

## INFORMES SOBRE PANELES DE LA OMC

### INFORME FINAL DEL PANEL SOBRE ARTICULO 110(5) DE LA LEY DE DERECHO DE AUTOR DE LOS ESTADOS UNIDOS

Subdirección General de Política Comercial de la UE

#### 1. Introducción

El 26 de enero de 1999, la CE solicitó consultas con EEUU en relación con el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos (US Copyright Act), modificada por la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales, que se publicó el 27 de octubre de 1998. La CE sostiene que el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor permite, cuando se cumplen determinadas condiciones, la emisión de música por radio o televisión en lugares públicos (bares, tiendas, restaurantes, etcétera) sin pagar regalías (royalties). Las CE consideran que esta norma legal es incompatible con las obligaciones que impone a los Estados Unidos el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, que exige que los Miembros observen los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna.

Las consultas, que resultaron insatisfactorias, tuvieron lugar en abril de 1999. El 15 de abril de 1999, las Comunidades Europeas solicitaron el establecimiento de un panel, que fue establecido en la reunión del OSD del 26 de mayo de 1999. Australia, Japón y Suiza se reservaron sus derechos como terceros. Con fecha 15.06.00, se ha distribuido el informe final del panel.

#### 2. Los conflictos en España

Este contencioso resulta de singular interés puesto que el mismo tema se encuentra en disputa en España entre los establecimientos de hostelería y las sociedades gestoras de los derechos de autor.

Tradicionalmente los establecimientos de hostelería y otros establecimientos abiertos al público han pagado a la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) unas tarifas moderadas por la utilización de los repertorios musicales. En los casos de conflicto, los fallos de los tribunales han sido claudicantes, especialmente por el hecho de que la Ley de Propiedad Intelectual permite que las sociedades gestoras de derechos de autor y afines establezcan unilateralmente las tarifas generales, que pueden ser aplicadas cuando no hay acuerdo entre las

partes y se exigen judicialmente, incluso mediante la imposición de medidas cautelares inaudita parte. El establecimiento de tarifas generales unilaterales desde posición de dominio, que no tienen relación con el coste o la utilidad del servicio prestado, ha sido considerado por algunos tribunales como un abuso de posición de dominio.

La supresión por la Ley de Propiedad Intelectual del tradicional monopolio que se había otorgado ex lege a favor de la SGAE no ha resuelto el problema, porque no se ha hecho prácticamente ningún uso de la habilitación de la norma para que se creen varias gestoras del mismo derecho. En lugar de crearse sociedades gestoras que compitan en la gestión de los mismos derechos, las sociedades gestoras (SGAE, AGEDI, EGEDA) se han repartido los derechos que gestiona cada una de ellas (de autor, de productor musical, de productor audiovisual, de artistas e intérpretes), pero salvo la excepción de CEDRO y SGAE para los derechos de autor, en el resto de los casos existe un monopolio de facto para la gestión de cada tipo de derecho. La creación de nuevas sociedades de gestión está amparada por la Ley de Propiedad Intelectual, pero sometida a autorización del Ministerio de Educación y Cultura. Hasta el momento, el departamento competente no ha considerado ni necesario ni conveniente autorizar sociedades gestoras para los derechos en los que ya existe una gestora, de modo que no hay competencia en los mercados de gestión de derechos de autor y afines.

La reticencia a pagar los cánones establecidos es tanto mayor cuanto mayor es el importe reclamado, porque en los Casos millonarios resulta más evidente la falta de relación entre servicio prestado y precio cargado, y son ya clásicos los conflictos habidos entre las cadenas de televisión, los grandes almacenes y las grandes cadenas hoteleras y la SGAE.

Por otra parte, las sociedades gestoras de derechos afines a los derechos de autor (AGEDI, EGEDA...) han demostrado ser más agresivas que la SGAE, y los conflictos se han ido multiplicando y agravando a lo largo del tiempo. Recordemos los litigios entre AGEDI y las emisoras privadas de radio por el establecimiento de tarifas en función de los ingresos por publicidad y no en fun-



SECCION  
JURIDICO-  
ECONOMICA

ción del uso de los fonogramas, de su audiencia o del beneficio directo que su uso reporta a las emisoras y, últimamente, los conflictos entre los hoteles y EGEDA por el intento de facturar por la existencia de receptores de televisión en las habitaciones de los hoteles. Este último conflicto que, en definitiva se debe a la dificultad de interpretar qué debe entenderse por «comunicación pública» que puede estar sometida al pago de cánones por la recepción de materiales fonográficos o audiovisuales, no ha podido ser zanjado ni siquiera mediante el recurso a presentar ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo una cuestión de interpretación prejudicial, porque el tribunal ha concluido que corresponde a la legislación y a los tribunales internos determinar el alcance del concepto protegido por los derechos de propiedad intelectual.

