

**Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la
Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.**

**CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. VERICA TRSTENJAK
presentadas el 17 de enero de 2012**

Asunto C-510/10

**DR
TV2 Danmark A/S
contra
NCB**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Østre Landsret (Dinamarca)]

«Derechos de autor y derechos afines – Directiva 2001/29/CE – Artículo 5,
apartado 2, letra d) – Requisitos de una excepción al derecho de reproducción –
Grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por
sus propios medios y para sus propias emisiones – Organismo de radiodifusión
que ha encargado grabaciones a un productor de televisión externo e
independiente con el fin de difundirlas en sus propias emisiones»

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial del Østre Landsret danés se refiere a la interpretación del artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (2) (en lo sucesivo, «Directiva InfoSoc»).

2. Dicha disposición concede a los Estados miembros la posibilidad de establecer una restricción al derecho de reproducción sobre obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, previsto en el artículo 2 de la Directiva en relación con las llamadas grabaciones efímeras de obras, (3) realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones.

3. Sin embargo, incluso tras la transposición de la Directiva InfoSoc, la Ley danesa sobre derechos de autor no precisa los requisitos conforme a los cuales se ha de determinar si una grabación se ha realizado «por [los] propios medios y para [las] propias emisiones» del organismo de radiodifusión. (4) En torno a esta

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

cuestión gira el procedimiento principal, en el que el órgano jurisdiccional remitente se ha de pronunciar acerca de la aplicación del artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva InfoSoc a los programas de televisión encargados por organismos de radiodifusión a empresas de producción externas.

4. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si la grabación de un programa de televisión por una empresa de producción debe considerarse «realizada por sus propios medios y para sus propias emisiones» con arreglo al artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva InfoSoc, en relación con su cuadragésimo primer considerando, cuando un organismo de radiodifusión ha encargado a dicha empresa la producción de ese programa para sus propias emisiones.

II. Marco legal

A. Derecho de la Unión

5. El artículo 2 de la Directiva InfoSoc («Derecho de reproducción») establece:

«Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

a) a los autores, de sus obras;

[...]»

6. El artículo 3 de la Directiva InfoSoc («Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas») establece:

«1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

[...]»

7. El artículo 5, apartado 2, de la Directiva InfoSoc dispone:

«Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:

[...]

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

d) cuando se trate de grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; [...]]»

8. Sobre el concepto de «medios propios», el cuadragésimo primer considerando de la Directiva InfoSoc dice lo siguiente:

«Al aplicar la excepción o limitación por lo que respecta a las grabaciones efímeras realizadas por organismos de radiodifusión, debe entenderse que los medios propios de dichos organismos incluyen los de las personas que actúen en nombre y ⁽⁵⁾ bajo la responsabilidad de dichos organismos.»

9. En la Posición Común (CE) nº 48/2000 del Consejo (6) se expone lo siguiente a este respecto, en el punto 27:

«La disposición de la letra d) había sido añadida, en la propuesta modificada de la Comisión, a la lista de las excepciones, por sugerencia del Parlamento Europeo (enmienda 39). El Consejo [...] ha añadido a esta letra una segunda cláusula con objeto de igualar su redacción con la del artículo 11 *bis* del Convenio de Berna. El Consejo ha aclarado asimismo la noción de “por sus propios medios” en el nuevo considerando 41, con objeto de dar a los Estados miembros flexibilidad suficiente para adaptar su Derecho a los cambios del mercado.»

B. *Derecho internacional*

10. El artículo 11 *bis* del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de París de 24 de julio de 1971), en su versión modificada el 28 de septiembre de 1979 (en lo sucesivo, «Convenio de Berna»), establece:

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

1. la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes;

2. toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;

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

[...]

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

- 3) Salvo estipulación en contrario, una autorización concedida de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo no comprenderá la autorización para grabar, por medio de instrumentos que sirvan para la fijación de sonidos o de imágenes, la obra radiodifundida. Sin embargo, queda reservado a las legislaciones de los países de la Unión establecer el régimen de las grabaciones efímeras realizadas por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus emisiones. Estas legislaciones podrán autorizar la conservación de esas grabaciones en archivos oficiales en razón de su excepcional carácter de documentación.»

C. *Derecho nacional*

11. El artículo 31 de la Ley danesa de derechos de autor (7) dispone:

«1. Los organismos de radiodifusión podrán, para sus propias emisiones, grabar obras en cintas, películas u otros dispositivos que puedan reproducirlas, siempre que tengan derecho a emitir dichas obras. El derecho a emitir dichas obras grabadas estará sujeto a las disposiciones vigentes.

2. El Ministro de Cultura podrá regular las condiciones en las que podrán realizarse, utilizarse y conservarse tales grabaciones»

12. Según la resolución de remisión, (8) cuando tuvo lugar la transposición de la Directiva InfoSoc en Dinamarca, el legislador nacional consideró que el artículo 31 de la Ley vigente establecía una excepción similar a la del artículo 5, apartado 2, letra d) de la Directiva. Por lo tanto, la transposición del artículo 5, apartado 2, letra d), de la citada Directiva no hacía necesario modificar el artículo 31 de la Ley danesa de derechos de autor, de manera que el legislador danés tampoco se pronunció acerca de la relevancia del cuadragésimo primer considerando de la Directiva InfoSoc.

III. Procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

13. En el procedimiento principal las partes discuten acerca del modo en que debe interpretarse la excepción relativa a las grabaciones destinadas a radiodifusión establecida en el artículo 31 de la Ley danesa de derechos de autor cuando la grabación tiene por objeto programas de televisión encargados a terceros por una empresa de televisión para su uso en sus propias emisiones.

14. En particular, se trata de determinar si la Directiva InfoSoc, por medio de una interpretación conforme a la Directiva, puede influir, y en qué medida, en la aplicación del controvertido artículo 31, y cómo se han de interpretar las disposiciones de la Directiva relativas a los organismos de radiodifusión.

15. En el presente procedimiento se enfrentan Nordisk Copyright Bureau, por un lado, y dos organismos de radiodifusión, DR y TV2 Danmark, por otro.

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

16. Nordisk Copyright Bureau (en lo sucesivo, «NCB») es una sociedad del Báltico Norte que trabaja con sociedades de derechos de autor similares en todo el mundo para gestionar los derechos de grabación y reproducción de obras musicales en CD, DVD, películas, vídeos, Internet, etc. –los denominados derechos mecánicos– por cuenta de compositores, autores y editores de obras musicales.

17. DR es una sociedad danesa de radio y televisión que emite para el territorio nacional y que se financia mediante el pago de un canon. TV2 Danmark (en lo sucesivo, «TV2») es una empresa de televisión que emite a escala nacional y que se financia a través de la publicidad televisiva.

