

LA CONFIGURACIÓN DE REGLAS SUPRANACIONALES PARA VALORAR LOS DERECHOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS Y GRABACIONES AUDIOVISUALES

CARLOS J. MOREIRO GONZÁLEZ*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LAS BASES SUPRANACIONALES DE LA TUTELA JUDICIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DE LOS DERECHOS AFINES.
 1. LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LAS DISPOSICIONES RELEVANTES DE LOS TRATADOS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA.
 2. EJES ARGUMENTALES DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AUDIOVISUALES.
- III. LOS UMBRALES DE PROTECCIÓN EN EL DERECHO DERIVADO.
 1. EVOLUCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.
 2. LA CREACIÓN DE DISPOSICIONES ESPECÍFICAS EN EL DERECHO ORIGINARIO.
 3. LUCES Y SOMBRAS DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE.
- IV. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA RELATIVAS A LOS DERECHOS DE LA COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS Y GRABACIONES AUDIOVISUALES.
 1. LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA.
 2. LA OBLIGACIÓN DE PREVER UN RÉGIMEN DE RETRIBUCIÓN A LOS TITULARES DE LOS DERECHOS DE AUTOR POR ACTOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA.
 3. ¿CÓMO DETERMINAR LOS CRITERIOS PARA EL CÁLCULO DE LAS RETRIBUCIONES QUE SEAN PERTINENTES?
- V. METODOLOGÍAS DISPONIBLES PARA LA VALORACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho. Cátedra *Jean Monnet* «ad personam» de Derecho de la Unión Europea. Universidad Carlos III de Madrid, España.

1. CONSIDERACIONES GENERALES.
 2. LA APLICACIÓN DE LAS METODOLOGÍAS DEL CÁLCULO DEL VALOR DE LOS DERECHOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICO EN EL SECTOR AUDIOVISUAL.
- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El establecimiento y desarrollo del marco jurídico europeo sobre propiedad intelectual constituye un logro encomiable del proceso de integración.

Entre las vertientes heterogéneas por las que discurren los debates sobre los regímenes de protección de las creaciones artísticas e intelectuales, he focalizado mi análisis en la valoración de los derechos de comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales por diversas razones.

Primero, porque el sector audiovisual aporta los niveles más altos de innovación tecnológica dentro de todo el conjunto de las creaciones artísticas, y, una considerable elevación del nivel de creación de riqueza neta en las economías de los Estados miembros de la Unión Europea.

Segundo, porque, dada su vinculación directa a la evolución tecnológica plantea numerosas cuestiones de regulación que exigen un trato específico y diferenciado, que a duras penas se adecúa cronológicamente a las necesidades del sector.

Tercero, porque la determinación de los criterios para establecer, en cada caso, el valor del bien cuya tutela depende de los poderes públicos, es todavía una cuestión controvertida. Un terreno abonado, en suma, para la discusión doctrinal y aún pendiente de definición normativa a nivel interno y a nivel supranacional.

Consiguientemente, el objetivo de esta contribución es exponer las ventajas de la utilización de las metodologías de estimación directa del valor de los derechos de comunicación audiovisual, fundadas, principalmente, en razones de fiabilidad, eficiencia y equidad. Habida cuenta de la inexistencia de disposiciones internas y supranacionales que establezcan referencias jurídicas seguras al respecto, resulta pertinente identificar los elementos del sistema normativo de la Unión Europea que pueden ser utilizados solventemente por los operadores jurídicos con dicha finalidad.

Los apartados segundo y tercero analizan, por un lado el relevante papel del Tribunal de Justicia para fijar ciertos principios directrices sobre la protección de los derechos de propiedad intelectual, cubriendo la laguna existente en los tratados durante un largo periodo del proceso de integra-

ción, y, por otro lado, el impacto de su jurisprudencia en numerosas disposiciones del derecho derivado, una vez adoptadas las primeras normas sobre esta materia.

El apartado cuarto se concentra en las sentencias sobre el audiovisual dada la específica naturaleza de este sector y el carácter innovador de las mismas que, supone de hecho, una labor de creación jurídica que completa al derecho derivado.

El apartado quinto expone comparativamente los métodos utilizados en diferentes entornos y tradiciones jurídicas para calcular el valor de los derechos de comunicación pública, de donde se infiere una preferencia por los métodos de estimación directa.

II. LAS BASES SUPRANACIONALES DE LA TUTELA JUDICIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DE LOS DERECHOS AFINES

Como es sabido, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), (Roma 1957) no estableció previsiones específicas relativas al régimen de la propiedad intelectual¹.

No obstante, desde los primeros años de vigencia del Tratado tuvieron lugar inevitables colisiones entre la aplicación de los objetivos, reglas y principios del mismo y los estatutos internos sobre la propiedad intelectual, que fueron zanjadas paulatinamente por el Tribunal de Justicia².

¹ Por un lado, el artículo 222 de dicho Tratado se refería con carácter general al respeto del régimen de la propiedad en los ordenamientos internos, según esta disposición, el Tratado no prejuzgaba en ninguna medida el régimen de la propiedad en los Estados miembros, empero, como afirmó en su momento el Abogado General Verloren Van Themaat, ello no podía suponer un reconocimiento de intangibilidad de los mismos frente a la aplicación de las normas y principios del derecho comunitario (Sentencia del TJCE de 14.11.1984, *Intermill c. Comisión CE*, as. 323/82, *Rec. 1984*, p. 3818). Por otro lado, la inclusión de la protección de la propiedad industrial y comercial entre las causas invocables para la inaplicación de las disposiciones sobre la libre circulación de mercancías previstas en el artículo 36 TCCE, abogaba también por la preclusión de la acción institucional comunitaria. Así lo corroboró la falta de adopción de decisiones normativas de derecho derivado sobre la propiedad intelectual durante los tres decenios posteriores a la entrada en vigor del TCEE.

² La jurisprudencia del Tribunal relleno parcialmente la laguna normativa entonces existente a nivel supranacional. Esta labor pretoriana despejó algunas incertidumbres relevantes tales como la inclusión o no de la protección de la propiedad intelectual dentro de las excepciones del artículo 36 TCEE, y, su encartación en otros ámbitos prioritarios de aplicación del derecho comunitario como el derecho de la competencia. Similarmente, se adelantaron algu-

1. LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LAS DISPOSICIONES RELEVANTES DE LOS TRATADOS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La ampliación del ámbito de aplicación del artículo 36 TCEE a la noción omnicomprendensiva del derecho de propiedad intelectual y los derechos afines fue implícitamente reconocido por el Tribunal de Justicia en 1971 en el asunto *Deutsche Grammophon*³, y, explícitamente, en diversos asuntos sentenciados casi diez años después aunque todos éstos de forma consecutiva⁴.

El Tribunal se inspiró entonces para fundamentar esta interpretación extensiva en el derecho internacional (las convenciones vigentes sobre derechos de autor, especialmente en el Convenio de Berna⁵ que vinculaba a todos los Estados miembros de la CEE), y en los propios ordenamientos internos.

nas posiciones sobre ciertas dimensiones específicas de la propiedad intelectual (vgr. el régimen de la gestión colectiva de los derechos de autor), o la singularidad económica de sectores tecnológicos en expansión (vgr. el audiovisual), que fueron objeto posteriormente de un tratamiento más exhaustivo mediante la adopción de normas de derecho derivado.

Entre la doctrina que analizó esta etapa jurisprudencial del Tribunal, véanse los análisis de: AZEMA, J., «Libre circulation des marchandises et droits de propriété intellectuelle», *Jur. Class. Concurrence, consommation*, fasc. 490, 1989; GRAZ, D., *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises*, Ginebra, 1988; GOTZEN, F., «La libre circulation des produits couverts par un droit de propriété intellectuelle dans la jurisprudence de la C.J.C.E.», *R.T.D.C.*, 1985, pp. 467, ss.; JOLIET, R., y, DELSAUX, P., «Le droit d'auteur dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes», *C.D.E.*, 4, 1985, pp. 381, ss.; KON, S., «Copyright and the Exhaustion of Rights Principle», *ELR*, 1981, pp. 299-304; LENZ, O., et. al., *EG-Vertrag.Kommentar*, 2ª edic., 1999, en pp. 279, ss., espec. pp. 287-296; REISCHL, G., «La protection de la propriété industrielle et commerciale et le droit d'auteur dans le marché commun», *C.D.E.*, 1, 1982, pp. 3, ss.; y, las contribuciones de SEDEMUND, J., y SLYNN, G., en la obra colectiva, *Le pouvoir discrétionnaire des États membres de la C.E.E. dans le domaine de la politique économique et leurs limites en vertu du Traité C.E.E.*, Baden-Baden, 1988, en pp. 25, ss., y, 17, ss., respectivamente.

³ Sentencia de 8.6.1971, *Grammophon*, as. 78/70, *Rec. 1971*, p. 487.

⁴ Concretamente, las Sentencias del Tribunal de Justicia de 18.3.1980, *Coditel I*, as. 62/79, *Rec. 1980*, p. 881; Sentencia de 20.1.1981, *GEMA*, as. 55 y 57/80, *Rec. 1981*, p. 147; Sentencia de 22.1.1981, *Dansk Supermarked Imerco*, as. 58/80, *Rec. 1981*, p. 181; y, Sentencia de 6.10.1982, *Coditel II*, as. 262/81, *Rec. 1982*, p. 3381.

⁵ Convenio de Berna, de 9.9.1986, para la protección de las obras literarias y artísticas. Acta de revisión de París de 24.7.1971; instrumento de ratificación de España de 2.7.1973 (*BOE* núms. 81, de 4.4.1974, y 260, de 30.10.1974).

Este acervo jurisprudencial formuló también soluciones para clarificar el conflicto de intereses concurrentes, de carácter subjetivo los relativos a la protección de la propiedad intelectual, y de carácter público o general los vinculados a los objetivos de los Tratados.

Consiguientemente, la capacidad de «creación jurídica» del Tribunal de Justicia quedó circunscrita al establecimiento de reglas y criterios para discernir la legalidad y/o la compatibilidad del ejercicio de los derechos de propiedad intelectual (carentes entonces de un estatuto comunitario) con las disposiciones de los Tratados.

Así, por ejemplo, *en el ámbito de la libre circulación de mercancías*, el Tribunal tolera aquéllas trabas o restricciones derivadas del ejercicio de las prerrogativas de los titulares de los derechos de propiedad intelectual siempre que estén vinculadas inextricablemente con su protección efectiva⁶.

A los efectos del control de su legalidad un elemento determinante es la intangibilidad de los principios fundamentales consagrados en los Tratados, como, por ejemplo, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad (artículo 7 del TCEE)⁷.

⁶ Sentencia de 8.6.1971, cit. supra, *Rec. 1971*, p. 487. Esta condición la reitera en diversas sentencias, y queda, por ejemplo, expuesta sucintamente en el párrafo doce del asunto EMI y otros que dice: ...«(E)n la medida en que la disparidad de las legislaciones nacionales puede crear restricciones al comercio intracomunitario de los registros de sonido, dichas restricciones están justificadas según el artículo 36 del Tratado, puesto que se derivan de la diferencia de los regímenes en materia de duración de la protección, la cual está indisolublemente unida a la existencia misma de los derechos exclusivos».

