CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentadas el 22 de mayo de 2008 [1]

I. Introducción

1. Los artistas acostumbran a usar seudónimos, por lo que el público difícilmente sabe cuándo sus estrellas favoritas, en el cine, el teatro, la pintura o la música, emplean sus datos auténticos o refugian su personalidad tras un apodo. Muy pocos consiguen que su identidad ficticia y la real adquieran un grado de difusión semejante (espontáneamente sólo me viene a la memoria Marilyn Monroe / Norma Jeane Baker).

2. Así, probablemente el cantautor que sirve de trasfondo a este asunto hubiera alcanzado la fama en un círculo más restringido con su verdadero nombre: Shabtai Zisel ben Abraham, ya que procedía de una familia originaria de Odesa. [2] Me aventuro a vaticinar que ni siquiera la traducción a un idioma europeo (Robert Allen Zimmerman) le hubiera proporcionado mayor éxito. En cambio, su alias es bien conocido por varias generaciones de aficionados a la música: Bob Dylan. [3]

3. Como Phil Collins [4] y Cliff Richard, [5] la obra de este cantante, devoto del poeta galés Dylan Thomas (1914-1953), [6] del que tomó prestado el nombre de pila para convertirlo en apellido, es objeto predilecto de grabaciones que aportan pingües ganancias, lo que provoca su reproducción indiscriminada.

1 — Lengua original: español.

2 — Los datos biográficos se encuentran en Satué, F.J., *¡Más madera! Una historia del Rock*, Ed. Belacqva, Barcelona, 2004, pp. 397 y ss.

3 — Últimamente parece gozar de una amplia audiencia su programa de radio semanal «Theme time radio hour», emitido por XM Satellite Radio (*EL PAÍS*, martes 25 de marzo de 2008, p. 48). Además, su vida ha sido recogida en la obra cinematográfica *I'm Not There* (2007), un homenaje del director, Todd Haynes, al músico.

4 — Batería y voz del grupo de música pop/rock «Genesis», después, cantante en solitario, dio lugar a la sentencia de 20 de octubre de 1993, Phil Collins y otros (C-92/92 y C-326/92, Rec. p. I-5145).

5 — Su nombre real es Harry Rodger Webb, antiguo líder de los «Shadows» (http://www.cliffrichard.org).

6 — No consta si la admiración se limitaba a la poesía o se extendía a la forma de vida del escritor, autoproclamado el «hombre más borracho del mundo» y empedernido bohemio, al menos durante su juventud, como se desprende de su obra *Retrato del artista cachorro* (título en inglés: *Portrait of the artist as a young dog*), traducción de Juan Ángel Cotta, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1985, p. 99, cuando escribe: «El joven Mr. Thomas carecía de trabajo por el momento, pero se suponía que pronto partiría hacia Londres para intentar hacer carrera en Chelsea como periodista; no tenía un centavo y esperaba, de una manera vaga, vivir de las mujeres».

4. El Bundesgerichtshof (tribunal supremo alemán) ha planteado tres cuestiones prejudiciales en relación con unos fonogramas con temas de ese genuino ídolo del rock, realizados a principios de los años sesenta, cuya protección en Alemania se dirime ante ese alto Tribunal, que duda, fundamentalmente, de que se les pueda otorgar protección en virtud del derecho comunitario, ya que excluye que su normativa nacional lo permita.

5. La importancia económica del debate no es desdeñable, ya que de su desenlace depende que una gran cantidad de obras anteriores a la entrada en vigor de la Ley alemana de derechos de autor y de sus derechos afines en 1966 se mantenga en el dominio público, pudiendo explotarse libremente, o se reputen amparadas por tales derechos, sometiéndose entonces su aprovechamiento a los dictados de la voluntad de sus titulares.

II. El marco jurídico

A. *Normativa comunitaria*

6. La aproximación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en materia de propiedad intelectual se ha llevado a cabo principalmente a través de la Directiva 93/98/CEE, [7] modificada después [8] y derogada por la Directiva 2006/116/CE, [9] que codifica las precedentes.

7. El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2006/116, bajo la rúbrica «Duración de los derechos afines», dispone:

«Los derechos de los productores de fonogramas expirarán cincuenta años después de que se haya hecho la grabación. […]

No obstante, el presente apartado no surtirá el efecto de proteger nuevamente los derechos de los productores de fonogramas que, debido a la expiración del plazo de protección concedido en virtud del apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 93/98/CEE, en su versión anterior a la modificación por la Directiva 2001/29/CE, ya no estaban protegidos el 22 de diciembre de 2002.»

7 — Directiva del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO L 290, p. 9).

8 — En particular, por la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L 167, p. 10).

9 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO L 372, p. 12).

