

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

**RECURSO AL ARBITRAJE PREVISTO
EN EL ARTÍCULO 25 DEL ESD**

LAUDO ARBITRAL

El presente laudo arbitral sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos - Recurso al arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD* se notifica al Órgano de Solución de Diferencias y al Consejo de los ADPIC, donde cualquier Miembro puede plantear cualquier cuestión con él relacionada, conforme al párrafo 3 del artículo 25 del ESD. El laudo se distribuye como documento de distribución general a partir del 9 de noviembre de 2001 de conformidad con los Procedimientos para la distribución y la supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/160/Rev.1).

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	1
A. ACTUACIONES	1
B. CUESTIONES PROCESALES QUE SURGIERON EN EL CURSO DE LAS ACTUACIONES	3
1. Trato dado a las respuestas a las preguntas hechas por los Árbitros a algunas organizaciones de administración colectiva de los Estados Unidos.....	3
2. Admisibilidad de algunas pruebas presentadas por los Estados Unidos	5
3. Trato de la información comercial confidencial presentada por las partes.....	6
II. ALCANCE DEL MANDATO DE LOS ÁRBITROS	7
A. JURISDICCIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 25 DEL ESD PARA EXAMINAR LA CUESTIÓN SOMETIDA A LOS ÁRBITROS POR LAS PARTES	7
III. CUESTIONES CONCEPTUALES	9
A. NATURALEZA Y NIVEL DE LAS VENTAJAS ANULADAS O MENOSCABADAS	10
B. REGALÍAS RECAUDADAS O REGALÍAS DISTRIBUIDAS	19
IV. CÁLCULO	25
A. EXPOSICIÓN GENERAL DE LA METODOLOGÍA APLICADA POR EL ÁRBITRO	25
1. Enfoque "orientado de abajo arriba" o enfoque "orientado de arriba abajo"	25
2. Momento al que debe referirse la evaluación de las ventajas anuladas o menoscabadas.....	28
3. Elementos que no se han tomado en consideración en el cálculo	31
a) Enfoque de los Árbitros	31
b) Elementos que no se han tenido en consideración en el cálculo.....	32
i) <i>Perjuicio "indirecto" o "potencial" a otros derechos de los titulares de derechos de las CE</i>	<i>32</i>
ii) <i>Actividades de SESAC.....</i>	<i>32</i>
iii) <i>Transmisión de música a través de Internet</i>	<i>33</i>
B. CÁLCULO	33
1. Observaciones generales.....	33
2. Regalías totales pagadas a los titulares de derechos de las CE	34
3. Regalías correspondientes a los establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista	37
4. Regalías imputables a la difusión de música de la radio o de la televisión	38
5. Regalías correspondientes a los establecimientos que cumplen los requisitos de la exención legal.....	38
6. Reajustes ulteriores.....	41
V. LAUDO DEL ÁRBITRO	41
ANEXO I	42
ANEXO II.....	44

I. INTRODUCCIÓN

A. ACTUACIONES

1.1 El 23 de julio de 2001, las Comunidades Europeas (CE)¹ y los Estados Unidos (entidades a las que en adelante se denominará también, en el presente laudo, las "partes") notificaron al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) su acuerdo mutuo en recurrir al arbitraje con arreglo al artículo 25 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, el "ESD").² El objetivo expreso del arbitraje era determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas para las Comunidades Europeas resultante de la aplicación del artículo 110(5)(B) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos.

1.2 Las partes han recurrido a este arbitraje después de que el OSD adoptase el informe del Grupo Especial en el que, a petición de las Comunidades Europeas, se examinaba la compatibilidad del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos³, modificada por la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales de 1998⁴, con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.⁵ Las conclusiones y recomendaciones del Grupo Especial⁶ son las siguientes:

¹ A los efectos de estas actuaciones, las referencias a las "Comunidades Europeas" se entenderán hechas, siempre que proceda, a las Comunidades Europeas y a sus Estados miembros.

² Véase WT/DS160/15. El artículo 25 del ESD dispone lo siguiente:

"1. Un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes.

2. Salvo disposición en contrario del presente Entendimiento, el recurso al arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes, que convendrán en el procedimiento a seguir. El acuerdo de recurrir al arbitraje se notificará a todos los Miembros con suficiente antelación a la iniciación efectiva del proceso de arbitraje.

3. Sólo podrán constituirse en parte en el procedimiento de arbitraje otros Miembros si las partes que han convenido en recurrir al arbitraje están de acuerdo en ello. Las partes en el procedimiento convendrán en acatar el laudo arbitral. Los laudos arbitrales serán notificados al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellos relacionada.

4. Los artículos 21 y 22 del presente Entendimiento serán aplicables *mutatis mutandis* a los laudos arbitrales."

³ Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos de 1976, Ley de 19 de octubre de 1976, *Pub.L. 94-553, 90 Stat. 2541* (con sus modificaciones).

⁴ Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales de 27 de octubre de 1998, *Pub.L. 105-298, 112 Stat. 2830, 105th Cong., 2nd Session (1998)*, a la que en adelante se denominará, en el presente laudo, la "Enmienda de 1998".

⁵ Al que en adelante se denominará, en el presente laudo, el "Acuerdo sobre los ADPIC".

⁶ Véase el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos* (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, "Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor"), WT/DS160/R, adoptado el 27 de julio

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

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

7.2 El Grupo Especial *recomienda* que el Órgano de Solución de Diferencias solicite a los Estados Unidos que ponga la parte B) del artículo 110(5) en conformidad con sus obligaciones con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC."⁷

1.3 Las partes solicitaron al Presidente del OSD que se pusiera en contacto con los miembros del Grupo Especial que había entendido inicialmente en la diferencia, a fin de determinar su disponibilidad para actuar como árbitros en este procedimiento.⁸ La Presidenta del Grupo Especial inicial, Sra. Carmen Luz Guarda, y un miembro del mismo, el Sr. A.V. Ganesan, ya no estaban disponibles. Conforme al procedimiento convenido que para la selección de los árbitros se establecía en el documento WT/DS160/15, el Director General nombró a dos árbitros⁹ para sustituirlos.

1.4 El 13 de agosto de 2001, se informó a los Miembros de que los nombres de los Árbitros eran los siguientes¹⁰:

Presidente: Sr. Ian F. Sheppard

Miembros: Sra. Margaret Liang
Sr. David Vivas-Eugui.

1.5 Tras una reunión de organización celebrada con las partes el 13 de agosto de 2001, los Árbitros prepararon un procedimiento de trabajo y un calendario basándose en el procedimiento convenido y el plazo para el arbitraje en virtud del artículo 25 que figuraba en el anexo a la comunicación dirigida por las partes al Presidente del OSD sobre su recurso al artículo 25 del ESD.¹¹

de 2000. El Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto se denominará en adelante, en el presente laudo, el "Grupo Especial".

⁷ Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafos 7.1 y 7.2.

⁸ Véase WT/DS160/15.

⁹ El grupo de tres árbitros se denominará en adelante, en el presente laudo, los "Árbitros".

¹⁰ Véase WT/DS160/16.

¹¹ Véase WT/DS160/15.

1.6 La jurisdicción de los Árbitros se determina en el documento WT/DS160/15, que en su parte pertinente dispone lo siguiente:

"Los Estados Unidos y las Comunidades Europeas (CE), habiendo decidido de común acuerdo, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 25 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), solicitar arbitraje para determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas para las CE resultante del artículo 110(5)(B) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, solicitan respetuosamente que se ponga en contacto con los integrantes del Grupo Especial que entendió inicialmente en la diferencia "Estados Unidos – Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos" (WT/DS160), para determinar su disponibilidad para actuar como árbitros en este procedimiento. [...]"

Las partes acuerdan que el laudo del árbitro será definitivo y que lo aceptarán como el nivel de la anulación o menoscabo a los efectos de cualquier futuro procedimiento en virtud del artículo 22 del ESD en relación con la presente diferencia."

1.7 Con arreglo al calendario establecido, las Comunidades Europeas presentaron el 14 de agosto de 2001 un documento sobre el método que se iba a seguir. Ambas partes presentaron comunicaciones simultáneamente el 21 de agosto de 2001. Las partes presentaron simultáneamente réplicas por escrito el 28 de agosto de 2001. Los Árbitros se reunieron con las partes el 5 de septiembre de 2001. Las respuestas a las preguntas hechas por los Árbitros se recibieron el 11 de septiembre. Cada una de las partes estaba autorizada a hacer observaciones sobre las respuestas de la otra parte hasta el 14 de septiembre de 2001.¹²

1.8 Los Árbitros dieron a conocer su laudo a las partes el 12 de octubre de 2001. El laudo fue notificado al OSD y al Consejo de los ADPIC el 9 de noviembre de 2001, en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 25 del ESD.

B. CUESTIONES PROCESALES QUE SURGIERON EN EL CURSO DE LAS ACTUACIONES

1. Trato dado a las respuestas a las preguntas hechas por los Árbitros a algunas organizaciones de administración colectiva de los Estados Unidos

1.9 El 5 de septiembre de 2001, los Árbitros decidieron obtener más información de dos de las organizaciones de administración colectiva¹³ de los Estados Unidos: la Sociedad Estadounidense de Compositores, Autores y Editores (ASCAP) y la Broadcast Music Inc. (BMI).¹⁴ Los Árbitros consultaron a las partes sobre las preguntas hechas a esas OAC. Las partes no se opusieron a que los

¹² Los Estados Unidos hicieron observaciones en esa fecha. Las Comunidades Europeas no hicieron observaciones, pero posteriormente impugnaron la admisibilidad de ciertas pruebas presentadas por los Estados Unidos. En cuanto a las cuestiones procesales planteadas posteriormente, véase la sección I.B.1. *infra*.

¹³ A las que en adelante se denominará, en el presente laudo, "OAC".

¹⁴ Hay una tercera OAC que opera en este sector: la Society of European Stage Authors and Composers (SESAC). Sin embargo, por las razones que se explican más abajo, las partes no incluyeron en sus cálculos las actividades de la SESAC. La SESAC no cooperó en las actuaciones realizadas ante el Grupo Especial. Teniendo en cuenta las explicaciones dadas por las partes, los Árbitros no juzgaron necesario pedir información a la SESAC.

Árbitros solicitasen tal información.¹⁵ Los Árbitros convinieron en que las partes podrían hacer observaciones sobre cualquier información presentadas por las organizaciones estadounidenses de administración colectiva. Se dio a la ASCAP y a la BMI un plazo que expiraba el 14 de septiembre para que contestasen. Sin embargo, en esa fecha no se había recibido ninguna respuesta.

1.10 Los Árbitros tenían presente que podía haber habido circunstancias particulares que hubieran retrasado cualquier respuesta y consideraron que, si la ASCAP y/o la BMI proporcionasen más adelante cualquier información que pudiera influir considerablemente en los cálculos que había que realizar, los Árbitros pedirían a las partes que formularan observaciones sobre tal información antes de ultimar su laudo. La BMI presentó alguna información el 25 de septiembre de 2001. Sin embargo, la BMI impuso cierto número de condiciones a la utilización de esa información, en particular la obligación de que los Árbitros presentasen a la asesoría jurídica de la BMI "cualquier documento público propuesto" a fin de que la asesoría confirmase que estaba efectivamente protegida la confidencialidad de la información presentada por la BMI. Los Árbitros entendieron que la expresión "cualquier documento público propuesto" podía aplicarse a su laudo. Teniendo en cuenta su Procedimiento de trabajo y la práctica generalmente seguida en el derecho internacional público, consideraron que tal condición era incompatible con la confidencialidad de sus deliberaciones, que se extiende al contenido de su informe hasta que éste se hace público. Los Árbitros también temían que tales condiciones, si se aceptaban, pudieran hacer más difícil el acceso a las pruebas en los asuntos que se planteasen en el futuro con arreglo al ESD. En consecuencia, decidieron no utilizar la información presentada por la BMI el 25 de septiembre de 2001.

1.11 La ASCAP presentó sus respuestas el 3 de octubre de 2001. El 4 de octubre, los Árbitros recabaron las opiniones de las partes sobre si se debía tomar en consideración la información presentada. Las **Comunidades Europeas** consideraron que la información recibida de la ASCAP no hacía más que repetir y confirmar información ya presentada por las partes a los Árbitros y al Grupo Especial y no justificaba que se demorase la emisión del laudo. Los **Estados Unidos** declararon que no se opondrían a que los Árbitros tuvieran en cuenta la información proporcionada por la ASCAP, pero también dijeron que la nueva información meramente confirmaba que los cálculos de los Estados Unidos eran razonables.

1.12 La BMI informó a los Árbitros, el 10 de octubre de 2001, de que presentaría más información sin imponer las condiciones que habían llevado a los Árbitros a prescindir de la información que la BMI había presentado anteriormente.¹⁶ Los Árbitros pidieron a las partes que expusieran su opinión sobre la conveniencia de tener en cuenta la nueva información presentada por la BMI. Las **Comunidades Europeas** declararon que esa información no se debía tener en cuenta si al proceder así se retrasaba aún más la emisión del laudo. Los **Estados Unidos** consideraron que los Árbitros disponían de suficiente información para adoptar una decisión imparcial sobre el nivel de anulación o menoscabo de ventajas resultante del artículo 110(5)(B). No obstante, si los Árbitros preferían esperar a recibir la información que pudiera presentar la BMI, los Estados Unidos no tenían nada que objetar. Con todo, los Estados Unidos recordaron que el "plazo prudencial" para la aplicación expiraba en la primera de las dos fechas siguientes: la fecha en que finalizase la actual legislatura del Congreso de los Estados Unidos o el 31 de diciembre de 2001. Teniendo en cuenta esa limitación de tiempo y los esfuerzos que estaban haciendo las partes para solucionar por consenso la diferencia, los Estados Unidos tenían interés en que se adoptase rápidamente una decisión imparcial.

¹⁵ La solicitud de información se transmitió por carta dirigida a la Presidenta y Jefa Ejecutiva de la ASCAP y al Presidente y Jefe Ejecutivo de la BMI. El texto de la carta puede consultarse en el anexo I del presente laudo.

¹⁶ La información se recibió el 11 de octubre de 2001.

1.13 Los **Árbitros** recuerdan que uno de los principales intereses expresados por las partes cuando se sometió este asunto a arbitraje era que actuásemos rápidamente. Señalamos que, si hubiéramos tenido en cuenta la información proporcionada por la ASCAP y por la BMI, habríamos tenido que retrasar considerablemente la fecha de emisión de nuestro laudo. Subrayamos a este respecto que las Comunidades Europeas han expresado la opinión de que la información proporcionada por la ASCAP y por la BMI no justifica ninguna demora. Observamos también que los Estados Unidos no nos han pedido expresamente que consideremos las cifras dadas por la ASCAP o por la BMI. Por consiguiente, nos sentimos reacios a aplazar la emisión de nuestro laudo. Señalamos a este respecto que todo retraso en la publicación de nuestro informe hace que se reduzca el plazo de que disponen ambas partes para llegar a una solución mutuamente satisfactoria antes de que expire el plazo prudencial acordado por el OSD.

1.14 Teniendo en cuenta estas consideraciones procesales, concluimos que no debemos tener en cuenta la información proporcionada por la ASCAP y por la BMI.

2. Admisibilidad de algunas pruebas presentadas por los Estados Unidos

1.15 El 17 de septiembre de 2001, las Comunidades Europeas enviaron al Presidente de los Árbitros una carta en la que se oponían a la presentación de ciertas pruebas que los Estados Unidos habían adjuntado a sus observaciones de 14 de septiembre de 2001 sobre las respuestas de las partes a las preguntas de los Árbitros. El 19 de septiembre, el Presidente de los Árbitros envió a las partes una carta cuyos pasajes pertinentes dicen lo siguiente:

"En la carta que las Comunidades Europeas (CE) me han dirigido con fecha 17 de septiembre de 2001, como Presidente de los Árbitros en el asunto mencionado más arriba, las CE hacen referencia al párrafo f) de nuestro Procedimiento de trabajo de 16 de agosto de 2001 y afirman que las pruebas documentales US ARB-25 y US ARB-26, que los Estados Unidos acompañan a sus observaciones de 14 de septiembre de 2001, se han presentado tarde y que "no se han aducido razones válidas" para que se conceda una excepción. Las Comunidades Europeas concluyen que los Árbitros deben hacer caso omiso de las pruebas documentales en cuestión. Además, las CE hacen algunas observaciones sobre el fondo de la prueba documental US ARB-26.

Los Árbitros recuerdan que el párrafo f) dispone lo siguiente:

'f) Las partes presentarán a los Árbitros todas las pruebas fácticas a más tardar con las primeras comunicaciones escritas dirigidas a los Árbitros, excepto en lo que se refiere a las pruebas necesarias a los efectos de los escritos de réplica. Podrán establecerse excepciones a este procedimiento por causas justificadas. En tal caso, se dará a la otra parte un plazo para formular observaciones, según proceda.'

Los Árbitros señalan que los Estados Unidos han presentado nueva documentación, consistente en las pruebas documentales US ARB-25 y US ARB-26, en el contexto de las observaciones que cada una de las partes estaba autorizada a hacer sobre las respuestas de la otra parte a las preguntas de los Árbitros. Los Árbitros señalan también que las CE han formulado observaciones tanto sobre la admisibilidad como sobre el fondo de esas pruebas documentales. Los Árbitros concluyen que, sin perjuicio de cualquier decisión que en último término puedan adoptar sobre la petición de las CE, no se ha privado a las CE de la posibilidad de hacer observaciones con arreglo al párrafo f) de nuestros Procedimientos de Trabajo.

En estas circunstancias, los Árbitros consideran procedente abordar en el laudo arbitral las cuestiones planteadas por las alegaciones hechas por las CE en la carta de 17 de septiembre de 2001."

1.16 El 20 de septiembre de 2001, los Estados Unidos, haciendo observaciones sobre la carta de las CE de 17 de septiembre, declararon que tenían razones válidas para presentar las pruebas documentales en litigio, puesto que éstas tenían por finalidad refutar las afirmaciones hechas por las CE en su respuesta a las preguntas escritas de los Árbitros. En opinión de los Estados Unidos, esas declaraciones de las CE planteaban nuevas cuestiones fácticas. Los Estados Unidos también impugnaron el derecho de las CE a aducir nuevos argumentos que no respondían a las réplicas.

1.17 Los Árbitros señalan que los Estados Unidos, cuando presentaron las pruebas documentales US ARB-25 y US ARB-26, no trataron de justificar su presentación desde el punto de vista de las prescripciones del párrafo f). Los Estados Unidos no afirmaron que tenían razones válidas para presentar esas pruebas documentales más que en una carta posterior, de 20 de septiembre de 2001. Los Árbitros opinan que el párrafo f) debe interpretarse normalmente en el sentido de que exige que se aduzcan razones válidas a más tardar cuando se presenten nuevas pruebas, en el momento o después del momento en el que se presente la réplica. Sin embargo, las circunstancias que rodean este asunto, las condiciones en que se presentaron las pruebas documentales y la reacción de las CE son especiales y justifican que se interprete el párrafo f) con alguna flexibilidad limitada.

