CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 29 de junio de 2006 [1]

1. Mediante este recurso, interpuesto por la Comisión contra el Reino de España con arreglo al artículo 226 CE, la Comisión solicita que se declare que España no ha adaptado correctamente su ordenamiento a los artículos 1 y 5 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 (en lo sucesivo, «Directiva»). [2]

Directiva

2. La Directiva pretende eliminar diferencias en la protección jurídica que ofrecen los Estados miembros a las obras amparadas por los derechos de autor y objetos protegidos por derechos afines [3] en materia de alquiler y préstamo. [4] En particular, obliga a los Estados miembros a establecer derechos en relación con el alquiler y el préstamo para determinadas categorías de titulares de derechos.

3. El séptimo considerando de la Directiva es del siguiente tenor:

«[...] el esfuerzo creativo y artístico de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes exige unos ingresos suficientes que sirvan de base a nuevos trabajos creativos y artísticos y [...] las inversiones necesarias, en particular, para la producción de fonogramas y películas son especialmente cuantiosas y aleatorias; [...] sólo una protección jurídica adecuada de los titulares de derechos permite garantizar eficazmente dichos ingresos y amortizar dichas inversiones».

1 — Lengua original: inglés.

2 — DO L 346, p. 61.

3 — En el contexto del Derecho comunitario, los derechos de autor («droit d'auteur») comprenden los derechos exclusivos conferidos a los autores, artistas, etc., mientras que los derechos afines («droits voisins») se refieren a los derechos análogos conferidos a los intérpretes (músicos, autores, etc.) y empresarios (editores, productores cinematográficos, etc.). No obstante, en aras de la brevedad, me referiré simplemente a «obras amparadas por los derechos de autor» en vez de emplear la expresión, más onerosa, que emplea la Directiva, a saber, «obras amparadas por los derechos de autor y objetos protegidos por derechos afines», puesto que la diferencia es irrelevante a los presentes efectos.

4 — Primer considerando de la Directiva.

4. El artículo 1, apartado 1, exige a los Estados miembros el reconocimiento del derecho de autorizar o prohibir el alquiler y préstamo de originales y copias de obras protegidas por el derecho de autor y demás objetos «mencionados en el apartado 1 del artículo 2».

5. El artículo 1, apartado 2, define «alquiler» de objetos como «su puesta a disposición, para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto». El artículo 1, apartado 3, define «préstamo» de objetos como «su puesta a disposición, para su uso, por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de entidades accesibles al público».

6. El artículo 2, apartado 1, establece:

«El derecho exclusivo de autorizar o prohibir el alquiler o el préstamo corresponderá:

— al autor, respecto del original y de las copias de sus obras,

— al artista intérprete o ejecutante, respecto de las fijaciones de sus actuaciones,

— al productor de fonogramas, respecto de sus fonogramas y

— al productor de la primera fijación de una película respecto del original y de las copias de sus películas. A efectos de la presente Directiva se entenderá por "película" la obra cinematográfica o audiovisual o imágenes en movimiento, con o sin acompañamiento de sonido.»

7. En cuanto aquí interesa, el artículo 5 dispone:

«1. Los Estados miembros podrán establecer excepciones al derecho exclusivo a que se refiere el artículo 1 en lo referente a los préstamos públicos siempre que los autores obtengan al menos una remuneración por esos préstamos. Los Estados miembros podrán determinar libremente esta remuneración teniendo en cuenta sus objetivos de promoción cultural.

[...]

3. Los Estados miembros podrán eximir a determinadas categorías de establecimientos del pago de la remuneración a que se [refiere el apartado 1].»

8. El artículo 15, apartado 1, de la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de dar cumplimiento a dicha Directiva antes del 1 de julio de 1994.

Legislación nacional pertinente

9. La normativa española controvertida en el presente asunto es el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, «LPI»).

10. El artículo 17 de la LPI confiere a los autores el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación, incluido el derecho de distribución.

11. El artículo 19, apartado 1, establece que el derecho de distribución incluye el préstamo.

12. El artículo 19, apartado 3, dispone:

«Se entiende por alquiler la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto.

Quedan excluidas del concepto de alquiler la puesta a disposición con fines de exposición, de comunicación pública a partir de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, incluso de fragmentos de unos y otras, y la que se realice para consulta *in situ*.»

