

La legislación sobre derechos de autor y su ámbito de aplicación: perspectiva europea

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid (UCM), de cuya Facultad de Derecho es vicedecano. Doctor en Derecho (*cum laude*) por la UCM y Master of Laws (LL.M.) por la Universidad de Ámsterdam. Miembro del European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property. Fue uno de los redactores de los European Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property. Es *co-rapporteur* del Committee on Intellectual Property and Private International Law de la International Law Association. Autor de *Derecho privado de Internet* (5.^a ed., 2015), *Derecho de los negocios internacionales* (4.^a ed., 2013), *Conflict of Laws in Intellectual Property - The CLIP Principles and Commentary* (Oxford, 2013). Publicaciones disponibles en <http://pedrodemiguelasensio.com>.

Resumen

Estudio de los presupuestos de aplicación de la legislación de propiedad intelectual, con especial referencia a su ámbito personal y la determinación de sus beneficiarios. Dicho ámbito se halla en gran medida condicionado por obligaciones derivadas de tratados internacionales,

como el Convenio de Berna, el Acuerdo ADPIC y el Derecho de la Unión Europea, que son objeto de análisis específico.

PALABRAS CLAVE: DERECHOS DE AUTOR - TERRITORIALIDAD - ÁMBITO DE APLICACIÓN
SUBJETIVO - BENEFICIARIOS.

Abstract

The study discusses the personal scope of application of copyright legislation and the determination of the beneficiaries of copyright protection. The relevant provisions of international agreements, such as the Berne Convention, the TRIPS Agreement, and the implications of European Union Law in this regard provide the basic legal framework influencing the scope of application of national legislations.

KEYWORDS: COPYRIGHT - TERRITORIALITY - PERSONAL SCOPE OF APPLICATION - BENEFICIARIES.

Sumario: I. Aspectos internacionales de los derechos de autor: significado de las normas del Libro IV de la Ley de propiedad intelectual: A. Territorialidad e independencia de los derechos de propiedad intelectual. B. Ámbito de aplicación subjetivo de la LPI: el Libro IV. II. Regímenes normativos de protección: A. Convenios internacionales: el principio de tratamiento nacional. B. Unión Europea: aproximación de legislaciones y principio de no discriminación. C. Tendencias actuales. III. El criterio *lex loci protectionis* como determinante de la aplicación de la Ley de propiedad intelectual: A. Perspectiva comparada. B. Referencia a la normativa internacional. C. El Reglamento Roma II y el artículo 10. 4 del Código civil. IV. El Libro IV de la Ley de propiedad intelectual y su artículo 163: fundamento y estructura. V. Equiparación entre españoles y nacionales de otros Estados de la Unión Europea. VI. Equiparación de nacionales de terceros Estados y relevancia del lugar de publicación de las obras. VII. Otros nacionales de terceros Estados: A. Aplicación de los convenios internacionales. B. Reciprocidad. VIII. Reglas especiales: A. Obras audiovisuales. B. Plazo de protección de las obras. C. Derecho moral.

**I. ASPECTOS INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS DE AUTOR:
SIGNIFICADO DE LAS NORMAS DEL LIBRO IV DE LA LEY DE
PROPIEDAD INTELECTUAL**

A) Territorialidad e independencia de los derechos de propiedad intelectual

Los derechos de autor y derechos conexos tienen carácter estrictamente territorial, de manera que el alcance de estos derechos de exclusiva se halla limitado típicamente al territorio de un Estado.¹ Ciertamente, la posición de exclusiva resultante del derecho solo puede hacerse valer para el ámbito espacial del ordenamiento jurídico que lo atribuye (normalmente, el territorio de un Estado). En consecuencia, los derechos que regula en el ordenamiento español la Ley de Propiedad Intelectual² (en adelante, LPI) van referidos únicamente a España. Pese a que tengan carácter territorial, la vinculación con el poder público estatal es en el caso de la propiedad intelectual menos intensa que en los derechos de propiedad industrial, pues la existencia de los derechos de propiedad intelectual no se subordina a un acto de concesión o registro por el poder público, como es típico de los derechos de propiedad industrial. En este sentido es bien conocida la contraposición entre derechos de autor y derechos conexos, de una parte, y derechos de propiedad industrial, de otra. La existencia de los primeros viene atribuida por ministerio de la ley, de manera que no se subordina a un mecanismo de registro o concesión por el poder público, por lo que la posible inscripción en un registro no tiene efectos constitutivos,

¹ Vid., con ulteriores referencias, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «La protección transfronteriza de los bienes inmateriales en el comercio internacional», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, Bilbao, UPV, 2009, pp. 79-177; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Bienes inmateriales, derecho de la competencia y responsabilidad extracontractual», en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; ARENAS GARCÍA, R.; y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los negocios internacionales*, 4.^a ed., Madrid, Iustel, 2013, pp. 79-145.

² Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que ha sido reformado parcialmente en diversas ocasiones, más recientemente por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre.

sino meramente declarativos, creando solo una presunción de autoría en favor de la persona que figura como autor en la inscripción, como sucede en el caso del Registro de la Propiedad Intelectual en España. Esta situación se corresponde con el dato de que el artículo 5.2 del Convenio de Berna exige que el goce y ejercicio de los derechos de autor no esté sometido a formalidad alguna, lo que excluye la posibilidad de subordinarlo a un acto de concesión específico por el poder público.

Ahora bien, el significado económico de las creaciones intelectuales que se benefician de la protección determina que sean normalmente explotadas y utilizadas más allá de las fronteras de un Estado concreto. La explotación comercial de los bienes protegidos mediante derechos de propiedad intelectual presenta un alcance cada vez más internacional. La evolución de los medios de comercialización de los productos y servicios y la globalización de la actividad empresarial van unidas a un especial interés de los titulares por asegurar la tutela de la propiedad intelectual en múltiples países o incluso a escala global, pues se pretende explotar el elemento inmaterial en múltiples países. Asimismo, el desarrollo de la sociedad de la información favorece la deslocalización de las actividades de infracción y que sus consecuencias puedan afectar a una pluralidad de mercados, lo que constituye una fuente de incertidumbre y plantea nuevos riesgos para la tutela efectiva de estos bienes. Debido al alcance global de Internet, las actividades de explotación e infracción de la propiedad intelectual presentan típicamente carácter internacional cuando se llevan a cabo a través de ese medio.

Vinculada a su territorialidad se encuentra la independencia de los derechos de propiedad intelectual de cada país, aunque recaigan sobre una misma creación intelectual. Con carácter general, cuando un mismo objeto goza de protección en una pluralidad de países (territorios de protección) existen en realidad tantos derechos de propiedad intelectual independientes cuantos ordenamientos reconocen un poder exclusivo sobre esa creación. En principio, los requisitos para la atribución de cada derecho y sus efectos vienen determinados en la legislación nacional correspondiente. Por lo tanto, los titulares de derechos de propiedad intelectual de diversos países sobre un mismo

objeto pueden ser diferentes (en cada país) y el contenido del derecho –duración, límites...– puede variar en los distintos países, de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivas legislaciones. Debido a su limitado alcance territorial, los derechos de propiedad intelectual únicamente pueden ser infringidos por actividades desarrolladas en el correspondiente territorio de protección (o dirigidas al mismo), pues la posición de exclusiva que atribuyen solo va referida al territorio del Estado que establece ese concreto derecho. Territorialidad e independencia son rasgos básicos de los derechos de propiedad intelectual compartidos a escala internacional que resultan determinantes de que el criterio *lex loci protectionis* sea común prácticamente a todos los Estados para determinar la ley aplicable a la protección de los derechos de propiedad industrial sometidos a registro. El alcance territorial de los derechos de propiedad intelectual implica que la protección respecto de un determinado territorio venga determinada por la aplicación de la normativa vigente en el mismo (*lex loci protectionis*).

La territorialidad e independencia características de los derechos de propiedad intelectual facilitaron que en muchos países, en particular en la órbita del *common law*, se consolidara un criterio según el cual la tutela de estos derechos correspondería en todo caso a los tribunales del país para cuyo territorio se pretende la protección del derecho. Con respecto a actividades de explotación o infracción de derechos de varios países, tan frecuentes en el contexto social y empresarial presente, ese planteamiento conduce necesariamente a una fragmentación de los litigios, en la medida en que los tribunales de cada país solo serían competentes para conocer de las infracciones relativas a su propio territorio. Tal enfoque parece responder a una excesiva desconfianza hacia los procesos tramitados en el extranjero, así como a una concepción de los derechos de propiedad industrial e intelectual como instrumentos de políticas públicas con una especial vinculación con el poder público estatal, que contrasta con la realidad de estos bienes como derechos subjetivos que revisten naturaleza jurídico-privada.

