

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

***Informe del Grupo Especial***

El presente informe del Grupo Especial encargado de examinar el asunto "*Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*" se distribuye a todos los Miembros, de conformidad con lo dispuesto en el ESD. El informe se distribuye como documento no reservado a partir del 15 de junio de 2000, de conformidad con los Procedimientos para la distribución y la supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/160/Rev.1). Se recuerda a los Miembros que, de conformidad con el ESD, sólo las partes en la diferencia pueden presentar una apelación en relación con el informe de un grupo especial, que las apelaciones están limitadas a las cuestiones de derecho abordadas en el informe del Grupo Especial y a las interpretaciones jurídicas que éste haga y que no se podrá establecer ninguna comunicación *ex parte* con el Grupo Especial ni con el Órgano de Apelación respecto de las cuestiones que el Grupo o el Órgano estén examinando.

Nota de la Secretaría: El presente informe del Grupo Especial será adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) dentro de los 60 días siguientes a la fecha de su distribución, a menos que una parte en la diferencia decida recurrir en apelación o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe. En caso de recurrirse en apelación contra el informe del Grupo Especial, éste no será considerado por el OSD a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el proceso de apelación. Puede obtenerse información acerca de la situación actual del informe del Grupo Especial en la Secretaría de la OMC.



## ÍNDICE

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

	<u>Página</u>
ii) La exención empresarial de la parte B).....	38
iii) La exención de uso hogareño de la parte A) .....	43
iv) Necesidad de examinar las otras dos condiciones.....	48
c) "Que no atente contra la explotación normal de la obra" .....	49
i) Análisis interpretativo general.....	49
ii) La exención empresarial de la parte B).....	57
iii) La exención de uso hogareño de la parte A) .....	63
d) "Ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos" .....	65
i) Análisis interpretativo general.....	65
ii) La exención empresarial de la parte B).....	70
iii) La exención de uso hogareño de la parte A) .....	77
<b>VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>79</b>
<b>ANEXO 1 (documento WT/DS160/5).....</b>	<b>80/81</b>
<b>ANEXO II (documento WT/DS160/6).....</b>	<b>83</b>
<b>APÉNDICE 1:</b>	
<b>COMUNICACIONES ESCRITAS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS ESTADOS MIEMBROS</b>	
1.1 PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA .....	84
1.2 EXPOSICIÓN ORAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS ESTADOS MIEMBROS EN LA PRIMERA REUNIÓN CON EL GRUPO ESPECIAL.....	103
1.3 RESPUESTAS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS ESTADOS MIEMBROS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR ESCRITO POR EL GRUPO ESPECIAL - PRIMERA REUNIÓN.....	120
1.4 RESPUESTAS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS ESTADOS MIEMBROS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR ESCRITO POR LOS ESTADOS UNIDOS - PRIMERA REUNIÓN .....	138
1.5 SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS ESTADOS MIEMBROS .....	142
1.6 EXPOSICIÓN ORAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SUS ESTADOS MIEMBROS EN LA SEGUNDA REUNIÓN CON EL GRUPO ESPECIAL.....	150

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

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

## I. INTRODUCCIÓN

1.1 El 26 de enero de 1999, las Comunidades Europeas y sus Estados miembros (en adelante: "las Comunidades Europeas") solicitaron la celebración de consultas con los Estados Unidos de conformidad con el artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD") y el párrafo 1 del artículo 64 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ("Acuerdo sobre los ADPIC") acerca del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, modificado por la "Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales", promulgada el 27 de octubre de 1998.<sup>1</sup>

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

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

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las Comunidades Europeas en el documento WT/DS160/5, 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."<sup>3</sup>

1.4 Australia, el Brasil, el Canadá, el Japón y Suiza se reservaron su derecho a participar en los procedimientos del Grupo Especial en calidad de terceros.

1.5 El 27 de julio de 1999 las Comunidades Europeas solicitaron al Director General interino, invocando el párrafo 7 del artículo 8 del ESD, que determinara la composición del Grupo Especial. Éste quedó constituido el 6 de agosto de 1999 en la siguiente forma:

Presidenta: Sra. Carmen Luz Guarda  
Miembros: Sr. Arumugamangalam V. Ganesan  
Sr. Ian F. Sheppard

1.6 El Grupo Especial se reunió con las partes los días 8 y 9 de noviembre de 1999 y 7 de diciembre de 1999. Se reunió con los terceros el 9 de noviembre de 1999.

1.7 El 15 de noviembre, el Grupo Especial envió una carta a la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que tiene a su cargo la administración del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. En esa carta, el Grupo Especial solicitó la información pertinente a este asunto acerca de las disposiciones del Acta de París de 1971 de ese Convenio ("Convenio de Berna (1971)"), que se incorporó en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9 de éste. La Oficina Internacional de la OMPI suministró esa información en una carta de fecha 22 de diciembre de 1999. Las partes en la diferencia formularon sus observaciones acerca de esa información mediante cartas de fecha 12 de enero de 2000.

---

<sup>1</sup> Véase el documento WT/DS160/1, de 4 de febrero de 1999.

<sup>2</sup> Véase el documento WT/DS160/5, de 16 de abril de 1999, reproducido en el Anexo 1 de este informe.

<sup>3</sup> Véase el documento WT/DS160/6, de 6 de agosto de 1999, reproducido en el Anexo 2 de este informe.

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

## II. ASPECTOS FÁCTICOS

2.1 Esta diferencia se refiere al artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos de 1976<sup>4</sup>, con su enmienda introducida por la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales de 1998 ("enmienda de 1998")<sup>5</sup>, que entró en vigor el 26 de enero de 1999. Las disposiciones del artículo 110(5) imponen limitaciones a los derechos exclusivos establecidos a favor de los titulares de derecho de autor por el artículo 106 de la Ley de Derecho de Autor respecto de ciertas interpretaciones, ejecuciones o exhibiciones.

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

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

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

...

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

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

...<sup>6, 7</sup>

---

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

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

<sup>6</sup> Texto extraído de la prueba documental US-15.b).

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

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

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

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

2.3 Las partes pertinentes del texto actual del artículo 110(5) dicen así<sup>8</sup>:

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

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

...

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

...<sup>9</sup>

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

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

---

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

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

"Son 'establecimientos de servicios de comidas o bebidas' los restaurantes, posadas, bares, tabernas o cualquier otro 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."

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

pequeños establecimientos comerciales cuyos propietarios se limitasen a introducir en sus locales equipos de radio o televisión corrientes y hacerlos funcionar para el disfrute de sus clientes, pero impondría responsabilidad al propietario que tuviese instalado 'un sistema sonoro' comercial o convirtiese un aparato receptor corriente en el equivalente de un sistema sonoro comercial."<sup>10</sup> En un posterior Informe de Conferencia se indican más detalladamente los fundamentos de la exención, señalando que tenía por objeto exonerar los pequeños establecimientos comerciales "de tamaño insuficiente para justificar, desde el punto de vista práctico, la suscripción a un servicio comercial de suministro de música de fondo".<sup>11</sup>

2.6 Los factores considerados para establecer 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 de 1976. En el asunto *Aiken*<sup>12</sup>, el Tribunal entendió que el propietario de un pequeño restaurante de comidas rápidas no incurría en responsabilidad por difundir música mediante un receptor de radio con salidas a cuatro altavoces instalados en el techo; la superficie del local era de 1.055 pies cuadrados (98 m<sup>2</sup>), de los cuales estaban abiertos al público 620 pies cuadrados (56 m<sup>2</sup>). El Informe de la Cámara de Representantes califica la situación de hecho del asunto *Aiken* como "límite máximo de la exención" que figura en el artículo 110(5). Esa exención se conoció con el nombre de "exención de uso doméstico".

2.7 Como se indicó en la primera de las citas del párrafo precedente, la exención de uso doméstico estaba destinada a aplicarse a todo tipo de obras. No obstante, como la actual parte B) se aplica a "la interpretación, ejecución o exhibición de una obra musical no dramática", las partes están de acuerdo, por una interpretación *a contrario sensu*, en que el añadido a la parte A) de la frase inicial "salvo lo dispuesto en la parte B)" tiene la consecuencia de restringir la aplicación de la parte A) a las obras que no sean "obras musicales no dramáticas".<sup>13</sup>

2.8 El Grupo Especial toma nota del entendimiento común de las partes en el sentido de que la expresión "obra musical no dramática", que figura en la parte B), excluye de su ámbito de aplicación la comunicación de música que forme parte de óperas, operetas, comedias musicales u otras obras dramáticas interpretadas o ejecutadas en un contexto dramático. Todas las demás obras musicales quedan comprendidas por esa expresión, incluidas las canciones tomadas de obras dramáticas cuando se las interpreta o ejecuta fuera de cualquier contexto dramático. Por lo tanto, la parte B) se aplicaría, por ejemplo, a una canción extraída de una comedia musical y transmitida por radio. En consecuencia, el ámbito de aplicación de la parte A) se limita a aquellas obras musicales que no están abarcadas por la parte B); por ejemplo, la comunicación de una versión dramática radiodifundida de la música escrita para una ópera.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Estas citas se han extraído del Informe de la Comisión de Asuntos Judiciales de la Cámara de Representantes, *H.R. Rep. N° 94-1476, 94<sup>th</sup> Congress, 2<sup>d</sup> Session 87 (1976)*, según figura en la prueba documental US-1. Se agrega en el informe que "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 visual o auditiva de la ejecución".

<sup>11</sup> 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. N° 94-1733, 94<sup>th</sup> Congress, 2d Session 75 (1976)*, según figura en la prueba documental US-2.

Las Comunidades Europeas y los Estados Unidos expusieron en sus primeras comunicaciones escritas sus respectivos puntos de vista sobre los antecedentes y la aplicación ulterior de la exención de uso doméstico.

<sup>12</sup> *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975).

<sup>13</sup> Véanse el párrafo 3 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos y el párrafo 7 de la segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas.

<sup>14</sup> El concepto de "obra musical no dramática" fue introducido por la enmienda de 1998. Sin embargo, ese concepto se utiliza también en la Ley de Derecho de Autor de 1976 en otras diversas limitaciones del derecho de interpretación o ejecución pública (párrafos 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 110), y en ciertas disposiciones

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

2.10 Los beneficiarios de la exención empresarial se dividen en dos categorías: los establecimientos que no son de servicios de comidas o bebidas ("establecimientos de comercio minorista"), y los establecimientos de servicios de comidas y bebidas. En cada una de estas categorías quedan exonerados los establecimientos que no alcanzan determinado límite de superficie, con independencia del equipo que utilicen. Los límites son de 2.000 pies cuadrados (186 m<sup>2</sup>) para los establecimientos de comercio minorista y de 3.750 pies cuadrados (348 m<sup>2</sup>) para los restaurantes.

2.11 En su estudio de noviembre de 1995<sup>15</sup>, preparado para la Comisión de Asuntos Judiciales, el Servicio de Investigación del Congreso estimó que el 16 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas, el 13,5 por ciento de los de servicios de bebidas y el 18 por ciento de los de comercio minorista tenían superficie inferior a la del restaurante del Sr. Aiken, que era de 1.055 pies cuadrados.<sup>16</sup> El mismo Servicio estimó también que el 65,2 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas y el 71,8 por ciento de los de servicios de bebidas habrían quedado en esa época por debajo de un límite de 3.500 pies cuadrados, y que el 27 por ciento de los establecimientos de comercio minorista habría quedado por debajo de un límite de 1.500 pies cuadrados.

2.12 En 1999, la Sociedad Estadounidense de Compositores, Autores y Editores (ASCAP) encomendó a la empresa Dun and Bradstreet, Inc., que actualizara el estudio del Servicio de Investigación del Congreso sobre la base de datos de 1998 y conforme a los criterios de la enmienda de 1998. En su estudio, Dun and Bradstreet estimó que el 70 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas y el 73 por ciento de los de servicios de bebidas quedaban comprendidos dentro del límite de 3.750 pies cuadrados, y que el 45 por ciento de los establecimientos de comercio minorista estaban comprendidos en el límite de 2.000 pies cuadrados.<sup>17</sup>

2.13 Los estudios realizados por la Asociación Nacional de Restaurantes (NRA) acerca de sus afiliados indican que el 36 por ciento de los restaurantes con servicio de mesa afiliados y el 95 por ciento de los restaurantes de comidas rápidas afiliados tienen locales de menos de 3.750 pies cuadrados.<sup>18, 19</sup>

---

relativas a la producción de fonogramas (artículo 115), a los fonógrafos automáticos (artículo 116) y a la radiodifusión no comercial (artículo 118); todas ellas se aplican a las obras musicales no dramáticas, pero no a las dramáticas.

<sup>15</sup> Según figura reproducido en la prueba documental EC-16.

<sup>16</sup> El asunto *Aiken* se explica en el párrafo 2.6.

<sup>17</sup> Véase el párrafo 49 de la primera comunicación escrita de las CE. Las CE señalan que las cifras indicadas en los párrafos 2.11 y 2.12 no tienen en cuenta otros establecimientos eximidos, como los hoteles, los locales de servicios financieros, las oficinas de negocios inmobiliarios y otros servicios.

<sup>18</sup> Véanse la respuesta de los EE.UU. a la pregunta 9 del Grupo Especial y la prueba documental confidencial US-18.

<sup>19</sup> En la sección VI de este informe se analizará la pertinencia de los porcentajes indicados en los párrafos 2.11 y 2.13 respecto del caso, así como la de otras informaciones fácticas y estimaciones suministradas por las partes acerca del número de establecimientos con licencia de organizaciones de administración colectiva y los ingresos que recaudan. Para una información completa, véanse las comunicaciones de las partes que se adjuntan.

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

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

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

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

### III. CONSTATAIONES Y RECOMENDACIONES SOLICITADAS POR LAS PARTES

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

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

---

<sup>20</sup> Véase la respuesta de los EE.UU. a la pregunta 5 del Grupo Especial.

3.3 Los Estados Unidos sostienen que el artículo 110(5) de su Ley de Derecho de Autor es plenamente compatible con sus obligaciones derivadas del Acuerdo sobre los ADPIC. El Acuerdo, que incorpora las disposiciones substantivas del Convenio de Berna (1971), permite que los Miembros impongan pequeñas limitaciones a los derechos exclusivos de los titulares de derecho de autor. El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC establece la norma por la que debe apreciarse la pertinencia de tales limitaciones o excepciones. Las exenciones que comprende el artículo 110(5) se ajustan al criterio del artículo 13.

3.4 Los Estados Unidos piden que el Grupo Especial constate que tanto la parte A) como la parte B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. cumplen las normas del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y las obligaciones sustantivas del Convenio de Berna (1971). En consecuencia, los Estados Unidos solicitan que el Grupo Especial desestime la reclamación de las Comunidades Europeas en la presente diferencia.

#### **IV. ALEGACIONES DE LAS PARTES Y LOS TERCEROS E INFORMACIÓN FÁCTICA SUMINISTRADA POR LA OFICINA INTERNACIONAL DE LA OMPI**

4.1 Las alegaciones de las partes y los terceros constan en sus comunicaciones al Grupo Especial (véanse el Apéndice 1 respecto de las Comunidades Europeas; el Apéndice 2 respecto de los Estados Unidos; y el Apéndice 3 respecto de los terceros). La carta de la Presidenta del Grupo Especial al Director General de la OMPI y la respuesta respectiva se reproducen en el Apéndice 4.<sup>21</sup>

#### **V. REEXAMEN INTERMEDIO**

5.1 El 26 de abril de 2000, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos solicitaron al Grupo Especial que examinara, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 15 del ESD, determinados aspectos del informe provisional que se había comunicado a las partes el 14 de abril de 2000. Ni las Comunidades Europeas ni los Estados Unidos solicitaron que se celebrara una nueva reunión del Grupo Especial con las partes. En carta de fecha 1º de mayo de 2000, los Estados Unidos hicieron observaciones sobre algunos de los comentarios formulados por las CE.

5.2 Las Comunidades Europeas hicieron algunos comentarios sobre cuestiones editoriales y pidieron algunas aclaraciones sobre el razonamiento del Grupo Especial:

- a) Las Comunidades Europeas consideraban que la sección III sobre "constataciones y recomendaciones solicitadas por las partes" y la subsección VI.A sobre "alegaciones" se duplicaban. Consideramos que era de utilidad reflejar las principales alegaciones de las partes en ambas secciones.
- b) En la subsección VI.B sobre "cuestiones preliminares", las Comunidades Europeas sugirieron abreviar el razonamiento del Grupo Especial en su tratamiento de una carta dirigida por un bufete de abogados que representaba a la ASCAP al Representante de los Estados Unidos para las cuestiones comerciales internacionales, de la cual se presentó una copia. Hemos hecho una modificación en la redacción del párrafo 6.8.
- c) Conforme a lo propuesto por las Comunidades Europeas, suprimimos la última oración del párrafo 6.27 del informe provisional.
- d) En lo que respecta al comentario de las CE sobre la última oración del párrafo 6.41, consideramos útil señalar que el artículo 30 de la Convención de Viena sobre la

---

<sup>21</sup> No se reproducen en este informe las pruebas documentales presentadas con las comunicaciones, ni los anexos de la carta del Director General de la OMPI.

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

- e) Fuimos de opinión que no era necesario volver a redactar nuestra declaración del párrafo 6.93 en el sentido de que la doctrina de las pequeñas excepciones se refiere *primordialmente* al uso *de minimis*.
- f) Conforme a lo sugerido por las Comunidades Europeas, acordamos referirnos al estudio de Dun and Bradstreet preparado en 1999 sobre la base de datos correspondientes a 1998 como el estudio de D and B en 1999.
- g) En lo que respecta a la segunda oración del párrafo 6.140, las Comunidades Europeas destacaron que se habían referido en todo momento a los casos *Claire's Boutique* y *Edison Bros.* como prueba de que la excepción de uso hogareño no se hallaba estrictamente limitada sino que se había aplicado a grandes empresas de alcance nacional. Aclaramos esta oración indicando que expresaba la manera como *nosotros* habíamos entendido la argumentación de las CE.
- h) Las Comunidades Europeas nos pidieron que aclaráramos nuestro razonamiento del párrafo 6.214. Consideramos que el razonamiento es lo bastante claro.
- i) No aceptamos modificar nuestra constatación del párrafo 7.1 a), conforme a lo sugerido por las Comunidades Europeas, añadiendo después de las palabras "parte A) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos", las palabras "que se refiere exclusivamente a las obras musicales dramáticas".

5.3 Los Estados Unidos hicieron sobre todo observaciones acerca de cuestiones de redacción y de cuestiones de hecho:

- a) Aceptamos algunas sugerencias en materia de redacción e hicimos cambios menores de forma en los párrafos 6.97, 6.205 y 6.260 de las constataciones.
- b) Acordamos, conforme a lo solicitado por los Estados Unidos, en referirnos a las pruebas documentales US-17 y US-18 como "pruebas documentales confidenciales", en vista de que los Estados Unidos las habían obtenido con carácter confidencial.
- c) Además, conforme a lo propuesto por los Estados Unidos, suprimimos una referencia en la nota al pie de página 127, insertamos información de hecho específica, procedente de sus respuestas a las preguntas, en la nota al pie de página 173 y añadimos información actualizada en la nota al pie de página 188.

## VI. CONSTATAACIONES

### A. ALEGACIONES

6.1 Como antes se ha dicho, las Comunidades Europeas afirman que las exenciones previstas en las partes A y B del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos constituyen una violación de las obligaciones de los Estados Unidos con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC, y solicitan que el Grupo Especial constate que los Estados Unidos han violado sus obligaciones con arreglo al párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC así como al punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) y recomiende que los Estados Unidos pongan su legislación interna en conformidad con sus obligaciones en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.

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

#### B. CUESTIÓN PRELIMINAR

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

6.4 En una carta dirigida al bufete de abogados que representaba a la ASCAP, de fecha 16 de noviembre de 1999<sup>22</sup>, el Representante de los Estados Unidos para las cuestiones comerciales internacionales pidió información a la ASCAP en relación con las preguntas 9 a 11 dirigidas por el Grupo Especial a los Estados Unidos, que se reprodujeron en la carta.<sup>23</sup> El bufete de abogados respondió al Representante de los Estados Unidos para las cuestiones comerciales internacionales en una carta de fecha 3 de diciembre de 1999, remitió copia de la misma al Grupo Especial. El Grupo Especial recibió esta copia el 8 de diciembre de 1999, transmitió la carta de inmediato a ambas partes y las invitó a que formularan sus observaciones al respecto si así lo deseaban.

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

6.6 En carta de fecha 12 de enero de 2000, las Comunidades Europeas declararon que no tenían ningún comentario en cuanto al fondo de la carta. Si bien agradecían la contribución de la ASCAP en el presente caso, consideraban que la carta no añadía ningún elemento a los que ya habían presentado las partes. Refiriéndose a la interpretación del artículo 13 del ESD hecha por el Órgano de Apelación en su informe sobre el caso *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*<sup>24</sup>, las Comunidades Europeas señalaron asimismo que, a su juicio, la autoridad de los grupos especiales se limitaba a considerar la información sobre cuestiones de hecho y el asesoramiento técnico de personas o entidades ajenas a la diferencia y no abarcaba la posibilidad de que un grupo especial aceptara cualquier argumento jurídico o de interpretación jurídica de dichas personas o entidades.

6.7 Según el artículo 13 del ESD, "cada grupo especial tendrá el derecho a recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente ...". Recordamos que en el caso *Estados Unidos - Camarones* el Órgano de Apelación señaló, con respecto al tratamiento por un grupo especial de información no solicitada, que "no es correcto equiparar la facultad de

---

<sup>22</sup> Prueba documental US-19a). El Representante de los Estados Unidos para las cuestiones comerciales internacionales envió una carta semejante al BMI, prueba US-19b).

<sup>23</sup> Estas preguntas, y las respuestas de los Estados Unidos, figuran en el Anexo 2.3 del Informe.

<sup>24</sup> Informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, adoptado el 6 de noviembre de 1998, WT/DS58/AB/R, párrafos 99 a 110.

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

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

### C. CARGA DE LA PRUEBA

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

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

6.11 Recordamos además la alegación de las Comunidades Europeas en el sentido de que sólo hace falta establecer la incompatibilidad del artículo 110(5) con cualquier disposición del Acuerdo sobre los ADPIC (así como las disposiciones del Convenio de Berna (1971) incorporadas en el Acuerdo). A juicio de las Comunidades Europeas, una vez establecida esta incompatibilidad por el demandante (o admitida por el demandado), recae en los Estados Unidos la carga de invocar y probar la aplicabilidad de una excepción.<sup>27</sup>

6.12 Recordando los principios establecidos en el informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Camisas y blusas*<sup>28</sup>, observamos que la carga de la prueba corresponde a la parte -sea el demandante o el demandado- que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte

---

<sup>25</sup> Informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Camarones*, *op. cit.*, párrafo 108.

<sup>26</sup> Respuesta a la pregunta 2 del Grupo Especial a los Estados Unidos en su primera reunión sustantiva.

<sup>27</sup> Primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas, párrafo 74; segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas, párrafo 34.

<sup>28</sup> En *Estados Unidos - Camisas y blusas*, el Órgano de Apelación declaró:

"... la parte que alega un hecho -sea el demandante o el demandado- debe aportar la prueba correspondiente. Además, es una regla generalmente aceptada en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista, en el common law y, de hecho, en la mayor parte de las jurisdicciones, que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción". (Notas al pie de página omitidas.) Véase el informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejido de lana procedentes de la India*, adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, página 17.

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

6.13 Conforme a la práctica seguida en la OMC en materia de solución de diferencias<sup>29</sup>, consideramos que corresponde a las Comunidades Europeas la carga de probar una violación *prima facie* de los derechos fundamentales establecidos en virtud de las disposiciones en materia de derecho de autor del Acuerdo sobre los ADPIC, en particular las disposiciones incorporadas por referencia al Convenio de Berna (1971). Por la misma razón, una vez que las Comunidades Europeas lo hayan hecho, corresponde a los Estados Unidos probar que cualquier excepción o limitación resulta aplicable y que, si las hubiere, se han cumplido las condiciones para invocar dicha excepción.