En el apartado legislativo, y en el marco de la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos del 2000, se introdujo la Disposición Adicional vigésima novena de la Ley 55/1999, que establece que el Gobierno debe formular un informe a las Cortes al objeto de clarificar en lo posible este panorama y resulta indudable que, a estos efectos, los resultados del panel en la OMC son especialmente relevantes.



SECCION  
JURIDICO-  
ECONOMICA

### 3. El informe final del panel

Como se ha señalado, estamos ante la fase del informe final del panel. En el caso de que, como es probable, el mismo sea recurrido, se producirá la resolución del Organo de Apelación, que será definitivamente adoptada por el Organo de Solución de Diferencias.

#### 3.1. Los hechos

Como se ha señalado, esta disputa se refiere al artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos de 1976, modificada por la Fairness in music Licensing Act de 1998, que entró en vigor el 26 de enero de 1999. Las disposiciones de dicho artículo 110 (5) establecen limitaciones sobre los derechos exclusivos conferidos a los titulares de derechos de autor en el artículo 106 de la Ley de Derecho de Autor.

Las partes relevantes del texto actual de dicho artículo 106 establecen que:

«106. Derechos exclusivos en obras sujetas a derechos de autor.

Sujeto a los artículos 107 a 120, el titular de los derechos de autor tiene los derechos exclusivos para hacer y autorizar:

— (4) en el caso de las obras literarias, musicales, dramáticas y coreográficas, pantomimas, películas y

otras obras audiovisuales, a realizar o ejecutar la obra en cuestión públicamente.

— (5) en el caso de las obras literarias, musicales, dramáticas, coreográficas,

pictóricas, gráficas, escultóricas y pantomimas, incluyendo las imágenes individuales de una película u otro tipo de obra audiovisual, a exhibir o representar dicha obra públicamente.»

Los apartados relevantes del texto del artículo 110 (5) establecen lo siguiente:

«110. Limitaciones sobre los derechos exclusivos: excepciones para ciertas ejecuciones y exhibiciones.

A pesar de las disposiciones de la Sección 106, las siguientes prácticas no son infracciones de los derechos de propiedad intelectual:

(5) (A) excepto lo indicado en el subpárrafo (B), la difusión de una transmisión conteniendo una ejecución o exhibición de una obra mediante la recepción pública de la misma por un aparato receptor único del tipo de los usados comúnmente en los hogares, a menos de que:

a) Sea cargada una tarifa directa por ver o escuchar la transmisión; o

b) la transmisión así recibida sea luego transmitida al público;

(B) la difusión por un establecimiento de una transmisión o retransmisión conteniendo una ejecución o exhibición de un trabajo musical no dramático dirigido a ser recibido por el público y originado por una emisora de radio o televisión debidamente acreditada o, en caso de una transmisión audiovisual, por un sistema de cable o un satélite transmisor, si:

(i) en el caso de un establecimiento distinto de uno de comidas o bebidas, el establecimiento tiene menos de 2.000 pies cuadrados de espacio, o supera esta medida y

I) si la ejecución es por radio, la misma se realiza por no más de 6 altavoces, de los cuales no más de 4 están localizados en una habitación o espacio exterior.

II) si la ejecución o exhibición es por medios audiovisuales, la misma es difundida mediante no más de 4 aparatos audiovisuales, de los cuales no más de uno está localizado en una habitación, ni tiene una pantalla de tamaño diagonal superior a 55 pulgadas, cumpliéndose además los requisitos en cuanto a altavoces establecidos en I).

(i) en el caso de un establecimiento de comidas o bebidas, cuando el establecimiento en el que tiene lugar la difusión tiene menos de 3.750 pies cuadrados de espacio o, cuando, superando esta medida:

I) si la ejecución es por radio, la misma se realiza por no más de 6 altavoces, de los cuales no más de 4 están localizados en una habitación o espacio exterior.