El carácter territorial de esos derechos de exclusiva hace referencia a su ámbito espacial de vigencia, en la medida en que solo puede

hacerse valer respecto del territorio del Estado que lo establece. La territorialidad de los derechos de propiedad intelectual condiciona tanto las reglas sobre determinación de la ley aplicable como sobre competencia judicial internacional, pero no impone que la competencia para conocer de litigios relativos a la infracción de esos derechos deba corresponder necesariamente a los tribunales del país a cuyo territorio va referido el derecho. Por lo tanto, en muchos sistemas se ha impuesto un criterio más flexible, que admite la posibilidad de que los tribunales del foro tengan competencia respecto de la explotación o infracción de derechos de propiedad intelectual de otros países, como resulta en el ámbito de la Unión Europea de lo dispuesto ahora en el Reglamento (UE) No. 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) o Reglamento Bruselas I bis.³

B) Ámbito de aplicación subjetivo de la LPI: el Libro IV

El ámbito de aplicación personal (y material) de la LPI está regulado en su Libro IV, integrado por los arts. 163 a 167.⁴ Estas normas deben aplicarse teniendo en cuenta que el carácter territorial de la protección de los derechos de propiedad intelectual viene determinado en el ordenamiento español por la regla de conflicto básica en la materia que establece el criterio *lex loci protectionis*, pues, como ha quedado señalado, estos derechos solo pueden ser tutelados (e infringidos) en el ámbito territorial del ordenamiento que los reconoce. Pero para que opere la tutela de estos derechos prevista en la LPI es necesario no solo

³ DO L 351/1, de 20.12.2012.

⁴ Vid. AMORES CONRADI, M. A., y HEREDIA CERVANTES, I., «Artículos 163-167», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 3.^a ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 2127-2185; y MARTÍN VILLAREJO, A., «Del ámbito de aplicación de la Ley» en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (dir.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 2.^a ed., Navarra, Civitas, 2007, pp. 991-1024. Asimismo, vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., y GUZMÁN ZAPATER, M., «Artículos 155-158», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1997, pp. 2221-2282.

que se reclame su protección para el territorio español, por ejemplo porque la violación de derechos cuya tutela se reclama tenga lugar en España, sino que además es preciso que concurren en quien reclama la protección las circunstancias que establecen los arts. 163 a 167 LPI. El primer elemento es determinante de que resulte aplicable el ordenamiento español conforme a las reglas de Derecho internacional privado de nuestro sistema, básicamente el art. 8 Reglamento Roma II y el artículo 10.4 del Código civil (en adelante Cc), a los que se hará referencia más adelante. Una vez que en virtud de las llamadas normas de conflicto es aplicable el ordenamiento español, la concreción de si un autor, intérprete o ejecutante, productor... puede ser titular de los derechos previstos en la LPI y con qué alcance, se subordina a que quede comprendido dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la LPI.

En la medida en que resultan determinantes del alcance subjetivo de la LPI, las normas de los artículos 163 a 167 LPI no son de aplicación solo por parte de los tribunales españoles, sino también cuando ante un tribunal extranjero se reclame la protección de derechos de propiedad intelectual para el territorio español. Por ejemplo, en el caso de una demanda interpuesta frente a un demandado domiciliado en Alemania –con base en el art. 4 del Reglamento (UE) No. 1215/2012– por la infracción de derechos de autor en Alemania y en España. En tal caso, la ley aplicable por el tribunal alemán a la protección para el territorio español será la ley española, lo que incluye los artículos 163 a 167 LPI, en la medida en que sea preciso concretar si el pretendido titular goza de derechos en España. Por otra parte, es claro que la LPI en su conjunto –incluidos sus artículos 163 a 167– no resulta de aplicación en la medida en que ante un tribunal español se reclame la protección de derechos de propiedad intelectual para territorios extranjeros, lo que en la práctica puede ser relevante en particular en situaciones en las que tenga su domicilio en España el demandado aquí por infringir derechos en el extranjero.

Con respecto a los derechos de autor, el art. 163 LPI determina que se benefician de la protección de la LPI los autores españoles y los nacionales de otros Estados miembros de la UE, así como los nacionales

de terceros Estados con residencia habitual en España y los que no tengan su residencia en España respecto de sus obras publicadas por primera vez en territorio español o dentro de los treinta días siguientes a que lo hayan sido en otro país. Respecto a los nacionales de terceros Estados, se prevé la posibilidad de que el Gobierno establezca restricciones específicas con base en criterios de reciprocidad. Además, el art. 163 LPI prevé que los nacionales de terceros países gozarán de la protección que les corresponda en virtud de los convenios internacionales –que en esta materia contienen como principio básico el de trato nacional (en particular, el art. 5 del Convenio de Berna y el art. 3 Acuerdo ADPIC) que conduce a la aplicación del mismo régimen que a los españoles (LPI)–, así como que, a falta de tales convenios, estarán equiparados a los autores españoles cuando estos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo. También el art. 163 LPI señala que el derecho moral del autor se reconoce con independencia de su nacionalidad.

El ámbito personal de aplicación de las normas de la LPI relativas a los derechos reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes se delimita en virtud de criterios similares en el art. 164 LPI y en el art. 165 con respecto a los productores de fonogramas o de obras audiovisuales, realizadores de meras fotografías y editores. En lo que atañe a las entidades de radiodifusión, el art. 166 LPI prevé que se benefician de la protección de la LPI respecto de sus emisiones y transmisiones las domiciliadas en España, o en otro Estado miembro de la UE, aplicándose a las establecidas en terceros Estados lo dispuesto en los convenios internacionales. Beneficiarios de la protección del derecho *sui generis* sobre las bases de datos, conforme al art. 167 LPI, son los fabricantes o derechohabientes nacionales de un Estado de la UE o que tengan su residencia habitual en el territorio de la UE, así como las sociedades y empresas constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y que tengan su sede oficial, administración central o centro principal de actividades en la UE; siendo preciso, si la sociedad o empresa tiene en el territorio de la UE solo su domicilio social, que sus operaciones estén vinculadas de forma efectiva y continua con la economía de un Estado miembro.

II. REGÍMENES NORMATIVOS DE PROTECCIÓN

A) *Convenios internacionales: el principio de tratamiento nacional*

Comparado con otros ámbitos del comercio internacional, el sector de los bienes inmateriales destaca por haber sido objeto preferente de la cooperación entre Estados desde una época relativamente muy temprana, pues los orígenes del marco multilateral actualmente existente se remontan al siglo XIX, a una época en la que la elaboración de un entramado multilateral buscaba superar las limitaciones inherentes a una red de convenios bilaterales, en los que desempeñaba ya un papel importante el principio de trato nacional,⁵ tras una fase inicial en la que prevaleció un criterio de reciprocidad. El régimen multilateral básico de protección de los autores ha estado tradicionalmente constituido por el Convenio de Berna de 1886 para la protección de las obras literarias y artísticas, revisado por última vez en París en 1971,⁶ del que España es parte. Asimismo, España es parte de la Convención Universal sobre los Derechos de Autor de Ginebra de 1952, revisada en París el 24 de julio de 1971. Con respecto a los llamados derechos conexos, el texto multilateral básico es la Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961, de la que también España es parte.

⁵ En la práctica española reciente cabe reseñar la referencia al Canje de Notas entre España y Estados Unidos de América para la protección de la propiedad intelectual de 6 y 15 de julio de 1896, destacando como ese texto establece un compromiso de igualdad de trato, o de asimilación de los estadounidenses a los nacionales, a la hora de beneficiarse de la tutela dispensada por los derechos de propiedad intelectual en España, semejante al de los tratados multilaterales en este ámbito, *vid.* Sentencia Aud. Prov. de Madrid (Sección 28.ª) núm. 71/2011 de 11 de marzo, AC\2011\1779, Fdto. de Dcho. Quinto.

⁶ RICKETSON, S., y GINSBURG, J., *International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2.ª ed., Oxford, OUP, 2006; y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, Madrid, Tecnos, 2013.

El Convenio de Berna, que constituye a los Estados miembros en Unión, parte de la estricta territorialidad de estos derechos y de la independencia de los derechos nacionales. Asimismo, establece el principio de tratamiento nacional o de asimilación con el propósito esencial de asegurar la tutela de estos bienes más allá del país de origen. Aunque admite algunas excepciones, con base en ese principio, los nacionales de cualquier país de la Unión, así como quienes tengan su residencia o establecimiento en uno de estos países, disfrutan en todos los demás países miembros del mismo nivel de protección que los nacionales del país para el que se solicita la tutela. También la Convención de Roma parte de la estricta territorialidad y la independencia de los derechos nacionales, estableciendo en su artículo 2 el principio de trato nacional.

El art. 5 del Convenio de Berna, con respecto a las obras protegidas en este, garantiza que los autores nacionales de un Estado miembro, así como los demás por las obras que hayan publicado por primera vez en un Estado miembro, gozarán en todos los demás de los derechos que conceden sus respectivas legislaciones, así como de los derechos especialmente establecidos en el Convenio. Este artículo aclara que el goce y el ejercicio de esos derechos son independientes de la existencia de protección en el país de origen y no están subordinados a ninguna formalidad, lo que se corresponde con la naturaleza propia de estos derechos, cuya existencia no depende de un mecanismo de concesión o registro por el poder público.

Con respecto a las obras protegidas, el art. 2 del Convenio de Berna precisa que los términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico cualquiera que sea su forma de expresión, como: libros y escritos; alocuciones; obras dramáticas y coreográficas; composiciones musicales; obras cinematográficas; obras de dibujo, pintura, arquitectura y escultura; fotografías; obras de artes aplicadas y obras plásticas. También prevé la protección de las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística. Como el principio de tratamiento nacional, basado en la equiparación con los nacionales, no garantiza la existencia en los Estados miembros de un

nivel apropiado de protección de estos derechos, el Convenio de Berna establece también ciertas reglas sustantivas destinadas a asegurar un mínimo de protección común a todos los Estados parte. En concreto, el Convenio de Berna fija un mínimo de protección común, al establecer ciertas reglas relativas, entre otras cuestiones, a: los derechos personales o morales, como reivindicar la paternidad de la obra y oponerse a cualquier modificación o atentado que menoscabe su honor o reputación –art. 6 bis–, los períodos mínimos de protección de los derechos (art. 7), el derecho exclusivo de los autores de hacer o autorizar la traducción de sus obras (art. 8), el derecho exclusivo de reproducción y sus límites (art. 9), el derecho de comunicación pública sobre ciertas obras (art. 11 bis), el derecho de adaptación (art. 12) y los requisitos para que los autores de obras artísticas y literarias sean considerados como tales (art. 15).