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

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

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

#### D. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA DIFERENCIA

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

###### a) Derechos exclusivos que implican las alegaciones de las CE

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

---

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

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

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

Las Comunidades Europeas alegan que las partes A y B del artículo 110(5) son incompatibles en primer lugar con el punto 3º del párrafo 1 del artículo 11*bis* y también con el punto 2º del párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC.

6.18 Observamos que, en virtud de su incorporación, las normas sustantivas del Convenio de Berna (1971), inclusive las disposiciones contenidas en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11, se han convertido en parte del Acuerdo sobre los ADPIC y, en tanto que disposiciones de dicho Acuerdo, deben considerarse aplicables a los Miembros de la OMC.

*i) Artículo 11bis del Convenio de Berna (1971)*

6.19 En esta diferencia tiene especial importancia el punto 2º del párrafo 1 del artículo 11*bis*.<sup>32</sup> El párrafo 1) del artículo 11*bis* prescribe lo siguiente:

"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 cualquiera otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida."

6.20 A la luz del artículo 2 del Convenio de Berna (1971) las obras "artísticas" en el sentido del párrafo 1) del artículo 11*bis* comprenden las obras no dramáticas y otras obras musicales. Cada uno de los puntos del párrafo 1) del artículo 11*bis* confiere un derecho exclusivo separado; la explotación de una obra en la forma prescrita en cualquiera de estos puntos requiere autorización del titular del derecho. Por ejemplo, la comunicación pública de una obra radiodifundida crea un auditorio nuevo y el titular del derecho tiene control sobre esta nueva interpretación o ejecución de su obra y puede esperar obtener por ella una remuneración.

6.21 El derecho prescrito en el punto 1º del párrafo 1) del artículo 11*bis* consiste en autorizar la radiodifusión de una obra o la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes. El derecho se aplica tanto a las emisiones de radio como a las de televisión. El punto 2º se refiere al uso ulterior de esta emisión; el derecho exclusivo de los autores comprende toda comunicación pública por hilo o la redifusión de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen.

6.22 En el punto 3º se otorga un derecho exclusivo a autorizar la comunicación pública mediante altavoz, pantalla de televisión o cualquier otro instrumento análogo. Esta comunicación entraña una nueva interpretación o ejecución pública de la obra radiodifundida, lo cual requiere una licencia del

---

del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6*bis* de dicho Convenio ni respecto a los derechos que se derivan del mismo."

<sup>32</sup> El artículo 11*bis* se introdujo en el Convenio de Berna con ocasión de la Revisión de Roma (1928) y fue modificado ulteriormente en la Revisión de Bruselas (1948) habida cuenta de la evolución tecnológica.

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

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

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

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

1º) la representación y la ejecución pública de sus obras, comprendidas la representación y la ejecución pública por todos los medios o por procedimientos;

2º) la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras."

6.24 Al igual que en el caso del párrafo 1 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971), que se refiere a la radiodifusión de las obras o la comunicación pública de la obra radiodifundida, los derechos exclusivos otorgados por el artículo 11 se refieren a la representación y la ejecución *pública*; la interpretación o ejecución privada no requiere autorización. La representación y la ejecución pública comprende la interpretación o ejecución por cualquier medio o procedimiento, como la ejecución mediante grabaciones (por ejemplo, discos compactos, casetes y vídeos).<sup>35</sup> También abarca la comunicación pública de una interpretación o ejecución de la obra. Las alegaciones de las

---

<sup>33</sup> La Guía del Convenio de Berna publicada por la OMPI en 1978 ("Guía del Convenio de Berna") ofrece la siguiente explicación de la situación prevista en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis*: "En la vida moderna, este caso se da cada vez con más frecuencia: 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 perciben 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 emisión o bien mediante transmisión por hilo (véanse los puntos 1º) y 2º) 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 a 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.

<sup>34</sup> Respuesta de las CE a la pregunta 8 del Grupo Especial; párrafos 41 a 46 de la exposición oral de las CE en la primera reunión del Grupo Especial. Párrafos 61 a 62 de la primera comunicación escrita de las CE.

<sup>35</sup> Sin embargo, la interpretación o ejecución pública mediante obras cinematográficas se trata por separado en el punto 2º) del párrafo 1 del artículo 14 del Convenio de Berna. La interpretación o ejecución pública de una obra literaria o la comunicación pública mediante la recitación está comprendida en el artículo 11*ter* del Convenio de Berna.

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

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

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

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

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

---

<sup>36</sup> A este respecto recordamos la explicación ofrecida en la Guía del Convenio de Berna: "El término "por todos los medios" debe entenderse de la cinematografía y de la transmisión por hilo, pero no de la radiodifusión, ya que ésta se rige por disposiciones especiales (Artículo 11*bis*). A título de ejemplo, un organismo de radiodifusión realiza una emisión hertziana de un concierto de música de cámara: en tal caso, es aplicable el Artículo 11*bis*; pero si ese organismo o una empresa especializada comunica el mismo concierto a sus abonados a través de una red telefónica, se ha de aplicar el Artículo 11." Guía del Convenio de Berna, párrafo 11.5, página 76.

<sup>37</sup> Respuesta de las CE a la pregunta 8 del Grupo Especial; párrafos 41-46 de la exposición oral de las CE en la primera reunión del Grupo Especial; párrafos 61-72 de la primera comunicación escrita de las CE; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 2 formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos. Sin embargo, los Estados Unidos ponen en relieve que no puede considerarse que han violado los artículos 11 y/u 11*bis* si las partes A) y B) del artículo 110(5) están comprendidas en las excepciones o limitaciones autorizadas conforme al Acuerdo sobre los ADPIC.

<sup>38</sup> Observamos que el artículo 101 de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos contiene la siguiente definición: "Interpretar, ejecutar o exhibir una obra" públicamente "significa:

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

b) Limitaciones y excepciones

i) *Introducción*

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

6.31 El artículo 13 sobre los Acuerdos de los ADPIC, titulado "Limitaciones y excepciones", es la cláusula de excepción general aplicable a los derechos exclusivos de los titulares del derecho de autor. El artículo dice lo siguiente:

"Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos 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."

6.32 Nos ocupamos del alcance del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC en la subsección (iv) de la presente sección (párrafo 6.71 y siguientes). En la segunda parte del informe (párrafos 6.97 y siguientes), aplicaremos las tres condiciones contenidas en dicho artículo a las partes A y B del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos.

ii) *Resumen de los argumentos formulados por las partes*

6.33 Los Estados Unidos sostienen que el Acuerdo sobre los ADPIC, que incorpora las disposiciones sustantivas del Convenio de Berna (1971), permite a los Miembros que impongan limitaciones de menor alcance a los derechos exclusivos de los titulares del derecho de autor. El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC es la norma por la cual debe juzgarse si dichas limitaciones

---

1) interpretar, ejecutar o exhibir la obra en un lugar abierto al público o cualquier lugar en que se ha reunido un número considerable de personas ajeno al círculo normal de una familia y de sus relaciones sociales; o

2) transmitir o comunicar de otra manera una interpretación, ejecución o exhibición de una obra o un lugar especificado en la cláusula 1) o al público mediante cualquier mecanismo o procedimiento, ya sea que los miembros del público sean capaces de recibir la interpretación, ejecución o exhibición en el mismo lugar o en lugares separados y al mismo tiempo o en tiempos distintos."

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

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

6.35 A juicio de los Estados Unidos, el artículo se aplica a todas las disposiciones relacionadas con el derecho de autor del Acuerdo sobre los ADPIC, inclusive los artículos del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo. En lo que respecta al párrafo 1 del artículo 11*bis* y el párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC, la opinión de los Estados Unidos es que el artículo 13 enuncia y aclara el alcance de la denominada doctrina de las "pequeñas excepciones"<sup>39</sup>, que se aplica a los derechos exclusivos previstos en dichos artículos. Por consiguiente, los Estados Unidos sostienen que el artículo 13 es la norma por la cual debe juzgarse la admisibilidad de las limitaciones o de las "pequeñas excepciones" a los derechos exclusivos en cuestión.

6.36 Como alternativa a su argumento, mencionado en el párrafo 6.34, las Comunidades Europeas sostienen que aun si se considera que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC es aplicable a los derechos exclusivos prescritos con arreglo a las disposiciones de Berna incorporadas en el Acuerdo sobre los ADPIC, su función sería circunscribir el alcance de las limitaciones y excepciones preexistentes contenidas en dichas disposiciones de Berna. Las Comunidades Europeas admiten que se hizo referencia a la doctrina de las pequeñas excepciones en los debates celebrados durante las conferencias diplomáticas de revisión del Convenio de Berna realizadas en Bruselas en 1948<sup>40</sup> y en Estocolmo en 1967<sup>41</sup>, pero consideran que su alcance exacto y su naturaleza jurídica con arreglo al Convenio de Berna no son claros. A su modo de ver, el alcance de las limitaciones permitidas con arreglo a la doctrina de las pequeñas excepciones se limita a las interpretaciones y ejecuciones de obras en relación con ceremonias religiosas, bandas militares y las necesidades de la enseñanza de niños y adultos. Añaden que esos usos se caracterizan por su carácter no comercial. Las Comunidades Europeas también afirman que la doctrina de las pequeñas excepciones tenía por objeto amparar en la cláusula de anterioridad tan sólo las excepciones preexistentes que ya se hallaban establecidas en la legislación nacional antes de la Conferencia Diplomática de Estocolmo de 1967, sin tener en cuenta la fecha en que un determinado país se adhirió al Convenio de Berna.<sup>42</sup>

6.37 Los Estados Unidos sostienen que la doctrina de las pequeñas excepciones constituye una práctica ulteriormente seguida por los miembros de la Unión de Berna en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("Convención de Viena"). A juicio de los Estados Unidos esta doctrina no se limita a los ejemplos concretos mencionados en los informes de las Conferencias Diplomáticas de Bruselas y Estocolmo. No existe un requisito según el

---

<sup>39</sup> Véase una explicación en el párrafo 6.45 y siguientes más adelante.

<sup>40</sup> Conferencia Diplomática de Bruselas para la Revisión del Convenio de Berna, 5 a 26 de junio de 1948.

<sup>41</sup> Conferencia de Propiedad Intelectual de Estocolmo, 11 de junio a 14 de julio de 1967.

<sup>42</sup> Véase, entre otras cosas, la segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas, párrafos 16, 17, 22, 23, 27 y 28.

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

6.38 En lo que respecta a los derechos exclusivos conferidos por el párrafo 1 del artículo 11*bis*, las Comunidades Europeas consideran que ni la doctrina de las pequeñas excepciones ni el artículo 13 pueden aplicarse independientemente del requisito de pagar una remuneración equitativa que se enuncia en el párrafo 2 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971). A su juicio, una excepción a los derechos exclusivos en cuestión debe prever, como mínimo, la remuneración equitativa del titular del derecho, además de cumplir las tres condiciones del artículo 13. Estiman que la remuneración equitativa puede proporcionarse por medios que no sean las licencias obligatorias<sup>44</sup> y que, en consecuencia, el campo de aplicación del párrafo 2 del artículo 11*bis* abarca todas las excepciones a los derechos exclusivos conferidos por el párrafo 1 del artículo 11*bis*. Las Comunidades Europeas también hacen referencia a la amplia argumentación en apoyo de su interpretación que se desarrolla en la comunicación presentada por Australia como tercero.<sup>45</sup>

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

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

6.41 Al examinar estas cuestiones surge el problema de saber cómo se relacionan entre sí las condiciones para invocar excepciones prescritas en el Convenio de Berna (1971), en particular con arreglo a la doctrina de las pequeñas excepciones así como en el párrafo 2 del artículo 11*bis* de una parte, y las condiciones para invocar el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, de otra. Observamos el artículo 30 de la Convención de Viena<sup>47</sup> sobre la aplicación de tratados sucesivos no es

---

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

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

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

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

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

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

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

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

iii) *La doctrina de las pequeñas excepciones*

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

*Normas generales de interpretación*

6.43 Como se ha señalado frecuentemente, en los grupos especiales y en el Órgano de Apelación de la OMC, las normas fundamentales de interpretación de tratados son el artículo 31<sup>48</sup> "Regla general de interpretación" y el artículo 32 "Medios de interpretación complementaria" de la Convención de Viena. Observamos que; conforme al párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena debemos interpretar de buena fe las disposiciones dentro de nuestro marco de referencia conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Ya nos hemos referido a los términos de estos artículos, pero nuestra tarea no acaba con ello. Debe atribuirse a los términos del tratado el sentido corriente en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.<sup>49</sup>

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

---

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

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

<sup>48</sup> "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."

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

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

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

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

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

---

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

<sup>51</sup> Sinclair, *op. cit.*, página 129.

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

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

<sup>54</sup> "Il y a ici une certaine notion de contemporanéité, l'un ou l'autre peut être concomitant à cette conclusion, mais il peut la précéder ou la suivre sans s'en éloigner trop. Cette condition est justifiée par l'dée même du contexte." Véase: Yasseen, *op. cit.*, párrafo 16, página 38.

<sup>55</sup> Sinclair, *op. cit.*, 129. Sinclair cita el ejemplo del Consejo de Europa en que los expertos gubernamentales encargados de la tarea de negociar y formular una convención internacional sobre un determinado tema redactaron, paralelamente al texto de la convención un informe explicativo en el que se establece el marco de redacción y los antecedentes de la convención, y en el que se ofrece a continuación un comentario del texto artículo por artículo. El informe explicativo fue objeto de un acuerdo unánime de los expertos gubernamentales encargados de redactar el texto de la convención y fue adoptado al mismo tiempo que el texto de la convención.

<sup>56</sup> "De plus, la procédure de certaines conférences générales permet, sans adoption de résolution formelle, de discerner un accord qui fait partie du contexte. Des explications concernant une disposition pourront être données, avant le vote de cette disposition, par une personne chargée par la conférence d'une certaine fonction. Le président du comité de rédaction peut, en tant que tel, être appelée à préciser le sens d'une disposition telle qu'elle est adoptée par ce comité. Si la déclaration n'a pas été contredite ou moins pas sérieusement, et si la disposition ainsi clarifiée est acceptée par un vote à la majorité requise, il est possible de soutenir que cette acceptation s'étend à ladite déclaration, qui peut ainsi être considérée comme la base d'un accord faisant partie du contexte. Tout se ramène ici à une question de preuve susceptible d'être élucidée par les circonstances qui ont entouré l'adoption de la disposition dont il s'agit." Véase: Yasseen, *op. cit.*, párrafo 20, página 39.

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

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

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

6.49 Casi siempre se hace referencia a la posibilidad, de que disponen todos los miembros de la Unión de Berna, de establecer excepciones a ciertos derechos exclusivos como la doctrina de las "pequeñas reservas". Sin embargo esta terminología puede inducir a error en el sentido de que dicha posibilidad no constituye una reserva conforme a los artículos 19 a 23 de la sección 2 sobre "Reservas" de la Convención de Viena. Las normas que se aplican a los miembros de la Unión de Berna son las del artículo 30 del Convenio de Berna (1971), en el cual se prescriben las condiciones para formular reservas con arreglo a dicho Convenio. También debe observarse que en el artículo 72 del Acuerdo sobre los ADPIC<sup>59</sup> se prohíbe a los Miembros de la OMC hacer reservas sin el consentimiento de los demás Miembros. No se ha hecho ninguna reserva conforme al Acuerdo sobre los ADPIC en relación con ésta o con cualquier otra cuestión.<sup>60</sup> En consecuencia, para mayor claridad, emplearemos en adelante el término doctrina de las "pequeñas excepciones".

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

---

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

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

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

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

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

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

6.53 Al precisar la naturaleza jurídica de la doctrina de las pequeñas excepciones, es importante señalar que en el Informe General se dice que se encomendó al Redactor General que se "refiriese expresamente ... a la posibilidad disponible en la legislación nacional de hacer lo que se ha convenido en denominar "pequeñas reservas".<sup>62</sup> Consideramos que la elección de estas palabras refleja un acuerdo, conforme al apartado a) del párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena, entre los miembros de la Unión de Berna presentes en la Conferencia de Bruselas en el sentido de mantener la posibilidad de establecer pequeñas excepciones en las leyes nacionales. Llegamos a esta conclusión por las siguientes razones. Primera, la introducción del punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11*bis* y el punto 2º) del párrafo 1 del artículo 11 ocurrió simultáneamente con la adopción del Informe General en el cual se mencionaba expresamente la doctrina de las pequeñas excepciones. Segunda, esta doctrina está estrechamente relacionada con el fondo de la enmienda al Convenio de Berna, puesto que limita el alcance de los derechos exclusivos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna. En tercer lugar existe un "acuerdo" entre las partes porque, de una parte, se encomienda al Relator General que se refiera expresamente a las pequeñas excepciones y, de otra parte, el Informe General de la Conferencia de Bruselas, en el cual se hizo esta mención expresa, fue adoptado formalmente por los miembros de la Unión de Berna. Por consiguiente concluimos que se llegó a un acuerdo entre todas las partes, en el sentido del apartado a) del párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena, sobre la posibilidad de establecer pequeñas excepciones en la revisión de la Convención en la cual se establecieron nuevos derechos exclusivos, inclusive los contenidos en el punto 3º) del párrafo 1 del

---

<sup>61</sup> La parte pertinente del Informe General de la Conferencia Diplomática de Bruselas dice 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 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." Véase el Anexo XII.1 a la carta del Director General de la OMPI a la presidencia del Grupo Especial. Esta declaración también se reproduce en el *Berne Convention Centenary*, *op. cit.*, página 181.

<sup>62</sup> No es una simple declaración de la presidencia de un grupo de redacción por formulada a título personal.

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

6.54 Como se ha señalado antes, la redacción de los artículos 11*bis* y 11 siguió siendo fundamentalmente la misma en las Conferencias Diplomáticas de Estocolmo (1967) y París (1971) en las cuales los Informes Generales fueron también adoptados formalmente por los miembros de la Unión de Berna. Los informes de la Conferencia de Estocolmo confirman nuevamente nuestra conclusión relativa a la existencia de un acuerdo sobre las pequeñas excepciones. El informe del Comité Principal I<sup>64</sup> se refiere a la existencia de un acuerdo entre los miembros de la Unión de Berna en el sentido de que se permiten pequeñas excepciones, entre otras cosas, con respecto a los artículos 11 y 11*bis* del Convenio de Berna.<sup>65</sup>

6.55 Además, recordamos que en el párrafo 3) del artículo 31 de la Convención de Viena se prescribe que, juntamente con el texto habrán de tenerse en cuenta para los efectos de interpretación a) todo acuerdo ulterior, b) toda práctica ulteriormente seguida<sup>66</sup>, o c) toda norma pertinente internacional aplicable en las relaciones entre las partes. Observamos que las partes y los terceros han señalado a nuestra atención varios ejemplos, tomados de diversos países, sobre limitaciones que figuran en las leyes nacionales y están basadas en la doctrina de las pequeñas excepciones.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Si no hubiera posibilidad de "pequeñas excepciones" en relación con los artículos 11*bis* y 11, no sería posible justificar con arreglo a ninguna disposición del Convenio de Berna una excepción *de minimis* en las leyes nacionales que permitiera el uso, sin pago de remuneración, de los derechos conferidos por esos artículos.

<sup>64</sup> Las partes pertinentes del Informe sobre los trabajos del Comité Principal I (Disposiciones sustantivas del Convenio de Berna: artículos 1 a 20) dice lo siguiente:

"209. En el Informe General de la Conferencia de Bruselas, se encomendó al Redactor que se refiriese expresamente, en relación con el artículo 11, a la posibilidad de lo que se ha convenido en llamar las "pequeñas reservas" de la legislación nacional. Algunos delegados habían mencionado las excepciones permitidas respecto de las 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 terminó diciendo que esas referencias se esbozaban escuetamente sin invalidar el principio del derecho.

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."

Véase *Berne Convention Centenary*, página 204. Para un examen más completo de la historia de la doctrina de las pequeñas excepciones y otras excepciones implícitas con arreglo al Convenio de Berna, véase e.g. Ricketson, *The Berne Convention*, *op. cit.*, páginas 532 y siguientes.

<sup>65</sup> Si bien tomamos nota de que esta declaración, que figura en los informes de la Conferencia de Estocolmo de 1967, confirma el acuerdo sobre la posibilidad de establecer pequeñas excepciones a ciertos derechos exclusivos concertados en la Conferencia de Bruselas de 1948, consideramos que no es necesario determinar si constituye un acuerdo separado o renovado de la Conferencia de Estocolmo en el sentido del párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena. A los efectos de nuestro examen del punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11*bis* y del punto 2º) del párrafo 1 del artículo 11, dicho acuerdo sería pertinente sólo en la medida en que esos artículos se han modificado o enmendado en la Conferencia de Estocolmo.

<sup>66</sup> En *Japón - Bebidas alcohólicas*, el Órgano de Apelación describió la práctica ulteriormente seguida en el sentido del apartado b) del párrafo 3) del artículo 31 de la Convención de Viena: "... En derecho internacional, por lo general, se entiende que en esencia la práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie "concordante, común y coherente" de actos o declaraciones que bastan para determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación. Un acto aislado no suele ser suficiente para determinar una práctica ulteriormente seguida, sino que se requiere una serie de datos por los que se establece el acuerdo de las partes acerca de su interpretación". (Notas al pie de página suprimidas.) Véase el Informe del Órgano de Apelación sobre *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, adoptado el 1º de noviembre de 1996, WT/DS8,10,11/AB/R, página 14.

<sup>67</sup> Por ejemplo, Australia exonera las interpretaciones o ejecuciones públicas mediante aparatos sin hilo en locales de, por ejemplo, hoteles o pensiones. Bélgica exonera la comunicación pública de obras en lugares

A nuestro juicio, la práctica estatal reflejada en las leyes nacionales del derecho de autor de los miembros de la Unión de Berna antes y después de 1948, 1967 y 1971, así como de los Miembros de la OMC antes y después de la fecha en que entró en vigor para ellos el Acuerdo sobre los ADPIC, confirman nuestra conclusión sobre la doctrina de las pequeñas excepciones.<sup>68</sup>

*Campo de aplicación de la doctrina de las pequeñas excepciones*

6.56 Aparte de la naturaleza jurídica de la doctrina de las pequeñas excepciones con arreglo al Convenio de Berna, las partes tampoco están de acuerdo en cuanto al campo de aplicación de la doctrina. A juicio de los Estados Unidos, el elemento que define la doctrina de las pequeñas excepciones es que una limitación o excepción debe tener un carácter mínimo para ser permitida. La posibilidad de establecer pequeñas excepciones no se limita a los ejemplos que figuran en las actas de las Conferencias de Bruselas y Estocolmo antes citadas. Por el contrario, las Comunidades Europeas sostienen que los ejemplos ofrecidos en las actas de Bruselas y Estocolmo son exhaustivos y estiman que la doctrina de las pequeñas excepciones sólo se refiere exclusivamente a las limitaciones o excepciones de carácter no comerciales. También ponen de relieve que en las actas de la Conferencia de Estocolmo se describe la doctrina de las pequeñas excepciones como un medio de permitir a los países que "mantengan" las excepciones nacionales existentes. De la declaración antes citada, que figura en las actas de la Conferencia de Estocolmo, las CE deducen que la doctrina de las pequeñas excepciones puede justificar sólo las excepciones o limitaciones que existían en la legislación nacional de un país antes de 1967, cuando se llevó a cabo la Conferencia de Estocolmo.<sup>69</sup> Los Estados Unidos rechazan esta teoría de excepción por anterioridad así como la interpretación de que las listas de ejemplos que figuran en las actas de las Conferencias Diplomáticas son exhaustivas.