1.18 Primero, en un asunto en el que la información pertinente era escasa, y dados los plazos dentro de los cuales habían de concluir su labor los Árbitros, cualquier información adicional era acogida con satisfacción en cualquier momento y *a priori* era importante habida cuenta de la obligación de los Árbitros de hacer una evaluación objetiva de los hechos.

1.19 Segundo, la información adicional era presentada por los Estados Unidos como parte de una réplica a los argumentos aducidos por las CE en su respuesta a las preguntas de los Árbitros, como se había acordado con los Árbitros en la audiencia. Los Árbitros señalan que las CE no afirmaron que las pruebas documentales no estuvieran relacionadas con la refutación de los argumentos aducidos por las CE en su respuesta a las preguntas de los Árbitros.

1.20 Finalmente, aunque los Estados Unidos justificaron tardíamente su presentación de las pruebas documentales US ARB-25 y US ARB-26, en su respuesta las Comunidades Europeas abordaron de hecho el fondo de esas pruebas documentales. Así pues, como señaló el Presidente en su carta de 19 de septiembre a las partes, no se ha privado a las CE de su oportunidad de hacer observaciones sobre las pruebas documentales de los Estados Unidos.

1.21 Dadas estas circunstancias especiales, los Árbitros deciden admitir en el procedimiento las pruebas US ARB-25 y US ARB-26. En lo que se refiere al fondo de esas pruebas, los Árbitros volverán a él cuando sea necesario en el curso del presente laudo.

3. Trato de la información comercial confidencial presentada por las partes

1.22 Ambas partes han presentado con carácter confidencial alguna información que han pedido que no se comunique a los particulares.¹⁷

1.23 Los Árbitros recuerdan que el Grupo Especial convino en tratar como confidencial alguna información presentada por las CE y por los Estados Unidos, y recuerdan también que la designación

¹⁷ Primera y segunda comunicaciones escritas de los Estados Unidos, pruebas documentales EE.UU. ARB-5, 7, 8, 9, 10 y 12.

de información como confidencial no ayudaba al Grupo Especial a cumplir su obligación de formular las constataciones que mejor permitieran al OSD desempeñar sus funciones en materia de solución de diferencias.¹⁸

1.24 Al no haber hecho las partes ninguna petición específica sobre la forma de preservar la confidencialidad de la información comercial confidencial, los Árbitros se basarán en general en la práctica seguida por el Órgano de Apelación a este respecto.¹⁹ Dado que la información confidencial puede aparecer como tal en el laudo a fin de respaldar las constataciones de los Árbitros, los Árbitros decidieron preparar dos versiones de su laudo. Una, destinada a las partes, contendría toda la información utilizada en apoyo de las determinaciones de los Árbitros. La otra, que se distribuiría a todos los Miembros, sería modificada para no incluir la información con respecto a la que los Árbitros, después de consultar a las partes, llegasen a la conclusión de que no estaba suficientemente garantizada la confidencialidad por razones comerciales. La información que los Árbitros considerasen que era información comercial confidencial sería sustituida por "x".²⁰

II. ALCANCE DEL MANDATO DE LOS ÁRBITROS

A. JURISDICCIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 25 DEL ESD PARA EXAMINAR LA CUESTIÓN SOMETIDA A LOS ÁRBITROS POR LAS PARTES

2.1 Los Árbitros señalan que, desde que se creó la OMC, esta es la primera vez que los Miembros han recurrido al arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD.²¹ Así como el OSD establece grupos especiales o remite los asuntos a otros órganos de arbitraje, el artículo 25 establece un procedimiento diferente. Las partes en esta diferencia sólo tenían que *notificar* al OSD su recurso al arbitraje. El OSD no tiene que adoptar ninguna decisión para que se someta un asunto a arbitraje con arreglo al artículo 25. Al no existir un control multilateral del recurso a esa disposición, incumbe a los propios Árbitros cerciorarse de que esa disposición se aplica de conformidad con las normas y principios que rigen el sistema de la OMC.²² Como recordó el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*²³, es una norma universalmente aceptada que un tribunal internacional puede considerar de oficio la cuestión de su propia competencia. Los Árbitros creen que este

¹⁸ Véase el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, supra, párrafo 6.208 y nota 192, y párrafo 6.233 y nota 209.

¹⁹ Véase, en particular, el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafos 141 a 147.

²⁰ Este procedimiento fue seguido en un arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 y no parece que tropezara con objeciones en el OSD. Véase la decisión de los Árbitros en el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC* (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, "*Brasil - Aeronaves (22.6)*"), WT/DS46/ARB, 28 de agosto de 2000, párrafo 2.14.

²¹ Los Árbitros recuerdan que raras veces se recurrió al arbitraje en el marco del GATT de 1947.

²² En particular, los Árbitros creen que este arbitraje no debe aplicarse de forma que se eludan las disposiciones del párrafo 6 del artículo 22 del ESD (véase el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD).

²³ Véase el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R y WT/DS162/AB/R, adoptado el 26 de septiembre de 2000, párrafo 54, nota 30.

principio se aplica también a los órganos de arbitraje.²⁴ En los casos en que haya cualquier duda sobre la jurisdicción de los Árbitros para entender en esta diferencia, expondremos brevemente las razones en que se base nuestra conclusión de que tenemos la jurisdicción necesaria.

2.2 Los Árbitros recuerdan que este arbitraje se ha solicitado para que examinemos una cuestión concreta resultante de la aplicación de las resoluciones y recomendaciones del OSD basadas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*. En ese contexto, nuestro mandato consiste en "determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas para las CE resultante del artículo 110(5)(B) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos".²⁵

2.3 Los Árbitros señalan primero que, conforme al texto del párrafo 1 del artículo 25, el arbitraje previsto en el artículo 25 es un "medio *alternativo* de solución de diferencias".²⁶ La expresión "solución de diferencias" se utiliza generalmente en el Acuerdo sobre la OMC en el sentido de la totalidad del proceso de solución de diferencias²⁷ con arreglo al ESD, no a un solo aspecto de él, tal como la determinación del nivel de las ventajas anuladas o menoscabadas como resultado de una infracción. Se puede sostener que el procedimiento establecido en el artículo 25 es, de hecho, una alternativa al procedimiento de los grupos especiales. Así parecen confirmarlo los términos del párrafo 4 del artículo 25, que disponen que "Los artículos 21 y 22 del presente Entendimiento serán aplicables *mutatis mutandis* a los laudos arbitrales".²⁸ El párrafo 2 del artículo 22, a diferencia del párrafo 3 c) del artículo 21, no se refiere al arbitraje como procedimiento que puede sustituir a la negociación de una compensación mutuamente aceptable. Así pues, cabe sostener que el arbitraje, con arreglo al artículo 25, no está destinado a "determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas para las CE resultante del artículo 110(5)(B) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos.

2.4 Aun teniendo en cuenta estos elementos de interpretación, los Árbitros estiman que tienen más peso otros elementos basados en el hecho de que ninguna de las disposiciones de que se trata excluye expresamente el recurso al arbitraje con arreglo al artículo 25 en el contexto particular en que se aplican. El propio párrafo 2 del artículo 25 dispone que el recurso al arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes, que convendrán en el procedimiento a seguir, "Salvo disposición en contrario del presente Entendimiento". El artículo 25 no dispone expresamente que se deba descartar el recurso al arbitraje previsto en el artículo 25 cuando se determine el nivel de anulación o

²⁴ Así lo demuestra el artículo 21 del Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el arbitraje de controversias entre organizaciones internacionales y Estados, que entró en vigor el 1º de julio de 1996, Oficina Internacional de la Corte Permanente de Arbitraje, La Haya, Países Bajos.

²⁵ WT/DS160/15.

²⁶ Sin cursivas en el original.

²⁷ En una nota de la Secretaría del GATT sobre el concepto, modalidades y efectos del arbitraje, MTN.GNG/NG13/W/20, de 22 de febrero de 1988, la expresión "diferencia" se define como una desavenencia concreta relativa a una cuestión de hecho, de derecho o de política en la que a la demanda o reivindicación de un derecho de una parte responde otra por una negativa, contrademanda o repulsa.

²⁸ El texto del artículo 25 del ESD es esencialmente idéntico al de los párrafos 1, 2 y 3 de la sección E de la Decisión de 1989 sobre mejoras de las normas y procedimientos de solución de diferencias del GATT (IBDD 36S/66). Hay que señalar que, en esa Decisión, la sección E sigue a otras secciones sobre los medios de solución de diferencias, tales como las consultas (sección C) y los buenos oficios, conciliación y mediación (sección D). Además, en el GATT de 1947 no se establecían medios tan estudiados como en el ESD para hacer valer los derechos. En la nota MTN.GNG/NG13/W/20, de 22 de febrero de 1988, mencionada más arriba, también se presenta el arbitraje "como alternativa al procedimiento normal de solución de diferencias" (párrafo 12) o "como alternativa al procedimiento de los grupos especiales" (párrafo 17).

menoscabo sufrido por un Miembro. Por el contrario, los términos del párrafo 1 del artículo 25, en el que se hace referencia a "la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes", pueden respaldar la opinión de que el artículo 25 debe entenderse como un mecanismo de arbitraje al que los Miembros pueden recurrir siempre que sea necesario en el marco de la OMC. Señalamos también que en el párrafo 2 del artículo 22 se hace referencia a las "negociaciones [...] con miras a hallar una compensación mutuamente aceptable". En esa disposición no hay términos que hagan imposible considerar el arbitraje como medio de llegar a una compensación mutuamente aceptable.

2.5 Además, el recurso al arbitraje con arreglo al artículo 25 es, en esta situación, plenamente compatible con el objeto y el fin del ESD. Es probable que el arbitraje contribuya a la pronta solución de una diferencia entre los Miembros, como lo exige el párrafo 3 del artículo 3 del ESD. De hecho, puede facilitar la solución de una divergencia en el contexto de la negociación de unas compensaciones, preparando así el camino para la aplicación sin que suspendan concesiones u otras obligaciones.

2.6 En general, el recurso al arbitraje con arreglo al artículo 25 refuerza el sistema de solución de diferencias al complementar las negociaciones previstas en el párrafo 2 del artículo 22. La posibilidad de que las partes en una diferencia traten de recurrir al arbitraje para negociar una compensación da mayor eficacia a esa posibilidad prevista en el párrafo 2 del artículo 22. Incidentalmente, los Árbitros señalan que, en su opinión, la compensación siempre es preferible a la adopción de contramedidas de cualquier tipo, puesto que refuerza el comercio en vez de restringirlo o desviarlo. Finalmente, tal aplicación del artículo 25 no afecta, al menos en el asunto que se examina, a los derechos que confiere a otros Miembros el ESD.²⁹

2.7 Teniendo en cuenta el objetivo del arbitraje solicitado por las partes y el hecho de que los derechos que confiere a otros Miembros el ESD no se ven afectados por la decisión de las CE y de los Estados Unidos de recurrir al arbitraje previsto en el artículo 25, los Árbitros consideran que deben declarar, mientras los Miembros no hagan una interpretación más a fondo, que tienen jurisdicción con arreglo al artículo 25 para determinar el nivel de las ventajas para las CE que se están anulando o menoscabando en este asunto.³⁰

III. CUESTIONES CONCEPTUALES

3.1 Como este procedimiento de arbitraje es el primero en que se confía a un órgano jurisdiccional de la OMC la función de determinar el nivel de las ventajas anuladas o menoscabadas como consecuencia de la infracción de obligaciones impuestas por el Acuerdo sobre los ADPIC, es necesario examinar con algún detenimiento dos cuestiones conceptuales antes de realizar efectivamente ningún cálculo del nivel de la anulación o menoscabo sufridos por las Comunidades Europeas en este asunto.

²⁹ De hecho, puede afectarlos favorablemente, dado el carácter *erga omnes* de la compensación.

³⁰ El hecho de que los Árbitros reconozcan su jurisdicción en este asunto no constituye una ampliación unilateral de la jurisdicción de la OMC, puesto que depende de que las partes en una diferencia acuerden recurrir al artículo 25 del ESD. Esta decisión ha de entenderse sin perjuicio de la compatibilidad con el ESD de la decisión de las partes de aceptar el presente laudo como nivel de anulación o menoscabo a los efectos de cualesquiera actuaciones que se emprendan en el futuro con arreglo al artículo 22 del ESD en relación con este asunto. También ha de entenderse sin perjuicio de cualquier interpretación de las disposiciones de los artículos 22 y 25 del ESD que hagan la Conferencia Ministerial o el Consejo General.

A. NATURALEZA Y NIVEL DE LAS VENTAJAS ANULADAS O MENOSCABADAS

3.2 La primera cuestión que pasan a examinar los Árbitros es la naturaleza y el nivel de las ventajas que se están anulando o menoscabando en este asunto.

3.3 Las **Comunidades Europeas** afirman que este asunto es especial por cuanto entraña la denegación, por los Estados Unidos, de derechos exclusivos que los Estados Unidos están obligados, en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, a conceder a los nacionales de otros Miembros de la OMC. Las Comunidades Europeas señalan que, en cambio, en ninguno de los anteriores procedimientos de arbitraje entablados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD disfrutaba de derecho exclusivo alguno ninguna de las entidades afectadas por las medidas en cuestión en cada asunto que eran incompatibles con las normas de la OMC. En vez de ello, solamente tenían expectativas sobre el marco jurídico y las condiciones fácticas en que podrían proseguir sus actividades económicas. Las Comunidades Europeas consideran que, como el Acuerdo sobre los ADPIC garantiza derechos exclusivos específicos y no meramente expectativas, la forma correcta de medir la anulación o menoscabo de ventajas en este asunto es evaluar el valor económico de los derechos exclusivos denegados.

3.4 En relación con la diferencia que se examina, las Comunidades Europeas sostienen que no se puede proceder a una evaluación correcta del valor de los derechos de autor exclusivos que se están denegando a los titulares de derechos de autor de las CE como resultado del artículo 110(5)(B), a menos que se suponga que tienen licencia todos los establecimientos que utilizan obras amparadas por el derecho de autor de titulares de derechos de las CE. Las Comunidades Europeas señalan que, de no ser así, esos establecimientos estarían cometiendo actos de piratería. Por consiguiente, las Comunidades Europeas estiman que el valor económico de los derechos de autor en litigio en esta diferencia corresponde a los ingresos por concepto de licencias *potencialmente* no percibidos por los titulares de derechos de autor de las CE como resultado del artículo 110(5)(B).

3.5 Los **Estados Unidos** consideran que el nivel de la anulación o menoscabo de ventajas causados a las Comunidades Europeas es igual a las ventajas no percibidas anualmente por los titulares de derechos de autor de las CE como resultado del artículo 110(5)(B). Al igual que las Comunidades Europeas, los Estados Unidos creen que el nivel de la anulación o el menoscabo deben medirse haciendo referencia a las regalías que por concepto de concesión de licencias hayan dejado de percibir los titulares de derechos de autor de las CE. Sin embargo, los Estados Unidos no están de acuerdo con la afirmación de las Comunidades Europeas de que han perdido unos beneficios iguales al total de las regalías por concesión de licencias que hipotéticamente podrían haber percibido. A juicio de los Estados Unidos, para cuantificar las ventajas perdidas, la forma más exacta y más basada en los hechos consiste en determinar las ventajas que los titulares de derechos de autor de las CE estaban obteniendo antes de que se promulgase el artículo 110(5)(B).

3.6 Según los Estados Unidos, se debe rechazar el método propuesto por las Comunidades Europeas porque, con él, las regalías que en concepto de concesión de licencias no se hayan percibido se calculan como si los titulares de los derechos de autor percibiesen regalías de *todos* los usuarios de obras musicales difundidas por radio o televisión afectados por el artículo 110(5)(B). Los Estados Unidos sostienen que, antes de que se promulgase el artículo 110(5)(B), muchos bares, restaurantes y establecimientos de comercio minorista en los Estados Unidos que podrían haber difundido música de la radio o de la televisión no tenían licencia para hacerlo. Los Estados Unidos afirman que es de suponer que no haya un ciento por ciento de licencias, ya que las OAC de los Estados Unidos que administran los derechos de los titulares de derechos de autor tienen que hacer unos gastos considerables para conceder licencias a los bares, restaurantes y establecimientos de comercio minorista. Los Estados Unidos argumentan que, dada la dispersión geográfica de la base de usuarios en los Estados Unidos, no es económicamente racional que las OAC de los Estados Unidos localicen todos los establecimientos que difunden música de la radio o de la televisión y traten de obtener y

administrar licencias para cada uno de ellos. En consecuencia, los Estados Unidos estiman que el método propuesto por las Comunidades Europeas, dado que prescinde del costo de la percepción y la distribución de las regalías, permite obtener unos beneficios excepcionales que serían contrarios a las normas de la OMC y penalizarían injustificadamente a los Estados Unidos.

3.7 Las **Comunidades Europeas** rechazan el argumento de los Estados Unidos de que sería "demasiado costoso" obtener licencias para ciertas categorías de empresas o para las empresas de ciertas zonas de los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas afirman que eso equivale a decir que un Miembro de la OMC en el que los índices de piratería sean muy altos o en el que es particularmente difícil o costoso hacer que se respeten los derechos de propiedad intelectual está, en la práctica, liberado de las obligaciones sustantivas que le impone el Acuerdo sobre los ADPIC.

3.8 Los **Árbitros** señalan que en este asunto se les ha pedido que determinen el nivel de anulación o menoscabo de ventajas para las CE resultante de la continuación de la aplicación del artículo 110(5)(B). Con respecto al artículo 110(5)(B), el Grupo Especial llegó a la conclusión de que era "[...] incompatible con el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11bis y con el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo".³¹ Ninguna de las partes en esta diferencia niega que el artículo 110(5)(B), tal como está actualmente en vigor, continúe siendo incompatible con las disposiciones de los mencionados artículos.

3.9 Es evidente, en consecuencia, que las ventajas que el artículo 110(5)(B) está menoscabando o anulando son las ventajas que deberían obtener las Comunidades Europeas y otros Miembros con arreglo a las disposiciones del punto 3º del párrafo 1) del artículo 11bis y del punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971)³², incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9 de ese Acuerdo.

3.10 De las comunicaciones de las partes se desprende evidentemente que estas difieren no tanto en lo que se refiere a la *naturaleza* de las ventajas que deben obtener las Comunidades Europeas con arreglo a lo dispuesto en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11bis y en el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 cuanto en lo que se refiere al *nivel* de las ventajas que las Comunidades Europeas pueden creer que obtendrán en virtud de esas disposiciones. Los Árbitros abordarán sucesivamente cada una de estas cuestiones.³³

3.11 En lo que se refiere, primero a la *naturaleza* de las ventajas que obtendrían las Comunidades Europeas si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad del punto 3º del párrafo 1) del

³¹ Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, apartado b) del párrafo 7.1.

³² El punto 3º del párrafo 1) del artículo 11bis y el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) se denominarán en adelante, en el presente laudo, "punto 3º del párrafo 1) del artículo 11bis y punto 2º del párrafo 1) del artículo 11".