Del catálogo de derechos establecido en el Convenio de Berna y de las restricciones con las que aparecen previstos en su texto, que contiene continuas remisiones al contenido de las legislaciones nacionales, resulta que su alcance armonizador es limitado. Además, la ausencia de mecanismos para garantizar el respeto en los Estados miembros del estándar mínimo de protección fijado, así como el limitado desarrollo normativo de ese estándar, determinan que el Convenio de Berna no resulte un instrumento suficiente para la tutela de las obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual a escala internacional y la represión de las actividades infractoras de tales derechos.

La voluntad de reducir los obstáculos y distorsiones que para el comercio internacional derivan de los distintos sistemas nacionales de protección, así como, en particular, el propósito de garantizar un cierto estándar homogéneo de protección a nivel internacional justifican la importancia asignada a la propiedad industrial e intelectual en los acuerdos adoptados en el marco de la Ronda Uruguay del GATT el 15 de diciembre de 1993, que incluyen un Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Acuerdo ADPIC). Este acuerdo va referido a la propiedad intelectual en sentido amplio, el que la expresión *intellectual property* tiene en el

ámbito anglosajón, de manera que regula los derechos de propiedad industrial, los derechos de autor y los derechos conexos, así como la tutela de los conocimientos secretos.

Mediante el Acuerdo ADPIC⁷ se desbordó el marco tradicional de protección internacional de la propiedad industrial e intelectual, que se había desarrollado básicamente en el ámbito de la única organización especializada en la materia, la OMPI. Las reglas del Acuerdo ADPIC específicas sobre los derechos de autor y derechos conexos se contienen en sus arts. 9 a 14. Como punto de partida, el art. 2.2.º establece que las disposiciones del Acuerdo ADPIC no van en detrimento de las obligaciones asumidas en el marco del Convenio de Berna, del que se configura básicamente como complementario, pues el art. 9 de este Acuerdo impone a sus Estados miembros la obligación de cumplir con lo dispuesto en el Convenio de Berna, con excepción de su art. 6 bis, relativo a los derechos morales o personalísimos de los autores –excepción que se explica por la negativa en algunos sistemas nacionales, en particular en la órbita anglosajona del *copyright*, a reconocer tales derechos–, y de los arts. 22 a 38 relativos a acuerdos internacionales sobre el funcionamiento de la Unión de Berna. El Acuerdo ADPIC parte del estándar de protección fijado en el Convenio de Berna, al que desde el punto de vista material añade poco, si bien incluye una referencia a los programas de ordenador y a las compilaciones de datos, que por evidentes razones de tiempo no aparecen mencionados en el Convenio de Berna.

Por el momento en que fueron elaborados, ni el Convenio de Berna ni el Acuerdo ADPIC contienen normas que adapten la normativa internacional a las exigencias del entorno digital y de la sociedad de la información. Un paso significativo en ese sentido vino representado por la adopción en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TDA) y del Tratado de la OMPI

⁷ IGLESIAS PRADA, J. L. (dir.), *Los derechos de propiedad intelectual en la OMC (El Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio)*, Madrid, CEFI, 1997; y MALBON, J.; LAWSON, C., y DAVISON, M., *The WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (A Commentary)*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014.

sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TIEF), que introducen nuevas normas y clarifican la interpretación de algunas existentes, y de los que también España es parte. Estos tratados tienen por objeto adaptar el contenido de los derechos de autor –en el caso del TDA– y de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas –en el caso del TIEF– a las exigencias del entorno digital. Ambos tratados han sido ratificados por España y se encuentran en vigor. El TDA aparece configurado como un arreglo particular en el sentido del art. 20 del Convenio de Berna y que complementa su contenido. En la medida en que establece ciertas disposiciones nuevas o precisa ciertas reglas del Convenio de Berna, el TDA prevé expresamente (art. 3) la aplicación entre sus Estados miembros de las normas de los arts. 2 a 6 del Convenio de Berna, relativas, entre otras cuestiones, a: los criterios de extensión personal de la tutela, en atención a la nacionalidad o residencia del autor y al lugar de primera publicación; el objeto de la protección; el principio de tratamiento nacional y la protección al margen de toda formalidad. Por su parte, el TIEF incorpora un contenido muy semejante pero con respecto a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, de manera que se configura como un texto complementario de la ya mencionada Convención de Roma de 1961.

B) Unión Europea: aproximación de legislaciones y principio de no discriminación

Tradicionalmente, la armonización en el seno de la UE de las legislaciones sobre propiedad intelectual de los Estados miembros ha estado unida al esfuerzo por evitar que la fragmentación territorial inherente a los derechos atribuidos por los ordenamientos nacionales menoscabe el correcto funcionamiento del mercado interior. Junto a la intervención normativa por medio de directivas para reducir la disparidad de los ordenamientos de los Estados miembros, la jurisprudencia del TJCE ha precisado en qué medida el ejercicio (no así, en principio, la existencia) de derechos de propiedad intelectual nacionales resulta limitado

por las exigencias de la libre circulación de mercancías (en particular en la interpretación del art. 30 TCE, antiguo art. 36), rechazando que la invocación de la territorialidad pueda ocasionar un aislamiento injustificado de los mercados nacionales y estableciendo el criterio de agotamiento comunitario, en virtud del cual el derecho de distribución se agota a nivel comunitario con la primera venta del artículo en la CE por el titular del derecho o con su consentimiento.

El resultado de la armonización comunitaria en materia de propiedad intelectual ha sido la adopción de una serie de directivas que han condicionado significativamente la evolución reciente de las legislaciones de los Estados miembros. Entre esas directivas se incluyen las siguientes: Directiva 2009/2491/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre protección jurídica de los programas de ordenador; Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; Directiva 93/83/CEE, de 27 de septiembre de 1993, sobre derechos de autor y derechos afines en la radiodifusión por satélite y la distribución por cable; Directiva 93/98/CEE, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización de los plazos de duración del derecho de autor y los derechos afines; y Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

Por su parte, la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, armoniza determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, en buena medida adaptando el contenido de la normativa sobre propiedad intelectual a los compromisos derivados del TDA y del TIEF. La Directiva 2001/29/CE introduce reglas acerca del contenido de ciertos derechos –como los de reproducción, comunicación pública y distribución– y las excepciones a los mismos, para facilitar su adaptación al entorno de la sociedad de la información, así como reglas sobre medidas tecnológicas e información para la gestión de derechos. A diferencia de la evolución en el ámbito de ciertos derechos de propiedad industrial, como las patentes y las marcas, en materia de propiedad intelectual la legislación de la UE no ha dado lugar a la creación de derechos unitarios cuyo

alcance territorial se extiende al conjunto de la UE, de modo que los derechos de autor continúan teniendo carácter nacional.

En relación con el ámbito subjetivo de los derechos reconocidos en las legislaciones nacionales sobre propiedad intelectual de los Estados miembros de la UE, reviste particular interés la circunstancia de que los derechos de autor y derechos afines están comprendidos en el ámbito de aplicación de los Tratados –actualmente TFUE–, por lo que se hallan necesariamente sujetos al principio general de no discriminación establecido en el artículo 18 TFUE (*vid.* comentario al art. 163, *infra*).

C) *Tendencias actuales*

Una característica de la evolución de la normativa internacional sobre propiedad intelectual durante las dos últimas décadas ha sido la progresiva marginación del marco multilateral, reflejado en la ausencia de avances en el seno de la OMC y en los limitados logros conseguidos en este período en la OMPI. Se trata de una tendencia que previsiblemente se consolidará en los próximos años, como refleja la reciente Comunicación de la Comisión Europea sobre «Estrategia para mejorar la protección y la garantía de respeto de los derechos de propiedad intelectual en los terceros países».⁸ La Comisión viene a reconocer que un planteamiento plurilateral parece en la actualidad resultar eficaz únicamente para grupos pequeños de países con objetivos similares y se muestra muy escéptica con respecto a los futuros trabajos en el marco de la OMC y de la OMPI.

El escepticismo sobre el marco multilateral se vincula con las evidentes dificultades para superar en ese entorno las reticencias de los Estados con sistemas menos eficaces de protección de la propiedad intelectual, que mantienen el criterio de que tienen poco que ganar con un régimen más estricto de protección de la propiedad intelectual. Todo ello tras el fracaso del peculiar marco plurilateral negociado mediante

⁸ COM (2014) 389 final, de 1 de julio de 2014.

la frustrada propuesta de Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (más conocido como ACTA). El rechazo de ese instrumento por el Parlamento Europeo se vincula con las preocupaciones que el mismo generó en amplios sectores del público, en particular en lo relativo a su repercusión sobre los derechos fundamentales en el entorno de Internet.