6.57 El Informe General de la Conferencia de Bruselas de 1948 se refiere a "ceremonias religiosas, ejecuciones musicales por bandas militares y las necesidades de la enseñanza de menores y adultos" como situaciones con respecto a las cuales puede establecerse pequeñas excepciones. En el Informe del Comité Principal I de la Conferencia de Estocolmo de 1967 también se hace referencia a la "popularización" como uno de los ejemplos.<sup>70</sup> Cuando esas referencias se interpretan en su debido contexto, resulta evidente que los ejemplos tienen un carácter ilustrativo.<sup>71</sup> Observamos también que

---

accesibles al público cuando el objeto de la comunicación no es la obra en sí misma y también la interpretación o ejecución de obras durante un examen público cuyo propósito es evaluar al intérprete o ejecutante. Finlandia exime la interpretación o ejecución públicas en relación con los servicios religiosos y la enseñanza. Finlandia y Dinamarca prevén excepciones cuando la interpretación o ejecución de la obra no es la característica principal de un acto, siempre que no se cobre la entrada y que el acto no tenga fines de lucro. Nueva Zelanda exonera interpretación o ejecución públicas de obras musicales en los centros de educación. Filipinas exime las interpretaciones o ejecuciones públicas con fines caritativos y educacionales. Una excepción semejante se aplica en la India, en que están exoneradas asimismo las interpretaciones o ejecuciones incluso en clubes o sociedades de aficionados. La ley canadiense prevé excepciones de diversos derechos exclusivos con propósitos educacionales, religiosos o administrativos y también en las convenciones y ferias. Sudáfrica exime las interpretaciones o ejecuciones públicas tratándose de demostraciones de receptores de radio o televisión y de equipos de grabación efectuadas por los vendedores o clientes de dichos equipos. (Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 16 formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos.) Brasil permite la libre utilización de obras en establecimientos comerciales con objeto de mostrar a los clientes que el equipo comercial hace posible dicha utilización. (Véase la respuesta del Brasil a la pregunta 1 del Grupo Especial a terceros.)

<sup>68</sup> Al enunciar estos ejemplos de práctica estatal no queremos expresar una opinión sobre si los ejemplos constituyen una "práctica seguida ulteriormente" en el sentido del apartado b) del párrafo 3) del artículo 31 de la Convención de Viena. Véase la descripción del Órgano de Apelación en su informe sobre *Japón - Bebidas alcohólicas, op.cit.*, página 13, citada en la nota 66 *supra*.

<sup>69</sup> Respuesta a la pregunta 11 formulada por el Grupo Especial a las Comunidades Europeas.

<sup>70</sup> Véanse las citas en la nota 64 *supra*.

<sup>71</sup> Por ejemplo, en sus trabajos preparatorios para la Conferencia de Bruselas, el Gobierno de Bélgica y la BIRPI fueron de opinión que sería imposible enumerar en el Convenio todas las excepciones preexistentes de

los ejemplos ofrecidos en los informes de las Conferencias de Bruselas y Estocolmo no son idénticos. Además, los ejemplos figuran en el contexto del párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna, pero en los informes se aclara que también es posible establecer pequeñas excepciones a los derechos exclusivos conferidos con arreglo a los artículos 11*bis*, 11*ter*, 13 y 14, sin citar ningún ejemplo concreto. También es evidente que las pequeñas excepciones existentes varían según los distintos países. Así lo confirma la información que se nos ha presentado sobre la práctica estatal seguida en diversos países con respecto a las pequeñas excepciones.<sup>72</sup> Por otra parte, la literatura académica apoya la opinión de que los ejemplos de usos con respecto a los cuales pueden establecerse pequeñas excepciones no pretenden ser exhaustivos.<sup>73</sup>

6.58 Observamos que, por lo general, algunos ejemplos antes mencionados (por ejemplo ceremonias religiosas, bandas militares) entrañan usos mínimos que no se llevan a cabo con fines de lucro. En cambio en otros ejemplos (enseñanza de adultos y menores y popularización) el carácter exclusivamente no comercial de los usos que pueden estar exentos es menos claro. Sobre la base de la información que se nos ha presentado, no estamos en posición de determinar si la doctrina de las pequeñas excepciones justifica sólo el uso no comercial de las obras y si no puede justificar en ningún caso excepciones tratándose de usos que tienen para los titulares de los derechos efectos económicos que no son insignificantes. Por otra parte, los usos no comerciales de las obras, por ejemplo la enseñanza de adultos y menores, pueden llegar a un nivel en que tengan efectos económicos importantes para los titulares de derechos. Consideramos, en todo caso, que el carácter no comercial del uso en cuestión no es determinante siempre que la excepción contenida en las leyes nacionales sea en verdad *pequeña*.<sup>74</sup>

6.59 En lo que respecta a la aplicación de la doctrina de las pequeñas excepciones en el tiempo, no podemos compartir la opinión de las Comunidades Europeas en el sentido que la aplicación quedó "congelada" en 1967.<sup>75</sup> A nuestro juicio, el uso del término "*mantiene*" en las actas de Estocolmo<sup>76</sup> no es prueba suficiente que confirme la interpretación de que los países pueden justificar con arreglo a la doctrina de las pequeñas excepciones sólo las limitaciones que estaban en vigor en su legislación nacional antes del año en que se celebró la Conferencia.

*Naturaleza jurídica de las doctrinas de las pequeñas excepciones con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC*

6.60 Habiendo llegado a la conclusión de que la doctrina de las pequeñas excepciones forma parte del "contexto" por lo menos de los artículos 11*bis* y 11 del Convenio de Berna (1971), en virtud de un acuerdo (conforme al sentido del apartado a) del párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena), concertado entre los miembros de la Unión de Berna sobre la formulación de las respectivas

---

manera exhaustiva puesto que eran demasiado variadas. *Documents de la Conférence Réunie a Bruxelles du 5 au 26 juin 1948* publicados por BIRPI en 1951, página 255.

<sup>72</sup> Véase la nota 67 *supra*.

<sup>73</sup> Ricketson observa que "los ejemplos de usos ofrecidos en las actas de las Conferencias de Bruselas y Estocolmo no constituyen en modo alguno una lista exhaustiva ni permiten determinar cuáles son las distintas excepciones que podrían justificarse". Véase Ricketson, *Berne Convention, op. cit.*, página 536.

<sup>74</sup> En la literatura se ha sostenido que estas excepciones a los derechos protegidos con arreglo a disposiciones pertinentes en el Convenio de Berna deben ser relativas a usos mínimos, o sin importancia para el autor. Véase Ricketson, *Berne Convention, op. cit.*, páginas 532-535.

<sup>75</sup> En lo que respecta al año 1967, fecha límite propuesta, observamos que las disposiciones sustantivas del Acta de Estocolmo de 1967 no han entrado nunca en vigor. Las disposiciones sustantivas se incorporaron más adelante en el Acta de París de 1971, que entró en vigor el 10 de octubre de 1974.

<sup>76</sup> En el párrafo 210 del Informe del Comité Principal I de la Conferencia de Estocolmo se usa el término "*mantiene*". Sin embargo en la declaración original contenida en el Informe General de la Conferencia de Bruselas de 1948, a la cual se refieren las actas de Estocolmo, se usa la expresión "la posibilidad de que disponen las leyes nacionales de establecer lo que suele llamarse "*pequeñas reservas*".

enmiendas de dicho Convenio, pasamos ahora a la segunda parte de nuestro análisis conforme a lo que antes hemos dicho. Esta segunda parte se refiere a la cuestión de si la doctrina de las pequeñas excepciones ha sido incorporada o no en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9<sup>77</sup>, conjuntamente con los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971), como parte del acervo de Berna.

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

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

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

6.64 Consideramos que nuestra interpretación queda confirmada por ciertas referencias a la doctrina de las pequeñas excepciones contenidas en la documentación de las negociaciones celebradas en la Ronda Uruguay del GATT acerca del Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>80</sup> En un documento del Grupo de Negociación sobre los ADPIC<sup>81</sup> se reproduce un documento preparado por la Oficina Internacional de la OMPI a raíz de una decisión adoptada por el Grupo de Negociación, el 3 de marzo de 1988, en la que se invitaba a la Oficina "a que prepare un documento fáctico para facilitar la comprensión de las cuestiones relacionadas con la existencia, el alcance y la forma de las normas y los criterios internacional y generalmente aceptados y aplicados para la protección de la propiedad intelectual".<sup>82</sup>

---

<sup>77</sup> El párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC dice lo siguiente: "Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6*bis* de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo."

<sup>78</sup> Si bien en el párrafo 1 del artículo 9 no se menciona la doctrina de las pequeñas excepciones, no se excluye la posibilidad de que esa doctrina quedara incorporada en el Acuerdo sobre los ADPIC como parte del acervo de Berna junto con las disposiciones antes mencionadas a la cual se aplica con arreglo al Convenio de Berna (1971).

<sup>79</sup> En tal sentido hacemos referencia al tratamiento de los derechos morales en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC. En el párrafo 1 del artículo 9 se excluyen expresamente los derechos y obligaciones de los Miembros respecto de los derechos conferidos por el artículo 6*bis* del Convenio de Berna (1971) y de los derechos que se derivan del mismo.

<sup>80</sup> Recordamos que, conforme al artículo 32 de la Convención de Viena, "se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31 ...". No advertimos la necesidad de determinar si la documentación de la Ronda Uruguay del GATT constituye "trabajos preparatorios" o se refiere a las "circunstancias de ... [la] celebración" del Acuerdo sobre los ADPIC adjunto al Acuerdo por el que se establece la OMC.

<sup>81</sup> MTN.GNG/NG11/W/24/Rev.1 de 15 de septiembre de 1988.

<sup>82</sup> Véase el documento del GATT MTN.GNG/NG11/6, párrafos 39 y 40 y Anexo.

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

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

6.65 En otro documento del Grupo de Negociación sobre los ADPIC<sup>84</sup> se menciona la doctrina de las pequeñas excepciones como parte de las normas internacionales existentes. No tenemos conocimiento de que en la documentación de la Ronda Uruguay haya constancia de que ningún país participante en las negociaciones haya impugnado o puesto en tela de juicio la doctrina de las pequeñas excepciones en tanto que parte del acervo de Berna a base del cual debía redactarse el Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>85</sup>

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

---

<sup>83</sup> *Ibid.*, página 22.

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

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

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

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

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

*Evolución ulterior*

6.67 Los Estados Unidos sostienen que el artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor ("WCT"), adoptado el 20 de diciembre de 1996 en una Conferencia Diplomática organizada bajo los auspicios de la OMPI, refleja la norma establecida en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. En el párrafo 1) de dicho artículo se establece una norma para las limitaciones y excepciones permitidas a los derechos concedidos a los autores con arreglo al WCT, mientras que en el párrafo 2) se hace que la norma abarque la aplicación de las disposiciones del Convenio de Berna (1971).<sup>87</sup> A juicio de los Estados Unidos, de la declaración concertada respecto del artículo 10 del WCT se deduce claramente que los signatarios del WCT, entre los cuales figuran las Comunidades Europeas y sus Estados miembros así como los Estados Unidos, reconocen por lo general la doctrina de las pequeñas excepciones.<sup>88</sup> En apoyo de su punto de vista, los Estados Unidos señalan también que el artículo 10 del WCT está basado en el artículo 12 de la Propuesta Básica para la Conferencia Diplomática 1996.<sup>89</sup> En el comentario que figura en la Propuesta Básica se explica que en el Acuerdo sobre los ADPIC ya se enuncia la norma de dicho artículo para las limitaciones y excepciones previstas en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, y se dice además que "ninguna limitación, ni siquiera las que pertenecen a la categoría de las pequeñas reservas, podrá exceder los límites fijados por el criterio de tres etapas".

6.68 Las Comunidades Europeas sostienen que hasta la fecha el WCT ha sido ratificado sólo por un pequeño número de partes contratantes y todavía no se han hecho las 30 ratificaciones necesarias para su entrada en vigor.

---

entre ellas." Véase Informe del Órgano de Apelación relativo a *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México* ("*Guatemala - Cemento*"), adoptado el 25 de noviembre de 1998, WT/DS60/AB/R, párrafo 65.

En *Indonesia - Automóviles*, el Grupo Especial señaló "... recordamos en primer lugar que el derecho internacional público establece una presunción contraria al conflicto. La presunción es especialmente pertinente en el caso de la OMC puesto que todos los Acuerdos de la OMC, incluido el GATT de 1994, modificado por Entendimientos cuando se consideró necesario, fueron negociados al mismo tiempo, por los mismos Miembros y en el mismo foro. A este respecto, recordamos que, según el principio de interpretación efectiva, debe darse sentido a todas las disposiciones de un tratado (y en el sistema de la OMC a todos los Acuerdos) con arreglo al significado corriente de las palabras (notas al pie de página suprimidas). Véase el informe del Grupo Especial sobre *Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil* ("*Indonesia - Automóviles*"), adoptado el 23 de julio de 1998, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R y WT/DS64/R, párrafo 14.28.

<sup>87</sup> El artículo 10 del WCT dice 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.

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."

<sup>88</sup> La declaración concertada respecto al 10 del WCT dice lo siguiente: "Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente *las limitaciones y excepciones del 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 o limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital*." (cursiva añadida).

<sup>89</sup> Respuesta a la pregunta 14 del Grupo Especial a los Estados Unidos.

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

6.70 En el párrafo 6.66 hemos examinado la necesidad de interpretar el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC de manera que haga concordar los textos de estos dos tratados y evite un conflicto entre ellos, en vista de que forman el marco global de la protección multilateral del derecho de autor. El mismo principio debe aplicarse también a la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el WCT. El WCT está diseñado para ser compatible con este marco, e incorpora o utiliza en gran medida los términos del Convenio de Berna y del Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>90</sup> El WCT fue aprobado por unanimidad en la conferencia diplomática organizada bajo los auspicios de la OMPI en diciembre de 1996, en el cual participaron 127 países que se celebró un año después de que entrara en vigor el Acuerdo de la OMC. La mayoría de estos países eran también participantes en las negociaciones sobre los ADPIC y Miembros de la OMC.<sup>91</sup> Por estas razones conviene buscar una orientación contextual también en el WCT cuando se proponen interpretaciones que evitan conflictos dentro de este marco global, salvo en el caso de los tratados que contienen explícitamente diferentes obligaciones.

*iv) Alcance del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC*

6.71 Como se ha dicho antes, el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC es un elemento fundamental en la argumentación de los Estados Unidos. Los Estados Unidos sostienen que este artículo enuncia y aclara el campo de aplicación de la doctrina de las pequeñas excepciones, aplicable con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC. Habiendo examinado la naturaleza jurídica de la doctrina de las pequeñas excepciones con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC, examinaremos luego la aplicabilidad del artículo 13 al párrafo 1 del artículo 11*bis* y al párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) tal como fueron incorporados al Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>92</sup>

6.72 La redacción utilizada en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC<sup>93</sup> tiene su origen en los términos semejantes utilizados en el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna (1971)<sup>94</sup>, aunque este último sólo se aplica en el caso del derecho de reproducción.<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> El artículo 10 del WCT trata la relación entre el WCT y el Convenio de Berna, pero no existe ninguna relación directa entre el WCT y el Acuerdo sobre los ADPIC. En el artículo 1 del WCT se establece que "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."

<sup>91</sup> Al 1º de marzo de 1999, 13 países habían ratificado el WCT, que tiene ahora 51 signatarios, entre ellos las Comunidades Europeas y sus Estados miembros.

<sup>92</sup> Véase el capítulo "La prueba de tres criterios con arreglo al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC", que comienza en el párrafo 6.97 del presente informe.

<sup>93</sup> El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC dice lo siguiente:

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

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

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

---

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

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

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

<sup>95</sup> Los trabajos preparatorios del párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna permiten apreciar cómo, en un primer momento, se tuvo intención de que se entendieran los términos utilizados. Si bien el párrafo 2 del artículo 9 puede formar parte del contexto del artículo 13, los trabajos preparatorios y la documentación sobre las negociaciones son, naturalmente, pertinentes, sobre todo en el marco del artículo 32 de la Convención de Viena, es decir a los efectos de confirmar una interpretación formulada de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena.

<sup>96</sup> Actas de la Conferencia sobre Propiedad Intelectual de Estocolmo. 11 de junio a 14 de julio de 1967. Informe sobre los trabajos del Comité Principal I (disposiciones sustantivas del Convenio de Berna: artículos 1 a 20). Texto reproducido en Berne Convention Centenary, página 197.

<sup>97</sup> En el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna (1971) se prescribe que "Se reserva las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción", mientras que en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC se establece que "Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos".

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

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

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

6.77 Además, las Comunidades Europeas añaden que el artículo 20 del Convenio de Berna (1971) se refleja en el párrafo 2) del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, que dice lo siguiente:

"Ninguna disposición de las 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 París, el Convenio de Berna, la Convención de Roma y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados."

6.78 En una alternativa a su argumento principal, las Comunidades Europeas sostienen que, aun si se asignara al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC una función en el contexto de las excepciones a los derechos exclusivos con arreglo al Convenio de Berna (1971), debería respetarse un principio según el cual el objetivo del Acuerdo sobre los ADPIC es reducir o eliminar las excepciones existentes y no conceder otras nuevas o ampliar las que ya existen. Las Comunidades Europeas se refieren a una diferencia de redacción entre el artículo 13 ("los Miembros *circunscribirán* las limitaciones o excepciones") y el artículo 17, el párrafo 2) del artículo 26 y el artículo 30 del Acuerdo sobre los ADPIC ("los Miembros *podrán establecer* excepciones limitadas").<sup>100</sup> Recordamos, sin embargo, que en el marco de este argumento principal, las Comunidades Europeas consideran que en el artículo 13 se establecen excepciones a nuevos derechos, más que reducir el alcance de cualesquiera limitaciones existentes.

6.79 Los Estados Unidos sostienen que "el texto del artículo 13 es inequívoco y se aplica a 'las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos'. No a *algunas* limitaciones ni a limitaciones a *algunas* excepciones impuestas a los derechos exclusivos".<sup>101</sup> Los Estados Unidos agregan que la aplicación del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC a los derechos establecidos con arreglo al párrafo 1) del artículo 11 y al párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna

---

<sup>98</sup> Véase la respuesta de las CE a la pregunta 10 del Grupo Especial a las Comunidades Europeas.

<sup>99</sup> El texto completo del artículo 20 del Convenio de Berna (1971) es el siguiente:

"Los gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos Arreglos particulares, siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio, o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio. Las disposiciones de los Arreglos existentes que respondan a las condiciones antes citadas continuarán siendo aplicables."

<sup>100</sup> Párrafo 27 de la segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas.

<sup>101</sup> Párrafo 4 de la exposición oral formulada por los Estados Unidos en la segunda reunión del Grupo Especial.

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

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

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

6.82 En lo que respecta al argumento de las Comunidades Europeas en el sentido de que la interpretación del artículo 13 que hacen los Estados Unidos es incompatible con el artículo 20 del Convenio de Berna (1971) y con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, debido a que se considera que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC constituye una base para excepciones que no serían compatibles con las permitidas con arreglo al Convenio de Berna (1971), observamos que los Estados Unidos no discuten esta aseveración sino más bien afirman que el artículo 13 enuncia y aclara las normas aplicables a las pequeñas excepciones con arreglo al Convenio de Berna (1971). Puesto que los argumentos de las CE en relación con estas disposiciones sólo serían pertinentes si se propusiera una constatación incompatible con el Convenio de Berna (1971), no consideramos necesario seguirlos examinando.

v) *Párrafo 2 del artículo 11bis del Convenio de Berna (1971) incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC*

6.83 El párrafo 2 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971), incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC, se refiere a los derechos exclusivos conferidos con arreglo al párrafo 1 del artículo 11*bis*, entre los cuales la comunicación pública de una obra radiodifundida en el sentido del punto 3º). El párrafo 2 dice lo siguiente:

"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."

6.84 Esta disposición se insertó en el Acta de Roma de 1928, al introducirse por primera vez el derecho de radiodifusión. En la Conferencia de Bruselas de 1948 se extendió su alcance para abarcar los derechos adicionales reconocidos en el párrafo 1) del artículo 11*bis*, inclusive los derechos con arreglo al punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11*bis*. El párrafo 2 del artículo 11*bis* no se aplica los derechos establecidos con arreglo al párrafo 1 del artículo 11. Por lo general se entiende que la referencia a "condiciones" permite a los países que reemplacen el derecho exclusivo del autor por un

régimen de licencias obligatorias<sup>102</sup>, o que establezcan otras condiciones siempre que éstas no afecten el derecho del titular del derecho a obtener una remuneración equitativa.<sup>103</sup>

6.85 Las Comunidades Europeas sostienen que en toda excepción a los derechos contenidos en el párrafo 1 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971) incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC se tendría que prever una remuneración equitativa para el titular del derecho; éste no es el caso del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos. En tal sentido, las Comunidades Europeas hacen referencia a los sustanciales argumentos en apoyo de esa interpretación expuestos por Australia en su comunicación presentada en calidad de tercero.<sup>104</sup>

6.86 Los Estados Unidos sostienen que el párrafo 2 del artículo 11*bis* no tiene relación con el artículo 110(5); en el párrafo 2 del artículo 11*bis* se autoriza simplemente a un país a que haga uso de una licencia obligatoria, o de su equivalente, en sustitución de un derecho exclusivo con arreglo al artículo 11*bis*. Los Estados Unidos añaden que el párrafo 2 del artículo 11*bis* no tiene relación con la doctrina de las pequeñas excepciones y no influye en el campo de aplicación de las excepciones permitidas con arreglo a dicha doctrina tal como se aplica con arreglo al artículo 11*bis*.

6.87 Consideramos que el párrafo 2 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971) y el artículo 13 se refieren a situaciones distintas. Por una parte, en el párrafo 2 del artículo 11*bis* se autoriza a los Miembros a que establezcan las condiciones para el ejercicio de los derechos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 11*bis* (puntos 1º a 3º). La imposición de dichas condiciones puede reemplazar por completo el libre ejercicio del derecho exclusivo a autorizar el uso de los derechos contenidos en los puntos 1º a 3º, siempre que no afecten la remuneración equitativa ni los derechos morales del autor. Sin embargo, a diferencia del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, el párrafo 2 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971) no justifica en ningún caso el uso sin ninguna remuneración.

6.88 Por otra parte, para que sea permitida, basta que una limitación o excepción a los derechos exclusivos previstos en el párrafo 1 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971), incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC, cumpla las tres condiciones enunciadas en el artículo 13. Si se cumplen esas tres condiciones, un gobierno puede elegir entre diversas opciones para limitar el derecho en cuestión, e inclusive el uso sin ningún pago o remuneración y sin autorización del titular del derecho. Esto no entra en conflicto con ninguno de los párrafos del artículo 11*bis*, debido a que el uso sin remuneración puede permitirse en el caso de pequeñas excepciones en virtud de la doctrina de las pequeñas excepciones que se aplica también, entre otras cosas, al artículo 11*bis*.

6.89 En lo que respecta a las situaciones en las que no se cumplen las tres condiciones antes mencionadas, un gobierno no puede justificar una excepción, inclusive una que entrañe el uso sin remuneración, invocando el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. Sin embargo, también en esas situaciones, el párrafo 2 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971), incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC, permitiría a los Miembros sustituir un derecho exclusivo por una licencia obligatoria, o establecer otras condiciones siempre que éstas no afecten el derecho del titular del derecho a obtener una remuneración equitativa.

---

<sup>102</sup> Véase, por ejemplo, la Guía del Convenio de Berna, *op. cit.*, párrafo 11*bis*.15, página 82.

<sup>103</sup> Las Comunidades Europeas observan que: "Parecería que los países pueden fijar niveles mínimos o fijos de regalías por los distintos usos protegidos con arreglo al artículo 11*bis* del Convenio de Berna. Otra forma de establecer una remuneración equitativa podría ser la introducción de un sistema de gravámenes en la adquisición de equipo sonoro o de televisión por los establecimientos autorizados a difundir obras amparadas por el derecho de autor sin autorización, mediante el cual las sumas percibidas a través de tal sistema de gravámenes se distribuyeran entre los titulares de derechos." Véase la respuesta de las CE a la pregunta 12 formulada por el Grupo Especial a las Comunidades Europeas.

<sup>104</sup> Comunicación escrita de Australia, párrafos 2.8 a 2.14, 3.7 a 3.14, 4.3 y 4.8.