Sentencia del TJ de 24.1.1989, *EMI Electrola GmbH*, as. 314/87, *Rec. 1989*, en p. 96. En una jurisprudencia posterior el TJ, dentro también del ámbito de la libre circulación de mercancías, mantiene la relevancia del requisito de la existencia de dichos vínculos inherentes, v. gr. Sentencia de 17.10.1990, *MAGGF*, as. C-10/89, *Rec. 1990*, p. I-3711. No obstante, la legalidad (o compatibilidad) de los regímenes internos que engendran trabas o restricciones a la libre circulación de mercancías se determina exclusivamente desde la óptica jurídico-comunitaria, dado que, en puridad, se trata de medidas de efecto equivalente (entonces prohibidas por el artículo 30 del TCEE); véase, entre otros, el apartado catorce de la Sentencia de 20.1.1981, *GEMA*, as. 55 y 57/80, *Rec. 1981*, p. 162.

⁷ Por ejemplo, el apartado doce de la Sentencia del TJ de 17.5.1988, *Warner Brothers y otros*, as. 158/86, *Rec. 1988*, p. 2625, en p. 2628. Un análisis crítico sobre esta Sentencia en SCHUBERT, T., «Merck II», «Warner Brothers» und die Renaissance möglicher Grenzen des GR Erschöpfungs grundsatzes», *EWS*, 1998, p. 119. En este sentido, los *Programas generales para su supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento*, adoptados por el Consejo en 1961, habían abogado ya por la abolición de las disposiciones y prácticas discriminatorias para los extranjeros y, en particular, las que limitan o impidan ejercer la facultad de adquirir, explotar o enajenar la propiedad

Por otro lado, la tutela de los derechos de propiedad intelectual en asuntos relativos a *la aplicación de las normas de Tratado sobre la libre competencia* es sumamente cautelosa⁸.

En efecto, el Tribunal sigue en este ámbito el criterio de las denominadas restricciones inherentes que distingue, por una parte, la definición del estatuto de los derechos a nivel interno, que no está sujeta a las normas de la libre competencia, y, por otra parte, la explotación de los mismos por sus titulares, que no puede obstaculizar ni impedir la aplicación de dichas normas⁹.

Como colofón a la jurisprudencia establecida en el ámbito de la libre circulación de mercancías, se consideran ilegales aquéllas cláusulas o fórmulas de explotación que no resulten imprescindibles para garantizar el resarcimiento de sus titulares y que supongan un obstáculo a la libre competencia¹⁰.

Asimismo, el Tribunal realiza un control exhaustivo de compatibilidad a la hora de determinar la existencia de prácticas colusorias (antiguo artículo 85 del TCEE)¹¹, actual artículo 101 TFUE, o del abuso de una posición

intelectual y los derechos adscritos a ella (Letra e) del párrafo tercero de la letra A del Título III, DO 1962, 2, pp. 32 y 36, respectivamente.

Aun tratándose de decisiones no vinculantes no debe desdeñarse el hecho de que, dichos programas, proporcionarán indicaciones útiles al Tribunal de Justicia para la aplicación de las disposiciones relevantes de los Tratados (Apartado catorce de la Sentencia de 28.4.1977, *Thieffry c. Conseil de l'Ordre des Avocats à la Cour de Paris*, as. 71/76, *Rec. 1977*, p. 765).

Asimismo, el Tribunal pondera el impacto de las medidas controvertidas sobre la aplicación uniforme del derecho comunitario mediante una estricta aplicación de la regla de proporcionalidad; véase, entre otros, el apartado quince de la citada Sentencia del TJ de 17.5.1988, *Warner Brothers y otros*, *cit. supra.*, *Rec. 1988*, p. 2629.

⁸ Esta jurisprudencia se inicia con la Sentencia de 18.2.1971, *Sirena*, as. 40/70, *Rec. 1971*, p. 69, que cambió un criterio precedente establecido en la Sentencia de 13.7.1966, *Consten y Grundig c. Comisión*, as. 56/64 y 58/64, *Rec. 1966*, p. 429, en la que excluyó tal posibilidad.

⁹ V. gr. los apartados trece y catorce de la Sentencia del TJ de 6.10.1982, *Coditel II*, *cit. supra.*, *Rec. 1982*, en p. 1056, donde extiende también la aplicación del artículo 36 del TCEE al ejercicio de los derechos de autor en el marco de la libre circulación de servicios.

¹⁰ Por ejemplo, el apartado diecinueve de la Sentencia del TJ de 9.4.1987, *Basset/SACEM*, as. 402/85, *Rec. 1987*, en p. 1769.

Para el Tribunal, este tipo de prácticas puede suponer la imposición de condiciones no equitativas e innecesarias para proteger la sustancia o el objeto específico de los derechos de autor, y pueden resultar, consiguientemente, claramente desproporcionadas.

¹¹ Por ejemplo, los apartados diecisiete a veinte, ambos inclusive, de la mencionada Sentencia de 6.10.1982, *Coditel II*, *Rec. 1982*, en p. 1057. Similarmente, los apartados cien-

dominante en el mercado común (antiguo artículo 86 del TCEE)¹², actual artículo 102 TFUE.

2. EJES ARGUMENTALES DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AUDIOVISUALES

A los efectos del objeto de la presente contribución me interesa reseñar tres aspectos concretos de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia: la protección de los derechos de autor en el ámbito audiovisual, con la cuestión central de las producciones cinematográficas; el papel de las entidades de gestión de derechos de autor; y, la convalidación de las fórmulas que fijan a nivel interno los criterios para la explotación de dichos derechos.

to treinta y cuatro a ciento cuarenta y seis, ambos inclusive, de la Sentencia del TJ de 4.10.2011 en los as. C-403/08 y C-429/08, *cit. infra*.

¹² Por ejemplo el citado apartado diecinueve de la Sentencia de 9.4.1987, *Basset/SACEM*; y la Sentencia de 13. 7.1989, *Lucazeau/SACEM*, as. 110/88, 241/88 y 242/88, *Rec. 1989*, p. 2823.

Un botón de muestra es la decisión en el asunto *GVL c. Comisión*, en la que declaró que una sociedad de gestión de derechos de autor abusó de su posición dominante por negarse a gestionar los derechos de intérpretes de otros Estados de la Comunidad no residentes en Alemania (Sentencia del TJ de 2.3.1983, *GVL c. Comisión*, as. 7/82, *Rec. 1983*, p. 483).

Similarmente, en los asuntos acumulados *RTE e ITP c. Comisión*, tras establecer que el mero hecho de ser titular de un derecho de propiedad intelectual no confiere la facultad de ejercer una posición dominante, determinó la existencia de abuso porque las entidades de televisión concernidas, que publicaban de forma exclusiva y singular sus guías de programación semanalmente, impedían la reproducción por terceros de guías con todos los programas televisivos amparándose en las normativas internas sobre protección de derechos de autor. (Sentencia del TJ de 6.4.1995, *Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP) c. Comisión CE*, as. ac. C-241/91P y C-242/91P, *Rec. 1995*, p. I-743, espec. Apartados 46 y 51-57, en pp. I-822 a 825. Entre la numerosa y relevante literatura jurídica que suscitó esta sentencia reseño aquí las contribuciones de: CARREAU, C., «Droit d'auteur et abus de position dominante: vers une éviction des législations nationales? (A propos de l'affaire Magiel)», *Europe*, 1995, Jul. Chron. 8, pp. 1-4; DE GAULLE, L., «Les droits nationaux de propriété intellectuelle à l'épreuve du droit communautaire», *Rev. Jur. Dr. des affaires*, 1995, pp. 735-738; LUGARD, P.H.H., «ECJ Upholds Mafill: It sounds Nice In Theory, But How Does It Work In Practice?», *Eur. Business Law Rev.*, 1995, pp. 231-234; SKINNER, T., «Magill, Consumer Interests Prevail», *Eur. Business Law Rev.*, 1995, pp. 90-92; VAN DE WAL, G., «Article 86 EC: The Limits of Compulsory Licensing», *Eur. Competition Law Rev.*, pp. 230-235; VINJE, TH. C., «Harmonising Intellectual Property Laws in the European Union: Past, Present and Future», *Eur. Intellectual Property Review*, 1995, pp. 361-377, etc.).

La jurisprudencia *Coditel I y Coditel II*, ya mencionada, determinó que la debida protección de los derechos de los productores cinematográficos implica la toma en consideración de elementos esenciales para la difusión pública de sus obras, que puede repetirse indefinidamente, independientemente del modo en que ésta tenga lugar (salas de proyección, televisión, etc.). Consiguientemente, la remuneración equitativa a los titulares de los derechos de autor se sustancia legítimamente mediante la percepción de una tarifa por cada representación de sus obras, reforzándola mediante fórmulas tales como la concesión de licencias de representación exclusiva¹³.

Por otro lado, el Tribunal reconoce el papel relevante de las entidades de gestión de derechos de autor para vehicular su explotación comercial, fundado en el derecho internacional y en las tradiciones jurídicas internas, aunque circunscribe el ejercicio de sus cometidos dentro del respeto de las normas y principios comunitarios¹⁴.

Como se desprende, entre otras, de la jurisprudencia *SACEM*, dichas entidades pueden utilizar todas las posibilidades que les permitan las legislaciones nacionales, ya se trate de fijar el nivel de las tarifas de explotación¹⁵, o de realizar recaudaciones complementarias con base en disposiciones autónomas¹⁶, siempre que sean compatibles con la legalidad comunitaria.

¹³ Esta tutela judicial diferenciada de los derechos de autor se justifica también, según el Tribunal, «...»(por) los rasgos que caracterizan a la industria y a los mercados cinematográficos en la Comunidad, especialmente los relativos al doblaje o al subtítulo para públicos de expresiones culturales diferentes..., y al sistema de financiación de la producción cinematográfica en Europa...». (Apartado dieciséis de la Sentencia del TJ de 6.10.1982, *loc. cit.*, Rec. 1982, en p. 1056. El Abogado General Reischl menciona también en sus conclusiones sobre este asunto el hecho de que una película nueva debe introducirse en el mercado con altos costes de publicidad y subraya la participación de los distribuidores en dicho sistema de financiación, Rec. 1982, p. 1070).

En una sentencia posterior, el Tribunal reconoció igualmente que la aparición del mercado de alquiler de los soportes de las obras cinematográficas, que llega a un público más amplio que el de su venta, justifica una protección diferenciada que garantice a los autores la debida remuneración conforme al número de alquileres efectivamente realizados, y que les reserve una parte del mercado de alquiler (Apartados catorce y quince de la Sentencia del TJ de 17.5.1988, *Warner Brothers y otros*, as. 158/86, *cit. supra.*, Rec. 1988, en p. 2629).

¹⁴ Compárese, por ejemplo, el apartado trece con el apartado vigesimoquinto de la Sentencia del TJ de 20.1.1981, *GEMA*, *cit. supra.*, Rec. 1981, pp. 162 y 165, respectivamente.

¹⁵ Por ejemplo, apartados dieciocho y diecinueve de la Sentencia del TJ, de 9.4.1987, *Basset/SACEM*, *cit. supra.*, Rec. 1987, p. 1769.

¹⁶ Sentencia del TJ de 12.12.1990, *Cholay/SACEM*, as. C-270/86, Rec. 1990, p. I-4610.

Por lo general, serán los jueces nacionales los encargados de realizar este test de conformidad¹⁷.