Como alternativa al marco multilateral, los avances en la normativa internacional sobre propiedad intelectual con participación de la UE (y de otros países industrializados como EE. UU.) se han centrado en los últimos años en la inclusión de capítulos sobre protección y aplicación de la propiedad intelectual en los acuerdos comerciales bilaterales. La estrategia de la UE en relación con tales acuerdos consiste en tomar como referencia la legislación existente de la UE para incluir en los acuerdos la exigencia de que se establezcan normas de regulación situadas a la altura del acervo de la UE (como en los casos de Georgia, Moldavia y Ucrania), que presentan mejoras sustanciales con respecto al ADPIC (como los acuerdos con Canadá, República de Corea o Singapur) o rebasan las normas mínimas internacionales (por ejemplo, América Central, Colombia y Perú). En todo caso, se trata de normas centradas en establecer compromisos acerca de los estándares de protección de las normas materiales (y en su caso procesales) de tutela de la propiedad intelectual.

III. EL CRITERIO *LEX LOCI PROTECTIONIS* COMO DETERMINANTE DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL⁹

A) *Perspectiva comparada*

Ha quedado ya reseñado cómo los rasgos esenciales de los derechos de propiedad intelectual compartidos a escala internacional resultan determinantes de que el criterio *lex loci protectionis* sea común prácticamente a todos los Estados para determinar la ley aplicable a la pro-

⁹ Vid., con ulteriores referencias, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «La *lex loci protectionis* tras el Reglamento Roma II», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VII, 2007, pp. 375-406.

tección de los derechos de propiedad intelectual. Los diversos sistemas suelen coincidir en que la ley aplicable a la tutela de estos derechos es la del territorio para el que se reclama la protección, si bien en ocasiones la formulación de la regla de conflicto en la materia es meramente unilateral o adolece de cierta imprecisión, en particular por ir aparentemente referida al país «en el que se reclama la protección» o por carecer de una regla específica sobre ley aplicable a la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual. El criterio de la ley del país de protección ha encontrado acogida en materia de propiedad industrial e intelectual en la mayoría de las modernas legislaciones de Derecho internacional privado, al tiempo que es también aceptado en sistemas que carecen en su legislación de una regla de conflicto específica con respecto a las infracciones de tales derechos.

La sustancial coincidencia a escala internacional de las normas de derecho aplicable en materia de propiedad intelectual quiebra, sin embargo, con respecto a ciertos aspectos puntuales, en particular en lo relativo a la titularidad originaria de los derechos de autor. Tratándose de derechos cuya existencia no está sometida a registro, un planteamiento estrictamente territorial en materia de derechos de autor no es aceptado generalizadamente, pues existen también posiciones basadas en una concepción unitaria y universalista de los derechos de autor, que tiende a favorecer la aplicación de la ley de origen. En esta línea, ciertos sistemas de Derecho internacional privado utilizan en materia de ley aplicable a los derechos de autor el criterio de origen, como Portugal, Grecia o Rumania. Ahora bien, por ejemplo, en el caso de Portugal aunque el artículo 48.1 Código civil establece la aplicación con carácter general de la ley de origen (lugar de primera publicación y, en su defecto, ley personal del autor) a todos los aspectos del régimen de los derechos de autor, se ha puesto de relieve que esa disposición carece en la práctica de aplicación y se considera desplazada por el criterio *lex loci protectionis* derivado del Convenio de Berna salvo en relación con la titularidad de los derechos de autor, a la que sí se aplica el criterio de origen. En una línea similar, en Rumania si bien el artículo 60 de la Ley de Derecho internacional privado prevé la aplicación de la ley de

origen en materia de derechos de autor, conforme al artículo 62 la ley aplicable a la infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual es la ley del país de infracción.

B) Referencia a la normativa internacional

El recurso generalizado a la *lex loci protectionis* en el panorama comparado se vincula, como ha quedado apuntado, con ciertas características básicas de los derechos de propiedad industrial e intelectual presentes en los tratados que contienen el núcleo de la regulación internacional de estos derechos, en particular, en el caso de la propiedad intelectual, Convenio de Berna y el Acuerdo ADPIC. De hecho, resulta frecuente la afirmación de que el contenido de dichos convenios impone la *lex loci protectionis* como regla de conflicto en el ámbito de la propiedad intelectual, sin perjuicio de que en ocasiones puntuales pueda exigir la toma en consideración de la ley de origen (como sucede, por ejemplo, con respecto a la duración de los derechos en el artículo 7.8 Convenio de Berna). Tal conclusión se defiende con respecto a los derechos de autor a partir de lo dispuesto en el artículo 5.2 del Convenio de Berna y el propio Acuerdo ADPIC.

Ese planteamiento ha sido, sin embargo, puesto en entredicho con base en diversos argumentos. El principio de trato nacional recogido en los arts. 5.1 Convenio de Berna y 3 Acuerdo ADPIC establece un estándar acerca del tratamiento de ciertos extranjeros que impone el deber de asegurar que los beneficiarios extranjeros gozarán en cada Estado miembro de los derechos que sus respectivas legislaciones concedan a los nacionales, de manera que se trata de normas referidas básicamente al disfrute de derechos por extranjeros.¹⁰ Haciendo hincapié en que ese es el único propósito de tal principio, se ha destacado que, desde la perspectiva de

¹⁰ En los términos utilizados por el Tribunal de Justicia: «como se desprende del artículo 5, apartado 1, del convenio de Berna, el objeto de éste no es determinar la ley aplicable en materia de protección de las obras literarias y artísticas, sino que instaura, como regla general, un sistema de trato nacional de los derechos relativos a tales obras», STJCE de 30 de junio de 2005, C-28/04, *Tod's*, ap. 32.

las reglas sobre derecho aplicable, tal objetivo queda satisfecho sencillamente con que la norma de conflicto utilizada en la materia sea la misma para los nacionales y los extranjeros beneficiarios, siempre que el criterio de conexión utilizado no sea la nacionalidad. Ahora bien, en realidad cabe entender que la exigencia de que la norma de conflicto utilizada no implique discriminación por razón de la nacionalidad podría llevar a cuestionar el uso de otros criterios de conexión. Por ejemplo, si la conexión utilizada fuera el domicilio o la residencia habitual, debería valorarse que normalmente coinciden con la nacionalidad.

Entre quienes niegan naturaleza de norma de conflicto al artículo 5.2 Convenio de Berna se ha destacado también que pese a que esa norma afirma que «[...] la extensión de la protección, así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos, se regirán por la ley del país en que se reclama la protección», se trata de un inciso, referido básicamente a normas procesales, que no contempla la aplicación de la *lex loci protectionis* sino de la *lex fori*, al tiempo que el artículo 5.2 Convenio de Berna en su conjunto debe ser interpretado como una norma que impone que el goce y ejercicio de sus derechos por los autores extranjeros no esté sometido a formalidad alguna ni a condición de reciprocidad. En consecuencia, estos planteamientos, subrayando que esos convenios internacionales no tienen por objeto imponer reglas de conflicto comunes, afirman la libertad de los Estados miembros para establecer sus propias reglas de conflicto en la materia, rechazando que impongan el recurso con carácter general a la *lex loci protectionis*.

Ahora bien, incluso en caso de asumir lo esencial de esos planteamientos cabría afirmar que la configuración de los derechos de propiedad industrial e intelectual en la normativa internacional básica en la materia, en particular la territorialidad e independencia características de tales derechos, condiciona decisivamente que con respecto a su infracción la regulación conflictual más apropiada sea la que establece como criterio básico que la ley aplicable es la del país para el que se reclama la protección. A la luz de esas características esenciales y comunes a los derechos de propiedad industrial e intelectual, los legisladores dispondrían de un margen de maniobra muy limitado para establecer normas de conflicto

en materia de infracción de tales derechos, respetuosas con el carácter territorial de estos y con el principio de tratamiento nacional.

Por ello, incluso entre quienes con argumentos más sólidos rechazan que de los tratados multilaterales reseñados derive una unificación de las normas sobre determinación de la ley aplicable, se afirma que, con respecto a aspectos como la duración, el ámbito de protección y la infracción de derechos (incluso de propiedad intelectual), la regla de conflicto apropiada (sin perjuicio de que puedan admitirse excepciones o limitaciones) es la *lex loci protectionis*. No en vano esa regla conduce a la aplicación de la ley del país en el que se utiliza el bien tutelado, que como opción básica parece imprescindible para asegurar el respeto al significado de la legislación sobre propiedad intelectual como producto de opciones de política legislativa que determinan las preferencias nacionales (o comunitarias) acerca del equilibrio entre ciertos intereses individuales y colectivos, decisivos para concretar lo que queda comprendido en el dominio público y para el diseño de las políticas sobre educación, investigación y desarrollo y sobre protección y difusión de la cultura.

No cabe, sin embargo, desconocer que el debate acerca de en qué medida el criterio *lex loci protectionis* constituye una imposición convencional resulta de interés práctico. Ese interés no radica en que haga posible cuestionar el recurso al criterio *lex loci protectionis* como regla de conflicto básica en materia de infracción, pues esa solución es plenamente coherente, como demuestra el panorama comparado, con las características de la materia regulada, su configuración en la normativa internacional –básicamente la territorialidad e independencia de los derechos y el principio de trato nacional–, así como con la función que este sector desempeña en la ordenación de una determinada sociedad y mercado.

