derecho de autor, derecho que en el Convenio de Berna fue distinguido claramente del derecho de radiodifusión en sí mismo. Sobre la base de las dos primeras comunicaciones, no parece existir controversia acerca del alcance inicial de los derechos, y el asunto se refiere más al alcance legítimo de ciertas excepciones legales a ese derecho: por lo tanto, tiene menos que ver con la naturaleza intrínseca del derecho que con la medida en que es posible limitarlo o restringirlo, con referencia a las cuestiones de la explotación normal de las obras amparadas por el derecho de autor, el perjuicio injustificado a los intereses de los titulares de derechos, y el derecho de éstos a una remuneración equitativa.

1.4 El asunto, por lo tanto, plantea cuestiones referentes a la relación recíproca entre derechos de propiedad intelectual privados y objetivos más amplios de política general pública, la forma en que los objetivos generales del Acuerdo sobre los ADPIC deben reflejarse en los regímenes nacionales sobre la propiedad intelectual, y la forma en que determinadas disposiciones fundamentales deben aplicarse en cada jurisdicción. Como el asunto se refiere a disposiciones claves del Convenio de Berna, también plantea la cuestión de la forma en que deben tenerse en cuenta los antecedentes diplomáticos e interpretativos de las respectivas disposiciones de ese Convenio al interpretar obligaciones derivadas del Acuerdo sobre los ADPIC.

1.5 El Informe General de la Conferencia de Roma, al analizar la introducción del nuevo derecho de comunicación al público mediante la radiodifusión (el "resultado más importante" de esa Conferencia[2]), señala que el texto adoptado por la Conferencia "tiene las características de una

---

[1] En esta comunicación, por razones de conveniencia y concisión, se citarán en general las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC con expresiones como "ADPIC 13" en lugar de "el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC", y las del Convenio de Berna como "Berna 11*bis*.2)" en lugar de "el párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna".

[2] *Proceedings of the Conference Convened at Rome*, BIRPI, Berna, 1929, página 210.

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 Unidos[5]; 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 ejecución pública y radiodifusión en relación con las pequeñas empresas.[6] Un problema fundamental que la Comisión examinó es el de las obligaciones jurídicas internacionales referentes a los derechos de interpretación o ejecución pública y radiodifusión establecidos en el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de Berna. Como algunos aspectos de este trabajo de la Comisión pueden ser de utilidad en las actuales deliberaciones del Grupo Especial, se adjunta una sinopsis de ese informe (Anexo A). Australia sigue haciendo gran hincapié en la permanente coherencia de su propio régimen interno en materia de propiedad intelectual con sus obligaciones internacionales, y acoge con satisfacción la oportunidad que este asunto ofrece para aclarar y confirmar las obligaciones que se aplican al derecho de comunicación pública de obras radiodifundidas.

---

[3] *Loc. cit.*

[4] *Op. cit.*, página 184.

[5] Según una estimación empresarial, las pérdidas anuales potenciales derivadas de la introducción del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos excederían de un millón de dólares australianos, suma que probablemente aumente en vista de las tendencias actuales del mercado.

[6] *Don't Stop the Music!*, http://www.aph.gov.au/house/committee/laca/Inquiryincopy.htm.

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 de ADPIC 9.1, que obliga a los Miembros de la OMC a observar los artículos 1 a 21 (con excepción del artículo 6*bis*) y el Anexo del Convenio de Berna. Esta obligación puede resultar afectada por ADPIC 13, que fija un marco dentro del cual deben circunscribirse las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos establecidas por el Acuerdo sobre los ADPIC. Esta comunicación presenta un método para tratar los problemas jurídicos de este asunto en forma que preserve al mismo tiempo los intereses legítimos de los titulares de derecho de autor y el interés público, y mantenga asimismo la integridad del sistema compuesto que forman el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de Berna. Teniendo en cuenta que se trata del primer asunto presentado al OSD de la OMC en que se consideran disposiciones de fondo del Acuerdo sobre los ADPIC sobre derecho de autor, y en particular las vinculaciones entre determinadas disposiciones del Convenio de Berna y disposiciones más amplias del Acuerdo sobre los ADPIC, en la presente comunicación se formularán algunas consideraciones sobre aspectos interpretativos.

Alcance y objetivo del artículo 11*bis* del Convenio de Berna: el derecho de comunicación pública de obras radiodifundidas y las condiciones impuestas a ese derecho

2.2 El artículo 110(5) establece que determinadas formas de comunicación al público de obras radiodifundidas no constituirán infracción del derecho de autor. Esto crea una clara excepción al derecho establecido conforme a Berna 11*bis*.1), que otorga a los autores de obras literarias y artísticas (incluidas las obras musicales) el derecho exclusivo de autorizar, entre otras cosas, "la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida".[7] Esto queda sujeto a la disposición del párrafo 2) del artículo 11*bis*, conforme a la cual "corresponde a las legislaciones de los países de la Unión [de Berna] establecer las condiciones para el ejercicio de [esos] derechos ... [Estas condiciones] 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". Esta última disposición lleva el título, destinado a facilitar la consulta, de "Licencias obligatorias". El contexto de Berna 11*bis*.2) sugiere que tiene por objeto, en particular, garantizar que las disposiciones sobre regímenes de licencias obligatorias de obras radiodifundidas no priven al titular de derechos de una remuneración equitativa. Esta intención particular quedó confirmada en la Conferencia de Estocolmo. Además, el alcance de Berna 11*bis* puede resultar afectado por las llamadas "pequeñas reservas", que se analizarán más adelante (a partir del párrafo 3.4), constan en la historia de su negociación.

Alcance y objetivo del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC: las limitaciones generales y las excepciones impuestas al derecho de autor

2.3 ADPIC 13 comprende las limitaciones y excepciones impuestas a derechos exclusivos correspondientes a las obras amparadas por el derecho de autor en general. Su objetivo inmediato es "circunscribir" esas limitaciones o excepciones. Presenta algunas diferencias importantes en comparación con disposiciones paralelas referentes a las marcas de fábrica o de comercio (artículo 17), los dibujos y modelos industriales (párrafo 2 del artículo 26) y las patentes (artículo 30), que sólo abarcan las excepciones, y no las limitaciones, a los derechos exclusivos. La necesidad de circunscribir las limitaciones en ADPIC 13, además de las excepciones, puede ser una consecuencia de la diferente naturaleza del derecho de autor en comparación con los derechos de propiedad industrial, que supone una gama más amplia de utilizaciones no comerciales legítimas de materiales

[7] También es pertinente Berna 11, en cuanto abarca cualquier comunicación pública de la obra; pero Berna 11*bis* ofrece una orientación más específica en el contexto controvertido en este asunto.

amparados por el derecho de autor, y a la utilización generalizada de regímenes de licencias obligatorias y mecánicas para la explotación de esas obras. Tales medidas limitan el funcionamiento del derecho sin que necesariamente creen excepciones. ADPIC 13 reconoce la necesidad de reglamentar la forma en que funcionan las restricciones legales de esos derechos a fin de mantener el adecuado equilibrio de intereses.

2.4 El concepto de "limitación", en contraste con el de "excepción", se ajusta a la aplicación de Berna 11*bis*.2), que fija restricciones a las "condiciones" que pueden establecer las legislaciones nacionales para el ejercicio de los derechos concretos establecidos en Berna 11*bis*.1).

Las obligaciones del Convenio de Berna en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC

2.5 ¿De qué modo y en qué medida se aplican dentro del Acuerdo sobre los ADPIC a las disposiciones del Convenio de Berna los antecedentes y los materiales interpretativos acumulados acerca del Convenio, cuando se los examina en el marco del ESD de la OMC? Este punto no ha sido planteado concretamente por ninguna de las partes, pero está implícito en la utilización que se hace en las dos primeras comunicaciones de materiales de antecedentes acerca del Convenio de Berna. Para la interpretación de las disposiciones controvertidas, la comunicación de las CE se ha apoyado en la historia diplomática del Convenio de Berna; la comunicación de los Estados Unidos (párrafo 22) se refiere al objetivo del Acuerdo sobre los ADPIC (artículo 7), invoca trabajos doctrinarios sobre Berna 9.2) en su dilucidación detallada de ADPIC 13, e invoca la doctrina de las "pequeñas reservas" del Convenio de Berna, que no es una disposición específica del Convenio, sino que quedó establecida en conferencias diplomáticas relativas a él (párrafo 18).

2.6 A primera vista, las disposiciones del Convenio de Berna que se discuten deberían apreciarse como obligaciones surgidas por efecto del Acuerdo sobre los ADPIC, y no como obligaciones derivadas del Convenio de Berna en sí mismo. El Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los Miembros de la OMC respecto de ciertas disposiciones de un instrumento internacional independiente, el Convenio de Berna. ADPIC 2.2 dispone que el Acuerdo no va en detrimento de las obligaciones existentes en virtud del Convenio de Berna: esto sugiere que cualquier derecho o excepción permitido por el Acuerdo sobre los ADPIC debe ser compatible con el Convenio de Berna en sí mismo. El Acuerdo sobre los ADPIC fue negociado en el contexto de un entendimiento sobre el alcance de las disposiciones del Convenio de Berna; y aunque no existe necesariamente una vinculación directa con los antecedentes interpretativos de este último, no cabe duda de que las negociaciones del Convenio de Berna forman parte del derecho internacional consuetudinario en esta materia. Además, la inclusión en el Acuerdo sobre los ADPIC de disposiciones del Convenio de Berna indica que el objeto y el propósito del Acuerdo sobre los ADPIC se extienden a la promoción de una aplicación completa y eficaz de esas disposiciones.

2.7 Australia entiende que tanto los antecedentes interpretativos del Convenio de Berna como los objetivos específicos del Acuerdo sobre los ADPIC son pertinentes a los efectos de la aplicación de las disposiciones en que ambos tratados se superponen, mientras no exista ninguna contradicción entre lo uno y lo otro. Existen, en efecto, algunos casos en que los antecedentes del Convenio de Berna contribuyen a dilucidar la forma en que se equilibran los intereses en el Acuerdo sobre los ADPIC. Al tratar los complejos problemas que están en juego en este asunto, sería útil formular más precisamente el modo en que debe funcionar esa vinculación.

El párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna y el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC: conciliación de las disposiciones generales con las específicas

2.8 Existen motivos jurídicos y de política que hacen imperioso mantener la coherencia entre Berna 11*bis* y ADPIC 13 cuando se aplican a un mismo derecho. Esta cuestión no ha sido planteada expresamente por ninguna de las partes, pero está implícita en las interpretaciones que realizan en sus

comunicaciones. Existe necesidad de claridad y coherencia en la aplicación, sobre todo teniendo en cuenta que las disposiciones de uno y otro tratado que se superponen no han sido examinadas antes en el contexto del ESD de la OMC.