6.90 Consideramos que nuestra interpretación otorga sentido y vigencia al párrafo 2 del artículo 11*bis*, y a la doctrina de las pequeñas excepciones aplicada al artículo 11*bis* y al artículo 13. Sin embargo, estimamos que, conforme a la interpretación sugerida por las Comunidades Europeas, éste no sería el caso, por ejemplo en las situaciones que se exponen a continuación. Toda excepción *de minimis* de los derechos conferidos por los puntos 1º a 3º del párrafo 1 del artículo 11*bis* debe estar sometida al requisito de pagar una remuneración equitativa, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 11*bis*, y ninguna excepción a los derechos reconocidos en el párrafo 1 del artículo 11*bis* puede permitir el uso sin remuneración, aunque se cumplan los tres criterios enunciados en el artículo 13. Como resultado de ello, las excepciones o limitaciones de menor alcance estarían sujetas a las tres condiciones del artículo 13 además del requisito de pagar una remuneración equitativa. Al mismo tiempo, las excepciones o limitaciones más amplias que no cumplan con los criterios del artículo 13 podrían, sin embargo, justificarse, con arreglo al párrafo 2 del artículo 11*bis*, mientras las condiciones impuestas garantizaran, entre otras cosas, una remuneración equitativa. Esta interpretación del artículo 13 se volvería algo redundante porque las pequeñas excepciones estarían sujetas a todos los requisitos del artículo 13 y del párrafo 2 del artículo 11*bis* sobre una base acumulativa mientras que, tratándose de excepciones amplias, bastaría cumplir con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 11*bis*. Ambas situaciones podrían tener por consecuencia que no se permitiría ningún uso sin remuneración. Estos ejemplos son ilustrativos de situaciones en que no se daría pleno sentido y efecto a los términos y condiciones del artículo 13, del párrafo 2 del artículo 11*bis* y de la doctrina de las pequeñas excepciones.

6.91 En nuestra opinión, el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos contiene excepciones que permiten utilizar las obras protegidas sin autorización del titular del derecho y sin efectuar pago alguno. Aunque estas excepciones sean compatibles con las obligaciones asumidas por los Estados Unidos con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC, deben examinarse aplicando el artículo 13 del Acuerdo. El párrafo 2 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971), incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC, no es pertinente en el presente caso; los Estados Unidos no han prescrito un derecho respecto de los usos comprendidos en el actual artículo 110(5), cuyo ejercicio tendría que estar sometido a las condiciones establecidas en su legislación.

vi) *Resumen de las limitaciones y excepciones*

6.92 Habida cuenta del análisis que antecede, concluimos que el contexto de los artículos 11 y 11*bis* del Convenio de Berna (1971) comprende, conforme a la parte A) del párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena, la posibilidad de establecer pequeñas excepciones a los derechos exclusivos en cuestión. Esta doctrina de las pequeñas excepciones se ha incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 de su artículo 9, junto con las disposiciones del Convenio de Berna (1971). Por consiguiente, la doctrina es pertinente como parte del contexto del punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 y el punto 3º del párrafo 1 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC.

6.93 En lo que respecta al campo de aplicación de las limitaciones y excepciones autorizadas con arreglo a la doctrina de las pequeñas excepciones, concluimos que la doctrina se refiere primordialmente al uso *de minimis*, pero que en otros casos su aplicación no se limita a los ejemplos contenidos en los informes de las conferencias de revisión del Convenio de Berna celebradas en Bruselas y Estocolmo, a usos exclusivamente no comerciales o a excepciones que ya existían en la legislación nacional antes de 1967. No obstante, observamos que en los informes sobre las conferencias de Bruselas y de Estocolmo no se define el alcance exacto de las excepciones que pueden establecerse en la legislación nacional.

6.94 Concluimos que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC se aplica al punto 3º del párrafo 1 del artículo 11*bis* y al punto 2º del párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) incorporados al Acuerdo sobre los ADPIC, en vista de que ni la redacción ni el contexto del

artículo 13 o de cualquier otra disposición del Acuerdo sobre los ADPIC confirman la interpretación de que el campo de aplicación del artículo 13 se limita a los derechos exclusivos introducidos recientemente con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC.

6.95 Concluimos también que el párrafo 2 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971), incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC, permite a los Miembros sustituir un derecho exclusivo por una licencia obligatoria con arreglo al párrafo 1 del artículo 11*bis*, o determinar otras condiciones siempre que no afecten el derecho del titular de los derechos a obtener una remuneración equitativa. El párrafo 2 del artículo 11*bis* no es pertinente en el presente caso, puesto que los Estados Unidos no han establecido un derecho con respecto a los usos comprendidos por el actual artículo 110(5), cuyo ejercicio hubiera tenido que someterse a las condiciones previstas en su legislación.

6.96 A continuación aplicamos las tres condiciones enunciadas en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC a las exenciones contenidas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos en relación 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 (1971) incorporados al Acuerdo sobre los ADPIC.

## **2. La prueba de tres criterios con arreglo al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC**

### **a) Introducción general**

6.97 El artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC requiere que las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos 1) se circunscriban a determinados casos especiales, 2) no atenten contra la explotación normal de la obra, y 3) no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.<sup>105</sup> El principio de interpretación efectiva de los tratados requiere que se dé un sentido claro a cada una de las tres condiciones y que se evite una lectura que "haga inútiles o redundantes" cualquiera de las condiciones.<sup>106</sup> Esas tres condiciones se aplican sobre una base acumulativa y cada una de ellas es un requisito separado independiente que debe cumplirse. El hecho de no cumplir cualquiera de las tres condiciones tiene por resultado que no puede hacerse efectiva una excepción prevista en el artículo 13. Ambas partes convienen en que las tres condiciones tienen carácter acumulativo. El Grupo Especial comparte su punto de vista. Cabe observar, desde un comienzo, que el artículo 13 sólo puede tener una aplicación estricta o limitada. Su redacción, compatible con las disposiciones del párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna (1971), revela que no tenía por objeto establecer excepciones o limitaciones que no tuvieran un carácter limitado. La esfera estricta de su aplicación se advertirá claramente en nuestro análisis y aplicación de sus disposiciones, que figura en los párrafos siguientes.

6.98 A continuación, comenzaremos por estudiar la interpretación de la primera condición del artículo 13 en términos generales, habida cuenta de los argumentos formulados por las partes. Luego examinaremos, sucesivamente, las partes B) y A) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos de 1976, enmendada por la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales de 1998, que contienen, respectivamente la exención empresarial y la exención de uso hogareño. Analizaremos primero la exención empresarial de la parte B) debido a que la mayoría de los argumentos formulados por las partes se centran en ella. A continuación estudiaremos

---

<sup>105</sup> Véase el texto del artículo en el párrafo 6.31 y en la nota 93 *supra*. Como señalamos en el párrafo 6.72 *supra*, la redacción del artículo 13 tiene su origen, en gran medida, en el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna (1971) que, sin embargo, se aplica sólo a los derechos de reproducción. En vista de la semejanza de la redacción, consideramos que los trabajos preparatorios del párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna y su aplicación en la práctica pueden tener importancia contextual al interpretar el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

<sup>106</sup> Informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, página 24.

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

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

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

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

b) "Determinados casos especiales"

i) *Análisis interpretativo general*

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

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

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

---

<sup>107</sup> Segunda exposición oral de los Estados Unidos, párrafo 18.

<sup>108</sup> Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 24.

<sup>109</sup> Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 29.

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

6.105 Las Comunidades Europeas sostienen que, habida cuenta del enunciado de la primera condición en el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna (1971), que forma parte del contexto del artículo 13, la exención debe tener un "propósito especial". A juicio de las Comunidades Europeas, en el caso del artículo 110(5), no existe ninguna política pública especial ni ninguna otra circunstancia excepcional que haga inadecuado o imposible observar los derechos exclusivos conferidos por los artículos 11 y 11*bis* del Convenio de Berna (1971). En opinión de las CE, las partes del artículo 110(5) no tienen por objeto alcanzar objetivos legítimos de política.

6.106 A juicio de los Estados Unidos, si el propósito de una excepción tiene alguna pertinencia, el Acuerdo sobre los ADPIC requiere solamente que la excepción tenga un objetivo político concreto. No se impone ningún requisito en cuanto a la legitimidad de los objetivos políticos que un determinado país puede considerar especiales en vista de su propia historia y de sus prioridades nacionales.

6.107 Comenzamos nuestro análisis de la primera condición del artículo 13 remitiéndonos al sentido corriente de los términos en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin. Al parecer las nociones de "excepciones" y "limitaciones" en las palabras introductorias del artículo 13 tienen, en parte, el mismo alcance, en el sentido de que una "excepción" se refiere a una supresión del derecho exclusivo previsto en la legislación nacional, mientras que una "limitación" se refiere a cierto grado de reducción de ese derecho.

6.108 El sentido corriente de "determinado" es "conocido y particularizado, pero no identificado explícitamente", "fijo, no variable; definido, preciso, exacto".<sup>111</sup> En otras palabras, el término significa que, con arreglo a la primera condición, una excepción o limitación prevista en la legislación nacional debe estar claramente definida. Sin embargo, no es necesario identificar explícitamente todas y cada una de las situaciones posibles a las que podría aplicarse la excepción siempre que su alcance sea conocido y particularizado. Esto garantiza un grado suficiente de certidumbre jurídica.

6.109 También debemos dar plena vigencia al sentido corriente de la segunda palabra de la primera condición. El término "especial" significa "que tiene una aplicación o propósito individual o limitado", "que contiene detalles; precisos, específicos", "excepcional en calidad o en grado; inusual; fuera de lo ordinario" o "característico de alguna manera".<sup>112</sup> Este término significa que se requiere algo más que una definición clara a fin de cumplir la norma de la primera condición. Además, las excepciones o limitaciones deben ser limitadas en cuanto a su campo de aplicación o excepcionales en su alcance. En otras palabras, una excepción o limitación debe ser estricta en sentido cuantitativo y en el cualitativo. Esto sugiere un ámbito reducido así como un objetivo excepcional o característico. Para situar este aspecto de la primera condición en el contexto de la segunda condición ("que no atenten contra la explotación normal"), las excepciones o limitaciones deben ser lo contrario de un caso que no sea especial, es decir de un caso normal.

6.110 El sentido corriente del término "caso" se refiere a "suceso", "circunstancia" o "acontecimiento" o "hecho".<sup>113</sup> Por ejemplo, en el contexto de la presente diferencia, el "caso" podría describirse en términos de los beneficiarios de las excepciones, el equipo utilizado, las clases de obras, o de otros factores.

6.111 En lo que respecta a los argumentos de las partes sobre si es pertinente el propósito político de una excepción, creemos que no debe hacerse, con cierta ligereza, que la expresión "determinados

---

<sup>111</sup> The New Shorter Oxford English Dictionary ("Oxford English Dictionary"), Oxford (1993), página 364.

<sup>112</sup> Oxford English Dictionary, página 2.971.

<sup>113</sup> Oxford English Dictionary, página 345.

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

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

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

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

6.114 Como antes se ha dicho, los Estados Unidos sostienen que el fundamento de la primera condición del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC es que las excepciones deben estar bien definidas y ser de aplicación limitada. Alegan los Estados Unidos que la exención empresarial de la parte B) cumple con los requisitos de la primera condición del artículo 13, porque está claramente

---

<sup>114</sup> Observamos que se ha hecho referencia al término "propósito especial" al interpretar el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna (1971) que tiene una redacción en gran medida semejante. Véase Ricketson, *The Berne Convention, op. cit.*, página 482. Estamos dispuestos a tener en cuenta "las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones" como "medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho". Nos referimos a esta frase en el sentido del párrafo d) del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que se refiere a dichas "doctrinas" como "medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho". Sin embargo somos prudentes al utilizar la interpretación de un término elaborado en el contexto de una excepción del derecho de reproducción al interpretar los mismos términos en el contexto de una excepción redactada de manera en gran medida semejante a la de otros derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor.

<sup>115</sup> Véase el informe del Órgano de Apelación sobre *Japón - Bebidas alcohólicas, op. cit.*, páginas 21-25, en el cual se rechaza una prueba denominada de "objetivos y efectos" en el contexto de la cláusula de trato nacional del artículo III del GATT de 1994. Véase el informe del Órgano de Apelación sobre *CE - Bananos III, op. cit.*, párrafo 241, 243, 246 en el cual se rechaza la prueba de "objetivos y efectos" en el contexto de la cláusula de trato nacional del artículo XVII del AGCS.

<sup>116</sup> Examinamos primero la exención empresarial de la parte B) porque la mayoría de los argumentos formulados por las partes están centrados en esta excepción. Luego examinamos la exención de uso hogareño en su forma actual conforme figura en la parte A).

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

6.115 A juicio de los Estados Unidos, en caso de que el propósito de una excepción sea pertinente, la primera condición requiere solamente que la excepción tenga un objetivo de política específico, pero no impone requisito alguno en cuanto a los objetivos de política que un país dado puede considerar especiales, habida cuenta de su historia y sus prioridades nacionales. En lo que respecta a la exención empresarial, los Estados Unidos alegan que el objetivo de política específico que se trata de alcanzar con esa exención es fomentar las pequeñas empresas comerciales y evitar las tácticas abusivas de parte de las organizaciones de administración colectiva.<sup>118</sup>

6.116 Las Comunidades Europeas sostienen que la exención empresarial es de alcance demasiado amplio como para ser considerada un "determinado caso especial", en vista del gran número de establecimientos que podrían beneficiarse de ella. Para las Comunidades Europeas, no tiene importancia que se definan claramente las dimensiones de los establecimientos y el tipo de equipo utilizado, cuando el alcance tan amplio de la exención empresarial hace que la excepción se convierta en una regla.

6.117 Al parecer las Comunidades Europeas no impugnan el hecho de que la parte B) está claramente definida con respecto a las dimensiones máximas de los establecimientos y el tipo de equipo que éstos pueden utilizar por encima de los límites aplicables.<sup>119</sup> La cuestión más discutida entre las partes fue si la exención empresarial, en vista de su alcance y aplicación, podía considerarse como un caso "especial" en el sentido de la primera condición del artículo 13.

6.118 El Servicio de Investigación del Congreso calculó en 1995 el porcentaje de establecimientos de servicios de comidas y bebidas y de establecimientos de comercio minorista de los Estados Unidos que en ese momento eran inferiores al límite de 3.500 pies cuadrados y 1.500 pies cuadrados respectivamente. El estudio comprobó que:

- d) un 65,2 por ciento de todos los establecimientos de servicios de comidas;
- e) un 71,8 por ciento de todos los establecimientos de servicios de bebidas; y
- f) un 27 por ciento de todos los establecimientos de comercio minorista

eran de dimensiones inferiores a esos límites.<sup>120</sup>

6.119 Los Estados Unidos confirman estas cifras en lo que se refiere a los establecimientos de servicios de comidas y bebidas.<sup>121</sup>

6.120 Observamos que dicho estudio se preparó en 1995 usando el límite de 3.500 pies cuadrados para los establecimientos de servicios de comidas y bebidas, y el límite de 1.500 pies cuadrados para

---

<sup>117</sup> Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 29.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> Recordamos que los beneficiarios de la exención empresarial se dividen en dos categorías: establecimientos que no sirven comidas y bebidas ("establecimientos de comercio minorista"), y establecimientos de servicios de comidas y bebidas. En cada categoría, los establecimientos que no llegan a ciertas dimensiones (2.000 y 3.750 pies cuadrados, respectivamente) están exentos cualquiera sea el tipo de equipo que utilizan. Si las dimensiones de los establecimientos son superiores al límite autorizado, se aplica la exención siempre que el establecimiento no exceda los límites fijados para el equipo utilizado. Para más detalles, véanse en el presente informe los párrafos 2.10 y 2.14 de la sección II sobre los aspectos fácticos.

<sup>120</sup> Véase también el párrafo 2.11 *supra*.

<sup>121</sup> Prueba documental US-16.

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

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

6.122 En 1999, la ASCAP pidió a Dun and Bradstreet, Inc. ("D and B") que actualizara el estudio preparado en 1995 por el Servicio de Investigación del Congreso sobre la base de los datos correspondientes a 1998 y de los criterios de la enmienda de 1998.<sup>124</sup> Las Comunidades Europeas explican que los métodos usados por D and B en 1998/1999 eran idénticos a los utilizados en el análisis que preparó la D and B en 1995 para el Servicio de Investigación del Congreso durante el proceso legislativo que eventualmente tuvo por consecuencia la promulgación de la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales. En el estudio D and B de 1999<sup>125</sup> se llegó a

---

<sup>122</sup> Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 9 del Grupo Especial a los Estados Unidos y prueba documental confidencial US-18.

<sup>123</sup> Véase también el párrafo 2.13 *supra*.

<sup>124</sup> Véase también el párrafo 2.12 y la prueba documental EC-7. Según las Comunidades Europeas, el trabajo de D and B "Dun's Market Identifying Market Profile" de 1998/1999 es una base de datos relativa a más de 6,5 millones de empresas comerciales de los Estados Unidos sobre la base de sus dimensiones en pies cuadrados. Las Comunidades Europeas explican que las cifras del estudio D and B se refieren a bares, restaurantes, salones de té, *snackbars*, etc. y establecimientos de comercio minorista. Sin embargo no se tuvo en cuenta a otros sectores tales como hoteles, oficinas de servicios financieros, corredores de bienes raíces y otros tipos de proveedores de servicios, en los cuales cierto número de establecimientos pueden también quedar exentos.

<sup>125</sup> Según la información presentada por las Comunidades Europeas, el número de establecimientos contenidos en la base de datos D and B en 1998 era el siguiente:

- a) 7.819 establecimientos de servicios de bebidas con superficies inferiores a 3.750 pies cuadrados lo cual representa un 73 por ciento de todos los establecimientos de servicios de bebidas de los Estados Unidos que figuran en la base de datos D and B;
- b) 51.385 establecimientos de servicios de comidas con superficies inferiores a 3.750 pies cuadrados lo cual representa un 70 por ciento de todos los establecimientos de servicios de comidas de los Estados Unidos que figuran en la base de datos D and B;
- c) 65.589 establecimientos de comercio minorista con superficies inferiores a 2.000 pies cuadrados o sea un 45 por ciento de todos los establecimientos de comercio minorista de los Estados Unidos que figuran en la base de datos D and B.

Además D and B estimó las cifras totales en la forma siguiente:

- a) 49.061 establecimientos de servicios de bebidas con superficies inferiores a 3.750 pies cuadrados que representa un 85 por ciento de todos los establecimientos de servicio de bebidas de los Estados Unidos que figuran en la base de datos D and B;

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

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

6.124 En vista de la vaguedad de la explicación de que disponemos sobre los métodos usados en el estudio preparado por D and B en 1999<sup>128</sup>, no estamos en posición de volver a calcular con exactitud los resultados y tendencias de dicho estudio. Parece sin embargo que los resultados del estudio preparado en 1999 por D and B confirman en gran medida los resultados y tendencias registrados en el estudio preparado en 1995 por el Servicio de Investigación del Congreso.

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

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

---

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

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

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

<sup>127</sup> Segunda comunicación de los Estados Unidos, párrafos 33 a 48.

<sup>128</sup> Prueba documental EC-7.

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

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

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

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

6.129 Los Estados Unidos no parecen hacer una distinción entre, de una parte, los establecimientos de servicios de comidas y bebidas o de comercio minorista que tienen superficies inferiores a los límites aplicables de la parte B), y, de otra parte, los establecimientos más grandes que pueden utilizar la música gratuitamente si cumplen con las limitaciones en materia de equipo (por ejemplo en lo que se refiere al número de altavoces en cada ambiente o a la dimensión de la pantalla).<sup>132</sup> No se nos ha presentado información relativa al número absoluto o a la proporción de estos establecimientos más grandes que pueden ampararse en la exención empresarial. Baste decir que la proporción de todos los establecimientos de servicios de comidas, bebidas y comercio minorista de los Estados Unidos que pueden estar comprendidos en la parte B) podrían ser inclusive más elevada de lo que sugieren las cifras o estimaciones citadas anteriormente.

6.130 Los Estados Unidos sugieren además que las prohibiciones de cobrar entradas o derechos de transmisión que figuran en los puntos 3º) y 4º) de la parte B) limitan la esfera de aplicación de la exención empresarial. Las Comunidades Europeas sostienen que estas prohibiciones no tienen ninguna posibilidad de limitar los efectos de la exención. No se nos ha presentado información alguna sobre si estas prohibiciones reducen de manera considerable el número de establecimientos que, en otro caso, podrían ampararse en la exención. En vista de ello, recordamos nuestras consideraciones generales sobre la asignación de la carga de la prueba en lo que se refiere a recurrir a excepciones.

6.131 Observamos que, conforme a los trabajos preparatorios, el punto 3º) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971) tenía por objeto proporcionar a los titulares de derechos un derecho a

---

<sup>131</sup> Entre éstos figuran, por ejemplo, los discos compactos, las cintas grabadas, los fonógrafos automáticos o las interpretaciones o ejecuciones en directo. La música de la radio y de la televisión es probablemente más intercambiable con la música grabada que con interpretaciones o difusiones musicales en directo. Sin embargo, el hecho de que exista un diverso grado de elasticidad de sustitución no significa que el efecto de sustitución entre los diversos tipos de reproducción musical sea insignificante.

<sup>132</sup> Véase la sección II sobre Aspectos Fácticos, párrafo 2.14.

autorizar el uso de sus obras en los establecimientos comprendidos por la exención que figura en la parte B) del artículo 110(5). Más concretamente, en los trabajos preparatorios de la Conferencia de Bruselas de 1948 se indica que los establecimientos comprendidos debían ser lugares "sobre todo en los cuales se reúne la gente: en los cines, los restaurantes, los salones de té, los vagones de ferrocarril ...". Los trabajos preparatorios también se refieren a lugares tales como fábricas, tiendas y oficinas.<sup>133</sup> No advertimos como una ley que exime a la mayoría de los usuarios a quienes debían aplicarse específicamente las disposiciones de la parte 3º) del párrafo 1 del artículo 11*bis* puede considerarse como un caso *especial* en el sentido de la primera condición del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

6.132 Tenemos presente que los establecimientos de servicios de comidas y bebidas y comercio minorista son los únicos usuarios posibles de la música que es objeto de derechos exclusivos conferidos en virtud del punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11*bis* y el punto 2º) del párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna (1971). Los Estados Unidos han mencionado, entre otras cosas, convenciones, ferias y actos deportivos como otros posibles usuarios de las interpretaciones o ejecuciones de obras en el sentido de los artículos antes mencionados. Sin embargo, consideramos que esos ejemplos de otros posibles usuarios alteren el hecho de que los establecimientos de servicios de comidas y bebidas y de comercio minorista figuren entre los principales grupos de posibles usuarios de las obras en las formas comprendidas por los artículos antes mencionados.

6.133 Las informaciones de hechos que se nos han presentado indican que una mayoría considerable de los establecimientos de servicios de comidas y bebidas y aproximadamente la mitad de los establecimientos de comercio minorista están comprendidos por la exención contenida en la parte B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos. Por consiguiente, concluimos que la exención no es un "determinado caso especial" en el sentido de la primera condición del artículo 13.

6.134 Las Comunidades Europeas advierten que el posible alcance de las dos exenciones contenidas en el artículo 110(5) podría ser aún mayor, puesto que podría pensarse que las partes A) y B) eximen la transmisión de obras musicales en Internet. En vista de que hemos comprobado que la exención empresarial no cumple con la primera condición del artículo 13, abarque o no la posible transmisión de obras en Internet, no vemos la necesidad de abordar esta cuestión en el contexto de la parte B). Sin embargo trataremos la cuestión cuando examinemos la exención de uso hogareño de la parte A) en relación con la primera condición del artículo 13.

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

6.135 Examinamos ahora cómo la exención de uso hogareño de la parte A), en la forma en que actualmente está vigente en los Estados Unidos, constituye un "determinado caso especial" en el sentido de la primera condición del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

6.136 Los Estados Unidos sostienen que la exención de la parte A) se limita a "determinados casos especiales", puesto que su alcance se limita al uso de un aparato receptor "de uso hogareño". A juicio de los Estados Unidos, también en la versión enmendada de 1998 ésta es una norma bien definida y basada en datos concretos. La descripción fundamentalmente idéntica de la exención de uso hogareño en la primera versión del artículo 110(5) de 1976 era lo bastante clara y estricta para que los tribunales de los Estados Unidos aplicaran de manera razonable y constante la exención -inclusive la limitación en función de la superficie medida en pies cuadrados a partir del caso *Aiken*- en una serie de decisiones individuales. Para los Estados Unidos, el hecho de que los jueces hayan ponderado de

---

<sup>133</sup> Documents de la Conférence Réunie a Bruxelles du 5 au 26 juin 1948, publicados por la BIRPI en 1951, página 266. Al examinar esta disposición la Guía al Convenio de Berna se refiere a "cafés, restaurantes, salones de té, hoteles, grandes almacenes, vagones de ferrocarril, aviones, etc." *op. cit.*, párrafo 11*bis* 11, página 81. (Véase una cita más completa en la nota 33 *supra*).

manera ligeramente distinta los diversos factores al adoptar sus decisiones es sólo una característica típica del régimen de *common law*.

