

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



Colegio de Abogados de Murcia

Escuela de Práctica Jurídica

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN
DERECHOS DE AUTOR DEL REGLAMENTO 44/2001:
ANOMALÍAS DEL *FORUM DELICTI COMISI* EN
INFRACCIONES VERIFICADAS EN INTERNET.

PABLO MARTÍNEZ HERNÁNDEZ

REALIZADO BAJO LA TUTELA DEL PROFESOR:

DR. D. JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

JUNIO DE 2014

ÍNDICE

METODOLOGÍA Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	3
RESUMEN INTRODUCTORIO.....	3
ABSTRACT.....	4
I. REGLAS DE COMPETENCIA DEL REGLAMENTO 44/2001.....	4
1. DOMICILIO DEL DEMANDADO	5
2. “LUGAR DONDE SE HUBIESE PRODUCIDO O PUDIERE PRODUCIRSE EL HECHO DAÑOSO” ..	6
3. SUMISIÓN EXPRESA O TÁCITA DE LAS PARTES	6
II. EL FORUM DELICTI COMMISSI PRESENTE EN EL ARTÍCULO 5.3 DEL REGLAMENTO 44/2001. .	6
1. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL TJUE	6
1.1 Medidas cautelares o provisionales	9
1.2 Varios demandados con domicilio en distintos Estados miembros.....	10
III. EL ARTÍCULO 5.3 DEL REGLAMENTO 44/2001 EN INFRACCIONES DE DERECHOS DE AUTOR VERIFICADAS EN INTERNET.	12
1. INCIDENCIA DE LAS ÚLTIMAS RESOLUCIONES DEL TJUE.....	13
1.1 Armonización de la Directiva 29/2001	17
1.2 Principio de territorialidad	18
1.3 La previsibilidad del foro	19
2. POSIBLES ANOMALÍAS AL EXCLUIR LA COMPETENCIA PARA RECLAMAR EL TOTAL DEL DAÑO.....	20
2.1 ¿Alcanza a los derechos morales del autor?	20
2.2 Costes de litigación internacionales y daños residuales de la infracción principal.....	22
2.3 En el ámbito de los derechos patrimoniales, infracciones de derechos con especial proximidad a localización de la explotación de la obra	24
3. PROPUESTA PARA LOCALIZAR UN HIPOTÉTICO MERCADO DE INTERÉS PARA LA EXPLOTACIÓN DE UNA OBRA	26
4. EFECTOS DEL FORUM DELICTI COMISSI EN LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.	29
CONCLUSIONES	31
BIBLIOGRAFÍA.....	34
RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL TJUE	35

METODOLOGÍA Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

En la realización del TFM comencé resumiendo la doctrina general relacionada con las infracciones de derecho y autor esperando que algún tema destacase para centrar el trabajo, por lo cual elegí limitar el alcance territorial a nivel comunitario y la modalidad de infracción al mundo digital, ambos temas me parecieron oportunos porque coincidían con la doctrina del TJUE más actual. Después acudí a la interpretación del artículo 5.3 que hacían el TJUE y diversos autores, intentando no desviarme de la aplicación a infracciones de propiedad intelectual en internet y manteniendo siempre presente la cuestión de los costes litigiosos internacionales. En el proceso de análisis de las sentencias del Tribunal de Justicia empezaron a surgir cuestiones relacionadas con mis conocimientos previos sobre derechos de autor que podían ser relevantes, y como el ámbito de internet tiene una mayor proyección en la actualidad, comencé a discriminar qué usos podían presentar mayor problemática en el medio, haciendo una serie de propuestas. Por último, el estilo de redacción tiene un carácter divulgativo, ya que la intención del trabajo es la de poder servir de apoyo a profesionales de la abogacía, que precisen un acercamiento conjunto a las disciplinas del DIPr. y los Derechos de autor.