18. Entre los programas de radio y de televisión que emiten DR y TV2 figuran programas producidos por terceros en virtud de contratos específicos con DR o TV2 destinados a ser emitidos por primera vez por DR o TV2. Aunque por lo general DR produce sus propios programas, para fortalecer la producción privada se ha comprometido con el Ministerio de Cultura, en virtud de un «contrato de servicio público», a encargar programas de televisión a terceros en una medida cada vez mayor. TV2, en cambio, se basa en un «modelo de contrato de empresa», con arreglo al cual prácticamente todos los programas de televisión, los noticiarios y emisiones de actualidad (y las películas objeto de contratos de licencia) deben encargarse a terceros.

19. El creciente recurso por parte de DR y TV2 a empresas de producción televisiva externa independientes ha agudizado una controversia que desde hace tiempo enfrenta a las partes acerca de si la excepción legal relativa a las grabaciones efímeras incluye también las grabaciones realizadas por empresas de producción televisiva externa independientes en situaciones en las que dichas grabaciones han sido encargadas por DR o por TV2 para su emisión inicial en DR o TV2 Danmark.

20. En concreto, se trata de música, que en las producciones televisivas puede ser el objeto principal del programa o un elemento secundario, por ejemplo, en forma de música de fondo, y de los derechos económicos de determinadas sociedades de gestión colectiva en relación con dicha música. (9)

21. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente ha planteado al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) ¿Deben interpretarse con arreglo al Derecho nacional o con arreglo al Derecho de la Unión las expresiones «por sus propios medios» del artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva 2001/29 y «en nombre y (10) bajo la responsabilidad [del organismo de radiodifusión]» del considerando 41 de dicha Directiva?

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

- 2) ¿Debe interpretarse el tenor del artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva 2001/29, como, por ejemplo, en las versiones danesa, inglesa y francesa de dicha disposición, en el sentido de «en nombre y bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión» o como, por ejemplo, en la versión alemana, en el sentido de «en nombre o bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión»?
- 3) Suponiendo que las expresiones indicadas en la primera cuestión deban interpretarse con arreglo al Derecho de la Unión, se plantea la siguiente cuestión: ¿Qué criterios deben aplicar los órganos jurisdiccionales nacionales cuando aprecian si una grabación realizada por un tercero (en lo sucesivo, el «productor») para su uso en emisiones de un organismo de radiodifusión ha sido realizada «por sus propios medios» y «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión», de modo que la grabación esté comprendida en la excepción establecida en el artículo 5, apartado 2, letra d)?

En relación con la respuesta a la tercera cuestión, se solicita en particular que se responda a las siguientes preguntas:

- a) ¿Debe interpretarse el concepto de «propios medios» del artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva 2001/29 en el sentido de que una grabación realizada por un productor para su uso en emisiones de un organismo de radiodifusión está comprendida en la excepción establecida en el artículo 5, apartado 2, letra d), únicamente si el organismo de radiodifusión responde frente a terceros por las acciones y omisiones del productor con respecto a la grabación como si el propio organismo de radiodifusión hubiera llevado a cabo dichas acciones y omisiones?
- b) ¿Se cumple el requisito de que la grabación se realice «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión» en el supuesto de que un organismo de radiodifusión haya encargado al productor realizar la grabación para que el organismo de radiodifusión pueda emitir dicha grabación y suponiendo que dicho organismo tenga derecho a emitir dicha grabación?

El Østre Landsret solicita que se dilucide si las siguientes situaciones pueden o deben tenerse en cuenta para responder a la tercera cuestión prejudicial, letra b), y, en ese caso, qué importancia se les debe atribuir:

- i) Si es el organismo de radiodifusión o el productor quien puede adoptar la decisión artística o editorial definitiva y concluyente sobre el contenido del programa encargado con arreglo a los contratos celebrados entre dichas partes.

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

- ii) Si el organismo de radiodifusión responde frente a terceros de las obligaciones del productor derivadas de la grabación como si el propio organismo de radiodifusión hubiera llevado a cabo las acciones y omisiones.
 - iii) Si el productor está obligado contractualmente en virtud del contrato celebrado con el organismo de radiodifusión a entregarle el programa de que se trate a un precio determinado y debe soportar, con cargo a la cantidad percibida en concepto de precio, todos los gastos derivados de la grabación.
 - iv) Si es el organismo de radiodifusión o el productor quien asume la responsabilidad de la grabación frente a terceros.
- c) ¿Se cumple el requisito de que la grabación sea realizada «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión» en el caso de que un organismo de radiodifusión haya encargado al productor realizar la grabación para que el organismo de radiodifusión pueda emitirla y, suponiendo que dicho organismo de radiodifusión tenga derecho a emitir dicha grabación, cuando el productor, en el contrato celebrado con el organismo de radiodifusión relativo a la grabación, haya asumido la responsabilidad financiera y jurídica derivada de i) la asunción de todos los gastos derivados de la grabación a cambio del pago de una cantidad fija pagada por adelantado; ii) la compra de derechos, y iii) las circunstancias imprevistas, incluido cualquier retraso en la grabación y el incumplimiento del contrato, sin que el organismo de radiodifusión responda frente a terceros de las obligaciones del productor derivadas de la grabación como si el propio organismo de radiodifusión hubiera llevado a cabo dichas acciones y omisiones?

IV. Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

22. La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas. (11)

23. En el procedimiento principal, las partes han adoptado posturas divergentes con respecto a la cuestión de si la Directiva InfoSoc, sobre cuya interpretación versan las cuestiones prejudiciales, es relevante para la resolución del litigio del que conoce el órgano jurisdiccional remitente.

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

24. Las empresas de televisión han alegado que la expresión «con sus propios medios y para sus propias emisiones» que figura en la Directiva InfoSoc no aparece en absoluto en el artículo 31 de la Ley danesa de derechos de autor, por lo que no puede aplicarse en el procedimiento principal. Por lo demás, afirman que el artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva InfoSoc no es directamente aplicable y la condición de realizar la grabación «con sus propios medios» en el artículo 31 de la Ley de derechos de autor no puede interpretarse en un sentido más amplio si el legislador danés no lo ha establecido así.

25. NCB, por el contrario, alega que el artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva InfoSoc establece un requisito relativo a la producción «por sus propios medios» y que este requisito es aplicable también en virtud de la legislación danesa en la medida en que el artículo 31 de la Ley de derechos de autor debe interpretarse de conformidad con dicha Directiva.