2.9 La primera cuestión se refiere a su ámbito de aplicación respectivo: ¿está Berna 11*bis*.2) abarcado en ADPIC 13, o tienen ambos la misma extensión respecto de las obras radiodifundas? Un comentario de la OMPI sobre la relación entre ADPIC 13 y las excepciones y limitaciones del Convenio de Berna señala lo siguiente:

> Ninguna de las limitaciones y excepciones que permite el Convenio de Berna debería, si se aplican debidamente, atentar a la explotación normal de la obra y ninguna de ellas debería, si se aplican correctamente, causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho. De esta manera, en general y normalmente, no hay conflicto entre el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC en lo relativo a excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos.[8]

2.10 Esto sugiere que no tiene por qué existir ninguna contradicción fundamental, y que todas las limitaciones y excepciones ya autorizadas con arreglo al Convenio de Berna también cumplirían ADPIC 13; pero esto no significa que las excepciones o limitaciones ("condiciones") admitidas por uno tengan igual extensión que las admitidas por el otro. Ricketson[9] ha sugerido que ADPIC 13 tiene un alcance más amplio que las excepciones específicas admitidas por el Convenio de Berna. Sin embargo, aun cuando una excepción al derecho de comunicación pública de obras radiodifundidas se considerase compatible con ADPIC 13, seguiría aplicándose la disposición más específica de Berna 11*bis*.2), que mantendría la exigencia de una remuneración equitativa. En efecto: esto añadiría un paso más al criterio "de tres puntos" del artículo 13 al aplicárselo a la comunicación pública de obras radiodifundidas, o bien determinaría más precisamente la forma de aplicación de ese criterio en este contexto.

2.11 No existe ningún orden jerárquico entre ADPIC 13 y Berna 11*bis*.2). En el contexto de la concertación del Acuerdo sobre los ADPIC, ambas disposiciones fueron adoptadas a la vez y surten efectos simultáneos como obligaciones del Acuerdo. Sin embargo, las comunicaciones presentadas al Grupo Especial no se han referido hasta ahora a Berna 11*bis*.2), y la atención parece concentrada únicamente en ADPIC 13.[10]

2.12 Además, ADPIC 13, como disposición de carácter general, no puede predominar sobre Berna 11*bis*.2), que es más específico; es más probable que la segunda disposición indique la forma en que las partes consideraban que se aplicaría el principio general en esas circunstancias, y no existe ningún elemento de prueba que indique el propósito de que lo general prevaleciera sobre lo particular en este caso concreto; en consecuencia, la disposición especial debe prevalecer en caso de cualquier duda. Este principio jurídico -*generalia specialibus non derogant*- está firmemente establecido en el *common law* y encuentra apoyo en el contexto internacional.[11] Además, ADPIC 13 dispone que las limitaciones y excepciones deben *circunscribirse* en determinada forma: esto no excluye otras restricciones, más precisas, basadas en disposiciones especiales del Convenio de Berna. Como las dos disposiciones son igualmente obligatorias para los Miembros de la OMC, y pueden interpretarse sin

---

[8] *Implicaciones del Acuerdo sobre los ADPIC en los tratados administrados por la OMPI*, Ginebra (1996), página 24.

[9] Ricketson, Staniforth, *The Law of Intellectual Property*, LBC, Sydney, 1999, 16.560.

[10] Véase, por ejemplo, el párrafo 17 de la primera comunicación de los Estados Unidos.

[11] La norma en que se apoya el principio *generalia specialibus non derogant* es el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que se considera en general una formulación completa de las fuentes del derecho internacional. El apartado c) de su párrafo 1 indica que constituyen una fuente válida de derecho internacional "los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

contradicción entre ellas, las excepciones o limitaciones impuestas al derecho de interpretación o ejecución pública de obras radiodifundidas deben cumplir tanto ADPIC 13 como Berna 11*bis*.2).

2.13 La incorporación de Berna 11*bis* establece este derecho en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC; de ello se desprende que cualquier disposición que permita limitaciones de ese derecho (como Berna 11*bis*.2)) también cuenta para determinar las obligaciones correspondientes en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC. El Informe General de la Conferencia de Bruselas indica que Berna 11*bis*.1), "con sus tres puntos separados, es inseparable del párrafo 2)".[12]

2.14 Australia entiende que el criterio preferible sería reconocer que Berna 11*bis*.2) influye sobre la aplicación de ADPIC 13 a los derechos establecidos en Berna 11*bis* (pero no en su aplicación a otros derechos). Esto fomentaría la coherencia de interpretación entre las disposiciones fundamentales del Acuerdo sobre los ADPIC y las del Convenio de Berna incorporadas en el Acuerdo. Berna 11*bis*.2) ofrece la orientación más clara y de mayor peso jurídico sobre la forma en que las limitaciones y excepciones aceptables con arreglo a ADPIC 13 deben aplicarse al derecho de comunicación pública de obras radiodifundidas; al mismo tiempo, establece un criterio directo sobre la compatibilidad con el Acuerdo sobre los ADPIC de cualquier excepción o limitación impuesta a ese derecho.

III. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 11*BIS* DEL CONVENIO DE BERNA

Alcance de las limitaciones específicas del artículo 11*bis* del Convenio de Berna: antecedentes interpretativos

3.1 El derecho de comunicación pública de obras radiodifundidas quedó incorporado en el Convenio de Berna en la Conferencia de Bruselas (1948) sin ninguna oposición significativa[13], confirmando la existencia de un derecho independiente además del propio derecho de radiodifusión.

> 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 todavía a un auditorio 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.[14]

3.2 La Conferencia de Bruselas examinó las limitaciones que las legislaciones nacionales podrían imponer a este derecho, lo que llevó a la adopción del párrafo 2) del artículo 11*bis*. Tres delegaciones habían presentado propuestas sobre la redacción, tendientes a aclarar que el derecho no se aplicaba cuando la comunicación al público no se efectuara en un contexto comercial, tuviera lugar en un ámbito familiar o doméstico, o se realizara en un medio escolar o académico.[15] Esas propuestas fueron retiradas entendiéndose que tales reservas podrían tener cabida en el proyecto de texto del párrafo 2) del artículo 11*bis*, pero con sujeción al entendimiento, en el informe del Subcomité de

---

[12] *Records of the Conference Convened in Brussels*, citado en *Berne Centenary Convention*, OMPI, Ginebra, 1986, página 181.

[13] Ricketson, Staniforth (1987), *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Londres, Eastern Press, Ltd., página 453.

[14] OMPI, *Guía del Convenio de Berna*, párrafo 11*bis*.12.

[15] *Records of the Conference Convened in Brussels*, BIRPI, Berna, 1951: propuesta de los Países Bajos (página 279; propuesta de Mónaco (página 278); y propuesta de Hungría (página 278).

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 Estocolmo[17] 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]

Las pequeñas reservas en el artículo 11*bis* del Convenio de Berna

3.4 Como la primera comunicación de ambas partes se refiere a las "pequeñas reservas" con arreglo al Convenio de Berna[19], puede resultar útil aclarar la forma en que tales "reservas" se aplicarían en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC. La cuestión de las pequeñas reservas se planteó por primera vez en relación con Berna 11 (derecho de representación o ejecución pública). Durante la Conferencia de Bruselas (1948) se propuso insertar una disposición general en el Convenio de Berna en virtud de la cual los Estados Partes podrían mantener pequeñas reservas que ya existieran en sus leyes nacionales (por ejemplo, ceremonias religiosas y ejecuciones por bandas militares en celebraciones públicas). Los redactores de la Revisión de Bruselas rechazaron esta propuesta fundándose en que la adopción de una disposición general de esa índole alentaría a las naciones que no habían reconocido tales excepciones a incorporarlas en su legislación.[20] Se convino en que, en lugar de tratar esta cuestión en el propio Convenio, se la trataría en el Informe General de la reunión, en los siguientes términos:

> 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 esbozan aquí escuetamente a fin de no perjudicar los principios del derecho.[21]

La última oración destaca el carácter *de minimis* de los tipos de excepciones que podrían quedar comprendidas en la doctrina de las pequeñas reservas respecto de este derecho.

---

[16] *Records of the Conference Convened in Brussels*, citando en *Berne Centenary Convention*, OMPI, Ginebra, 1986, página 181.

[17] *Records of the Stockholm Conference*, OMPI, Ginebra, 1971, Informe de la Comisión Principal I, página 1.167.

[18] Ricketson (1987), página 525.

[19] Comunicación de la UE, párrafo 73; comunicación de los Estados Unidos, párrafo 18.

[20] Ricketson (1987), página 533.

[21] *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works from 1886-1996*, OMPI, Ginebra, 1986, página 181.

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 APRA citada *Don't Stop the Music!*, páginas 67 y 68.

[25] *Don't Stop the Music!*, página 68.

[26] Por ejemplo, los derechos de licencia que cobraba la sociedad recaudadora ASCAP en los Estados Unidos a los pequeños establecimientos comerciales que quedaron exentos en virtud de la reciente revisión del artículo 110(5) eran de 30 dólares (véase el Anexo US-7 de la primera comunicación de los Estados Unidos, de 26 de octubre).

[27] *NLBA, News*, abril de 1997, página 2, presentado como Anexo US-6 de la primera comunicación de los Estados Unidos, de 26 de octubre de 1999.

musicales radiodifundidas se comunican al público para su disfrute y para obtener un beneficio comercial, como cuando acrecientan la clientela (aunque no se efectúe ningún cobro directo o especial por la comunicación de la radiodifusión en sí misma), en sustitución de servicios comerciales de suministro de música o de licencias de otras formas de comunicación pública de obras con fines comerciales.

3.12 Sería compatible con la noción de "remuneración equitativa" que los ingresos se escalonaran, dentro de límites prácticos, según los intereses comerciales generales que estuvieran en juego. Como se indicó en el párrafo 3.6, la remuneración equitativa hasta puede establecerse en un valor nulo para ciertas comunicaciones públicas que tienen interés público o son *de minimis* (como las citadas en la Conferencia de Bruselas). La cuestión es menos clara respecto del empleo accesorio de obras radiodifundidas y, en particular, en el contexto de la llamada recepción "de tipo hogareño" de emisiones de radiodifusión en locales de pequeñas empresas, sobre todo cuando la comunicación al público es accesoria o no deliberada y no se destina específicamente a la clientela como parte del desarrollo de actividades comerciales. En algunas situaciones limitadas de este tipo, la "remuneración equitativa" también puede ser efectivamente nula.[28] No obstante, la situación es más clara en los casos de utilización comercial, importante e inequívoca, de obras amparadas por el derecho de autor. Sería difícil sostener que, en el presente asunto, la supresión efectiva del derecho de comunicación al público de obras radiodifundidas en situaciones comerciales sumamente variadas equivale a una determinación por las autoridades, a falta de acuerdo, de que una remuneración nula es la solución más equitativa en todas esas situaciones comerciales. En el presente asunto, los representantes de los titulares de derechos nunca consintieron en la supresión del derecho de comunicación al público ni del derecho a obtener remuneración equitativa:

> La ASCAP está totalmente empeñada en obtener la derogación de la "enmienda sobre licencias musicales", que permite a restaurantes, bares y comercios minoristas que actúan con fines de lucro eludir el pago por la música difundida por altavoces de radio y televisión. Sencillamente no es justo que se obligue a ninguno de nosotros a trabajar gratuitamente.[29]

3.13 El derecho de que se trata consiste en "obtener" una remuneración, y no lleva consigo la obligación del usuario de pagar una remuneración cuando en la práctica el titular de los derechos no la procura en ninguna forma (tampoco a través de mecanismos colectivos). La primera comunicación de los Estados Unidos señala situaciones en que los titulares de derechos, o las sociedades recaudadoras que les representan, por razones prácticas o de otra índole optan por no hacer valer su derecho a obtener una remuneración equitativa; pero tal cosa debe distinguirse de una supresión lisa y llana de ese derecho a través de la ley. Las posibilidades prácticas de recaudar derechos, y la consiguiente medida en que los titulares pueden optar por reclamar una remuneración, son cuestiones que dependen de diversos factores y que pueden cambiar a la luz de la evolución tecnológica y comercial. La circunstancia de que pueda resultar inconveniente ejercitar un derecho en determinada situación comercial no justifica, por sí sola, que se prive de ese derecho. Tales excepciones tienen que justificarse con fundamentos de política general pública que estén en consonancia con los principios establecidos.