13. Los párrafos primero y tercero del artículo 19, apartado 4, establecen:

«Se entiende por préstamo la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público.

[...]

Quedan excluidas del concepto de préstamo las operaciones mencionadas en el párrafo segundo del anterior apartado 3 y las que se efectúen entre establecimientos accesibles al público.»

14. El derecho exclusivo de préstamo reconocido por los artículos 17 y 19 está sujeto a la siguiente excepción contenida en el artículo 37, apartado 2, de la LPI:

«[...] los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán autorización de los titulares de los derechos ni les satisfarán remuneración por los préstamos que realicen.»

Apreciación

15. La Comisión alega que el artículo 5, apartado 3, de la Directiva permite a los Estados miembros eximir únicamente a «determinadas categorías» de establecimientos del pago de la remuneración prevista en el artículo 5, apartado 1, como condición para establecer una excepción al derecho exclusivo de préstamo conferido por el artículo 1. Sin embargo, el artículo 37, apartado 2, de la LPI exime prácticamente a todos los préstamos tanto de la obligación de obtener la autorización previa de los autores como de la obligación de satisfacerles una remuneración. Como resultado de esta exención, la obligación de remunerar a los autores por el préstamo no autorizado de sus obras únicamente es de aplicación cuando el establecimiento que conceda los préstamos sea 1) una entidad privada con ánimo de lucro o 2) una entidad privada sin ánimo de lucro pero que no sea de interés general de carácter cultural, científico o educativo. No obstante, el ámbito de los dos supuestos arriba descritos es tan restringido que es razonable dudar de que puedan tener alguna aplicación práctica. Por lo que respecta a la primera categoría, parece muy improbable que una entidad que actúe con ánimo de lucro conceda préstamos gratuitos. Puesto que el préstamo «con un beneficio económico o comercial directo o indirecto» entra en la definición de «alquiler» y no en la de «préstamo» a efectos de la Directiva, no se le aplica el artículo 5, apartado 1, de la Directiva. En lo que atañe a la segunda categoría, parece muy improbable que un museo, archivo, biblioteca, hemeroteca, fonoteca o filmoteca que realice préstamos públicos sin ánimo de lucro no sea una entidad de interés general de carácter cultural, científico o educativo.

16. La Comisión llega a la conclusión de que, aunque el artículo 5, apartado 3, de la

Directiva deja un amplio margen de discreción a los Estados miembros para definir las categorías de establecimientos exentas de la obligación de remuneración, no les faculta para eximir de esa obligación a todos, o prácticamente todos, los establecimientos. Una «exención» que se aplica a todos, o a casi todos, los establecimientos sujetos a la obligación de remuneración con arreglo al artículo 5, apartado 1, se convierte en una regla general. Además, tal exención no puede considerarse una exención aplicable únicamente a «determinadas categorías de establecimientos». [5] Al tratarse de una excepción, el artículo 5, apartado 3, debe ser interpretado estrictamente. Si los Estados miembros pudiesen eximir a todos, o prácticamente a todos, los establecimientos cuyos préstamos están sujetos, en principio, al pago de remuneración, la obligación prevista en el artículo 5, apartado 1, sería superflua.

17. Considero que el recurso de la Comisión es fundado. En mi opinión, se desprende claramente del sistema y objetivos de la Directiva, así como de los términos del artículo 5, apartado 3, que un Estado miembro no está facultado para eximir en la práctica a todas las categorías de establecimientos a los que en principio se aplica el artículo 5, apartado 1.

18. Como indica acertadamente la Comisión, uno de los objetivos principales de la Directiva consiste en garantizar unos ingresos suficientes para el esfuerzo creativo de los autores. [6] De conformidad con este objetivo, el artículo 5, apartado 1, dispone que los autores han de ser remunerados por el préstamo de sus obras cuando un Estado miembro establece excepciones a su derecho exclusivo de autorizar o prohibir tal préstamo. Así, aunque el artículo 5, apartado 1, se describe como una excepción, de hecho refleja la exigencia primordial de toda la Directiva, es decir, la exigencia de que los autores reciban una remuneración, de acuerdo con los artículos 1 y 2 de la Directiva.