8. El artículo 7 de la Directiva 2006/116, titulado «Protección frente a terceros países», añade, en sus dos primeros apartados:

«1. Para las obras cuyo país de origen, con arreglo al Convenio de Berna, [[10]] sea un tercer país y cuyo autor no sea nacional comunitario, el plazo de protección concedido en los Estados miembros expirará, a más tardar, en la fecha de expiración de la protección concedida en el país de origen de la obra, sin que pueda exceder del periodo previsto en el artículo 1.

2. Los plazos de protección previstos en el artículo 3 serán igualmente aplicables a los titulares que no sean nacionales comunitarios, siempre que los Estados miembros les concedan protección. No obstante, sin perjuicio de las obligaciones internacionales de los Estados miembros, el plazo de protección concedido por los Estados miembros expirará, a más tardar, en la fecha de expiración prevista en el país del que el titular sea nacional y no podrá exceder del plazo establecido en el artículo 3.

[…]»

9. Los apartados 1, 2 y 3 del artículo 10 de la Directiva 2006/116, con el encabezamiento «Aplicación en el tiempo», tienen el siguiente tenor:

«1. Cuando un plazo de protección superior al correspondiente según lo dispuesto en la presente Directiva estuviera ya corriendo en un Estado miembro el 1 de julio de 1995, las disposiciones de la presente Directiva no tendrán por efecto reducir dicho plazo de protección en ese Estado miembro.

2. Los plazos de protección contemplados en la presente Directiva se aplicarán a todas las obras y temas que estuvieran protegidos al menos en un Estado miembro en la fecha a que se refiere el apartado 1, en virtud de la aplicación de disposiciones nacionales en materia de derechos de autor o derechos afines o que cumplan los criterios para acogerse a la protección de acuerdo con la Directiva [92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual].

3. La presente Directiva no afectará a ningún acto de explotación realizado antes de la fecha mencionada en el apartado 1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para proteger en particular los derechos adquiridos de terceros.»

10 — Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, según el Acta de París del 24 julio de 1971, enmendado el 28 de septiembre de 1979 (puede consultarse en http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/index.html).

B. *Las normas internacionales*

10. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual («OMPI») ha apadrinado tres convenios internacionales específicamente dedicados a la garantía de los derechos de los productores de fonogramas, los denominados «Convenio de Roma», [11] «Convenio Fonogramas» [12] y «WPPT». [13] El mencionado en último lugar ha sido aprobado para la Comunidad Europea por la Decisión 2000/278/CE, [14] en lo referente a los asuntos que corresponden a sus competencias.

11. Por lo que atañe a la duración de los derechos de los productores de fonogramas, se deduce la tendencia a aumentarla, ya que, mientras el Convenio de Roma [15] y el Convenio Fonogramas [16] marcaban un límite de, al menos, 20 años, el WPPT la amplía a 50 años como mínimo. [17]

12. Además, con el propósito de armonizar parcialmente los derechos de propiedad intelectual por su ocasional influencia en el comercio internacional, el Acuerdo ADPIC [18] dedica una serie de preceptos a las distintas variedades de propiedad intelectual. A continuación se traen a colación las que inciden en las grabaciones de sonido y sirven para dilucidar este asunto.

13. Así, de entre las normas básicas, merece destacarse el artículo 3, que proclama el principio del trato nacional:

«1. Cada Miembro concederá a los nacionales de los demás Miembros un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales en la protección de la propiedad intelectual, a reserva de las excepciones ya previstas en el Convenio de París (1967), el Convenio de Berna (1971), el Convenio de Roma o el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados. En lo que concierne a

11 — Sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión; hecho en Roma el 26 de octubre de 1961.

12 — Para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, de 29 de octubre de 1971.

13 — Tratado de la OMPI sobre la interpretación o ejecución y fonogramas, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. Pueden consultarse todos en http://www.wipo.int/treaties/es/.

14 — Decisión del Consejo, de 16 de marzo de 2000, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y del Tratado de la OMPI sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas (DO L 89, p. 6).

15 — En su artículo 14, párrafo primero, letra a).

16 — En el artículo 4.

17 — En el artículo 17, apartado 2.

18 — Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) — Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, aprobados para la Comunidad, mediante la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea y, para los temas de su competencia, por los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) (DO L 336, p. 1; el Acuerdo ADPIC se encuentra en la p. 213).

los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, esta obligación sólo se aplica a los derechos previstos en el presente Acuerdo. […]

[…]»

14. En cambio, el artículo 4 del Acuerdo ADPIC corrobora la cláusula del trato de nación más favorecida, en el sentido de que toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que un Miembro conceda a los nacionales de cualquier otro país se otorga inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás Miembros, indicando a continuación algunas excepciones a dicha obligación, que pueden obviarse en el contexto del litigio principal.

15. A su vez, el artículo 9, apartado 1, del Acuerdo ADPIC remite al Convenio de Berna, al conminar a los Estados contratantes a observar sus artículos 1 a 21.