RESUMEN INTRODUCTORIO

Para la realización del Trabajo Fin de Máster, la primera cuestión pasaba por delimitar el objeto de estudio partiendo desde las infracciones internacionales de derechos de autor. Al ser un posgrado cuya materia se dirige al ejercicio de la abogacía, he comenzado por intentar reproducir el proceso por el cual un profesional se enfrenta a una infracción de propiedad intelectual a través de internet con elementos internacionales. También he querido centrarme en el ámbito comunitario a raíz de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que coloca en la agenda de actualidad el tema principal del trabajo. Por este motivo he expuesto las soluciones contenidas en el Reglamento 44/2002 hasta detectar uno de los principales problemas que supone el foro contenido en el artículo 5.3 de este instrumento y la interpretación por el TJUE, concretamente respecto al titular de derechos nacional que ve como su obra se vulnera a través de Internet y las dificultades que puede encontrar para reclamar el daño dentro de la Unión Europea. En vista de esos problemas se ha incluido una propuesta para localizar el tribunal con la vinculación suficiente con el litigio que justifique un mayor alcance de la competencia para conocer del total del daño cuando éste se produzca en la red.

ABSTRACT

In the realization of the final project, my first line of investigation was to demarcate the object of study starting from the international copyright infringements area. Firstly I tried to reproduce the process that a lawyer should follow in a case of Intellectual Property infringement. Given the recent judgments from the European Court of Justice, my purpose was to focus in the European Community sphere. Therefore I have exposed the competence rules of the Regulation 44/2001 until I detected some problems related with the forum of the Article 5.3 and its interpretation by the ECJ, concretely I was focused in the case when an IP rightholder has to see how their rights are violated constantly on the Internet, and how difficult it becomes to claim these damages in the European Union. For this reason I have included a proposal to find a state court with an special connection to the case, and the knowledge to find the total sum of damages, when originated on the Internet.

***ACTUALIZACIÓN:** El 10 de enero de 2015 el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como Bruselas I bis, sustituyó al Reglamento 44/2001. Respecto al trabajo, en este Reglamento no se modifica el artículo 5.3 del R44/2001, manteniéndose intacta su redacción dentro del nuevo artículo 6.2 del Reglamento Bruselas I bis, por lo que su operatividad así como las interpretaciones que ha venido realizando el TJUE respecto al *Forum Delicti Commissi* no se ven modificadas por este hecho.

I. REGLAS DE COMPETENCIA DEL REGLAMENTO 44/2001

Como primer acercamiento al tema de estudio, se va a tratar El Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que ofrece una serie de foros de competencia que están a disposición del titular de derechos para poder accionar en el tribunal más conveniente a la protección de los derechos, sin que tampoco pueda se pueda poner en práctica tácticas como *forum shopping* que perjudiquen el derecho de tutela judicial efectiva del demandado¹, en este sentido el Considerando 11 del Reglamento 44/2001 establece como principio de las

¹ Vid. A. LÓPEZ TARRUELLA, "Criterio de "focalización" y "forum delicti commissi" en las infracciones de propiedad industrial e intelectual en Internet", Revista de propiedad intelectual, n° 31, 2009, pp. 13-52

reglas de competencia incluidas en el texto la necesidad de conseguir un alto grado de previsibilidad para las partes.

1. DOMICILIO DEL DEMANDADO

Es un foro de competencia general que somete a los domiciliados en un estado miembro a los tribunales de dicho estado. Foro clásico, que pretende perjudicar lo menos posible a quién se tiene que defender de eventuales demandas, su carácter de foro general hace que la aplicación del resto de foros del reglamento sea excepcional y estén sometidos a interpretación restrictiva, aunque, como veremos, el TJUE ha ido ampliando su alcance original. La utilidad de este foro puede ser poco adecuada cuando la infracción se produce por medios telemáticos, sobre todo a la hora de establecer medidas provisionales², por no hablar de la dificultad añadida de localizar al infractor en un medio como Internet³ ahora bien cuando versa sobre distribución internacional de obras ilícitas en formato físico a través de la exportación, el foro del domicilio del demandado resulta más adecuado si coincide con su centro de producción, en lugar de accionar en el lugar del domicilio que puede estar establecido en cualquier parte.