19. El artículo 5, apartado 3, establece una auténtica excepción al requisito de la remuneración, al permitir que los Estados miembros eximan a «determinadas categorías de establecimientos» del pago de la remuneración. Como tal, debe recibir una interpretación estricta. El tenor literal del artículo 5, apartado 3, da a entender poderosamente que sólo unas categorías limitadas de establecimientos [7] potencialmente sujetas al pago de una remuneración conforme al

5 — La Comisión cita la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de octubre de 2003, Comisión/Bélgica (C-433/02, Rec. p. I-12191), apartado 20.

6 — Véase el séptimo considerando de la Directiva, recogido en el punto 3 *supra*.

7 — Al parecer, este artículo 5, apartado 3, se introdujo para responder a las inquietudes de dos Estados miembros que deseaban tener las posibilidad de excluir a las bibliotecas de los establecimientos educativos y a las bibliotecas públicas de las remuneraciones por préstamos públicos: véase Reinbothe, J., y von Lewinski, S., *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy* (1993), p. 82.

artículo 5, apartado 1, pueden ser eximidas de esta obligación. Ello es así no sólo en la versión inglesa, sino también, al menos, en las versiones danesa, neerlandesa, francesa, alemana, griega, italiana, portuguesa y española de la Directiva, idiomas en los que ésta fue adoptada. [8]

20. Es cierto que esta posición no es inequívoca, ya que «determinadas», además de «algunas pero no todas», también puede significar «claramente definidas». Una disposición legislativa que autoriza a los Estados miembros a establecer medidas especiales para «evitar "determinados" fraudes o evasiones fiscales» no puede razonablemente significar que los Estados miembros no puedan pretender evitar cualquier fraude o evasión fiscal. [9]

21. No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha dejado claro que interpreta el artículo 5, apartado 3, de manera restrictiva, al afirmar que, «si las circunstancias existentes en el Estado miembro de que se trate no permiten efectuar una distinción válida entre categorías de establecimientos, ha de imponerse a todos los establecimientos afectados la obligación de pagar la remuneración en cuestión». [10]

22. Estoy de acuerdo con la Comisión en que una exención de una obligación que fundamentalmente exonera a todos los que en principio estarían obligados no es una exención, sino la anulación de la obligación básica. En el presente caso, España no trata verdaderamente de rebatir que el alcance de su excepción coincide en efecto con las categorías de establecimientos que en principio están sujetos al pago de la remuneración. [11] En su lugar, aduce una serie de argumentos que, en su opinión, justifican su opción legislativa.

23. En primer lugar, España alega que la Comisión no ha demostrado que la exención del artículo 37, apartado 2, de la LPI suponga un falseamiento de la competencia en el mercado. De hecho, en su Informe de 2002 sobre el derecho de préstamo público en la

8 — Respectivamente «certain categories», «bepaalde categorieën», «visse kategorier», «certaines catégories», «bestimmte Kategorien», «ορισμένες κατηγορίες», «alcune categorie», «determinadas categorias» y «determinadas categorías».

9 — Véase el punto 17 de las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto Italittica (sentencia de 26 de octubre de 1995, C-144/94, Rec. p. I-3653).

10 — Sentencia Comisión/Bélgica, citada en la nota 5, apartado 20.

11 — Es cierto que España afirma en su dúplica (sin aportar ninguna prueba) que es frecuente que las empresas privadas creen bibliotecas abiertas al público, sin que haya inconveniente alguno para que las entidades propietarias de estos establecimientos satisfagan remuneración a los autores a su requerimiento. Sin embargo, en un punto posterior de su dúplica, afirma que en España la iniciativa privada no ha abordado de manera importante la creación de estos establecimientos de interés general, abiertos al público, y son precisamente los poderes públicos los que han tenido que cubrir la deficiencia.

Unión Europea, [12] la Comisión afirmó, en lo que respecta al nivel relativamente bajo de armonización del derecho de préstamo público alcanzado por la Directiva, que no tenía indicios claros, al menos en el momento de elaborar el informe, de que hubiese tenido un efecto negativo significativo, ya sea sobre los intereses económicos de los titulares de los derechos, ya sobre el correcto funcionamiento del mercado interior. La Comisión tampoco ha demostrado que la amplitud de la excepción de la LPI haya tenido en España como resultado una insuficiencia de ingresos para dichos autores que les haya impedido la realización de nuevas creaciones.