3.14. Se plantea, además, un problema respecto de la forma en que se observa el trato nacional cuando se niega el derecho a obtener remuneración en un mercado extranjero, sobre todo teniendo en

---

[28] Por ejemplo, la sociedad recaudadora australiana APRA ha convenido en otorgar licencias gratuitas a pequeños establecimientos comerciales cuando reciben emisiones de radiodifusión con receptores corrientes sin el propósito de que sean oídas por el público.

[29] Marilyn Bergman, Presidenta y Jefa Ejecutiva de la ASCAP, en www.ascap.com/ meeting99 /audiobackup.html.

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. EL ARTÍCULO 13 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC Y LA COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS RADIODIFUNDIDAS

4.1 ADPIC 13 se aplica en general a las limitaciones y excepciones impuestas a los derechos de la sección 1 de la parte II del Acuerdo sobre los ADPIC y, en consecuencia, establece un criterio sobre la compatibilidad con el Acuerdo de las limitaciones y excepciones al derecho de interpretación o ejecución pública de obras radiodifundidas. Cuando se redactó ADPIC 13, los términos empleados se ajustaron estrechamente a Berna 9.2). Debido a esta vinculación de los textos las dos disposiciones suelen compararse y, a primera vista, el criterio establecido en ADPIC 13 no parece presentar diferencias importantes con el criterio de tres puntos que figura en Berna 9.2).[30] Por ejemplo, la primera comunicación de los Estados Unidos se apoya, para su interpretación de ADPIC 13, en materiales referentes a Berna 9.2).

4.2 Sin embargo, existen diferencias claras entre las dos disposiciones, especialmente cuando ADPIC 13 se aplica al derecho de ejecución pública de obras radiodifundidas. A este respecto, por lo tanto, Berna 9.2) se refiere a un derecho diferente, a una forma diferente de explotación de la obra, y a un diferente conjunto de intereses; también se refiere a excepciones lisas y llanas del derecho de reproducción y no a condiciones o limitaciones del derecho. La naturaleza de la explotación normal de las obras y del perjuicio injustificado a los intereses legítimos puede tener grandes diferencias entre el derecho de reproducción y el derecho de comunicación pública de obras radiodifundidas. El asunto sería diferente si se refiriese a una excepción al derecho de reproducción.

4.3 No obstante, Berna 9.2) puede suministrar una orientación general o indirecta sobre la aplicación de ADPIC 13 a la comunicación pública de obras radiodifundidas, especialmente en cualquier esfuerzo por interpretar los términos exactos que se han empleado. En lo que respecta a los efectos jurídicos de ADPIC 13 y su objeto y fin en relación con el derecho de comunicación pública de obras radiodifundidas, Berna 11*bis*.2) ofrece una orientación más directa y de mayor peso jurídico. Berna 11*bis*.2) rige directamente este derecho concreto, y la aplicación coherente del Acuerdo sobre los ADPIC requeriría la coherencia entre ADPIC 13 y Berna 11*bis*.2).

4.4 Cuando se adoptó Berna 9.2), la Conferencia de Estocolmo comentó lo siguiente:

> Si se considera que la reproducción atenta contra la explotación normal de la obra, la reproducción no está permitida en absoluto. Si se considera que la reproducción no atenta contra la explotación normal de la obra, el paso siguiente consiste en examinar si causa o no un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Sólo

[30] Blakeney, Michael (1996), *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPS Agreement*. Londres: Sweet y Maxwell, página 49.

> cuando no ocurre esto último cabe, en determinados casos especiales, establecer una licencia obligatoria, o el uso gratuito. Un ejemplo práctico podría ser el de las fotocopias con diversos fines. Si se realizan en un número muy grande, las fotocopias pueden no estar permitidas porque atentan contra la explotación normal de la obra. Si se trata de un número más bien grande de copias para su uso en empresas mercantiles, pueden no atentar contra la explotación normal de la obra pero pueden no perjudicar los intereses legítimos del autor en forma injustificada siempre que, de conformidad con la legislación nacional, se pague una remuneración equitativa. Si se realiza un pequeño número de ejemplares, las fotocopias pueden estar permitidas sin pago, sobre todo para uso individual o científico.[31]

En relación con el elemento de "casos especiales", primero del criterio en tres etapas, Ricketson observa lo siguiente:

> Las palabras "en determinados casos especiales" comprenden un criterio general y esto puede considerarse formado por dos aspectos independientes. En primer lugar, el uso en cuestión debe tener un fin bastante específico: no se justificaría una exención de tipo amplio. En segundo lugar, ese fin debe tener algo de especial; "especial" significa que se justifica por alguna clara razón de política general pública o alguna otra circunstancia excepcional.[32]

4.5 El segundo y el tercero de los criterios se colocaron en ese orden para facilitar la aplicación de la regla. En otras palabras: es preciso decidir en primer lugar si se atenta o no "contra la explotación normal de la obra". Sólo si la respuesta es negativa resulta preciso examinar si existe o no "un perjuicio injustificado a los intereses legítimos" del autor.[33]

4.6 Se cuenta con escasa orientación acerca del significado de la expresión "explotación normal de la obra", aunque en las actas de la Conferencia de Estocolmo, citadas en el párrafo 4.4, se indica que la realización de un número muy grande de copias puede atentar contra la "explotación normal de la obra".[34] En relación con este segundo criterio, Ricketson hace la útil observación siguiente:

> El sentido común indicaría que la expresión "explotación normal" se refiere sencillamente a las formas en que un autor podría contar razonablemente con explotar su obra en el curso normal de los hechos. En consecuencia, habrá ciertas formas de utilización que no forman parte del modo normal de explotar su obra -es decir, usos por los cuales corrientemente no contaría con percibir derechos- aunque estén comprendidos, estrictamente, en el alcance de su derecho de reproducción.[35]

4.7 Pasando al último criterio, del "perjuicio injustificado", la cuestión no consiste en determinar si existe o no un perjuicio. Se trata de una cuestión de grado, acerca de si en las circunstancias del caso particular el uso resulta o no justificado. La *Guía del Convenio de Berna* de la OMPI ofrece los siguientes ejemplos:

> Es evidente que, en último extremo, siempre hay algún perjuicio; cada copia causa perjuicio: una simple fotocopia puede sustituir al ejemplar de una revista, el cual queda así invendido y si el autor, en virtud de su artículo, está asociado a los

---

[31] *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm*, Informe sobre los Trabajos de la Comisión Principal I, OMPI, Ginebra, 1971, página 1.145.

[32] Ricketson (1987), página 482.

[33] *Guía del Convenio de Berna*, OMPI, Ginebra, 1978, página 63.

[34] *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm* (1971), Ginebra, página 1.146.

[35] Ricketson (1987), página 483.

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 11*bis* 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 11*bis*.2) se refiere de modo más directo a la forma en que corresponde aplicar ADPIC 13 en el caso presente. Estipula que las "condiciones" aplicadas a la comunicación pública de obras radiodifundidas "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". Esto ilustra sobre la forma en que deben interpretarse en relación con este derecho la "explotación normal", el "perjuicio injustificado" y los "intereses legítimos". Por ejemplo, el texto sugiere que las licencias obligatorias pueden ser compatibles con la explotación normal. Hace hincapié en los derechos morales del autor y en el derecho a obtener una remuneración equitativa como intereses legítimos en este contexto, e implica que se produciría un "perjuicio injustificado" si esos intereses resultaran trabados por la aplicación legislativa de cualquier condición al ejercicio de un derecho del párrafo 1).

El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC en relación con los objetivos del Acuerdo

4.9 En última instancia, la interpretación de ADPIC 13 debe estar en consonancia con los objetivos del propio Acuerdo sobre los ADPIC, como se observa en la primera comunicación de los Estados Unidos (párrafo 22). Las disposiciones claves a este respecto son el artículo 7 ("Objetivos") y el artículo 8 ("Principios"); también pueden ser pertinentes algunos elementos del preámbulo. El artículo 7 se refiere especialmente a la innovación tecnológica y la transferencia y difusión de la tecnología, y a los intereses de los productores y los usuarios de conocimientos tecnológicos, todo lo cual no está directamente en juego en el presente asunto. El artículo también señala la necesidad de que la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual "favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones". En la Conferencia de Roma se manifestaron preocupaciones en el sentido de que la tecnología de la radiodifusión, en ese momento novedosa, no se viera trabada como medio para promover el bienestar social y cultural por la aplicación restrictiva del nuevo derecho de radiodifusión.

4.10 Aunque la cuestión no estuvo en primer plano en las negociaciones del Acuerdo sobre los ADPIC, la historia del Convenio de Berna indica que el equilibrio particular de intereses, en relación con la ejecución pública de obras radiodifundidas, parece situarse entre el derecho del autor a obtener una remuneración[36] y la necesidad de que los organismos de radiodifusión se desarrollen y contribuyan al bienestar social y económico. ¿Qué factores corresponde tomar en consideración para

[36] Así como los derechos morales del autor, si no están excluidos en este contexto; sin embargo, la referencia a los derechos morales en Berna 11*bis*.2) probablemente quede alcanzada por la exclusión de los "derechos derivados" de Berna 6*bis*, efectuada en ADPIC 9.2.

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

5.5 El artículo 110(5) dispone una exención lisa y llana en favor de un amplio conjunto de establecimientos, que incluyen los de servicios de comidas y bebidas y otros establecimientos. Nada indica que los criterios escogidos para definir esta exención hayan sido impulsados por objetivos de política general pública, comparables al uso en un contexto de actividades de investigación, docentes o religiosas. Del mismo modo, el artículo 110(5) parece establecer una exención genérica en favor de esos establecimientos en lugar de referirse a determinados casos especiales: no se asigna ninguna cualidad especial a los establecimientos, y la naturaleza del uso de las obras amparadas por el derecho de autor no resulta menos directamente comercial por la superficie que tenga el establecimiento. No parece haber ninguna identificación de "usos especiales" ni de "circunstancias excepcionales" tras la exención del artículo 110(5), como lo requiere el análisis expuesto antes (párrafo 4.4). Por el contrario, los límites aplicados están justificados por consideraciones fundadas en aspectos prácticos de la recaudación de regalías.