II) si la ejecución o exhibición es por medios audiovisuales, cuando la misma es difundida mediante no más de

4 aparatos audiovisuales, de los cuales no más de uno está localizado en una habitación, ni tiene una pantalla de tamaño diagonal superior a 55 pulgadas, cumpliéndose además los requisitos en cuanto a altavoces establecidos en I).

(i) no se carga ninguna tarifa directa por ver o escuchar la transmisión o retransmisión;

(ii) la transmisión o retransmisión no se difunde a su vez más allá del establecimiento donde es recibida; y

(iii) la transmisión o retransmisión es autorizada por el titular de los derechos de autor de la obra públicamente ejecutada o exhibida.

De estas disposiciones se deduce que los beneficiarios de las excepciones pueden dividirse en dos categorías: los establecimientos distintos de los de comidas y bebidas y los establecimientos de este tipo. En cada categoría se exceptúan los establecimientos por debajo de cierto tamaño, con independencia del tipo de equipamiento que utilizan (186 y 348 metros cuadrados respectivamente). Si el tamaño supera estos límites, la excepción se aplica siempre y cuando el establecimiento no supere unos límites en cuanto al equipo utilizado, según se trate de emisiones por radio o de tipo audiovisual. Las restricciones en cuanto al equipo son las mismas para todos los establecimientos.

Los tipos de transmisión cubiertas por los subpárrafos (A) y (B) de la Sección 110 (5) incluyen las emisiones originales por aire o por satélite, las retransmisiones por medios terrestres o por satélite, las retransmisiones por cable de emisiones originales y las transmisiones originales por cable o similares. Las disposiciones no distinguen entre transmisiones analógicas y digitales.

### 3.2. Argumentos de las partes y aspectos sustantivos de la disputa

#### 1. Cuestión preliminar: información que no haya sido solicitada

Como en otros paneles, en este caso se trató un tema preliminar muy interesante en relación con la posibilidad de que el panel aceptara considerar la información contenida en una carta de una firma legal de los EEUU al USTR que respondía a las preguntas formuladas por el panel a los EEUU. Los EEUU se distanciaron del contenido de la carta, pero apoyaron en general el derecho de que terceros de carácter privado hicieran llegar sus puntos de vista a los paneles o grupos especiales de la OMC.

Para la CE, dicha comunicación no añadía ningún elemento a las alegaciones de las partes.

El Presidente decidió no rechazar las informaciones contenidas en la carta, teniendo en cuenta que el Organismo

de Apelación ha reconocido la autoridad de los paneles para aceptar información que no haya sido solicitada. Ello amplía el significado del artículo 13 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias.

#### 2. Aspectos sustantivos

Las Comunidades europeas alegan que las excepciones de los subpárrafos (A) y (B) del artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de EEUU suponen una violación por parte de EEUU de sus obligaciones bajo el Acuerdo TRIPS y, en particular, del artículo 9.1 de dicho Acuerdo, conjuntamente con los artículos Ibis (1) (iii) y 11 (1) (ii) del Convenio de Berna, y no pueden ser justificadas bajo ninguna excepción o limitación expresa o implícita bajo el Convenio de Berna o el Acuerdo TRIPS. Desde el punto de vista de la CE estas medidas causan un perjuicio a los legítimos intereses de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual, anulando y menoscabando por tanto los derechos de la CE. La CE considera que el panel debe recomendar a EEUU que ponga su legislación nacional en conformidad con dichas obligaciones.

El principal argumento de la CE respecto del artículo 13 del Acuerdo TRIPS consiste en que dicho artículo sólo se aplica a los derechos exclusivos introducidos de forma nueva en el Acuerdo TRIPS y que los derechos conferidos por los artículos 1-21 del Convenio de Berna tal como han sido incorporados al Acuerdo TRIPS pueden ser derogados solamente en base a las excepciones pre-existentes aplicables bajo dicho Convenio. Desde el punto de vista de la CE, su posición está respaldada por el artículo 2.2 del Acuerdo TRIPS y el artículo 20 del Convenio de Berna, que la CE interpreta como una prohibición de cualquier derogación de los niveles de protección establecidos en la misma.