16. En cuanto a los derechos de los productores de grabaciones de sonido, el artículo 14 del Acuerdo ADPIC señala que:

«1. En cuanto a la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones en un fonograma, los artistas intérpretes o ejecutantes tendrán la facultad de impedir los actos posteriores cuando se emprendan sin su autorización: la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas y la reproducción de tal fijación. […]

2. Los productores de fonogramas tendrán el derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.

[…]

5. La duración de la protección concedida en virtud del presente Acuerdo a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas no podrá ser inferior a 50 años, contados a partir del final del año civil en que se haya realizado la fijación o haya tenido lugar la interpretación o ejecución. […]

[…]»

C. *La regulación nacional*

17. En Alemania, la propiedad intelectual se regula por la Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [19] (ley alemana relativa al derecho de autor y derechos afines; en lo sucesivo, «UrhG»). Su artículo 137f, cumple la función de una disposición transitoria para la adaptación del derecho interno a la Directiva 93/98/CE; sus apartados 2 y 3 prescriben:

«[…]

2) Las disposiciones de esta Ley, en su versión vigente a partir del 1 de julio de 1995, se aplicarán también a obras cuya protección haya expirado conforme a esta Ley antes del 1 de julio de 1995, pero subsista en la ley de otro Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. La primera frase se aplica por analogía a los derechos […] de los productores de fonogramas (artículo 85), […].

3) Si, con arreglo al apartado 2, se otorgara la protección de una obra en el ámbito de aplicación de esta Ley, también asistirían al autor los derechos restablecidos. Sin embargo, toda actividad de explotación iniciada antes del 1 de julio de 1995 puede proseguir dentro del marco previsto. Para la explotación a partir del 1 de julio de 1995 debe abonarse una remuneración adecuada. Las frases 1 a 3 se aplican por analogía a los derechos afines.

[…]»

III. Los hechos del litigio principal

18. La empresa Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH (en lo sucesivo, «Falcon»), demandada en el procedimiento principal y parte recurrida en casación, distribuye dos fonogramas con actuaciones del artista Bob Dylan en soporte de disco compacto o «CD», el primero con el título «Bob Dylan — Blowin' in the Wind» y el segundo con el de «Bob Dylan — Gates of Eden».

19. Las canciones registradas que contienen se incluían originariamente en los álbumes «Bob Dylan — Bringing It All Back Home», «The Times They Are A-Changin'» y «Highway 61 Revisited».

20. Sony Music Entertainment (Germany) GmbH (en adelante, «Sony»), demandante en el litigio principal y parte recurrente en

19 — Ley de 9 de septiembre de 1965 (BGBl. I, p 1273), modificada por última vez por la Fünften Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (quinta ley de reforma de la ley sobre el derecho de autor y los derechos afines), de 10 de noviembre de 2006 (BGBl I, p 2587).

casación, es la filial alemana de la conocida multinacional japonesa homónima; sostiene que todos lo temas del repertorio de ambos elepés se publicaron en los Estados Unidos antes del 1 de enero de 1966, a saber, en 1964 y 1965.

21. Alega, asimismo, que un sello discográfico estadounidense adquirió los derechos sobre los fonogramas originales de los álbumes de Bob Dylan también para el territorio alemán, que le fueron cedidos a Sony, por lo que la demandada viola sus derechos de propiedad intelectual cuando reproduce y distribuye dichos CD.

22. En consecuencia, Sony reclama que se prohíba a Falcon grabar y comercializar, por sí o por terceros, los CD «Bob Dylan — Blowin' in the Wind» y «Bob Dylan — Gates of Eden». También que se la condene a presentar cierta información y a indemnizar los daños y perjuicios irrogados a Sony.

23. Falcon aduce, sin embargo, que el ordenamiento jurídico alemán no ampara ningún derecho de una discográfica sobre los fonogramas de Bob Dylan anteriores al 1 de enero de 1966.

24. En primera instancia, el Landgericht de Rostock (tribunal territorial de esa ciudad alemana) no acogió los argumentos de Sony y desestimó la demanda.

25. En el procedimiento ante el Oberlandesgericht (tribunal de apelación) de esa ciudad báltica, la demandante desistió de su acción de cesación para lograr una solución de compromiso, pero mantuvo su pretensión de condena a presentar ciertos datos y a la indemnización de daños y perjuicios.

26. El tribunal de apelación desechó el recurso de Sony por entender que, en virtud del Convenio de Ginebra, en vigor en Alemania y en los Estados Unidos, los productores discográficos sólo gozan de los derechos de protección del artículo 85 de la UrhG sobre prestaciones posteriores al 1 de enero de 1966. Además, estimó que las cintas musicales anteriores a esa fecha tampoco encuentran amparo en el artículo 137f de la UrhG, disposición transitoria para la adaptación del derecho nacional a la Directiva 93/98, ya que su apartado 2 no se aplica a fonogramas realizados hasta el 1 de enero de 1966, al no haber estado protegidos en ningún momento en Alemania.