En fin, el Tribunal de Justicia convalida en diversas sentencias las fórmulas internas para el cálculo de las tarifas de exhibición de películas cinematográficas¹⁸, o las que se establecen para determinar los precios derivados de la existencia de derechos complementarios a la comunicación o representación públicas propiamente dichas, como los de la reproducción mecánica¹⁹.

III. LOS UMBRALES DE PROTECCIÓN EN EL DERECHO DERIVADO

El proceso de positivización en el nivel supranacional del régimen de la protección intelectual ha seguido una lógica legislativa claramente inspirada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Las Directivas adoptadas hasta la fecha reflejan sus posiciones al enfrentarse a la dicotomía existente entre, por un lado, la necesidad de garantizar la máxima protección posible de los derechos en cuestión, y, por otro lado, suprimir los obstáculos a las libertades económicas fundamentales generados por el ejercicio de tales derechos.

Ello no obstante, la evolución de las disposiciones aquí relevantes debe mucho también a la necesidad de adaptarse a los vertiginosos cambios tecnológicos que vienen teniendo lugar en el seno de la denominada «sociedad de la información».

¹⁷ Por ejemplo, apartado diecinueve de la Sentencia del TJ de 6.10.1982, *Coditel II*, cit. *supra.*, *Rec. 1982*, p. 1057; Apartado veinte de la Sentencia del TJ de 9.4.1987, *Basset/SACEM*, cit. *supra.*, *Rec. 1987*, p. 1769; etc.

¹⁸ En el citado asunto *Coditel II*, el Abogado General Reischl, reconoce que, en caso de que varios distribuidores compitan en el mismo territorio, el cálculo de la tarifa de exhibición puede determinarse porque cada uno de ellos trabaja con salas muy precisas a las cuales se han cedido los derechos de exhibición, y, según el número de las mismas, puede calcularse su retribución y el porcentaje que corresponde al titular inicial; *Rec. 1982*, pp. 1068-1069.

¹⁹ En el apartado quince de la citada Sentencia de 9.4.1987 en el asunto *Basset/SACEM*, el Tribunal avala la fórmula para determinar el importe de las tarifas de estos derechos, en este caso concreto, el volumen de negocios de las discotecas, y el número de discos comprados o representados, *Rec. 1987*, p. 1768.

1. EVOLUCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL

Puede reseñarse a título meramente ilustrativo la progresiva entrada en vigor de tres bloques normativos.

Inicialmente se adoptaron las Directivas de armonización del Consejo sobre la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores²⁰, sobre la protección jurídica de programas de ordenador²¹, y en materia de marcas²²; y, la Directiva de coordinación del Consejo relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva²³.

La adecuación del régimen de los derechos de autor a las nuevas tecnologías²⁴, fue objeto relevante en la elaboración de un «Libro Verde»²⁵ que dio lugar a la adopción de Directivas sobre los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual²⁶; sobre la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines²⁷; sobre la coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable²⁸; y, sobre la protección jurídica de las bases de datos²⁹.

²⁰ Directiva 87/54/CEE de 16.12.1986 (*DO* 1987, L 24, p. 36).

²¹ Directiva 91/250/CEE de 14.05.1991 (*DO* 1991, L 122, p. 42).

²² Directiva 89/104/CEE de 21.12.1988 (*DO* 1989, L 40, p. 1).

²³ Directiva 89/552/CEE de 03.10.1989 (*DO* 1989, L 298, p. 23). Obviamente, este pequeño conjunto de normas se limitaba bien a suprimir las diferencias existentes entre los Estados de la Comunidad en cuanto a la protección jurídica de los derechos de propiedad intelectual, y a evitar que éstas se acentuaran o surgieran otras nuevas (caso de las Directivas de armonización); o bien a facilitar la modificación o adecuación de los marcos reglamentario y económico a nivel interno para fomentar la cooperación transnacional de las entidades de radiodifusión televisiva (caso de la Directiva de coordinación).

²⁴ Vid. los apartados 29 y 30 de la Sentencia del TJ de 14.7.2005, *Lagardère*, as. C-192/04, *Rec. 2005*, p. I-07199.

²⁵ «Libro Verde sobre los derechos de autor y el reto de la tecnología», COM (88) 172 final, Bruselas, junio, 1988. Este documento se revisó posteriormente mediante el documento titulado, «Acciones derivadas del Libro Verde-Programa de trabajo de la Comisión en el ámbito del derecho de autor y los derechos afines», COM (90) 584 final, Bruselas, diciembre, 1990.

²⁶ Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19.11.1992, (*DO* 1992, L 346, p. 9).

²⁷ Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29.10.1993 (*DO* 1993, L 248, p. 15).

²⁸ Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27.9.1993 (*DO* 1993, L 248, p. 15).

²⁹ Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11.3.1996 (*DO* 1996, L 77, p. 20).

La implementación de estas Directivas supuso una sustancial rebaja del grado de incertidumbre jurídica derivada de la disparidad entre las disposiciones internas que regulaban situaciones idénticas o similares con la consiguiente remoción de obstáculos al funcionamiento del mercado de interior³⁰. Pero, sobre todo, fijó como principio orientador de la política legislativa de la Unión la salvaguardia de un alto nivel de protección de los derechos de autor y de los derechos afines, que se aplica con carácter gradual a los efectos de lograr su elevación progresivamente³¹. Así lo corro-

³⁰ Por ejemplo los Considerandos quinto, sexto, séptimo, décimo tercero y décimo cuarto de la Directiva 93/83/CEE, cit. supra.; Considerandos segundo y tercero de la Directiva 96/9/CE, cit. supra.; etc.

³¹ Véanse, entre otras disposiciones, los Considerandos vigésimo tercero y vigésimo cuarto, de la Directiva 93/83/CEE.

Este nuevo enfoque legislativo supuso además una evolución desde la doctrina de trato nacional establecida por el Tribunal de Justicia que obligaba a los Estados miembros a conceder a los nacionales de otros Estados miembros el mismo nivel de protección que concedían a sus propios nacionales, y que fue reiterada coetáneamente en el célebre asunto *Phil Collins y otros*; Apartado vigésimo séptimo de la Sentencia del TJ de 20.10.1993, *Phil Collins et. al*, as. ac. C-92/92 y C-326/92, *Rec. 1993*, p. I-5171, en p. 5180. Entre la doctrina que analizó esta Sentencia, véanse las contribuciones de, DWORKIN, G., y STERLING, J.A.L., «Phil Collins and the Term Directive», *Eur. Intellectual Property Review*, 1994, pp. 187-190; SMITH, L.J., «Rules of Reciprocity and Non-Discrimination: National and International Copyright in a European Law Framework», *ELR*, 1994, pp. 405-412; VERLOREN VAN THEMAAT, W., y WEFERS BETTINK, W., «Another Side of the Story. Why the Phil Collins Judgment does not Necessarily Mean the End of the Reciprocity Principle», *Eur. Intellectual Property, Review*, 1995, pp. 307-310; etc.

La posición del Tribunal de Justicia se confirma en la Jurisprudencia que interpreta el alcance de las Directivas 92/100/CEE, (véanse los apartados décimo quinto y siguientes de la Sentencia del TJ de 28.4.1998, *Metronome*, as. C-200/96, *Rec. 1998*, p.I-1953; Sentencia del TJ de 22.9.1998, *FDV c. Laserdisken*, as. C-61/97, *Rec. 1998*, p. I-5171, espec. apartados decimoséptimo y siguientes, p. I-5195, 5196, así como los puntos catorce y quince de las Conclusiones sobre este asunto del AG La Pérgola, *Rec. p. I-5182*. Igualmente los análisis doctrinales referentes a este último asunto de: BERR, C.J., «Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés européennes», *Journal du droit International*, 1999, pp. 554-555; DECKER, U., «Vermietung von Laserdisk und der Erschöpfungsgrundsatz», *Eur. Law Reporter*, 1998, pp. 522-523; TRAVERS, N., «Rental Rights and the Specific Subject-matter of Copyright in Community Law», *Eur. Law Review*, 199, pp. 171-177), y, 93/83/CEE (Sentencia del TJ de 1.6.2006, *URADDEX*, as. C-169/05, *Rec. 2006*, p. I-4987), respectivamente.

Por otro lado, varias disposiciones del citado bloque normativo abogan expresamente por la obligación de recurrir a las entidades de gestión colectiva, dado que «a priori» garantizan un ejercicio más eficiente de los derechos a sus titulares y otorgan mayor seguridad jurídica en el tráfico económico de los mismos; Informe de la Comisión Europea sobre la

bora una reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, a la hora de delimitar el alcance exclusivo de los autores de autorizar la comunicación al público vía satélite de sus obras protegidas, reconoce la obligación de los proveedores de paquetes codificados de obtener la autorización de aquéllas para intervenir en las transmisiones directa e indirecta de programas de televisión³².

Actualmente están en vigor las Directivas adoptadas para establecer un marco jurídico supranacional de protección de la propiedad intelectual cada vez más homogéneo³³. Pueden distinguirse dentro de este tercer grupo de normas las que, por un lado, completan el régimen supranacional de la propiedad intelectual, caso de la Directiva 2001/84/CE relativa al derecho del artista a participar en los beneficios de la venta de sus obras³⁴, y, de la Directiva 2004/48/CE, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual³⁵; o lo adaptan a los avances de la tecnología digital, mediante la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de ciertos aspectos de los derechos de autor y derechos afines³⁶; así como, por otro lado, la adopción de normas de codificación que actualizan y derogan algunas precedentes, caso de la Directiva 2006/115/CE sobre derechos de alquiler y préstamo³⁷, y de la Directiva 2006/116/CE sobre el plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines³⁸, recientemente modificada³⁹.

A la luz de sus disposiciones es posible entrever las líneas jurídicas subyacentes sobre las cuales está pergeñándose el marco europeo para la

aplicación de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, Bruselas, 26.7.2002, COM (2002) 430 final, p. 4. Entre la literatura que analiza el papel central de las entidades de gestión de los derechos de autor en este ámbito, DELIYANNI, E., «Contenu et application de la Directive 93/83/...», en VVAA: *Derecho europeo del audiovisual: actas del Congreso de la AEDA (Sevilla, octubre, 1996)*, I, Madrid, 1997, pp. 675, ss.; espec. pp. 704 y 708-709.

³² Apartados setenta y cinco a ochenta y cuatro, ambos inclusive, de la Sentencia del TJ de 13.10.2011, en los asuntos acumulados *Airfield-Canal Digitaal Bv*, C-431/09, y, *Airfield/Agicoa B*, C-432/09, no publicada aún en la Recopilación.

³³ MARCO MOLINA, J., «La armonización de las legislaciones sobre propiedad intelectual en las Directivas Comunitarias», en VV.AA.: *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, pp. 1009, ss.

³⁴ Directiva del PE y del Consejo de 27.9.2001, DO 2001 L 272, p. 32.

³⁵ Directiva del PE y del Consejo de 29.4.2004, DO 2004 L 157, p. 45.

³⁶ Directiva del PE y del Consejo de 22.5.2001, DO 2001 L 167, p. 10.

³⁷ Directiva del PE y del Consejo de 12.12.2006, DO 2006 L 376, p. 28.

³⁸ Directiva del PE y del Consejo de 12.12.2006, DO 2006 L 372, p. 12.