Ahora bien, que tales convenios no lleven a cabo una unificación conflictual que comprenda el conjunto del régimen de los derechos de propiedad industrial e intelectual, o que la misma solo cubra ciertos aspectos del régimen de estos derechos, determina la oportunidad de que los Estados miembros establezcan sus propias reglas en la materia (sin perjuicio de que los elementos reseñados condicionen decisivamente su

contenido) y el alcance de esas normas. Esta situación deja abierta la posibilidad de que, sin perjuicio de optar por el criterio *lex loci protectionis* como regla de conflicto básica en la materia, ciertas cuestiones concretas puedan hallarse sometidas a criterios diferentes para determinar la ley aplicable, así como que puedan preverse ciertas limitaciones o alternativas al criterio general.

Al valorar el referido debate acerca del significado conflictual de los convenios internacionales básicos sobre propiedad industrial e intelectual, parece razonable apreciar que las diferencias de enfoque existentes en el mundo, incluso en el plano de las legislaciones nacionales, determinan que sea este un aspecto sobre el que está lejos de haberse alcanzado una interpretación uniforme a nivel internacional, lo que, por lo tanto, no excluye que criterios diversos puedan imponerse en diferentes Estados miembros al interpretar las reglas convencionales. Además, una interpretación de las reglas de los convenios respetuosa con el dato de que en ocasiones su naturaleza conflictual se considera meramente implícita –teniendo en cuenta el texto de las normas pero también la naturaleza y alcance de los derechos– favorece una interpretación de esas normas convencionales que no excluya la posibilidad de que los sistemas de Derecho internacional privado de los Estados miembros puedan introducir ciertas excepciones o limitaciones a la aplicación de la *lex loci protectionis*, como en ocasiones contemplan los propios convenios o resulta de la normal aplicación de las normas de conflicto, como es el caso del orden público.

C) El Reglamento Roma II y el artículo 10.4 del Código civil

El Reglamento 864/2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales (Reglamento Roma II) establece en su art. 8 que «la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual será la del país para cuyo territorio se reclama la protección». Esta norma, que comprende la infracción tanto de derechos de propiedad industrial como de derechos de autor y derechos conexos, deja claro que la ley de protección no

coincide necesariamente con la *lex fori*, en la medida en que los tribunales de los Estados miembros resulten competentes para enjuiciar la infracción de derechos de propiedad intelectual extranjeros. Al ser en cada caso de aplicación la ley del país para el que se reclama la protección, cuando una demanda va referida a la infracción de derechos en una pluralidad de países la regla de conflicto conduce a la aplicación de las legislaciones de todos esos países de forma distributiva (en consecuencia, las normas de la LPI resultan aplicables en la medida en que la demanda tenga por objeto la infracción de derechos en España, pero no a la pretendida infracción por el demandado de derechos en otros países).

Como el Reglamento Roma II tiene alcance universal, su art. 8 desplaza para las materias que regula al art. 10.4 Cc, según el cual: «Los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte». Aunque el carácter unilateral del art. 10.4 Cc da lugar a un vacío legal, al no indicar cuál es el Derecho aplicable en los supuestos en los que tribunales españoles deban pronunciarse respecto de derechos de propiedad intelectual establecidos en una legislación extranjera, cabe la extensión analógica del precepto, habida cuenta de la validez general que presenta en la materia el principio de territorialidad en el que se inspira. Esta circunstancia resulta de interés en la actualidad solo en la medida en que el art. 8 Reglamento Roma II no desplaza plenamente al art. 10.4 Cc. El art. 8 Reglamento Roma II, en coherencia con el ámbito de aplicación de ese instrumento, determina la ley aplicable en concreto a la obligación extracontractual que se derive de la infracción de un derecho de propiedad intelectual; por lo tanto, su supuesto de hecho es limitado y no comprende todos los aspectos del régimen de esos derechos. Cuestiones como los presupuestos –incluyendo los personales del titular– de los que depende el reconocimiento de los derechos; los objetos sobre los que pueden recaer y las modalidades que pueden revestir; la determinación de su titular originario; la duración y contenido de los derechos; así como el modelo de transmisión de los mismos quedan típicamente al margen del art. 8 Reglamento Roma II,

por lo que siguen regidos por la norma de conflicto del art. 10.4 Cc. No obstante, pese a las diferencias en su formulación el art. 10.4 Cc conduce a aplicar a todas estas cuestiones la misma solución prevista en el art. 8.1 Reglamento Roma II, la regla *lex loci protectionis*.

La regla *lex loci protectionis* presenta en nuestro sistema carácter absoluto y no admite excepciones, lo que excluye la posibilidad de que las partes seleccionen la ley aplicable,¹¹ tanto en el art. 8 Reglamento Roma II (que así lo prevé expresamente en su apartado 3) como en el art. 10.4 Cc.

IV. EL LIBRO IV DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU ARTÍCULO 163: FUNDAMENTO Y ESTRUCTURA

La organización de los artículos que forman parte del Libro IV LPI se vincula con las diversas categorías de derechos que integran el contenido de la propiedad intelectual en el texto de la Ley. Asimismo, en la normativa internacional básica es bien conocida la diferenciación entre los derechos de los autores y la protección de los derechos afines o conexos, como refleja la división entre el Convenio de Berna y el Convenio de Roma, o la Sección Primera de la Parte II del Acuerdo ADPIC bajo la rúbrica «Derecho de autor y derechos conexos». El artículo 163 va referido únicamente a los derechos de los autores,¹² siendo en los

¹¹ En relación con las nuevas tendencias que contemplan la posibilidad de introducir elementos de flexibilización, *vid.* Max-Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property (The CLIP Principles and Commentary)*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

¹² El texto del artículo 163 LPI es el que se reproduce a continuación.

«Artículo 163. Autores

1. Se protegerán, con arreglo a esta Ley, los derechos de propiedad intelectual de los autores españoles, así como de los autores nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea.

Gozarán, asimismo, de estos derechos:

a) Los nacionales de terceros países con residencia habitual en España.

b) Los nacionales de terceros países que no tengan su residencia habitual en España, respecto de sus obras publicadas por primera vez en territorio español o dentro de los treinta días siguientes a que lo hayan sido en otro país. No obstante, el Gobierno podrá restringir

artículos siguientes objeto de reglas específicas los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 164); los productores, realizadores de meras fotografías y editores (art. 165); las entidades de radiodifusión (art. 166); y los beneficiarios de la protección del derecho «sui generis» (art. 167).

En la medida en que el objetivo básico de estas normas es delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de las reglas de la LPI, es decir, concretar quiénes son los beneficiarios de los derechos establecidos en dicha ley, tanto el concepto de autor como los concretos derechos de propiedad intelectual a los que va referido el artículo 163 son los establecidos en la propia LPI. Al igual que el resto de las normas del Libro IV, el artículo 163 debe aplicarse teniendo en cuenta que el carácter territorial de la protección de los derechos de propiedad intelectual viene determinado en el ordenamiento español por la regla de conflicto básica en la materia que establece el *criterio lex loci protectionis*, al tratarse de derechos solo pueden ser tutelados (e infringidos) en el ámbito territorial del ordenamiento que los reconoce. Una vez que en virtud de las normas de conflicto de nuestro sistema –básicamente el artículo 8 del Reglamento Roma II y el artículo 10.4 Cc– es aplicable el ordenamiento español por reclamarse la protección para España, la

el alcance de este principio en el caso de extranjeros que sean nacionales de Estados que no protejan suficientemente las obras de autores españoles en supuestos análogos.

2. Todos los autores de obras audiovisuales, cualquiera que sea su nacionalidad, tienen derecho a percibir una remuneración proporcional por la proyección de sus obras en los términos del artículo 90, apartados 3 y 4. No obstante, cuando se trate de nacionales de Estados que no garanticen un derecho equivalente a los autores españoles, el Gobierno podrá determinar que las cantidades satisfechas por los exhibidores a las entidades de gestión por este concepto sean destinadas a los fines de interés cultural que se establezcan reglamentariamente.

3. En todo caso, los nacionales de terceros países gozarán de la protección que les corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, estarán equiparados a los autores españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo.

4. Para las obras cuyo país de origen sea con arreglo al Convenio de Berna un país tercero y cuyo autor no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, el plazo de protección será el mismo que el otorgado en el país de origen de la obra sin que en ningún caso pueda exceder del previsto en esta Ley para las obras de los autores.

5. Se reconoce el derecho moral del autor, cualquiera que sea su nacionalidad.»

concreción de si un autor puede ser titular de los derechos previstos en la LPI y con qué alcance se subordina a que quede comprendido dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la LPI. Como se ha detallado previamente, en la medida en que resulta determinante del alcance subjetivo de la LPI, las normas del artículo 163 no son de aplicación solo por parte de los tribunales españoles, sino también cuando ante un tribunal extranjero se reclame la protección de derechos de propiedad intelectual para el territorio español.

Al igual que otros aspectos de la redacción del precepto, la estructura del artículo 163 adolece de falta de precisión. Dejando de momento de lado las reglas específicas que incorpora en sus apartados 2, 4 y 5, sobre remuneración proporcional por la proyección de obras audiovisuales, plazo de protección y derecho moral de autor, básicamente el artículo 163 establece una clasificación en tres categorías de los autores, de cara a concretar su eventual inclusión en el ámbito subjetivo de aplicación de la LPI y, en consecuencia, la posibilidad de que sus obras se beneficien en España de la protección que otorga la LPI a los autores.