IV. Las cuestiones prejudiciales y el procedimiento ante el Tribunal de Justicia

27. Recurrida en casación la sentencia de apelación, el Bundesgerichtshof observa que la suerte del recurso de que conoce depende

de la interpretación del artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2006/116. El órgano jurisdiccional remitente funda el juicio de relevancia de sus cuestiones prejudiciales en las siguientes premisas.

28. Por un lado, descarta que la retroactividad del Convenio de Ginebra vaya más allá que la protección nacional, que, en virtud del artículo 129, apartado 1, de la UrhG, limita la retroactividad de la salvaguardia de los derechos de las discográficas basados en el artículo 85 de la UrhG a la fecha de entrada en vigor de la propia UrhG, es decir, el 1 de enero de 1966.

29. Por otro lado, tampoco concibe el amparo de los fonogramas litigiosos en el territorio alemán mediante la aplicación directa del artículo 137f, apartado 2, de la UrhG, precepto introducido [20] para adaptar el derecho nacional a la Directiva 93/98, lo que impone su interpretación a la luz del artículo 10, apartado 2, de dicha Directiva. En efecto, dado el tenor del artículo 137f, apartado 2, de la UrhG, de que sólo se restablece la protección cuando haya «expirado» antes del 1 de julio de 1995, comparte el criterio del Oberlandesgericht de Rostock de que los fonogramas grabados antes del 1 de enero de 1966 por las casas discográficas con sede en terceros países no han disfrutado de protección en ningún momento en suelo germano, sin que pueda restablecerse, por tanto, una tutela de la que nunca se beneficiaron.

30. Como el Bundesgerichtshof avala la afirmación de Sony de que la legislación del Reino Unido también alcanza a los fonogramas anteriores al 1 de enero de 1966, y a los de discográficas estadounidenses publicados en los Estados Unidos, alberga dudas sobre la exégesis del artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2006/116.

31. En esta tesitura, el Tribunal supremo alemán decidió suspender el procedimiento y formular al Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, estas preguntas:

«1) ¿Se aplica el plazo de protección de la Directiva 2006/116/CE, cumpliéndose los requisitos de su artículo 10, apartado 2, cuando la obra litigiosa nunca haya estado amparada en el Estado miembro en el que se reclama?

20 — Mediante el artículo 1, nº 26, de la Drittes Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes de 23 de junio de 1995 [tercera ley para la reforma de la UrhG, (BGBl. I, p. 842)].

2) Si la respuesta a la primera pregunta fuera afirmativa,

a) ¿Se consideran disposiciones nacionales en el sentido del artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2006/116/CE, las normas de los Estados miembros relativas a la protección de los titulares de derechos que no sean nacionales de un Estado miembro de la Comunidad?

b) ¿Se aplica el plazo de protección del artículo 10, apartado 2, de la mencionada Directiva a los objetos que el 1 de julio de 1995 cumplían los criterios de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, aunque sus titulares no ostenten la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad?»

32. El auto de remisión tuvo acceso a la Secretaría de este Tribunal de Justicia el 16 de mayo de 2007, habiendo depositado observaciones durante la fase escrita las partes en el litigio principal y la Comisión.

33. En la vista celebrada el 15 de abril de 2008 han comparecido para exponer oralmente sus alegaciones los representantes de Sony, de Falcon y de la Comisión.

V. Análisis de las cuestiones prejudiciales

A. *Sobre la retroactividad de la protección (primera cuestión)*

34. Con su primera pregunta, el Bundesgerichtshof quiere dilucidar si cabe otorgar el amparo dispensado en virtud del artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2006/116 a objetos que nunca lo han recibido en el Estado miembro en el que se reclama, lo que supondría retrotraer la aplicación de la normativa nacional más allá de la fecha de su propia entrada en vigor.

35. La duda se justifica porque, en Alemania, los fonogramas carecieron de tutela jurídica *ex lege* hasta la promulgación de la UrhG, el 9 de septiembre de 1965, y, como se ha explicado al resumir los hechos del litigio principal, las grabaciones controvertidas se llevaron a cabo en 1964 y 1965, con anterioridad a esa fecha.

36. Además, la extensión retroactiva de la protección de los derechos conculcaría ciertas premisas básicas del derecho internacional de la propiedad intelectual. Así, el artículo 18, apartado 2, del Convenio de Berna no admite que una obra creada en un país, pero caída en el dominio público en otro Estado de la Unión, [21] en el que se solicite su defensa, se reintegre en la esfera del derecho privado y se beneficie del Convenio, fundamentalmente con respeto a los derechos adquiridos por terceros durante el periodo de libre aprovechamiento. [22]

37. En el marco de los derechos de los productores de fonogramas, la irretroactividad también se erige en pauta en todos los tratados internacionales pertinentes, es decir, en el Convenio de Roma, [23] en el Convenio Fonogramas [24] y en el WPPT. [25]