26. Si el juez danés, por razones jurídicas, definitivamente no pudiera tener en cuenta la disposición de la Directiva en el procedimiento principal, es decir, si con los instrumentos del Derecho nacional no fuera posible una interpretación conforme a la Directiva, sería dudosa y habría que analizar detenidamente la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial, por falta de relevancia de las cuestiones planteadas para la resolución del procedimiento principal. (12)

27. Sin embargo, conforme a reiterada jurisprudencia en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y debe asumir la responsabilidad de la decisión que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, en principio el Tribunal de Justicia está obligado a pronunciarse. (13)

28. En el presente asunto, las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, y no hay razones imperiosas que indiquen que no es al menos posible una interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva. Por el contrario, las consideraciones expuestas en el punto 12 de las presentes conclusiones pueden aducirse en contra de la postura de los organismos de radiodifusión según la cual no procede tener en cuenta la disposición de la Directiva en el procedimiento principal. En efecto, si el legislador nacional, al transponer la Directiva, se abstuvo de modificar el artículo 31 de la Ley de derechos de autor por creer que la redacción de dicha disposición ya era compatible con el Derecho de la Unión, es lógico tener en cuenta esa voluntad del legislador, quizá insuficientemente manifestada, por vía interpretativa. En cualquier caso, el órgano jurisdiccional remitente no considera expresamente que

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

no sea posible tal alternativa. Por lo tanto, procede respetar su competencia de apreciación, en cuanto a la relevancia de las cuestiones prejudiciales para el procedimiento principal, y considerar que dichas cuestiones guardan relación con la realidad o con el objeto del procedimiento principal y que el problema planteado no es de carácter meramente hipotético. (14)

V. Apreciación del contenido de las cuestiones prejudiciales

29. Las cuestiones jurídicas planteadas por el órgano jurisdiccional remitente se refieren esencialmente al concepto de «medios propios» y a su interpretación en el contexto de la Directiva InfoSoc.

A. Sobre la primera cuestión prejudicial

30. Con su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si las expresiones «por sus propios medios» y «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión» se han de interpretar a la luz del Derecho nacional o del Derecho de la Unión.

1. Alegaciones de las partes

31. En cuanto a la primera cuestión prejudicial, las opiniones de las partes están divididas: mientras que los organismos de radiodifusión se pronuncian a favor de una interpretación exclusivamente con arreglo al Derecho nacional, ya que la Directiva en cuestión no contiene ninguna definición legal al respecto y no pretende realizar una armonización, (15) el Gobierno español, la Comisión y NCB creen que procede una interpretación autónoma conforme al Derecho de la Unión.

2. Apreciación de la cuestión prejudicial

32. A mi juicio, interpretar conforme al Derecho nacional las expresiones «por sus propios medios» del artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva InfoSoc y «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión» del cuadragésimo primer considerando no es conforme con el objetivo propuesto y, en cualquier caso, no se puede deducir esa conclusión del mero hecho de que en la Directiva no exista una definición legal específica, por ejemplo, en forma de una lista de definiciones.

33. En efecto, según reiterada jurisprudencia se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme. (16)

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

34. En cuanto al concepto de «medios propios», en primer lugar, no existe remisión alguna al Derecho nacional y, en segundo lugar, la Directiva InfoSoc precisa este concepto, aunque sea de forma incidental, en su cuadragésimo primer considerando, lo que evidencia que el Derecho de la Unión pretende dar una definición específica y propia del acto jurídico, y en el cuadragésimo primer considerando ofrece elementos interpretativos en ese sentido.

35. En tercer lugar, el objeto y la finalidad de la Directiva InfoSoc revelan que, dada la relevancia transfronteriza, en todo el ámbito de la Unión, que tienen las imbricaciones económicas, también desde el punto de vista temático es necesaria una interpretación autónoma del concepto conforme al Derecho de la Unión. A este respecto, procede hacer remisión, por analogía, a recientes sentencias Brüstle y Padawan. (17)

36. Dado que no se aprecia ningún motivo para apartarse del principio de la interpretación autónoma y uniforme, procede responder a la primera cuestión prejudicial que las expresiones «por sus propios medios» del artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva InfoSoc y «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión» del cuadragésimo primer considerando de dicha Directiva deben interpretarse con arreglo al Derecho de la Unión.

37. No es preciso pronunciarse en la respuesta a la primera cuestión prejudicial sobre hasta qué punto para fijar un concepto autónomo y uniforme en el Derecho de la Unión se ha de recurrir, en su caso, a parámetros, preceptos materiales o incluso a una concepción previa a partir de fuentes del Derecho internacional, (18) como pueda ser el Convenio de Berna. Este punto será examinado al responder a la segunda cuestión prejudicial.

B. Sobre la segunda cuestión prejudicial

38. La segunda cuestión versa sobre la divergencia entre las distintas versiones lingüísticas. En concreto, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva InfoSoc debe interpretarse como «en nombre y bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión» o como «en nombre o bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión». La cuestión está formulada de manera imprecisa, ya que hace referencia al artículo 5 de la Directiva InfoSoc, pero es evidente que se refiere al cuadragésimo primer considerando, a cuya luz se ha de interpretar el mencionado artículo 5, pues las diferencias lingüísticas aludidas no se encuentran en éste, sino en los considerandos de la Directiva.

1. Alegaciones de las partes

39. Mientras que la Comisión subraya que las distintas lenguas oficiales tienen, por definición, igual rango y, por ello, aboga por una interpretación teleológica sin

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

anticipar el resultado, NCB defiende una postura decididamente restrictiva, que en definitiva comparte también el Gobierno español, que atiende a la singularidad de la versión alemana y defiende la opción acumulativa, también por razones de lógica. (19) También DR y TV2 invocan la lógica, pero para llegar a la conclusión exactamente opuesta. (20)

2. Apreciación de la cuestión prejudicial

40. A mi parecer, el número de versiones lingüísticas (21) que utilizan uno u otro tipo de conjunción («y» (22) u «o» (23)) tiene tan poca relevancia como las diferencias lingüísticas concretas, y lo determinante es, en cambio, el sentido y la finalidad del contexto normativo. (24)

a) El principio: ninguna versión lingüística tiene primacía en materia de interpretación

41. Según reiterada jurisprudencia, la necesidad de una aplicación y, por lo tanto, de una interpretación uniformes de las disposiciones de Derecho de la Unión excluye que, en caso de duda, el texto de una disposición sea considerado aisladamente en una de sus versiones, exigiendo, en cambio, que sea interpretado y aplicado a la luz de las versiones redactadas en las demás lenguas oficiales. (25) Además, un término concreto de una disposición de Derecho de la Unión, a la vista de la inevitable imprecisión derivada del multilingüismo, es menor que un contexto monolingüe. (26)

b) Posibles peculiaridades interpretativas derivadas de la relación con el Convenio de Berna y los tratados de la OMPI

42. El artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva InfoSoc, al que se refiere el cuadragésimo primer considerando, se inspira en su tenor literal (27) en el artículo 11 *bis*, apartado 3, del Convenio de Berna.

43. Según la página web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), (28) hasta la fecha se han adherido al Convenio de Berna 165 Estados, entre ellos todos los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, a diferencia de los tratados de la OMPI, (29) sólo los Estados pueden adherirse al Convenio de Berna.

44. Con arreglo al artículo 37, apartado 1, letra c), del Convenio de Berna, en caso de controversia sobre la interpretación, hará fe el texto francés.