³³ Los Árbitros señalan que, en los casos en que los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 110(5)(B), las Comunidades Europeas no obtienen actualmente *ninguna* ventaja de las disposiciones del punto 3º del párrafo 1) del artículo 11bis y del punto 2º del párrafo 1) del artículo 11. Por consiguiente, carece de importancia que la cuestión sometida a los Árbitros se formule como "¿cuál es el nivel de las ventajas resultantes para las Comunidades Europeas que se están anulando o menoscabando como resultado del artículo 110(5)(B)?" o como "¿cuál es el nivel de las ventajas que obtendrían las Comunidades Europeas si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad con el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11bis y con el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11?"

artículo 11*bis* y con el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11, conviene recordar desde el primer momento lo que disponen efectivamente esos artículos.

3.12 El punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* dispone lo siguiente:

Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:

[...]

3º) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.

3.13 El punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 dispone lo siguiente:

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

[...]

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

3.14 En virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC³⁴, las disposiciones del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y del punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 "[...] se han convertido en parte del Acuerdo sobre los ADPIC y, en tanto que disposiciones de dicho Acuerdo, deben considerarse aplicables a los Miembros de la OMC".³⁵

3.15 A los efectos de esta diferencia, esto significa que los Estados Unidos tienen la obligación de reconocer a los titulares de derechos de autor de las CE los derechos exclusivos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.³⁶ No obstante, es importante tener presente que, aunque incumbe a los *Estados Unidos reconocer* a los titulares de derechos de autor de las CE los derechos exclusivos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11, incumbe a los *titulares de derechos de autor de las CE* determinar si procede *ejercer o explotar* esos derechos y la forma en que se vayan a *ejercer o explotar* esos derechos.

3.16 Aunque puede haber diversas formas en que los titulares de derechos de autor de las CE ejerzan o exploten los derechos exclusivos que los Estados Unidos han de reconocerles, las partes

³⁴ El párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone, en la parte pertinente, que "Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo".

³⁵ Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafo 6.18.

³⁶ El párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone claramente que "Los Miembros aplicarán las disposiciones del [...] Acuerdo [sobre los ADPIC]". Por consiguiente, los Miembros han de incorporar en su legislación nacional los medios de dispensar la protección exigida por el Acuerdo sobre los ADPIC. Además, el párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone, en la parte pertinente, que "Los Miembros concederán a los nacionales de los demás Miembros el trato previsto en el presente Acuerdo" (no se reproduce la nota de pie de página). Esto confirma que han de concederse a los titulares de derechos de autor de las CE los derechos exclusivos conferidos por el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y por el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.

están de acuerdo en que, en la práctica, tales derechos exclusivos se explotan y se explotarían mediante la concesión de licencias. Los Árbitros no ven ninguna razón para diferir de las partes a este respecto.³⁷

3.17 Si se supone, pues, que los titulares de derecho de autor explotan sus derechos exclusivos mediante la concesión de licencias para la utilización de sus obras, una de las ventajas dimanantes de esos derechos consiste en las regalías que los titulares de derechos de autor percibirían por la concesión de licencias. Así, los derechos exclusivos tales como los establecidos en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 se traducirán normalmente en ventajas económicas para los titulares de los derechos de autor.

3.18 En sus comunicaciones a los Árbitros, las partes se han centrado en este tipo de ventajas que obtienen los titulares de los derechos de autor. Los Árbitros convienen con las partes en que, a los efectos de este procedimiento de arbitraje, las ventajas de que se trata son de carácter económico.³⁸ Esto es coherente con las decisiones anteriores de los árbitros que han actuado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD.³⁹ Además, al igual que las partes en esta diferencia, los Árbitros partirán de

³⁷ La hipótesis de que los derechos exclusivos en litigio en esta diferencia se explotan mediante la concesión de licencias ha de entenderse, desde luego, sin perjuicio de ninguna hipótesis que se pueda hacer válidamente en otros asuntos en que estén en juego otros derechos exclusivos garantizados por el Acuerdo sobre los ADPIC.

³⁸ Esta opinión se basa en el objetivo de este procedimiento, que es cuantificar el perjuicio económico sufrido por las Comunidades Europeas al haberse seguido aplicando el artículo 110(5)(B). De ello no se desprende necesariamente que los Miembros que recurran al artículo 64 del Acuerdo sobre los ADPIC tengan que demostrar la anulación o el menoscabo de las ventajas *económicas* que les corresponden en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. Los Árbitros consideran que su opinión está respaldada por la siguiente declaración hecha por los árbitros en el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*: "el derecho de un Miembro a iniciar un procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC puede fundarse tanto en los intereses potenciales de ese Miembro en el comercio de bienes o servicios como en su interés por obtener una declaración de derechos y obligaciones en virtud de los Acuerdos de la OMC. En cambio, el interés jurídico de un Miembro en el cumplimiento de las normas por otros no conlleva automáticamente, a nuestro parecer, el derecho de ese Miembro a obtener una autorización para suspender concesiones al amparo del artículo 22 del ESD". Véase la Decisión de los Árbitros sobre el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD* (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, "*CE - Bananos III (22.6) (EE.UU.)*"), WT/DS27/ARB, 9 de abril de 1999, párrafo 6.10.

³⁹ Véanse, por ejemplo, las decisiones de los árbitros sobre los asuntos *CE - Bananos III (22.6) (EE.UU.)*, *supra*, párrafo 6.12 (ventajas anuladas o menoscabadas: pérdidas de exportaciones estadounidenses de mercancías y pérdidas de suministro de servicios sufridas por los proveedores estadounidenses de servicios); *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*, WT/DS27/ARB/ECU, 24 de marzo de 2000, nota 52 (ventajas anuladas o menoscabadas: pérdidas de comercio efectivo y de oportunidades potenciales de comercio de bananos por el Ecuador y pérdidas de suministro reales y potenciales de servicios de distribución); *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) - Reclamación inicial de los Estados Unidos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD* (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, *CE - Hormonas (22.6) (EE.UU.)*), WT/DS26/ARB, 12 de julio de 1999, párrafo 41 (ventajas anuladas o menoscabadas: exportaciones estadounidenses no realizadas de carne de bovino y productos de carne de bovino tratada con hormonas); *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) - Reclamación inicial del Canadá - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD* (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, *CE - Hormonas (22.6) (Canadá)*), WT/DS48/ARB, 12 de julio de 1999, párrafo 40 (ventajas anuladas o menoscabadas:

la hipótesis de que las regalías que pueden obtener los titulares de derechos de autor por concepto de concesión de licencias constituyen una medida adecuada de las ventajas económicas resultantes del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y del punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.

3.19 Por consiguiente, en este asunto los Árbitros evaluarán el nivel de las ventajas de las CE que el artículo 110(5)(B) está anulando o menoscabando, ventajas consistentes en ingresos por concepto de regalías no percibidos por los titulares de derechos de autor de las CE. Al hacer esta observación, los Árbitros tienen presente que su función en este asunto consiste en determinar las ventajas que se niegan a las *Comunidades Europeas* y no en determinar las ventajas que se niegan a los *titulares de derechos de autor de las CE*. Ahora bien, no puede haber ninguna duda de que las ventajas que se niegan a las Comunidades Europeas incluyen las ventajas que se niegan a los titulares de derechos de autor de las CE.⁴⁰ Lo que es más, las Comunidades Europeas no han alegado que el artículo 110(5)(B) esté anulando o menoscabando ventajas que se sumen a las que los titulares de derechos de autor de las CE podrían si no obtener del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y del punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11. En consecuencia, a los efectos de estas actuaciones es procedente determinar el nivel de las ventajas de las CE que el artículo 110(5)(B) está anulando o menoscabando, ventajas consistentes en beneficios no obtenidos por los titulares de derechos de autor de las CE.

3.20 Habiendo examinado la naturaleza de las ventajas que deberían obtener las Comunidades Europeas con arreglo al punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y al punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11, los Árbitros pasan a estudiar la cuestión del *nivel* de las ventajas que las Comunidades Europeas podrían esperar obtener de conformidad con esas disposiciones. En otras palabras, la cuestión que tienen que estudiar a continuación los árbitros es el nivel de los ingresos por concepto de regalías que los titulares de derechos de autor de las CE podrían creer que van a recibir si los Estados Unidos cumplieran las obligaciones que les imponen el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.⁴¹

3.21 Las Comunidades Europeas consideran que, como esta diferencia se refiere a derechos exclusivos, el nivel de las ventajas que los titulares de derechos de autor de las CE podrían esperar obtener debe determinarse haciendo referencia al valor económico de los derechos exclusivos que les confieren el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11. Las Comunidades Europeas afirman que el valor económico de esos derechos corresponde a los ingresos en concepto de regalías que *potencialmente* obtendrían los titulares de derechos de autor de las CE. Las Comunidades Europeas recuerdan, a este respecto, que todos los bares, restaurantes y establecimientos de comercio minorista estadounidenses que difunden música de la radio y de la televisión tendrían que pagar derechos de licencia y que toda utilización no autorizada de obras musicales amparadas por el derecho de autor por tales establecimientos sería ilegal.

exportaciones canadienses no realizadas de carne de bovino y productos de carne de bovino tratada con hormonas).

⁴⁰ De hecho, como ya se ha señalado, los derechos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 han de concederse, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, a los titulares de derechos de las CE.

⁴¹ Hay que señalar que no se discute que el nivel de las ventajas que los titulares de derechos de autor de las CE podrían pensar en obtener si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC dependería, ante todo y sobre todo, de la competitividad de los titulares de derechos de autor de las CE en el mercado estadounidense. De hecho, ambas partes han tratado de estimar qué porcentaje de los ingresos totales por concepto de regalías generados en los Estados Unidos obtendrían los titulares de derechos de autor de las CE si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad con el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y con el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.

3.22 Los Árbitros tienen conciencia de que los derechos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 tienen el carácter de derechos exclusivos. Esos derechos, si los reconocieran los Estados Unidos, darían a los titulares de derechos de autor de las Comunidades Europeas la seguridad de que, con arreglo a la legislación de los Estados Unidos, cualquier utilización no autorizada de esas obras sería ilegal. También es cierto que, como señalan las CE, cualquier utilización no autorizada de obras amparadas por el derecho de autor, aparte de ser ilegal, privaría a los titulares de derechos de autor de las CE de ingresos consistentes en regalías. Sin embargo, la cuestión es si el nivel de los ingresos consistentes en regalías que los titulares de derechos de autor de las CE podrían esperar obtener *incluye* los ingresos consistentes en regalías de los que se verían privados por todos los usuarios no autorizados de sus obras.

3.23 Las Comunidades Europeas responden a esta cuestión afirmativamente. En esencia, afirman que, como los titulares de derechos de autor de las CE *deben* percibir regalías en concepto de licencias de *todos* los usuarios de sus obras amparadas por el derecho de autor -es decir, tanto los usuarios legales como los ilegales-, las ventajas que las Comunidades Europeas podrían esperar obtener son iguales a los ingresos consistentes en regalías que *deberían* percibir los titulares de derechos de autor de las CE.⁴²

3.24 Los Árbitros consideran que las ventajas que deben tener en cuenta en este asunto son las ventajas que las Comunidades Europeas podrían razonablemente pensar que iban a obtener con arreglo al punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y al punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.⁴³ A este respecto, los Árbitros ciertamente toman nota con interés de la afirmación de las Comunidades Europeas de que, conforme a la legislación de los Estados Unidos, todos los usuarios de obras de titulares de derechos de autor de las CE amparadas por el derecho de autor *deben* obtener una licencia y *deben* pagar derechos de licencia. Ahora bien, ¿es razonable, en las circunstancias de la diferencia que se examina, que las Comunidades Europeas piensen que todos los usuarios de las obras de titulares de derechos de autor de las CE *obtendrían* una licencia y *pagarían* derechos de licencia?

3.25 Al estudiar esta cuestión, es importante recordar que los derechos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 no se ejercen por sí mismos ni se hacen respetar por sí mismos. A este respecto, los Árbitros señalan que ninguna de las partes en esta diferencia ha afirmado que, en el caso de que la legislación estadounidense reconociera esos derechos, los Estados Unidos desempeñarían alguna función en lo que se refiere a la forma en que se ejercerían esos derechos. Tampoco se ha afirmado que los Estados Unidos tendrían la obligación de hacer respetar esos derechos en nombre de los titulares de derechos de las CE. A juicio de los árbitros, está claro que el ejercicio y la observancia de los derechos conferidos por el punto 3º)

⁴² A juicio de las Comunidades Europeas, los ingresos por concepto de regalías que *deberían* percibir los titulares de derechos de autor de las CE -es decir, los ingresos por concepto de regalías potencialmente obtenibles por los titulares de derechos de autor de las CE- representan el valor económico de los derechos exclusivos en litigio en esta diferencia. Incluso suponiendo que esto sea correcto (cuestión que los Árbitros no resuelven aquí), los Árbitros señalan que, en este asunto, no se les ha pedido que juzguen el valor económico de los *derechos* establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11. Antes bien, el mandato de los Árbitros consiste en determinar el valor económico de las *ventajas* que reportarían esos derechos anualmente. Véase el documento WT/DS160/15. Por consiguiente, los Árbitros no consideran procedente, en el contexto de estas actuaciones, hablar del "valor económico de los derechos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11".

⁴³ En este contexto, se debe recordar que es de carácter hipotético la investigación del nivel de las ventajas que las Comunidades Europeas podrían pensar que obtendrían *si* el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC. Los Árbitros consideran que en tal situación es necesario proceder con cautela, de forma que se constate que se han anulado o menoscabado solamente las ventajas que las Comunidades Europeas podrían, de buena fe y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, pensar que obtendrían del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y del punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.

del párrafo 1) del artículo 11*bis* y por el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 no incumbirían a los Estados Unidos sino a los titulares de derechos de autor de las CE.⁴⁴

3.26 De hecho, se está de acuerdo en que, en la práctica, los titulares de derechos de autor confían a las OAC la función de ejercer y hacer respetar los derechos exclusivos que están en litigio en esta diferencia.⁴⁵ Los titulares de derechos de autor autorizan a tales OAC a identificar a las personas o entidades que utilicen sus derechos, a conceder licencias para la utilización de sus derechos y a ejercer acciones judiciales para hacer que se respeten las licencias o para procesar a los usuarios que no hayan obtenido licencias.

3.27 Los Estados Unidos afirman que las OAC de los Estados Unidos, al desempeñar las funciones indicadas más arriba, tienen que hacer unos gastos considerables. Los Estados Unidos recuerdan a este respecto que, en los Estados Unidos, la base potencial de usuarios de obras musicales amparadas por el derecho de autor -es decir, bares, restaurantes y establecimientos de comercio minorista- es amplia, se encuentra geográficamente dispersa y está cambiando casi constantemente, ya que los usuarios entran en el mercado y salen del mercado continuamente. De estas consideraciones, los Estados Unidos infieren que no es económicamente racional que las OAC de los Estados Unidos -que los Estados Unidos afirman que en general tratan de maximizar los beneficios que pueden obtener los titulares de derechos de autor a los que representan⁴⁶- traten de identificar a *todos* los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor y de obtener licencias para ellos.⁴⁷ A juicio de los Estados

⁴⁴ Hay que indicar, no obstante, que el Acuerdo sobre los ADPIC impone de hecho a los Estados Unidos ciertas obligaciones con respecto a la observancia de los derechos de propiedad intelectual en su territorio. Esas obligaciones se establecen en los artículos 41 y siguientes del Acuerdo sobre los ADPIC. La obligación general se establece en el artículo 41, que dispone, en la parte pertinente, que "Los Miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual [...] que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo [...]". Ante el Grupo Especial, las Comunidades Europeas no alegaron que se hubiera infringido ninguna de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC relativas a la observancia. Véase el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafo 3.2. Por consiguiente, los Árbitros han de suponer que los Estados Unidos están actuando de forma compatible con las obligaciones impuestas por el Acuerdo sobre los ADPIC en lo que se refiere a la observancia.

⁴⁵ Véase el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafo 2.17. Los titulares de derechos de autor de las CE podrían teóricamente tratar de conceder una licencia a los usuarios de sus obras amparadas por el derecho de autor directamente, es decir, sin ninguna participación de OAC de los Estados Unidos. No obstante, los Árbitros consideran que, a los efectos de estas actuaciones, está justificado prescindir de la posibilidad de que los titulares de derechos de autor de las CE concedan licencias directamente. Por los elementos de prueba que figuran en el expediente, los Árbitros estiman que, dados los costos de transacción tan elevados que entraña la concesión directa de licencias, no es probable que los titulares de derechos de autor de las CE otorguen directamente licencias de sus derechos en medida considerable. En todo caso, ninguna de las partes ha pedido expresamente que en los cálculos de los Árbitros se tengan en cuenta los ingresos por concepto de regalías procedentes de la concesión directa de licencias.

⁴⁶ Los Estados Unidos también señalan, no obstante, que las propias OAC de los Estados Unidos pueden, en algunos casos, estar organizadas como organizaciones sin fines lucrativos. Los Estados Unidos afirman que ese es el caso, por ejemplo, de la ASCAP.

⁴⁷ Los Estados Unidos señalan que, en la práctica, lo que más interesa a las OAC de los Estados Unidos es obtener licencias para los usuarios de los que se espera percibir los mayores ingresos con los menores gastos de recaudación. Según los Estados Unidos, sería más probable, por ejemplo, que las OAC de los Estados Unidos hicieran los gastos necesarios a fin de obtener una licencia para un gran almacén en la ciudad de Nueva York que los gastos probablemente mayores que entrañarían la identificación de un pequeño bar en una zona rural de Kansas y la obtención de una licencia para ese bar.

Unidos, las estimaciones relativas a la época anterior a la entrada en vigor del artículo 110(5)(B) corroboran su opinión de que los titulares de derechos de autor no conceden licencias a *todos* los usuarios potenciales de sus obras.⁴⁸

3.28 Las Comunidades Europeas no niegan que el ejercicio de los derechos exclusivos de los titulares de derecho de autor entraña costos. Tampoco han impugnado expresamente las Comunidades Europeas el argumento de los Estados Unidos de que tal vez no fuera económicamente racional que las OAC de los Estados Unidos trataran de obtener una licencia para todos y cada uno de los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor. No obstante, las Comunidades Europeas consideran que los gastos que entraña administrar y hacer respetar derechos exclusivos no deben tenerse en cuenta al calcular el nivel de las ventajas de las CE que se están anulando o menoscabando como resultado de la aplicación del artículo 110(5)(B). Las Comunidades Europeas afirman que hacer eso significaría que los titulares de derechos de autor de las CE tendrían que aceptar, pese al Acuerdo sobre los ADPIC, cierto nivel de lo que las CE denominan "piratería".

3.29 Los Árbitros creen que tiene fuerza el argumento de los Estados Unidos de que el número de usuarios para los que las OAC de los Estados Unidos tratarán de obtener una licencia es función del costo y de los ingresos previstos por licencia. Los Árbitros también estiman convincente la afirmación de que el costo y los ingresos por licencia varían según las características de la base de usuarios, incluyendo factores tales como el número, tamaño y situación de los usuarios que difunden música de la radio o de la televisión, así como la medida en que los usuarios difunden tal música.⁴⁹

⁴⁸ Los Estados Unidos estiman que, antes de que entrase en vigor el artículo 110(5)(B), entre el xx por ciento (estimación correspondiente a 1996) y el 19 por ciento (estimación correspondiente a 1997) de los restaurantes de los Estados Unidos tenían licencia para difundir música. Por otra parte, los Estados Unidos han declarado ante el Grupo Especial que aproximadamente el 74 por ciento de los restaurantes de los Estados Unidos difunden música. Véase el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, anexo 2.3 (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 11 b) hecha por el Grupo Especial a los Estados Unidos).