6.137 Las Comunidades Europeas sostienen que el criterio de la exención de uso hogareño en la parte A) tiene una redacción ambigua puesto que la expresión "un único aparato receptor de una clase utilizada corrientemente en los hogares privados" es en sí misma imprecisa y su contenido puede ser variable debido a la evolución tecnológica. Por otra parte, los distintos planteamientos y factores empleados por los tribunales de los Estados Unidos al aplicar la versión original de la exención de uso hogareño son para las Comunidades Europeas prueba de que la redacción de la parte A) del artículo 110(5) es vaga e imprecisa.

*Beneficiarios de la exención de uso hogareño*

6.138 La redacción de la versión enmendada de la parte A) del artículo 110(5) es fundamentalmente idéntica a la utilizada en la versión anterior de 1976 aparte de las palabras introductorias "con excepción de lo previsto en la parte B)". Por consiguiente, estimamos que la práctica reflejada en los fallos dictados por los tribunales de los Estados Unidos después de 1976 sobre la exención de uso hogareño puede considerarse como una indicación de hecho del alcance de dicha exención inclusive después de la enmienda de 1998.

6.139 Recordamos que en el caso *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*<sup>134</sup>, el Tribunal sostuvo que el propietario de un pequeño restaurante de comidas rápidas no tenía obligaciones por el hecho de tocar música radiodifundida con cuatro altavoces instalados en el techo. El local tenía una superficie de 1.055 pies cuadrados (98 m<sup>2</sup>), de los cuales 620 pies cuadrados (55 m<sup>2</sup>) estaban abiertos al público. En la evolución de la jurisprudencia, después de insertarse por primera vez la exención de uso hogareño en la Ley de Derecho de Autor de 1976 como consecuencia del fallo *Aiken*, los tribunales de los Estados Unidos han tenido presentes varios factores para determinar si una tienda o restaurante puede beneficiarse de la exención.<sup>135</sup> Entre estos factores figuran los siguientes: i) las dimensiones físicas del establecimiento en términos de la superficie en pies cuadrados (en comparación con las dimensiones del restaurante *Aiken*; ii) la medida en que se consideraba que el aparato receptor era de los utilizados normalmente en los hogares privados; iii) la distancia entre el receptor y los altavoces; iv) el número de altavoces; v) si los altavoces eran móviles o fijos en el techo; vi) si, según los ingresos percibidos, el establecimiento era de los que se suscribirían normalmente a un servicio de suministro de música de fondo; vii) el nivel de ruido en las partes del establecimiento en el que era posible ver o escuchar las transmisiones; y viii) la configuración de la instalación. En algunos circuitos federales, los tribunales de los Estados Unidos se han centrado sobre todo en el sentido corriente de los términos usados para definir la exención de uso hogareño que se refieren a "un aparato receptor único del tipo usado normalmente en los hogares privados".

6.140 Las Comunidades Europeas ponen de relieve que en algunos casos judiciales en los Estados Unidos se decidió que las grandes cadenas de almacenes estaban exentas de obligaciones siempre que cada sucursal cumpliera los criterios de la exención, es decir, los relativos a la superficie del establecimiento y al equipo utilizado, sin tener en cuenta la propiedad, la importancia económica o la estructura empresarial de la cadena de tiendas.<sup>136</sup> Entendemos que las Comunidades Europeas no sostienen que la capacidad de pago de una cadena de tiendas o el número de distintas tiendas de propiedad o bajo el control de una cadena de tiendas, debe ser un factor decisivo para denegar la

---

<sup>134</sup> Véase el párrafo 2.6 de la sección sobre los aspectos fácticos *supra*.

<sup>135</sup> Según las Comunidades Europeas, los tribunales de los Estados Unidos no han aplicado nunca favorablemente la exención de uso hogareño tratándose de establecimientos de servicios de comidas y bebidas de más de 1.500 pies cuadrados de superficie total, ni de establecimientos que utilizaban más de cuatro altavoces.

<sup>136</sup> *Broadcast Music, Inc. v. Claire's Boutiques Inc.*, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos y el Séptimo Circuito N° 91-1232, 11 de diciembre de 1991. Véase la prueba documental EC-6.

exención a una determinada filial. Sin embargo, las Comunidades Europeas advierten que estas decisiones de los tribunales de los Estados Unidos demuestran la existencia de una tendencia judicial, manifestada durante los últimos años, a ampliar la exención del uso hogareño de 1976.

6.141 Los Estados Unidos responden que, al aplicar el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976, sólo en tres fallos judiciales de los Estados Unidos se ha comprobado que el demandado tenía derecho a ampararse en la exención. Afirman también que dos fallos judiciales de los Estados Unidos (*Claire's Boutiques* y *Edison Bros*<sup>137</sup>) se referían a la aplicabilidad de la exención a determinadas filiales de una cadena de tiendas.

6.142 Observamos que las partes han presentado información cuantitativa sobre el alcance de la parte A) con respecto a establecimientos de servicios de comidas y bebidas y de otra índole. En el estudio preparado en 1995 por el Servicio de Investigación del Congreso se comprobó que:

- a) el 16 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas de los Estados Unidos;
- b) el 13,5 por ciento de todos los establecimientos de servicios de bebidas de los Estados Unidos; y
- c) el 18 por ciento de todos los establecimientos de comercio minorista de los Estados Unidos

tenían las mismas dimensiones o eran más pequeños que el restaurante *Aiken* (1.055 pies cuadrados de superficie total), y por consiguiente podían beneficiarse de la exención de uso hogareño. Estas cifras no han sido controvertidas por las partes. Los Estados Unidos las confirman expresamente a lo que se refiere a los establecimientos de servicios de comidas y bebidas.<sup>138</sup>

6.143 Creemos que, desde un punto de vista cuantitativo, el alcance de la parte A) con respecto a los posibles usuarios se limita a un porcentaje relativamente reducido de todos los establecimientos de servicios de comidas y bebidas y de comercio minorista de los Estados Unidos.

6.144 Tenemos presente el argumento antes mencionado de las CE sobre una tendencia judicial manifestada durante los últimos años a dar mayor alcance a la excepción del uso hogareño de 1976. No podemos excluir la posibilidad de que en el futuro los tribunales de los Estados Unidos establezcan precedentes que lleven a ampliar de la exención de uso hogareño en lo que respecta al número de establecimientos que pueden utilizarla. Pero también observamos que, desde 1976, los tribunales de los Estados Unidos han aplicado, en la gran mayoría de los casos, dicha exención de manera coherente y claramente delimitada. En vista de que, en la práctica, la exención de uso hogareño en 1976 se ha usado en forma coherente y estricta, no vemos la necesidad de formular una hipótesis en el sentido de que en algún momento del futuro la jurisprudencia norteamericana pueda llevar a una expansión *de facto* de la exención de uso hogareño de 1998.

#### *Equipo usado en hogares privados*

6.145 Observamos que lo que se denomina equipo usado en hogares privados (es decir, "un único aparato receptor de una clase utilizada corrientemente en los hogares privados") puede variar entre los distintos países, está sometido a la evolución de las preferencias de los consumidores en un determinado país, y puede modificarse como resultado del desarrollo tecnológico. Por consiguiente, convenimos en principio con las Comunidades Europeas en que el equipo empleado en los hogares

---

<sup>137</sup> *Broadcast Music, Inc. v. Edison Bros, Stores Inc.*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos del Octavo circuito N° 91-2115, 13 de enero de 1992. Véase la prueba documental EC-5.

<sup>138</sup> Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 9 a) del Grupo Especial a los Estados Unidos y carta de la NRA de 18 de noviembre de 1999, prueba documental confidencial US-18.

norteamericanos en 1976 (cuando se promulgó la primera exención de uso hogareño) no es necesariamente idéntico al utilizado en 1998 (en que se enmendó la legislación en materia de derechos de autor de los Estados Unidos) o al que se utilizará en el futuro. Sin embargo recordamos que la expresión "*determinados casos especiales*" se refiere a casos "conocidos y particularizados, pero no identificados explícitamente". En nuestra opinión, el término "equipos usados en hogares privados" expresa el grado de claridad en la definición que se exige con arreglo a la primera condición del artículo 13. Consideramos que no se requiere que los Miembros identifiquen el equipo usado en los hogares privados con especificaciones técnicas excesivamente detalladas a fin de cumplir la norma de claridad de la primera condición. Si bien reconocemos que el equipo usado en los hogares privados puede volverse tecnológicamente más refinado con el tiempo, no vemos la necesidad de especular sobre la posible evolución futura del mercado de dicho equipo. En todo caso recordamos que nuestras determinaciones de hecho se limitan invariablemente a lo que ahora se considera es el equipo doméstico existente en el mercado de los Estados Unidos.

*Obras musicales comprendidas por la parte A)*

6.146 Hemos tomado nota<sup>139</sup> del punto de vista común de las partes en el sentido de que la adición de las palabras introductorias "con excepción de lo dispuesto en la parte B)" en la exención de uso hogareño en 1998 debe entenderse como argumento *a contrario* que limita el alcance de la exención a obras que no sean obras musicales "no dramáticas".<sup>140</sup> En lo que respecta a las obras musicales, se entiende que la versión ahora aplicable de la exención de uso hogareño se aplica a la comunicación de música que forma parte de una ópera, opereta, comedia musical u otras obras dramáticas semejantes interpretadas en un contexto dramático. Todas las demás obras musicales están comprendidas por la expresión obras musicales "no dramáticas", en particular las canciones tomadas de obras dramáticas cuando se interpretan fuera de cualquier contexto dramático. En consecuencia, la parte B) podría aplicarse, por ejemplo, a una canción tomada de una comedia musical y radiodifundida. En vista de la opinión, común a ambas partes, la aplicación de la parte A) se limita a las obras musicales que no están comprendidas en la parte B), por ejemplo la comunicación de una radiodifusión de una interpretación dramática de música escrita para una ópera, opereta, comedia musical u otras obras semejantes.

6.147 Sin embargo, al tiempo que adoptaban esta posición sobre la interpretación de la parte A), las Comunidades Europeas advirtieron que los tribunales de los Estados Unidos podrían interpretar más ampliamente en el futuro la parte A).<sup>141</sup> En vista del acuerdo entre las partes de la diferencia sobre esta cuestión, y de las respuestas de las CE a nuestra pregunta sobre el alcance de sus alegaciones, no vemos la necesidad de especular si en el futuro la parte A) podría ser interpretada por los tribunales norteamericanos para abarcar obras musicales que no sean las que se consideran "dramáticas".

6.148 En la práctica, esto significa que la mayoría o prácticamente toda la música transmitida por radio y televisión está comprendida en la parte B). La parte A) abarca, como lo entienden ambas partes, la interpretación dramática de óperas, operetas, comedias musicales y otras obras dramáticas semejantes. Consideramos que limitar la aplicación de la parte A) a la comunicación pública de transmisiones de dichas obras otorga en la práctica a sus disposiciones un margen de aplicación muy estricto.

*Transmisiones por Internet*

6.149 Como observamos en el párrafo 2.15 *supra*, los tipos de transmisiones comprendidos por ambas partes del artículo 110(5) comprenden las radiodifusiones originales por ondas o por satélite,

---

<sup>139</sup> Véase el párrafo 2.7.

<sup>140</sup> Véase la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos (párrafo 3) y la segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas y sus Estados miembros (párrafo 7).

<sup>141</sup> Segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, párrafo 8.

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

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

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

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

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

#### *Otras consideraciones*

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

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

---

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

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

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

6.156 Los Estados Unidos explican además que el propósito de política que justifica la parte A) es proteger las pequeñas tiendas de barrio que "desempeñan un papel importante en la vida social norteamericana" debido a que "ofrecen oportunidades económicas a las mujeres, los miembros de las minorías, los inmigrantes y los beneficiarios de la seguridad social para que ingresen a la vida económica y social".

6.157 Nos remitimos a nuestras consideraciones antes expuestas en el sentido de que rechazamos la idea de que la primera condición del artículo 13 requiere que pronunciemos un juicio de valor sobre la legitimidad de una excepción o limitación. No obstante, hemos observado también que los propósitos declarados de política pública pueden ser de importancia secundaria para hacer inferencias acerca del alcance de una exención y de la claridad de su definición. A nuestro modo de ver, los antecedentes de la legislación indican la intención de establecer una excepción de alcance limitado.

6.158 Por último, recordamos nuestra conclusión de que el contexto de los artículos 11 y 11*bis* del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC, permiten la posibilidad de establecer pequeñas excepciones a los derechos exclusivos en cuestión; es decir, la intención fue permitir excepciones siempre que fueran *de minimis*.

6.159 Habida cuenta de los límites específicos impuestos en la parte A) y en sus antecedentes legislativos, así como en la aplicación considerablemente estricta de la práctica judicial posterior a los beneficiarios de la exención, el equipo permitido y los tipos de obras, somos de la opinión que la exención de uso hogareño prescrita en la parte A) del artículo 110(5), enmendado en 1998, está bien definida y es de alcance de aplicación limitados. Por consiguiente, concluimos que la exención se limita a determinados casos especiales según el sentido de la primera condición del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

*iv) Necesidad de examinar las otras dos condiciones*

6.160 Habiendo comprobado que la parte B) del artículo 110(5) no cumple con la primera condición del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC debemos, por consiguiente, llegar a la conclusión de que la exención empresarial no satisface los requisitos del artículo 13, en vista de que sus tres condiciones son acumulativas. En consecuencia, parece que la parte B) constituye una infracción al punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971), incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9, y no se justifican con arreglo al artículo 13. Sin embargo, continuamos nuestro análisis de las demás condiciones del artículo 13 en relación con la parte B) por las razones que se exponen a continuación.

6.161 En vista de que concluimos que la parte A) del artículo 110(5) no cumple con la primera condición del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, es necesario que examinemos también la parte A) en relación con las demás condiciones del artículo. Observamos que las dos partes están

---

<sup>144</sup> Informe del Comité de Asuntos Judiciales de la Cámara de Representantes, H.R. Rep. N° 94-1476, 94º Congreso, 2º período de sesiones 87 (1976), prueba documental US-1. Véase la sección sobre los aspectos fácticos, párrafo 2.5.

<sup>145</sup> Informe del Comité de Asuntos Judiciales de la Cámara de Representantes, Subcomité de Tribunales y Propiedad Intelectual, H.R. Rep. N° 94-1733, 9º Congreso, 2º período de sesiones 75 (1976), prueba documental US-2. Véase también la nota 11 al párrafo 2.5 *supra*.

estrechamente relacionadas entre sí y que sus respectivos campos de aplicación se duplican en algunos aspectos que no son tan sólo las clases de obras abarcadas. En vista de ello, consideramos que al llevar a cabo nuestra tarea de examinar el asunto sometido al OSD y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer sus recomendaciones o dictar sus resoluciones<sup>146</sup>, es apropiado examinar los otros argumentos fundamentales formulados por las partes con respecto a la parte B) que se refieren a su coherencia con las otras dos condiciones del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>147</sup>

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

c) "Que no atente contra la explotación normal de la obra"

i) *Análisis interpretativo general*

6.163 Los Estados Unidos alegan que las partes A) y B) del artículo 110(5) "no atentan contra la explotación normal de la obra" en el sentido de la segunda condición del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. Las Comunidades Europeas rechazan esta afirmación. Trataremos primero la

---

<sup>146</sup> Véase el artículo 7 del ESD.

<sup>147</sup> Un grupo especial del GATT sostuvo que el hecho de comprobar una violación no excluye necesariamente el examen por el grupo especial de otras alegaciones jurídicas cuando la corrección de la violación no elimina necesariamente la base de las demás reclamaciones del demandante. Véase el informe del Grupo Especial sobre *Comunidad Económica Europea - Primas y subvenciones abonadas a los elaboradores y a los productores de semillas oleaginosas y proteínas conexas destinadas a la alimentación animal*, adoptado el 25 de enero de 1990, IBDD 37S/93, párrafo 142.

<sup>148</sup> En *Estados Unidos - Camisas y blusas*, el Órgano de Apelación dijo lo siguiente:

"Nada en esta disposición ni en la práctica previa del GATT exige que un grupo especial examine todas las alegaciones jurídicas formuladas por la parte reclamante. Los grupos especiales anteriores del GATT de 1947 y de la OMC han abordado con frecuencia sólo las cuestiones que consideraron necesarias para la solución del asunto planteado entre las partes, y han rehusado decidir sobre otras cuestiones. Por consiguiente, si un grupo especial consideraba que una medida era incompatible con una determinada disposición del GATT de 1947, por lo general no pasaba a examinar si esa medida era también incompatible con otras disposiciones del GATT, cuya infracción hubiese sido alegada por la parte reclamante ..." (Notas a pie de página suprimidas.) Véase el informe del Órgano de Apelación sobre *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, página 20.

<sup>149</sup> En *Australia - Salmón*, el Órgano de Apelación dijo lo siguiente:

"El principio de economía procesal ha de aplicarse teniendo presente el objetivo del sistema de solución de diferencias, que consiste en resolver el asunto debatido y 'hallar una solución positiva a las diferencias'. Llegar a una solución solamente parcial del asunto debatido sería una falsa economía procesal. Los grupos especiales tienen que abordar las alegaciones respecto de las que es necesaria una constatación para que el OSD pueda formular recomendaciones y resoluciones lo suficientemente precisas como para permitir el pronto cumplimiento por el Miembro de que se trate de esas recomendaciones y resoluciones con miras a 'asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros'." (Notas al pie de página suprimidas.) Véase el informe del Órgano de Apelación sobre *Australia - Medidas que afectan la importación de salmón*, adoptado el 6 de noviembre de 1998, WT/DS18/AB/R, párrafo 223.

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

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

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

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

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

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

---

<sup>150</sup> Oxford English Dictionary, página 888.

<sup>151</sup> Oxford English Dictionary, página 1940.

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

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

quedan afectadas por ninguna de las dos partes del artículo 110(5). Las exenciones empresariales y de uso hogareño sólo afectan lo que los Estados Unidos consideran usos "secundarios" de la radiodifusión, con cargo a limitaciones en cuanto a las dimensiones y al equipo. A juicio de los Estados Unidos, los titulares de derechos obtienen normalmente la parte principal de su remuneración de usos "primarios" y sólo una parte de menor importancia de usos "secundarios".

6.169 Las Comunidades Europeas rechazan la idea de que pueda existir un orden jerárquico entre los derechos "importantes" y los "no importantes" con arreglo a los Acuerdos sobre los ADPIC. Para las Comunidades Europeas no existen derechos "secundarios" y los derechos exclusivos previstos 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 (1971) son derechos separados igualmente importantes.<sup>153</sup>

6.170 Los propios Estados Unidos aclaran que no dan por supuesto que exista una jerarquía jurídica entre los diversos derechos exclusivos conferidos con arreglo a los artículos 11, 11*bis* o a cualquier otra disposición del Convenio de Berna (1971) ni que un país no pueda suprimir por completo un derecho exclusivo aun si ese derecho carece de importancia económica. En cambio, son de la opinión que, cuando se analiza un acto que puede atentar contra la explotación normal de una obra, es importante saber si la excepción se aplica a uno o a varios derechos exclusivos. De manera semejante, el grado en que la excepción afecta a un determinado derecho exclusivo es también pertinente para analizar la segunda condición del artículo 13.

6.171 Es cierto, como señalaron los Estados Unidos, que el artículo 13 se refiere a la explotación normal de "la obra". Sin embargo, en el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de Berna se establecen derechos exclusivos en relación con la obra. Estos derechos exclusivos son los medios jurídicos mediante los cuales puede llevarse a cabo la explotación de la obra, es decir la actividad comercial encaminada a obtener un valor económico de los derechos sobre la obra. Las partes no ponen en tela de juicio, en principio, que el término "obras" debe entenderse como refiriéndose a los "derechos exclusivos" en dichas obras.<sup>154</sup> A nuestro juicio, la segunda condición del artículo 13 no se refiere explícitamente *pars pro toto* a los derechos exclusivos relativos a una "obras" en vista de que el Acuerdo sobre los ADPIC (o el Convenio de Berna (1971) incorporado en él) confiere un número considerable de derechos exclusivos a todos los cuales puede aplicarse la cláusula de excepción del artículo 13. En consecuencia, creemos que la "obra" mencionada en la segunda condición del artículo 13 significa todos los derechos exclusivos relativos a ella.

6.172 Si bien estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que el grado en que una excepción afecta a un determinado derecho es pertinente para nuestro análisis de la segunda condición, ponemos de relieve que un posible acto que atente contra la explotación normal de un determinado derecho exclusivo no puede quedar compensado ni justificado por el simple hecho de que no se atenta contra la explotación normal de otro derecho exclusivo (o de que no existe excepción de ninguna clase con respecto a ese derecho), aun si la explotación de este último derecho generaría mayores ingresos.

6.173 Convenimos con las Comunidades Europeas en que, cuando una limitación o excepción atenta contra la explotación normal de una obra, debe juzgarse caso por caso en relación con cada derecho exclusivo. Recordamos que la presente diferencia se refiere primordialmente al derecho exclusivo con arreglo al punto 3º del párrafo 1 del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971) incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC, pero también al derecho exclusivo con arreglo al punto 2º del párrafo 1 del artículo 11. A nuestro modo de ver, la explotación normal da por supuesta la posibilidad de que los titulares de derechos ejerzan por separado los tres derechos exclusivos garantizados en los tres puntos del párrafo 1) del artículo 11*bis*, así como los derechos que les son

---

<sup>153</sup> Véase también la comunicación escrita de Australia, párrafo 3.8.

<sup>154</sup> Esos derechos abarcan, entre otras cosas, los derechos de interpretación o ejecución pública y a la radiodifusión así como el derecho de comunicación pública en el sentido del punto 3º del párrafo 1 del artículo 11*bis* y del punto 2º del párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna (1971).

conferidos por otras disposiciones, como el artículo 11, del Convenio de Berna (1971). Si estuviera permitido limitar por una exención legal la explotación del derecho conferido por el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* tan sólo porque, en la práctica, la explotación de los derechos conferidos por los puntos 1º) y 2º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* generarían la mayor parte del ingreso por concepto de regalías, quedaría afectada la "explotación normal" de cada uno de los tres derechos conferidos por separado con arreglo al párrafo 1) del artículo 11*bis*.<sup>155</sup>

6.174 Un análisis de la segunda condición de cada derecho exclusivo conferido por el derecho de autor se ajusta a la práctica de solución de diferencias seguida en el GATT/OMC. Un grupo especial comprobó que las cláusulas de no discriminación del GATT no permiten que se compensa la concesión de un trato más favorable en virtud de determinar procedimientos con la concesión de un trato menos favorable en virtud de otros.<sup>156</sup> Como lo señaló otro grupo especial, un elemento del trato más favorable sólo debería ser tomado en consideración si siempre acompañara y compensara un elemento de trato menos favorable.<sup>157</sup> Si bien en estos casos se aplicaban las cláusulas de no discriminación del GATT, consideramos que el principio general contenido en las mismas es, *mutatis mutandis*, pertinente en el asunto que se examina.

6.175 Observamos también que la amplificación de la música radiodifundida que se lleva a cabo en establecimientos tales como bares, restaurantes y tiendas minoristas rinde un beneficio comercial del

---

<sup>155</sup> Además, debemos tener presente que los derechos exclusivos conferidos por los distintos puntos de los artículos 11*bis* y 11 no tienen por qué hallarse necesariamente en posesión del mismo titular del derecho. Un autor o un intérprete o ejecutante, pueden decidir no otorgar una licencia para utilizar un determinado derecho exclusivo y, en cambio, venderlo y transferirlo a otra persona física o jurídica. Si estuviera permitido justificar la interferencia en un derecho exclusivo por el hecho de que otro derecho exclusivo genera mayores ingresos, algunos titulares de derechos podrían verse privados de su derecho a otras regalías tan sólo porque el derecho exclusivo de otro titular de derecho es más rentable.