38. No obstante, en el ámbito comunitario, el Tribunal de Justicia, tras analizar el artículo 10 de la Directiva 93/98, avaló la tesis que, por un lado, consagra el eventual restablecimiento de los derechos de autor y de los derechos afines extinguidos con arreglo a legislaciones aplicables antes de que la Directiva fuera implementada, sin perjuicio de los actos de explotación ejecutados bajo el imperio de aquellas leyes, y, por otro lado, asigna a los Estados miembros la responsabilidad de adoptar las medidas destinadas a salvaguardar los derechos adquiridos de terceros en virtud de tales actos. [26]

39. Para llegar a semejante corolario, el Tribunal de Justicia interpretó el precepto en clave integradora, precisando que era consecuencia de la voluntad expresa del legislador comunitario, ya que, mientras la Propuesta inicial de Directiva 93/98 elaborada por la Comisión pretendía que sus disposiciones se aplicaran «a los derechos que no hubieran expirado el 31 de diciembre de 1994», el Parlamento Europeo modificó esa Propuesta, dándole una nueva redacción, que fue recogida en la versión final; [27] y añadió que esa solución perseguía alcanzar lo más rápidamente el objetivo de armonización de las legislaciones nacionales sobre plazos de protección del derecho de autor y de los derechos afines, evitando que los derechos expirados en determinados Estados miembros continuaran amparados en otros. [28]

40. El deseo de lograr deprisa la conciliación de los ordenamientos jurídicos nacionales se había acentuado tras la sentencia denominada

21 — «Unión» entendida en el sentido del artículo 1 del Convenio de Berna, a cuyo tenor, «los países a los que se aplica este Convenio están constituidos en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas».

22 — OMPI, *Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris 1971)*, publicado por la propia OMPI, Ginebra, 1978, p. 117.

23 — Artículo 20, titulado «Irretroactividad del Convenio».

24 — Artículo 7, apartado 3: «No se exigirá de ningún Estado contratante que aplique las disposiciones del presente Convenio en lo que respecta a los fonogramas fijados antes de que haya entrado en vigor con respecto de ese Estado».

25 — Artículo 22 («Aplicación en el tiempo»), cuyo apartado 1 remite al artículo 18 del Convenio de Berna.

26 — Sentencia de 29 de junio de 1999, Butterfly Music (C-60/98, Rec. p. I-3939), apartado 23.

27 — Apartado 19 de la sentencia Butterfly Music.

28 — Apartado 20 de la sentencia mencionada en las dos notas precedentes.

«Patricia», [29] en la que el Tribunal de Justicia, ante la falta de aproximación de las legislaciones sobre la tutela de la propiedad intelectual, aceptó restricciones al comercio derivadas de la disparidad entre las reglas nacionales en ese ámbito. [30]

41. En suma, del artículo 10, apartado 2, de la Directiva, se deduce que la aplicación de los plazos previstos provoca que se vuelvan a tutelar obras o temas que habían pasado al dominio público. [31]

42. Pero estas explicaciones, que aportan una respuesta a la cuestión de la validez de la restitución de los derechos afines al de autor amparados previamente, no despejan la duda de si sirven para resolver la incertidumbre sobre los derechos que *nunca* tuvieron tal tutela.

43. Sin embargo, me inclino por propugnar el mismo tratamiento para ambas hipótesis, por las razones que paso a exponer.

44. Por una parte, el argumento de la armonización acelerada no pierde vigencia en el contexto de los derechos afines que carecían de cobijo. Por otra parte, cobra relevancia la especificación que introduce el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2006/116, en relación con las normas que sustenten los derechos afines, bien las nacionales o bien la Directiva 92/100, [32] cuando los objetos cumplan los requisitos para acogerse a sus postulados.

45. Por lo que atañe al impulso armonizador, se advierte que el legislador comunitario adoptó una vía intermedia entre la negación de la retroactividad y su asunción completa, favoreciendo una solución de compromiso en cuya virtud bastaría con que una obra determinada estuviera resguardada en un único Estado miembro en la fecha tope para la transposición de la Directiva 93/98, a saber, el 1 de julio de 1995, [33] para aplicarle los plazos que rigen en toda la Comunidad. [34]

29 — Sentencia de 24 de enero de 1989, EMI Electrola/Patricia Im- und Export y otros (341/87, Rec. p. 79).

30 — En ese caso concreto, el Tribunal de Justicia toleró la aplicación de la legislación de un Estado miembro que permitía a un productor de registros de sonido invocar los derechos exclusivos de reproducción y de difusión de obras musicales de las que era titular, para prohibir la venta, en el territorio del mismo Estado miembro, de otros fonogramas que incorporaban las repetidas obras musicales; estos últimos fonogramas se importaban de otro Estado miembro en el que se habían comercializado conforme a derecho, pero sin el consentimiento del titular o de su licenciatario, habiendo expirado la protección en la que el productor de los registros se había escudado (sentencia Patricia, citada en la nota precedente, apartado 14).

31 — Apartado 18 de la sentencia Butterfly Music.