⁴⁹ A diferencia de las Comunidades Europeas, los Árbitros no creen que en el párrafo 6.247 del informe del Grupo Especial haya nada que indique que, en las circunstancias y a los efectos de *esta* diferencia, sería impropio tomar en consideración factores tales como los costos de transacción que entraña la concesión de licencias y las características de la base de usuarios. Tampoco está claro para los Árbitros cómo el hecho de tener en cuenta esos factores podría ser "contrari[o] al alcance y al efecto vinculante" del Acuerdo sobre los ADPIC. El párrafo 6.247 trata de la cuestión de si un Miembro podría de manera justificable limitar los derechos exclusivos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 basándose en que los titulares de los derechos no estarían, desde el punto de vista de las pérdidas reales y no de las pérdidas potenciales, en peor situación después de introducirse la limitación que antes de introducirse ésta. Véase el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafo 6.247. Esta cuestión es totalmente diferente de las cuestiones que examinan los Árbitros en este asunto.

Análogamente, la afirmación que hace el Grupo Especial en el párrafo 6.196 de su informe en el sentido de que las prácticas seguidas en materia de licencias por las OAC no son, necesariamente, plenamente indicativas de una "explotación normal" de los derechos exclusivos, no es, en forma alguna, contraria a la opinión de los Árbitros de que el nivel de concesión de licencias que las OAC de los Estados Unidos tratan de conseguir es función de los costos y de los ingresos previstos por licencia. La cuestión examinada por el Grupo Especial era si el hecho de que la Enmienda de 1998 no modificase en general las prácticas seguidas en materia de otorgamiento de licencias por las OAC de los Estados Unidos en relación con los establecimientos que ya estaban exonerados en virtud de la antigua exención de uso hogareño era un indicador fiable de una explotación normal de los derechos exclusivos. El Grupo Especial constató que no era así, porque era evidente que, a causa de la exención de uso hogareño ya existente, esos establecimientos no podían disponer de licencias. Véase el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafo 6.196. De la constatación del Grupo Especial no se desprende que los gastos inherentes a la concesión

3.30 Además, de la información proporcionada por las partes sobre las características de la base de usuarios estadounidenses resulta claro que las OAC de los Estados Unidos tendrían que hacer gastos muy considerables si trataran de alcanzar un nivel de licencias del 100 por ciento. Por consiguiente, es de todo punto razonable que las OAC de los Estados Unidos podrían obtener mayores ingresos netos por concepto de licencias con un nivel de licencias inferior. De hecho, las pruebas de que hay constancia en el expediente respaldan la afirmación de los Estados Unidos de que, en la práctica, las OAC de los Estados Unidos perciben solamente una proporción de los ingresos por concepto de regalías que podrían obtener los titulares de los derechos de autor y que no obtienen licencias para todos los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor.⁵⁰

3.31 En contra de la opinión de las Comunidades Europeas, el hecho de tener en cuenta los costos de transacción a que tienen que hacer frente las OAC de los Estados Unidos y las repercusiones de esos costos sobre el nivel de concesión de licencias no implica que los titulares de derechos de autor "tengan" que aceptar cierto nivel de "piratería". Los titulares de derechos de autor, o las OAC que los representan, tienen libertad para tratar de expedir licencias a todos los usuarios de sus obras. Sin embargo, como debe resultar claro de los párrafos precedentes, si las OAC lo hicieran, no maximizarían necesariamente los ingresos por concepto de regalías obtenidos por los titulares de derechos de autor a los que representan.

3.32 En respuesta al argumento de las Comunidades Europeas relativo a la "piratería", los Árbitros desean señalar también que el término "piratería" es, desde luego, una palabra emotiva cuando se utiliza en el contexto de la infracción de derechos de autor. En los sectores de la utilización de derechos de autor a los que no se aplican las exenciones previstas en el artículo 110(5), sería sorprendente que actualmente se percibiera el ciento por ciento de las regalías potencialmente debidas. Antes de que se promulgase la enmienda de 1998, era sumamente improbable que todas las empresas que actualmente pueden acogerse a las exenciones establecidas en la enmienda hubieran obtenido una licencia o, en el caso de que la hubieran obtenido, hubieran pagado efectivamente todos los derechos de licencia debidos. No obstante, como se ha indicado anteriormente, las Comunidades Europeas no han alegado formalmente que se haya infringido ninguna de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC relativas a la observancia. Si no se hubiera aprobado la enmienda de 1998, parece improbable que no se hubiera presentado al OSD reclamación alguna por el hecho de que los Estados Unidos no tomaran medidas para asegurar el pleno cumplimiento de las normas. Esto hace pensar que, en aquel momento, las Comunidades Europeas aceptaron la realidad de que nunca se podría lograr que la percepción de los derechos llegase al 100 por ciento.

3.33 A la vista de lo que antecede, los Árbitros consideran que las Comunidades Europeas no podían razonablemente pensar que, en los Estados Unidos, todos los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor de titulares de derechos de las CE obtendrían licencias y pagarían regalías por concepto de licencias. En consecuencia, el nivel de los ingresos por concepto de regalías que las

de licencias no tengan ninguna repercusión sobre el nivel de las licencias. De hecho, el Grupo Especial reconoció "[...] que la medida en que los titulares de los derechos ejerzan o no ejerzan sus derechos exclusivos en un determinado momento es de gran importancia para evaluar lo que constituye la exportación normal con respecto a un determinado derecho exclusivo en un determinado mercado". Véase el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafo 6.188.

⁵⁰ Las Comunidades Europeas no ponen en duda expresamente la exactitud de las estimaciones hechas por los Estados Unidos sobre el nivel de licencias al que probablemente se llegaría en los Estados Unidos si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC. Por otra parte, los datos proporcionados por las Comunidades Europeas hacen pensar que el nivel de obtención de licencias en algunos Estados miembros de las CE es considerablemente más elevado que en los Estados Unidos. Hay que recordar, no obstante, que ante el Grupo Especial las Comunidades Europeas no alegaron formalmente que los Estados Unidos estuvieran actuando de forma incompatible con las obligaciones que en materia de observancia se imponen en el Acuerdo sobre los ADPIC. Véase *supra*, nota 44.

Comunidades Europeas podrían razonablemente esperar que percibieran los titulares de derechos de las CE se limita, a juicio de los Árbitros, a los ingresos por concepto de licencias procedentes de los usuarios que *obtendrían* licencias.

3.34 Así pues, los Árbitros no pueden aceptar la opinión de las Comunidades Europeas de que el nivel de las ventajas que las Comunidades Europeas podrían razonablemente pensar que obtendrían en virtud de lo dispuesto en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 es igual a los ingresos por concepto de regalías que podrían obtener los titulares de derechos de autor de las CE. De hecho, si los Árbitros adoptasen la posición de las Comunidades Europeas, el nivel de las ventajas de las CE que quedarían *anuladas o menoscabadas* como resultado de la aplicación del artículo 110(5)(B) sería *más alto* que el nivel de las ventajas que *obtendrían efectivamente* las Comunidades Europeas si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC.⁵¹ Los Árbitros consideran que tal resultado sería incongruente y estaría injustificado. Sería de todo punto improcedente que los Árbitros concediesen a las Comunidades Europeas ventajas que las CE no estén perdiendo efectivamente por el hecho de que se continúe aplicando el artículo 110(5)(B).⁵²

3.35 En conclusión, en este asunto los Árbitros determinarán el nivel de las ventajas de las Comunidades Europeas anuladas o menoscabadas como resultado de la aplicación del artículo 110(5)(B) haciendo referencia a los ingresos por concepto de regalías que los titulares de derechos de autor de las CE podrían razonablemente esperar obtener si los Estados Unidos reconociesen los derechos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11. Por las razones indicadas más arriba, los Árbitros consideran que los ingresos por concepto de regalías que los titulares de derechos de autor de las CE podrían razonablemente esperar obtener no incluyen los ingresos por concepto de regalías que los titulares de derechos de autor de las CE dejasen de percibir al no ejercer o al no hacer que se respetasen sus derechos exclusivos.

B. REGALÍAS RECAUDADAS O REGALÍAS DISTRIBUIDAS

3.36 Como se ha indicado ya, los Árbitros, antes de ocuparse de los detalles de la forma de calcular el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas como consecuencia del artículo 110(5)(B), han de resolver aún otra cuestión conceptual distinta. Se trata de si los ingresos que cabría razonablemente prever que obtuvieran en concepto de regalías los titulares de derechos de las CE equivalen al monto de las regalías por concesión de licencias que habrían *recaudado* las OAC de los Estados Unidos de los usuarios de obras de esos titulares o al monto de las regalías que dichas organizaciones habrían *distribuido* a estos.

⁵¹ Esto se debe a que los ingresos por concepto de regalías que podrían obtener los titulares de derechos de autor de las Comunidades Europeas- que las CE afirman que es lo que los Árbitros deben evaluar en esta diferencia- exceden de los ingresos efectivos por concepto de regalías que los titulares de derechos de las CE pueden razonablemente esperar obtener una vez que los Estados Unidos reconozca en su legislación los derechos a que se refieren el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.

⁵² Por la misma razón, los Árbitros no pueden estar de acuerdo con las Comunidades Europeas en que sería absurdo que el nivel de anulación o menoscabo fuese inferior en el caso de los Miembros en los que se otorgan pocas licencias (por ejemplo, a causa del alto costo de la concesión de licencias) que en el caso de los Miembros en los que se otorgan muchas licencias (por ejemplo, a causa del bajo costo de la concesión de licencias). Análogamente, el nivel de las ventajas que de hecho obtendrían otros Miembros sería más bajo en el caso de los Miembros en los que se otorgan pocas licencias que en el caso de los Miembros en los que se otorgan muchas licencias.

3.37 Las **Comunidades Europeas** consideran que los Árbitros deben basar su determinación en el monto de las regalías que habrían de pagar los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor y no en el monto de las regalías que las OAC de los Estados Unidos distribuirían a los titulares de derechos de las CE. Las Comunidades Europeas señalan que los servicios prestados por las OAC de los Estados Unidos a los titulares de derechos de las CE entrañan para estos últimos costos que disminuyen sus ingresos netos, pero reiteran su opinión de que lo que hay que calcular en el presente caso es el valor de los derechos exclusivos que se niegan a los titulares de derechos de las CE. En opinión de las Comunidades Europeas, ni los eventuales gastos que se originen a las OAC de los Estados Unidos al administrar los derechos de los titulares de las CE ni los ingresos netos obtenidos por estos últimos son pertinentes a la determinación del valor económico de los derechos exclusivos de los titulares de derechos de las CE.

3.38 Las Comunidades Europeas señalan además que el cobro de créditos ocasiona gastos a *todos* los agentes económicos, que necesitan destinar personal a ese fin o utilizar los servicios de empresas especializadas. Las Comunidades Europeas aducen que, a pesar de ello, en anteriores procedimientos de arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD nunca se han utilizado los costos relacionados con el cobro de créditos derivados de transacciones de bienes o servicios para reducir el nivel de las ventajas que se ha constatado que han resultado menoscabadas o anuladas a consecuencia de un incumplimiento de obligaciones en el marco de la OMC.

3.39 Los **Estados Unidos** aducen que las ventajas perdidas por los titulares de derechos de las CE a consecuencia del artículo 110(5)(B) son las distribuciones que de no ser por ese artículo habrían recibido de las OAC de los Estados Unidos. Sostienen que las ventajas perdidas por los titulares de derechos de las CE no son las regalías brutas por concesión de licencias que las OAC de los Estados Unidos habrían recaudado de los usuarios titulares de licencias. Según los Estados Unidos, la razón de ello es que las OAC de los Estados Unidos sólo distribuirían a los titulares de derechos de las CE regalías *netas* por licencias. Los Estados Unidos definen las regalías netas por licencias como "las regalías por licencias percibidas por las entidades recaudadoras menos los gastos que se hayan originado a éstas". Dichos gastos comprenden los gastos derivados de la recaudación y administración de las cantidades adeudadas en concepto de derechos a los titulares del derecho de autor.

3.40 Los Estados Unidos añaden que las Comunidades Europeas, al centrarse exclusivamente en el pago de derechos por los titulares estadounidenses de licencias a las OAC de los Estados Unidos, pasan por alto el hecho de que el presente asunto es un asunto comercial. Lo que importa, según los Estados Unidos, son los pagos transfronterizos que deberían recibir los titulares de derechos de las CE. Así pues, a juicio de los Estados Unidos, el nivel de anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas equivale a los ingresos no percibidos en sus transacciones por cuenta corriente con los Estados Unidos por razón de la incompatibilidad constatada entre la legislación estadounidense y el Acuerdo sobre los ADPIC. Los Estados Unidos recuerdan a este respecto que la transacción por cuenta corriente es la distribución de una OAC de los Estados Unidos a un titular de derechos de las CE y no el pago de un derecho por un titular de una licencia en los Estados Unidos a una OAC de los Estados Unidos.

3.41 Los **Árbitros** toman nota de que las OAC de los Estados Unidos no distribuyen a los titulares del derecho de autor el importe total de las regalías por licencias que perciben de los usuarios bajo licencia, debido a que han de cubrir los costos que se les originan en la cesión bajo licencia de los derechos de los titulares del derecho de autor, así como los gastos generales de explotación. De ello se desprende que el monto total de las regalías que las OAC de los Estados Unidos distribuirían a los titulares de derechos de las CE si los Estados Unidos otorgaran a éstos los derechos enumerados en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 sería inferior al monto total de las regalías por concesión de licencias pagadas a las OAC de los Estados Unidos por los usuarios bajo licencia de obras de los titulares de derechos de las CE.

3.42 Se plantea así la cuestión de si el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas a consecuencia del artículo 110(5)(B) debería calcularse tomando como base el monto de las regalías por licencias que de no ser por ese artículo habrían sido *recaudadas* por las OAC de los Estados Unidos de los titulares de licencias en los Estados Unidos o el monto de las regalías que habrían sido *distribuidas* a los titulares de derechos de las CE por esas organizaciones.

3.43 Al examinar esta cuestión, es conveniente analizar más detenidamente la relación entre los titulares del derecho de autor, las OAC de los Estados Unidos y los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor. En lo que respecta, en primer lugar, a los titulares de derechos, éstos están vinculados a las OAC de los Estados Unidos por acuerdos de incorporación o afiliación.⁵³ En virtud de esos acuerdos, los titulares de los derechos otorgan a las OAC de los Estados Unidos el derecho (no exclusivo) de conceder licencias a los usuarios de sus obras amparadas por el derecho de autor.⁵⁴ A cambio, los titulares de los derechos reciben de las OAC pagos en concepto de regalías de conformidad con las políticas y métodos de distribución de esas organizaciones.⁵⁵ A su vez, las OAC negocian acuerdos de concesión de licencias con los usuarios de las obras de los titulares de derechos a los que representan. Esas negociaciones se refieren, en especial, a las regalías que los usuarios titulares de una licencia han de pagar a las OAC.

3.44 Del párrafo anterior se deduce claramente que los titulares de derechos de las CE, cuando autorizan a las OAC de los Estados Unidos a ceder sus derechos bajo licencia, no pueden esperar razonablemente obtener directamente de los usuarios bajo licencia de sus obras ninguna ventaja.⁵⁶ Las ventajas que los titulares de derechos de las CE, y, por consiguiente, las Comunidades Europeas, obtendrían de los derechos exclusivos enumerados en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11 *bis* y el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 serían las resultantes de los acuerdos concertados por los titulares de derechos de las CE con OAC de los Estados Unidos.

3.45 Para dar respuesta a la cuestión de qué ventajas obtendrían los titulares de derechos de las CE de sus acuerdos con OAC de los Estados Unidos, es necesario, en primer lugar, tener una idea clara del concepto de "ventajas". A este respecto, los Árbitros consideran que la decisión de los Árbitros en *CE - Hormonas (párrafo 6 del artículo 22) (Estados Unidos)* proporciona una orientación útil. En ese asunto, los Árbitros utilizaron como referencia para determinar el nivel de las ventajas de los Estados Unidos anuladas o menoscabadas a consecuencia de la prohibición de las Comunidades

⁵³ Los Árbitros observan que, en todo caso, ocurre así en el caso de las OAC de los Estados Unidos pertinentes a la presente diferencia, la ASCAP y la BMI.

⁵⁴ En consecuencia, cuando intervienen OAC del tipo de las que se trata en la presente diferencia, no hay ninguna relación directa, jurídica o de otra naturaleza, entre los titulares de los derechos y los usuarios bajo licencia.

⁵⁵ Como ya se ha indicado, las OAC de los Estados Unidos deducen de las regalías percibidas por licencias los gastos de recaudación, administración y de otra naturaleza antes de efectuar las distribuciones a los titulares de los derechos. Además, hay que señalar que las OAC de los Estados Unidos ofrecen licencias llamadas globales, que autorizan a los usuarios titulares de ellas a usar las obras de *todos* los titulares de derechos representados por una determinada OAC. En consecuencia, las OAC precisan establecer fórmulas de distribución para evaluar los pagos que han de efectuarse por concepto de regalías a cada uno de los titulares de derechos.

⁵⁶ Los titulares de derechos de las CE podrían obtener directamente ventajas de los usuarios de sus obras amparadas por el derecho de autor si concedieran directamente licencias a esos usuarios. No obstante, como hemos indicado anteriormente, a los efectos del presente procedimiento no se tiene en cuenta la posibilidad de concesión directa de licencias por los titulares de derechos de las CE. Véase *supra*, nota 45.

Europeas relativa a las hormonas el valor total de la carne de bovino o los productos de carne de bovino estadounidenses que se habrían exportado si no hubiera existido la prohibición.⁵⁷

3.46 Teniendo presente esta definición, los Árbitros proceden seguidamente a examinar qué ventajas se derivarían para los titulares de derechos de las CE de sus acuerdos con OAC de los Estados Unidos. Como ya se ha indicado, a cambio del derecho de las OAC de los Estados Unidos a conceder licencias a los usuarios, estas organizaciones efectuarían pagos en concepto de regalías ("distribuciones") a los titulares de los derechos. Todas las partes en la diferencia admiten que los pagos que recibirían los titulares de los derechos de las OAC de los Estados Unidos equivaldrían a las regalías por licencias percibidas de los usuarios bajo licencia de las obras de los primeros, menos los gastos de recaudación y de otra naturaleza originados a esas organizaciones.

3.47 Al igual que los Estados Unidos, los Árbitros no atribuyen especial importancia al hecho de que las distribuciones de las OAC de los Estados Unidos equivalgan a los ingresos netos por licencias de esas organizaciones. Con independencia de lo que puedan representar para las OAC de los Estados Unidos, esas distribuciones, a pesar de que, en cierto sentido, son pagos netos, debido a la deducción de los gastos de recaudación y de otra naturaleza, representarían para los titulares de derechos de las CE ingresos brutos, y, por consiguiente, ventajas resultantes de los derechos exclusivos enumerados en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.