Atentado contra la explotación normal de la obra

5.6 El artículo 110(5) permite a los establecimientos de servicios de comidas y bebidas y otros establecimientos comunicar al público obras musicales radiodifundidas procurando directamente un lucro comercial. Las obras musicales radiodifundidas se utilizan a menudo en esos establecimientos para atraer clientes, complacerles y crear un ambiente agradable para ellos. El derecho a una remuneración equitativa por la comunicación pública de obras radiodifundidas en tales situaciones comerciales constituye una explotación normal de la obra musical, independiente de otras formas de explotación. Es posible que, por razones prácticas, haya titulares de derechos que opten por no procurar esa remuneración en determinadas circunstancias comerciales; pero lo coherente con la explotación normal es que dispongan de esa posibilidad, siempre que no se niegue el principio de la remuneración equitativa. La comunicación de los Estados Unidos (párrafo 34) afirma que los derechos por licencias de los establecimientos excluidos en virtud de la parte A del artículo 110(5) "habrían tendido a ser los más bajos de la escala"; cabe alegar que esto se compadece mejor con una remuneración equitativa en el contexto de una explotación normal que con la privación del derecho a obtener retribución alguna. La "remuneración equitativa" puede ser de un nivel adecuadamente bajo; pero también debe reconocer el beneficio comercial directo obtenido de la comunicación pública de obras radiodifundidas cuando tal cosa ocurre.

5.7 El artículo 110(5) sólo atenta contra el derecho del titular a autorizar la comunicación pública de la obra musical radiodifundida y de obtener una remuneración equitativa por la comunicación pública, y no perjudica los demás derechos exclusivos del titular, como los derechos de reproducción, edición, radiodifusión o adaptación de la obra. A este respecto podría decirse que el artículo 110(5) sólo choca en forma limitada con la posibilidad general del titular de derechos de explotar su obra.

[38] Citado en www.ascap.com/ legislative/legis_qa.html.

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 perjuicio sufrido por los titulares de derechos sería apenas mínimo porque percibirían regalías de las emisoras de radiodifusión. El artículo 110(5) permite que muchos establecimientos de servicios de comidas y bebidas y otros establecimientos obtengan un beneficio comercial mediante obras musicales radiodifundidas atrayendo y agasajando a sus clientes sin ninguna retribución a los titulares de derechos de quienes obtienen ese beneficio comercial. Cabe el argumento muy firme de que, tal como ocurre con otros insumos de cualquier establecimiento comercial, como la energía eléctrica o el agua, las empresas deben pagar por la comunicación pública de obras musicales radiodifundidas cuando esa comunicación se realiza con fines comerciales, en consonancia con el principio de la remuneración equitativa. A este respecto sería "un perjuicio justificado" para los intereses de los titulares de derechos que se les negara la facultad de prohibir la comunicación de sus obras radiodifundidas, o de cobrar por ella derechos excesivos. Teniendo en cuenta estas condiciones más limitadas impuestas a ese derecho, y por las razones expuestas antes, el párrafo 2) del artículo 11*bis* sugiere que la privación de una remuneración equitativa por esas comunicaciones públicas constituye un perjuicio más grave para los intereses legítimos.

5.10 Si una disposición habilita a una amplia gama de establecimientos para comunicar al público obras musicales radiodifundidas con objetivos comerciales inmediatos y sin pagar ninguna regalía a los autores, entonces puede determinarse la existencia de alguna clase de perjuicio injustificado. El "carácter injustificado" del artículo 110(5) puede depender de la magnitud de la utilización comercial directa de obras amparadas por el derecho de autor que la exención permita aplicar a las empresas de servicios de comidas y bebidas y de comercio minorista de los Estados Unidos. Dado que esta disposición exime absolutamente de la infracción del derecho de autor en una amplia gama de situaciones comerciales, excluye toda posibilidad de obtener la remuneración equitativa coherente con un perjuicio razonable para los intereses de los titulares.

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 recomendaciones, entre las cuales las que siguen son de interés respecto del asunto planteado ante este Grupo Especial.

La Comisión examinó diversas exposic iones sobre el sistema de regalías para la utilización de música de fondo. Observó que muchas pequeñas empresas estimaban que deberían estar exentas del pago de derechos por la difusión de música en sus establecimientos. Aunque la Comisión recibió favorablemente algunos de sus argumentos, no consideró que las pequeñas empresas debieran quedar exentas del pago de regalías de derecho de autor por la ejecución pública de música.

La Comisión observó que, en algunos casos, el empleo de música en pequeñas empresas sólo tenía por objeto que fuera oída por uno de sus empleados y que había argumentos convincentes a favor de la exención de tales empresas del pago de derechos de licencia. A este respecto, la Comisión recomendó que las sociedades recaudadoras respectivas consideraran la posibilidad de otorgar licencias gratuitas cuando se reunieran las siguientes condiciones:

- que el medio utilizado para la ejecución fuera un receptor de radio o televisión;

- que el establecimiento empleara a menos de 20 personas; y

- que la música no estuviera destinada a ser oída por clientes del establecimiento ni por el público. Es decir, que ni el receptor de radio o televisión ni ningún parlante estuviera situado en lugares accesibles a los clientes o al público y que cualquier caso en que los clientes o el público, por inadvertencia, oyeran la ejecución fuera manifiestamente no intencional.

Sin embargo, la Comisión consideró que en la mayoría de las pequeñas empresas la música se utiliza para atraer a los clientes, agasajarles y crear un ambiente agradable para ellos. El establecimiento de una exención genérica para las pequeñas empresas significaría que los establecimientos que utilizaran música en forma manifiestamente comercial quedarían exentos del pago de derechos de licencia. La Comisión consideró que tal cosa no sería un resultado equitativo y recomendó en contra de tal solución.

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 *público* a los efectos de los derechos de radiodifusión y comunicación:

> ante todo, los lugares en que se reúne público: cines, restaurantes, salones de té, vagones de ferrocarril ... También parece resultar del programa que los más importantes de esos "lugares públicos" acaso sean aquellos en que las personas trabajan y realizan su actividad, como las fábricas, tiendas y oficinas.[39]

Sobre este punto, la *Guía del Convenio de Berna* de la OMPI observa:

> Allí donde se reúne gente hay una tendencia creciente a amenizar el ambiente con música (cafés, restaurantes, salones de té, hoteles, grandes almacenes, vagones de ferrocarril, aviones, etc.) ... Con ello 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.
>
> 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 10), se considera que la comunicación a través del 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.[40]

La Ley de Derecho de Autor de Australia, como el Convenio de Berna, no establece una definición de la expresión *"en público"*. Sin embargo, los tribunales australianos han examinado esa expresión

---

[39] Ricketson (1987), página 453.
[40] *Guía del Convenio de Berna*, OMPI, Ginebra, 1978, páginas 81 y 82.

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 1997 por el Tribunal Superior en el asunto *APRA v. Telstra*. Los magistrados Dawson y Gaudron, en su sentencia conjunta, llegaron a la siguiente conclusión: "Tras el concepto de público del titular del derecho de autor se encuentra el reconocimiento de que, cuando una obra se ejecuta en un entorno comercial, no es probable se trate de una ocasión privada o doméstica, y es más adecuado considerar que el auditorio constituye una parte del público. Es un entorno comercial donde la ejecución no autorizada habrá de repercutir en perjuicio económico para el titular del derecho de autor sobre una obra, porque es en ese entorno donde el titular tiene derecho a esperar un pago por la ejecución autorizada de su obra."

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 obligaciones derivadas del Acuerdo sobre los ADPIC y ambas se aplican a este asunto. Sin embargo, el artículo 11*bis* del Convenio de Berna ofrece efectivamente una orientación más directa respecto del presente asunto, que se refiere a un derecho definido y reglamentado independientemente de otros derechos, como el de reproducción. El párrafo 2) del artículo 11*bis* especifica que las condiciones impuestas a este derecho en ningún caso pueden perjudicar el derecho del autor a una remuneración equitativa.

Los antecedentes diplomáticos del Convenio de Berna ofrecen una orientación complementaria sobre la forma en que deben interpretarse las "condiciones" admisibles con arreglo al párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio. Se hizo fuerte hincapié en el derecho, que no puede sufrir detrimento, a una remuneración equitativa; y las únicas excepciones tomadas en cuenta fueron aparentemente las "pequeñas reservas" relativas al uso de la obra en un entorno privado o en relación con objetivos de interés público, como los contextos docente o religioso.

Los dos criterios -el del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y el del párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna- pueden aplicarse paralelamente al derecho de comunicación pública de obras radiodifundidas. Sin embargo, el enfoque más coherente y más certero desde el punto de vista general del sistema, en esta situación, consistiría en asignar su debida importancia al párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna al aplicar el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. Por lo tanto, el criterio fijado por el artículo 13 del Acuerdo, al aplicarse a este derecho, debe quedar sujeto al requisito específico de una remuneración equitativa. El párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna también indica en qué forma pueden mantenerse, en este contexto, los objetivos del artículo 7 del Acuerdo:

? al fijar condiciones para el ejercicio de este derecho y establecer una norma mínima de remuneración equitativa, el párrafo 2) del artículo 11*bis* prescribe la forma de equilibrar los derechos y las obligaciones y fijar las excepciones y limitaciones. Esto representa un caso concreto del equilibrio general de intereses estipulado en el artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC y expresado en el artículo 13;

? 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".

Respuesta

En general no resulta evidente cuáles excepciones incluidas en las leyes sobre derecho de autor están basadas expresamente en la doctrina de las pequeñas reservas, pues las excepciones pueden estar implícitas en la definición del derecho o pueden justificarse en otra forma. Los ejemplos más claros de la aplicación de esta doctrina pueden encontrarse en los antecedentes diplomáticos que reconocen y confirman la existencia de las pequeñas reservas, por ejemplo:

> 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.[42]

Pregunta 2

En la legislación de su país, ¿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

Esta respuesta se limitará a lo referente a la comunicación al público de obras musicales radiodifundidas (ya que tal es el objeto del asunto sometido directamente al Grupo Especial), sin tener en cuenta los casos independientes de la música ejecutada en directo o mediante grabaciones de sonidos (que pueden ser objeto de consideraciones diferentes).

2.i) Existencia del derecho

La comunicación al público de música radiodifundida es objeto de derechos exclusivos en Australia, en lo esencial por aplicación de los artículos 27 y 31 de la Ley de Derecho de Autor de 1968. El artículo 27, en parte, dispone lo siguiente:

---

[42] Informe General de la Conferencia de Bruselas de 1948, en *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works from 1886-1986*, OMPI, Ginebra, 1986, página 181.

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 primera obra mencionada, cualquiera de los actos respecto de ésta en los incisos i) a v), inclusive; ...