Nuestra opinión de que los derechos exclusivos deben analizarse por separado a los efectos de la segunda condición queda corroborada asimismo por las prácticas de concesión de licencias seguidas entre las organizaciones de administración colectiva y las organizaciones de administración colectiva y las organizaciones de radiodifusión en los Estados Unidos y las Comunidades Europeas. Estas prácticas no parecen tener en cuenta al nuevo público que puede crearse mediante una nueva comunicación por altavoz de una radiodifusión de una obra en el sentido del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis*, es decir que no se cobran derechos de las empresas de radiodifusión por los nuevos públicos. Véase las respuestas de las CE y los Estados Unidos a la pregunta 4 formulada por el Grupo Especial a ambas partes.

<sup>156</sup> El Grupo Especial sobre *Comunidades Europeas - Régimen de importación, venta y distribución de plátanos* (adoptado el 25 de septiembre de 1997, WT/DS27/ECU/GUA/HND/MEX/USA, párrafo 7.239 y nota al pie de página 446) se refirió al Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Denegación del trato de nación más favorecida con respecto al calzado, distinto del caucho, procedente del Brasil*:

"... el párrafo 1 del artículo primero no permitía que se compensara la concesión de un trato más favorable en virtud de determinados procedimientos con la concesión de un trato menos favorable en virtud de otros, pues si ello se aceptara las partes contratantes estarían autorizadas a eludir el cumplimiento de la obligación de la cláusula de nación más favorecida respecto de una parte contratante en un caso alegando que en otro concedían un trato más favorable a otra parte contratante. A juicio del Grupo Especial, se trataba de una interpretación de la cláusula de nación más favorecida contenida en el párrafo 1 del artículo primero que anularía la finalidad misma a que apuntaba la incondicionalidad de esa obligación." (Adoptado el 19 de junio de 1992, IBDD 39S/150, párrafo 6.10.)

<sup>157</sup> El Grupo Especial sobre *CEE - Bananos III* también se refirió al Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930* en relación con el principio de que "un elemento de trato más favorable sólo debería ser tomado en consideración si siempre acompañara y compensara un elemento de trato menos favorable". (Adoptado el 7 de noviembre de 1989, IBDD 36S/402, párrafo 5.16.)

Véase también el informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Medidas que afectan a la importación y a la venta y utilización en el mercado interno de tabaco*, adoptado el 4 de octubre de 1994, IBDD 41S/139, 169, párrafo 98.

propietario del establecimiento.<sup>158</sup> Ambas partes convienen en el carácter comercial de la música aun cuando no se cobre directamente por ella a los clientes. Puede ser que el monto de las regalías que debe pagarse como consecuencia de esta prestación de la obra no sea muy elevado si la cuestión se aprecia en el contexto de los distintos establecimientos. Sin embargo, lo que cuenta es la acumulación de los establecimientos. Debe recordarse que el titular del derecho de autor está facultado para explotar cada uno de los derechos establecidos en el tratado y en la legislación nacional en virtud de la cual se aplica el tratado. Si el titular del derecho de autor está facultado para percibir una regalía por la música difundida por radio, no se advierte por qué se le privaría de una remuneración que percibiría si se amplifican un número considerable de emisiones de radio para que las escuchen los clientes de diversos establecimientos comerciales, sin duda en beneficio de las actividades comerciales realizadas en esos establecimientos. Observamos también que, aunque en cierto sentido, la amplificación se añade a la radiodifusión de una obra y es distinta a ella, está vinculada a la radiodifusión. La amplificación no puede ocurrir a menos que exista una emisión radiodifundida. Si el administrador de un establecimiento difunde música grabada, no existe una excepción legislativa a los derechos de los titulares del derecho de autor. La amplificación de una emisión se añade a la emisión en sí misma porque obtiene para ésta un público más amplio. Evidentemente, en el punto 3º) del artículo 11*bis* se prevé el uso a que aquí se hace referencia confiriendo derechos a los titulares del derecho de autor con respecto a la amplificación de las emisiones.

6.176 Esto plantea la cuestión de cómo determinar si un determinado uso constituye una explotación normal de los derechos exclusivos establecidos conforme al punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11*bis* y al punto 2º) del párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna (1971). En la literatura académica se ha sugerido un enfoque basado en "las maneras como podría razonablemente esperarse que el autor explote su obra en circunstancias normales".<sup>159</sup>

6.177 El argumento principal de los Estados Unidos es que, para juzgar la "explotación normal", la segunda condición del artículo 13 entraña un análisis económico del grado de "desplazamiento del mercado" en términos de lucro cesante por la remuneración no percibida por los titulares de derechos a causa de la utilización gratuita de las obras en virtud de la exención que se examina.<sup>160</sup> A juicio de los Estados Unidos, la cuestión fundamental es preguntarse si existen esferas del mercado en las que el titular del derecho de autor podría esperar normalmente explotar la obra, pero en las que no puede llevarse a cabo la explotación a causa de esta exención. Con arreglo a ese criterio, las utilizaciones por las cuales el titular no esperaría normalmente percibir una remuneración no son parte de la explotación normal.

6.178 A nuestro parecer, este criterio parece reflejar el aspecto empírico o cuantitativo de la connotación de "normal", en el sentido de "regular, usual, típico u ordinario". En consecuencia, podemos aceptar este planteamiento de los Estados Unidos, pero sólo para el aspecto empírico o cuantitativo de la connotación. También tenemos que dar sentido y efecto al segundo aspecto de la connotación, el sentido de "ajustarse a un tipo o norma". Hemos dicho que este aspecto de la normalidad refleja un planteamiento más normativo de la definición de explotación normal que abarca, entre otras cosas, un elemento dinámico en el que puede tenerse en cuenta la evolución tecnológica y del mercado. Se plantea entonces la cuestión de cómo este aspecto normativo de la explotación "normal" puede tener sentido en relación con la explotación de obras musicales.

6.179 En tal sentido, encontramos una buena orientación en la sugerencia formulada por un grupo de estudio, integrado por representantes del Gobierno de Suecia y las Oficinas Internacionales

---

<sup>158</sup> Observamos que los casos decididos ante los tribunales de los Estados Unidos y los antecedentes legislativos del artículo 110(5) parecen indicar que los restaurantes y otros establecimientos difunden música a fin de atraer los clientes y aumentar el movimiento comercial y las utilidades (véase el Comunicado de prensa de la NLBA, prueba documental US-7).

<sup>159</sup> Ricketson, *The Berne Convention*, *op. cit.*, página 483.

<sup>160</sup> Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 17 formulada por el Grupo Especial a ambas partes.

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

"limitar el reconocimiento y el ejercicio de ese derecho, a determinados propósitos y a condición de que esos propósitos no entren en competencia económica con esas obras" en el sentido de que *"todas las formas de explotar una obra, que tienen, o pueden adquirir, importancia económica o práctica considerable, deben estar reservadas a los autores"*.<sup>161</sup> (Énfasis añadido.)

6.180 En consecuencia parece que una manera de evaluar la constatación normativa de la explotación normal consiste en examinar, además de las formas de explotación que generan actualmente ingresos importantes o apreciables, las formas de explotación que, con cierto grado de probabilidad y plausibilidad, podrían adquirir considerable importancia económica o práctica.

6.181 Por el contrario, se presumiría que las excepciones o limitaciones no atentan contra la explotación normal de las obras si se limitan a un campo o grado de aplicación que no suponga competencia económica con los usos no exentos. A este respecto, resultan útiles las sugerencias formuladas por el Grupo de Estudio Sueco/BIRPI:

"En tal sentido, el Grupo de Estudio observó que, de una parte, era evidente que *todas las formas de explotar una obra que tenían, o podían adquirir, considerable importancia económica o práctica debían en principio reservarse a los autores*; las excepciones que pudieran restringir las posibilidades de que disponían los autores a este respecto eran inaceptables. Por otra parte, no debía olvidarse que *las leyes nacionales contenían ya una serie de excepciones en favor de diversos intereses público y culturales* y que sería inútil suponer que los países estarían dispuestos en este momento a abolir esas excepciones de manera apreciable."<sup>162</sup> (Énfasis añadido.)

6.182 Recordamos que las Comunidades Europeas proponen evaluar los efectos de las excepciones utilizando un criterio según el cual, por lo menos, todas las formas de utilización de las obras que entrañan un beneficio económico para el usuario deben considerarse como explotación normal de las obras. Podemos aceptar que la evaluación de la explotación normal de las obras, desde una perspectiva empírica o cuantitativa, requiere un análisis económico del uso comercial de los derechos exclusivos sobre dichas obras conferidos por el derecho de autor. Sin embargo, a nuestro parecer, no toda utilización de una obra, que en principio está comprendida en el alcance de los derechos exclusivos y entraña utilidades comerciales, atenta necesariamente contra la explotación normal de dicha obra. Si éste fuera el caso, apenas habría excepciones o limitaciones que pudieran cumplir con la segunda condición y el artículo 13 resultaría sin sentido, puesto que la explotación normal equivaldría al pleno uso de los derechos exclusivos.

6.183 Consideramos que una excepción o limitación de un derecho exclusivo en la legislación nacional llega a atentar contra una explotación normal de la obra (es decir, el derecho de autor o más bien todo el conjunto de derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor), si las utilidades, que en principio están comprendidas en ese derecho pero se hallan exentas en virtud de la excepción o a la limitación, entran en competencia económica con las formas en que los titulares de derechos consiguen normalmente un valor económico de su derecho de la obra (es decir, el derecho de autor) y por lo tanto los priva de percibir utilidades comerciales importantes o apreciables.

---

<sup>161</sup> Documento S/1: Berne Convention; Proposals for Revising the Substantive Copyright Provisions (artículos 1-20). Preparado por el Gobierno de Suecia con la asistencia de BIRPI, página 42.

<sup>162</sup> *Ibid.*, página 41.

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

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

---

<sup>163</sup> En el informe del Grupo de Trabajo sobre *Impuestos Interiores del Brasil* se observó en el contexto de la cláusula de trato nacional del GATT que "la falta de importaciones procedentes de las partes contratantes durante el período de tiempo que se hubiera escogido para ser objeto de examen no indicaba necesariamente que no tenían interés en la exportación del producto afectado por el impuesto, ya que debía tomarse en consideración el potencial de las mismas como exportadores habida cuenta del trato nacional". Los miembros del Grupo de Trabajo fueron de la opinión de que las obligaciones del artículo III eran aplicables igualmente tanto si las importaciones de otras partes contratantes eran sustanciales, pequeñas o inexistentes. Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre *Impuestos Interiores del Brasil*, adoptado el 30 de junio de 1949, IBDD, II, 184-185.

La opinión de que la prueba de los efectos comerciales reales no era un requisito indispensable para constatar una incompatibilidad con las normas del GATT fue adoptada por una serie de grupos especiales, entre otros, en la diferencia sobre *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y determinadas sustancias importadas*, adoptado el 17 de junio de 1987, IBDD 34S/157, párrafo 5.1.9. Véase también el informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*, adoptado el 19 de junio de 1992, IBDD 39S/242; informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Medidas que afectan a la importación y a la venta y utilización en el mercado interno de tabaco*, adoptado el 4 de octubre de 1994, IBDD 41S/139, párrafo 98.

Estos y otros grupos especiales, en particular en *Medidas discriminatorias italianas para la importación de maquinaria agrícola* (adoptado el 23 de octubre de 1958, IBDD 7S/64, párrafo 12) y en *Canadá - Aplicación de la Ley sobre el examen de la inversión extranjera* (adoptado el 7 de febrero de 1984, IBDD 30S/151, párrafo 5.8-5.10), interpretaron que la norma de trato nacional, que prohíbe la discriminación tanto *de jure* como *de facto*, protegía la igualdad de oportunidades competitivas y prohibía toda ley o reglamento que pudiera modificar expresamente las condiciones de competencia entre productos extranjeros y productos nacionales semejantes.

Los grupos especiales que se ocuparon de la prohibición de restricciones o prohibiciones cuantitativas comprobaron de manera semejante que el artículo XI del GATT protegía las condiciones de competencia y que las restricciones a la importación estaban prohibidas sin tenerse en cuenta de sí, en la práctica, impedían las importaciones. Véase el informe del Grupo Especial sobre *CEE - Primas y subvenciones abonadas a los elaboradores y a los productores de semillas oleaginosas y proteínas conexas destinadas a la alimentación animal*, adoptado el 25 de enero de 1990, IBDD 37S/93, párrafo 150. Véase también el informe del Grupo Especial sobre *Medidas aplicadas por el Japón a las importaciones de cuero*, adoptado los días 15 y 16 de mayo de 1984, IBDD 31S/104, párrafo 55.

En la diferencia *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* (informe adoptado el 1º de noviembre de 1996, WT/DS8,10,11/AB/R, página 17), el Órgano de Apelación sostuvo los conceptos de igualdad de las condiciones competitivas y de condiciones de competencia iguales para los productos extranjeros y los productos nacionales similares. En la diferencia *Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas* (informe adoptado el 17 de febrero de 1999, WT/DS/75,84/AB/R, párrafos 125 a 131), el Órgano de Apelación confirmó la falta de un criterio de efectos comerciales con arreglo a la cláusula de trato nacional así como el principio de que el artículo III del GATT protege las expectativas en cuanto a las oportunidades competitivas.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

relativos al país primordialmente interesado.<sup>166</sup> Observamos que, si bien los Miembros de la OMC tienen libertad para elegir el método de aplicación, las normas mínimas de protección son las mismas para todos ellos.<sup>167</sup> En el presente caso basta para nuestro propósito tener en cuenta las condiciones específicas que se aplican en el mercado de los Estados Unidos al evaluar si la medida en cuestión atenta contra la explotación normal en ese mercado o si reúne las demás condiciones del artículo 13.

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

6.190 Los Estados Unidos sostienen que la exención empresarial no atenta contra la explotación normal de obras por diversas razones. En primer lugar, en vista del gran número de pequeños establecimientos de servicios de comidas y bebidas y de comercio minorista, los distintos titulares de derechos o las organizaciones de administración colectiva hacen frente a dificultades administrativas considerables al otorgar licencias a todos esos establecimientos. En vista de que el mercado al cual se aplica la exención empresarial no ha sido nunca explotado de manera importante por las organizaciones de administración colectiva, el Congreso de los Estados Unidos se ha limitado a modificar el *statu quo* de las prácticas de otorgamiento de licencias de dichas organizaciones. En segundo lugar, una parte importante de los establecimientos exonerados por la nueva exención empresarial ya habían sido exonerados en virtud de la antigua exención de uso hogareño. En consecuencia, los titulares del derecho de autor de obras musicales no dramáticas no tenían expectativa alguna de recibir regalías de los pequeños establecimientos de servicios de comidas o bebidas o de comercio minorista comprendidos en esta última exención. En tercer lugar, aun si la parte B) no se hubiera promulgado, muchos de los establecimientos que pueden ampararse en esa exención hubieran podido hacer uso de una exención casi idéntica con arreglo al acuerdo de licencias de grupos concertado entre la NLBA y la ASCAP, la BMI y SESAC (organizaciones de administración colectiva de los Estados Unidos). Por estas razones, los Estados Unidos dan por supuesto que, incluso antes de aprobarse la enmienda de 1998, los titulares de derechos no podían suponer normalmente que obtendrían regalías de esos establecimientos. Los Estados Unidos consideran que el número de establecimientos que no hubieran estado facultados para invocar la exención de uso hogareño original de 1976 o el Acuerdo NLBA y que hubieran quedado exonerados con arreglo a la parte B), es muy reducido. En vista del conjunto de usos de explotación de que disponían los titulares de derecho de autor con arreglo a la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos<sup>168</sup>, los Estados Unidos, consideraban que la limitación residual de algunos usos secundarios de las obras radiodifundidas no llegaba a atentar contra la explotación normal.

6.191 Las Comunidades Europeas responden que las dificultades administrativas en otorgar licencias a un gran número de pequeños establecimientos no excusan la falta del derecho, debido a que sólo puede haber observancia de los derechos reconocidos por la ley. Señalan asimismo que la utilización de música grabada no está comprendida las exenciones. Aduciendo que esta diferenciación es difícil de justificar, sostienen que, en la medida en que el otorgamiento de licencias a un gran número de establecimientos tropieza con dificultades insuperables, esas dificultades surgen de manera independiente al medio utilizado. Observan también que las organizaciones de administración colectiva de las CE consiguen otorgar licencias a un gran número de pequeños negocios sin encontrar obstáculos insalvables, mientras que las organizaciones de administración colectiva de los Estados Unidos, debido a la falta de protección legal, no han desarrollado la estructura administrativa necesaria para otorgar licencias a pequeños establecimientos.

---

<sup>166</sup> Respuestas de las CE y los Estados Unidos a la pregunta 14 formulada por el Grupo Especial a ambas partes.

<sup>167</sup> En tal sentido, los Estados Unidos se refieren al párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, que establece que los Miembros "podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo".

<sup>168</sup> Prueba documental US-14.

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

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

6.194 En este contexto, los Estados Unidos hacen referencia al testimonio de la Presidenta de la ASCAP ante el Congreso de los Estados Unidos en 1997.<sup>174</sup> Sobre la base del total de restaurantes que disponían de licencias de la ASCAP<sup>175</sup> y del número total de restaurantes estimado por la NRA sobre la base de los datos de la Oficina del Censo<sup>176</sup>, los Estados Unidos calculan que, en ese momento, la ASCAP no había otorgado licencias a más de un 19 por ciento de los restaurantes. A su juicio, eso indicaba también un nivel relativamente bajo de la concesión de licencias a dichos establecimientos.

---

<sup>169</sup> Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 7 del Grupo Especial a los Estados Unidos.

<sup>170</sup> Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 10 del Grupo Especial a los Estados Unidos.

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

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

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

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

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

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

6.195 Recordamos que, en su estudio de noviembre de 1995<sup>177</sup>, el Servicio de Investigación del Congreso (CRS) estimó que del 16 por ciento a los establecimientos de servicios de comidas, el 13,5 por ciento a los establecimientos de servicios de bebidas y el 18 por ciento a los establecimientos de comercio minorista no tenían en ese momento dimensiones mayores a las del restaurante *Aiken*, es decir, una superficie de 1.055 pies cuadrados. Estos establecimientos podrían beneficiarse de la exención con arreglo al artículo 110(5) original, con cargo a las limitaciones en materia de equipo. Los Estados Unidos ofrecen dos estimaciones del número de restaurantes que disponían de licencias en ese momento: de una parte, el 10,5 por ciento en restaurantes contaban con licencias expedidas por las organizaciones de administración colectiva<sup>178</sup>, y, de otra, un 19 por ciento de restaurantes tenían licencias otorgadas por la ASCAP.<sup>179</sup> Los Estados Unidos estiman asimismo que un 74 por ciento de todos los restaurantes difunden alguna clase de música.<sup>180</sup>

6.196 Aun si restamos la parte correspondiente a los restaurantes que estaban potencialmente exonerados en virtud de la exención de uso hogareño original, convenimos con los Estados Unidos en que esas cifras indican un nivel relativamente bajo de otorgamiento de licencias a restaurantes que probablemente difunden música. Sin embargo, como antes se ha señalado, el hecho de que las organizaciones de administración colectiva ejerzan o no plenamente su derecho a autorizar el uso de determinados derechos exclusivos, o prefieran recaudar remuneraciones por determinados usos, o de determinados usuarios, no es, a nuestro juicio, plenamente indicativo de una "explotación normal" de los derechos exclusivos. Al examinar si la enmienda de 1998 atenta contra la explotación normal, el hecho de que, por lo general, no modifique las prácticas de otorgamiento de licencias en relación con los establecimientos que ya estaban exonerados en virtud de la antigua exención de uso hogareño no resulta pertinente; es evidente que, debido a la exención de uso hogareño ya existente, dichos establecimientos no podían disponer de licencias. Más adelante examinaremos por separado si la exención de uso hogareño contenida en el artículo 110(5) enmendado atenta contra la explotación normal.

6.197 Los restaurantes que habían obtenido licencias de las organizaciones de administración colectiva antes de aprobarse la enmienda de 1998 eran probablemente, en su mayoría, restaurantes de dimensiones superiores a las del restaurante *Aiken* (o que no cumplían con los límites en materia de equipo fijados para los restaurantes más pequeños). Las dos estimaciones de los Estados Unidos de la parte correspondiente a los restaurantes con licencias (10,5 y 19 por ciento), junto con la estimación de los Estados Unidos de la parte de los restaurantes que difunden alguna clase de música (74 por ciento), significa que muchos restaurantes de dimensiones superiores al restaurante *Aiken*, y que probablemente difundían música, no contaban, al parecer, con licencias. Esto tiende a indicar que entre usuarios similares algunos pagaban derechos de licencia y otros no. No se nos ha presentado ninguna prueba de que se consideraría normal esperar una remuneración de parte de unos usuarios pero no de otros en situaciones semejantes.

6.198 No nos parece convincente el argumento según el cual debe presumirse que no atenta contra la explotación normal una excepción que codifica una práctica existente de parte de las organizaciones de administración colectiva en el sentido de no otorgar licencias a determinados usuarios, puesto que no se afectaría de esta manera la expectativa de los titulares de derechos de percibir una remuneración. Entendemos que esto significaría que la "explotación normal" equivale a las prácticas de "remuneración normal" existentes en un determinado momento en un determinado mercado o jurisdicción. Si estas excepciones se permitieran *per se*, sería posible congelar toda

---

<sup>177</sup> Véase el párrafo 2.11.

<sup>178</sup> Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 10 b) formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos, párrafo 1.

<sup>179</sup> Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 10 b) formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos, párrafo 2.

<sup>180</sup> Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 11 b) formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos.

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

6.199 Los Estados Unidos señalan a la atención una propuesta formulada por las organizaciones de administración colectiva de los Estados Unidos para modificar el artículo 110(5).<sup>181</sup> En 1995, esas organizaciones presentaron un texto para sustituir al proyecto<sup>182</sup> que en ese momento se hallaba pendiente en el Congreso. En la propuesta de las organizaciones se establecía un límite de superficie de 1.250 pies cuadrados así como determinadas limitaciones en materia de equipo, que consistían en un máximo de cuatro altavoces y dos pantallas de televisión no mayores de 44 pulgadas. Con respecto a otras cuestiones, las organizaciones dijeron en sus propuestas que era posible y deseable permitir que fueran objeto de un arreglo negociado con las asociaciones de usuarios.<sup>183</sup> La propuesta de las organizaciones representaba una pequeña ampliación de la exención de uso hogareño original.<sup>184</sup>

6.200 Las organizaciones de administración colectiva, las coaliciones de pequeñas empresas y otros grupos de intereses pueden formular propuestas legislativas al parlamento nacional por diversas razones. Algunas propuestas pueden formar parte de un conjunto más amplio con elementos que sean más o menos favorables a los distintos grupos participantes en el proceso. Nuestra tarea no es precisar cuáles son esos motivos o estrategias de negociación. Nuestras atribuciones se limitan a examinar la compatibilidad del artículo 110(5) actualmente aplicable, que se promulgó eventualmente, con las normas sustantivas del Acuerdo sobre los ADPIC. En el desempeño de nuestro mandato hemos interpretado las palabras "que no atenten contra la explotación normal" sobre la base de los criterios del artículo 31 de la Convención de Viena y hemos examinado la parte B) a la luz de una norma objetiva. Por consiguiente, no consideramos que la propuesta legislativa hecha por las organizaciones de administración colectiva de los Estados Unidos sea pertinente para interpretar la segunda condición del artículo 13. Una propuesta formulada durante los procedimientos legislativos por esas organizaciones no puede invocarse contra ellas ni emplearse para determinar obligaciones derivadas de tratados.

6.201 Los Estados Unidos sostienen asimismo que, al no llegarse a una solución legislativa en ese momento, las organizaciones de administración colectiva de los Estados Unidos firmaron en octubre de 1995 un acuerdo privado sobre licencias colectivas con la NLBA ("Acuerdo NLBA"). Las organizaciones ofrecieron ampliar el acuerdo a la Asociación Nacional de Restaurantes (NRA) y a otros miembros de la coalición para aumentar el alcance de la exención legal. 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 televisión, siempre que el establecimiento tenga menos de 3.500 pies cuadrados de superficie, o, en caso de ser mayor, cumpla con ciertas limitaciones en materia de equipo. Los Estados Unidos ponen de relieve que el alcance de las exenciones previstas en este acuerdo privado

---

<sup>181</sup> Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 11.