3.48 En consecuencia, los Árbitros consideran que el contenido de las ventajas que las Comunidades Europeas podrían esperar razonablemente obtener de conformidad con el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 es el monto total de los pagos en concepto de regalías ("distribuciones") que las OAC de los Estados Unidos efectuarían a los titulares de derechos de las CE (o a sus representantes). De forma más sencilla, puede decirse que las ventajas que las Comunidades Europeas podrían esperar obtener son los pagos que las OAC de los Estados Unidos efectuarían a los titulares de derechos de las CE una vez deducidos los gastos de recaudación y administración.

3.49 Aunque es cierto que el monto de las distribuciones de las OAC a los titulares de derechos de las CE sería inferior al de las regalías por concesión de licencias percibidas por las OAC de los Estados Unidos de los usuarios bajo licencia de las obras de esos titulares, del hecho de que esas organizaciones puedan *recaudar* una determinada cantidad en concepto de regalías por licencias de los usuarios titulares de ellas no se desprende que los titulares de derechos de las CE *tengan derecho, ipso facto*, a percibir esa cantidad. Como se ha indicado anteriormente, los pagos que han de realizar las OAC de los Estados Unidos dependen de las condiciones de los acuerdos de incorporación o afiliación concertados entre ellas y los titulares de derechos de las CE. En virtud de los acuerdos que suelen concertarse entre los titulares del derecho de autor y las organizaciones en cuestión, los primeros *no* reciben la cantidad íntegra recaudada en concepto de derechos de licencia por las OAC de los Estados Unidos. Los Árbitros no consideran que en el presente caso haya ninguna razón para suponer lo contrario.

3.50 Las Comunidades Europeas no admiten que lo que los Árbitros hayan de determinar sea el monto de los pagos en concepto de regalías que las OAC de los Estados Unidos harían a los titulares de derechos de las CE. Según las Comunidades Europeas, lo que es preciso determinar es el monto de las regalías por licencias que habrían de *pagar* los usuarios de las obras de titulares de derechos de las CE ya que, a su parecer, ese monto es el valor de los derechos exclusivos que se niegan a los titulares de derechos de las CE. Este argumento no parece convincente a los Árbitros. Hay que

⁵⁷ Véase la decisión de los Árbitros en *CE - Hormonas (párrafo 6 del artículo 22) (Estados Unidos)*, *supra*, párrafo 43.

recordar que la función de los Árbitros en el presente asunto no consiste en establecer el valor económico de los derechos exclusivos que se niegan a los titulares de derechos de las CE, sino en evaluar el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas a consecuencia del artículo 110(5)(B).⁵⁸

3.51 Aun suponiendo, a efectos de argumentación, que los Árbitros hubieran de establecer el valor económico de los derechos exclusivos en cuestión, es evidente que ese valor habría de determinarse al nivel de los titulares de derechos de las CE, dado que el objeto del presente procedimiento es evaluar las repercusiones económicas del artículo 110(5)(B) en las Comunidades Europeas. Por las razones expuestas en los párrafos anteriores, los "eventuales ingresos por licencias"⁵⁹ que podrían obtener los titulares de derechos de las CE mediante la cesión bajo licencia de sus derechos por conducto de las OAC de los Estados Unidos *no* equivaldrían a las regalías por licencias que los titulares de licencias de los Estados Unidos pagarían a esas organizaciones.

3.52 Los Estados Unidos consideran que las ventajas perdidas por los titulares de derechos de las CE como resultado del artículo 110(5)(B) son las distribuciones que de no ser por ese artículo recibirían de las OAC de los Estados Unidos. Los Estados Unidos señalan que las distribuciones de las OAC de los Estados Unidos a los titulares de derechos de las CE se reflejan en la cuenta corriente de pagos internacionales de los Estados Unidos. En consecuencia, los Estados Unidos sostienen que el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas debe medirse por los ingresos perdidos en las transacciones por cuenta corriente de las Comunidades Europeas con los Estados Unidos.

3.53 Los Árbitros no están convencidos de que en el presente asunto sea, no ya necesario, sino ni siquiera procedente, relacionar la cuestión del nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas con la cuenta corriente de pagos internacionales de los Estados Unidos. En primer lugar, no encuentran ninguna razón jurídica por la que el cálculo del nivel de los pagos de las OAC de los Estados Unidos a los titulares de derechos de las CE haya de basarse necesariamente en cifras obtenidas de la cuenta corriente de los Estados Unidos. La posibilidad de que en algunos casos la cuenta corriente pueda ser una base útil para evaluar las repercusiones de medidas incompatibles con la OMC no lleva a la conclusión de que haya de ser en todos los casos un factor determinante o haya de utilizarse con exclusión de otras fuentes de datos pertinentes.⁶⁰ De hecho, los propios Estados Unidos no han basado los argumentos que han expuesto a los Árbitros en cifras de la cuenta corriente, ni han proporcionado a los Árbitros esas cifras.

3.54 Otra razón para adoptar en el presente caso una actitud precavida con respecto a las cifras de la cuenta corriente estriba en el hecho de que cabe la posibilidad de que esas cifras no proporcionen indicaciones suficientemente exactas sobre el monto de los pagos que las OAC de los Estados Unidos harían a los titulares de derechos de las CE. Los Árbitros tienen entendido que las transacciones internacionales que se reflejan en la cuenta corriente de los Estados Unidos son las transacciones entre los residentes en los Estados Unidos y los residentes en el extranjero. Dicho de otro modo, es la residencia de las partes que intervienen en una determinada transacción transfronteriza, y no su nacionalidad, lo que determina que esa transacción se refleje o no en la cuenta corriente y en qué parte de ella. Ahora bien, lo que interesa a los Árbitros en el presente procedimiento son los pagos hechos

⁵⁸ Véase también, *supra*, nota 42.

⁵⁹ Hay que recordar que las Comunidades Europeas consideran que el valor económico de los derechos exclusivos de que se trata es igual a los eventuales ingresos por licencias de los titulares de derechos de las CE.

⁶⁰ A juicio de los Árbitros, el simple hecho de que este asunto sea un "asunto comercial", en el que se trata de pagos internacionales por licencias que se reflejan en la cuenta corriente de los Estados Unidos, no constituye, por sí solo, una razón suficiente para que sea necesario utilizar las cifras de la cuenta corriente.

por las OAC de los Estados Unidos a nacionales de países de las CE, es decir, a titulares de derechos de las CE.⁶¹

3.55 En consecuencia, a juicio de los Árbitros, habría que tener en cuenta, al determinar el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas, los pagos hechos por OAC de los Estados Unidos a titulares de derechos de las CE residentes en los Estados Unidos o, a titulares de derechos de las CE residentes por ejemplo, en Suiza. Ahora bien, esas transacciones no se reflejarían en la cuenta corriente de los Estados Unidos como transacciones entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas, ya que esos nacionales de países de las CE no serían residentes en las CE.

3.56 Un problema análogo se plantearía en relación con las distribuciones indirectas de las OAC de los Estados Unidos a titulares de derechos de las CE. Por ejemplo, los titulares de derechos de las CE pueden recurrir a las compañías de edición filiales en los Estados Unidos para que los representen en ese país. En tal caso, los pagos pertinentes serían los efectuados por las OAC de los Estados Unidos a esas compañías de los Estados Unidos que representan a los titulares de derechos de las CE. Esos pagos de OAC de los Estados Unidos a compañías de edición filiales en los Estados Unidos no se reflejarían en la cuenta corriente de ese país. Eso no altera, no obstante, el hecho de que dichos pagos serían pagos a titulares de derechos de las CE⁶², que, como tales, han de ser tenidos en cuenta por los Árbitros.⁶³

3.57 Como ponen patentemente de manifiesto los ejemplos citados, si los Árbitros utilizaran cifras de la cuenta corriente, se correría el riesgo de infravalorar los pagos que las OAC de los Estados Unidos harían a los titulares de derechos de las CE.⁶⁴ Ante ese riesgo, los Árbitros prefieren no basar su determinación del nivel de las ventajas perdidas por las Comunidades Europeas en datos tomados de la cuenta corriente de los Estados Unidos.⁶⁵

3.58 Habida cuenta de lo expuesto, los Árbitros concluyen que el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas a consecuencia del artículo 110(5)(B) debe evaluarse tomando como base el monto de los pagos en concepto de regalías ("distribuciones") que harían las OAC de los Estados Unidos a los titulares de derechos de las CE o a sus representantes.

⁶¹ El párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los Miembros a conceder el trato al que se refiere ese Acuerdo a los "nacionales de los demás Miembros".

⁶² En opinión de los Árbitros, esos pagos en concepto de regalías serían pagos a titulares de derechos de las CE aun en caso de que estos últimos decidieran utilizar o reinvertir sus ingresos en los Estados Unidos en lugar de transferirlos a un Estado miembro de las Comunidades Europeas.

⁶³ Los Árbitros señalan que los datos que se les han facilitado con respecto a las distribuciones de las OAC de los Estados Unidos a titulares de derechos de las CE a través de compañías de edición filiales en los Estados Unidos no son completos, por cuanto no se especifican los criterios aplicados para obtenerlos. A juicio de los Árbitros, cabe la posibilidad de que en los datos facilitados estén incluidas las distribuciones a personas que podrían considerarse titulares de derechos de los Estados Unidos. En el párrafo 4.46 los Árbitros aclaran de qué forma han tenido en cuenta este problema al determinar el nivel de esas distribuciones indirectas.

⁶⁴ Dado que no se les ha proporcionado información acerca del número de titulares de derechos de las CE que residen fuera de las Comunidades Europeas o de la parte de las distribuciones de las OAC de los Estados Unidos a compañías de edición filiales en los Estados Unidos que estas últimas transferirían realmente a titulares de derechos de las CE, los Árbitros no tienen ningún modo de saber si el hecho de basarse en datos de la cuenta corriente llevaría a resultados considerablemente inexactos.

⁶⁵ Los Árbitros recuerdan que, en todo caso, los Estados Unidos no han facilitado los datos de la cuenta corriente de los Estados Unidos que les permitirían calcular los ingresos perdidos por las Comunidades Europeas.

IV. CÁLCULO

A. EXPOSICIÓN GENERAL DE LA METODOLOGÍA APLICADA POR EL ÁRBITRO

1. Enfoque "orientado de abajo arriba" o enfoque "orientado de arriba abajo"

4.1 Los **Árbitros** recuerdan que, en el procedimiento sustanciado ante el Grupo Especial, las partes propusieron enfoques diferentes para calcular el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas como consecuencia de la aplicación del artículo 110(5)(B). El primero, calificado de enfoque "orientado de abajo arriba" fue propugnado por las Comunidades Europeas.⁶⁶ El segundo, calificado de enfoque "orientado de arriba abajo", fue apoyado por los Estados Unidos.⁶⁷ El Grupo Especial no se pronunció acerca de cuál de esos enfoques era el más apropiado para determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas de las CE.⁶⁸ Ante los Árbitros, las partes expusieron más detalladamente sus respectivos enfoques, que se resumen brevemente a continuación.

4.2 Conforme al enfoque "orientado de abajo arriba", las **Comunidades Europeas** toman como punto de partida el número de establecimientos que podrían acogerse a la exención. A continuación, reducen ese número empleando la hipótesis de los Estados Unidos de que un xx por ciento de todos los establecimientos de servicios de comidas o bebidas con una superficie de menos de 3.750 pies cuadrados utilizan música radiodifundida. En tercer lugar, aplican a los establecimientos restantes los derechos de licencia apropiados seleccionados de los programas de licencias de la ASCAP y la BMI. Las Comunidades Europeas obtienen así un nivel de anulación o menoscabo de ventajas de 25.486.974 dólares EE.UU.

4.3 Con arreglo al enfoque "orientado de arriba abajo", los **Estados Unidos** toman como punto de partida el promedio durante tres años (1996-1998) de las regalías totales pagadas a titulares de derechos de las CE por la ASCAP y la cantidad total pagada por la BMI a titulares de derechos de las CE en 1996. A continuación, realizan una serie de deducciones sucesivas. Tras determinar la cantidad imputable a las licencias generales efectúan una deducción de los ingresos por licencias generales que no corresponden a la definición legal de "establecimiento". A continuación, deducen de los ingresos por licencias la parte correspondiente a la difusión de música de fuentes distintas de la radio y la televisión. Por último, deducen de la cantidad así obtenida los ingresos por licencias correspondientes a establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista en los que hay difusión radiofónica pero que no se ajustan a las limitaciones que establece en cuanto a dimensiones y equipo el artículo 110(5)(B), por lo que no pueden acogerse a esa exención. Los Estados Unidos llegan así a un nivel de anulación o menoscabo de ventajas comprendido entre 446.000 y 733.000 dólares EE.UU.

4.4 Los **Árbitros** examinaron cuidadosamente las alegaciones, los argumentos y las pruebas presentados por las partes a la luz de las normas sobre la carga de la prueba aplicables en los arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, con arreglo a la función que le ha sido encomendada por las partes. Los Árbitros tuvieron presente que en los procedimientos de arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22, una parte impugna el nivel de las contramedidas que la otra pretende adoptar al amparo de los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 22, por lo que cabe entender, que la carga de demostrar *prima facie* que la metodología y los cálculos expuestos por la parte que pretende aplicar las contramedidas son incompatibles con las prescripciones del artículo 22 del ESD

⁶⁶ Véase el informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafos 6.253 y 6.256.

⁶⁷ *Ibid.*, párrafos 6.252 y 6.255.

⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 6.254.

recae en la parte que impugna el nivel de esas contramedidas. Por ejemplo, en los casos *CE - Hormonas*, la carga inicial recaía en las Comunidades Europeas. No obstante, el presente asunto ha sido sometido por ambas partes a los Árbitros "de mutuo acuerdo". Es discutible que haya en él un reclamante y un demandado. Una vez dicho esto, observamos que en el procedimiento convenido presentado por las partes⁶⁹ se nos indica expresamente que apliquemos la asignación de la carga de la prueba conforme a los principios jurídicos elaborados en los procedimientos de arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22. Observamos asimismo que las partes convienen en que las Comunidades Europeas presenten una comunicación sobre la metodología antes de las primeras comunicaciones escritas, al igual que en los procedimientos sustanciados en el marco del párrafo 6 del artículo 22. En consecuencia, los Árbitros decidieron proceder a asignar la carga de la prueba de la misma forma que en un asunto sustanciado en el marco del párrafo 6 del artículo 22.

4.5 Sobre la base de los antecedentes de que disponen, y especialmente de los argumentos expuestos y las pruebas presentadas por los Estados Unidos, que demuestran que la metodología de las CE no resulta adecuada en todos los puntos, los Árbitros consideran que los Estados Unidos han establecido una presunción *prima facie* de que la metodología y las estimaciones presentadas por las Comunidades Europeas no abocarían a un resultado que refleje adecuadamente el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas. A nuestro parecer, las Comunidades Europeas no han refutado esa presunción. En consecuencia, no hemos podido aceptar la metodología propuesta por las Comunidades Europeas.⁷⁰ Nos pareció más convincente la alternativa propugnada por los Estados Unidos. No obstante, no aceptamos en su totalidad los reajustes y deducciones efectuados por ese país. En algunos casos consideramos inapropiados esos reajustes y deducciones e intentamos, en general, realizar un análisis más completo. Señalamos además que, a instancia de los Árbitros, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos confirmaron que los Árbitros no estaban obligados a optar entre la metodología de las CE y la de los Estados Unidos, y que podían establecer su propia metodología y realizar sus propias estimaciones, basándose en todos los argumentos expuestos y las pruebas presentadas por las partes. En consecuencia, aunque esencialmente hemos utilizado la metodología de los Estados Unidos, hemos aplicado en nuestros cálculos algunos elementos de la metodología y estimaciones de las CE, y hemos realizado nuestras propias evaluaciones.

4.6 En este contexto, y habida cuenta de las conclusiones a las que hemos llegado en la sección III *supra*, hemos aplicado el enfoque "orientado de arriba abajo", por las razones que a continuación se indican.

4.7 Es conveniente partir del número de establecimientos que disponían efectivamente de una licencia en el momento en que entró en vigor la Enmienda de 1998, ya que este enfoque tiene la ventaja de proporcionarnos un punto de partida basado en hechos históricos y verificados, aunque pueda ser necesario hacer reajustes para evaluar el nivel de las ventajas que se hallaban anuladas o menoscabadas en la fecha en que el asunto se sometió a los Árbitros.

4.8 Este enfoque tiene además la ventaja de reducir el número de suposiciones que es necesario hacer. En cambio, el enfoque de las Comunidades Europeas exigiría, a nuestro juicio, que basáramos nuestro cálculo en lo que en algunos arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 se ha calificado de "análisis de una situación hipotética".⁷¹ Consideramos que sólo estaría justificado

⁶⁹ Véase WT/DS160/15.

⁷⁰ Véase *supra*, sección III.

⁷¹ Véase, por ejemplo, el enfoque adoptado en *CE - Hormonas (párrafo 6 del artículo 22) (Estados Unidos)* y *CE - Hormonas (párrafo 6 del artículo 22) (Canadá)*, en que, en ausencia de datos sobre el comercio correspondientes a un período en el que pudiera suponerse que el régimen de las CE era compatible con la OMC, los Árbitros tuvieron que evaluar cuál habría sido el volumen de los intercambios comerciales si las Comunidades Europeas hubieran puesto su legislación en conformidad al final del plazo prudencial que se

recurrir al análisis de una situación hipotética en caso de que se hubiera establecido que la situación anterior a la Enmienda de 1998 era incompatible con el Acuerdo sobre los ADPIC.

4.9 Los Árbitros recuerdan que, antes de la entrada en vigor de la Enmienda de 1998, algunos tipos de establecimientos estaban ya exentos del pago de derechos de autor en virtud del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976. Para quedar exentos, era necesario que esos establecimientos utilizaran un único aparato receptor del tipo de los utilizados habitualmente en los hogares privados, razón por la cual esta exención se conoce con el nombre de "exención de uso hogareño".⁷² Se aplicaban además a los establecimientos, en los términos establecidos en decisiones de los tribunales, algunas prescripciones relativas a las dimensiones.⁷³ En virtud de la Enmienda de 1998 se añadió una parte (B) que ampliaba el ámbito de la exención al amparo del artículo 110(5).⁷⁴

4.10 Los Árbitros señalan que su función no es evaluar la compatibilidad con el Acuerdo sobre los ADPIC de una determinada norma legal estadounidense, sino determinar el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas. En ese marco, consideramos también que la forma más concerniente de evaluar el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas consiste en determinar lo que recibían los titulares de derechos de las CE antes de la aplicación de la Enmienda de 1998 -ya que contamos con datos históricos relativos a ese período- y realizar los oportunos reajustes para tener en cuenta la evolución del mercado estadounidense en el sector de que se trata.

4.11 Los Árbitros son conscientes de la necesidad de basar su cálculo en una situación compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC. Recuerdan que las Comunidades Europeas han alegado que la situación anterior a la Enmienda de 1998 (exoneración de determinados establecimientos en virtud de la exención inicial de uso hogareño) no era compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC. Las Comunidades Europeas basan su conclusión en el hecho de que, a su juicio, la incompatibilidad del artículo 110(5)(B) implica que la propia exención inicial de uso hogareño era incompatible con ese Acuerdo.