24. Estoy de acuerdo con la Comisión en que, para demostrar el incumplimiento alegado, no está obligada a demostrar que la exención prevista en el artículo 37, apartado 2, de la LPI priva a los autores de ingresos adecuados o bien distorsiona la competencia en el mercado interior. Los procedimientos por infracción se basan en la comprobación objetiva de que un Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben. [13] No requieren la prueba de un perjuicio real. La obligación que impone el artículo 5, apartado 1, de pagar una remuneración siempre es aplicable, ya sea o no necesaria en un caso concreto para garantizar que los autores reciban «ingresos suficientes» y con independencia de los efectos específicos sobre la competencia que podrían derivarse de la ausencia de remuneración en un caso concreto. [14] Igualmente, la excepción prevista en el artículo 5, apartado 3, siempre exige que la exención de la obligación de pagar una remuneración se limite a «determinados establecimientos», con independencia de si esta restricción es necesaria en un caso concreto para garantizar a los autores «ingresos suficientes» y sin tener en cuenta los efectos específicos sobre la competencia que podrían derivarse de la ausencia de remuneración que, de otro modo, habría pagado un establecimiento concreto.

25. Además, España parece asumir que el requisito de la remuneración podría en cierto modo soslayarse si se comprobara que los autores ya habían recibido ingresos suficientes, de manera que la falta de remuneración no les impidió desarrollar nuevos trabajos creativos. Sin embargo, este argumento se basa en una concepción errónea de la naturaleza y objetivo del derecho de préstamo público. Si bien es cierto que los autores ya habrán recibido ingresos derivados de sus derechos de reproducción y distribución, tales ingresos no tendrán en cuenta los libros que hayan sido prestados en vez de vendidos. [15] No cabe duda de que no toda persona que toma libros en préstamo de una biblioteca pública (o los consulta *in situ)* compraría cada libro prestado de no existir

12 — Informe al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, de 12 de septiembre de 2002, sobre el derecho de préstamo público en la Unión Europea COM (2002) 502 final, apartado 5.1.

13 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 14 de noviembre de 2002, Comisión/Reino Unido (C-140/00, Rec. p. I-10379), apartado 34 y la jurisprudencia citada.

14 — Véanse los puntos 46 y 47 de mis conclusiones presentadas el 4 de abril de 2006, Comisión/Portugal (C-53/05 y C-61/05), aún no publicadas en la Recopilación.

15 — Uso el ejemplo de los libros. Obviamente, el derecho de préstamo público puede aplicarse también a fonogramas y videogramas que son grabaciones de actuaciones o copias de películas u otras obras audiovisuales (aunque quizás los videogramas sean más frecuentemente objeto de alquiler que de préstamo).

este servicio. Existe, no obstante una pauta general. [16] En cualquier caso, la Directiva representa una clara política de conferir tanto un derecho exclusivo de préstamo como un derecho a remuneración cuando los Estados miembros establecen una excepción al primero de estos derechos.

26. En segundo lugar, España aduce que la Comisión interpreta de manera errónea el alcance de la exención establecida en el artículo 37, apartado 2, de la LPI, que se refiere no a si el préstamo se realiza o no con ánimo de lucro, sino a si el establecimiento de préstamo *pertenece* a una entidad de interés general de carácter cultural, científico o educativo y sin ánimo de lucro. España afirma que es posible que determinados establecimientos concedentes de préstamos públicos no estén exentos de la obligación de pagar una remuneración y que es posible que exista una entidad privada con ánimo de lucro que sea titular de un establecimiento concedente de préstamos sin ánimo de lucro.

27. Una vez más, estoy de acuerdo con la Comisión en que la existencia de la obligación de ofrecer una remuneración no debe depender de la forma legal adoptada por el prestamista. En cualquier caso, España no aporta ninguna prueba que acredite sus alegaciones.