<sup>182</sup> H.R. 789, prueba documental US-4.

<sup>183</sup> Carta de fecha 24 de julio de 1995 de ASCAP, BMI, Inc. dirigida al Honorable Carlos Moorhead, prueba documental US-5.

<sup>184</sup> Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 11.

sobre licencias colectivas es en gran medida idéntico a la legislación que, tres años más tarde, en 1998, se convirtió en la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales.<sup>185</sup>

6.202 Las Comunidades Europeas sostienen que las organizaciones de administración colectiva trataron de negociar esos acuerdos privados sobre licencias colectivas a fin de evitar que se promulgara una legislación aun menos favorable. Las Comunidades Europeas comparan esto a una situación en que el titular de derechos prefiere conceder una licencia contractual en condiciones relativamente poco favorables en un país en el cual es fácil obtener una licencia obligatoria que en un país en el que resulta difícil obtener dicha licencia. Además, a su juicio, la referencia de los Estados Unidos a acuerdos privados tiene un carácter circular. Sólo después que el legislador ha establecido el marco legal pueden los agentes económicos privados comenzar a actuar dentro de dicho marco. En otras palabras, sólo cuando una ley prescribe un derecho de interpretación o ejecución pública, pueden las partes ponerse de acuerdo en torno a un contrato de licencia. Cuando la ley prevé la utilización gratuita, no hay razón para concertar un contrato de licencia puesto que, para comenzar, no existe el derecho a otorgar licencias.

6.203 Señalamos que los Estados Unidos no estuvieron en condiciones de aportar una copia del Acuerdo NLBA al Grupo Especial, porque la NLBA consideraba que se trataba de información comercial de dominio privado.<sup>186</sup> Por consiguiente, al examinar la pertinencia del Acuerdo NLBA para las cuestiones tratadas, tuvimos que basarnos en otras informaciones indirectas que nos presentaron las partes.

6.204 Si bien reconocemos semejanzas entre los términos del Acuerdo NLBA y las disposiciones de la versión aprobada de la exención empresarial de la parte B), advertimos también ciertas diferencias. El Acuerdo NLBA parece ser un conjunto amplio de normas sobre las licencias relativas a derechos de la interpretación o ejecución, cuyos términos van más allá de las cuestiones tratadas en la exención empresarial cuando ésta se hallaba en examen o cuando fue promulgada. Por ejemplo, el Acuerdo está administrado por la NLBA contra el pago de una pequeña parte de los derechos de licencia percibidos. Los establecimientos pequeños que tienen derecho a la exención conforme al Acuerdo deben solicitar una "licencia de exención" de la NLBA contra el pago de 30 dólares EE.UU. anuales. En consecuencia, el Acuerdo puede caracterizarse como una forma de ejercicio de derechos exclusivos mediante el otorgamiento de "licencias de exención" a pequeños establecimientos de servicios de comidas y bebidas contra el pago de una pequeña tasa fija.<sup>187</sup> Además, conforme al Acuerdo, las organizaciones de administración colectiva y la NLBA se comprometen a colaborar para proporcionar una oferta global de valor añadido a quienes eligen el acuerdo colectivo. Al anunciar el acuerdo, la NLBA instó encarecidamente a sus miembros a que adquirieran una licencia conforme al acuerdo.<sup>188</sup> Es probable que la propuesta de la NLBA consiga la adhesión voluntaria a la licencia colectiva de un número mayor de restaurantes de lo que se consiguió con los esfuerzos concertados de las organizaciones de administración colectiva para otorgar licencias individuales a los restaurantes.<sup>189</sup>

---

<sup>185</sup> Para más detalles, véase la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 12 y 13.

<sup>186</sup> Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 1 c) formulada por el Grupo Especial de los Estados Unidos.

<sup>187</sup> En comparación, observamos que la Australian Performing Rights Association de Australia otorga gratuitamente licencias a ciertos establecimientos pequeños. Véase la respuesta de Australia a la pregunta 2 formulada por el Grupo Especial a los terceros.

<sup>188</sup> La información que antecede está basada en NLBA News, abril de 1997, prueba documental US-6, y en "Music Licensing Agreement with ASCAP, BMI & SESAC for NLBA members; NLBA announces the deal of the century", prueba documental US-7. Los Estados Unidos informan que la tasa de la licencia de exención es ahora de 50 dólares EE.UU.

<sup>189</sup> No podemos excluir la posibilidad de que las condiciones del Acuerdo NLBA puedan haber estado influidas por el proyecto de ley que se hallaba pendiente en el Congreso de los Estados Unidos al momento de concertarse el acuerdo. Sin embargo, creemos que, a los efectos de nuestro examen de la segunda condición del artículo 13, no tiene importancia el hecho de que, según lo han señalado los Estados Unidos, la ASCAP elogiara

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

6.206 Recordamos que una mayoría considerable de establecimientos de servicios de comidas y bebidas y casi la mitad de los establecimientos de comercio minorista pueden beneficiarse de la exención empresarial. Esto constituye una importante fuente potencial de regalías para el ejercicio de los derechos exclusivos previstos en el punto 3º del párrafo 1 del artículo 11*bis* y en el punto 2º del párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna (1971), como lo demuestran las cifras de los estudios de D and B a que se ha hecho referencia en nuestro análisis de la primera condición del artículo 13.

6.207 Recordamos que la parte B) del artículo 110(5) exonera la comunicación pública de emisiones de radio y televisión, pero no comprende la difusión de obras musicales a partir de discos compactos y cintas grabadas (ni la música ejecutada en directo). En vista de que no se nos han presentado razones para esta distinción, como no sean de carácter histórico, no advertimos ninguna razón lógica para distinguir entre la música radiodifundida y la música grabada cuando se determina lo que es la utilización normal de obras musicales.

6.208 Es cierto, como observan los Estados Unidos, que muchos establecimientos pueden no difundir ninguna clase de música, ni hacer uso de música grabada o ejecutada en directo. Según las encuestas de la NLBA<sup>190</sup>, entre sus establecimientos miembros un 26 por ciento usa grabaciones musicales en discos compactos y cintas, un 18 por ciento emplea servicios de suministro de música de fondo y un 28 por ciento utiliza música de la radio.<sup>191</sup> Los Estados Unidos estiman que aproximadamente un 74 por ciento de los restaurantes de los Estados Unidos difunden alguna clase de música. Los Estados Unidos presentaron asimismo estimaciones de la NRA sobre sus miembros en cuanto al porcentaje de restaurantes que hacen uso de la radio o la televisión; estas cifras no se reproducen aquí, en vista de que la información fue proporcionada a los Estados Unidos con carácter

---

el acuerdo privado de licencia colectiva y lo considerase una transacción equitativa, aduciendo que redundaría en beneficio de las pequeñas empresas al tiempo que garantizaba los derechos de los titulares de derechos. De manera semejante, no interesa a los efectos de nuestro examen de dicha condición si, como lo han señalado las Comunidades Europeas, la ASCAP y la BMI se manifestaron en contra de la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales de 1998 en un comunicado de prensa publicado con ocasión de su promulgación por el Congreso de los Estados Unidos. (Las CE se refieren al comunicado de prensa conjunto de la ASCAP y la BMI, prueba documental EC-14: "Con esta legislación sobre las licencias de obras musicales, que confisca la propiedad privada de los titulares del derecho de autor, el Gobierno de los Estados Unidos ha sancionado severamente a los compositores, autores y editores norteamericanos ... Los ingresos de los compositores, autores y editores se han reducido en decenas de millones de dólares anuales.") Observamos que las propuestas legislativas, o a las observaciones que se formulen sobre ellas, no impiden que los titulares de derechos o las organizaciones que los representan hagan valer sus derechos.

<sup>190</sup> Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 11 b) formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos.

<sup>191</sup> Carta de la NLBA de fecha 18 de noviembre de 1999, prueba documental confidencial US-17.

confidencial.<sup>192</sup> A partir de esos datos, los Estados Unidos dan por supuesto que no puede atribuirse a la música de radio más del 44 por ciento de los derechos de licencia.<sup>193</sup>

6.209 Observamos que las partes convienen en que los problemas administrativos que se presentan a las organizaciones de administración colectiva en relación con el otorgamiento de licencias a un gran número de pequeños establecimientos de servicios de comidas o bebidas y de comercio minorista no son diferentes en función del medio utilizado para difundir la música. Creemos que la diferenciación entre los diversos tipos de medios puede inducir a los administradores de los establecimientos previstos en la parte B) a prescindir de la música grabada o ejecutada en directo, que está sometida al pago de un derecho, para utilizar la música transmitida por radio o televisión, que es gratuita. Esto puede constituir también un incentivo para reducir los derechos de licencia de la música grabada de modo que los usuarios no pasen a utilizar la música radiodifundida.

6.210 Los titulares de los derechos de obras musicales consideran que les corresponde autorizar el uso de la música transmitida en las emisiones de radio y televisión difundidas por muchos de los establecimientos comprendidos por la exención así como percibir una remuneración, según sea apropiado, por el uso de sus obras. En consecuencia, tenemos que llegar a la conclusión de que una exención de tal alcance como la prevista en la parte B) atenta contra la "explotación normal" de la obra en relación con los derechos exclusivos conferidos en virtud del punto 3º) del párrafo 1 del artículo 11*bis* y del punto 2º) del párrafo 1 del artículo 11 del Convenio de Berna (1971).

6.211 Habida cuenta de estas consideraciones, llegamos a la conclusión de que la exención empresarial prevista en la parte B) atenta contra una explotación normal de la obra en el sentido de la segunda condición del artículo 13.

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

6.212 Los Estados Unidos sostienen que la exención de uso hogareño, aun antes de que se retiraran de su campo de aplicación las obras musicales no dramáticas en virtud de la enmienda de 1998, estaba limitada a establecimientos que no son lo bastante grandes como para justificar la suscripción a un servicio comercial de música de fondo.<sup>194</sup> Como se dice en el Informe de la Cámara de Representantes (1976), el Congreso de los Estados Unidos tenía la intención de que esta exención sirviera solamente para codificar las prácticas en materia de otorgamiento de licencias que ya se encontraban en vigor. La exención de uso hogareño original de 1997 debía afectar sólo a los establecimientos que probablemente no obtendrían de otra manera una licencia, o no hubieran obtenido una licencia conforme a las prácticas seguidas en ese momento. Los Estados Unidos sostienen que la parte A) del artículo 110(5) modificado no entra en conflicto con las expectativas de los titulares de derechos en cuanto a la explotación normal de sus obras.

6.213 En lo que respecta al equipo permitido, observamos que, según el Informe de la Cámara de Representantes (1976), el propósito de la exención en su forma original era exonerar de la responsabilidad del derecho de autor "a toda persona que se limite a encender, en un lugar público, un aparato receptor de radio o televisión ordinario de la clase que suele venderse a los miembros del público para uso privado". "[La cláusula] impondría la responsabilidad cuando el propietario haya

---

<sup>192</sup> Somos de opinión que designar como confidenciales estas informaciones estadísticas no nos presta ayuda en el cumplimiento de nuestra responsabilidad ya sea en las constataciones que permitan mejor al OSD desempeñar su función de solución de diferencias. Sin embargo, habida cuenta de nuestras constataciones sobre la compatibilidad de la exención empresarial con la segunda condición del artículo 13, así como de nuestras consideraciones acerca de los efectos de sustitución entre las diversas formas de difusión de obras musicales, la información en cuestión no nos resulta indispensable.

<sup>193</sup> Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 11 b) formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos.

<sup>194</sup> *US Congress Conference Report* (1976), prueba documental US-2, a que se hace referencia en el párrafo 2.5 *supra*.

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

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

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

6.216 Los Estados Unidos sostienen que la exención de uso hogareño de 1998 es aun menos capaz de atentar contra la explotación normal de las obras debido a que su alcance se limita ahora a obras que no son obras musicales no dramáticas. Si bien existe en los Estados Unidos un mecanismo de licencias colectivas para las obras musicales no dramáticas, no existe en cambio dicho mecanismo para las obras musicales "dramáticas" y los titulares de los derechos otorgan pocas licencias, o no otorgan ninguna licencia, a los establecimientos en cuestión. Por consiguiente, a juicio de los Estados Unidos, no es posible que los autores tengan expectativas razonables de explotar obras musicales "dramáticas" en circunstancias normales mediante el otorgamiento de licencias para interpretaciones o ejecuciones públicas o comunicaciones de las mismas a los establecimientos que pueden invocar la parte A).

---

<sup>195</sup> Estas citas se han tomado del Informe del Comité de Asuntos Judiciales de la Cámara de Representantes, *H.R. Rep. N° 94-1476, 94<sup>th</sup> Congress, 2<sup>d</sup> Session 87* (1976), reproducido en la prueba documental US-1. Se añade en el Informe que "entre los factores que deben examinarse en los distintos casos figuran las dimensiones, la disposición material y el nivel de ruido de las áreas del establecimiento en las cuales podrán verse o escucharse las transmisiones, y la medida en que el aparato receptor ha sido alterado o aumentado para mejorar la calidad auditiva o visual de la interpretación o ejecución". Los factores que deben tenerse en cuenta al aplicar la exención se basan en gran medida en los hechos de un caso decidido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos inmediatamente antes de promulgarse la Ley de Derecho de Autor de 1976, *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975). En *Aiken*, el Tribunal sostuvo que el propietario de un pequeño restaurante de comidas rápidas no tenía obligación de pagar la música difundida mediante una radio con cuatro altavoces instalados en el techo; la superficie del establecimiento era de 1055 pies cuadrados (98 m<sup>2</sup>), de los cuales 620 pies cuadrados (56 m<sup>2</sup>) estaban abiertos al público. El Informe describe la situación de hecho en *Aiken* como "el límite máximo de la exención".

<sup>196</sup> Véase el Informe de la Cámara de Representantes (1976), prueba documental US-1, a que se hace referencia en el párrafo 2.5 *supra*.

<sup>197</sup> Más concretamente, en el estudio del Servicio de Investigación del Congreso de 1995 se comprobó que en los Estados Unidos un 16 por ciento de todos los establecimientos de servicios de comidas, un 3,5 por ciento de todos los establecimientos de servicios de bebidas y un 18 por ciento de todos los establecimientos de comercio minorista tenían las mismas dimensiones o eran de dimensiones más reducidas que el restaurante *Aiken* (1.055 pies cuadrados de espacio total). Véanse *supra* los párrafos 2.11 y 6.142.

6.217 Recordamos que las partes están de acuerdo en que la aplicación de la parte A) se limita, en lo que respecta a las obras musicales, a la comunicación pública de transmisiones de ejecuciones dramáticas de obras musicales "dramáticas", tales como óperas, operetas, comedias musicales y otras obras dramáticas semejantes. En consecuencia, las interpretaciones o ejecuciones de canciones tomadas de una obra musical dramática fuera del contexto dramático, para citar un ejemplo, constituirían una ejecución de una obra no dramática y estarían comprendidas en la parte B).

6.218 Entendemos que las partes convienen en que, por lo general, los titulares del derecho no otorgan ni tratan de otorgar licencias para la comunicación pública de transmisiones de ejecuciones dramáticas de obras musicales "dramáticas" en el sentido del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y/o del punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11. No se nos ha presentado información sobre ninguna práctica de otorgamiento de licencias existente relativa a la comunicación pública de radiodifusiones de interpretaciones o ejecuciones de obras dramáticas (es decir, óperas, operetas, comedias musicales) por establecimientos de servicios de comidas y bebidas o de comercio minorista en los Estados Unidos ni en ningún otro país. En tal sentido, no advertimos como la exención de uso hogareño, que en su forma modificada se limita a obras que no son obras musicales no dramáticas, puede adquirir importancia económica o práctica considerable para los titulares de los derechos sobre obras musicales.

6.219 En consecuencia, concluimos que la exención de uso hogareño contenida en la parte A) del artículo 110(5) no atenta contra una explotación normal de las obras en el sentido de la segunda condición del artículo 13.

d) "Ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos"

i) *Análisis interpretativo general*

6.220 Los Estados Unidos definen el "perjuicio a los intereses legítimos del titular de los derechos" en términos de los efectos económicos de las partes A) y B) del artículo 110(5). A juicio de los Estados Unidos, mientras que la segunda condición del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC se refiere al grado de desplazamiento del mercado causado por una limitación o excepción, la norma del "perjuicio injustificado" se refiere a la medida en que el titular de derechos ha sido perjudicado por los efectos de la excepción. En vista de que cualquier excepción a los derechos exclusivos puede resultar técnicamente en cierto grado de perjuicio al titular de los derechos, la cuestión decisiva es saber si el perjuicio es injustificado.<sup>198</sup>

6.221 Las Comunidades Europeas sostienen que los intereses legítimos del titular de los derechos consisten en ser capaz de prevenir todos los casos de una determinada utilización de su obra - protegida por un derecho exclusivo específico- llevada a cabo por un tercero sin su consentimiento. Entre los intereses legítimos figuran, por lo menos, todos los usos comerciales por un tercero de los derechos exclusivos del titular de los derechos. Para las Comunidades Europeas, tanto los elementos empíricos como los normativos son pertinentes para el examen de la tercera condición del artículo 13. En la práctica, el perjuicio económico causado a los titulares de derechos debe evaluarse primordialmente sobre la base de los efectos económicos en el país que aplica la excepción. A juicio de las CE, es suficiente probar la posibilidad del perjuicio; no es necesario cuantificar las pérdidas financieras reales sufridas por los titulares de los derechos en cuestión.

6.222 Observamos que el análisis de la tercera condición del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC entraña varias etapas. En primer lugar, es necesario definir en qué consisten los "intereses" de los titulares de los derechos que están en juego y cuáles son las características que los hacen "legítimos". Luego es preciso interpretar el término "perjuicio" y en qué medida alcanza un nivel que pueda considerarse "injustificado".

---

<sup>198</sup> Guía del Convenio de Berna, *op. cit.*, página 63, párrafo 9.8.

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

6.224 El término "legítimo" tiene los sentidos de

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

<sup>201</sup> *Oxford English Dictionary*, página 2496.

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

arreglo a cada punto de los artículos 11*bis* y 11 del Convenio de Berna (1971), debe considerarse por separado a los efectos de examinar si es posible que se atente contra una "protección normal".<sup>203</sup>

6.229 La cuestión decisiva es saber cuál es el grado o nivel de "perjuicio" que puede considerarse como "injustificado"<sup>204</sup>, en vista de que, con arreglo a la tercera condición, puede considerarse que un cierto "perjuicio" es "no injustificado".<sup>205</sup> A nuestro parecer, el perjuicio de los intereses legítimos de los titulares de derechos llega a un nivel injustificado si una excepción o limitación causa o puede causar una pérdida de ingresos injustificada al titular del derecho de autor.

*Intereses legítimos de los titulares de los derechos de las CE, los Estados Unidos y terceros países*

6.230 Tomamos nota del argumento de las CE en el sentido de que, con respecto a todas las condiciones del artículo 13, deben tenerse en cuenta los efectos sobre todos los titulares de derechos de todos los Miembros de la OMC. En el caso de las Comunidades Europeas, las repercusiones sobre los titulares de derechos de las CE no se tratan en la presente etapa del procedimiento de solución de diferencias, y serían pertinentes sólo en el contexto del artículo 22 del ESD relativo a la compensación y suspensión de concesiones o de otras obligaciones equivalentes a la anulación o menoscabo

---

<sup>203</sup> Recordamos también que nuestro examen de la segunda condición del artículo 13 no se nos presentaron pruebas de los acuerdos sobre otorgamiento de licencias entre las organizaciones de administración colectiva y las organizaciones de radiodifusión, sobre todo en relación con los puntos 1º o 2º) del párrafo 1) del artículo 11*bis*, en los cuales se hiciera referencia a la comunicación pública adicional en el sentido del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis*, por ejemplo, en los tipos de establecimientos a que se hace referencia en las partes del artículo 110(5). Creemos que debemos analizar si las exenciones en cuestión causan un perjuicio justificado a los intereses legítimos de los titulares de los derechos de manera semejante con respecto a cada derecho exclusivo. Confirma nuestra opinión el hecho de que, como hemos señalado al examinar la segunda condición del artículo 13, los derechos exclusivos conferidos por los puntos de los artículos 11 y 11*bis* en relación con una misma obra pueden corresponder a distintas personas. Véanse las respuestas de las CE y de los Estados Unidos a la pregunta 4 formulada por el Grupo Especial a ambas partes.

<sup>204</sup> El término utilizado en la versión francesa del Convenio de Berna es "*injustifie*". La versión inglesa y la versión francesa del Convenio de Berna son igualmente auténticas pero, según el apartado c) del párrafo 1) del artículo 37 del Convenio, "en caso de controversia sobre interpretación de los diversos textos, hará fe el texto francés".

Sin embargo, el artículo 37 del Convenio de Berna no se ha incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC. En la medida en que los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna se han incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 de su artículo 9, se aplica la norma general del artículo XVI del Acuerdo por el que se establece la OMC, es decir que las versiones inglesa, francesa y española de los Acuerdos son igualmente auténticas.

El artículo 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prescribe que cuando los tratados son auténticos en varios idiomas deberán interpretarse de buena fe, es decir, en el supuesto de que los términos del tratado tienen el mismo sentido en todos los idiomas auténticos.

<sup>205</sup> En cuanto a cuál es la línea divisoria entre un perjuicio "injustificado" y uno "no injustificado" consideramos que la explicación de la Guía del Convenio de Berna es convincente. En ella se dice, en el contexto de la tercera condición del artículo 9(2) del Convenio de Berna, que está redactado de manera casi idéntica al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, pero que se refiere a las excepciones al derecho de reproducción:

"Cabe destacar que no se trata de averiguar si el autor sufre o no un perjuicio cualquiera: es evidente que, en último extremo, siempre hay algún perjuicio ..." En el párrafo se analiza a continuación si una simple fotocopia causa perjuicio a la circulación de una revista, si puede reducir seriamente las ventas y se añade que "en el supuesto de que hubiese para el autor una falta de ingresos, la ley debería atribuirle una compensación (sistema de licencia obligatoria con remuneración equitativa)". Véase la Guía del Convenio de Berna, párrafo 9.8 página 63. No creemos en tal sentido que el criterio sea sustancialmente distinto para los derechos de reproducción, los derechos de interpretación o ejecución y los derechos de radiodifusión conforme al sentido de los artículos 9, 11 ó 11*bis* del Convenio de Berna (1971).

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

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

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

---

<sup>206</sup> Al tratar la cuestión de los efectos sobre los titulares de derechos de las Comunidades Europeas, los Estados Unidos y otros Miembros de la OMC, observamos que en el párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC se prescribe que "Los Miembros concederán a los nacionales de los demás Miembros el trato previsto en el presente Acuerdo ...". A los efectos de la presente controversia, esta disposición significa que los Estados Unidos deben observar las obligaciones del Acuerdo sobre los ADPIC con respecto a los nacionales de todos los demás Miembros de la OMC inclusive, pero no exclusivamente, los nacionales de las CE.

<sup>207</sup> Informe del Órgano de Apelación sobre *CE - Bananos III*, *op. cit.*, párrafo 132. El Órgano de Apelación también coincidió con la declaración del Grupo Especial en el sentido que "el aumento de la interdependencia de la economía mundial ... los Miembros tienen un interés mayor en la observancia de las normas de la OMC que en el pasado, ya que toda alteración del equilibrio negociado de derechos y obligaciones los afectará probablemente más que nunca, directa o indirectamente". Véase el párrafo 136, en que se citan los informes del Grupo Especial sobre *CE - Bananos III*, párrafo 7.50.