Dentro de la primera categoría cabe hacer una subdivisión. Por una parte, integra a los autores españoles y los nacionales de otros Estados de la Unión Europea, respecto de los que se afirma con carácter general su condición de beneficiarios de la protección que establece la LPI. Entre unos y otros se establece una plena equiparación en lo relativo al goce de los derechos establecidos en la LPI, lo que resulta una exigencia derivada directamente del artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). El otro grupo que queda comprendido dentro de esta categoría es el formado por los nacionales de terceros Estados en los que concurra alguna de las dos circunstancias o criterios de vinculación con España que conforme al artículo 163 apartado 1 resultan determinantes de su equiparación a estos efectos con los españoles y nacionales de Estados miembros de la UE. En concreto, tal equiparación se afirma respecto de los nacionales de terceros Estados, cuando tengan su residencia habitual en España o cuando se trate de una obra que haya sido publicada por primera vez en territorio español o dentro de los treinta días siguientes a que lo haya sido en otro país,

si bien, tratándose de nacionales de terceros Estados no residentes en España, la equiparación puede ser objeto de ciertas restricciones.

La segunda categoría está integrada por los nacionales de terceros Estados no incluidos en la categoría anterior y que son beneficiarios conforme a lo dispuesto en un convenio o tratado internacional de protección en España. Es conocido que los tratados internacionales resultan de aplicación preferente a la legislación interna, incluidas las reglas del Libro IV de la LPI, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución y el artículo 1.5 Cc. Los términos de la protección y la eventual equiparación a los autores españoles a los efectos de la inclusión en el ámbito subjetivo de la LPI resultarán en estos casos de lo dispuesto en el convenio internacional de que se trate. En la medida en que un componente importante de los tratados internacionales sobre propiedad intelectual, como el Convenio de Berna, es determinar quiénes gozan de protección en los Estados miembros, esas normas pueden resultar determinantes de la posición de nacionales de terceros Estados como beneficiarios de los derechos establecidos en la legislación española, de modo que condicionan el ámbito subjetivo de estas normas.

Por último, respecto de los autores nacionales de terceros Estados cuyos derechos de propiedad intelectual no gocen de protección en España por hallarse incluidos en algunas de las dos categorías anteriores, se establece un régimen de reciprocidad, mediante la previsión de que estarán equiparados a los autores españoles cuando estos lo estén a los nacionales en el país respectivo.

V. EQUIPARACIÓN ENTRE ESPAÑOLES Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Del primer párrafo del artículo 163 resulta la total equiparación de los autores nacionales de otros Estados de la Unión Europea a los autores españoles en lo relativo a la protección de sus derechos de propiedad intelectual por el ordenamiento español. Esta plena equiparación es en realidad una exigencia impuesta por el Derecho de la Unión Europea. En particular, en la actualidad el artículo 18 del Tratado de

Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE (antiguo artículo 12 TCE) prohíbe en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, toda discriminación por razón de la nacionalidad, incluida cualquier forma encubierta de discriminación. El Tribunal de Justicia ha puesto de relieve en diversas ocasiones cómo, debido especialmente a sus efectos sobre los intercambios intracomunitarios de bienes y servicios, los derechos de autor y derechos afines están comprendidos en el ámbito de aplicación de los Tratados –actualmente TFUE–, por lo que se hallan necesariamente sujetos al principio general de no discriminación establecido en el artículo 18 TFUE; por ejemplo, en sus sentencias de 20 de octubre de 1993, *Phil Collins y otros*, C92/92 y C326/92, ap. 27; y de 6 de junio de 2002, *Ricordi*, C360/00, Rec. p. I, 5089, ap. 24).

Ello implica que las restricciones al goce de los derechos establecidos en la LPI impuestas en casos concretos a ciertos extranjeros que se benefician de un régimen de equiparación –por ejemplo, en lo relativo al plazo de protección de ciertas obras conforme al artículo 163.4 LPI– no puedan ser aplicables a los nacionales de Estados de la Unión Europea, en la medida en que ello supondría una diferencia de trato inadmisibles con los autores de nacionalidad española. Además, reviste importancia que la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad del artículo 18 TFUE comprende toda forma encubierta de discriminación, que puede resultar del establecimiento de diferencias de trato basadas en criterios distintos a la nacionalidad, como el país de origen de una obra, que conduzcan a un resultado similar.

Con respecto a la aplicación y alcance del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad del Derecho de la Unión a los derechos de autor presenta singular interés en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia su sentencia de 30 de junio de 2005, *C-28/04, Tod's*. El Tribunal se pronunció acerca de la aplicación, en relación con un nacional de otro Estado miembro de la UE, del artículo 2.7 del Convenio de Berna, que establece una regla de reciprocidad puntual en detrimento del principio de trato nacional, al permitir una distinción en la aplicación de la legislación estatal basada en el criterio del país de origen de

la obra. Conforme a dicho precepto resulta posible negar un trato beneficioso, en concreto, la doble protección basada, por una parte, en el derecho de los dibujos y modelos, y, por otra, en el derecho de autor, a los autores de una obra cuyo país de origen sea un Estado que por esa obra solo dispense la protección basada en el derecho de dibujos y modelos. Por ello, el Tribunal examinó si, al optar por un criterio de distinción basado en el país de origen de la obra, la aplicación de una normativa como la legislación francesa controvertida en el procedimiento principal podía suponer una discriminación indirecta según la nacionalidad. En concreto, en el litigio de base se cuestionaba si se podía negar a una sociedad italiana la legitimación para reclamar en Francia la protección del derecho de autor para modelos que no pueden ser protegidos por tal concepto en Italia (restricción prevista en la legislación francesa a partir de lo dispuesto en el art. 2.7 del Convenio de Berna).

El Tribunal de Justicia concluyó que, como el autor de las obras publicadas por primera vez en un Estado miembro será, en la mayoría de los casos, un nacional de ese Estado miembro, mientras que el autor de las obras publicadas en otro Estado miembro será generalmente una persona que no es nacional del primer Estado miembro, establecer una distinción en la aplicación de la legislación estatal basada en el criterio del país de origen de la obra implica el riesgo de producir efectos principalmente en perjuicio de los nacionales de otros Estados miembros, por lo que puede constituir una discriminación indirecta por razón de nacionalidad (sentencia *Tod's*, ap. 27). Tras poner de relieve cómo el artículo 2.7 del Convenio de Berna es una regla de reciprocidad en virtud de la cual un país otorga el trato nacional, es decir, la doble protección –la basada en el derecho de autor, además de la resultante del derecho de los dibujos y modelos–, únicamente si el país de origen de la obra hace otro tanto, el Tribunal destacó que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión a los Estados miembros no puede someterse a una condición de reciprocidad, por lo que concluyó que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad del Derecho de la UE «debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la legitimación de un autor para reclamar en un

Estado miembro la protección de un derecho de autor otorgada por la legislación de ese Estado se supedita a un criterio de distinción basado en el país de origen de la obra» (sentencia *Tod's*, aps. 32-36).

VI. EQUIPARACIÓN DE NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS Y RELEVANCIA DEL LUGAR DE PUBLICACIÓN DE LAS OBRAS

A los españoles y los nacionales de otros Estados de la Unión Europea, el apartado primero del artículo 163 equipara como beneficiarios de los derechos de autor los nacionales de terceros Estados que tengan su residencia habitual en España. Se trata de una equiparación incondicional, que resulta inspirada en los criterios de vinculación establecidos en la normativa internacional con respecto al principio de trato nacional. En concreto, el artículo 3.2 del Convenio de Berna establece ahora que los autores no nacionales de un país de la Unión que tengan su residencia habitual en alguno de ellos están asimilados a los nacionales de dicho país en lo que se refiere a la aplicación de ese Convenio. Por lo tanto, conforme a dicho Convenio el principio de trato nacional se aplica tanto a los nacionales de los demás Estados miembros como a quienes tengan su residencia habitual en cualquiera de ellos. En la medida en que no queden comprendidos en el apartado 1 del artículo 163, quienes no sean nacionales españoles ni de un Estado de la Unión Europea pero sean nacionales de otro Estado miembro del Convenio de Berna o tengan en él su residencia habitual, se beneficiarán del principio de tratamiento nacional en los términos del Convenio de Berna, de acuerdo con su artículo 3.2 (art. 163.3 LPI).

En la medida en que la inclusión dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la LPI venga determinada por la nacionalidad o la residencia habitual del autor, pueden surgir dificultades específicas en relación con las obras en las que participan varios autores, cuando no resulte posible separar las aportaciones realizadas por cada uno de los autores, de modo que la protección vaya referida al conjunto como única obra, o cuando el conjunto de los derechos de la obra no se atribuyan a un único sujeto, pues en este caso, como es propio del

coordinador respecto a las obras colectivas o del autor respecto de una obra derivada, ese sujeto será la persona a tener en cuenta para apreciar si queda comprendida en el ámbito subjetivo de aplicación de la ley. Por lo tanto, las dificultades pueden surgir particularmente con respecto a las obras en colaboración en las que las aportaciones de los diferentes autores no sean separables y susceptibles de ser consideradas obras independientes, situaciones en las que cabe entender que lo determinante será que uno de los autores sea beneficiario de protección conforme a los criterios del artículo 163 LPI.