45. En el presente contexto de Derecho de la Unión, sin embargo, la versión francesa no prevalece sobre las demás lenguas oficiales, a diferencia de lo que establece el artículo 37, apartado 1, letra c), del Convenio de Berna.

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

46. Ciertamente, la Directiva InfoSoc debe interpretarse, en la medida de lo posible, a la luz del Derecho internacional (30) y, en particular, teniendo en cuenta el Convenio de Berna y el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor. Efectivamente, la mencionada Directiva tiene por objeto aplicar este Tratado, (31) que, en su artículo 1, apartado 4, obliga a las partes contratantes a dar cumplimiento a lo dispuesto en los *artículos 1 a 21* del Convenio de Berna. (32) Sin embargo, la disposición del Convenio de Berna que declara el francés como la lengua decisiva en caso de dudas interpretativas figura en su artículo 37, apartado 1, letra c), y por tanto no es una de las normas a las que se remite el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor, con cuyas obligaciones pretende cumplir la Directiva InfoSoc.

47. Asimismo, no tendría sentido y sería prácticamente absurdo trasladar a la Directiva InfoSoc la regla lingüística del artículo 24 del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor únicamente porque aquella se remita éste y considerar determinantes las lenguas de dicho Tratado en caso de dudas interpretativas en relación con la Directiva. A este respecto, basta con señalar que el artículo 24 del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor establece que seis lenguas hacen fe por igual, y entre ellas (algo que no es sorprendente en un tratado de la OMPI), junto al francés, al inglés y al español (tres lenguas oficiales de la Unión), el ruso, el árabe y el chino, que en modo alguno pueden tomarse en consideración *de lege lata* a efectos de interpretar la Directiva.

48. No obstante el contexto de Derecho internacional público en que se inserta la Directiva InfoSoc, ninguna lengua oficial puede por tanto considerarse determinante en caso de duda interpretativa.

c) Interpretación histórica, sistemática y teleológica del artículo 5, apartado 2, de la Directiva InfoSoc en relación con el cuadragésimo primer considerando

49. Por lo tanto, se ha de atender al principio conforme al cual, en caso de divergencia entre las distintas versiones lingüísticas de un acto jurídico de la Unión, la norma de que se trate debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra. (33) Para ello, en el presente caso resulta útil también considerar los antecedentes de la disposición.

i) Conceptos no delimitados con claridad

50. En un primer intento, a fin de sentar las bases para tal consideración sistemático-teleológica no resulta de especial ayuda un análisis separado de los elementos del cuadragésimo primer considerando que unen las conjunciones «y» u «o». Para empezar, en las expresiones «en nombre de» y «bajo la responsabilidad de» no puede apreciarse un contenido claramente perfilado que pueda ser objeto de una interpretación acumulativa o alternativa y que se pueda

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

situar en un contexto determinado. Por el contrario, los elementos se solapan entre sí y no son fácilmente delimitables.

51. No obstante, los dos términos recuerdan vagamente a la diferencia que se establece en Derecho alemán entre la producción por encargo «propia» e «impropia». Por producción por encargo impropia se entiende que el productor «desde el principio actúa en nombre y ⁽³⁴⁾ por cuenta del organismo de radiodifusión, que de ese modo adquiere directamente todos los derechos afines a derechos de autor y todos los derechos de uso. En ese caso, el productor por encargo no es un productor de películas independiente, [...] sino un mero asistente externo en la organización del organismo de radiodifusión ⁽³⁵⁾». Pero si el cuadragésimo primer considerando de la Directiva InfoSoc hubiese querido recurrir a esta delimitación, por analogía, para la grabación efímera, que, por otro lado, difícilmente puede referirse a la grabación de una obra cinematográfica, en principio destinada a durar, y hubiese querido excluir del concepto de «medios propios» sólo aquellas producciones en que el productor crea el programa en nombre propio (y siendo los riesgos posiblemente de su cuenta) y posteriormente debe ceder al organismo de radiodifusión los derechos afines a derechos de autor y los derechos de uso que ha adquirido, lo lógico es pensar que habría expresado más claramente esa intención en los considerandos.

52. Dado que los términos utilizados en la disposición no permiten por sí mismos extraer conclusiones claras sobre la voluntad del legislador, procede a continuación examinar sus antecedentes y comprobar si de ellos se extrae alguna orientación sobre el sentido y la finalidad de la disposición en cuestión.

ii) Antecedentes del artículo 5, apartado 2, de la Directiva InfoSoc como excepción

53. Los antecedentes del artículo 5, apartado 2, de la Directiva InfoSoc se retrotraen, en último término, al Convenio de Berna, del que se tomó la expresión «medios propios».

54. Los antecedentes del controvertido cuadragésimo cuarto considerando de la Directiva InfoSoc, que aclara el artículo 5, apartado 2, letra d), se pueden conocer acudiendo a la documentación de los trabajos preparatorios, ⁽³⁶⁾ y revela tendencias divergentes de los intervinientes en el proceso legislativo en cuanto al alcance del término «medios propios».

55. En efecto, si se observan los antecedentes de la disposición y del correspondiente considerando se comprueba, en primer lugar, que el Parlamento Europeo intentó principalmente favorecer los actos de reproducción que sirven únicamente para hacer posible a continuación la transmisión de una emisión de forma lícita. ⁽³⁷⁾ Con independencia de lo anterior, quiso, por una parte, seguir la orientación del Convenio de Berna pero, por otra, se pretendía romper con el

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

estricto concepto de «medios propios» que de forma similar contenía dicho Convenio (y que se juzgaba desfasado), y ampliarlo. Se quería tener en cuenta la evolución técnica y práctica. En este mismo sentido apunta también la Posición común que aquí se ha reproducido en extracto.

56. Por lo tanto, la excepción, que en principio debe interpretarse de forma restrictiva, en virtud del cuadragésimo primer considerando debía permitir una prudente apertura, pero sin desdibujar sus contornos. En consecuencia, aunque las disposiciones de excepción, y en concreto las de la Directiva InfoSoc, en principio se han de interpretar restrictivamente, (38) la interpretación histórico-teleológica apunta en el sentido de una lectura abierta y flexible de la afirmación del cuadragésimo primer considerando, si bien el contenido de éste está concebido a modo de ejemplo y no constituye una definición vinculante ni taxativa.

iii) Conclusiones de una interpretación teleológico-sistemática

57. Habida cuenta de estas consideraciones, procede preguntarse si de ellas se pueden obtener elementos decisivos que permitan resolver el problema planteado en la segunda cuestión prejudicial, que en definitiva es un problema sintáctico.

58. Dado que los dos términos «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad» tienen un carácter más amplio que la expresión «en nombre de», que también lleva implícita una idea de atribución de la que se deriva una responsabilidad, entre los dos es predominante el de responsabilidad. Dicho concepto se puede interpretar de forma más amplia o más estricta, y también en las diferentes versiones lingüísticas puede tener un matiz diferente.