<sup>208</sup> Los Árbitros explicaron: "No cabe considerar que la *presunción* de anulación o menoscabo en caso de infracción de una disposición del GATT que establece el párrafo 8 del artículo 3 del ESD constituye asimismo también una *prueba* de un determinado nivel de la anulación o menoscabo supuestamente sufrido por un Miembro que pide autorización para suspender concesiones al amparo del artículo 22 del ESD en una etapa muy posterior del sistema de solución de diferencias de la OMC. El examen por los Árbitros del nivel de anulación o menoscabo, sobre la base objetiva prevista en el artículo 22 del ESD, es un procedimiento distinto, independiente de la constatación de la existencia de una infracción de las normas de la OMC formulada por un grupo especial o por el Órgano de Apelación. Por consiguiente, el derecho de un Miembro a iniciar un procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC puede fundarse tanto en los intereses potenciales de ese Miembro en el comercio de bienes y servicios como en su interés por obtener una declaración de derechos y obligaciones en virtud de los Acuerdos de la OMC. En cambio, el interés jurídico de un Miembro en el cumplimiento de las normas por otros no conlleva automáticamente, a nuestro parecer, el derecho de ese Miembro a obtener una autorización para suspender concesiones al amparo del artículo 22 del ESD." Véase la Decisión de los Árbitros en *CE - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos y recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*, adoptado el 19 de abril de 1998, WT/DS27/ABR, párrafo 6.10.

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

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

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

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

#### *Resumen del análisis interpretativo general*

6.236 Ahora examinaremos las partes B) y A) del artículo 110(5) a la luz de estas consideraciones generales. El objeto de nuestro examen de la tercera condición del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC es saber si el perjuicio causado por las exenciones a los intereses legítimos del titular de los derechos es injustificado. Consideraremos la información sobre las condiciones de mercado

---

<sup>209</sup> Respuesta de las CE a la pregunta 5 formulada por el Grupo Especial a las Comunidades Europeas. También en este caso consideramos que la designación por las CE de dicha información como confidencial no nos presta ayuda en el cumplimiento de que nuestra tarea de formular constataciones que mejor permitan al OSD desempeñar sus funciones de solución de diferencias. Sin embargo, en vista de que nuestra evaluación de si el perjuicio causado por las exenciones del artículo 110(5) a los intereses legítimos del titular de los derechos es de un nivel injustificado no se limita exclusivamente a los titulares de derechos de las CE, la cifra exacta no es indispensable para nuestras constataciones.

<sup>210</sup> Los Estados Unidos se refieren a Comisión Europea, Procedimiento de examen respecto a la licencia de obras musicales en los Estados Unidos de América, 23 de febrero de 1998. Véase la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 34.

<sup>211</sup> Respuesta a los Estados Unidos a la pregunta 12 formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos.

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>212</sup> Véase el párrafo 6.185 y las notas 163 a 165 *supra*.

<sup>213</sup> Véanse los párrafos 2.11-2.13, 6.118-6.122 y 6.142 *supra* que contienen exámenes más detallados de las estimaciones de los establecimientos exentos con arreglo a las partes A) y B) del artículo 110(5).

última instancia a los Estados Unidos la carga de la prueba de que el artículo 110(5) cumple las tres condiciones fijadas en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

*No se difunde música o se utiliza música de otra fuente*

6.240 Al exponer en detalle el primer, segundo y quinto factores de reducción, los Estados Unidos presentan estimaciones sobre los porcentajes de restaurantes que usan diversas fuentes de música, que hemos resumido en el párrafo 6.208 *supra*. Estamos de acuerdo en que es posible que algunos establecimientos que actualmente utilizan la música radiodifundida dejen de hacerlo si no se aplica una exención y se les exige que paguen regalías a las organizaciones de administración colectiva que representan a los titulares de derechos. Pero también es evidente que los establecimientos que utilizan ahora música grabada pueden en cualquier momento comenzar a utilizar música difundida por ondas o transmitida por cable a fin de no pagar derechos de licencia. Por otra parte, algunos establecimientos que no difunden ninguna clase de música pueden empezar a difundir la música transmitida por radio, en vista de que el único costo sería la adquisición de un sistema sonoro. De manera semejante, si la música radiodifundida amplificada fuera gratuita debido a la parte B) del artículo 110(5), los administradores de los establecimientos comprendidos por esa disposición que ahora usan esa música radiodifundida podrían pasar a utilizar música grabada, música de los servicios comerciales de música de fondo o interpretaciones y ejecuciones en directo. Además es probable que, una exención en virtud de la cual el uso de música de una fuente resulta gratuito afecte probablemente, no sólo al número de establecimientos que elige la fuente que requiere el pago de un derecho de licencia, sino también el precio por el cual puede obtenerse una licencia de las fuentes de música protegidas.

6.241 Al parecer el uso de música grabada o de los servicios comerciales de música de fondo puede reemplazarse fácilmente por la amplificación de la música transmitida por ondas o por cable. Las radiodifusiones digitales y las transmisiones por cable aumentan el suministro de los diversos tipos de transmisiones de música. El hecho de que una fuente de música sea gratuita mientras que otra entraña la observancia del derecho de autor puede tener efectos considerables sobre la fuente de música que elijan los administradores de los establecimientos así como sobre el importe que deseen pagar por la música protegida. En consecuencia, además del lucro cesante de los titulares de derechos en relación con los usuarios que quedaron exonerados en virtud de la parte B) del artículo 110(5), es probable que la exención empresarial reduzca asimismo el importe de los ingresos que podrían generarse de los restaurantes y establecimientos de comercio minorista por el uso de música grabada o de servicios comerciales de música de fondo.

6.242 Aunque estas consideraciones no hacen que dejen de ser pertinentes las estadísticas y estimaciones sobre los números y porcentajes de establecimientos que difunden música de diversas fuentes o no difunden ninguna clase de música, es evidente que dichas estadísticas y estimaciones deben considerarse teniendo presente que, aunque pueden ser un reflejo de la realidad en un determinado momento, no se tienen en cuenta en ellas la sustitución entre las diversas fuentes de música que probablemente ocurra a más largo plazo.

*Establecimientos que no disponían de licencias antes de la Enmienda de 1998 y del Acuerdo NLBA*

6.243 En lo que respecta a su tercer factor de reducción, los Estados Unidos presentaron información sobre las prácticas seguidas en el pasado para otorgar licencias a los establecimientos comprendidos en el artículo 110(5). Refiriéndose a la situación existente antes de promulgarse la Ley de Derecho de Autor de 1976, los Estados Unidos observan que, teniendo en cuenta la exención de uso hogareño original del artículo 110(5), el Congreso de los Estados Unidos comprobó que, antes de 1976, la mayoría de los beneficiarios de la exención que entonces se aplicaba no disponían de licencias. En cuanto a la situación prevaleciente entre la entrada en vigor de la Ley de Derecho de Autor de 1976 y la Enmienda de 1998, los Estados Unidos ofrecen dos estimaciones: según la

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

6.244 Sobre la base de estas estadísticas relativas a las prácticas de otorgamiento de licencias seguidas en el pasado y a la recaudación de derechos por la ASCAP, los Estados Unidos sostienen que, probablemente, los efectos de la enmienda del artículo 110(5) sobre los ingresos percibidos por las sociedades recaudadoras serían ínfimos.<sup>216</sup> La ASCAP percibe un 14 por ciento del total de sus ingresos de sus licencias generales, entre ellos las expedidas a los establecimientos de servicios de comidas o bebidas y de comercio minorista. Una parte importante de esos ingresos corresponde a la comunicación pública de música ejecutada en directo o grabada y no a música radiodifundida. Basándose en los datos suministrados por la NLBA y la NRA, los Estados Unidos estiman que la música de radio representa a lo sumo entre un 28 y un 44 por ciento de los ingresos obtenidos de establecimientos de servicio de comidas o bebidas; ese porcentaje de 28-44 por ciento equivale a 3,9-6,2 por ciento del total de los ingresos. Los Estados Unidos reducen aún más esta cifra, puesto que no todos los restaurantes y bares tienen derecho a las exenciones del artículo 110(5). Los Estados Unidos añaden que, aun si se aplica el porcentaje indicado por la CE, o sea que un 70 por ciento de los restaurantes de los Estados Unidos quedarían exentos en virtud de la parte B), la exención relativa a la música de radio sólo parece tener un efecto máximo sobre los ingresos que oscila entre un 2,7 y un 4,3 por ciento.

6.245 El principal argumento de las CE contra los factores de reducción aplicados por los Estados Unidos a sus estimaciones del perjuicio potencial es que las distribuciones reales a los titulares de derechos, las prácticas y otorgamiento de licencias seguidas en el pasado y los ingresos percibidos o no percibidos por las organizaciones de administración colectiva en el pasado y en el presente no son representativas del efecto económico potencial de la parte B) puesto que las prácticas de recaudación de dichas organizaciones son una función de la protección jurídica de los derechos exclusivos en cuestión.

6.246 Más concretamente, las Comunidades Europeas señalan que las excepciones más antiguas a la protección del derecho de autor (es decir anteriores a 1976, a la decisión *Aiken*, a la adopción de la exención de uso hogareño de la Ley de Derecho de Autor de 1976, y los fallos judiciales dictados posteriormente en los casos *Claire's Boutique* y *Edison Bros.*<sup>217</sup>) hacen que las prácticas de recaudación de regalías seguidas en el pasado por las sociedades de administración colectiva no sean

---

<sup>214</sup> Tomamos nota de que las dimensiones de 1.055 pies cuadrados no figuran en el texto original ni en el texto modificado de la exención de uso hogareño sino que se derivan del fallo en el caso *Aiken*. Véase el párrafo 2.6 *supra*.

<sup>215</sup> Las cifras mencionadas se analizan con más detalle en el contexto de nuestro examen de la segunda condición del artículo 13 en los párrafos 6.208 y en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 11 b) formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos.

<sup>216</sup> Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 11 d) formulada por el Grupo Especial a los Estados Unidos.

<sup>217</sup> *Broadcast Music, Inc. v. Claire's Boutiques Inc.*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos del Séptimo Circuito, N° 91-1232, 11 de diciembre de 1991. Véase la prueba documental EC-6. *Broadcast Music, Inc v. Edison Bros. Stores Inc.*, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos del Octavo Circuito, N° 91-2115, 13 de enero de 1992. Véase la prueba documental EC-5.

representativas para calcular las pérdidas infligidas a los titulares de derechos. A juicio de las CE, su modo de ver queda corroborado por el hecho de que, a partir del acuerdo de otorgamiento de licencias de 1995 concertado entre las sociedades de administración colectiva de los Estados Unidos y la NLBA, no se han percibido derechos de licencias de los establecimientos exonerados que tenían dimensiones inferiores a 3.500 pies cuadrados. Entre éstos figuran un 65 por ciento de todos los establecimientos de servicios de comidas y un 72 por ciento de todos los establecimientos de servicios de bebidas.<sup>218</sup>

6.247 Recordamos nuestra conclusión de que en la aplicación de las tres condiciones del artículo 13 a una exención en la legislación nacional, resultan pertinentes tanto los efectos reales como los potenciales de la excepción. En lo que respecta en particular a la tercera condición, observamos que si sólo se tuvieran en cuenta las pérdidas reales, podría ser posible justificar la creación de una nueva excepción a un derecho exclusivo, cualquiera fuera su alcance, en situaciones en que el derecho en cuestión, se acabara de establecer, en que los titulares de derechos no hubieran dispuesto antes de medios efectivos o accesibles de hacer valer ese derecho, o en que ese derecho no se hubiera debido a que titulares de derechos todavía no habían constituido la estructura colectiva de administración que era necesaria para su ejercicio. Si bien en estas circunstancias la creación de una excepción puede no causar de inmediato una nueva pérdida de ingresos al titular de los derechos, éste no puede tener expectativas de percibir ingresos del ejercicio del derecho en cuestión. Creemos que si esta interpretación se convirtiera en una norma, sería contraria al alcance y al efecto vinculante de las normas mínimas de protección de los derechos de propiedad intelectual consagradas en el Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>219</sup>

6.248 Recordamos nuestra consideración, en relación con la segunda condición del artículo 13, del nivel relativamente bajo del otorgamiento de licencias, antes de aprobarse la enmienda de 1998, a restaurantes de dimensiones superiores al *Aiken* que probablemente difundirían música. Llegamos a la conclusión de que, sin necesidad de otras pruebas, el hecho de que algunos usuarios de situación semejante contaran con licencias, mientras que otros no disponían de ellas, no podía tomarse como una indicación de que existía una explotación normal. En lo que respecta a la tercera condición del artículo 13, no se nos han presentado documentos convincentes de por qué los intereses legítimos del titular de derechos serían distintos de los de los usuarios de situación semejante que tenían licencias y de los que no las tenían; tampoco se nos ha ofrecido ninguna explicación persuasiva de por qué algunos de esos usuarios disponían de licencias y otros no disponían de ellas.

6.249 Por consiguiente, al examinar el perjuicio a los intereses legítimos de los titulares de derechos causado por la exención empresarial, debemos tener en cuenta no sólo la pérdida de ingresos reales en relación con los restaurantes a las que habían otorgado licencias las organizaciones de administración colectiva en el momento en que la exención entró en vigor, sino también la pérdida de ingresos potenciales en relación con otros restaurantes de dimensiones semejantes que probablemente difundirían música y que en ese momento no disponían de licencias.

6.250 En lo que respecta al cuarto factor de reducción de los Estados Unidos, observamos que ya hemos examinado, al tratar de la segunda condición del artículo 13 el argumento de los Estados Unidos en cuanto a la semejanza existente entre la enmienda de 1998 y el acuerdo de licencias colectivas concertado entre las organizaciones de administración colectiva y la NLBA en 1995. En ese contexto, observamos que un acuerdo privado constituye una forma de ejercer derechos exclusivos y no es, en modo alguno, un factor determinante para evaluar la aplicación de una

---

<sup>218</sup> Véase la primera declaración oral de las CE, párrafo 37.

<sup>219</sup> En comparación, recordamos que, en relación con la segunda condición, hemos señalado que un bajo nivel de otorgamiento de licencias no puede determinar la explotación normal en la medida en que es consecuencia de la falta de protección legal o de medios de observancia efectivos o accesibles.

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

*Resumen de la pertinencia de los actores antes mencionados*

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

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

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

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

---

<sup>220</sup> Véase los párrafos 6.204-6.205 *supra*.

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

establecimientos restantes los derechos de licencia apropiados seleccionados de los programas de licencias de la ASCAP<sup>222</sup> y la BMI.<sup>223</sup> El cálculo completo y los comentarios al respecto figuran en los párrafos 39-45 de la segunda exposición oral de las Comunidades Europeas, que se reproducen en el apéndice 1.6 del presente informe.<sup>224</sup>

6.254 En general, consideramos que ninguna de esas estimaciones carece de interés a los efectos de estimar si el perjuicio causado por la parte B) a los intereses legítimos de los titulares de derecho llega a un nivel que puede considerarse injustificado. La diferencia entre los resultados de estos dos cálculos puede, en cierta medida, explicarse por los distintos puntos de partida y parámetros usados en los cálculos. En los cálculos se emplean también un cierto número de supuestos semejantes. Ponemos de relieve a continuación algunas de esas diferencias y semejanzas.

6.255 La estimación de los Estados Unidos puede caracterizarse como un enfoque orientado de arriba hacia abajo, que toma como punto de partida un promedio de las distribuciones totales de ingresos nacionales de la ASCAP y la BMI para los años 1996-1998. Recordamos que, según las estimaciones de los Estados Unidos, sólo un 10,5-19 por ciento de los restaurantes disponían en ese momento de licencias. Por consiguiente, en este cálculo basado en la recaudación preexistente no se tiene en cuenta el ingreso potencial de los establecimientos que ya entonces estaban comprendidos en la antigua exención de uso hogareño o de los restaurantes de mayor tamaño que utilizaban música pero que en ese momento no disponían de licencias.

6.256 El cálculo de las CE puede, a su vez, caracterizarse como un enfoque orientado de abajo a arriba. En él se toma como punto de partida el número total de restaurantes y establecimientos de comercio minorista comprendidos en los límites relativos a las dimensiones prescritos en la exención; luego se aplican a estos establecimientos los derechos más bajos de las licencias ASCAP y BMI, dando por supuesto una tasa de cumplimiento del 100 por ciento de parte de los establecimientos interesados.

6.257 El cálculo de las CE abarca a todos los titulares de derechos, mientras que el cálculo de los Estados Unidos comprende sólo la parte correspondiente a los titulares de derechos de las CE. Los Estados Unidos estiman que esta parte oscila entre el 5 y el 13,7 por ciento de las distribuciones de ingresos nacionales de la ASCAP, y un 8,15 por ciento de las distribuciones de la BMI.

6.258 En ambos cálculos se hacen una serie de reducciones a partir de los puntos de partida antes citados sobre la base de estimaciones. A falta de información más detallada de la ASCAP, los Estados Unidos estiman que un 50 por ciento de los ingresos por concepto de licencias generales de la ASCAP se derivan de establecimientos comprendidos en la exención empresarial. Sobre la base de las encuestas de la NRA y de la NLBA, los Estados Unidos estiman que un 30,5 por ciento de los establecimientos comprendidos por la exención usan aparatos de radio; las Comunidades Europeas emplean también esa cifra. Promediando las estimaciones hechas por la NRA del porcentaje de

---

<sup>222</sup> Véase la prueba documental CE-26.

<sup>223</sup> Véase la prueba documental CE-27.

<sup>224</sup> En su respuesta a la pregunta 4 formulada por el Grupo Especial a las Comunidades Europeas solicitando información o estimaciones sobre los ingresos percibidos por las organizaciones recaudadoras de las CE, las Comunidades Europeas sólo pudieron proporcionar información con respecto a la Organización de Derechos Musicales de Irlanda (IMRO). Como Irlanda representa aproximadamente un 1 por ciento de la población de las CE, las Comunidades Europeas sugieren que se multipliquen las cifras de Irlanda por 100 a fin de obtener una estimación para las organizaciones recaudadoras de las CE en su totalidad.

Recordamos nuestro punto de vista que nuestro análisis debe centrarse primordialmente en el mercado de los Estados Unidos, pero que la información procedente de otros países puede resultar útil para llevar a cabo un análisis comparativo de dicho mercado. Lamentamos que las Comunidades Europeas y sus Estados miembros no puedan aportar datos más significativos. No creemos que la información relativa a un solo Estado miembro de la CE, que tendría que extrapolarse a todo el territorio de las CE multiplicándola por 100, resulte útil para nuestra tarea.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>225</sup> "Un elemento crítico de nuestro plan sería aplicar una política agresiva de licencias en relación con los establecimientos que pueden disponer de ellas y que no pagan regalías, así como promover el valor de la música de ejecución directa y de reproducción mecánica a un gran número de nuevos establecimientos." Véase ASCAP, Playback, octubre-noviembre-diciembre de 1998, página 2, prueba documental US-13.

<sup>226</sup> Véase la audiencia de la Comisión de Asuntos Judiciales, carta de Marilyn Bergman, Presidenta y Jefa Ejecutiva de la ASCAP, páginas 175 a 186. Véase la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 34.

<sup>227</sup> Según el estudio realizado en 1995 por el Servicio de Investigación del Congreso, la exención alcanzaba al 13,5 por ciento de los establecimientos de servicios de bebidas en los Estados Unidos, el 16 por

establecimientos de los Estados Unidos estaban comprendidos por la exención. Según las Comunidades Europeas<sup>228</sup> Los tribunales duplicaron la superficie del asunto *Aiken* antes de la enmienda legislativa de 1998.<sup>229</sup>

6.269 Recordamos nuestro examen de la historia legislativa de la exención de uso hogareño original en relación con la primera y segunda condición del artículo 13. En particular, en lo que se refiere a los beneficiarios de exención, en el Informe de la Conferencia (1976) se exponían los fundamentos de la exención señalando que su intención era exonerar a los establecimientos comerciales pequeños "que no eran de tamaño suficiente para justificar, en la práctica, la suscripción a un servicio comercial de música de fondo".<sup>230</sup> Recordamos también las estimaciones de los porcentajes de establecimientos abarcados por la exención.<sup>231</sup> Además, la exención se aplica sólo a los establecimientos que utilizan equipos de uso hogareño. En el Informe de la Cámara de Representantes (1976) se observó que "[la cláusula] impondría la responsabilidad cuando el propietario dispone de un "sistema sonoro" comercial instalado o convierte un aparato receptor doméstico (añadiéndole un equipo más refinado o de amplificación) en el equivalente de un sistema sonoro comercial".<sup>232</sup> A este respecto nos remitimos a nuestro examen sobre el equipo permitido así como sobre la aplicabilidad de la exención a las transmisiones por Internet en relación con la primera y segunda condición del artículo 13.

6.270 Además, recordamos el entendimiento entre las partes en el sentido de que la aplicación de la exención de uso hogareño contenida en la enmienda de 1998 se ha limitado, en lo que respecta a las obras musicales, a la comunicación pública de transmisiones de interpretaciones dramáticas de obras musicales "dramáticas" (tales como óperas, operetas, comedias musicales y otras obras dramáticas semejantes). No se nos han presentado pruebas que indiquen que los titulares de derechos han autorizado licencias o tratado de otorgar licencias para la comunicación pública, en el sentido del punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 o del punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* del Convenio de Berna (1971), de radiodifusiones, interpretaciones o ejecuciones de obras musicales "dramáticas", ya sea antes de que se promulgara la exención de uso hogareño original o después de aprobada la enmienda de 1998. No advertimos cómo las comunicaciones públicas de las interpretaciones o ejecuciones de obras dramáticas completas podrían adquirir tal importancia económica o práctica que causaran un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de los derechos.

---

ciento de los establecimientos de servicios de comidas y el 18 por ciento de los establecimientos de comercio minorista. Véanse los párrafos 2.11 y 6.142 *supra*.

<sup>228</sup> Las Comunidades Europeas plantearon en un primer momento su preocupación de que si, después de la enmienda de 1998, los tribunales usaban en relación con la parte A) las categorías de superficie establecidas en la parte B), era probable que el alcance de la parte A) resultase semejante o idéntico al de la parte B) y que, en la práctica, esto significaría que por lo menos la mitad de los establecimientos de servicios de los Estados Unidos quedarían probablemente abarcados por la exención de la parte A). En vista que las Comunidades Europeas no han seguido fundamentando esta hipótesis sobre la jurisprudencia futura, no seguimos examinando este argumento.

<sup>229</sup> Véase la primera exposición oral de las CE, párrafo 74. Las Comunidades Europeas también señalan que si bien no es importante para la cuestión del perjuicio injustificado tener presente el grado de agresividad de las actividades de otorgamiento de licencias de las organizaciones de administración colectiva, la afirmación de los Estados Unidos, en el sentido de que los establecimientos exonerados con arreglo a la parte A) son aquellos a los que se dirigirán de manera menos agresiva dichas organizaciones, contradice la declaración de los Estados Unidos de que las organizaciones de administración colectiva han usado tácticas abusivas y de hostigamiento en sus prácticas de otorgamiento de licencias.

<sup>230</sup> Informe de la Conferencia de la Comisión de Asuntos Judiciales de la Cámara de Representantes, Subcomisión de Tribunales y Propiedad Intelectual, H.R. Rep. N° 94-1733, 94º Congreso, 2ª legislatura 75 (1976), reproducido en la prueba documental US-2.

<sup>231</sup> Véanse los párrafos 2.11 y 6.142 *supra*.

<sup>232</sup> Informe de la Comisión de Asuntos Judiciales de la Cámara de Representantes, H.R. Rep. N° 94-1476, 94º Congreso, 2ª legislatura 87 (1976), reproducida en la prueba documental US-1.

6.271 Observamos que la difusión de música por los pequeños establecimientos comprendidos en la exención mediante el uso de aparatos de uso hogareño no ha sido nunca una fuente importante de recaudación de ingresos para las organizaciones de administración colectiva. Recordamos nuestro parecer<sup>233</sup> en el sentido de que, a los efectos de evaluar el perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de los derechos también son pertinentes las pérdidas potenciales que éstos puedan sufrir. Sin embargo no se nos han presentado informaciones convincentes que indiquen que esos posibles efectos de importancia económica o práctica causarían un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de los derechos. En particular, con respecto a la exención, modificada en 1998 para excluir de su alcance las obras musicales no dramáticas, las Comunidades Europeas no han alegado explícitamente que la exención causaría perjuicio alguno a los titulares de derechos.

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

## VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

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

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

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

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

---

<sup>233</sup> Véanse el párrafo 6.185, notas 163 y 165 y el párrafo 6.237 *supra*.