2.ii) Ejercicio del derecho

El mecanismo actual que se aplica internamente en Australia es que los derechos por ejecución pública de obras musicales radiodifundidas se ejercitan por una organización de administración colectiva. El derecho de autorizar la ejecución pública de obras musicales radiodifundidas se ejercita en la práctica por *Australasian Performing Right Assocation Limited* (APRA).[43] En el ejercicio de esos derechos, la APRA otorga licencias para obras musicales radiodifundidas conforme a una tarifa que se relaciona con el alcance de la ejecución pública, determinado por el número de receptores de radio o televisión y de altavoces complementarios. Para autorizar la difusión de música en establecimientos mediante equipos de radio o televisión, incluidos los utilizados para exhibir vídeos, emisiones de televisión por ondas hertzianas o mediante satélite o cable, con fines de audición y empleo como música de fondo exclusivamente, los derechos anuales son de 37,62 dólares por cada receptor de radio (y 0,94 dólares por cada altavoz adicional; y de 37,62 dólares por cada receptor de televisión (0,94 dólares por cada altavoz adicional). Existe una licencia especial que autoriza la ejecución de música en lugares de trabajo en beneficio de los trabajadores, con una tarifa anual de 56 centavos por cada trabajador de tiempo completo y un derecho anual mínimo de 37,62 dólares.

La APRA otorga licencias gratuitas cuando se reúnen las siguientes condiciones:

a) el medio usado para la difusión es un receptor de radio o televisión;

b) el establecimiento emplea a menos de 20 personas; y

c) la música no está destinada a ser oída por clientes del establecimiento ni por el público; es decir, ni el receptor de radio o televisión ni ningún altavoz están situados en una zona accesible a los clientes o al público, y cualquier caso en que la difusión se oiga por clientes o por el público es manifiestamente no intencional.

Los ejemplos siguientes son ilustrativos de situaciones en que la APRA otorgaría una licencia gratuita para el ejercicio de este derecho[44]:

? Un bar de productos lácteos, o una pequeña tienda, que tiene una radio o un televisor detrás del mostrador o en la habitación de la vivienda anexa. El volumen permite que los clientes puedan oír alguna música en las zonas de acceso público, pero el propósito es la recreación del personal durante los períodos de baja actividad.

? Una farmacia con cinco empleados, con una radio instalada en el local reservado para la preparación de medicamentos, destinada al farmacéutico; los clientes puede oír algunos sonidos.

[43] Las informaciones han sido extraídas del sitio Web de la APRA, www.apra.com.au.

[44] Citado del informe de 1998 de la Comisión Permanente de Asuntos Legales y Constitucionales de la Cámara de Representantes de Australia titulado *Don't Stop the Music!*, http://www.aph.gov.au/house/committee/laca/Inquiryincopy.htm.

? 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.

? Una pequeña ferretería con tres empleados, donde hay una radio situada en los almacenes situados detrás del mostrador, para el disfrute de los empleados.

? Un lavadero automático con cinco empleados en que se hace funcionar una radio en un lugar de trabajo situado detrás del mostrador. No hay otros altavoces, y la ejecución se destina a los empleados.

? Una sastrería a cargo de su propietario con un televisor en la zona de trabajo, detrás del mostrador; la ejecución está destinada al propietario.

? Un consultorio médico; la recepcionista tiene una radio a bajo volumen, y la música no puede oírse claramente por los pacientes que se encuentran en la sala de espera.

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

El artículo 110(5) crea excepciones al derecho de comunicación al público de ciertas obras musicales radiodifundidas al establecer que determinados usos de las obras no constituyen infracción del derecho de autor. Al parecer no es objeto de controversia que este uso constituye comunicación al público.

La comunicación al público está tratada, en términos generales, en el párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna y, a primera vista, ello incluiría las formas de comunicación que están exceptuadas en virtud del artículo 110(5). La propia radiodifusión podría considerarse una forma particular de comunicación de obras al público.

El artículo 11*bis* fue introducido en la Conferencia de Roma de 1928 para establecer normas internacionales que rigieran la radiodifusión de obras literarias y artísticas. Entendemos, en consecuencia, que es ese artículo la disposición de pertinencia más directa. En la *Guía del Convenio de Berna* de la OMPI (página 76) se observa lo siguiente:

> 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 puede realizar 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.

Las partes A y B se refieren a la comunicación pública de obras musicales radiodifundidas, por lo que el artículo 11*bis* se aplica a ambas partes. En particular, aunque la parte A se relaciona con formas de comunicación pública potencialmente más limitadas, estaba expresamente destinada a incluir comunicaciones al público deliberadas y directas, y en particular a permitir que los propietarios de empresas comunicaran obras radiodifundidas "para el disfrute de sus clientes".[45]

Pregunta 4

¿Cuál es, a su juicio, la relación existente entre el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna?

Respuesta

Véase la sección 2 de la comunicación de Australia, en particular los párrafos 2.11 y 2.12.

¿Prevalece el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC sobre la excepción prevista en el párrafo 2) del artículo 11*bis* respecto de los derechos exclusivos otorgados por los puntos 1º) a 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* 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?

No. No existe ningún fundamento para atribuir mayor jerarquía al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC e invalidar o anular los efectos del párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna, que fue adoptado al concertarse el Acuerdo sobre los ADPIC paralelamente con el artículo 13 del Acuerdo.

¿Prevalecen los requisitos del párrafo 2) del artículo 11*bis* 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?

Esta interpretación es posible, teniendo en cuenta que las dos disposiciones parecen superponerse y que el párrafo 2) del artículo 11*bis* se aplica más específicamente a la situación controvertida (véase el párrafo 2.12 de la comunicación como tercero presentada por Australia). Sin embargo, tal interpretación sólo resultaría necesaria si se llegara a la conclusión de que existe contradicción entre las dos disposiciones. Australia estima que el criterio establecido por el párrafo 2) del artículo 11*bis* puede considerarse una aplicación especial de los factores más generales considerados en el criterio del artículo 13: en efecto, el requisito de una remuneración equitativa (en lugar del ejercicio ilimitado o incondicional del derecho) suministra una salvaguardia para

[45] Informe de la Comisión de Asuntos Judiciales de la Cámara de Representantes, *H.R. Rep. Nº 94-1476, 94th Congress, 2d. Session 87 (1976)*, ya citado.

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 11*bis* 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 11*bis*, 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 11*bis* 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 11*bis* 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 11*bis* 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 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 el 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.[47]

[46] Informe General de la Conferencia de Bruselas, 1948.
[47] *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm*, OMPI, Ginebra, 1971, página 1166.

3.2 BRASIL

3.2.1 EXPOSICIÓN ORAL EN LA AUDIENCIA DE TERCEROS

(9 de noviembre de 1999)

En nombre del Gobierno del Brasil, permítanme agradecerles la atención prestada a este asunto. El Brasil recibe con satisfacción la oportunidad de participar en este Grupo Especial en calidad de tercero. Lo que lleva al Brasil a intervenir en esta diferencia es, en lo esencial, un interés por las consecuencias de la interpretación sobre el alcance de las excepciones incluidas en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de la OMC (el "Acuerdo sobre los ADPIC"), desde el punto de vista general del sistema. Al mismo tiempo, nuestra participación deriva de intereses concretos, ya que la participación de la música brasileña en el mercado de los Estados Unidos ha aumentado considerablemente durante los últimos años. Los compositores brasileños han denunciado que la "Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales" de los EE.UU. vulnera sus legítimos intereses en ese mercado.

Tal como han alegado las Comunidades Europeas (CE) y sus Estados miembros en su primera comunicación, las exenciones que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. dispone para los establecimientos comerciales, a juicio del Brasil, son incompatibles con obligaciones multilaterales derivadas del Acuerdo sobre los ADPIC, en cuanto este Acuerdo incorpora los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1971).

A través del **párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC**, estas obligaciones han pasado a formar parte integrante de las normas de la OMC, plenamente sujetas al mecanismo de solución de diferencias de la Organización. El **punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna** dispone que "*Los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales gozarán del derecho exclusivo de autorizar ... la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida*". El **punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna** dispone que "*Los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales gozarán del derecho exclusivo de autorizar la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras*". Por último, el **párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna** establece que "*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 1) 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".*

Los Estados Unidos alegan que el tema del que aquí se trata es que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. crea una "pequeña excepción" al derecho exclusivo de interpretación o ejecución pública. A este respecto, la comunicación de los EE.UU. procura justificar que tales excepciones estarían abarcadas por el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos. El Brasil, sin embargo, opina que **este Grupo Especial debería examinar el artículo 110(5) a la luz de las disposiciones más específicas, que son las incluidas en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis*, el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 y el párrafo 2 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna**. La comunicación de los EE.UU. omite explicar de qué modo podría ser compatible el artículo 110(5) con las obligaciones contraídas por los EE.UU. en virtud de esas disposiciones específicas.

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 comunicación pública pueden atentar al derecho del autor para obtener una remuneración equitativa. Al proceder de este modo, los EE.UU. incurren en infracción de una norma obligatoria sobre prerrogativas claras de los titulares de derechos.

Como se señala en la comunicación de Australia, el ámbito de aplicación de la excepción establecida en el artículo 110(5) es mucho más amplio que el previsto en la historia de la negociación del Convenio de Berna. La Conferencia de Bruselas de 1948 hizo hincapié en las limitaciones del concepto de "pequeñas reservas", como medidas excepcionales. Tales reservas, confirmadas después por la Conferencia de Estocolmo de 1967, estaban destinadas a situaciones como, por ejemplo, ceremonias religiosas, ejecuciones musicales por bandas militares y las necesidades de la enseñanza y la divulgación, caracterizadas principalmente por su naturaleza no comercial. No ocurre tal cosa con el artículo 110(5), en que los establecimientos beneficiarios de la "exención de uso hogareño" son esencialmente comerciales. El tamaño del establecimiento y el número de altavoces en una superficie limitada, tal como los define el artículo 110(5), no da carácter no comercial al uso de la obra radiodifundida. Por el contrario, está admitido que ese uso tiene por objeto atraer clientes y, en consecuencia, acrecentar los beneficios de los propietarios del establecimiento.

Las CE señalan también que, como el artículo 110(5) habilita a un 70 por ciento de los establecimientos de servicios de bebidas y comidas y a un 45 por ciento de los establecimientos de comercio minorista de los EE.UU. a difundir música de la radio y la televisión para el disfrute de sus clientes sin limitaciones de ninguna clase, resulta más que razonable sostener que la explotación normal de las obras se encuentra en peligro y que pueden perjudicarse los intereses legítimos de los

[1] "El artículo 110(5) no afecta a la facultad de los titulares de derecho de autor de obtener retribución por esos tipos de explotación [es decir, la ejecución primaria]. Por el contrario, sólo afecta a los usos secundarios de las emisiones radiodifundidas. Además, no exime todas las ejecuciones secundarias, sino solamente las realizadas en establecimientos que utilicen un equipo receptor de tipo doméstico, o se ajusten a los criterios de superficie y otros que figuran en la ley."

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 Brasil considera que la tarea más importante de este Grupo Especial consiste en apreciar la legitimidad de la excepción establecida en el artículo 110(5) a la luz de su índole esencialmente comercial.

3.2.2 EXPOSICIÓN ORAL EN LA AUDIENCIA DE LOS TERCEROS

(17 de noviembre de 1999)

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".