32 — Directiva del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DO L 346, p. 61).

33 — Artículo 13, apartado 1, de esa Directiva.

34 — Dietz; A., «Die Schutzdauer Richtlinie der EU», en *GRUR Int.*, nº 8/9 (1995), p. 682.

46. Como consecuencia, en los Estados miembros en los que esas obras u objetos habían revertido al dominio público recobraba vigor su amparo jurídico, a menos que el reintegro al demanio hubiera acontecido en todos los países de la Comunidad, entendiéndose entonces que la nueva duración de los plazos instaurada por la Directiva abarcaba también todos los objetos salvaguardados por derechos afines. [35]

47. Además, la sentencia Phil Collins y otros, ya mencionada, casi coetánea de la adopción de la Directiva 93/98, declaró la vigencia del principio de no discriminación también respecto de las normas nacionales relativas a las obras literarias y artísticas y a sus derechos afines, con lo que provocó *de facto* la plena retroactividad, pues exigía que todos los derechos de autor y análogos recibieran siempre, en todos los países, idéntico trato que los nacionales. [36]

48. El enfoque no varía respecto de los derechos que nunca estuvieron garantizados en el país donde se reclaman (Alemania, en el litigio principal), ya que, en otro caso, se anularía el esfuerzo armonizador. Las normas comunitarias se basan en que el correcto funcionamiento del mercado interior implica equiparar las legislaciones de los Estados miembros para que el plazo de tutela sea el mismo en la Comunidad. [37]

49. Se intenta, pues, unificar los plazos de defensa de esos derechos y de caída en el dominio público. Por consiguiente, conculcaría el espíritu de la Directiva dejar desamparados obras y derechos afines por su falta de protección antes de la entrada en vigor de las normativas nacionales sobre derechos de autor.

50. Ratifica esta idea la referencia expresa del artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2006/116 a la Directiva 92/100, que había introducido en algunos Estados miembros derechos afines de nuevo cuño, con lo que se busca extender la aplicación de los plazos de tutela de la Directiva 2006/116 a los derechos preservados por la Directiva 92/100, incluso cuando no se hayan incorporado al ordenamiento jurídico nacional. [38] De ahí que, en contra de la opinión del Bundesgerichtshof al interpretar literalmente la UrhG, no parezca apropiado aludir sólo a un «resurgimiento» de la protección. [39]

35 — Maier, P., «L'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins», *Revue du Marché Unique Européen,* nº 2/1994, p. 77.

36 — Dietz, A., *op. cit.,* p. 683.

37 — Considerandos 2 de la Directiva 93/98 y 3 de la Directiva 2006/116.

38 — Katzenberger, P., «§ 64 — Schutzdauer - Allgemeines», en Schricker, G. (Coordinador), *Urheberrecht Kommentar,* 2ª ed., Múnich, 1999, p. 1024; Walter, M., «Schutzdauer-RL — Art. 10», en Walter, M. (Coordinador), *Europäisches Urheberrecht Kommentar,* Viena, 2001, p. 635.

39 — Walter, M., *op. cit.,* p. 631.

51. Pero, junto a la eventual pertenencia de una obra al dominio público en todos los países comunitarios, hay otro límite al ímpetu unificador europeo de las repetidas Directivas, que no influye en la respuesta prejudicial, pero que conviene apuntar para completarla: los derechos afines de los artículos 5 y 6 de la Directiva 2006/116, cuya regulación resulta facultativa para los Estados miembros.

52. Según el considerando 19 de esta última Directiva, los Estados miembros conservan la facultad de mantener o de crear derechos afines al de autor en relación con ediciones críticas y científicas de obras que hayan pasado al dominio público, [40] así como de las fotografías que no sean originales, [41] pero no se les impone obligación alguna de garantizarlos en toda la Comunidad, por lo que decae cualquier pretensión de reclamarlos donde los Estados miembros, en el ejercicio de su potestad, los desconocen. [42]

53. Por último, el apartado 3 del artículo 10 de la Directiva 2006/116 también respalda la tesis de la retroactividad, a cuyo tenor «la Directiva no afectará a ningún acto de explotación realizado antes de la fecha mencionada en el apartado 1», es decir, el 1 de julio de 1995, en que entró en vigor su predecesora, la Directiva 93/98; presupone, así, la vigencia retroactiva de los derechos a que se refiere, pero, para salvaguardar los adquiridos de buena fe por terceros, limita la fuerza sobre los acontecimientos acaecidos antes de adquirir su propia eficacia. Con otras palabras, si el citado artículo 10, apartado 2, no prescribiese la retroactividad, el siguiente apartado carecería de lógica.

54. En suma, en virtud de las explicaciones precedentes, estimo que la primera cuestión planteada por el Bundesgerichtshof alemán merece una respuesta afirmativa, en el sentido de que el plazo de la Directiva 2006/116, dándose las condiciones enumeradas en su artículo 10, apartado 2, también rige cuando el objeto controvertido nunca hubiese sido tutelado en el Estado miembro en el que se solicita, sin perjuicio de lo sancionado en el apartado 3 del mismo artículo 10.