Además, la CE sostiene que, incluso si el artículo 13 del Acuerdo TRIPS fuera considerado aplicable a los derechos exclusivos conferidos en las disposiciones del Convenio de Berna incorporadas al Acuerdo TRIPS, su papel sería el de limitar el alcance de las excepciones y limitaciones preexistentes contempladas en las disposiciones de Berna. La CE considera que la doctrina de las «excepciones menores» si bien ha sido utilizada en las discusiones mantenidas en las conferencias diplomáticas para la revisión del Convenio de Berna, no está claramente definida en cuanto a su alcance y status legal. En su opinión, el alcance de las limitaciones permitidas bajo esta doctrina se limita a la ejecución pública de obras para ceremonias religiosas, bandas militares y las necesarias para las actividades educativas. Todos estos usos están caracterizados por su naturaleza no comercial.

Los EEUU sostienen que el artículo 110 (5) de la US



Copyright Act es totalmente consistente con sus obligaciones bajo el Acuerdo TRIPs. Dicho Acuerdo, al incorporar las disposiciones sustantivas del Convenio de Berna, permite a los Miembros establecer limitaciones menores a los derechos exclusivos de los titulares de los derechos de autor. Los EEUU solicitan que el panel resuelva que ambos subpárrafos (A) y (B) del artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor cumplen con los niveles de protección establecidos en el artículo 13 del Acuerdo TRIPs y con las obligaciones sustantivas del Convenio de Berna, rechazando así las reclamaciones de la CE en esta disputa.

Los EEUU señalan que el Acuerdo TRIPs, al incorporar las disposiciones sustantivas del Convenio de Berna, permite a las partes establecer limitaciones menores a los derechos exclusivos de los titulares de derechos de autor. El artículo 13 del Acuerdo TRIPs proporciona el nivel standard por el que juzga la adecuación de tales limitaciones o excepciones. Las excepciones contenidas en el artículo 110 (5) entran dentro del nivel establecido en dicho artículo 13.

Según EEUU, el artículo 13 del Acuerdo TRIPs se aplica a todas las disposiciones relativas a los derechos de autor de dicho Acuerdo, incluyendo los artículos del Convenio de Berna incorporados en él. En lo que respecta a los artículos 1 bis (1) y 11 (1) de dicho Convenio, la opinión de EEUU es que el citado artículo 13 clarifica y articula el alcance de la llamada doctrina de las «excepciones menores», que se aplica a los derechos exclusivos conferidos por dichos artículos.

Adicionalmente, ambas partes manifestaron diversos puntos de vista en cuanto a la interpretación y definición de conceptos tales como los «legítimos intereses» de los titulares de los derechos y los «perjuicios» a dichos intereses. También se manifestaron discrepancias en cuanto a la estimación y valoración de los efectos económicos de las excepciones incluidas en la legislación de EEUU.

### 3.3. El dictamen del panel

Como consecuencia del análisis de estas cuestiones, el panel ha formulado la siguiente argumentación -que resumimos-

Fundamentalmente, el panel se ha ocupado de someter a prueba los subpárrafos (A) y (B) del artículo 110 (5) de la US Copyright Act a la luz de los tres criterios básicos del artículo 13 del Acuerdo TRIPs. Dicho artículo requiere que las limitaciones y las excepciones a los derechos exclusivos:

- 1) Estén confinadas a ciertos casos especiales.
- 2) No entren en conflicto con una normal explotación de la obra en cuestión.
- 3) No perjudiquen de forma irrazonable o injustifi-

cada los legítimos intereses del titular de los derechos.

El panel se ha ocupado de precisar el significado de estas tres condiciones, que se aplican sobre una base acumulativa, siendo cada una de ellas un requisito separado e independiente que debe ser satisfecho. El incumplimiento de cualquiera de estas condiciones supondría que la posible excepción en base al artículo 13 quedaría desautorizada. En principio, el artículo 13 debería tener un alcance restringido o limitado, de forma consistente con el artículo 9 (2) del Convenio de Berna.