El foro general se encuentra en el **Artículo 2 del R 44/2001**:

1. Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.

2. A las personas que no tuvieren la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las reglas de competencia judicial que se aplicaren a los nacionales.

² Casos en los que un sujeto infractor reside en un país, pero provoca un daño al autor a través de su actividad exportadora o a través de la red operando en otro estado que nunca ha pisado. Se aprecia fácilmente que para el establecimiento de medidas provisionales destinadas a la cesación de la explotación infractora en un territorio distinto va producir unas mayores costas por no hablar de la demora entre el momento que se solicitan y cuando finalmente se ejecutan, minorando la efectividad de las medidas.

³ Vid. A. LÓPEZ TARRUELLA *Infracciones Internacionales de Derecho de autor*, Publicación Conmemorativa XV Aniversario de AAAML, 2010, <http://www.uaiipit.com/> pág. 5; en el mismo sentido se pronuncian A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 14ª edición, Comares, Granada, 2013, pp. 1062.

2. “LUGAR DONDE SE HUBIESE PRODUCIDO O PUDIERE PRODUCIRSE EL HECHO DAÑOSO”

Este foro del artículo 5.3 del R. 44/2001 también conocido por *Forum Delicti Commissi* es el que presenta más complejidad de los tratados en el texto por lo que será el objeto principal de estudio.

En materia delictual o causidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso.

3. SUMISIÓN EXPRESA O TÁCITA DE LAS PARTES

Se encuentran reguladas en el Artículo 23-24 del R44/2001, No podía obviarse esta solución en el Reglamento pues es un principio del derecho privado el respeto a la voluntad de las partes, pues debe primar esta en caso de que ambas partes coincidan en la mutua conveniencia de un foro concreto.

II. EL FORUM DELICTI COMMISSI PRESENTE EN EL ARTÍCULO 5.3 DEL REGLAMENTO 44/2001.

1. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL TJUE

Para poder delimitar el lugar del hecho dañoso al que se refiere el artículo se va a seguir la estela que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido dejando a lo largo de su trayectoria, comencemos por una de las más antiguas, la STJCE de 30 de 1976 *Handelskwekerij G. J. Bier BV vs Mines de Potasse d'Alsace* asunto C-21/76, la cual fija un criterio fundamental al declarar que este foro puede abarcar dos lugares que pueden no ser coincidentes:

- **Lugar donde se ha producido el daño.** Ejemplo: vulneración de derecho moral de integridad⁴ del autor por destrucción de una obra escultórica o un mural.

⁴ Artículo 14 LPI: “Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: [...] 4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.”

- **Lugar donde se ha producido el hecho causal.** Ejemplo: Infracción del Derecho de comunicación pública⁵ desde donde se emite o se pone accesible al público un contenido no autorizado.

Esta concepción inevitablemente puede llegar a multiplicar los tribunales de los estados competentes posibilitando un eventual fórum shopping que tiene su cause en el hecho de que el demandante es libre de accionar en varios estados considerados lugar del daño según el artículo 5.3, por eso no toda elección se va a ver justificada y amparada por este foro si no existe una concreta vinculación del caso y los tribunales competentes. Por ese motivo el TJCE ha limitado esta práctica mediante las resoluciones que veremos a continuación, en este sentido la sentencia del TJCE de 7 de marzo de 1995 *Fiona Shevill vs Press Alliance*, asunto C-68/93 puede ser un buen comienzo a la hora de apreciar la vinculación o conexión puesto que considera como doctrina reiterada:

*(19) Que esta regla de competencia especial, cuya elección depende de una opción del demandante, se **basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y los órganos jurisdiccionales distintos de los del domicilio del demandado**, que justifica una atribución de competencia a dichos órganos jurisdiccionales por razones de buena administración de la justicia y de sustanciación adecuada del proceso.*

Por otro lado la STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, asuntos C-509/09 y C-161/10 relaciona la vinculación del estado con el lugar del hecho causal y lugar del daño considerando que la excepcionalidad del foro con respecto al domicilio del demandado se justifica en que este foro puede ser el cauce más efectivo para llevar a buen término el litigio de modo general, y en particular porque puede significar una mayor facilidad probatoria, que en el caso de la derechos de propiedad intelectual, por su propia naturaleza inmaterial, suele ser más compleja que en otras áreas.