59. Por lo tanto, en el presente asunto, habida cuenta de que en el contexto concreto se trata de valorar las producciones de terceras empresas por encargo, lo que caracteriza uno y otro supuesto es si el organismo de radiodifusión asume o no una responsabilidad (del tipo que sea) por las producciones que se realizan por encargo suyo o por su grabación efímera por una tercera empresa.

60. A continuación procede determinar el significado del concepto de responsabilidad mediante consideraciones sistemático-teleológicas.

61. En la interpretación, desde el punto de vista sistemático, se debe tener en cuenta que una visión amplia del elemento «responsabilidad» tiene una repercusión directa sobre el artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva: Cuantas más empresas pueda considerarse que actúan «bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión», más grabaciones se entenderán realizadas «por medios propios» con arreglo al artículo 5, apartado 2, de la Directiva (en relación con su cuadragésimo primer considerando) (39) y podrán disfrutar de la excepción en favor de las grabaciones efímeras.

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

62. Por lo tanto, más que posibles matices lingüísticos de los considerandos, al interpretar el artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva InfoSoc y de la expresión «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad» se debe tener en cuenta que el concepto de «medios propios», que se ha desarrollado a través de la idea de la responsabilidad pero que no se ha de desnaturalizar, se basa en un concepto de un artículo del Convenio de Berna, que la Unión Europea también está obligada a cumplir. (40)

63. El concepto de medios propios, por su carácter de excepción, es objeto de una interpretación restrictiva en la doctrina sobre el Convenio de Berna, (41) lo que a su vez hace necesarias elevadas exigencias en lo relativo al principio de responsabilidad, para evitar que se debilite el concepto. Ésta es en principio la postura que debe mantenerse, pues de lo contrario se correría el riesgo de difuminar los límites de una excepción que, de por sí, se ha de interpretar restrictivamente.

64. En atención a lo expuesto en el punto 61, en el presente asunto es preciso hilar muy fino en la interpretación de la Directiva InfoSoc: (42) por una parte, las tendencias en los antecedentes de la Directiva InfoSoc apuntan en el sentido de una concepción amplia del término, pero, por otra, el Convenio de Berna, cuyas valoraciones en principio procede seguir, opta claramente por una concepción estricta.

65. Sin embargo, y pese al emparejamiento terminológico con el Convenio de Berna, se me antoja insuficiente que solamente se considere que actúen bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión las personas integradas en su empresa y que, por tanto, actúen en cierto modo como auxiliares (como empleados o personal temporal) o, en el mejor de los casos, las empresas de su grupo que están bajo su control, quedando fuera del contexto normativo del artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva InfoSoc toda externalización de la producción, (43) y tampoco me parece que lo exija necesariamente el mero contexto terminológico del Convenio de Berna, y sería difícilmente conciliable con la realidad práctica, cuya evolución expresamente quiere tener en cuenta la interpretación flexible del concepto por la Directiva de que se trata.

66. En particular, los grupos mediáticos en que, por ejemplo, bajo una sociedad matriz común una sociedad filial se hace cargo de la actividad de radiodifusión mientras que otra, actuando, por ejemplo, como prestador de servicios, realiza la grabación, en caso de que no se considerase que cumplen el criterio de los «medios propios del organismo de radiodifusión», quedarían incomprensiblemente en una situación económicamente desventajosa frente a las entidades de Derecho público que, con una amplia estructura, asignan ambas funciones a departamentos concretos que, aunque actúen de forma autónoma, están jurídicamente vinculados.

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

67. Por lo tanto, propongo dar un enfoque teleológico al problema sintáctico planteado en la segunda cuestión prejudicial y entender el cuadragésimo primer considerando, a cuya luz se ha de interpretar el artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva, en el sentido de que los medios que menciona comprenden los que emplea un tercero con el único objeto de posibilitar a continuación, mediante la grabación efímera, una emisión lícita por parte de un determinado organismo de radiodifusión, siempre que la grabación se realice bajo la responsabilidad de dicho organismo.

68. En la apreciación de la última cuestión prejudicial desempeña un papel destacado la relevancia práctica del concepto de responsabilidad.

C. Sobre la tercera cuestión prejudicial

69. Con esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se valoren ciertos supuestos y, partiendo de ellos, que se determinen los criterios que puedan ser relevantes para la apreciación de los conceptos de «medios propios» o de actuación «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión».

70. En definitiva, se trata de si toda producción de terceros realizada en virtud de un contrato (en su caso, dejando un amplio margen artístico) entre un tercero y el organismo de radiodifusión puede beneficiarse del artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva InfoSoc, o si precisamente la expresión «bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión» sugiere una perspectiva más estricta conforme a la cual lo determinante es si el organismo de radiodifusión ha de responder, y en qué medida, de los posibles errores del tercero.

1. Alegaciones de las partes

71. La Comisión atiende fundamentalmente al fin perseguido con la grabación y subraya que solamente pueden beneficiarse de la excepción las grabaciones efímeras. Esto, en su opinión, difícilmente sucede con las grandes producciones cinematográficas, si bien la valoración del caso concreto compete al órgano jurisdiccional nacional. En cambio, DR y TV2 defienden una concepción amplia, favorable a los organismos de radiodifusión, y el Gobierno español y NCB abogan por una concepción restrictiva, considerando NCB que una relación contractual con terceros no es suficiente si no se garantiza una responsabilidad del organismo de radiodifusión en la relación externa. En último término, queda sin aclarar cuál es el objeto concreto de dicha responsabilidad.

2. Apreciación de la cuestión prejudicial

72. Trasladando la conclusión a la que se llegó respecto de la segunda cuestión prejudicial, en cuanto a la tercera se concluye que, al valorar en concreto si una

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

grabación la ha realizado un tercero para la emisión de un organismo de radiodifusión «por sus propios medios» (de éste) y «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión», de manera que la grabación quede comprendida en la excepción del artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva InfoSoc, se ha de atender al hecho de que los medios se hayan utilizado con el único fin de permitir, mediante la grabación efímera, una transmisión lícita por parte del organismo de radiodifusión, siempre que la grabación se realice bajo la responsabilidad de dicho organismo.

73. A continuación examinaré en qué condiciones ha de considerarse que existe tal responsabilidad.

a) Tercera cuestión, letra a)

74. Con esta subcuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, esencialmente, si el concepto de «medios propios» se ha de entender en el sentido de que una grabación sólo está cubierta por la excepción si el organismo de radiodifusión responde frente a terceros por las acciones y omisiones del productor respecto a la grabación como si el propio organismo de radiodifusión hubiera llevado a cabo dichas acciones u omisiones.