Dentro de este análisis, el panel ha considerado que los artículos 11 y 11 bis del Convenio de Berna contemplan, a la luz del artículo 31 (2) (a) de dicho Convenio, la posibilidad de establecer excepciones menores a los derechos exclusivos en cuestión. Esta doctrina de las excepciones menores ha sido incorporada al Acuerdo TRIPs, en virtud de su artículo 9.1, junto con las citadas disposiciones del Convenio de Berna. Por tanto, esta doctrina es relevante al formar parte del contenido de los artículos 11 (1)(ii) y 11 bis(1)(iii) del Convenio de Berna, tal como han sido incorporados al Acuerdo TRIPs.

El panel también considera que el artículo 11 bis(2) del Convenio de Berna, tal como ha sido incorporado al Acuerdo TRIPs, permite a los Miembros sustituir una licencia obligatoria por un derecho exclusivo bajo el artículo 11 bis(1), o determinar otras condiciones siempre y cuando las mismas no sean perjudiciales para el derecho del titular a obtener una remuneración equitativa por su obra.

En función de todo lo anterior, el panel considera que la excepción contenida en el subpárrafo (A) de la Sección 110 (5) no ocasiona un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de los derechos, puesto que cumple las tres condiciones del artículo 13.

En cambio, esta circunstancia no se da en relación al subpárrafo (B), que no cumple ninguna de las condiciones del artículo 13. No cumple la primera condición, puesto que las excepciones contenidas en el mismo no pueden calificarse como un caso especial. No cumple la segunda, al entrar dichas excepciones en conflicto con la normal explotación de las obras y, finalmente, tampoco cumple la tercera condición, puesto que el panel considera que EEUU no ha demostrado que esta excepción no perjudique de forma irrazonable o injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos.

### 3.4. Conclusiones del panel

El panel establece las siguientes conclusiones:

- a) El subpárrafo (A) de la Sección 110 (5) de la US Copyright Act cumple con los requisitos del artículo 13 del Acuerdo TRIPs y es por tanto consistente con los artículos 11 bis(1)(iii) y 11 (1)(ii) del Convenio de Berna, tal



SECCION  
JURIDICO-  
ECONOMICA

como han sido incorporados al Acuerdo TRIPs por medio del artículo 9.1 del mismo.

b) El subpárrafo (B) de la Sección 110 (5) de la US Copyright Act no cumple con los requisitos del artículo 13 del Acuerdo TRIPs y es por tanto inconsistente con los artículos 1 Ibis(I)(iii) y 1 I(I)(ii) del Convenio de Berna, tal como han sido incorporados al Acuerdo TRIPs por medio del artículo 9.1 del mismo.

Por todo ello, el panel recomienda que el Organismo de Solución de Diferencias requiera a EEUU a poner en conformidad el subpárrafo (B) de la Sección 110 (5) de la US Copyright Act con sus obligaciones bajo el Acuerdo TRIPs.

#### 4. Valoración

Con excepción del subpárrafo (A), que, como se ha indicado, se refiere a la difusión de una transmisión conteniendo una ejecución o exhibición de una obra mediante la recepción pública de la misma por un aparato receptor único del tipo de los usados comúnmente en los hogares, el grueso de las excepciones, que se definen en el párrafo (B), no son aceptables por ser inconsistente con el artículo 13 del Acuerdo TRIPs.

Queda, por tanto, establecido que los titulares de derechos de obras musicales deben estar en posición de autorizar el uso de las emisiones de música por radio y televisión por parte de muchos de los establecimientos cubiertos por la excepción y de recibir compensación apropiada por el uso de sus obras. En consecuencia, el panel no puede sino concluir que una excepción tal como la establecida en el subpárrafo (B) está en conflicto con la normal explotación de la obra en relación con los derechos exclusivos conferidos por los artículos 1Ibis(I)(iii) y 1I(I)(ii) del Convenio de Berna. Por ello, EEUU debe modificar la Ley y suprimir este tipo de excepciones.

En consecuencia, si se confirma, como es previsible, por el informe final del Organismo de Apelación, puede hablarse de una clara victoria de la defensa de los derechos de propiedad intelectual frente a las excepciones en su aplicación, lo que deberá tener un claro reflejo en la solución de los conflictos españoles a los que hemos hecho referencia.

El informe completo del panel se encuentra recogido en el documento WT/DS160/R, disponible para el público de forma no restringida en la página web oficial de la OMC (<http://www.wto.org/ddf>).



SECCION  
JURIDICO-  
ECONOMICA