4.12 El Grupo Especial no formuló ninguna constatación sobre la exención inicial de uso hogareño, la cual, en cualquier caso, no estaba ya en vigor en el momento en que emitió su informe. No obstante, en su análisis de las actuales partes (A) y (B) del artículo 110(5), el Grupo Especial hizo una serie de declaraciones acerca de esa exención. Los Árbitros recuerdan que el Grupo Especial puso de relieve el reducido porcentaje de establecimientos a los que era aplicable esa exención inicial, las restricciones establecidas por el artículo 110(5) y, de forma más concreta, el hecho de que la "difusión de música por los pequeños establecimientos comprendidos en la exención mediante el uso

les había concedido para hacerlo. En su primera comunicación, las Comunidades Europeas alegan además que la inexistencia, aun antes de la Enmienda 1998, de una protección adecuada de los derechos que niega el artículo 110(5)(B) hace imposible analizar, a efectos de comparación, una situación anterior compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC. Las Comunidades Europeas añaden que tuvieron que basar su evaluación en un supuesto "hipotético", a partir de otras situaciones análogas en el marco de la legislación sobre derecho de autor de los Estados Unidos y de la aplicación de esa legislación.

⁷² En adelante nos referiremos al artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976 de los Estados Unidos como "la exención inicial de uso hogareño".

⁷³ Se hace una descripción de la situación anterior a la Enmienda de 1998 en los párrafos 2.5 y 2.7 del informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*.

⁷⁴ Se hace una descripción de la situación posterior a la Enmienda de 1998 en los párrafos 2.3 y 2.8 a 2.17 del informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*.

de aparatos de uso hogareño no ha sido nunca una fuente importante de recaudación de ingresos para las organizaciones de administración colectiva".⁷⁵ A este respecto observamos que las Comunidades Europeas no han demostrado suficientemente, ni ante el Grupo Especial ni en el curso del presente procedimiento, su alegación de que las repercusiones económicas de la exención inicial de uso hogareño eran importantes.

4.13 Los Árbitros, teniendo presentes las razones expuestas por el Grupo Especial, concluyeron que *aun en el caso* de que la situación anterior a la Enmienda de 1998 fuera incompatible con el Acuerdo sobre los ADPIC (cuestión sobre la que no se pronunciaron), las repercusiones que tendría el hecho de basarse en cifras en las que no se tuvieran en cuenta los establecimientos que se beneficiaban de la exención inicial de uso hogareño para determinar el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas serían escasas. Comparativamente, el intento de tener en cuenta en nuestros cálculos los establecimientos comprendidos en la exención inicial exigiría nuevas estimaciones, y la aplicación de la metodología de las CE implicaría un número mayor de suposiciones e inferencias.

4.14 Por las razones expuestas, consideramos conveniente renunciar a incluir en los derechos totales pagados en relación con obras de las CE los eventuales ingresos correspondientes a establecimientos amparados por la exención inicial de uso hogareño.

4.15 Por último, observamos que la determinación del nivel de anulación o menoscabo sufrido por un Miembro exige cálculos detallados.⁷⁶ En el presente caso, los Árbitros se han enfrentado a especiales dificultades, debido a que no han dispuesto de información precisa. La razón de este problema ha sido la falta de datos específicos relativos al tipo de transacciones de que se trata (pago de regalías a los titulares de derechos de las CE) o la falta de cooperación de algunas de las entidades privadas que podrían haber tenido en su poder la información correspondiente. La inexistencia de información suficientemente específica ha tenido considerable influencia en las opciones elegidas por los Árbitros en relación con la metodología y los cálculos. De hecho, al considerar más apropiado utilizar cifras basadas en hechos en lugar de recurrir a deducciones o inferencias, los Árbitros dieron en general preferencia a enfoques basados en la medida de lo posible en cifras históricas.

2. Momento al que debe referirse la evaluación de las ventajas anuladas o menoscabadas

4.16 Las **Comunidades Europeas** alegan que basan su evaluación de anulación o menoscabo en una situación estática, utilizando las cifras más recientes de que se dispone. Además, alegan que los Árbitros deben referir la evaluación de la anulación o menoscabo a la fecha en que los Estados Unidos debían haber puesto el artículo 110(5) en conformidad con las obligaciones que impone a ese país el Acuerdo sobre los ADPIC.

4.17 Los **Estados Unidos** basan su cálculo en la situación anterior a la Enmienda de 1998. Además, proponen que la compensación se base en los intercambios comerciales en el período 1996-1998. No obstante, consideran que el Grupo Especial debe referir la evaluación del nivel de anulación o menoscabo de ventajas a la fecha en que se sometió el asunto a los Árbitros.

4.18 A la luz de los argumentos de las partes, los **Árbitros** consideran que es posible que hayan de establecer una fecha a la que había de referirse la evaluación del nivel de la anulación o menoscabo de ventajas de las CE. En efecto, ese nivel puede haber variado en el curso del tiempo. Señalamos, a este respecto, que las circunstancias del presente arbitraje pueden justificar la adopción de un enfoque

⁷⁵ Informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafo 6.271.

⁷⁶ Véase la decisión de los Árbitros en *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22), *supra*.

diferente del seguido por los Árbitros en arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.

4.19 Los Árbitros señalan que han sido nombrados de conformidad con el artículo 25 del ESD, por lo que no se consideran limitados por una serie de obligaciones a las que están sujetos los Árbitros en los procedimientos de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22. A diferencia del párrafo 6 del artículo 22, cuyas disposiciones están estrechamente relacionadas con el cumplimiento (o la falta de cumplimiento) al final del plazo prudencial, el artículo 25 guarda silencio acerca de la fecha en que debe evaluarse un asunto sometido a arbitraje. No obstante, los Árbitros son conscientes de que no se les pide que examinen el nivel de las ventajas de las CE que pueden seguir siendo objeto de anulación o menoscabo después de finalizado el período de aplicación, sino el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas como consecuencia de la aplicación actual del artículo 110(5)(B).⁷⁷ La práctica común en el marco del ESD ha consistido en examinar los hechos de un asunto en la fecha del establecimiento de un grupo especial. A falta de indicaciones específicas en nuestro mandato, consideramos que debe entenderse que las partes deseaban que evaluáramos el nivel de las ventajas anuladas o menoscabadas en la fecha en que se nos sometió el asunto. Dicho de otro modo, hemos de determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas de las CE en el período anual que finalice en la fecha más próxima posible al 23 de julio de 2001.⁷⁸

4.20 Los Árbitros recuerdan que las Comunidades Europeas indicaron que seguían el enfoque aplicado en los arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 *CE - Hormonas*, que consistió en evaluar el nivel de anulación o menoscabo de las ventajas en ese caso en la fecha en que los Estados Unidos deberían haber puesto su legislación en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC. Recordamos que en *CE - Hormonas*, los Árbitros recurrieron al análisis de una situación hipotética y consideraron que debían evaluar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas como si las Comunidades Europeas hubieran puesto su legislación en conformidad al final del plazo prudencial.⁷⁹ En el presente asunto, se había supuesto que el plazo prudencial expiraría el 27 de julio de 2001.⁸⁰ No obstante, el 24 de julio de 2001, el OSD convino en prorrogar ese plazo hasta finales del período de sesiones en curso del Congreso de los Estados Unidos o hasta el 31 de diciembre de 2001, optándose por la fecha anterior.⁸¹ En estas circunstancias, los Árbitros consideran que no es

⁷⁷ De ello parece deducirse que el nivel de anulación o menoscabo que los Árbitros evaluarán en el presente asunto puede ser distinto del que podría existir una vez finalizado el plazo prudencial, lo que a su vez implica que cabe la posibilidad de que el importe que determinen los Árbitros no evite a las partes un arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22.

⁷⁸ La razón de elegir una base anual estriba esencialmente en que las compensaciones o la suspensión de concesiones u otras obligaciones se han calculado hasta ahora tomando como base un período de 12 meses.

⁷⁹ Véase la Decisión de los Árbitros en *CE - Hormonas (párrafo 6 del artículo 22) (Canadá)*, *supra*, en la que los Árbitros declararon, en el párrafo 37, lo siguiente:

"Habiendo examinado cuidadosamente las alegaciones y argumentos de las partes, consideramos que nuestro punto de partida es el siguiente: ¿cuáles serían las exportaciones anuales prospectivas de carne de bovino y productos de carne de bovino tratados con hormonas de los Estados Unidos a las CE si las CE hubieran suprimido la prohibición el 13 de mayo de 1999? El 13 de mayo de 1999 fue la fecha en que expiró el plazo prudencial concedido a las CE para aplicar los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación." (El subrayado y las cursivas figuran en el original.)

Los Árbitros hicieron idéntica declaración en el párrafo 38 de la Decisión de los Árbitros en *CE - Hormonas (párrafo 6 del artículo 22) (Estados Unidos)*, *supra*.

⁸⁰ Véase WT/DS160/13.

⁸¹ Reunión de 24 de julio de 2001 del OSD, documento WT/DSB/M/107, página 14.

viable utilizar como fecha límite la fecha del final del plazo prudencial, tanto más por cuanto ello incrementaría la inseguridad de sus estimaciones, debido a la necesidad de suposiciones adicionales en cuanto a la situación existente al final de un período que, a su vez, tampoco se conoce con certeza.

4.21 Los Árbitros señalan además que los Estados Unidos alegan que deberíamos "formular una constatación de anulación o menoscabo basada en datos relativos a un período reciente (1996-1998). Las partes podrían garantizar posteriormente la equivalencia de la suspensión (o de la compensación mutuamente convenida) futura utilizando el mismo período para calcular el comercio que debe ser objeto de reajuste". Los Estados Unidos añaden que "utilizando datos comerciales correspondientes al mismo período histórico utilizado en el análisis del perjuicio para calcular las concesiones que deberían ser suspendidas (u otorgadas en concepto de compensación), podemos comparar datos proporcionales y reducir al mínimo la necesidad de recurrir a especulaciones".

4.22 Los Árbitros son conscientes de que su enfoque puede llevar consigo reajustes basados en deducciones o inferencias. No obstante, consideramos que el enfoque de los Estados Unidos sería incompatible con lo que a nuestro juicio es el objeto de nuestro mandato; la evaluación del nivel de las ventajas de las CE que se hallaban anuladas o menoscabadas *en el momento en que se sometió el asunto a arbitraje*.

4.23 En lo que respecta a los reajustes, los Árbitros son perfectamente conscientes de que deben utilizar los datos más recientes de los que se disponga o realizar los reajustes apropiados para reflejar la evolución del mercado. Observamos que los Estados Unidos nos han prevenido contra esos reajustes, indicando que es posible que el aumento de los ingresos y de las distribuciones declarado por la ASCAP entre 1998 y 2000 -únicas cifras de que disponemos en relación con este sector concreto- no refleje fielmente el aumento de las regalías de los titulares de derechos de las CE. Compartimos el temor de los Estados Unidos de que las cifras de la ASCAP no reflejen la situación real de los titulares de derechos de las CE y de que otros factores hayan contribuido al aumento de los ingresos y las distribuciones de la ASCAP. En consecuencia, reajustaremos el valor de los ingresos de los titulares de derechos de las CE establecidos sobre la base de las cifras históricas, utilizando a tal fin un porcentaje representativo de la tasa anual de crecimiento del producto interior bruto de los Estados Unidos entre 1998 y 2001, con el fin de reflejar la evolución del valor de los derechos de las CE hasta la fecha en que se sometió el asunto a arbitraje. Consideramos que este enfoque no está en contradicción con nuestro propósito inicial de basar en la mayor medida posible nuestras estimaciones en cifras históricas, por dos razones:

- a) es necesario reajustar las cifras pertinentes relativas al período anterior a la Enmienda de 1998 para tener en cuenta la evolución del mercado estadounidense, puesto que ese período ha sido un período de crecimiento económico sostenido en los Estados Unidos. Además, no se nos han dado razones válidas para que no efectuemos ese reajuste; y
- b) la utilización de la tasa anual de crecimiento del producto interior bruto de los Estados Unidos entre 1998 y 2001 constituye, en nuestra opinión, un enfoque sumamente prudente si se comparan las cifras correspondientes con las facilitadas por la ASCAP respecto del mismo período.

4.24 Por las razones expuestas, los Árbitros consideran conveniente calcular el nivel de las ventajas de las CE que han quedado anuladas o menoscabadas debido a la aplicación ininterrumpida del artículo 110(5)(B) con referencia a una fecha lo más próxima posible a aquella en la que se les sometió el asunto. En el presente caso, dada la información estadística de que se dispone, su estimación se basará en la situación existente el 30 de junio de 2001. Para el primer semestre del año 2001, hemos utilizado la tasa de crecimiento del 1,7 por ciento, que hemos calculado a partir del

crecimiento trimestral del PIB en dólares corrientes, reajustado estacionalmente a las tasas anuales publicadas por la Oficina del Censo de los Estados Unidos.⁸²

3. Elementos que no se han tomado en consideración en el cálculo

a) Enfoque de los Árbitros

4.25 En sus comunicaciones, las **Comunidades Europeas** sugirieron que debido a la falta de datos precisos, los Árbitros prescindieran de varios factores que, en opinión de las Comunidades, podían contribuir a la anulación o menoscabo de ventajas. Tal es el caso de los efectos perjudiciales de la negación de la protección de determinados derechos sobre una obra concreta en la explotación de otros derechos sobre esa obra. Además, las Comunidades Europeas sólo tuvieron en cuenta en sus cálculos los establecimientos que utilizan música radiodifundida (es decir música difundida por radio o televisión). A pesar de que, en su opinión, el artículo 110(5)(B) es aplicable también a la música transmitida a través de Internet, las Comunidades Europeas no incluyeron este aspecto en sus cálculos.

4.26 En opinión de los **Árbitros**, se plantea en este punto la cuestión de la forma de armonizar esas sugerencias con su propósito de llegar a una estimación que refleje lo más fielmente posible el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas. Los Árbitros recuerdan que en el documento WT/DS160/15, las partes declararon que "aceptarán [el laudo del Árbitro] como el nivel de la anulación o menoscabo a los efectos de cualquier futuro procedimiento en virtud del artículo 22 del ESD en relación con la presente diferencia", de lo que parece deducirse que nuestro laudo condiciona, no sólo el importe de la compensación que los Estados Unidos podrían ofrecer a las Comunidades Europeas de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 del ESD, sino también la labor de posibles Árbitros de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22, puesto que el ESD obliga a estos últimos a determinar si el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones es *equivalente*⁸³ al nivel de la anulación o el menoscabo de ventajas.

4.27 En consecuencia, los Árbitros se asegurarán de que su determinación del nivel de anulación o menoscabo de ventajas no lleve a una situación en la que las posibles suspensiones de concesiones u otras obligaciones por parte de las CE de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 tengan de hecho un carácter "punitivo", debido a una sobrevaloración del nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas por la aplicación del artículo 110(5)(B).⁸⁴

4.28 De forma más general, conforme se indica en los párrafos 4.15 *supra* y 4.36 *infra*, los Árbitros en el presente asunto no dispusieron de suficiente información específica y se vieron forzados a efectuar reajustes en las cifras o a recurrir a inferencias. Los Árbitros consideran que el intento de incorporar a sus cálculos elementos acerca de los que se carece de información suficiente llevaría aparejado el riesgo de entregarse a puras especulaciones. En consecuencia, los Árbitros consideraron conveniente aceptar la mayoría de las "simplificaciones" propuestas por las Comunidades Europeas, tales como la exclusión del perjuicio indirecto causado a los titulares del derecho de autor de las CE o de la música difundida a través de Internet, siempre que estas

⁸² Véase *infra*, párrafo 4.72.

⁸³ Véase, sobre el concepto de "equivalencia", la Decisión de los Árbitros en *CE - Bananos (párrafo 6 del artículo 22) (Estados Unidos)*, *supra*, párrafos 4.1 a 4.8.

⁸⁴ Las consecuencias jurídicas de una sobrevaloración son menores en el caso de una compensación de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 del ESD, puesto que no se especifica que la compensación que ha de ofrecerse deba ser equivalente al nivel de la anulación o menoscabo. El párrafo 2 del artículo 22 del ESD se refiere simplemente a una compensación "mutuamente aceptable".

simplificaciones hubieran sido aceptadas por los Estados Unidos y en la medida en que, a juicio de los Árbitros, no condujeran a un nivel más elevado de anulación o menoscabo de ventajas. De forma análoga, al proceder a los reajustes o deducciones necesarios, los Árbitros, a falta de cifras basadas en hechos, trataron de utilizar estimaciones que fueran aceptadas por las partes o parecieran razonables sobre la base de la información disponible.

b) Elementos que no se han tenido en consideración en el cálculo

i) *Perjuicio "indirecto" o "potencial" a otros derechos de los titulares de derechos de las CE*

4.29 Las **Comunidades Europeas** recuerdan que el Grupo Especial señaló que la negación de protección a derechos específicos en relación con una obra determinada podía tener también efectos perjudiciales para la explotación de otros derechos en relación con esta obra, tales como la sustitución entre diversos usos de la obra por un establecimiento determinado o la posible erosión de los derechos de licencia en el caso de otros usuarios. No obstante, las Comunidades Europeas, habida cuenta de la falta de datos cuantitativos y de la falta de certeza en cuanto a las relaciones de causalidad, indicó que cabía la posibilidad de que la evaluación de los Árbitros no incluyera este perjuicio "potencial" o "indirecto" causado a otras fuentes del derecho de autor.

4.30 Los **Estados Unidos** no formularon observaciones al respecto.

4.31 Los **Árbitros** son conscientes de las observaciones del Grupo Especial en el sentido de que la negación de protección de derechos específicos en relación con una obra determinada puede tener también repercusiones en el ejercicio de otros derechos.⁸⁵ No obstante, teniendo en cuenta los argumentos de las Comunidades Europeas y a la luz de sus propias observaciones preliminares, los Árbitros decidieron no incorporar a su cálculo el perjuicio "indirecto" o "potencial" causado a los titulares de derechos mediante la sustitución de música radiodifundida por otros tipos de música, como la música grabada. Consideramos que no hay razones para no aceptar la petición de las Comunidades Europeas. En particular, pensamos que el intento de evaluar el nivel de las ventajas anuladas o menoscabadas como consecuencia de un perjuicio "indirecto" o "potencial" implicaría, con casi absoluta seguridad, un número mayor de suposiciones, deducciones o inferencias, lo que acrecentaría el riesgo de llegar a una estimación poco razonable.

4.32 Los Árbitros desearían, no obstante, subrayar que su posición se basa en las circunstancias fácticas del presente caso y en la finalidad concreta del presente procedimiento, que no es identificar la violación, sino determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas de las CE, y que esa posición no prejuzga si en otro caso se consideraría o no que este tipo de perjuicios anula o menoscaba ventajas resultantes directa o indirectamente para un Miembro.

ii) *Actividades de SESAC*

4.33 Los **Árbitros** recuerdan que hay en los Estados Unidos tres organizaciones de administración colectiva que recaudan derechos para los titulares de derecho de autor: la ASCAP, la BMI y SESAC. Observan que, en sus comunicaciones, las partes no facilitan datos relativos a las actividades de SESAC. En el curso del procedimiento, las partes explicaron que la razón esencial de ello era que SESAC representa un número pequeño de afiliados de las CE a la organización recaudadora y no distribuye cantidades importantes en concepto de regalías a titulares de derechos de las CE.