³⁹ Directiva 2011/77/UE del PE y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, DO 2011 L 265, p. 1.

protección de los derechos de propiedad intelectual en el siglo XXI. A saber, la función preponderante de resarcimiento económico a sus titulares⁴⁰; el carácter subsidiario de los regímenes nacionales que se ocupan del ejercicio de estos derechos⁴¹; y, la consolidación del modelo de explotación mediante la gestión colectiva, antes reseñado⁴², según el cual las instituciones de la Unión auspician un modelo de capacidad dual: la gestión económica y la autorización de la difusión y comunicación públicas. Si bien, debe mencionarse que la implementación de las citadas Directivas no ha logrado resolver la compleja cuestión de la definición de un patrón europeo sobre la protección de los derechos de autor, dada la diferencia existente entre las tradiciones jurídicas continentales y el régimen del «copyright» anglosajón⁴³.

⁴⁰ Véase, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Compensación equitativa por copia privada*, Aranzadi Civil, 16, 2007, pp. 2, ss.

⁴¹ No obstante, como han reseñado algunos autores, los Estados miembros disponen de amplios márgenes de actuación a la hora de transponer las Directivas en sus ordenamientos internos. Así, por ejemplo, BUHROW, A.: «Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft», *Eur. Law Reporter*, 10, 2001, pp. 313, ss.; y, GUNTRUM, S., *Zur Zukunft der Privatkopie in der Informationsgesellschaft*, Hamburgo, 2007.

⁴² Esta perspectiva era ya dominante en el periodo previo a la entrada en vigor del tercer bloque de Directivas, como se deduce, por ejemplo, de la lectura siempre ilustrativa de diversas Conclusiones elaboradas por el AG Ruiz Jarabo en diversos asuntos sentenciados por el Tribunal de Justicia de éste ámbito; v. gr. las Conclusiones relativas al asunto *Ricordi*, C-360/00, presentadas el 14.2.2002, *Rec. 2002*, p. I-5091, puntos treinta y tres, ss.; las conclusiones relativas al asunto *Uradex*, C-169/05, presentadas el 14.2.2006, puntos veinte, ss., *Rec. 2006*, p. I-4975; y las conclusiones relativas al asunto *Sony Music*, C-240/07, presentadas el 22.5.2008, puntos cuarenta, ss., *Rec. 2009*, p. I-000263, entre otras.

⁴³ Como pone de manifiesto, entre otros, la Parte II del Informe sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE elaborado por G. WESTKAMP (Queen Mary Intellectual Property Research Institute, Londrés, Febrero, 2007, espec. pp. 1, y 4-7). Y el Informe elaborado por encargo de la Comisión Europea, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, Institute for Information Law, Amsterdam, 2006, espec. pp. 41, ss. Véase, igualmente ULLRICH, J. N., «Clash of Copyrights-Optionale Schranke und zwingender finanzieller Ausgleich im Fall der Privatkopie nach Art. 5 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2001/29/EG und Dreistufentest», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht- Internationaler Teil*, 4, 2009, pp. 283, ss. Precisamente, una de las diferencias entre ambos sistemas de protección de los derechos de propiedad intelectual radica en que, mientras en el continental se establecen normativamente las limitaciones o excepciones a los derechos de autor, en el sistema anglosajón no se fijan normativamente tales límites sino que se deducen de la aplicación del principio general de uso leal («fair use»).

2. LA CREACIÓN DE DISPOSICIONES ESPECÍFICAS EN EL DERECHO ORIGINARIO

Es en todo caso un bloque normativo plenamente coherente con el nuevo estatus del Derecho Originario ya que, por un lado, según lo dispuesto en el apartado segundo del artículo diecisiete de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, se reconoce explícitamente la protección de la propiedad intelectual, «debido a su creciente importancia y al derecho comunitario derivado»⁴⁴. Por otro lado, la inclusión del nuevo artículo 118 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) por el Tratado de Lisboa⁴⁵ confirma la opción por desarrollar el marco normativo supranacional al prever la adopción de medidas por el procedimiento legislativo ordinario, «relativas a la creación de títulos europeos para garantizar una protección uniforme de los derechos de propiedad intelectual e industrial en la Unión y al establecimiento de regímenes de autorización, coordinación y control centralizados a escala de la Unión»⁴⁶.

Bien es cierto que la recalcitrante postura mantenida por algún Estado miembro durante las sesiones del Presidium de la Convención para el Futuro de Europa⁴⁷, y también durante la celebración posterior de las Conferencias Intergubernamentales de 2003/2004, y, de 2007, confirma al vigente artículo 207 TFUE (antiguo artículo 133 TCE), como un tamiz de control «ex ante» para la celebración de acuerdos comerciales por la UE en el ámbito de la propiedad intelectual⁴⁸.

⁴⁴ Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y Guía o Explicaciones de la misma elaborada por el Praesidium de la Segunda Convención Europea publicadas en su versión actual en el *DO* 2010 C 83 de 30.3.2010.

⁴⁵ Celebrado el 13.12.2007, y, en vigor desde el 1.12.2009, texto, protocolos y declaraciones en el *DO* 2010 C 83 de 30.3.2010.

⁴⁶ Algún autor duda de que se utilice la citada disposición del TFUE como base jurídica exclusiva o principal de las futuras normas de Derecho Derivado que puedan adoptarse en este ámbito, vid.: WALTER, M. y LEWINSKI, S.V., *European Copyright Law: A Commentary*, Oxford-Londres, 2010, 3, p.13.

⁴⁷ Sus trabajos concluyeron en julio de 2003 con la presentación de un texto único, denominado «Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución Europea», al Consejo Europeo de Tesalónica, *DO* 2003 C 169 de 18.7.2003.

⁴⁸ Según lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado cuarto del citado artículo 207 TFUE; ...«Para la negociación y celebración de acuerdos en los ámbitos del comercio de servicios y de los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, ... el Consejo se pronunciará por unanimidad cuando dichos acuerdos contengan disposiciones en las que se requiere la unanimidad para la adopción de normas internas»...; apostillando a renglón

Dado que la unanimidad opera en este ámbito del Tratado como excepción a la regla de la mayoría cualificada del Consejo prevista en el párrafo primero del citado apartado cuarto, tal y como ya había sido establecido en el Tratado de Niza, resulta chocante que los mismos gobiernos que propugnaron la armonización normativa en el seno de la UE mediante procedimientos decisorios por mayoría cualificada⁴⁹, inviertan sus posiciones a la hora de celebrar acuerdos internacionales. Una óptica legislativa de corte nacionalista que recuerda a los actos del bárbaro Procusto, de quien la mitología griega dice que cortaba y estiraba las piernas de los huéspedes que no se adaptaban a la longitud de la cama, porque estaba convencido de que la medida canónica de todos los cuerpos era la de su lecho⁵⁰.

3. LUCES Y SOMBRAS DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE

Poniendo finalmente en prospectiva la implementación de las normas vigentes de derecho derivado que ahora nos ocupan, cabe desgranar los aspectos que precisan del pertinente desarrollo o de la creación de un marco jurídico «ad hoc»⁵¹.

seguido que la unanimidad será la regla del Consejo para celebrar acuerdos en el ámbito de servicios culturales y audiovisuales, y de ciertos servicios de interés general.

⁴⁹ Por ejemplo, las citadas Directivas 2006/115/CE y 2006/116/CE, se adoptaron por codecisión con base en el artículo 251 TCE.

⁵⁰ La anacronía de esta excepción resulta aún más manifiesta por cuanto la UE cuenta desde hace tiempo con su propia «Estrategia para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual en terceros países», que es el instrumento adecuado para promover la defensa de los umbrales europeos de protección, tanto en el marco de las relaciones bilaterales o multilaterales, como en el seno de las organizaciones internacionales (v. gr. OMC, OMPI, etc.); *DO* 2005 C 129 de 26.5.2005. Un análisis reciente de la situación en el Informe ADE, auspiciado por la DG de Comercio de la Comisión Europea, «Evaluation of the Intellectual Property Rights Enforcement Strategy in Third Countries», Bruselas, noviembre, 2010, en <http://trade.ec.europa.eu/>.

⁵¹ Se está considerando en este sentido la elaboración de un «marco estable de gobernanza europea de los derechos de autor», que se ocuparía además de mejorar su uso eficiente. Con dicha finalidad, entre otras medidas se prevé instaurar normas comunes sobre la gestión colectiva de los derechos de autor, incluida la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y paneuropeas y la creación de un «Código Europeo de los Derechos de Autor»; armonizar la metodología empleada para imponer los cánones por copia privada y mejorar su administración (concretamente la determinación del tipo de equipos sujetos a los mismos, la fijación de tarifas, y la interoperabilidad de los diferentes sistemas nacionales);

Como premisa fundamental han de adecuarse los instrumentos coercitivos de la UE para adaptarlos al entorno digital reforzando así el nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual, necesidad tanto más perentoria por cuanto, como he apuntado antes, dicha protección necesariamente debe proyectarse sobre un fenómeno que trasciende las fronteras de sus Estados miembros en un entorno económico mundializado⁵².

Deben completarse también algunos aspectos que actualmente se rigen por un sistema sólo parcialmente armonizado, como por ejemplo, la posibilidad de que los Estados miembros establezcan excepciones al derecho de los titulares de un derecho de autor para autorizar o prohibir a reproducción de su obra (artículo segundo de la Directiva 2001/29), con base en las cuales se realizan copias privadas de obras y otras prestaciones protegidas sin su autorización (artículo quinto de la Directiva 2001/29). Aunque en el caso de establecer dichas excepciones deben también garantizar el pago de una compensación equitativa (Trigésimo quinto considerando de la Directiva 2001/29).

Para calibrar la conformidad de las disposiciones internas controvertidas con el Derecho de la Unión, los órganos jurisdiccionales internos disponen, llegado el caso, de un instrumento ampliamente utilizado por el Tribunal de Justicia, el examen en tres fases, o regla de los tres pasos. A saber, que la excepción de que se trate sea limitada; que no impida la explotación normal de la obra o prestación; y que no menoscabe injustificadamente los intereses de los titulares del derecho de autor⁵³.

Aunque la aplicación de esta técnica interpretativa se inspira en lo establecido por diversos instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos de propiedad intelectual y en el derecho derivado⁵⁴, no

así como la revisión de las reglas del sector audiovisual para fomentar la concesión de licencias transfronterizas y paneuropeas con vistas a incrementar la disponibilidad de los contenidos, y a colmar las lagunas regulatorias de la distribución en línea de las obras audiovisuales; Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Un mercado único de los derechos de propiedad intelectual. Estimular la creatividad y la innovación para generar crecimiento económico, empleos de calidad y productos y servicios de excelencia en Europa», Bruselas, 24.5.2011, COM (2011) 287 final, espec. pp. 11-18, y 26-27.

⁵² Ello implica la revisión de la citada Directiva 2004/48/CE que, previsiblemente, tendrá lugar en 2012; sobre esta cuestión véase el Informe de la Comisión Europea en <http://ec.europa.eu/internalmarket>.

⁵³ Véanse los Apartados treinta y nueve, y cuarenta y seis, de la Sentencia del TJ de 21.10.2010, *Padawan*, as. C-467/08, *Rec. 2010*, no publicada aún la Recopilación.

⁵⁴ Por citar solamente los convenios de ámbito universal, véase el apartado segundo del artículo nueve del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas,

goza aún de una aceptación generalizada entre los jueces de los Estados miembros⁵⁵.