STJUE eDate / Olivier Martinez (41): Debe recordarse que la expresión «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» se refiere al mismo tiempo al lugar del hecho causal y al lugar donde se ha producido el daño. Esos dos lugares pueden constituir

⁵ Artículo 20.2 LPI: “Especialmente, son actos de comunicación pública: [...]i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.” Transpuesto del artículo 3.1 de Directiva 29/2001 (DDASI): “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”.

una conexión relevante desde el punto de vista de la competencia judicial, dado que cada uno de ellos puede, según las circunstancias, proporcionar una indicación particularmente útil desde el punto de vista de la prueba y de la sustanciación del proceso (sentencia de 7 de marzo de 1995, Shevill y otros, C-68/93, Rec. p. I-415, apartados 20 y 21).

Así pues, esta especial conexión puede responder en parte a que las normas procesales internas así lo consideren. Antes de ver si un foro es adecuado según este artículo primero debería comprobarse si a nivel interno dichos tribunales serán competentes o existe algún tipo de obstáculo procesal en la legislación nacional pertinente⁶.

En relación a esto último, para la determinación de la competencia interna en función de sus normas procesales resulta de utilidad saber que el Reglamento 44/2001 establece para el tribunal, donde se ha producido el hecho dañoso o pudiera producirse, tanto la competencia judicial internacional como la competencia territorial, al designar tanto al estado competente como al tribunal dentro del sistema judicial interno. Al fin y al cabo si se ha optado en este foro por los tribunales del país en las que su proximidad con el caso se justifica en la localización del hecho causal de la infracción, tiene sentido que la competencia territorial interna siga a su vez este mismo criterio.

Si bien su fundamentación se ve bastante adecuada a los supuestos más comunes de responsabilidad extracontractual como daños a terceros, en propiedad intelectual no tiene por qué suceder en muchos casos. Si se ejercen medidas destinadas a la prohibición de la explotación de obras o retirada de las mismas parece bastante recomendable, por coincidir el tribunal competente con el escenario por el que se mueve ilícitamente la obra, no obstante, no tiene por qué suponer un menor coste internacional de litigación, por ejemplo en el caso de que ninguna de las partes resida u opere permanentemente en dicho lugar⁷.

Tampoco parece ser adecuado en **infracciones plurilocalizadas de derechos de autor**, en el supuesto de que se demande en solo uno de los varios estados en los que se ha producido el daño. Pero resulta que la importancia reside precisamente en que aplicando este foro, el tribunal competente conocería únicamente sobre los hechos producidos en su Estado⁸, por lo que para perseguir el total de los daños debería realizarse un despliegue de acciones en todos los estados que se haya producido una lesión, con las consecuencias que implica.

⁶ STJCE de 7 de marzo de 1995 Shevill / Press Alliance, asunto C-68/93 (40)

⁷ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), Derecho internacional privado, vol. II, 14ª edición, Comares, Granada, 2013.

⁸ STJUE de 3 de octubre de 2013 Pinckney / KDG Mediatech AG asunto C-170/12, FD del 42 a 45

Así pues, en el supuesto de infracciones cometidas por multinacionales de la industria cultural con explotación en varios estados, donde va a coincidir seguramente el lugar del daño con un estado donde la compañía multinacional tiene domicilio, al aplicar este foro en lugar del domicilio del demandado, se estaría renunciando a resolver el conjunto de infracciones cometidas fuera de la competencia de ese estado miembro.