28. Por último, España se refiere a la afirmación de la Comisión en su Informe de 2002 [17] según la cual «este artículo [5] es el resultado del compromiso al que se llegó en su día entre la respuesta a las necesidades del mercado interior y el respeto de las distintas tradiciones de los Estados miembros en esta cuestión». Según España, de esto se deduce que las excepciones permitidas por el artículo 5, apartado 3, son tan amplias cuanto lo exija el mantenimiento o la mejora de una tradición de nivel cultural. En su opinión, la potestad de libre determinación que se concede a los Estados miembros puede llegar en su ejercicio hasta el límite de una remuneración muy reducida, simbólica o incluso nula. En efecto, España señala que la Comisión sostuvo en su Informe de 2002 que, «en determinadas circunstancias, [el artículo 5] permite a los Estados miembros reemplazar el derecho exclusivo por un derecho de remuneración, o incluso no proporcionar remuneración alguna». [18] España afirma que, en el presente caso, la consecución de objetivos culturales prevalece sobre el objetivo de garantizar a los autores unos ingresos suficientes. Aduce que el legislador español tuvo en cuenta el hecho

16 — Véase en este sentido el apartado 44 de la Exposición de Motivos de la versión original de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre derechos de arrendamiento y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor, de 24 de enero de 1991, COM(90) 586 final, recogido en el punto 46 de mis conclusiones Comisión/Portugal, citadas en la nota 14. Véase también el Informe de la Comisión de 2002, citado en la nota 12, apartado 2.

17 — Citado en la nota 12, apartado 3.3.

18 — *Ibid.*

de que el uso de las bibliotecas públicas en España está muy por debajo de la media de la UE.

29. A mi juicio, no obstante, la obligación de remunerar a los autores que impone la primera frase del artículo 5, apartado 1, de la Directiva, carecería de sentido si, con arreglo a la segunda frase, los Estados miembros pudieran establecer una remuneración nula. La segunda frase del artículo 5, apartado 1, permite a los Estados miembros determinar el nivel de esta remuneración «teniendo en cuenta» sus objetivos de promoción cultural. Sin embargo, no les autoriza a establecer una remuneración «nula». El concepto de remuneración implica que los pagos recibidos por los autores deben ser una compensación adecuada por sus esfuerzos creativos.

30. Asimismo, si los Estados miembros pudieran establecer una remuneración nula para todas las categorías de establecimientos concedentes de préstamos, habría sido superfluo disponer en el artículo 5, apartado 3, que sólo pueden eximir a «determinados» establecimientos de la obligación de pagar una remuneración. Aunque el artículo 5, apartado 3, deja a los Estados miembros un amplio margen de discrecionalidad, esta discrecionalidad es para determinar las categorías de establecimientos que han de quedar exentas. Como ya se ha dicho, estas categorías no pueden incluir en la práctica todos los establecimientos potencialmente sujetos al pago.

31. Por lo que respecta a la referencia en el Informe de la Comisión de 2002 en el sentido de que los Estados miembros pueden «incluso no proporcionar remuneración alguna», el contexto de esta afirmación pone de manifiesto que se refiere precisamente a la posibilidad de «eximir a determinadas categorías de establecimientos del pago de la remuneración», que el artículo 5, apartado 3, ofrece a los Estados miembros. Por definición, las categorías de establecimientos así exentas no pagarán remuneración alguna. La cuestión que aquí se discute, sin embargo, es cómo ha de interpretarse la excepción del artículo 5, apartado 3. Por tanto, no veo cómo la afirmación de la Comisión en su Informe de 2002 puede apoyar las alegaciones de España. Debe, además, considerarse en el contexto de los comentarios sobre el artículo 5, apartado 3, que la Comisión realiza en el apartado 3.4 del Informe. [19] En cualquier caso, incluso aunque se entendiese que la afirmación de la Comisión arroja alguna luz acerca de la cuestión sobre la que ha de resolver el Tribunal de Justicia, no sería más que la expresión de cómo considera la Comisión que ha de interpretarse la disposición. Como tal, no vincula al Tribunal de Justicia.

19 — «Aunque el artículo 5 concede a los Estados miembros una gran flexibilidad para aprobar exenciones al derecho exclusivo de préstamo, debe asegurarse una remuneración como mínimo a los autores. Los Estados miembros pueden fijar el importe de la remuneración, pero ésta debe corresponderse con los objetivos subyacentes de la Directiva y de la protección de los derechos de autor en general. Asimismo, los Estados miembros pueden eximir del pago de esa remuneración a determinados establecimientos, pero en ningún caso a todos los establecimientos mencionados en el apartado 3 del artículo 5.»

Conclusión

32. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que:

1) Declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 5 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.

2) Condene en costas al Reino de España.