IV. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA RELATIVAS A LOS DERECHOS DE LA COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS Y GRABACIONES AUDIOVISUALES

Las cuestiones más relevantes que ha abordado la Jurisprudencia del Tribunal en éste ámbito se refieren, en primer término, a la determinación

tras su modificación mediante el Acta de Estocolmo de 1967 antes citada; el artículo décimo tercero (Limitaciones y Excepciones) del Anexo 1C, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), del Acuerdo de Marrakech, de 15.4.1994, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), Instrumento de ratificación de España de 30.12.1994, *BOE* 1995 n.º 20, de 24 de enero, corrección de errores en *BOE* 1995 n.º 33, de 8 de febrero; el artículo décimo (Limitaciones y Excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT), Ginebra, 20.12.1996, Instrumento de ratificación de España en *BOE* 2010, n.º 148 de 18 de junio; y, artículo décimo sexto (Limitaciones y Excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, Ginebra, 20.12.1996, Instrumento de Ratificación de España en *BOE* 2010, n.º 148 de 18 de junio.

Así como su incorporación al derecho derivado de la UE mediante lo previsto en el apartado quinto del artículo cinco de la citada Directiva 2001/29/CE; y en el apartado tercero del artículo décimo de la citada Directiva 2006/115/CE.

⁵⁵ Véanse, por ejemplo, las pp. 21-22, y, 48-50 de la Parte II del citado Informe elaborado por G. WESTKAMP.

En el caso concreto de España, la regla está prevista en el artículo cuarenta bis del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), RDL 1/1996, de 12 de abril, *BOE* 1996 n.º 97, de 22 de abril, que dice: «Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran».

Se trata de una regla formulada con carácter negativo, circunscrita a las disposiciones del TRLPI que establecen límites a los derechos exclusivos del autor, y que está dirigida a los jueces —y no al legislador, como es por ejemplo el caso del citado apartado segundo del artículo nueve del Convenio de Berna— para facilitar su labor hermenéutica. Labor en la que, en todo caso, pueden prevalecerse de otros principios interpretativos conformes con la legalidad vigente.

Entre las escasas decisiones de órganos judiciales españoles que se guían por esta regla cabe reseñar la STS (Sala 1ª) de 8 de junio de 2007 (*CEDRO c. Cámara de Comercio de Madrid*), que, de conformidad con los criterios citados, desestima la aplicación del límite de reproducción con fines de investigación (copia privada) para la realización de fotocopias por la entidad demandada. Si bien, el TS no fundamenta la utilización de la regla de los tres pasos en el artículo cuarenta bis del TRLPI sino en las disposiciones relevantes de las Convenciones internacionales antes citadas...

de las situaciones en las cuáles existe un derecho de comunicación pública, y, en segundo lugar, si los Estados miembros están obligados al transponer las Directivas relevantes a establecer un derecho de remuneración equitativo cuando existan las citadas situaciones. Quedan aún no obstante por dilucidar los criterios para el cálculo de las retribuciones que sean pertinentes.

1. LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

Ante la falta de una noción tipificada de comunicación pública en el Derecho de la Unión⁵⁶ y habida cuenta de la necesidad de garantizar los derechos de remuneración de los autores de conformidad con el artículo segundo de la Directiva 2001/29, el Tribunal de Justicia está delimitando progresivamente el alcance dicha noción. Se trata, obviamente, de una identificación casuística de las condiciones y de las circunstancias que dan lugar a la inexcusable protección de los derechos en cuestión para lo cuál es preciso dilucidar previamente ciertos presupuestos básicos tales como los de la propia existencia de un acto de comunicación pública.

La evolución vertiginosa del entorno tecnológico y la diversidad de las situaciones en las que se producen a diario estos actos hacen especialmente compleja la elaboración de una doctrina jurisprudencial que interprete cabalmente los objetivos del marco normativo supranacional sobre propiedad intelectual.

Empero, la inconcreción de los perfiles jurídicos de la noción que nos ocupa, no impide apreciar dentro del conjunto de Sentencias relevantes en esta materia una clara posición pro-tutela de los derechos de autor⁵⁷.

⁵⁶ Tampoco se encuentran disposiciones relevantes a estos efectos en los acuerdos y convenios internacionales sobre propiedad intelectual, como los ya citados (Convenio de Berna, Tratado de la OMPI, etc.).

En el ordenamiento español, el apartado primero del artículo veinte del TRLPI, *cit. supra*, establece una noción genérica de la que excluye, no obstante, algún supuesto: «Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo».

Asimismo, el apartado segundo de la misma disposición establece los actos de comunicación pública protegidos, incluida la distribución de obras y grabaciones audiovisuales utilizando señales de televisión en las modalidades de emisión, transmisión, radiodifusión por satélite, retransmisión y comunicación en lugares accesibles al público.

⁵⁷ Véase HARTMANN-VAREILLES, F., y MESSINA, M., «The «lacunae» of the EU Legal System and the role of the Court of Justice of the EU: two selected examples», en *ERA Forum*, Junio 2011, pp. 175, ss., en pp. 176 y 179.

Y ello a pesar del aparente sesgo inhibicionista que originariamente parecía sugerir la Sentencia en el asunto *EGEDA/HOASA*⁵⁸, en la que el Tribunal interpretó una disposición de la Directiva 93/83/CEE, el artículo primero en sus apartados 2.a) y 3, para determinar si la captación por parte de una entidad hotelera de señales de televisión vía satélite o terrestre, y su distribución por cable a las habitaciones del hotel, es un acto de comunicación al público⁵⁹.

La jurisprudencia posterior del Tribunal supone no obstante un claro punto de inflexión. Por ejemplo, en la Sentencia del asunto *SGAE/Rafael Hoteles* concluyó que la distribución de una señal de televisión por parte de un establecimiento hotelero a los clientes alojados en sus habitaciones y en las zonas comunes del hotel constituye un acto de comunicación pública, sea cual fuere la técnica empleada para la transmisión de la señal⁶⁰.

⁵⁸ Sentencia de 3.2.2000, *EGEDA/HOASA*, as. C-293/98, *Rec. 2000*, p. I-629.

⁵⁹ Como ya se reseñó anteriormente, la finalidad de esta Directiva es precisamente coordinar la normativa sobre derechos de autor y derechos afines en el ámbito de la radio difusión vía satélite y de la distribución por cable.

Para ponderar el alcance de la disposición controvertida el Tribunal se circunscribió al análisis textual de su contenido, y a la lectura contextual del resto de las disposiciones de la Directiva, así como de una propuesta entonces en curso, la de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (presentada por la Comisión europea el 21.1.1998, *DO* 1998 C 108, p. 6), habida cuenta de que su contenido desarrollaba y completaba a esta última. De ello dedujo que la respuesta a la cuestión no estaba regulada por el Derecho comunitario y remitió su apreciación a lo establecido por el derecho interno (véanse los Apartados décimo séptimo a vigésimo noveno, ambos inclusive, de la Sentencia en el as. C-293/98, *cit. supra.*, *Rec. 2000*, p. I-659-662).

Conviene subrayar que con la aplicación de estos criterios hermenéuticos, el Tribunal descartó deliberadamente ampliar el ámbito del análisis contextual a otras normas vigentes del derecho derivado con un objeto similar que le hubieran ofrecido elementos para calificar la situación controvertida como un acto de comunicación al público (V. gr. la citada Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva), e incluso se separó de la opinión del AG La Pergola quién sostuvo en sus Conclusiones la existencia del mismo con base en lo previsto por el artículo 11 bis, apartado primero, del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, antes citado (Puntos vigésimo a vigésimo séptimo, ambos inclusive).

⁶⁰ Sentencia del TJ de 7.12.2006, *SGAE/Rafael Hoteles*, as. C-306/05, *Rec. 2006*, p. I-11519, especialmente el apartado cuarenta y siete, *Rec. p. I-11560*. Como criterio principal el Tribunal descarta la aplicación al caso de la Directiva 93/83/CEE habida cuenta de lo limitado de sus objetivos —lograr una armonización mínima de ciertos aspectos de la protección de los derechos de autor— a favor de la citada Directiva 2001/29 que se aplica a toda comu-

El Tribunal incluye también dentro de la misma noción la transmisión de obras difundidas mediante una pantalla de televisión y altavoces a los clientes presentes en un establecimiento de restauración, según lo establecido en la Sentencia de los asuntos acumulados *F. A. Premier League y otros*, y, *D. Owen, y otros*⁶¹.

Actualmente está pendiente de dirimirse el asunto *Phonographic Performance/Irlanda* que focaliza la cuestión de si la puesta a disposición de los clientes de un hotel de aparatos de radio o de televisión en sus habitaciones, a los que se distribuye una señal de emisión, es un acto indirecto de comunicación pública de los fonogramas utilizados en las emisiones de radio y televisión⁶².

Tomando en consideración como elemento central de su razonamiento a la citada Directiva 2006/115/CE, la Abogado General V. Trstenjak se inclina porque el Tribunal emita una respuesta positiva⁶³, y subraya que, si bien la Directiva no define expresamente la noción de comunicación al público pueden extraerse sólidas referencias interpretativas de su texto y de su contexto, por tratarse además de un concepto autónomo del Derecho de la UE⁶⁴.

La valiosa aportación de la citada jurisprudencia no es óbice para re-nunciación al público de obras protegidas. Ratificando, asimismo, la necesidad de realizar una interpretación amplia de dicha noción en consonancia con el objetivo principal de la Directiva: lograr un elevado nivel de protección de los autores para que reciban una compensación adecuada por el uso de su obra (Apartados treinta y treinta seis de la citada Sentencia, *Rec. 2006*, pp. I-11555 y 11556-11557).

Cabe añadir al respecto que, siguiendo una jurisprudencia consolidada, la definición del término «público» tiene lugar de acuerdo con un enfoque global que incluye a los clientes alojados y a los que se encuentren presentes en cualquier zona de un hotel y puedan acceder a un aparato de televisión, pero también se toma en consideración el hecho de que la clientela se renueva con rapidez, circunstancia que genera un efecto acumulativo que es relevante a dichos efectos. Interpretación que es coherente con uno de los principios fundamentales del derecho de autor según el cual el titular del derecho es remunerado no por el disfrute efectivo de la obra, sino por la simple posibilidad jurídica de dicho disfrute. Apartados treinta y ocho y treinta y nueve, *Rec. p. I-11557*.

⁶¹ Apartados ciento ochenta y tres a doscientos siete, ambos inclusive, de la Sentencia del TJ (Gran Sala) de 4.10.2011, *F. A. Premier League y otros, y, D. Owen*, as. ac. C-403/08 y C-429/08, no publicada aún en la Recopilación.

⁶² *Phonographic Performance (Ireland) Ltd. contra Irlanda y otros*, C-162/10, no publicado aún en la Recopilación.

⁶³ Punto ciento doce de las Conclusiones al asunto C-162/10, presentadas el 29.6.2011, no publicadas aún en la Recopilación.

⁶⁴ Puntos setenta y seis a cien, ambos inclusive de las citadas conclusiones.

clamar a la Comisión Europea la elaboración de una Comunicación Interpretativa del acervo vigente que mitigue la actual inseguridad jurídica⁶⁵.