En caso de que dos multinacionales litiguen por infracciones plurilocalizadas si solo operase este foro, podría provocar una guerra de demandas en tribunales de todo el mundo, a modo del célebre juego de mesa Risk, como a veces ocurre en el ámbito de las patentes, el ejemplo más reciente lo tenemos en los conflictos de patentes entre los gigantes tecnológicos Apple y Samsung.⁹

A continuación trataremos la relación del *Forum Delicti Commissi* con cuestiones específicas como es la transversalidad de las medidas provisionales en todo pleito, y la solución que el Reglamento 44/2001 ha previsto para ciertas situaciones de litisconsorcio pasivo.

1.1 Medidas cautelares o provisionales

El término “**podrá producirse**” se añadió para abarcar, entre otros, aquellos supuestos que aunque las lesiones no han sido consumadas, estas se encuentran en unos niveles de probabilidad o previsibilidad bastante elevados, para ello el Reglamento quiere hacer nacer la competencia de un estado donde interesase plantear una medida cautelar o provisional¹⁰ con el objetivo de tener la oportunidad precisamente de interrumpir de una manera efectiva y directa aquellos actos preparatorios dirigidos a producir una lesión al titular de derechos¹¹.

Ejemplo: Una compañía ha distribuido ejemplares ilícitos de obras en un estado miembro, el titular de derechos demanda a la compañía en los tribunales de ese mismo EM a través del artículo 5.3 del R44/2001 (tribunal competente del fondo del asunto), la misma compañía infractora pretende seguir adelante en su explotación decide ampliar su mercado y se dispone a distribuir la misma obra en otro estado, imaginemos que ya

⁹ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), Derecho internacional privado, vol. II, 14ª edición, Comares, Granada, 2013, pág. 1035.

¹⁰ Artículo 31 del Reglamento 44/2001 por el cual cualquier estado miembro pueda ser competente para ver una demanda de medidas provisionales o cautelares aunque el tribunal competente para el fondo del asunto sea otro estado. Es importante añadir que sería aplicable de manera independiente de cuál haya sido la regla de competencia adecuada para resolver sobre el fondo del asunto *STJUE 12 de Julio de 2012 Solvay vs Honeywell* número 36.

¹¹ Vid. A. LÓPEZ TARRUELLA *Infracciones Internacionales de Derecho de autor*, Publicación Conmemorativa XV Aniversario de AAAML, 2010 <http://www.uaipit.com/> pág. 10

tuviera ejemplares de la obra listos para lanzar al público, pues bien, a pesar de que este tribunal no va a conocer de los daños en el primer EM será posible plantear una medida cautelar en ese estado a través el artículo 31 del Reglamento 44/2001, con objeto de evitar que se produzcan nuevas infracciones mientras se resuelve la primera.

1.2 Varios demandados con domicilio en distintos Estados miembros.

Cuando una acción por vulneración de Derechos de Autor se ejercita ante más de un demandado, es preceptivo comprobar si el caso tiene encaje en el artículo **6.1 del Reglamento 44/2001** debido a que puede activar un foro adicional a los antes expuestos:

Las personas a las que se refiere el artículo anterior también podrán ser demandadas:

1) si hubiere varios demandados, **ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos**, siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente,

Por tanto para apreciar la dicha relación estrecha, el criterio de TJCE establece que debe existir entre las acciones a ejercitar a la pluralidad de demandados una identidad de hecho y de derecho. Por otra parte a la hora de plantearse utilizar el foro de este artículo es recomendable tener siempre presente que Reglamento justifica esta acumulación de partes con una finalidad muy concreta, consistente en evitar que existan resoluciones inconciliables provenientes de varios estados y entre varios demandados.