75. Tras esta subcuestión subyace la idea de la atribución de responsabilidad al organismo de radiodifusión, idea que es compatible con la concepción de la responsabilidad de la Directiva InfoSoc y que resulta incluso indispensable, si no se quiere difuminar el concepto de «medios propios».

76. Por lo tanto, el concepto de «propios medios» del artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva InfoSoc, conforme al principio de responsabilidad, debe entenderse en el sentido de que una grabación realizada por un productor para su uso en emisiones de un organismo de radiodifusión está comprendida en la excepción establecida en el artículo 5, apartado 2, letra d), únicamente si el organismo de radiodifusión responde frente a terceros por las acciones y omisiones del productor con respecto a la grabación como si el propio organismo de radiodifusión hubiera llevado a cabo dichas acciones y omisiones.

77. En efecto, la idea de responsabilidad del cuadragésimo primer considerando quedaría privada de todo contenido si no requiriese de forma imperativa una obligación de garantía por parte del organismo de radiodifusión. Aunque el cuadragésimo primer considerando quiere dar flexibilidad al concepto de medios propios incorporando el principio de responsabilidad, y permitir la adaptación a las circunstancias, es preciso además que las acciones realizadas por medios propios conduzcan en último término a una obligación de garantía, también en la relación externa, de aquel a quien se atribuyen como propios los medios utilizados. La extensión del concepto de medios a través del concepto de

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

responsabilidad implica, por tanto, una obligación de garantía, no regulada en detalle, pero sí postulada a cargo del organismo de radiodifusión.

78. Este planteamiento no responde a la cuestión de qué grado de concreción tiene tal responsabilidad y, en particular, si se trata de una responsabilidad directa o una responsabilidad solidaria y si se basa en una responsabilidad contractual o extracontractual, por ejemplo, como subrogación en la deuda o asunción liberatoria de la deuda.

79. La obligación de garantía que en principio incumbe al organismo de radiodifusión, conforme a este punto de vista, es el corolario de la extensión del concepto de «medios propios», y, al suponer un comportamiento lícito del tercero implicado, por lo general no debería tener consecuencias prácticas.

b) Tercera cuestión, letra b)

80. Con esta subcuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si se cumple el requisito de que la grabación sea realizada «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión» en el supuesto de que un organismo de radiodifusión haya encargado al productor realizar la grabación para que el propio organismo de radiodifusión pueda emitir dicha grabación y suponiendo que dicho organismo tenga derecho a emitir dicha grabación.

81. Por lo tanto, esta subcuestión parte de un supuesto de hecho diametralmente opuesto y, en el fondo, lo que pregunta es si también en caso de no haber una obligación de garantía por parte del organismo de radiodifusión se puede afirmar el concepto de responsabilidad.

82. Según lo expuesto en el punto 75 de las presentes conclusiones, no siempre se cumple el requisito de que la grabación sea realizada «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión» cuando un organismo de radiodifusión ha encargado al productor realizar la grabación para que el organismo de radiodifusión pueda emitir después dicha grabación y suponiendo que dicho organismo tenga derecho a emitir dicha grabación.

83. Lo determinante aquí es la configuración concreta de la relación contractual, sus efectos hacia el exterior y, por último, si realmente existe una obligación de garantía a cargo del organismo de radiodifusión frente a terceros, como se ha expuesto en el punto 75.

84. Las siguientes subcuestiones analizan otras particularidades de los posibles acuerdos contractuales entre los organismos de radiodifusión y los productores, con el trasfondo del artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva InfoSoc, y se han de responder conforme a los parámetros antes propuestos.

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

i) Tercera cuestión, letra b), inciso i)

85. Con esta subcuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si la facultad de decisión artística o editorial puede ser un criterio del elemento «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión».

86. La respuesta a esta cuestión debe ser negativa.

87. Lo importante no es a quién corresponda la decisión definitiva y concluyente desde el punto de vista artístico y editorial en relación con el *contenido* del programa encargado, pues la excepción prevista por la Directiva InfoSoc, por un lado, depende únicamente de la *grabación*, es decir, se trata de la *reproducción técnica*, y, por otro lado, la dirección artística podría ser irrelevante a efectos de la responsabilidad en la relación externa. Pero lo único determinante es la obligación de responder que implica la responsabilidad del organismo de radiodifusión.

ii) Tercera cuestión, letra b), inciso ii)

88. Con esta subcuestión, el órgano jurisdiccional remitente quiere saber si es relevante que el organismo de radiodifusión responda frente a terceros de las obligaciones del productor derivadas de la grabación como si el propio organismo de radiodifusión hubiera llevado a cabo dichas acciones y omisiones.

89. Conforme a lo expuesto en el punto 75 en cuanto al concepto de medios propios, procede declarar que la obligación de garantía es relevante y decisiva para el elemento «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión».

iii) Tercera cuestión, letra b), inciso iii)

90. Con esta subcuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el elemento «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión» depende de si el productor, en virtud del acuerdo contractual con el organismo de radiodifusión, asume todo el riesgo económico del programa encargado.

91. La respuesta a esta cuestión debe ser negativa.

92. No es decisivo que el productor esté obligado contractualmente en virtud del contrato celebrado con el organismo de radiodifusión a entregarle el programa de que se trate a un precio determinado y deba soportar, con cargo a la cantidad percibida en concepto de precio, todos los gastos derivados de la grabación. Esto último carece de relevancia a efectos de la responsabilidad en la relación externa.

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

iv) Tercera cuestión, letra b), inciso iv)

93. Con esta subcuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el cumplimiento del requisito de que la grabación se realice «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión» depende de si frente a terceros responde por la grabación el organismo de radiodifusión o el productor encargado.

94. Procede responder afirmativamente a esta cuestión.

95. En efecto, conforme a lo expuesto, es importante si es el organismo de radiodifusión o es el productor quien responde por la grabación frente a terceros, si bien la responsabilidad también puede ser solidaria. En caso de obligación de responder por parte del organismo de radiodifusión, en cualquier caso, se han de considerar que el productor actúa «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión», si bien tampoco habría inconveniente para una responsabilidad solidaria adicional del productor.

c) Tercera cuestión, letra c)

96. Por último, conforme a lo ya expuesto, el requisito de que la grabación sea realizada «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión» en el caso de que un organismo de radiodifusión haya encargado al productor realizar la grabación para que el organismo de radiodifusión pueda emitirla y, suponiendo que dicho organismo de radiodifusión tenga derecho a emitir dicha grabación, no se cumple por el mero hecho de que el productor, en el contrato celebrado con el organismo de radiodifusión relativo a la grabación, haya asumido la responsabilidad financiera y jurídica derivada de i) la asunción de todos los gastos derivados de la grabación a cambio del pago de una cantidad fija pagada por adelantado; ii) la compra de derechos, y iii) las circunstancias imprevistas, incluido cualquier retraso en la grabación y el incumplimiento del contrato, sin que el organismo de radiodifusión responda frente a terceros por las obligaciones del productor derivadas de la grabación como si el propio organismo de radiodifusión hubiera llevado a cabo dichas acciones y omisiones.