2. LA OBLIGACIÓN DE PREVER UN RÉGIMEN DE RETRIBUCIÓN A LOS TITULARES DE LOS DERECHOS DE AUTOR POR ACTOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

Ciertamente el reconocimiento de la existencia del derecho implica que la comunicación pública de una obra protegida por los derechos de propiedad intelectual requiera la autorización previa por parte de los titulares de la misma y el pago de una compensación económica.

En algunos Estados miembros, como España, existen previsiones que obligan a las entidades de gestión a establecer tarifas generales que determinen la remuneración en cuestión, y, a contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados⁶⁶.

Pero otros Estados miembros no han establecido previsiones al respecto y además se acogen a las excepciones de ciertas disposiciones del derecho derivado conforme a las cuales pueden limitar el derecho a una retribución equitativa para el uso de las obras protegidas con fines privados⁶⁷.

⁶⁵ Véase el Informe, *The Recasting of Copyright... cit. supra.*, espec. pp. 56, ss.

⁶⁶ Véase el artículo 157.1.b del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), *cit. supra.*

⁶⁷ V. gr. el apartado primero, letra a) del artículo décimo de la Directiva 92/100 y de la Directiva 2006/115. En lo concerniente a la compensación equitativa por copia privada, relativa al daño o perjuicio sufrido, cabe reseñar los Apartados vigésimo noveno a cuarenta y cinco, ambos inclusive, de la citada Sentencia del TJ de 21.10.2010, *Padawan/SGAE*, as. C-467/08, y los Apartados trigésimo cuarto a trigésimo noveno, ambos inclusive, de la Sentencia del TJ de 16.11.2011, *Stichting de ThuisKopie*, as. C-462/09, no publicada aún en la recopilación. Así como los Puntos ciento treinta y seis a ciento cuarenta y uno, ambos inclusive, de las Conclusiones presentadas por la Abogado General V. Trstenjak en el as. C-162/10, antes citadas. Cosa distinta es la determinación de si la aplicación de tarifas por copia privada es conforme con el «justo equilibrio» que ha de respetarse entre los intereses de los autores y los de los usuarios de prestaciones protegidas. La posición del Tribunal es aquí también muy clara al no admitir la aplicación indiscriminada de dichas tarifas. Es ilustrativa al respecto la citada Sentencia en el as. C-467/08, especialmente los Apartados cuarenta y seis a cincuenta y nueve. Así como la posición concordante con la Sentencia de la Abogado General V. Trstenjak en las Conclusiones sobre dicho asunto presentadas el 11.5.2010, especialmente puntos ochenta y cinco a ciento siete, ambos inclusive.

3. ¿CÓMO DETERMINAR LOS CRITERIOS PARA EL CÁLCULO DE LAS RETRIBUCIONES QUE SEAN PERTINENTES?

Paradójicamente, la normativa vigente en materia de propiedad intelectual no regula fehacientemente el método de remuneración por el uso de las obras audiovisuales.

En la literatura económica se denomina a estas obras «bienes de información», y se caracterizan por tener un elevado coste fijo de producción y reducidos costes variables o marginales (la mayor parte del coste total de producir una obra depende del número final de obras que se venden)⁶⁸.

Según sostiene Requejo, para dicho tipo de bienes, si el precio fuera igual al coste de producir una unidad adicional, el precio sería prácticamente nulo y no se podría cubrir el elevado coste fijo de producción⁶⁹.

La dificultad para fijar los precios de este tipo de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual, y, la ya mencionada ausencia de regulación en materia de remuneración, han estado y están en la base de controversias que ha de zanjar el Tribunal de Justicia.

Un buen botón de muestra es el asunto *Kanal 5 y TV 4*⁷⁰.

Estas dos cadenas de televisión suecas denunciaron por abuso de posición dominante a STIM (entidad sueca que gestiona los derechos de las obras musicales), impugnando el modelo de remuneración para la comunicación pública de las obras musicales en las obras de televisión⁷¹.

⁶⁸ Por ejemplo, la mayor parte del coste total de producir una película se incurre antes de que se produzca la primera copia, ya que el coste de producir un DVD adicional es muy reducido. Véase SHAPIRO, C. y VARIAN, H. R., *Information rules. A strategic guide to the network economy*, Harvard BSP, MA, 1999.

⁶⁹ Véase, REQUEJO, A., «La racionalidad económica de la compensación equitativa por copia privada y la determinación de tarifas equitativas por la comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales», en VV.AA.: *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Madrid, 2011, pp. 109-119.

⁷⁰ Sentencia del TJ de 11.12.2008, *Kanal 5 y TV 4*, as. C-52/07, *Rec. 2008*, p. I-09275.

⁷¹ Se cuestionaba, en síntesis, si constituye una violación del vigente artículo 102 TFUE (anterior artículo 82 CE) el hecho de que STIM, con una posición de monopolio de hecho en Suecia, aplicara un modelo que implica que la remuneración sea una parte de los ingresos de las cadenas de televisión procedentes de tales emisiones, cuando falta una relación clara entre los ingresos y la prestación de la entidad de gestión, a saber, la autorización para transmitir música protegida por derechos de propiedad intelectual.

Así sucede, por ejemplo, con las emisiones de noticias y deportes, y, cuando los ingresos aumentan debido al desarrollo de las rejillas de programación, las inversiones en tecnología y las soluciones adaptadas a los clientes.

El Tribunal se rige por el criterio de identificar «la relación razonable» entre el precio exigido por STIM y el valor económico de la prestación realizada para la determinación de la existencia o no de un abuso de posición dominante⁷², utilizando una «regla de razón» que puede aplicarse para la solución de futuras controversias.

Similarmente, la Comisión Europea aplicó esta regla en una decisión adoptada con posterioridad en el asunto *Puerto de Helsingborg*⁷³.

Consiguientemente, se deduce tanto de la jurisprudencia reseñada como de las decisiones de la Comisión que los titulares de derechos de propiedad intelectual *deben tener en cuenta el valor económico en la determinación del precio que pagarán los usuarios de sus obras*, ya que la determinación de las tarifas será el resultado del cálculo de los costes de producción y del precio estimado al valorar las intenciones de pago de los consumidores.

La cuestión reside en cómo determinar dicho valor económico. Actualmente existen diversas metodologías para ello, sobre cuya viabilidad haré alguna reflexión a continuación.

V. METODOLOGÍAS DISPONIBLES PARA LA VALORACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Para la estimación del valor económico del bien o servicio que implica el derecho de comunicación pública, se utilizan generalmente metodologías que exploran directa o indirectamente las tendencias y hábitos de los usuarios y consumidores.

La Sentencia del Tribunal de Justicia en la que responde a estas cuestiones subraya «(la) necesidad de examinar si las tarifas exigidas por STIM tienen una relación razonable con el valor económico de la prestación realizada por dicha entidad, que consiste en poner el repertorio de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual que gestiona a disposición de las sociedades de televisión que han celebrado contratos de licencia con ella»; Apartado veintinueve de la citada Sentencia en el as. C-52/07. La cursiva es mía.

⁷² Véase el Apartado veintiocho de la Sentencia.

⁷³ Véase COMP/36.568, *Scandlines Sverige c. Port of Helsingborg*, especialmente el Párrafo 232, que dice: «...el valor económico de un producto/servicio, no puede determinarse añadiendo a los costes aproximados incurridos en la provisión del producto/servicio (...) un margen de beneficio que sea un porcentaje sobre los costes. El valor económico debe estar determinado en relación con las circunstancias específicas de cada caso y también debe tener en cuenta factores como la demanda del producto o servicio».

Los métodos directos se basan en encuestas o «rankings» de preferencias de consumo que indican datos relevantes tales como el esfuerzo de pago que un individuo está dispuesto a asumir por acceder al bien o servicio de que se trate⁷⁴. Los métodos indirectos deducen estos datos mediante una simple comparación de cifras extraídas del comercio de dichos bienes o servicios en mercados diferentes.

Esta última metodología se circunscribe al análisis de la actividad del mercado de que se trate y calcula el valor en cuestión desglosando los costes de toda índole (producción, marketing, fiscalidad, etc.) del precio final de las transacciones⁷⁵. No obstante, como subrayan algunos organismos especializados en la materia, la utilización de los métodos indirectos debe restringirse en lo posible dada la poca fiabilidad de sus resultados⁷⁶.

2. LA APLICACIÓN DE LAS METODOLOGÍAS DEL CÁLCULO DEL VALOR DE LOS DERECHOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICO EN EL SECTOR AUDIOVISUAL

En lo concerniente a las obras y grabaciones audiovisuales pueden aplicarse ambas metodologías alternativamente para evaluar si las tarifas a cobrar por la utilización de las obras sujetas a derechos de propiedad intelectual están en relación a su valor económico (y, por tanto, no son excesivas): i) los métodos indirectos comparan las tarifas con las tarifas fijadas en otros países, en otros momentos del tiempo, o por otros titulares de derechos de propiedad intelectual; y ii) los métodos directos permiten estimar directamente el valor económico del bien, y, por tanto, comparar directamente la tarifa con el valor económico.

A. *Los métodos indirectos* (también conocidos como «análisis de comparables») han sido utilizados en diversas ocasiones en España por la Co-

⁷⁴ La metodología directa no es específica del ámbito de la comunicación audiovisual sino que, por ejemplo, se viene utilizando con carácter general para valorar los derechos de propiedad intelectual en los Estados Unidos de Norteamérica, véase PASQUALE, F., «Toward an Ecology of Intellectual Property: Lessons from Environmental Economics for Valuing Copyright's Commons», *Yale Journal of Law & Technology*, Spring 2006, pp. 78, ss., espec. pp. 125-133.

⁷⁵ Vid. International Valuation Standards Council (IVSC): *Exposure Draft-RIVGN4-Valuation of Intangible Assets*, Londres, 2009, espec. pp. 9-12.

⁷⁶ Véase la argumentación y la posición contundente adoptada al respecto por el IVSC en el citado Informe, pp. 27-29.

misión Nacional de Competencia (CNC) en los expedientes abiertos por la supuesta fijación de tarifas inequitativas⁷⁷. Sin embargo, el análisis de comparables presenta algunos problemas que limitan seriamente su capacidad para evaluar si las tarifas son o no excesivas. El principal problema es que las comparaciones se deben realizar sobre una base homogénea, es decir, no debe quedar ninguna duda de que las tarifas comparadas sean realmente comparables⁷⁸. Algunos ejemplos de las dificultades que entrañan este tipo de comparaciones son los siguientes:

En las comparaciones internacionales se debe tener en cuenta que existen diferencias entre los países que pueden afectar al valor económico y, por tanto, al nivel de las tarifas. Por ejemplo, las diferencias entre las tarifas observadas entre países pueden deberse a diferencias en los costes laborales, en la renta disponible o en las preferencias de los consumidores. Asimismo, es posible que en alguno de los países utilizados para la comparación se haya fijado una tarifa «demasiado» baja y que, por tanto, una tarifa equitativa pueda parecer excesiva.

En las comparaciones entre entidades de gestión se deben tener en cuenta las diferencias en los derechos, en el repertorio y, en general, en el valor económico de los derechos cubiertos por cada tarifa.

Las comparaciones con los niveles de las tarifas en otros momentos del tiempo no son relevantes puesto que los conceptos que incluye la tarifa pueden cambiar de un año a otro, o el valor económico del bien puede cambiar a lo largo del tiempo.