4.34 No vemos ninguna razón para poner en duda la información facilitada por ambas partes acerca de la representación de los titulares de derechos de las CE en SESAC. Además, teniendo en cuenta las dificultades con que nos habríamos encontrado para evaluar la contribución de SESAC,

⁸⁵ Véase el informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafos 6.127, 6.198, 6.239 y 6.240.

hemos decidido no incluir en nuestro cálculo las actividades de esta organización. En este caso, no obstante, la razón ha sido principalmente, la limitada incidencia que, en opinión de ambas partes, tendría en nuestros cálculos la exclusión de SESAC.

iii) *Transmisión de música a través de Internet*

4.35 Los **Árbitros** recuerdan que las Comunidades Europeas, aunque aludieron a la repercusión de la transmisión de música por Internet en la anulación o menoscabo de ventajas de las CE, no la incluyeron en sus cálculos. Los **Árbitros** son conscientes del incremento de la transmisión de música a través de Internet, pero señalan que las partes y el Grupo Especial se ocuparon esencialmente de la cuestión de la transmisión por radio o televisión. La evaluación por los **Árbitros** de la aplicación del artículo 110(5)(B) a la difusión de música a través de Internet exigiría constataciones adicionales que, teniendo en cuenta la posición adoptada por las Comunidades Europeas, no resultan necesarias. En consecuencia, los **Árbitros** no tomaron en consideración en su cálculo la difusión de música a través de Internet.

B. CÁLCULO

1. Observaciones generales

4.36 Antes de pasar al cálculo del nivel de las ventajas de las CE objeto de anulación o menoscabo, los **Árbitros** señalan que el hecho de que los datos que les han facilitado ambas partes fueran incompletos e incluyeran gran número de estimaciones y suposiciones ha limitado su capacidad de hacer un cálculo exacto. Ambas partes han reconocido este problema en sus comunicaciones y han indicado que algunos de los datos pertinentes obran en poder de particulares. Como hemos expuesto antes, enviamos sendas cartas a las dos principales OAC de los Estados Unidos, la ASCAP y la BMI, solicitándoles datos reales sobre las cantidades percibidas y distribuidas que nos habrían permitido basar nuestros cálculos en una información específica. En respuesta a esas cartas, obtuvimos de la BMI algunos datos, pero debido a las condiciones unidas a su utilización, decidimos no incluirlos en el expediente.⁸⁶ Recibimos asimismo información de la ASCAP, así como una segunda comunicación de la BMI. No obstante, tras tomar nota de que las partes eran partidarias de que dictáramos pronto nuestro laudo, decidimos, por las razones indicadas *supra*, no tener en cuenta esa información⁸⁷, por lo que hubimos de basar nuestra labor en los datos incompletos que nos habían facilitado las partes.⁸⁸ Para cumplir el mandato que nos habían encomendado las partes, y al carecer de algunos datos importantes, tuvimos que hacer varias estimaciones y, en algunos casos, formular determinadas suposiciones basadas en lo que considerábamos que era la estimación más razonable, a la luz de los argumentos de las partes. Al hacerlo, intentamos llegar a una cifra que, aun admitiendo que quizás no sea absolutamente exacta, representara una magnitud ajustada a la realidad.

4.37 Hemos expuesto *supra* las diferencias entre las metodologías propuestas por las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, respectivamente, así como las consecuencias de esas metodologías. Recordamos que los resultados de los cálculos realizados por las partes con arreglo a esas metodologías son muy diferentes. Las Comunidades Europeas llegan a la cifra de 25.486.974 dólares EE.UU. al año, en tanto que los Estados Unidos indican que el nivel de anulación o menoscabo de

⁸⁶ Véase *supra*, párrafo 1.10.

⁸⁷ Véase *supra*, párrafo 1.13.

⁸⁸ En la medida en que las partes nos han facilitado datos de forma confidencial, no hemos incluido esos datos en la explicación de nuestro cálculo que figura a continuación. En esos casos, se han indicado solamente los resultados de las diversas etapas de nuestro cálculo.

ventajas de las CE se sitúa entre 446.000 y 733.000 dólares al año. Esta discrepancia es, en gran medida, imputable a las diferencias conceptuales entre ambos enfoques.⁸⁹

4.38 En lo que respecta a la magnitud de las pérdidas anuales resultantes para los titulares de derechos de las CE del artículo 110(5)(B), señalamos, para aclarar este punto, que, según la información facilitada por los Estados Unidos, los ingresos totales en el país de la ASCAP -la mayor de las OAC de los Estados Unidos- ascendieron en el período 1997-1999 a 358.428.000, 377.733.000 y 422.962.000 dólares EE.UU. al año; la tasa de crecimiento de los ingresos totales fue en 1998 del 5,4 por ciento y en 1999 del 12 por ciento. Los ingresos procedentes del grupo de las licencias generales, que abarca restaurantes, bares y establecimientos de comercio minorista, así como algunos otros tipos de establecimientos, ascendieron en los mismos años a 67.324.000, 68.032.000 y 69.695.000 dólares EE.UU. anuales, respectivamente; esos ingresos aumentaron en 1998 un 1,05 por ciento y en 1999 un 2,4 por ciento. De esas cifras se infiere que, después de la entrada en vigor de la Enmienda de 1998 no se ha producido una caída de los ingresos totales en el país de la ASCAP ni de los ingresos procedentes de las licencias generales. Pese a la falta de datos específicos sobre los ingresos procedentes de los tipos de establecimientos a los que afectó la Enmienda de 1998 (ingresos que están incluidos en la categoría más amplia de los ingresos por licencias generales), podemos observar que los datos de que disponemos no apoyan la hipótesis de que hubiera un descenso importante de los derechos de licencia recaudados de los sectores afectados. Al mismo tiempo, observamos que la tasa de crecimiento de los ingresos por los derechos de las licencias generales fue moderada, en un período de rápida expansión de la economía estadounidense. Además, los ingresos procedentes de este sector crecieron a una tasa claramente inferior a la tasa de crecimiento de los ingresos internos totales.

4.39 Por las razones expuestas *supra*⁹⁰, hemos adoptado el enfoque "orientado de arriba abajo" propuesto por los Estados Unidos. Conforme a este enfoque, hemos utilizado los datos históricos de que disponíamos sobre las recaudaciones anteriores a la Enmienda de 1998. Sobre esta base, procedemos seguidamente a calcular el nivel de las ventajas de las CE anuladas o modificadas como consecuencia del artículo 110(5)(B).

2. Regalías totales pagadas a los titulares de derechos de las CE

4.40 En su cálculo, los Árbitros han tratado de estimar el monto de las regalías que los titulares de derechos de las CE percibieron antes de la entrada en vigor de la Enmienda de 1998, por la utilización de música radiodifundida, de los tipos de establecimientos que quedaron exentos a raíz de esa Enmienda. A tal fin, hemos utilizado los datos históricos de que disponíamos en relación con los ingresos de las dos principales OAC de los Estados Unidos a las que los titulares de derechos de las CE habían confiado la concesión de sus derechos bajo licencia: la ASCAP y la BMI. Como hemos indicado antes, ambas partes consideran que el monto de las regalías pagadas a titulares de derechos de las CE por la tercera OAC de los Estados Unidos, SESAC, es insignificante.⁹¹ Así pues, no hemos incluido en nuestros cálculos los ingresos de esta organización.

4.41 El hecho de basarnos en esos datos históricos supone que en nuestro cálculo se han tenido en cuenta los ingresos por licencias procedentes de los establecimientos que utilizaban música radiodifundida en ese momento y habían obtenido una licencia de la ASCAP o la BMI. En nuestro

⁸⁹ Véase, especialmente, la exposición que hacemos en los párrafos 3.20 y siguientes de la forma en que se tiene en cuenta el nivel de las concesiones de derecho bajo licencia en uno y otro cálculo.

⁹⁰ Véase *supra*, párrafos 4.7 a 4.15.

⁹¹ Véase *supra*, sección IV.A, párrafos 4.33 y 4.34.

cálculo no está incluido el importe hipotético de las regalías correspondientes a los establecimientos que utilizaban música radiodifundida pero no habían obtenido una licencia de las OAC en cuestión.⁹² El hecho de basarnos en los datos históricos implica asimismo que en nuestro cálculo no están incluidos los ingresos hipotéticos correspondientes a los pequeños establecimientos que estaban ya exentos en virtud de la exención inicial de uso hogareño cuando entró en vigor la Enmienda de 1998. Por las razones expuestas *supra*⁹³, no consideramos necesario incluir en nuestros cálculos a esos establecimientos.

4.42 Las **Comunidades Europeas** nos facilitaron una recopilación de los datos cuantitativos de la ASCAP en la que figuran, en relación con los años 1996-1998, en primer lugar, el importe de la distribución interna total a las organizaciones de administración colectiva de las CE y, en segundo lugar, las cantidades distribuidas a las compañías de edición filiales en los Estados Unidos por la ejecución de obras de las CE.⁹⁴ Las Comunidades Europeas se refieren a esas dos categorías respectivamente como distribuciones "directas" e "indirectas" efectuadas a titulares de derechos de las CE. Las Comunidades Europeas observan que en la primera categoría no están incluidas las regalías totales pagadas por las obras de las CE incluidas en el repertorio de la ASCAP, debido a que, en la inmensa mayoría de los casos, la ASCAP paga la parte de las regalías correspondiente a los editores de música directamente a las compañías de edición filiales en los Estados Unidos de compañías de edición de las CE, y no a través de las organizaciones recaudadoras de las CE a los editores de las CE que son miembros de esas organizaciones. Esos pagos a las filiales en los Estados Unidos de editores de las CE están incluidos en la segunda categoría.

4.43 Los **Estados Unidos** han utilizado como punto de partida para sus cálculos los promedios trienales de las cifras facilitadas por la ASCAP; las distribuciones "directas" representan la escala inferior de las regalías pagadas a titulares de derechos de las CE, y la suma de las distribuciones "directas" e "indirectas", la escala superior.

4.44 Para calcular el monto de los ingresos que los titulares de derechos de las CE percibieron de la ASCAP antes de la Enmienda de 1998, los **Árbitros** han tomado como punto de partida la suma de las distribuciones "directas" e "indirectas" a titulares de derechos de las CE en el período 1996-1998.

4.45 Los **Árbitros** señalan que la Enmienda de 1998 entró en vigor el 26 de enero de 1999, por lo que no afectó a los ingresos recaudados por la ASCAP antes del año 1999. Observamos que las Comunidades Europeas y los Estados Unidos nos han facilitado datos pertinentes sobre las distribuciones realizadas por la ASCAP a titulares de derechos de las CE en el período de tres años comprendido entre 1996 y 1998, y que los Estados Unidos han utilizado como punto de partida de su cálculo los promedios de las distribuciones en esos tres años. Dado que estamos calculando el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas por razón de la Enmienda sobre la base de datos históricos, hemos de establecer un período representativo anterior adecuado como punto de partida de nuestro cálculo. A este respecto, observamos que en la práctica del GATT se ha utilizado para evaluar la compatibilidad de una medida el período de tres años más reciente en el que no haya habido distorsiones causadas por las restricciones.⁹⁵ En nuestro caso, el período representativo más reciente

⁹² Véase *supra*, párrafos 3.20 a 3.35.

⁹³ Véase *supra*, sección IV.A.

⁹⁴ Prueba documental CE-15 (prueba documental US ARB-5), que contiene información facilitada a título confidencial a las Comunidades Europeas, con la petición de que no sea comunicada a particulares.

⁹⁵ Véase el informe del Grupo Especial sobre *CEE – Restricciones a la importación de manzanas procedentes de Chile*, IBDD 27S/104, adoptado el 10 de noviembre de 1980, párrafo 4.8. Véase también la Decisión de los Árbitros en *CE - Bananos III (párrafo 6 del artículo 22) (Estados Unidos)*, *supra*, párrafos 5.24 y siguientes.

sería el período de tres años al que no afectó la Enmienda de 1998, es decir, el comprendido entre los años 1996 y 1998. Consideramos que la utilización de los datos que se han puesto a nuestra disposición sobre ese período de tres años es compatible con el enfoque prudente que hemos decidido adoptar al utilizar la metodología "orientada de arriba abajo" basada en cifras históricas. Al establecer un único punto de partida para nuestro cálculo ulterior, hemos utilizado el promedio de las cifras relativas a esos tres años. De un lado, observamos que en este caso las distribuciones de la ASCAP a titulares de derechos de las CE aumentaron regularmente a lo largo de este período. De otro, no tenemos pruebas de que ese aumento se haya producido también en el sector en litigio en el presente asunto y, en todo caso, se considera en general que un período de tres años es insuficiente para establecer una tendencia concreta en un mercado. En este sentido, la utilización de un promedio para ese período de tres años tendería a reflejar los ingresos medios al nivel del año 1997 más bien que al de 1998. Hemos tenido en cuenta este hecho en la etapa final de nuestro cálculo, en la que hemos reajustado su resultado para que refleje la situación en el momento en que el asunto fue sometido a los Árbitros.

4.46 El promedio de las distribuciones de la ASCAP a titulares de derechos de la CE en esos tres años asciende aproximadamente a xxx millones de dólares EE.UU. anuales. Hay que observar que es posible que esta cifra no sea totalmente exacta, dado que la información que nos han facilitado las partes, en las que hemos basado nuestro cálculo, podría ser incompleta por las razones que hemos expuesto antes. Hemos indicado ya que los pagos directos de las OAC de los Estados Unidos a titulares de derechos de las CE (es decir, los pagos que la ASCAP y la BMI hicieron directamente a los titulares de derechos de las CE que eran miembros de estas organizaciones, y no a organizaciones de administración colectiva de las CE) son pertinentes a nuestro cálculo aun en el supuesto de que los titulares de derechos de las CE en cuestión recaudaran esos derechos a través de las filiales que los representan en los Estados Unidos.⁹⁶ No obstante, en lo que respecta a los datos confidenciales sobre las distribuciones de la ASCAP a compañías de edición filiales en los Estados Unidos que representan a titulares de derechos de las CE, observamos que no conocemos los criterios exactos que ha aplicado la ASCAP para obtener sus cifras. En consecuencia, puede haber el riesgo de que una pequeña parte de esa cifra corresponda a pagos efectuados a personas a las que no podría considerarse titulares de derechos de las CE o representantes suyos. Por otra parte, observamos que ni la primera ni la segunda categoría parece incluir los pagos que la ASCAP podría haber efectuado a los autores de las CE que son miembros de la ASCAP y, por tanto, perciben sus regalías directamente de esta organización y no a través de organizaciones de administración colectiva de las CE. En consecuencia, las cifras facilitadas podrían ser demasiado altas en algunos aspectos y demasiado bajas en otros, pero no hemos intentado incluir esos elementos en nuestros cálculos, habida cuenta de que se compensan recíprocamente, de que no es probable que la eventual diferencia entre una y otra cifra de ingresos sea sustancial y de que, en todo caso, su incidencia en el cálculo global sería bastante limitada.

4.47 Los **Estados Unidos** nos facilitaron una estimación del monto que la BMI distribuyó a organizaciones de administración colectiva a las CE en 1996. Los Estados Unidos no facilitaron datos respecto de los años 1997 y 1998. Las **Comunidades Europeas** no cuestionan la cifra indicada por los Estados Unidos. Los **Árbitros** han tomado esta cifra como punto de partida para calcular los ingresos que los titulares de derechos de las CE percibieron de la BMI, pero han efectuado en ella dos reajustes.

4.48 Las **Comunidades Europeas** aducen que en caso de que se utilicen los datos relativos a las distribuciones de la BMI a titulares de derechos de las CE a través de organizaciones de administración colectiva de las CE, deberían tomarse también en cuenta, al igual que en el caso de la ASCAP, las distribuciones de la BMI a las compañías de edición filiales en los Estados Unidos que representan a titulares de derechos de las CE.

⁹⁶ Véase *supra*, párrafo 3.56.

4.49 Los **Árbitros** coinciden en este punto con las Comunidades Europeas. A falta de datos relativos a las distribuciones de la BMI a compañías de edición filiales en los Estados Unidos que representan a titulares de derechos de las CE, hemos supuesto que la proporción entre las distribuciones "directas" e "indirectas" de la BMI sería la misma que la existente entre las categorías correspondientes de distribuciones de la ASCAP, y en consecuencia, hemos realizado en la estimación facilitada por los Estados Unidos de la distribución de la BMI a los titulares de derechos de las CE el reajuste apropiado.

4.50 Por las razones expuestas *supra*⁹⁷, al calcular los ingresos obtenidos de la ASCAP por los titulares de derechos de las CE, hemos utilizado el promedio de esos ingresos para el período 1996-1998. Aunque sólo disponemos de datos de la BMI para el año 1996, consideramos que, por razones de coherencia, hemos de basar también las cifras de la BMI en un promedio similar para ese período 1996-1998. A tal fin, hemos determinado las distribuciones de la BMI a titulares de derechos de las CE en 1997 y 1998 sobre la base de la estimación para 1996, suponiendo que la tasa de crecimiento de las distribuciones de la BMI en ese período fue la misma que en el caso de la ASCAP. A continuación, hemos calculado el promedio trienal de esas distribuciones de la BMI en 1996-1998. A efectos de nuestro cálculo, estas cifras representan el monto medio anual de los ingresos que los titulares de derechos de las CE percibieron de la BMI antes de la Enmienda de 1998.

4.51 En consecuencia, a los efectos de nuestros cálculos, estimamos que el monto distribuido por la BMI a titulares de derechos de las CE antes de la Enmienda de 1998 ascendió aproximadamente a xxx millones de dólares EE.UU. al año.

4.52 Sumando las distribuciones de la ASCAP y la BMI a titulares de derechos de las CE que hemos estimado, calculamos que, antes de la Enmienda de 1998, los titulares de derechos de las CE percibieron aproximadamente xxx millones de dólares EE.UU. al año.

3. Regalías correspondientes a los establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista

4.53 Tras haber establecido el promedio anual de las regalías totales percibidas por los titulares de derechos de las CE antes de la Enmienda de 1998, los **Árbitros** tratarán de estimar las proporciones de esos ingresos que corresponden a los establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista. Para ello, procederemos a deducir, en dos etapas, de las regalías totales las percibidas de los demás tipos de usuarios.