Respuesta

En la legislación del Brasil existen pocos ejemplos de excepciones en el sentido de la doctrina de las "pequeñas reservas" que se menciona en la pregunta. Se trata de casos en que no existiría infracción del derecho de autor, como los siguientes: a) la reproducción en la prensa diaria o periódica de noticias o artículos informativos tomados de diarios o revistas, con mención del nombre del autor, en caso de que estén firmados, y de la publicación de la que han sido extraídos; b) la reproducción en diarios o periódicos de discursos pronunciados en reuniones públicas de cualquier clase; c) la reproducción de obras literarias, artísticas o científicas para uso exclusivo de impedidos visuales, siempre que la reproducción se efectúe sin propósito de lucro, ya sea en Braille o mediante otros procedimientos que utilicen medios destinados a esos usuarios; d) el uso de obras literarias, artísticas o científicas, fonogramas y emisiones de radio o televisión en establecimientos comerciales con fines exclusivos de demostración para los clientes, siempre que esos establecimientos comercialicen los materiales o equipo que hace posible ese uso.

Pregunta 2

En la legislación de su país, ¿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

Conforme a la nueva Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos del Brasil (Ley 9.610, de 19 de febrero de 1999), los autores tienen el derecho exclusivo de usar sus obras literarias, artísticas y científicas, extraer beneficio de ellas y disponer de ellas. Los autores y los titulares de derechos conexos pueden constituir asociaciones sin fines de lucro para el ejercicio y la defensa de sus derechos. Esas asociaciones de autores y de titulares de derechos conexos deben mantener una oficina central única ("*Escritório Nacional de Arrecadação de Direitos* - ECAD") para la recaudación y distribución de las regalías generadas por la interpretación o ejecución pública de obras musicales, con o sin letra, y fonogramas, incluidas la interpretación o ejecución por radiodifusión y las transmisiones por cualquier medio, y la presentación de obras audiovisuales. Esta oficina central debe actuar sin fines de lucro y estar dirigida y administrada por las asociaciones que la forman.

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. Liedes, 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.

3.4.2 RESPUESTAS DEL JAPÓN A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR ESCRITO POR EL GRUPO ESPECIAL

(19 de noviembre de 1999)

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".

Respuesta

En general, las diversas condiciones que se combinan de manera compleja en las disposiciones sobre limitaciones y excepciones al derecho de autor, y la forma en que se utilizan las obras amparadas por ese derecho con arreglo a tales disposiciones, varían considerablemente entre un país y otro. Esto hace difícil determinar la aplicabilidad de la doctrina de las "pequeñas reservas" a las disposiciones respectivas de cada legislación nacional, y exige al respecto un examen cuidadoso.

En tales condiciones, el Japón hasta ahora sólo ha examinado la parte A del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, que está en discusión ante este Grupo Especial, y no tiene otros ejemplos adecuados que presentar.

Pregunta 2

En la legislación de su país, ¿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

En la Ley de Derecho de Autor del Japón, esos usos de la música son objeto de derechos exclusivos y que son ejercitados por sus titulares o por sus organizaciones de administración colectiva. Estas últimas generalmente hacen valer esos derechos como administradores de los titulares, en virtud de acuerdos de fideicomiso.

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 Estados Unidos de América se basa en la consideración de que determinados aspectos de la legislación de los EE.UU. relativos a la protección de las obras amparadas por el derecho de autor son incompatibles con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC ("Acuerdo sobre los ADPIC"). La disposición objeto de la controversia es el artículo 110(5) del Título 17 de 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 de 1998". Las disposiciones controvertidas permiten la llamada "exención de uso hogareño", extendida posteriormente al uso en lugares públicos más amplios sin autorización del titular del derecho de autor, lo que también se denomina a veces "exención empresarial". Ambos tipos de exenciones están resumidas en forma muy completa en la primera comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, de 5 de octubre de 1999. En lugar de citar las disposiciones en litigio, me remitiré a la síntesis realizada por las Comunidades Europeas y sus Estados miembros a fin de evitar repeticiones. Con arreglo a las disposiciones de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. que son objeto de estos procedimientos del Grupo Especial, el titular del derecho de autor no puede ejercitar su derecho exclusivo de comunicación pública de obras radiodifundidas cuando se trata de establecimientos abiertos al público que hacen funcionar la radio o la televisión para el disfrute de sus clientes ajustándose a ciertas condiciones establecidas por la Ley. En otras palabras: cumpliéndose esas condiciones, el titular de los derechos no puede reclamar regalías.

2. Suiza ha notificado, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 10 del Entendimiento sobre la Solución de Diferencias (ESD), sus intereses en la cuestión que las Comunidades Europeas y sus Estados miembros han sometido al Grupo Especial constituido el 26 de mayo de 1999. Suiza opina que las medidas mencionadas constituyen infracción de las obligaciones de los EE.UU. derivadas del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC, junto con el párrafo 1) del artículo 11 y el párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna, y no pueden justificarse sobre la base del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. Suiza se interesa profundamente en este asunto, no sólo deseosa de salvaguardar el derecho de los titulares suizos de obras musicales a obtener una remuneración equitativa por la comunicación de sus obras al público en el importante mercado de los EE.UU., sino también para asegurar que las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC y, por referencia e incorporación, también las disposiciones pertinentes del Convenio de Berna, se interpreten y apliquen en las legislaciones nacionales en consonancia con las obligaciones internacionales convenidas en el marco multilateral de la OMC.

II. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE EL ASUNTO SOMETIDO AL GRUPO ESPECIAL Y SOBRE LA COMUNICACIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS ESTADOS MIEMBROS

3. Suiza concuerda con el contenido de la exposición muy completa presentada por las Comunidades Europeas y sus Estados miembros acerca de los antecedentes históricos, la evolución jurisprudencial y el análisis jurídico y económico referentes a las partes A y B del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU.

4. Los Miembros de la OMC convinieron, en las negociaciones de la Ronda Uruguay, en incorporar el Convenio de Berna (artículos 1 a 21) en el Acuerdo sobre los ADPIC a través de una

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 calificándoselo, 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 6*bis* (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 11*BIS* 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 11*bis* 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 11*bis* del Convenio de Berna tienen que ser compatibles con el párrafo 2) del artículo 11*bis* 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, <u>ni al derecho que le corresponda para obtener una remuneración equitativa</u> ...". 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 6*bis* del Convenio, el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC no puede admitir limitaciones del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna que vayan más allá de los límites estipulados en el párrafo 2) del artículo 11*bis*.

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 "exención de uso hogareño", que antes había planteado problemas, no debió haber sido extendida aún más en esta forma injustificable a través de la exención de uso hogareño y la llamada "exención empresarial".

V. OBSERVACIÓN FINAL

10. Suiza concuerda con la posición de las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y apoya los certeros argumentos formulados por Australia.

3.5.2 RESPUESTAS DE SUIZA A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR ESCRITO POR EL GRUPO ESPECIAL

(19 de noviembre de 1999)

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".

Respuesta

El párrafo 1 del artículo 22 de la Ley de Derecho de Autor de Suiza[1] establece una excepción respecto de la distribución por cable y la comunicación al público de obras radiodifundidas. Estas limitaciones se ajustan al párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna en el sentido de que no cancelan ni menoscaban el derecho que corresponde al autor de obtener una remuneración equitativa por la explotación de su obra.

Pregunta 2

En la legislación de su país, ¿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

Conforme al párrafo 1 del artículo 22 de la Ley de Derecho de Autor, el derecho de comunicación al público de obras radiodifundidas (obras de todas las categorías, no sólo las musicales) es un derecho exclusivo, pero está sujeto a administración colectiva obligatoria por sociedades recaudadoras. Debe destacarse que esta estructura jurídica no constituye una licencia obligatoria.

También el derecho de comunicación al público de música ejecutada mediante grabaciones de sonidos o en directo es un derecho exclusivo, y se ejercita también por las sociedades recaudadoras. Respecto de las obras que no son musicales, este derecho de comunicación se ejercita individualmente por el autor.

Las sociedades recaudadoras cobran la remuneración del derecho de autor sobre la base de tarifas que tienen que ser aprobadas por la Junta Federal de Arbitraje para la Explotación del Derecho de Autor y los Derechos Conexos.

---

[1] Texto del artículo 22 de la Ley de Derecho de Autor de Suiza:

El derecho de hacer que las obras radiodifundidas puedan percibirse en forma simultánea y sin alteraciones, o retransmitirlas como parte de la retransmisión de un programa transmitido, sólo podrá hacerse efectivo a través de las sociedades recaudadoras autorizadas.

Se permitirá la retransmisión de obras mediante instalaciones técnicas destinadas a atender un número reducido de receptores, como las instalaciones en casas que tienen más de un ocupante o los edificios privados.

No se aplicará el presente artículo a la retransmisión de programas de televisión por suscripción ni de programas que no pueden recibirse en Suiza.

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 comunicación pública de las obras radiodifundidas, establecido en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna, porque ninguna de las dos disposiciones cumple las condiciones en que el párrafo 2) del mismo artículo permite las excepciones al derecho exclusivo de comunicación pública de obras radiodifundidas.

Pregunta 4

¿Cuál es, a su juicio, la relación existente entre el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna? ¿Prevalece el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC sobre la excepción prevista en el párrafo 2) del artículo 11*bis* respecto de los derechos exclusivos otorgados por los puntos 1º) a 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* 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? ¿Prevalecen los requisitos del párrafo 2) del artículo 11*bis* 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 11*bis* 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 11*bis*, es preciso cumplir también las tres condiciones del artículo 13? Sírvanse explicar su punto de vista.

Respuesta

Suiza opina que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y el párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna se aplican en forma acumulativa en el sentido de que la primera disposición restringe aún más las limitaciones que eran aceptables conforme a la segunda. Cuando se paga una remuneración, generalmente puede admitirse que se cumple la tercera condición del "criterio en tres etapas" (no se causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos). No obstante, puede no haberse cumplido alguna de las otras dos condiciones del "criterio en tres etapas", en particular la primera, que establece que las limitaciones deben circunscribirse a "determinados casos especiales".

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 así haya ocurrido, qué partes de los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna?

Pensamos que la cuestión de si el Convenio de Berna ha pasado o no a constituir derecho internacional consuetudinario es irrelevante porque los artículos 1 a 21[2] de ese Convenio han quedado incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC y, de ese modo, forman parte cabalmente del Acuerdo y rigen entre las partes en él (párrafo 1 del artículo 9 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 11*bis* 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.

Ni la naturaleza jurídica ni el alcance de la "doctrina de las pequeñas excepciones" están muy claros. En el pasado esa doctrina sirvió -en el contexto de las revisiones sucesivas del Convenio de Berna- para justificar el mantenimiento de excepciones que ya existían en las leyes nacionales y que podrían haber sido problemáticas respecto de las mejoras del nivel de protección. Las "pequeñas excepciones" suelen estar justificadas por un interés público y se limitan a casos sumamente específicos, que corresponden a particularismos nacionales. Pero la "doctrina de las pequeñas excepciones" no puede servir de base para justificar la introducción de nuevas excepciones que no se ajustan al párrafo 2) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna y el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

[2] Con excepción del artículo 6*bis*.

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 6*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 11*bis*, 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 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.