Estas dificultades han sido reconocidas desde hace tiempo en diversas resoluciones administrativas. Por ejemplo, de forma muy detallada en el Expediente 593/05 del entonces denominado Tribunal de Defensa de la Competencia español⁷⁹.

⁷⁷ Véase el párrafo 198 (página 77) del informe de la CNC titulado «Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual», 2009. Este informe está disponible en la página Web de la CNC.

⁷⁸ Para una discusión detallada sobre algunas de estas cuestiones véase el informe de PriceWaterhouseCoopers titulado «Valuing the use of recorded music», publicado en julio de 2008. Este informe está disponible públicamente en <http://www.ifpi.org>.

⁷⁹ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de julio de 2006, Expte. 596/05, Televisión. Especialmente, el Apartado que dice: «La información aportada al expediente por AGEDI (Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales- Derechos de Propiedad Intelectual), procedente de otras entidades de gestión europeas homólogas, no resulta inequívoca y suscita numerosas dudas sobre el alcance e importe de las retribuciones pagadas en otros países en los últimos años y los derechos de propiedad intelectual cubier-

B. Por el contrario, y como ya se ha reseñado, *los métodos directos* de estimación del valor económico del bien, permiten analizar si las tarifas son o no excesivas sin necesidad de realizar este tipo de comparaciones⁸⁰.

Entre los métodos de estimación directa destaca el recurso a la metodología «choice modelling»⁸¹, que permite estimar el valor que los individuos atribuyen a los atributos de un determinado servicio (como las obras y grabaciones audiovisuales retransmitidas en la televisión de la habitación de un hotel) a través de encuestas⁸², y de la que expondré más en detalle sus méritos a continuación.

La metodología «choice modelling»: caracteres generales. En el caso concreto de la comunicación pública de las obras y grabaciones audiovisuales en la habitación de un hotel, determinar el valor económico del bien es equivalente a estimar la valoración que otorgan los usuarios al servicio que proporciona la televisión en la habitación del hotel. Si los hoteles cobraran a sus clientes un precio separado por disponer de una televisión en la habitación de un hotel, este precio podría constituir una referencia de cuánto están dispuestos a pagar los clientes por la televisión y, por tanto, se podría utilizar como un valor de referencia en la evaluación de las tarifas de propiedad intelectual. Sin embargo, este precio no existe y, por ello, es necesi-

tos por estos pagos. Sin embargo, la tramitación del expediente tampoco ha conseguido acreditar de manera inequívoca la existencia de unas tarifas sustancialmente superiores en España a las existentes en otros países del entorno europeo. Las dificultades de la comparación respecto a los ejercicios económicos a evaluar, los derechos de propiedad intelectual cubiertos, los pagos realizados o los sistemas de pago existentes en los diferentes países persisten y no han sido suficientemente despejados, por lo que, ante la duda, no puede considerarse acreditada la conducta de abuso imputada por el Servicio a AGEDI de establecer unas tarifas generales abusivas en comparación con las de otras entidades de gestión europeas homólogas de AGEDI».

⁸⁰ Véase el Informe de PriceWaterhouseCoopers (2008) realizado para la «International Federation of Phonographic Industries» (IFPI) en julio de 2008, que concluye que se deberían utilizar técnicas de análisis económico para estimar el valor económico de la comunicación pública de fonogramas y, por tanto, para determinar tarifas equitativas.

⁸¹ Una exposición exhaustiva de sus caracteres y ámbitos de aplicación en el Informe elaborado por PEARCE, D. y ÖZDEMİROGLU, E., et. al. para el DTLR del Reino Unido, *Economic Valuation with Stated Preference Techniques*, Londres, 2002, espec. pp. 54-57 y 74-78.

⁸² Véase la página 39 y siguientes del informe de PriceWaterhouseCoopers (2008), op. cit. El uso de ésta técnica ha demostrado también su eficiencia en la definición de estrategias de fijación de precios por empresas que introducen nuevos productos o nuevas marcas en el mercado, según el estudio de BAKER, J. B., y RUBINFELD, D.L., «Empirical methods in antitrust litigation: Review an Critique», *AL & ERev.*, I, 1-2, 1999, pp. 386-435.

sario utilizar metodologías que permitan estimar de manera directa cuanto están dispuestos a pagar los clientes del hotel por la comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales a través de la habitación del hotel⁸³.

En un informe encargado por la autoridad de competencia inglesa de mercados regulados (*Competition Commission*) a la empresa Accent, se revisan las diferentes metodologías disponibles en la literatura para estimar la disponibilidad a pagar de los individuos (valor económico) por los atributos de los bienes o servicios⁸⁴. Según este estudio, existen dos tipos de métodos disponibles para estimar la disponibilidad a pagar de los individuos: i) los métodos de preferencias reveladas que utilizan datos sobre el comportamiento real de los individuos para inferir sus preferencias por los bienes y atributos; y ii) los métodos de preferencias declaradas que utilizan datos procedentes de encuestas y se emplean en aquellas situaciones en las que no es posible inferir las preferencias de los consumidores a partir del comportamiento real de los individuos. Por consiguiente, en aquellos casos en los que no exista información sobre el comportamiento real de los individuos que permita inferir sus preferencias (como en el caso de la televisión en la habitación del hotel), el único método disponible es la aplicación de los métodos de preferencias declaradas a través de la realización de encuestas.

En España, la Comisión Nacional de Competencia (CNC) aplica esta metodología para dilucidar asuntos relativos a abuso de posición dominante⁸⁵.

Entre todos los métodos de preferencias declaradas disponibles, hay un cierto consenso en la literatura económica según el cuál la metodología «choice modelling»⁸⁶ es la más adecuada para estimar la disponibilidad a pagar por un determinado atributo de un bien (por ejemplo, la televisión visto como un atributo o característica de la habitación del hotel)⁸⁷.

⁸³ La tarifa *máxima* que pueden percibir los titulares con derechos por la comunicación pública en la habitación del hotel se calcula como el valor que atribuyen los consumidores a la televisión menos los costes que ha incurrido el hotel y menos una remuneración razonable por la inversión realizada para la instalación de los televisores en las habitaciones del hotel. Para una discusión más detallada sobre este tema véanse las páginas 116 y 117 de Requejo (2011), *op. cit.*

⁸⁴ Véase el informe de Accent (2010), *Review of Stated Preference and Willingness to Pay*, preparado para la Competition Commission. Disponible en www.competition-commission.org.uk.

⁸⁵ V. gr. Expte. 571/03, Uni2/ Telefónica Móviles.

⁸⁶ Para una descripción de la metodología choice modelling véase TRAIN, K., *Discrete Choice Methods with Simulation*, New York, 2003.

⁸⁷ Véase la página iii del informe de Accent, *op. cit.*

Esta metodología ha sido también ampliamente utilizada en la literatura académica para estudiar el comportamiento de los consumidores en sectores muy diferentes, entre los que se incluye el transporte, la energía, los medios de pago, la televisión de pago, medioambiente, medicina, etc⁸⁸.

La utilización de la metodología «choice modelling» para la valoración de los derechos de propiedad intelectual.

En el contexto de la valoración de los derechos de propiedad intelectual, la metodología «choice modelling» ha sido utilizada como prueba frente a las autoridades de competencia y frente a los tribunales de justicia.

Por ejemplo, la entidad de gestión inglesa *Phonographic Performance Limited* (PPL) ha revisado su estructura tarifaria en relación con el uso de fonogramas en bares y discotecas en el Reino Unido (*Specially Featured Entertainment* o SFE por sus siglas en inglés) basándose en los resultados de un estudio económico que utiliza dicha metodología⁸⁹.

Cabe reseñar también cierta jurisprudencia australiana fijada por el órgano especializado en propiedad intelectual, que utiliza la metodología «choice modelling» para estimar la disponibilidad a pagar por las obras protegidas como

⁸⁸ Véanse, por ejemplo, las referencias incluidas en el informe de Accent, *op. cit.* Asimismo, en el libro de referencia de Kenneth Train, antes citado, se describen numerosas aplicaciones en las que esta metodología ha sido empleada en el pasado. Recientemente (en septiembre de 2008), se lanzó una nueva revista académica titulada «Journal of Choice Modelling» que pretende promover el intercambio de ideas, técnicas y aplicaciones relacionadas con la aplicación de esta metodología; Para más información véase la página Web www.jocm.org.uk.

⁸⁹ La información sobre el cambio de tarifas de PPL y el estudio económico están disponibles en <http://www.ppluk.com/en/Music-Users/SFE-Consultation/>. El pasado mes de julio de 2011 se presentaron los resultados de este estudio en la «Second International conference of choice modelling», celebrada en Leeds (Reino Unido). Véase el artículo de LORENZO, P., REQUEJO, A., RYAN, D. y WYNN, A. (2011), «Sound recordings used in nightclubs and bars: a fair valuation of the licence using a discrete choice analysis», disponible en www.icmconference.org.uk.

En España, como sostiene REQUEJO (2011) «[e]sta metodología ha sido aplicada para la estimación del valor de la presencia de la televisión en la habitación del hotel. Los resultados indicaron que la suma de las tarifas de todas las entidades de gestión (EGEDA, SGAE, AIE, AGEDI y AISGE) por la comunicación pública en la habitación de los establecimientos hoteleros representa menos del 10% de la tarifa máxima. Por consiguiente, estas tarifas no pueden ser consideradas excesivas». Véase, «La racionalidad...», *loc. cit.* p. 118. Asimismo, AGICOA (entidad europea que gestiona derechos de retransmisión de las obras audiovisuales) ha encargado recientemente la realización de una encuesta en 11 países europeos (Austria, Bélgica, Chipre, Francia, Grecia, Italia, Malta, Portugal, Turquía, España y Reino Unido) para estimar la disponibilidad a pagar por los contenidos audiovisuales en la habitación de un hotel utilizando la metodología choice modelling; (véase www.agicoa.org).

base para determinar las tarifas de las entidades de gestión. Por un lado, en la Sentencia del asunto: «Discotecas y Fiestas de baile»⁹⁰, el Copyright Tribunal de Australia aceptó los resultados del «choice modelling» como una estimación válida de la disponibilidad a pagar de los usuarios por la comunicación pública de fonogramas en discotecas y fiestas de baile y utilizó los resultados del mismo como punto de partida para determinar el nivel de remuneración razonable correspondiente a los titulares de los derechos⁹¹.

A partir de los resultados obtenidos se concluyó la necesidad de modificar las tarifas de comunicación pública de fonogramas en discotecas y fiestas de baile⁹².

Por otro lado en la Sentencia del asunto *Gimnasios*⁹³, el Tribunal estimó como pruebas pertinentes las encuestas aportadas con el doble objetivo de i) determinar en qué medida los usuarios valoran la utilización de la música en clases de «fitness» y ii) estimar la disponibilidad a pagar por la misma⁹⁴. Consiguientemente dio relevancia a la metodolo-

⁹⁰ Sentencia del Copyright Tribunal de Australia en relación con las tarifas por la utilización de fonogramas en discotecas y fiestas de baile: Phonographic Performance Company of Australia Limited (ACN 000 680 704) under section 154(1) of the Copyright Act 1968 (Cth) [2007] ACopyT 1 (10 July 2007).