El inciso b del artículo 163.1 extiende la protección de los derechos de propiedad intelectual a los autores nacionales de terceros Estados que no tengan residencia habitual en España, pero únicamente respecto de sus obras publicadas por primera vez en territorio español o dentro de los treinta días siguientes a que lo hayan sido en otro país. Se trata de un criterio de vinculación con España inspirado en el que establece el artículo 3.1.b del Convenio de Berna como criterio de conexión con un Estado miembro de la Unión determinante de que los autores no nacionales ni residentes en un Estado de la Unión estén protegidos por el Convenio con respecto a esas obras.

Ciertamente, el lugar de primera (o simultánea) publicación de la obra desempeña un papel relevante en los convenios internacionales, pues es determinante de la aplicación del régimen de protección del Convenio de Berna (como alternativa a la nacionalidad o residencia en un Estado miembro), lo que se proyecta también en las normas determinantes del ámbito personal y material de protección de la legislación española, en particular en el artículo 163.1.b LPI que extiende el ámbito de aplicación de la ley, entre otros, a los autores de «obras publicadas por primera vez en territorio español o dentro de los treinta días siguientes a que lo hayan sido en otro país».

Especiales dificultades interpretativas plantea la concreción del lugar de primera publicación en el contexto de Internet,¹³ no solo por

¹³ Vid., con ulteriores referencias, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado de Internet*, 4.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 794-795.

el controvertido encaje aquí de la noción de publicación, sino por la incertidumbre al concretar el lugar de esa primera publicación –que cabe entender que incluye la puesta a disposición del público de forma interactiva de la obra–, unida a los riesgos inherentes a la facilidad para seleccionar libremente el país de primera publicación cuando esta se lleva a cabo por medio de un sitio web, si se identifica con el país de situación de la primera memoria de ordenador conectada a la Red en la que se almacena la obra, que además puede ser múltiple, sobre todo tratándose de trabajos creados en la propia Red mediante contribuciones de diversos autores. Las características de Internet podrían hacer posible sostener en tales circunstancias que la publicación simultánea se produce en todos los países del mundo, lo que conduciría a que todo trabajo se hallara comprendido, con independencia de la nacionalidad y de la residencia del autor, en el ámbito del Convenio de Berna (art. 3) y de la LPI, conforme a su artículo 163.1.b. No obstante, la posibilidad de considerar que la primera publicación de una obra tiene lugar simultáneamente en todo el mundo, cuando se difunde en un sitio web menoscaba el significado atribuido en el Convenio de Berna (art. 5) al país de origen, pues conduciría a que se aplicara el término de protección más corto de todos, conforme a su artículo 5.4.a, lo que hace aconsejable limitar el lugar de publicación en estos casos a un país del Convenio, que puede ser el país de residencia del autor, en particular si coincide con el establecimiento del responsable del sitio web desde el que se comunica o con un país al que cabe considerar que está dirigido dicho sitio web.

El criterio de vinculación con España determinante en el artículo 163.1.b de que el autor se beneficie de la protección establecida en la LPI cuando reclame su protección para España opera con ciertas limitaciones específicas. Por una parte, de lo ya dicho resulta con claridad que va referido únicamente a obras que han sido objeto de publicación. Por otra, contempla una posible excepción a la asimilación con los autores españoles (nacionales de otros Estados de la UE o con residencia habitual en España), en la medida en que establece que «el Gobierno podrá restringir el alcance de este principio en el caso de extranjeros

que sean nacionales de Estados que no protejan suficientemente las obras de autores españoles en supuestos análogos». Pese a la escasa trascendencia práctica de este inciso, cabe reseñar que se trata de una excepción al principio de tratamiento nacional basada en un criterio de reciprocidad que permitiría limitar la condición de beneficiarios de los derechos establecidos en la LPI a autores incluidos en su artículo 163.1.b, que se inspira en lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio de Berna y cuya aplicación se halla condicionada por las obligaciones internacionales asumidas por España.

Dicho artículo 6 contempla la posibilidad de que los Estados miembros restrinjan la protección con respecto a determinadas obras cuyos autores sean, en el momento de su primera publicación, nacionales de países que no pertenezcan a la Unión y no tengan su residencia habitual en alguno de los países de la Unión. Además, precisa que si el país en que la obra se publicó por primera vez hace uso de esta facultad, los demás países de la Unión no estarán obligados a conceder a las obras que de esta manera hayan quedado sometidas a un trato especial una protección más amplia que la concedida en aquel país. Por otra parte, aclara que tales restricciones no pueden acarrear perjuicio a los derechos que un autor haya adquirido previamente sobre una obra publicada en un país de la Unión. Por último, impone a los países de la Unión que establezcan este tipo de restricciones a la protección de los derechos de los autores, la obligación de notificarlo al director general de la OMPI.

VII. OTROS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS

A) *Aplicación de los convenios internacionales*

El inciso con el que se inicia el apartado 3 del artículo 163 LPI, que establece que: «En todo caso, los nacionales de terceros países gozarán de la protección que les corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte» debe valorarse teniendo en cuenta, por una parte, que la aplicación preferente de dichas normas internacionales sobre la legislación interna (incluido el artículo

163) deriva con carácter general de lo dispuesto en los artículos 96 de la Constitución y 1.5 y 10.4 del Código Civil; y, por otra, la importancia atribuida en los convenios internacionales en la materia de amplísima aceptación, y singularmente en el Convenio de Berna, al régimen de acceso de los extranjeros a la protección de la propiedad intelectual en los Estados miembros, lo que en la práctica resulta determinante del ámbito subjetivo de aplicación de las legislaciones nacionales en la materia y, en consecuencia, de lo regulado en el artículo 163.

Cabe destacar la semejanza entre las conexiones utilizadas en la normativa internacional para concretar los autores que gozan de protección –en especial, el artículo 3 del Convenio de Berna,¹⁴ al que se

¹⁴ En concreto, el contenido de los artículos 3 y 4 del Convenio de Berna es el siguiente:

«Artículo 3

Criterios para la protección: 1. Nacionalidad del autor; lugar de publicación de la obra; 2. Residencia del autor; 3. Obras «publicadas»; 4. Obras «publicadas simultáneamente»

1) Estarán protegidos en virtud del presente Convenio:

(a) los autores nacionales de alguno de los países de la Unión, por sus obras, publicadas o no; (b) los autores que no sean nacionales de alguno de los países de la Unión, por las obras que hayan publicado por primera vez en alguno de estos países o, simultáneamente, en un país que no pertenezca a la Unión y en un país de la Unión.

2) Los autores no nacionales de alguno de los países de la Unión, pero que tengan su residencia habitual en alguno de ellos están asimilados a los nacionales de dicho país en lo que se refiere a la aplicación del presente Convenio.

3) Se entiende por “obras publicadas”, las que han sido editadas con el consentimiento de sus autores, cualquiera sea el modo de fabricación de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades, estimadas de acuerdo con la índole de la obra. No constituyen publicación la representación de una obra dramática, dramático-musical o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la recitación pública de una obra literaria, la transmisión o radiodifusión de las obras literarias o artísticas, la exposición de una obra de arte ni la construcción de una obra arquitectónica.

4) Será considerada como publicada simultáneamente en varios países toda obra aparecida en dos o más de ellos dentro de los treinta días siguientes a su primera publicación.

Artículo 4

Criterios para la protección de obras cinematográficas, obras arquitectónicas y algunas obras de artes gráficas y plásticas

Estarán protegidos en virtud del presente Convenio, aunque no concurren las condiciones previstas en el Artículo 3:

(a) los autores de las obras cinematográficas cuyo productor tenga su sede o residencia habitual en alguno de los países de la Unión;

remite el Acuerdo ADPIC– y los criterios de vinculación con España –ya reseñados– que el artículo 163.1 utiliza para precisar el ámbito de los beneficiarios de la protección establecida en la LPI. En la estructura del artículo 163.1 LPI, esa coincidencia y otros elementos ya mencionados –como la primacía del Derecho de la UE y su principio de no discriminación por razón de la nacionalidad– pueden limitar en la práctica la necesidad de acudir a la aplicación de los convenios internacionales para concretar si los extranjeros gozan de protección conforme a la legislación española. No obstante, es importante tener presente que, para quienes no se benefician de la equiparación con los nacionales españoles y de otros Estados de la UE, por no presentar los criterios de vinculación que establece el artículo 163.1, resulta clave que de la normativa internacional, y en particular del Convenio de Berna, deriva una exigencia de asimilación o equiparación de sus beneficiarios a los españoles en lo relativo a la protección de los derechos de autor en España, que excluye la aplicación a dichos beneficiarios de cualquier condición de reciprocidad, salvo cuando excepcionalmente así lo admite el propio Convenio, por ejemplo, en relación con los ya mencionados artículos 2.7 y 6.1 del Convenio de Berna, así como lo dispuesto en su artículo 7.8 con respecto al plazo de protección de las obras.

B) Reciprocidad

Con carácter residual para los extranjeros no equiparados a los autores españoles y cuyos derechos de autor no gocen de protección en España en virtud de un convenio internacional, el apartado 3 del artículo 163 establece la aplicación de un régimen de reciprocidad, en virtud del cual «estarán equiparados a los autores españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo».