97. Esta última obligación de responder en la esfera externa es determinante, y no puede faltar.

VI. Conclusión

98. A la vista de lo que antecede, propongo que se responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas:

- 1) Las expresiones «por sus propios medios» del artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, y «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión» del cuadragésimo primer considerando de dicha Directiva deben interpretarse con arreglo al Derecho de la Unión.

- 2) El cuadragésimo primer considerando, a cuya luz se ha de interpretar el artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva 2001/29, debe interpretarse en el sentido de que los medios que menciona comprenden los que emplea un tercero con el único objeto de permitir a continuación, a través de grabación efímera, una emisión lícita por parte de un determinado organismo de radiodifusión, siempre que la grabación se realice bajo la responsabilidad de dicho organismo.
- 3) Al apreciar en concreto si una grabación la ha realizado un tercero (en lo sucesivo, «productor») para la emisión de un organismo de radiodifusión «por sus propios medios» (de éste) y «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión», de manera que la grabación quede comprendida en la excepción del artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva 2001/29, se ha de atender al hecho de que los medios se hayan utilizado con el único fin de permitir, a través de una grabación efímera, una transmisión lícita por parte del organismo de radiodifusión, siempre que la grabación se realice bajo la responsabilidad de dicho organismo.
 - a) El concepto de «propios medios» del artículo 5, apartado 2, letra d), de la Directiva 2001/29 debe entenderse en el sentido de que una grabación realizada por un productor para su uso en emisiones de un organismo de radiodifusión está comprendida en la excepción establecida en el artículo 5, apartado 2, letra d), únicamente si el organismo de radiodifusión responde frente a terceros por las acciones y omisiones del productor con respecto a la grabación como si el propio organismo de radiodifusión hubiera llevado a cabo dichas acciones y omisiones.
 - b) No obstante, el requisito de que la grabación sea realizada «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión» no se cumple necesariamente por el hecho de que un organismo de radiodifusión haya encargado al productor realizar la grabación para que el organismo de radiodifusión pueda emitir dicha grabación y suponiendo que dicho organismo tenga derecho a emitir dicha grabación.

Para responder a la tercera cuestión, letra b),

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

- i) es irrelevante si es el organismo de radiodifusión o el productor quien puede adoptar la decisión artística o editorial definitiva y concluyente sobre el contenido del programa encargado con arreglo a los contratos celebrados entre dichas partes;
 - ii) es determinante si el organismo de radiodifusión responde frente a terceros de las obligaciones del productor derivadas de la grabación como si el propio organismo de radiodifusión hubiera llevado a cabo dichas acciones y omisiones;
 - iii) es irrelevante si el productor está obligado contractualmente en virtud del contrato celebrado con el organismo de radiodifusión a entregarle el programa de que se trate a un precio determinado y debe soportar, con cargo a la cantidad percibida en concepto de precio, todos los gastos derivados de la grabación;
 - iv) es relevante si es el organismo de radiodifusión o es el productor quien responde por la grabación frente a terceros, si bien la responsabilidad también puede ser solidaria.
- c) El requisito de que la grabación sea realizada «en nombre [y/o] bajo la responsabilidad del organismo de radiodifusión» en el caso de que un organismo de radiodifusión haya encargado al productor realizar la grabación para que el organismo de radiodifusión pueda emitirla y, suponiendo que dicho organismo de radiodifusión tenga derecho a emitir dicha grabación, no se cumple por el mero hecho de que el productor, en el contrato celebrado con el organismo de radiodifusión relativo a la grabación, haya asumido la responsabilidad financiera y jurídica derivada de i) la asunción de todos los gastos derivados de la grabación a cambio del pago de una cantidad fija pagada por adelantado; ii) la compra de derechos, y iii) las circunstancias imprevistas, incluido cualquier retraso en la grabación y el incumplimiento del contrato, sin que el organismo de radiodifusión responda frente a terceros por las obligaciones del productor derivadas de la grabación como si el propio organismo de radiodifusión hubiera llevado a cabo dichas acciones y omisiones.

1 – Lengua original de las conclusiones: alemán; lengua de procedimiento: danés.

2 – DO L 167, p. 10.

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

3 – Este concepto tiene su antecedente en el concepto de grabación efímera del Convenio de Berna sobre la protección de obras literarias y artísticas, en que se introdujo en 1948. Describe un fenómeno típico de la radiodifusión: para preparar una posterior emisión en diferido, resulta necesario que las aportaciones de los autores y artistas a que recurren los organismos de radiodifusión se graben previamente por medios mecánicos. Las grabaciones así obtenidas se denominan grabaciones efímeras, si bien en el Convenio de Berna no se estableció durante cuánto tiempo podían conservarse. Se trata de grabaciones en cierto modo accesorias, pues su producción sirve únicamente para el ejercicio del derecho de emisión sobre la obra grabada, y no pueden utilizarse para ningún otro fin (Ruijsenaars, H., «Zur Vergänglichkeit von “ephemeren Aufnahmen”», ZUM 1999, pp. 707 y 708).

4 – Véase la página 6 de la resolución de remisión.

5 – Las diferentes versiones lingüísticas, no obstante, no coinciden totalmente en este punto, y a esta circunstancia hace referencia el órgano jurisdiccional remitente en su segunda cuestión prejudicial. Las versiones que, como la alemana, contienen la conjunción disyuntiva «o», que implica una alternativa, están numéricamente en minoría frente a las que utilizan una conjunción copulativa («y»).

6 – Posición común (CE) n° 48/2000, de 28 de septiembre de 2000, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO C 344, p. 1).

7 – Publicación legislativa n° 202, de 27 de febrero de 2010.

8 – *Ibid.*, p. 6.

9 – Véanse a este respecto los apartados 5 y 6 de las observaciones escritas de NCB, los apartados 2 a 10 de las observaciones escritas de DR y TV2 y los apartados 4 a 7 de las observaciones escritas de la Comisión.

10 – La versión danesa de la Directiva figura entre las que en el cuarenta y uno primer considerando contiene una formulación acumulativa con la

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

conjunción «y» [«Når undtagelsen eller indskrænkningen gælder efemere optagelser foretaget af radio- og fjernsynsforetagender, antages radio- og fjernsynsforetagendets egne midler at omfatte midler tilhørende en person, der handler på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og under dette foretagendes ansvar.» (el subrayado es mío)].

11 – Sentencia de 18 de diciembre de 2007, Laval un Partnieri (C-341/05, Rec. p. I-11767), apartado 46 y jurisprudencia allí citada.

12 – Sobre un problema de admisibilidad similar (si bien relativo a la interpretación de una decisión marco), véanse la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 2011, Gueye (C-483/09 y C-1/10, Rec. p. I-0000), apartados 34 a 45, y las conclusiones presentadas en ese asunto por la Abogado General Kokott, puntos 21 a 32, donde se analizó la cuestión de una posible interpretación *contra legem* del Derecho nacional.