En cuanto a la identidad de hecho se puede acreditar cuando recaen sobre el mismo objeto¹² de protección por un lado, es decir la misma obra, y por otro cuando los actos ilícitos son equivalentes, como puede ser la vulneración de los mismos derechos morales o patrimoniales. La vinculación entre las acciones por identidad de hecho también se produce a través del análisis de los sujetos demandados, la doctrina del TJCE considera que debe tenerse en cuenta elementos como si los demandados forman parte del mismo grupo de sociedades (S. ALVAREZ, M. REQUEJO¹³), por eso esta

¹² El caso *Roche* tiene como origen una infracción de patente pero en su número 30, el TJCE considera que debe tenerse en cuenta para apreciar la conexión exigida en el artículo 6.1 que los demandados sean acusados por separado, de las mismas violaciones con respecto a los mismos productos, lo que lo hace extrapolable a los derechos de autor pese a que su hecho generador no se base en el registro sino en la creación, ya que a diferencia de las patentes no se exige ninguna formalidad para el goce de los derechos exclusivos del autor (artículo 1 de la LPI y 5.2 C. Berna de 1886)

¹³ Vid. S. ALVAREZ GONZÁLEZ / M. REQUEJO ISIDRO, “*Litigación internacional sobre patentes en Europa: el sistema de competencia judicial internacional interpretado por el TJCE (reflexiones tras*

circunstancia se va a presentar frecuentemente cuando el demandado es a una compañía multinacional de la industria cultural y del entretenimiento, ya que lo normal va a ser que las supuestas infracciones se produzcan a través de las filiales para cada territorio.

Ejemplo, una *Major* explota una película mediante las múltiples sociedades filiales que tiene en los cada uno de los Estados Miembros del Reglamento 44/2001, la obra audiovisual infringe los derechos de autor Español que tiene sobre una novela. Si por el resto de circunstancias es aplicable el artículo 6.1 del R. 44/2001, no es necesario que el novelista vaya demandando en todos los estados donde cada una de las sociedades filiales ha explotado ilícitamente la obra audiovisual, si no que podrá demandar conjuntamente a todas las sociedades en un solo tribunal.

Veamos qué ocurre en la identidad de derecho, si bien la STJUE de 13 julio 2006, “*Roche Nederlanden vs Primus*” asunto C-539/03 se basa para declarar la falta de identidad de derecho en que cada demanda presentada por violación de una patente en cada estado se rige únicamente en la normativa de ese estado¹⁴, no debería ofrecer dicho resultado en la propiedad intelectual, ya que a diferencia de las patentes no está sometida su protección a requisitos como la concesión o registro en cada estado, sino que existe una reciprocidad de trato entre estados a los titulares de derechos de propiedad intelectual extranjeros¹⁵.

A mi juicio para resolver la cuestión sobre la identidad de derecho debería bastar seguir dos pasos, en primer lugar anticipando la ley aplicable, que en las infracciones de propiedad intelectual donde es de aplicación el Reglamento 44/2001 la norma de conflicto nos vendría dada en el artículo 8 del Reglamento Roma II es decir ley del territorio para el que se reclama su protección, tal como se podrá ver en su apartado correspondiente. Por tanto serían aplicables las leyes nacionales de los estados en que se produjo el daño. Teniendo ya cada una de esas leyes en la mano, el segundo paso sería comprobar hasta qué punto se asemejan los derechos infringidos¹⁶, lo cual será una tarea

las sentencias del TJCE de 13 de julio de 2006 en los casos GAT y Roche)”, Actas de derecho industrial y derecho de autor, tomo 27, 2006-2007

¹⁴ En el número 24 de la Sentencia *Roche* se analiza la cuestión de la identidad de derecho con el Convenio de Munich sobre Concesión de Patentes Europeas, del cual resulta destacado su artículo 64.3 por el que la ley aplicable a una violación de patente sería la ley nacional que la concedió.

¹⁵ Artículo 5 del Convenio de Berna, esta reciprocidad de los derechos de autor tiene como ventaja sobre la Propiedad Industrial, que en el momento en que se reconoce la protección sobre una obra en un estado no es necesario ningún otro requisito o trámite para que goce de los derechos que rigen las obras en otro territorio.