Las partes también han hecho referencia a la llamada "doctrina de las pequeñas reservas" (en particular en relación con los artículos 11 y 11*bis*). El Grupo Especial recibiría con interés 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.

Además, las partes se han referido al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, en el que se emplean expresiones muy similares a las del párrafo 2) del artículo 9 del Convenio de Berna (1971). Aunque esta última disposición se aplica al derecho de reproducción, que no está en juego en esta diferencia, teniendo en cuenta las similitudes de las expresiones empleadas en ambas disposiciones, el Grupo Especial recibiría con reconocimiento 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.

El Grupo Especial vería facilitada su labor si esa información fáctica pudiera suministrársele el miércoles 24 de noviembre de 1999 a más tardar.

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 pasajes del Informe del Comité de la Conferencia referentes a esos artículos (el artículo 11 del proyecto de 1884 fue renumerado pasando a ser el artículo 9 del proyecto del Comité), y respecto de los principios recomendados para una posterior unificación.[8] La Conferencia aprobó sin discusión los artículos 2 y 9 en la forma propuesta por el Comité.[9]

6. Los documentos de la Tercera Conferencia Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, celebrada en Berna del 6 al 9 de septiembre de 1886, indican que la Conferencia discutió una declaración de Francia que se refería, en particular, al artículo 9 del Convenio. En el Anexo V de esta Nota se adjunta un pasaje del acta de la Conferencia que contiene la declaración y la discusión.[10]

7. Los documentos oficiales de las Conferencias de Berna no contienen índices, y la precedente selección de materiales sobre la historia de la negociación está basada en un examen de la documentación. En lo que respecta a las Conferencias siguientes, las selecciones se basan en parte en los índices de los documentos oficiales y en parte en un examen de la documentación. Con respecto a la Conferencia de Estocolmo de 1967, la selección está basada exclusivamente en los índices.

8. La Conferencia Diplomática de París, celebrada del 15 de abril al 4 de mayo de 1896, adoptó el Acta Adicional de París y la Declaración Interpretativa de 1896. El Acta y la Declaración no modificaron el artículo 9 del Convenio de Berna, pero modificaron el artículo 2, al que hace

---

[1] *1886 - Berne Convention Centenary - 1986*, OMPI, Publicación Nº 877 (en adelante; "*Berne Centenary*"). (El resto de esta nota no se aplica a la versión en español.)

[2] *Berne Centenary*, páginas 83 y siguientes.

[3] *Berne Centenary*, página 85.

[4] Fuente: *Berne Centenary*, página 91.

[5] Fuente: *Berne Centenary*, páginas 94 y siguientes y 100.

[6] Artículo 2 del Reglamento, *Berne Centenary*, página 110.

[7] Fuente: *Berne Centenary*, páginas 111, 113 y 116.

[8] Fuente: *Berne Centenary*, páginas 118 y siguientes, 121 y 125.

[9] *Berne Centenary*, página 127.

[10] Fuente: *Berne Centenary*, página 132.

referencia el artículo 9, y se discutieron ciertas modificaciones del artículo 9 que no resultaron aprobadas y una propuesta sobre un nuevo artículo 4*bis*, por la que se habrían excluido las licencias no voluntarias para representaciones o ejecuciones públicas. El Anexo VI de esta Nota contiene pasajes del informe sobre los trabajos del Comité de la Conferencia Diplomática, preparado por el Sr. Louis Renault, que tratan de esos artículos y esa propuesta.[11] En el Anexo VII de esta Nota figuran los siguientes pasajes de los documentos de la Conferencia, que se refieren a las enmiendas propuestas del artículo 9 y al proyecto de nuevo artículo 4*bis*[12]:

1) propuestas formuladas por las autoridades de Francia y la Oficina Internacional respecto de los artículos 5 y 9[13];

2) deseos manifestados por diversos congresos y reuniones desde la adopción del Convenio[14];

3) propuesta de un nuevo artículo 4*bis*, formulada por el delegado de Alemania[15];

4) actas resumidas del debate general sobre el artículo 9[16];

5) cuadro analítico de las propuestas formuladas en la Conferencia acerca del artículo 9[17];

6) discusión y adaptación de los deseos de la Conferencia.[18]

9. El Acta de Berlín del Convenio, aprobada en la Conferencia Diplomática celebrada del 14 de octubre al 14 de noviembre de 1908, incluía un cambio parcial de la numeración de los artículos en virtud del cual el anterior artículo 9 pasó a ser el artículo 11, cuyos párrafos 1) y 3) se referían a la representación y ejecución de obras musicales. Esos párrafos tenían la siguiente redacción:

> "1) Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán a la representación o ejecución pública de obras dramáticas o dramático-musicales, y de obras musicales, independientemente de que tales obras hayan sido publicadas o no."
>
> "3) Para disfrutar de la protección del presente artículo, los autores no estarán obligados a prohibir la representación o ejecución pública de sus obras al publicarlas."

10. El Anexo VIII de esta nota contiene pasajes acerca de este artículo extraídos del Informe General presentado a la Conferencia en representación del Comité por el Sr. Louis Renault.[19] El Anexo IX contiene los siguientes pasajes de documentos de la Conferencia que se refieren al artículo 11 del Acta de Berlín del Convenio de 1908:

---

[11] Fuente: *Berne Centenary*, páginas 136 y siguientes, 140 y 142.

[12] No se incluyen aquí pasajes de la documentación referente a las deliberaciones sobre el artículo 2, pero pueden suministrarse si se solicitan.

[13] Fuente: *Actes de la Conférence réunie à Paris du 15 avril au 4 mai 1896* (en adelante: "*Actes 1896*"), páginas 39 y siguientes y 42 y siguientes.

[14] Fuente: *Actes 1896*, páginas 60 y siguientes.

[15] Fuente: *Actes 1896*, página 114.

[16] Fuente: *Actes 1896*, página 116.

[17] Fuente: *Actes 1896*, página 124.

[18] Fuente: *Actes 1896*, página 145.

[19] Fuente: *Berne Centenary*, páginas 154 y siguientes.

1) propuesta del Gobierno de Alemania y la Oficina Internacional, con notas[20] y un Anexo referente a los deseos manifestados por la Conferencia de París de 1896[21];

2) deseos manifestados por diversos congresos y reuniones desde la adopción del Acta de 1896 del Convenio[22];

3) pasajes de las actas de la Conferencia referentes a la presentación de la propuesta del Gobierno de Alemania por el Profesor Dr. Osterrieth[23];

4) pasajes de las actas de la Conferencia referentes a una propuesta oral formulada por la delegación de Suiza[24];

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 Radiodifusión[26] 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: "*Actes 1908*"), página 46.
[21] Fuente: *Actes 1908*, página 53.
[22] Fuente: *Actes 1908*, páginas 88 y siguientes.
[23] Fuente: *Actes 1908*, páginas 162 y 167.
[24] Fuente: *Actes 1908*, página 180.
[25] Fuente: *Actes 1908*, página 216.
[26] Fuente: *Berne Centenary*, página 165.
[27] Fuente: *Berne Centenary*, páginas 173 y siguientes.

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 Alemania[29];

3) proyecto de artículo 11*bis* presentado por el Gobierno de Austria[30];

4) propuesta de modificación del artículo 11 presentada por el Gobierno de Gran Bretaña[31];

5) proyecto de artículo 11*bis* presentado por el Gobierno de Francia[32];

6) propuesta de modificación del artículo 11*bis* presentada por el Gobierno de Hungría[33];

7) observaciones generales y observaciones acerca de los artículos 11 y 11*bis* presentadas por el Gobierno de los Países Bajos[34];

8) propuesta de modificación del artículo 11*bis* presentada por el Gobierno de Noruega[35];

9) observaciones del Gobierno de Suecia[36];

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 3) se relacionaban con la reproducción y ejecución de obras musicales. Esos párrafos tenían la siguiente redacción:

> "1) Los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales gozarán del derecho exclusivo de autorizar: i) la representación y la ejecución pública de sus obras; ii) la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras. No obstante, queda reservada la aplicación de las disposiciones de los artículos 11*bis* y 13."

---

[28] Fuente: *Actes de la Conférence réunie à Rome du 7 mai au 2 juin 1928* (en adelante: "*Actes 1928*"), páginas 75 y 76 y siguientes.
[29] Fuente: *Actes 1928*, página 88.
[30] Fuente: *Actes 1928*, página 89.
[31] Fuente: *Actes 1928*, página 93.
[32] Fuente: *Actes 1928*, página 100.
[33] Fuente: *Actes 1928*, página 105.
[34] Fuente: *Actes 1928*, páginas 108 y 109.
[35] Fuente: *Actes 1928*, páginas 111 y siguientes.
[36] Fuente: *Actes 1928*, páginas 123 y siguientes.
[37] Fuente: *Actes 1928*, páginas 254 y siguientes.
[38] Fuente: *Actes 1928*, página 294.

"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 Mecánicos[40];

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: *Berne Centenary*, página 181.
[40] Fuente: *Berne Centenary*, páginas 185 y siguientes.
[41] Fuente: *Berne Centenary*, página 191.
[42] Fuente: *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948* (en adelante: "*Documents 1948*"), página 82.

la Conferencia en relación con el artículo 11, incluyendo las llamadas "pequeñas reservas", y el artículo 11*bis* del Convenio[43];

3) deseos manifestados por diversos congresos y reuniones entre 1927 y 1935 acerca del derecho de representación o ejecución pública y el derecho de radiodifusión[44];

4) deseos manifestados por diversos congresos y reuniones entre 1936 y 1948[45];

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 11*bis* con la misma redacción con que aparecen en el Acta de París de 1971. El Anexo XIV de esta Nota contiene los siguientes pasajes de los documentos de la Conferencia (se han omitido las referencias que corresponden exclusivamente al párrafo 3) del artículo 11*bis*):

1) pasajes de las Propuestas de Revisión de las Disposiciones Sustantivas sobre Derecho de Autor (artículos 1 a 20), propuesta del Gobierno de Suecia con la asistencia del BIRPI (la "Propuesta Básica"), en relación con los artículos 11 y 11*bis*[47];

2) observaciones de la República Federal de Alemania acerca del artículo 11 de la Propuesta Básica[48];

3) observaciones del Gobierno de Israel acerca de los artículos 11 y 11*bis* de la Propuesta Básica[49];

4) observaciones del Gobierno de Portugal acerca del artículo 11 de la Propuesta Básica[50];

5) observaciones del Gobierno del Reino Unido acerca del artículo 11*bis* de la Propuesta Básica[51];

6) observaciones del Gobierno de Suiza acerca del artículo 11*ter* de la Propuesta Básica, con una referencia al artículo 11[52];

7) pasajes de un resumen de observaciones de los gobiernos preparado por la Oficina de la BIRPI, en lo que respecta a los artículos 11 y 11*bis*[53];

8) propuesta del Gobierno de Grecia acerca del párrafo 1) del artículo 11[54];

---

[43] Fuente: *Documents 1948*, páginas 252 a 304.
[44] Fuente: *Documents 1948*, páginas 448 a 454.
[45] Fuente: *Documents 1948*, páginas 492 y siguientes.
[46] Fuente: *Documents 1948*, páginas 522 a 527.
[47] Fuente: *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, June 11 to July 14, 1967* (en adelante: "*Records 1967*"), páginas 120 a 122.
[48] Fuente: *Records 1967*, página 618.
[49] Fuente: *Records 1967*, página 622.
[50] Fuente: *Records 1967*, páginas 627 y siguientes.
[51] Fuente: *Records 1967*, página 630.
[52] Fuente: *Records 1967*, página 664.
[53] Fuente: *Records 1967*, páginas 670 y siguientes.
[54] Fuente: *Records 1967*, página 689.