13 – Sentencia Gueye, citada en la nota 12, apartado 39 y jurisprudencia allí citada.

14 – A este respecto, no es preciso dilucidar si, con los instrumentos interpretativos de que dispone el Derecho nacional danés, es posible, al igual que hizo el Bundesgerichtshof alemán tras la sentencia de 17 de abril de 2008, Quelle (C-404/06, Rec. p. I-2685), forzar el Derecho nacional vigente más allá de su tenor literal, mediante la interpretación conforme a la Directiva (véase al respecto BGH, sentencia de 26 de noviembre de 2008, VIII ZR 200/05, publicada en ZGS 2009, 85).

15 – Apartados 46 a 51 y apartado 127 de sus observaciones escritas.

16 – Véase la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2011, Brüstle (C-34/10, Rec. p. I-0000), apartado 25 y la jurisprudencia allí citada; sobre la interpretación autónoma y uniforme del concepto de «compensación equitativa» del artículo 5, apartado 2, de la Directiva InfoSoc, véase la sentencia de 21 de octubre de 2010, Padawan (C-467/08, Rec. p. I-0000), apartados 32 a 37 y apartado 1 del fallo; sobre la interpretación autónoma y uniforme del concepto de «comunicación al público» del apartado 1 de la Directiva, véase la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C-306/05, Rec. p. I-11519).

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

17 – Sobre el concepto de embrión y sobre la interpretación de la Directiva 98/44/CE, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, véase la sentencia Brüstle, citada en la nota 16, apartados 26 y ss.; sobre la interpretación autónoma y uniforme del concepto de compensación equitativa del artículo 5, apartado 2, de la Directiva InfoSoc, véase la sentencia Padawan, citada en la nota 16, apartados 32 a 37.

18 – Véase la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros (C-403/08 y C-429/08, Rec. p. I-0000), apartado 189 y jurisprudencia allí citada.

19 – Apartado 25 de las observaciones escritas del Gobierno español.

20 – Apartado 131 de sus observaciones escritas.

21 – Sobre el caso extremo de discrepancia de una única versión lingüística, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007, Profisa (C-63/06, Rec. p. I-3239), apartados 13 y 14 y jurisprudencia allí citada.

22 – Por ejemplo, las versiones búlgara, danesa, inglesa, estonia, finlandesa, francesa, griega, letona, lituana, neerlandesa, polaca, rumana, sueca, eslovaca, eslovena, española y húngara.

23 – Por ejemplo, las versiones alemana, italiana, maltesa, portuguesa y checa.

24 – Véanse, al respecto, las sentencias de 27 de octubre de 1977, Bouchereau (C-30/77, Rec. p. 1999), apartado 14, y de 7 de diciembre de 1995, Rockfon (C-449/93, Rec. p. I-4291), apartado 28, y mis conclusiones presentadas el 8 de marzo de 2003 en el asunto Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft (C-466/03, Rec. p. I-5357), punto 62 y nota 32; sobre el problema interpretativo del Derecho de la Unión, véase Stotz, R., «Die Rechtsprechung des EuGH» en Riesenhuber, K., Europäische Methodenlehre, 2ª ed., Walter de Gruyter 2010, § 22, margs. 13 y ss.

25 – Sentencia Profisa, citada en la nota 21, apartado 13, y la reciente sentencia de 7 de julio de 2011, IMC Securities (C-445/09, Rec. p. I-0000), apartado 25 y jurisprudencia allí citada.

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

26 – Véase Colneric, N., «Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung», ZEuP, 2005, pp. 225 y 227.

27 – Véanse la Posición Común nº 48/2000 de 28 de septiembre de 2000, reproducida en la nota 9, y el punto 10 de las presentes conclusiones.

28 – En <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/>.

29 – Esto se refiere al Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (TDA) y al Tratado de la OMPI sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas (TF). Ambos fueron ratificados por la Comunidad el 14 de diciembre de 2009. Véase, al respecto, la Decisión 2000/278/CE del Consejo, de 16 de marzo de 2000, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y del Tratado de la OMPI sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas (DO L 89, p. 6).

30 – En ese sentido, también su cuadragésimo cuarto considerando.

31 – Así lo dice expresamente el decimoquinto considerando de la Directiva InfoSoc.

32 – Sentencia Football Association Premier League y otros, citada en la nota 18, apartado 189.

33 – Sentencias Profisa, citada en la nota 21, apartado 14; Bouchereau, citada en la nota 24, apartado 14; de 7 de diciembre de 2000, Italia/Comisión (C-482/98, Rec. p. I-0861), apartado 49, y de 1 de abril de 2004, Borgmann (C-1/02, Rec. p. I-3219), apartado 25.

34 – El subrayado es mío.

35 – Schack, H., Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5ª ed., Mohr Siebeck, Tübingia 2010, marg. 1225.

36 – Resumen en las observaciones escritas de DR y de TV 2, apartados 30 y ss.; véase también Mayer, H.-P., «Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft», EuZW 2002, 325.

Fuente: Texto original del fallo aportado por UAIPIT-Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI- <http://www.uaipit.com>.

37 – En este sentido, en relación con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva, la enmienda 39 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información [COM(97)628 – C4-0079/98 – 97/0359(COD)] (DO 1999, C 150, pp. 171 y 179).

38 – Véanse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009, Infopaq Internacional (C-5/08, Rec. p. I-6569), apartados 56 a 59, y de 1 de diciembre de 2011, Painer (C-145/10, Rec. p. I-0000), apartados 109 y 110.

39 – Siempre que se cumpla también el elemento «para sus propias emisiones».

40 – Véase el cuadragésimo cuarto considerando de la Directiva InfoSoc.

41 – Sobre el Convenio de Berna y la expresión inglesa «by means of its own facilities», véase von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, Oxford 2008, p. 165.

42 – Sobre las «serias dudas desde el punto de vista del Derecho convencional» contra una «interpretación amplia del tenor de la ley» en cuanto al concepto de medios propios a la luz del cuadragésimo primer considerando, véase Melichar, F., en Schricker, G., Loewenheim, U., *Urheberrecht, Kommentar*, 4ª ed., C.H. Beck, Múnich 2011, § 55 marg. 5 y las referencias allí citadas.

43 – Walter, M.M, y von Lewinski, S., «European Copyright Law», *A Commentary*, Oxford 2010, p. 1039, en cambio, apelando a las exigencias del Convenio de Berna se pronuncian vehementemente en contra de toda externalización de la «recording activity to another company». Sobre el Convenio de Berna y la expresión inglesa «by means of its own facilities», véase von Lewinski, citado en la nota 41, p. 165, marg. 5.191: «[...] this excludes the possibility of the organization putting someone else in charge of this task».