B. *Sobre la protección proporcionada a los titulares de derechos que no son nacionales de Estados miembros de la Comunidad (segunda cuestión)*

55. Mediante las dos preguntas en que subdivide la segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente quiere dirimir si la nacionalidad de un país tercero en el dueño de los derechos cuya protección se invoca influye en la interpretación de las dos alternativas en las que puede fundarse la tutela de un objeto conforme al artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2006/116.

40 — Artículo 5 de la Directiva 2006/116.

41 — Para las fotografías «sencillas», la tercera frase del citado artículo 6.

42 — También, Katzemberger, P., *op. cit.*, p. 1025.

56. Así, se interesa por si han de calificarse de «disposiciones nacionales», según ese precepto, las relativas al amparo otorgado a ciudadanos de países extracomunitarios [segunda cuestión prejudicial, letra a)] y si, perteneciendo el propietario de los derechos a esa categoría de países, estaría vigente el plazo del mismo artículo 10 para los objetos que el 1 de julio de 1995 cumplían los requisitos de protección de la Directiva 92/100 [segunda cuestión, letra b)].

57. Creo que cabe estudiar conjuntamente ambas consultas, sin perjuicio de que cada una reciba una respuesta separada, aunque, tratándose de Bob Dylan, preferiría entonar «the answer is blowing in the wind». [43]

58. Seguramente guiados por la nacionalidad del titular del derecho originario de productor de los fonogramas en liza, todos los que han presentado observaciones escritas en este procedimiento prejudicial han entendido que la segunda cuestión prejudicial, en su conjunto, encontraba su solución acudiendo a la exégesis del artículo 7 de la Directiva 2006/116, que ostenta la rúbrica de «Protección frente a terceros países».

59. Ante todo, comparto con la Comisión el criterio de distinguir entre los ámbitos de aplicación *ratione personae* y *ratione materiae*.

60. El artículo 7 de la Directiva 2006/116 sienta el principio de la comparación de los plazos de protección; respecto de las obras procedentes de un país tercero según el Convenio de Berna, cuyo autor no tenga la nacionalidad de un Estado comunitario (apartado 1), el tiempo de amparo expira con arreglo a la legislación de origen de la obra, pero nunca ha de superar el fijado en la propia Directiva.

61. El apartado 2 de ese mismo precepto alude a los derechos afines, instaurando un principio similar al del apartado precedente. [44] Al mencionar a los «titulares que no sean nacionales comunitarios», se incardina también en las normas *ratione personae* de la Directiva 2006/116. Pero, al supeditar el beneficio del plazo de protección que prevé a la concesión de la protección misma por los Estados miembros, cobra relevancia el derecho internacional, bilateral y multilateral, que vincule al Estado miembro en el que se inste la protección, es decir, en particular, el Convenio de Roma, el Convenio Fonogramas, el WPPT y el Acuerdo ADPIC. [45]

43 — «Blowin' in the wind» (© 1962 Warner Bros. Inc.) es seguramente una de las canciones más famosas del cantautor, que además dio título al disco de larga duración que se incluye en los fonogramas litigiosos.

44 — Mayer, P., *op. cit.*, p. 75.

45 — Walter, M., *op. cit.*, p. 608.

62. En consecuencia, tanto la determinación de la protección de los extranjeros, como el cálculo del plazo, competen al juez nacional del Estado miembro en el que se quieran ejercer los derechos afines en cada caso concreto, en función de los tratados internacionales que haya suscrito.

63. El artículo 10, en cambio, aparte de su relación con la aplicación temporal de la Directiva 2006/116, engloba una descripción de su ámbito *ratione materiae*.

64. Como señala la Comisión, aunque el artículo 10 de la Directiva 2006/116 se ubique bajo la rúbrica «Aplicación en el tiempo», su regulación se centra en el *objeto* de la protección y no en la nacionalidad del titular de los derechos, extendiéndose a las «obras y temas» amparados el 1 de julio de 1995 por el ordenamiento jurídico nacional de, al menos, un Estado miembro, en materia de derechos de autor [por lo que atañe a la pregunta a)] o por la Directiva 92/100 [por lo que concierne a la pregunta b)].

65. Para la aplicación del artículo 10, apartado 2, se colige [segunda cuestión, letra a)] que alude a todas las disposiciones materiales encuadradas en el correspondiente derecho nacional de autor y figuras afines, con sus especialidades, incluyendo los tratados internacionales, multilaterales o bilaterales pertinentes. [46] Corresponde, pues, al juez nacional comprobar que un objeto determinado, en el asunto de autos las grabaciones controvertidas de Bob Dylan, reúne los requisitos de su legislación nacional. Cuando ese objeto se acoge a la ley de otro Estado miembro, el juez del Estado en el que se demande la protección ha de indagar el ordenamiento jurídico extranjero de conformidad con sus normas procesales sobre la prueba de los derechos foráneos. La primera alternativa del citado artículo 10, apartado 2, no se refiere, pues, a las reglas nacionales sobre protección de extranjeros extracomunitarios.