4.54 En primer lugar, estimaremos el porcentaje de los ingresos totales por licencias pagados a titulares de derechos de las CE imputable a los denominadas licencias generales. En este grupo están incluidos diversos tipos de titulares de licencias, entre ellos establecimientos de servicios de bebidas y comidas y establecimientos de comercio minorista, pero no los ingresos por licencias de difusión por radio, o televisión y de conciertos. Tomando como base los informes anuales de la ASCAP para 1996-1998, puede calcularse que un promedio del 18,45 por ciento de los ingresos totales en el país procedió en ese período del grupo de licencias generales. No se nos han facilitado datos que nos permitan calcular el porcentaje correspondiente de ingresos de la BMI. A falta de datos pertinentes, consideramos razonable aplicar el mismo porcentaje a esos ingresos. Utilizando ese porcentaje, calculamos que, del importe total de los ingresos que los titulares de derechos de las CE percibieron al año antes de la Enmienda de 1998, xxx millones de dólares EE.UU. al año aproximadamente pueden atribuirse a la categoría de licencias generales.

⁹⁷ Véase *supra*, párrafo 4.45.

4.55 Esa categoría comprende, además de establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista, diversos usuarios de música de fondo, como compañías aéreas, estadios deportivos, salas cinematográficas, parques recreativos, congresos, servicios musicales por teléfono, colegios y universidades, clubes de salud y servicios de música de fondo. En consecuencia, habremos de estimar el porcentaje de los ingresos por licencias generales que puede atribuirse a los establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista, en el sentido de la definición del artículo 110(5)(B). El problema con el que nos enfrentamos estriba en que no hemos obtenido datos específicos al respecto. Dado que la categoría de licencias generales abarca muchos tipos de usos bajo licencia, los Estados Unidos alegan que, con arreglo a una estimación absolutamente razonable, el 50 por ciento de esos ingresos puede atribuirse a restaurantes, bares y establecimientos de comercio minorista. Observamos que las Comunidades Europeas no han puesto en tela de juicio el porcentaje propuesto por los Estados Unidos, ni han presentado una estimación distinta.

4.56 Consideramos que la estimación del porcentaje que hacen los Estados Unidos resulta razonable a la luz de los argumentos de las partes, por lo que utilizaremos ese porcentaje en nuestro cálculo. En consecuencia, estimamos que el monto de los ingresos percibidos por titulares de los derechos de las CE antes de la Enmienda de 1998 que puede atribuirse a establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista ascendió aproximadamente a xxx millones de dólares de los EE. UU. al año.

4. Regalías imputables a la difusión de música de la radio o de la televisión

4.57 La próxima etapa consiste en determinar el monto de los ingresos percibidos de establecimientos de servicios de comida, de servicios de bebidas y de comercio minorista imputable a la difusión de música de la radio o la televisión en el sentido definido en el artículo 110(5)(B). Para ello hemos de deducir el monto de los pagos en concepto de regalías imputable a la utilización de otras fuentes de música que no estaban exentas en virtud de ese artículo. A tal fin, ambas partes utilizan en sus respectivos cálculos la cifra del xx por ciento como porcentaje de esos ingresos imputable al uso de música de la radio y la televisión. Esta cifra se basa en datos de la *National Restaurant Association* y la *National Licensed Beverage Association*.

4.58 Al utilizar esta cifra, las **Comunidades Europeas** indican que, aunque la misma no incluye los establecimientos que difunden música únicamente de la televisión, las CE no piden a los Árbitros que tengan en cuenta ese factor. Los **Estados Unidos** señalan que han utilizado esta cifra, a su juicio elevada, para tener en cuenta la imposibilidad de incluir en su esquema la utilización de la televisión.

4.59 Los Árbitros observan que este porcentaje del xx por ciento se basa en datos reales y que ambas partes lo utilizan en sus respectivos cálculos, por lo que han decidido utilizarlo en su cálculo. En consecuencia, calculamos que el monto de las regalías que percibieron los titulares de derecho de las CE de establecimientos de servicios de comida, de servicios de bebidas y de comercio minorista antes de la Enmienda de 1998 imputables a la difusión de música de la radio y la televisión ascendió aproximadamente a 1,55 millones de dólares EE.UU.

5. Regalías correspondientes a los establecimientos que cumplen los requisitos de la exención legal

4.60 Los Árbitros han establecido ya el monto medio anual de las regalías percibidas por titulares de los derechos de las CE de los establecimientos de servicios de comidas, servicios de bebidas y de comercio minorista antes de la Enmienda de 1998 imputable a la difusión de música de la radio y la televisión. A continuación, hemos de determinar qué porcentaje de ese monto puede atribuirse a los establecimientos que quedaron exentos, en virtud de la Enmienda de 1998, de la obligación de pagos por derecho de autor, es decir, en primer lugar, los establecimientos de dimensiones inferiores a los

límites del artículo 100(5)(B) que quedaron exentos por esa razón, y, en segundo lugar, los establecimientos cuyas dimensiones son superiores a esos límites, pero que, no obstante, pueden acogerse a la exención porque cumplen las condiciones relativas al equipo utilizado.⁹⁸

4.61 En lo que respecta al primer grupo de establecimientos, tanto las **Comunidades Europeas** como los **Estados Unidos** utilizan en sus cálculos la estimación de un estudio de Dun & Bradstreet, conforme a la cual el 70 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas, el 73 por ciento de los establecimientos de servicios de bebidas y el 45 por ciento de los establecimientos de comercio minorista estaban comprendidos dentro de los límites de las dimensiones establecidos en la norma legal.⁹⁹ Los Estados Unidos han calculado que el promedio ponderado de esas cifras es el 53,9 por ciento. Las Comunidades Europeas no han cuestionado la forma en que los Estados Unidos han calculado ese promedio ponderado.

4.62 En lo que respecta al segundo grupo, las **Comunidades Europeas** estiman que sólo un 10 por ciento de los establecimientos cuyas dimensiones superan los límites establecidos en el artículo 110(5)(B) cumplen las limitaciones relativas al equipo y se benefician por tanto de la exención. Los **Estados Unidos** señalan que, debido a la falta de datos, no han intentado cuantificar el número de establecimientos de mayores dimensiones que se ajustarían a las limitaciones relativas al equipo. En su escrito de réplica, alegan que la estimación de las CE es excesiva, pero no presentan otra distinta.

4.63 Los **Árbitros** creen que deben incluir en su cálculo los establecimientos de este segundo grupo. El problema es que ninguna de las partes ha presentado pruebas en apoyo de sus opiniones. Observamos que los Estados Unidos aducen que es previsible que, con casi absoluta seguridad, los grandes establecimientos no utilicen aparatos de radio, habida cuenta, entre otras cosas, de la diversidad de la programación de las emisoras y de que cuando los establecimientos cuyas dimensiones superan los límites legalmente establecidos utilizaran música radiodifundida, sería poco probable que seis altavoces en total fueran suficientes para todo el establecimiento. No obstante, nos parece que la utilización de canales de música especializada permite a las empresas controlar el ambiente de un establecimiento, y que seis altavoces podrían ser suficientes para un establecimiento que cuyas dimensiones apenas superaran los límites establecidos. En cualquier caso, teniendo en cuenta los argumentos de las partes y la información con la que contamos, consideramos que la estimación del 10 por ciento de las CE es ya de por sí una estimación baja.

4.64 Utilizando el promedio ponderado que nos han facilitado los Estados Unidos de los establecimientos cuyas dimensiones son inferiores a los límites legalmente establecidos, calculamos que supera los límites fijados por la norma legal en relación con las dimensiones un porcentaje de establecimientos de servicios de comidas, servicios de bebidas y comercio minorista que puede estimarse en un 46,1 por ciento. A nuestro juicio, la estimación de las CE conforme a la cual el 10 por ciento de ellos se ajustarían a las limitaciones legalmente establecidas en relación con el equipo es una estimación razonable, por lo que la utilizaremos en nuestro cálculo. Por tanto, a los efectos de nuestro cálculo, suponemos que se beneficia de la exención del artículo 110(5)(B) un 4,6 por ciento adicional de establecimientos.

⁹⁸ Pueden verse detalles acerca de los límites de las dimensiones de los establecimientos y de las condiciones relativas al equipo en el informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafos 2.10 a 2.14.

⁹⁹ Véase el informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafo 2.12.

4.65 En consecuencia, estimamos que el 58,5 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 110(5)(B), bien porque sus dimensiones están comprendidas dentro de los límites establecidos legalmente (un 53,9 por ciento) o bien porque, en caso de que sus dimensiones superen esos límites, se ajustan a las limitaciones establecidas legalmente en relación con el equipo (un 4,6 por ciento), por lo que se benefician de la exención prevista en dicho artículo.

4.66 Observamos que, en la etapa correspondiente de su cálculo, los Estados Unidos han deducido también de las restantes regalías de los titulares de derechos de las CE el porcentaje correspondiente a los establecimientos cuyas dimensiones están comprendidas dentro de los límites legalmente establecidos, un 53,9 por ciento (aunque no el 4,6 por ciento correspondiente al porcentaje de establecimiento de mayores dimensiones que se ajustan a las limitaciones legalmente establecidas en relación con el equipo). Parece que esta metodología, consistente en efectuar la deducción de ese 53,9 por ciento, no es totalmente exacta en dos aspectos, aunque ninguna de las inexactitudes en relación con esos dos aspectos parecería tener una incidencia importante en el resultado del cálculo.

4.67 En primer lugar, es posible que la aplicación de esta metodología no lleve a resultados absolutamente exactos, ya que es probable que los establecimientos de dimensiones más pequeñas exentos hubieran de pagar derechos más bajos que los establecimientos de mayores dimensiones no exentos. No obstante, no hemos intentado tener en cuenta en nuestro cálculo este aspecto, dado que no se nos han facilitado datos o estimaciones que nos permitan hacerlo. Observamos además que al añadir a nuestro cálculo el 4,6 por ciento de los establecimientos de mayores dimensiones, no hemos tenido en cuenta la posibilidad de que éstos hubieran de pagar derechos de licencia superiores a la media. En conjunto, no consideramos que estos aspectos tengan una incidencia importante en nuestro cálculo.

4.68 En segundo lugar, la cifra del 53,9 por ciento se refiere a la totalidad de los establecimientos cuyas dimensiones están comprendidas dentro de los límites establecidos por el artículo 110(5)(B). Observamos que algunos de los más pequeños de esos establecimientos estaban ya exentos antes de la Enmienda de 1998 en virtud de la exención inicial de uso hogareño, y, por consiguiente, no han quedado exentos a raíz de dicha Enmienda. No obstante, como hemos indicado antes, hemos considerado procedente excluir de nuestro cálculo los eventuales ingresos por la transmisión de obras musicales no dramáticas por establecimientos amparados por la exención inicial de uso hogareño, habida cuenta, especialmente, de que con casi total seguridad esos ingresos no tendrían una influencia apreciable en nuestro cálculo.¹⁰⁰ De forma análoga, consideramos que el hecho de que el porcentaje del 53,9 por ciento incluya algunos establecimientos que antes de la Enmienda de 1998 ya estaban exonerados en virtud de la exención inicial de uso hogareño no afecta esencialmente al resultado de nuestro cálculo. En la medida en que ese hecho tuviera alguna incidencia en ese resultado, esa incidencia estaría compensada por la no inclusión en nuestros cálculos iniciales de los ingresos procedentes de esos establecimientos. Por esas razones, no hemos tratado de incluir en nuestro cálculo esos aspectos.

4.69 En consecuencia, estimamos que el 58,5 por ciento de las regalías que los titulares de derechos de las CE percibieron de los establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista por la utilización de música de la radio y la televisión puede atribuirse a establecimientos que quedaron exentos de la obligación de efectuar pagos por derecho de autor en virtud de dicha Enmienda, lo que significa que de los 1,55 millones de dólares de los EE.UU. al año que los titulares de derechos de las CE percibían de los establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista antes de la Enmienda de 1998 por la

¹⁰⁰ Véanse, *supra* los párrafos 4.12 y 4.13.

utilización de música de la radio y la televisión, 0,91 millones de dólares EE.UU. aproximadamente pueden atribuirse a establecimientos que quedaron exentos a raíz de dicha Enmienda.

6. Reajustes ulteriores

4.70 Como se ha indicado antes, los Árbitros han tomado como punto de partida para sus cálculos los datos históricos que se les han proporcionado sobre los ingresos percibidos por los titulares de derechos de las CE antes de la Enmienda de 1998. Hemos tratado de estimar, utilizando los datos y estimaciones que nos han facilitado las partes, el porcentaje de esos ingresos imputable a los usos pertinentes de música radiodifundida por parte de los establecimientos que han quedado exentos a raíz de dicha Enmienda. No obstante, a nuestro juicio, es preciso efectuar reajustes en esas cifras para tener en cuenta la evolución del mercado entre la fecha de entrada en vigor de la Enmienda de 1998 y el 23 de julio de 2001, fecha en que el asunto fue sometido a los Árbitros.¹⁰¹

4.71 Recordamos que nuestro cálculo *supra* se basa en una cifra media que se ha calculado tomando como base las distribuciones de la ASCAP y de la BMI a titulares de derechos de las CE en 1996-1998 (en el caso de la BMI, sólo disponemos de datos a partir de 1996, pero hemos supuesto un crecimiento anual equivalente al de las distribuciones de la ASCAP). La cifra de 0,91 millones de dólares EE.UU. corresponde a una estimación del nivel hipotético de anulación o menoscabo en el año 1997, es decir aproximadamente un año antes de la entrada en vigor de la Enmienda de 1998. Por consiguiente, al reajustar esta cifra para que refleje el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas en la fecha en que se sometió el asunto a los Árbitros, hemos de reajustarla desde finales del año 1997.

4.72 A nuestro parecer, la forma más adecuada de reajustar la cifra indicada consiste en tener en cuenta el crecimiento de la economía de los Estados Unidos en el mismo período. A tal fin, hemos utilizado la tasa anual de crecimiento del producto interior bruto de los Estados Unidos en dólares corrientes en el período pertinente. En ese período, las tasas del crecimiento del PIB de los Estados Unidos en dólares corrientes fueron las siguientes: +6,5 por ciento en 1998; +5,5 por ciento en 1999 y +6,5 por ciento en 2000.¹⁰² Para el primer semestre del año 2001, hemos utilizado como tasa de crecimiento la del 1,7 por ciento, que hemos obtenido por aproximación, basándonos en las cifras anualizadas trimestralmente de la tasa de crecimiento en dólares corrientes.

4.73 Hemos reajustado la cifra antes indicada, que representa el promedio anual hipotético de los ingresos que los titulares de derechos de las CE perdieron como consecuencia del artículo 110(5)(B) al nivel de 1997, utilizando la tasa anual de crecimiento del PIB de los Estados Unidos. En consecuencia, calculamos que el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas como consecuencia del artículo 110(5)(B) es de 1,1 millón de dólares EE.UU. al año.

V. LAUDO DEL ÁRBITRO

5.1 Por las razones expuestas, los Árbitros determinan que el nivel de las ventajas de las CE que han quedado anuladas o menoscabadas a consecuencia de la aplicación del artículo 110(5)(B) asciende a 1.219.900 euros al año.¹⁰³

¹⁰¹ Véase *supra*, sección IV.A.2.

¹⁰² Véase United States Department of Commerce Bureau of Economic Analysis News Release, 28 de septiembre de 2001, <http://www.bea.doc.gov/bea/newsrel/gdp201f.htm>.

¹⁰³ Tipos de cambio entre el dólar de los EE.UU. y el euro (11 de octubre de 2001), *Financial Times*, 12 de octubre de 2001, página 25.

ANEXO I

TEXTO DE LAS CARTAS ENVIADAS A LA ASCAP Y LA BMI PARA SOLICITAR INFORMACIÓN

Estimada Sra. Preston/Estimada Sra. Bergman:

El 23 de julio de 2001, las Comunidades Europeas (CE) y los Estados Unidos, de mutuo acuerdo, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 25 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, sometieron a arbitraje la determinación del nivel de anulación o menoscabo de ventajas sufrido por las CE como consecuencia de la incompatibilidad del artículo 110(5)(B) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos con el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). El 13 de agosto de 2001 se informó a los Miembros de la OMC de la composición del grupo especial de arbitraje.

Le agradecería que, para ayudar a los Árbitros a determinar el nivel de anulación o menoscabo, contestara a las siguientes preguntas:

1. Sírvasse facilitar los siguientes datos respecto de cada uno de los años del período 1997-2000:
 - a) ingresos internos totales por licencias (con exclusión de los ingresos por licencias obtenidos de sociedades extranjeras);
 - b) ingresos totales por licencias comprendidas en el grupo de las licencias generales;
 - c) ingresos totales por licencias obtenidos de los establecimientos de servicios de comidas y de bebidas y de otros establecimientos, con arreglo a la definición del artículo 100(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, modificada;
 - d) cantidad deducida por los gastos administrativos y de recaudación antes de distribuir las regalías a los titulares de derechos;
 - e) cantidad total distribuida a los titulares de derechos (excluida la distribución de ingresos obtenidos por licencias de sociedades extranjeras);
 - f) cantidad total distribuida a entidades de recaudación de las CE;
 - g) cualesquiera otros datos, si dispone de ellos, que indiquen el monto de las distribuciones a titulares de derechos de las CE efectuadas directamente a través de su sociedad (y no de entidades recaudadoras de las CE), especialmente a compañías de edición filiales en los Estados Unidos, por interpretaciones o ejecuciones de obras de las CE.
2. En relación con la pregunta 1 c) *supra*, sírvase facilitar, en la medida en que disponga de información, el desglose de los ingresos por licencias obtenidos de establecimientos de servicios de comidas y servicios de bebidas y de otros establecimientos con arreglo a la definición del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos:
 - i) cuyas dimensiones estén comprendidas dentro de los límites establecidos en el artículo 110(5)(A);
 - ii) cuyas dimensiones estén comprendidas entre los límites establecidos por las partes (A) y (B) del artículo 110(5); y

- iii) cuyas dimensiones excedan de los límites establecidos en el artículo 110(5)(B).
3. Sírvanse facilitar cualquier información de que dispongan sobre el número probable de establecimientos que cumplirían los requisitos del artículo 110(5)(B) y que transmitan música radiodifundida.
 4. En la medida de lo posible, facilítenos una estimación del porcentaje de establecimientos de cada una de las categorías a que se hace referencia en el artículo 110(5) que difunden música radiodifundida con respecto a la cual concedan ustedes licencias.
 5. Sírvase indicar los porcentajes correspondientes a las diversas categorías de establecimientos a que se hace referencia en el artículo 110(5).

No es necesario aclarar que cualquier información que indique en su respuesta que tiene carácter confidencial, será tratada como tal. Si lo solicita, los Árbitros garantizarán que el acceso a esa información se reserve a las partes en la presente diferencia. Además, la versión pública del informe de los Árbitros se publicará en forma que garantice que esa versión no contenga datos confidenciales.

Desearía subrayar que, aunque no está obligada a responder a las preguntas anteriores ni a facilitar la información solicitada, le agradeceríamos profundamente su plena cooperación.

Dado que el procedimiento de los Árbitros está sujeto a plazos muy breves, le quedaríamos muy agradecidos si nos enviara su respuesta el viernes 14 de septiembre de 2001 a más tardar.

Aprovecho la ocasión para reiterarle el testimonio de mi consideración más distinguida.

Ian F. Sheppard
Presidente
Grupo Especial de Arbitraje sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5)*
de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos

ANEXO II

HOJA DE CÁLCULO

NO SE REPRODUCE POR TENER
CARÁCTER CONFIDENCIAL