¹⁶ Vid. STJUE de 1 de diciembre de 2011 *Eva María-Painer* asunto C-145/10: “(81) Así pues, la diferencia en los fundamentos jurídicos de las acciones ejercitadas contra varios demandados no impide, por sí misma, la aplicación del artículo 6, número 1, del Reglamento nº 44/2001, siempre que sea

mucho más sencilla si se encuentran entre los armonizados por el gran número de directivas en materia de derechos de autor y sobre derechos afines o conexos, o en su caso forman parte del derecho mínimo unionista¹⁷ recogido en tratados internacionales como el Convenio de Berna, la Convención de Roma de 1961, el acuerdo ADPIC, los tratados TODA y TOIEF de la OMPI.

Si se verifican estos dos pasos, debería ser suficiente para acreditar la situación de derecho, sin embargo el carácter restrictivo de la Sentencia *Roche*, continuando con la obra de S. ALVAREZ, M. REQUEJO¹⁸ plantea una clara situación de inseguridad jurídica para todas las partes del litigio en casos de violación de patente, lo cual pese a las diferencias de la protección de invenciones con respecto de las obras originales de la PI consigue trasladar esas dudas en las áreas que estos dos derechos inmateriales tienen en común, teniendo como conclusión que a pesar de que la aplicación del foro del artículo 6.1 del R44/2001 presenta una serie de ventajas al acumular las acciones, como son la tutela efectiva de las diferentes resoluciones y la economía procesal, es necesario un minucioso trabajo antes de optar por esta vía, así como una añadida incertidumbre posterior una vez alegada.

III. EL ARTÍCULO 5.3 DEL REGLAMENTO 44/2001 EN INFRACCIONES DE DERECHOS DE AUTOR VERIFICADAS EN INTERNET.

Teniendo presente las reglas del *Forum Delicti Commissi* en el mundo físico, pasemos a ver qué particularidades presenta la aplicación de este foro de competencia en el entorno digital.

Antes de nada y para tener una aproximación al problema me gustaría destacar el volumen de obras que son accesibles en Internet mediante la vulneración de los derechos de autor, así en el caso de España durante el año 2013¹⁹ se estima que hubo accesos de manera ilegal sobre un total de 3.192 millones de contenidos protegidos,

previsible para los demandados que éstos pueden ser demandados en el Estado miembro en el que al menos uno de ellos tiene su domicilio (véase, en este sentido, la sentencia Freeport, antes citada, apartado 47). (82) Ello es así con mayor razón cuando, como sucede en el asunto principal, las normativas nacionales en que se basan las acciones ejercitadas contra los diferentes demandados resultan, según el órgano jurisdiccional remitente, esencialmente idénticas.”

¹⁷ Vid. A. LÓPEZ TARRUELLA *Infracciones Internacionales de Derecho de autor*, Publicación Conmemorativa XV Aniversario de AAAML, 2010 <http://www.uaipit.com/> pág.. 12

¹⁸ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ / M. REQUEJO ISIDRO, “*Litigación internacional sobre patentes en Europa: el sistema de competencia judicial internacional interpretado por el TJCE (reflexiones tras las sentencias del TJCE de 13 de julio de 2006 en los casos GAT y Roche)*”, Actas de derecho industrial y derecho de autor, tomo 27, 2006-2007

¹⁹ Vid. *Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales 2013*, elaborado por GFK para La Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos [Consultado el 10 de junio de 2014] disponible en: <http://lacoalicion.es/observatorio-pirateria/>

repartidos entre música, películas, videojuegos y libros. Obviamente de todas esas infracciones, que así puedan considerarse según la legislación vigente, la mayoría no será posible su reclamación, entre otras razones por los excesivos recursos que serían necesarios para su persecución, y por la dificultad que supondría a la hora de identificar a los infractores y acreditar la lesión. Pero ello no quita, que se pueda evidenciar que el gran número de obras lesionadas junto con la variedad de estas y los modos de explotación que ofrece un medio como Internet, permite decir que la riqueza casuística en este campo puede tender hacia infinito.