66. Propongo, en suma, abordar la segunda cuestión, letra a), negando que las disposiciones nacionales, en el sentido del artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2006/116, también comprenden las de los Estados miembros relativas a la protección de titulares de los derechos que no sean nacionales de un Estado miembro de la Comunidad.

67. En cuanto a la segunda cuestión, letra b), ha de recordarse que, en este supuesto, el derecho de la Directiva 92/100 sólo nace cuando no se ha incorporado su contenido al derecho nacional en la fecha dada. [47] El órgano jurisdiccional del Estado en el que se reivindique la protección ha de apreciar si su propia

46 — Walter, M., *op. cit.*, p. 632.
47 — Punto 50 de estas conclusiones.

ley o la de otro Estado miembro arropa esos derechos y, de no ser así, analizar si cabe extenderle la aplicación del amparo a la luz de la Directiva 92/100.

68. Pero, para precisar la aplicación a un ciudadano de un país extracomunitario, hay que traer a colación el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2006/116, en los términos en los que ya ha sido interpretado.

69. En tal contexto, he apuntado la necesaria concatenación del derecho comunitario con los tratados internacionales. Destaca, entre todos, el Acuerdo ADPIC, en concreto su artículo 14, apartado 2, en relación con el apartado 5, que consagra los derechos de los productores de fonogramas con una protección de, al menos, 50 años. Por su parecido con el artículo 10 del Convenio de Roma, han de glosarse sistemáticamente ambos preceptos. [48]

70. Conviene precaver, asimismo, al juez nacional de las complejas concomitancias entre los diferentes tratados internacionales, con todos sus solapamientos; así, como botón de muestra, el artículo 2, apartado 2, del Acuerdo ADPIC enuncia que «ninguna disposición de las partes I a IV del presente Acuerdo irá en detrimento de las obligaciones que los Miembros puedan tener entre sí en virtud […] del Convenio de Berna, el Convenio de Roma […]», lo que ha de entenderse como el mantenimiento en vigor de las obligaciones internacionales que los distintos Estados partes hayan suscrito entre sí o con terceros países, con arreglo a otros convenios. [49]

71. Además, como acertadamente indica la Comisión, a tenor de una jurisprudencia muy reciente, [50] no hay duda de la aplicabilidad del Acuerdo ADPIC en materia de derechos afines, ya que la Comunidad posee competencias que ha ejercido, como lo demuestran las Directivas 2001/29 y 92/100, ya reseñadas.

72. En definitiva, estimo que la segunda cuestión prejudicial, letra b), ha de resolverse en el sentido de que incumbe al juez nacional verificar, de conformidad con el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2006/116 y con los tratados internacionales que vinculen a su ordenamiento jurídico, si el plazo del artículo 10, apartado 2, de dicha Directiva para los objetos que el 1 de julio de 1995 reunían los criterios de protección de la Directiva 92/100, se aplica a los titulares que no ostenten la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad.

48 — Füller, J.T., «Artikel 14 — Ausübende Künstler», en Busche, J./Stoll, J.-T. (Coordinadores), *TRIPs — Internationales und europäisches Rechts des geistigen Eigentums,* Colonia, 2007, p. 271.

49 — Wager, H., «Substantive Copyright Law in TRIPS», en Cohen Jehoram, H./ Keuchenius, P./Brownlee, L.M. (Coordinadores), *Trade-related Aspects of Copyright,* Kluwer, Deventer, 1996, p. 36.

50 — Sentencia de 11 de septiembre de 2007, Merck Genéricos (C-431/05, Rec. p. I-7001), apartados 32 a 39.

VI. Conclusión

73. En atención a las anteriores consideraciones, sugiero al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesgerichtshof, declarando que:

«1) El plazo de protección previsto en la Directiva 2006/116/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, dándose los requisitos recogidos en su artículo 10, apartado 2, también se aplica cuando el objeto controvertido nunca hubiera sido tutelado en el Estado miembro en el que se insta la protección, sin perjuicio de lo sancionado en el apartado 3 del mismo artículo 10.

2) Las disposiciones nacionales, en el sentido del artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2006/116, no comprenden las normas de los Estados miembros relativas a la protección de los titulares de derechos que no sean nacionales de un Estado miembro de la Comunidad.

3) Corresponde al juez nacional comprobar, de conformidad con el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2006/116 y con los tratados internacionales que vinculen a su ordenamiento jurídico, si el plazo del artículo 10, apartado 2, de esa Directiva para los objetos que el 1 de julio de 1995 cumplían los criterios de protección de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, se aplica a los titulares que no ostenten la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad.»