Se trata de un criterio aplicable tan solo en defecto de convenio internacional. Junto al carácter residual de este último criterio, en su

(b) los autores de obras arquitectónicas edificadas en un país de la Unión o de obras de artes gráficas y plásticas incorporadas a un inmueble sito en un país de la Unión.»

aplicación judicial se ha puesto de relieve que dicha reciprocidad debe entenderse en el sentido formal y no material, de modo que basta con que los autores españoles no sean discriminados en el Estado del que es nacional el autor extranjero con respecto a los nacionales de dicho Estado en lo relativo a la protección de los derechos de autor. En consecuencia, la protección en España con base en el artículo 163.3 no se subordina a la comprobación de que el ordenamiento extranjero en cuestión reconozca a los autores españoles un derecho sustancialmente equivalente a aquel cuyo goce en España conforme a la LPI reclama el autor extranjero. Tal interpretación se apoya en el texto literal de ese apartado y su empleo del término «equiparar»; el contraste con los supuestos en los que el mismo artículo contempla una reciprocidad basada en criterios materiales como límite a la equiparación de ciertos extranjeros con los españoles, en particular en los incisos finales de los apartados 1, 2 y 4 del propio artículo 163; y el carácter excepcional de la reciprocidad material en el ámbito del Derecho privado, en el que el principio general es la equiparación de derechos civiles entre españoles y extranjeros (art. 27 Cc).¹⁵

VIII. REGLAS ESPECIALES

A) *Obras audiovisuales*

Con respecto al derecho de los autores de obras audiovisuales a percibir una remuneración proporcional por la proyección de sus obras, el apartado 2 del artículo 163 LPI establece un régimen específico, diferenciado del previsto para el resto de derechos de explotación. Por una parte, reconoce ese derecho a todos los autores con independencia de su nacionalidad, de modo que la condición de beneficiario de tal derecho previsto en la LPI no se subordina a la existencia de una particular

¹⁵ Sentencia Aud. Prov. de Madrid (Sección 28.ª) núm. 71/2011 de 11 de marzo, AC\2011\1779, Fdts. de Dcho. quinto y sexto; y AMORES CONRADI, M. A., y HEREDIA CERVANTES, I.: «Artículos 163-167», ob. cit., 80, pp. 2168-2172.

vinculación con España. Ahora bien, como complemento de esa plena equiparación a los españoles se contempla la posibilidad de establecer un límite basado en la reciprocidad material.

En concreto, «cuando se trate de nacionales de Estados que no garanticen un derecho equivalente a los autores españoles», se atribuye al Gobierno la posibilidad de establecer «que las cantidades satisfechas por los exhibidores a las entidades de gestión por este concepto sean destinadas a los fines de interés cultural que se establezcan reglamentariamente». En la medida en que tal posibilidad se configura como un límite a la equiparación con los españoles basado en la reciprocidad no cabría en ningún caso su aplicación respecto de nacionales de otros Estados de la Unión Europea ni la misma puede menoscabar el principio de trato nacional derivado de los convenios internacionales que resulten aplicables.

B) Plazo de protección de las obras

El apartado 4 del artículo 163 LPI establece una regla específica en relación con el plazo de duración de las obras, que en relación con las obras cuyo autor no sea nacional de un Estado miembro de la UE y cuyo país de origen sea un país tercero, en virtud del cual determina que el plazo de protección de la obra será el mismo que el otorgado en el país de origen de la obra sin que en ningún caso pueda exceder del previsto en la LPI. Se trata de una regla que permite al aplicar la ley española –como *lex loci protectionis*– tener en cuenta lo dispuesto en cuanto al plazo de protección en la ley del país de origen de la obra (conforme al artículo 5.4 del Convenio de Berna), para limitar en su caso el plazo de protección al fijado en dicha ley. El origen del artículo 163.4 se encuentra en el artículo 7.1 de la Directiva 93/98 relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, según el cual: «Para las obras cuyo país de origen, con arreglo al Convenio de Berna, sea un tercer país, y cuyo autor no sea nacional comunitario, el plazo de protección concedido en los Estados miembros expirará, a más tardar, en la fecha de expiración de la protección concedida en el

país de origen de la obra, sin que pueda exceder del período previsto en el artículo 1».¹⁶ Este origen de la norma resulta de interés para aclarar la deficiente redacción de la norma comentada. En concreto, dicho origen sirve para precisar que la alusión a país tercero en la frase («Para las obras cuyo país de origen sea con arreglo al Convenio de Berna un país tercero») con la que se inicia el artículo 163.4 LPI va referida a los países que no sean Estados miembros de la UE.

En la medida en que el artículo 163.4 establece una limitación al principio de trato nacional o de asimilación en lo relativo al plazo de protección de las obras, resulta clave en su aplicación a los beneficiarios del mismo su compatibilidad con la normativa internacional. A este respecto, cabe destacar el artículo 7.8 del Convenio de Berna, según el cual:

En todos los casos, el plazo de protección será el establecido por la ley del país en el que la protección se reclame; sin embargo, a menos que la legislación de este país no disponga otra cosa, la duración no excederá del plazo fijado en el país de origen de la obra.

En consecuencia, el Convenio de Berna contempla en este ámbito el recurso a la ley de origen como correctivo al principio de asimilación, haciendo posible una limitación del principio de trato nacional como la resultante del artículo 163.4 LPI.

Además del marco internacional, el contenido de la norma debe valorarse a la luz de las exigencias derivadas del Derecho de la UE. Como ha quedado reseñado, el principio general de no discriminación por razón de la nacionalidad del Derecho de la UE exige que esa diferencia de trato no pueda ser aplicable a los nacionales de Estados de la Unión Europea, así como en la medida en que comprende toda forma encubierta de discriminación, tampoco permite

¹⁶ Directiva 2006/116/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (versión codificada), DO L 372/12, de 27.12.2006.

el establecimiento de diferencias de trato en el ámbito de la Unión Europea basadas en criterios distintos a la nacionalidad, como el país de origen de una obra, que conduzcan a un resultado similar. En concreto, ya en su sentencia de 6 de junio de 2002, C-360/00, *Ricordi*, el Tribunal de Justicia concluyó que el mencionado principio comunitario de no discriminación «se opone a que el período de protección concedido por la normativa de un Estado miembro a las obras de un autor nacional de otro Estado miembro sea inferior al que concede a las obras de sus propios nacionales».¹⁷ En todo caso, la armonización alcanzada en esta materia por la ya reseñada Directiva relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, resulta ahora determinante del contenido de las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea –incluido el artículo 163.4 LPI– en este ámbito.

C) *Derecho moral*

La diferenciación de los autores en diversas categorías que establece el artículo 163 LPI para concretar quiénes son beneficiarios de los derechos de propiedad intelectual establecidos en la legislación española no opera en relación con los derechos morales. Acerca de estos, el apartado 5 se limita a afirmar con carácter general: «Se reconoce el derecho moral del autor, cualquiera que sea su nacionalidad». Por consiguiente, para el reconocimiento de tal derecho no exige la legislación española un vínculo de conexión particular entre el autor y España (o cualquier otro país) ni condición alguna de reciprocidad (siempre que tal derecho se reclame para España, de lo que depende el que resulte aplicable el derecho español –incluido el artículo 163.5 LPI– en virtud de las reglas de Derecho internacional privado).

Este tratamiento específico que contempla el último apartado del artículo 163 se relaciona con la naturaleza de este derecho en el or-

¹⁷ Véase el fallo de la STJCE de 6 de junio de 2002, C-360/00, *Ricordi*.

denamamiento español, cuyo contenido aparece recogido en el artículo 14 LPI, que lo caracteriza como irrenunciable e inalienable; así como con la tradicional vinculación en diversos sistemas continentales de la protección del derecho moral de autor con el orden público. En la práctica la estrecha relación entre algunos de los derechos que integran el contenido del derecho moral de autor y los derechos de explotación tal como se encuentran regulados en la LPI puede generar dificultades en la aplicación de la diferencia de trato entre unos y otros que establece su artículo 163.

BIBLIOGRAFÍA

- AMORES CONRADI, M. A., y HEREDIA CERVANTES, I. (2007): «Artículos 163-167», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 3.^a ed., Madrid: Tecnos, pp. 2127-2185.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) (2013): *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, Madrid: Tecnos.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2013): «Bienes inmateriales, derecho de la competencia y responsabilidad extracontractual», en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; ARENAS GARCÍA, R.; y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los negocios internacionales*, 4.^a ed., Madrid: Iustel, pp. 79-177.
- (2011): *Derecho privado de Internet*, 4.^a ed., Cizur Menor: Civitas.
- (2009): «La protección transfronteriza de los bienes inmateriales en el comercio internacional», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, Bilbao: UPV.
- (2007): «La *lex loci protectionis* tras el Reglamento Roma II», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VII, pp. 375-406.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., y GUZMÁN ZAPATER, M. (1997): «Artículos 155-158», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 2.^a ed., Madrid: Tecnos, pp. 2221-2282.
- IGLESIAS PRADA, J. L. (dir.) (1997): *Los derechos de propiedad intelectual en la OMC (El Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio)*, Madrid: CEFI.
- MALBON, J.; LAWSON, C., y DAVISON, M. (2014): *The WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (A Commentary)*, Cheltenham (Reino Unido): Edward Elgar.

- MARTÍN VILLAREJO, A. (2007): «Del ámbito de aplicación de la Ley», en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (dir.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 2.^a ed., Navarra: Civitas, pp. 991-1024.
- MAX-PLANCK GROUP ON CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY (2013): *Conflict of Laws in Intellectual Property (The CLIP Principles and Commentary)*, Oxford: Oxford University Press.
- RICKETSON, S., y GINSBURG, J. (2006): *International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2.^a ed., Oxford: OUP.