9) observaciones del Gobierno de la India acerca del artículo 11*bis* de la Propuesta Básica[55];

10) propuesta referente al régimen de las obras cinematográficas, presentada por el Grupo de Trabajo de la Comisión Principal I a la Comisión Principal I[56];

11) propuestas del Gobierno del Brasil acerca del artículo 11*bis* de la Propuesta Básica[57];

12) propuestas de la Secretaría del Comité de Redacción acerca de los artículos 11 y 11*bis*[58];

13) Informe del Comité de Redacción a la Comisión Principal I[59];

14) Informe Adicional del Comité de Redacción a la Comisión Principal I[60];

15) Proyecto de Informe del Relator de la Comisión Principal II a la Comisión, con una adición, una revisión y una corrección de esta última, acerca de normas preferenciales para los países en desarrollo, y Proyecto de Informe (versión definitiva)[61];

16) pasajes del Informe sobre la Labor de la Comisión Principal I (Relator: Svante Bergström) acerca de los artículos 11 y 11*bis*, incluyendo la Introducción General[62], y pasajes de los documentos que muestran las correcciones introducidas en el Proyecto de Informe de la Comisión[63];

17) pasajes de las actas resumidas de la Comisión Principal I[64];

18) pasajes de las actas resumidas del Plenario de la Unión de Berna.[65]

---

[55] Fuente: *Records 1967*, páginas 690 y siguientes.
[56] Fuente: *Records 1967*, página 710.
[57] Fuente: *Records 1967*, página 715.
[58] Fuente: *Records 1967*, páginas 721 y siguientes.
[59] Fuente: *Records 1967*, página 726.
[60] Fuente: *Records 1967*, página 735.
[61] Fuente: *Records 1967*, páginas 735 a 739 y 760 a 762.
[62] Fuente: *Records 1967*, páginas 1.131 a 1134, 1.146, 1.165 a 1.168 y 1.181 y siguientes.
[63] Fuente: *Records 1967*, páginas 739, 740, 742 y siguientes y 744.
[64] Fuente: *Records 1967*, páginas 851 y siguientes (en el contexto de las deliberaciones sobre el derecho de reproducción se hace referencia al párrafo 2) del artículo 11*bis* en el párrafo 653.2); 856 (en el contexto de las deliberaciones sobre el derecho de reproducción se hace referencia al artículo 11 en el párrafo 711.4); 865 y siguientes (en el contexto de las deliberaciones sobre las obras cinematográficas); 883 a 885 (en el contexto de las deliberaciones sobre el derecho de reproducción se hace referencia al párrafo 3) del artículo 11 en el párrafo 1069.1 y al artículo 11*bis* en el párrafo 1063.1); 893, 902, 902 a 904, 904 a 905 (en el contexto de las deliberaciones sobre el derecho de recitación pública se hace referencia al párrafo 2) del artículo 11 en los párrafos 1323.3, 1332, 1335 y 1336); 916 y 917 (en el contexto de las deliberaciones sobre la reproducción de disertaciones, alocuciones y obras similares se hace referencia al artículo 11*bis* en los párrafos 1498.2, 1499.3 a 1500 y 1501.2); 921 y siguientes (en el contexto de las deliberaciones sobre el derecho de traducción se hace referencia al artículo 11*bis* en los párrafos 1565.3 a 1567.3); 923 y 924 (en el contexto de las deliberaciones sobre el principio de la protección equivalente respecto del derecho de traducción se hace referencia al artículo 11 en el párrafo 1607); 926 y siguientes (en el contexto de las deliberaciones sobre el derecho exclusivo de traducción se hace referencia al artículo 11*bis* en los párrafos 1652.1 a 1652.2, 1653.2 y 1658.1 a 1658.2); 928 y 930 (en el contexto de la adopción del informe de la Comisión Principal I se hace referencia al artículo 11 en el párrafo 1749); y 936 y siguientes (en el contexto de la adopción del informe de la Comisión Principal I).
[65] Fuente: *Records 1967*, página 805.

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 que se consideren pertinentes a los efectos de la diferencia supondría inevitablemente el riesgo de una interpretación de esos materiales, que no sería compatible con la actitud neutral de la OMPI respecto de la diferencia. Para cumplir la solicitud con neutralidad sería preciso llevar a cabo un examen completo de gran parte de las actividades de la OMPI en materia de derecho de autor y derechos conexos durante el período del llamado "desarrollo orientado"[66], entre 1967 y 1991, y un examen general de la aplicación de las disposiciones de los tratados en todas las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión de Berna. Tal investigación llevaría un tiempo considerable y, en consecuencia, no ha sido realizada. La Oficina Internacional, sin embargo, suministrará cualquier material no confidencial que esté en su posesión y que se especifique en forma que permita identificarlo sin necesidad de que la Oficina Internacional realice ninguna interpretación sobre las disposiciones sustantivas del Convenio de Berna.

Pregunta 2: La llamada "doctrina de las pequeñas reservas"

19. Las deliberaciones relativas a la llamada "doctrina de las pequeñas reservas" parecen haberse desarrollado en su totalidad en relación con las discusiones sobre el artículo 11 del Convenio de Berna. Por lo tanto, en lo que respecta a esta pregunta cabe hacer referencia a los materiales mencionados a propósito de la pregunta 1.

20. La solicitud de S.E. la Sra. Carmen Luz Guarda acerca de la "doctrina de las pequeñas reservas" se refiere a "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". En lo que respecta a materiales distintos de los mencionados en el párrafo precedente, corresponde hacer referencia a las observaciones del párrafo 18, *supra*.

Pregunta 3: Párrafo 2) del artículo 9 del Convenio de Berna

21. El artículo 9 del Acta de París del Convenio de Berna, que otorga el derecho de reproducción y reglamenta las excepciones y limitaciones de ese derecho, fue introducido en la Conferencia de Estocolmo. El Anexo XV de esta Nota contiene los siguientes pasajes de los documentos de esa Conferencia:

1) pasajes de las Propuestas de Revisión de las Disposiciones Sustantivas sobre Derecho de Autor (artículos 1 a 20), propuesta del Gobierno de Suecia con la asistencia del BIRPI (la "Propuesta Básica")[67];

---

[66] Expresión empleada por Sam Ricketson en "*The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works"*, Centre for Commercial Law Studies, Kluver, 1987, página 919.

[67] Fuente: *Records 1967*, páginas 111 a 116.

2) observaciones del Gobierno de Austria a la Propuesta Básica[68];

3) observaciones del Gobierno de Bélgica a la Propuesta Básica[69];

4) observaciones del Gobierno de Checoslovaquia a la Propuesta Básica[70];

5) observaciones del Gobierno de Dinamarca a la Propuesta Básica[71];

6) observaciones del Gobierno de Francia a la Propuesta Básica[72];

7) observaciones del Gobierno de la República Federal de Alemania a la Propuesta Básica[73];

8) observaciones del Gobierno de a Irlanda a la Propuesta Básica[74];

9) observaciones del Gobierno de Israel a la Propuesta Básica[75];

10) observaciones del Gobierno de Italia a la Propuesta Básica[76];

11) observaciones del Gobierno del Japón a la Propuesta Básica[77];

12) observaciones del Gobierno de Portugal a la Propuesta Básica[78];

13) observaciones del Gobierno de Sudáfrica a la Propuesta Básica[79];

14) observaciones del Gobierno del Reino Unido a la Propuesta Básica[80];

15) observaciones del Gobierno de a Luxemburgo la Propuesta Básica[81];

16) pasajes de un resumen de observaciones de los gobiernos preparado por la Oficina de la BIRPI, en lo que respecta al artículo 9[82];

17) enmienda de la Propuesta Básica, propuesta por el Gobierno de Austria[83];

18) enmienda de la Propuesta Básica, propuesta por el Gobierno del Reino Unido[84];

---

[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*, página 627.
[79] Fuente: *Records 1967*, página 629.
[80] Fuente: *Records 1967*, página 630.
[81] Fuente: *Records 1967*, página 663.
[82] Fuente: *Records 1967*, páginas 669 y siguientes.
[83] Fuente: *Records 1967*, página 683.
[84] Fuente: *Records 1967*, página 687.

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.

35) Informe Complementario del Comité de Redacción a la Comisión Principal I[101];

36) texto complementario propuesto por la Secretaría al Comité de Redacción[102];

37) texto complementario presentado a la Comisión Principal I por el Comité de Redacción[103];

38) pasajes del Informe sobre la Labor de la Comisión Principal I (Relator: Svante Bergström) acerca del artículo 9, incluyendo la Introducción General[104], y pasajes de los documentos que muestran las correcciones introducidas en el Proyecto de Informe de la Comisión[105];

39) pasajes de las actas resumidas de la Comisión Principal I[106];

40) pasajes de las actas resumidas del plenario de la Unión de Berna.[107]

22. 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 el artículo 9, 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.

23. La solicitud formulada por S.E. la Sra. Carmen Luz Guarda respecto del párrafo 2) del artículo 9 del Convenio de Berna se refiere a "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". En lo que respecta a otros materiales distintos de los mencionados en los párrafos precedentes, corresponde hacer referencia a las observaciones formuladas en el párrafo 18, *supra*.

---

[101] Fuente: *Records 1967*, página 735.
[102] Fuente: *Records 1967*, página 757.
[103] Fuente: *Records 1967*, página 758.
[104] Fuente: *Records 1967*, páginas 1131 a 1134, 1142 a 1146, 1147 a 1149 y 1164 y siguientes.
[105] Fuente: *Records 1967*, páginas 739, 740 y siguientes y 742 y siguientes.
[106] Fuente: *Records 1967*, páginas 837 y siguientes, 851 a 855 y 856 a 860 (en el contexto de las deliberaciones sobre las citas lícitas se hace referencia al artículo 9 en el párrafo 776); 862 y 881 y siguientes (en el contexto de las deliberaciones sobre la protección de los textos oficiales se hace referencia al artículo 9 en el párrafo 1031); 883 a 885 y 892 (en el contexto de las deliberaciones sobre la reproducción de disertaciones, sermones, etc., se hace referencia al artículo 9 en los párrafos 1145 y 1152.1); 901 y siguientes (en el contexto de las deliberaciones sobre el derecho de traducción se hace referencia al artículo 9 en el párrafo 1275); 905 a 907 (en el contexto de las deliberaciones sobre los derechos de reproducción mecánica se hacen varias referencias al artículo 9); 922 y siguientes (discusión sobre el artículo 9 en el contexto de su aplicabilidad a las traducciones); 926 a 928 y 931.
[107] Fuente: *Records 1967*, páginas 804 y siguientes.