⁹¹ Véase el Apartado ciento diez de la citada Sentencia: «The Society engaged Allen Consulting Group (Allen Consulting) to carry out a project designed to estimate the value of sound recordings in the context of nightclubs and dance parties. [...] Mr Jeremy Thorpe [...] considered a number of potential evaluation methods that are commonly used by economists in valuing goods or services. Mr Thorpe concluded that the most appropriate methodology was a choice modelling survey to determine the willingness of patrons to pay for music in nightclubs and at dance parties. He considered that that would provide a measure of the value of recorded music in the context of a nightclub and a dance party».

⁹² En consecuencia, se diseñó un nuevo esquema tarifario y se solicitó al Copyright Tribunal de Australia que evaluara la razonabilidad de las nuevas tarifas. Las tarifas existentes fijadas sobre la base de la capacidad del local se situaban en el caso de las discotecas en torno a los 7.48 céntimos de dólares australianos por persona y noche de actividad. Las nuevas tarifas se fijaron en 1.05 dólares australianos por persona y noche de actividad, esto es, *un incremento del 1300% respecto a las tarifas existentes*.

⁹³ Sentencia del Copyright Tribunal de Australia en relación con las tarifas por la utilización de fonogramas en gimnasios: Phonographic Performance Company of Australia Limited (ACN 000 680 704) under section 154(1) of the Copyright Act 1968 (Cth) [2007] ACopyT 1 (17 May 2010).

⁹⁴ En particular, se aportaron tres estudios, un Estudio cualitativo en el que se realizaron 15 entrevistas para identificar aquellos atributos que los usuarios valoran a la hora de elegir o continuar en una clase de fitness; un análisis conjunto basado en 72 entrevistas (Roberts Research study); y, un «choice modelling» basado en 500 entrevistas (Gyms study).

gía «choice modelling» como criterio para el cálculo de las tarifas controvertidas⁹⁵.

VI. CONCLUSIONES

Primera, la evolución normativa y jurisprudencial sobre la protección de los derechos de propiedad intelectual en la UE tiende hacia una definición más precisa de los mecanismos de las retribuciones debidas a sus titulares por su legítima explotación.

Segunda, se ha reseñado, no obstante, que la armonización legislativa impulsada durante los últimos años adolece de algunas limitaciones sustanciales, así como de una proliferación de situaciones de excepción que dificultan la aplicación conforme de las disposiciones supranacionales. Un ejemplo palmario es el cajón de sastre de los apartados primero y segundo del artículo décimo de la Directiva 2006/115/CE.

La fragmentación normativa que de ello se deriva es una amenaza constante para el efecto útil de Derecho de la UE y hace inevitable la judicialización de las controversias sobre la legalidad de las medidas internas que regulan dichas situaciones.

⁹⁵ Véase el Apartado doscientos cincuenta y tres de la Sentencia del Copyright Tribunal de Austria en relación con las tarifas por la utilización de fonogramas en los gimnasios: «The Tribunal has analysed the Gyms Survey [choice modelling] at considerable length for two reasons. First, because it was advanced by PPCA as the key basis justifying its increase in its licence fee. Secondly, because, as indicated below, the Tribunal considers that applications before it can be assisted by survey evidence. The Tribunal considers that the analysis undertaken here may assist in the conduct of surveys in other cases».

Finalmente, es interesante destacar la opinión del Tribunal en lo referente al impacto que puede tener la utilización de estas metodologías en la adecuación del nivel de las tarifas, al sostener que se deben subir éstas aunque el incremento sea muy grande, si los resultados del método empleado así lo sugieren (Véanse los Apartados trescientos trece y trescientos catorce de la Sentencia).

⁹⁶ Aunque recientemente (agosto de 2011) el gobierno británico ha adoptado un paquete de propuestas legislativas sobre el espacio digital y la protección de la propiedad intelectual que fomenta la copia privada y minimiza la cuantía de la indemnización debida (la compensación equitativa) a los titulares de los derechos de autor y los derechos afines.

Las propuestas, actualmente en fase de discusión parlamentaria y que incluyen una Estrategia Internacional exclusiva del Reino Unido con objetivos claves a conseguir con vistas a modificar el régimen de la propiedad intelectual, participan de las conclusiones/Recomendaciones del Informe Independiente elaborado por el Prof. IAN HARGREAVES («Digital Opportunity: A review of Intellectual Property and Growth»), pueden consultarse en: www.ipo.gov.uk.

Ya sea por falta de previsiones internas sobre ambas cuestiones —caso del régimen anglosajón del «copyright», antes citado⁹⁶— ya sea por el establecimiento de previsiones controvertidas —caso del vigente régimen normativo español sobre esta materia⁹⁷— el marasmo jurídico existente consolida las barreras invisibles al funcionamiento del mercado interior, y debilita la capacidad competitiva de la industria audiovisual europea en un contexto económico mundializado⁹⁸.

Tercera, en lo concerniente a la determinación del valor económico del bien o servicio a la hora de fijar las tarifas por la comunicación pública de obras audiovisuales, se abren paso criterios de estimación que recurren a metodologías donde convergen el derecho y la economía.

Estas pautas de actuación se han generalizado en el ámbito de la defensa de la libre competencia y significan un fundamento esencial de las decisiones que, a nivel supranacional, adopta la Comisión Europea, y, a nivel interno, adoptan los órganos jurisdiccionales y/o administrativos especializados en la materia, para estimar la legalidad o la ilegalidad de las conductas empresariales en el mercado.

Lo que subyace es un enfoque económico de la cultura (la denominada economía del arte) que valora las preferencias individuales a través del mercado.

Cuarta, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los derechos de comunicación pública permite inferir un discurso lógico-jurídico que propugna la máxima protección posible de los mismos en diversas situaciones que carecen de una definición normativa supranacional.

La salvaguardia de estos derechos se extrema en el caso de las obras audiovisuales por el desequilibrio de costes existente, antes mencionado. Consiguientemente, la única forma de garantizar la correcta aplicación de la «regla de razón» que debe determinar en cada caso el equilibrio entre el precio exigido y el valor económico de la prestación, es incorporar al proceso de análisis judicial los métodos directos de valoración.

⁹⁷ V. gr. la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios (BOE n.º 134 de 6 de junio), y, la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (BOE 2006 n.º 162, de 8 de julio).

⁹⁸ Como demuestra el estudio de E. NOMEN, «Desequilibrios de competencia entre productores audiovisuales de Estados Unidos y de la UE dentro del territorio de ésta. Necesidad de un encaje uniforme entre la vida económica y la vida legal en las nuevas ventanas de explotación audiovisual», en VV.AA.: *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, loc. cit., pp. 177, ss., especialmente pp. 184-188.

De lo contrario, y mientras no existan disposiciones normativas específicas al respecto, se dañaría el efecto útil del derecho derivado vigente cuya razón principal de ser es garantizar la consecución de elevados umbrales de reconocimiento y salvaguardia los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

Esta finalidad legislativa no puede soslayarse mediante la invocación de las excepciones o límites a los derechos reconocidos, previstas en el propio marco normativo en cuestión, porque, la lógica de la imposición reglamentaria unilateral de las opciones legislativas nacionales, no puede prevalecer sobre la dimensión axiológica que justifica aquí la acción normativa supranacional⁹⁹.

Quinta, a mayor abundamiento, la estimación directa es una metodología contrastada por decisiones de autoridades administrativas y de órganos judiciales independientes de Estados occidentales con economía de libre mercado, lo cuál proporciona a la configuración (o perfeccionamiento) de la «regla de razón» que nos ocupa un nutriente de «lege refenda», verosímil y actual.

Su posible invocación por las partes en un litigio debería ser considerada como argumento de derecho por el Tribunal, o, en su caso, por los jueces nacionales, so pena de menoscabar la ampliación de las garantías a un ámbito de los derechos de comunicación pública acuciado por los retos de la era digital, la competencia desigual de la industria de Terceros Estados, y, la indolencia de los poderes públicos de algunos Estados miembros.

Una laguna de estas dimensiones, manifiestamente incompatible con la teleología del derecho derivado relativo a la protección de la propiedad intelectual, sólo es posible colmarla mediante el activismo del Tribunal de Justicia, vehiculada por una nueva interpretación creativa, conforme con el texto pero también con el espíritu de las disposiciones relevantes en la materia, como ya hiciera en su momento con relación al derecho originario.

Una jurisprudencia, en suma, coherente con los numerosos precedentes que desbarataron los argumentos falaces de quiénes, confundiendo valor y precio, han propugnado la deconstrucción de principios y normas encarnados en la mejor tradición del derecho internacional y de las tradiciones internas, a favor de un uso libre y generalizado de las creaciones intelectuales. Los ecos de un verso de León Felipe suenan aquí proféticos, «yo no sé muchas cosas, es verdad, pero me han dormido con todos los cuentos».

⁹⁹ Véanse los puntos cincuenta y cinco y cincuenta y seis de las Conclusiones presentadas por el Abogado General Ruiz Jarabo en el asunto C-360/00, *cit.*

LA CONFIGURACIÓN DE REGLAS SUPRANACIONALES PARA VALORAR LOS DERECHOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS Y GRABACIONES AUDIOVISUALES

RESUMEN: La evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del derecho derivado de la Unión Europea está creando un marco jurídico en el que se pueden discernir reglas para valorar los derechos de comunicación pública de las obras audiovisuales. A falta de previsiones normativas específicas sobre la cuestión, los operadores jurídicos pueden utilizar los métodos directos para estimar el valor económico de los derechos de comunicación pública, apoyándose en las citadas reglas. Esta práctica es habitual en algunos Estados de derecho occidentales, lo cual corrobora su posible aplicación en el entorno jurídico de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Propiedad intelectual; derechos de comunicación pública; métodos directos de valoración de la propiedad intelectual; retribución de los derechos de autor; máximo nivel de protección de los derechos de autor.

THE CONFIGURATION OF SUPRANATIONAL RULES TO VALUATE THE RIGHTS OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC OF AUDIO-VISUAL WORKS AND RECORDS

ABSTRACT: The evolution of the Case-law of the Court of Justice and the secondary legislation of the European Union are creating a legal framework in which to build rules to assess the rights of communication to the public of audio-visual works. Bearing in mind the lack of specific provisions on the matter, the legal actors may apply the direct methods for estimating the economic value of the rights of communication to the public, based on such rules. This is a common practice in some western states, which reinforces its possibility to be an applicable regime in the European Union.

KEY WORDS: Intellectual property; rights of communication to the public; methods of direct valuation of intellectual property; retribution of copyrights; maximum level of protection of copyrights.

LA CONFIGURATION SUPRANATIONALE DES REGLES POUR EVALUER LES DROITS DE COMMUNICATION AU PUBLIQUE DES OUVRES ET ENREGISTREMENTS AUDIOVISUELLES

RÉSUMÉ: L'évolution de la jurisprudence de la Cour de Justice et le droit dérive de l'Union européenne sont en train de créer un ordre juridique dans lequel on peut trouver des règles pour évaluer les droits de communication au publique des ouvres audiovisuelles. Le manque de provisionnes spécifiques dans cette question font applicable les méthodes directes de évaluation économique des droits de communication au publique, selon telles règles. Cette practice est habituelle dans les états occidentaux, qui corroborent la possibilité d'appliquer ces méthodes au droit de l'Union européenne.

MOTS CLÉS: Propriété intellectuelle; Droits de communication au publique; méthodes de évaluation directe de la propriété intellectuelle; rétribution des droits d'auteur; niveau maximum de protection des droits d'auteur.