Partimos de la base que los datos en Internet son accesible en todo el mundo salvo que existan medidas tecnológicas que lo impidan, en este sentido A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA indican que según la tesis de la *accesibilidad*, basta que el contenido sea accesible en un país, para que el daño se considere efectuado en tal país, de ahí que al tener Internet un alcance planetario se pueda verificar el daño en todos los países del mundo, lo cual haría nacer la competencia para conocer de dicha lesión en cada uno de ellos.

Este planteamiento tiene como efecto que en virtud del artículo 5.3 del R44/2001 todos los estados miembros serían competentes²⁰ para conocer del daño derivado de la puesta a disposición del público en Internet de una obra de manera in consentida. Por su parte el TJUE se ha visto reconocido en la tesis de la accesibilidad y la ha adoptado de manera inequívoca, como se puede comprobar en la sentencia *eDate / Olivier Martinez* en sus fundamentos 52 y 53, apoyándose en lo dispuesto por la mencionada sentencia *Shevill*. Entre las críticas efectuadas a esta tesis, destaca, con bastante razón, la falta de previsibilidad del foro, ya que puede ser demandado en cualquier EM. No obstante, esta ausencia de previsibilidad se va a ver suavizada por los motivos que veremos a continuación, pudiendo adelantar que si bien el infractor puede ser demandado en cualquier estado, el alcance de la competencia de cada tribunal va a ser distinto para conocer del daño producido.

1. INCIDENCIA DE LAS ÚLTIMAS RESOLUCIONES DEL TJUE

Como hemos expuesto anteriormente para que opere el foro del artículo 5.3 en vulneraciones la elección del foro por el demandante debe hacerse respondiendo al principio de previsibilidad para las partes y por tanto el lugar del daño debe presentar las conexiones o vínculos con el estado competente, antes expuestas, de tal forma

²⁰ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 14ª edición, Comares, Granada, 2013. y I. LORENTE MARTÍNEZ “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet” Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2012), Vol. 4, Nº 1. Pág. 287 y 288.

hemos visto que la Sentencia *Shevill* declaraba que al aplicar este foro, una de las posibilidades incluidas consistía en demandar en el domicilio del editor cuando el soporte de la infracción era una publicación en formato físico, ahora vamos a ver qué ocurre cuando se produce en un entorno digital.

De este modo, la vinculación que exige el foro a través de localización del el daño (lugar del daño o lugar del hecho causal) se va a ver condicionada por el carácter global e inmediato de Internet donde un contenido puede ser accesible en cualquier estado mediante la búsqueda adecuada²¹. Esta circunstancia basta para que se produzca la infracción en cada uno de ellos, con la consecuencia, si seguimos la tesis de la accesibilidad como lugar del daño²², todos los EM podrían ser considerados lugar del daño según el artículo 5.3. Sin embargo, aunque el TJUE considera que cualquier EM donde el contenido sea accesible se puede accionar en él, el tribunal va a establecer dos categorías de foros dependiendo del alcance de la reclamación del daño que se podrá ejercitar en cada foro.

Por el total de los daños en propiedad intelectual, incluidos los producidos fuera del estado competente en Internet con carácter general solamente se va a poder accionar en **El estado del establecimiento del emisor**, por corresponder con lugar donde se ha originado el hecho causal, así se recoge en la sentencia *eDate / Olivier Martinez y Wintersteiger*, puesto que el acto de puesta a disposición del público se produce con la transmisión de datos por parte del infractor sin importar la situación del servidor al que finalmente lleguen.

En el resto de EM en los que el contenido ilícito estaba disponible al público, se podrá reclamar únicamente por la concreta infracción que se produjo en ese estado, renunciando a reclamar en dicho litigio los daños producidos en otros territorios según lo establecido por TJUE en las sentencias *eDate / Olivier Martinez* y *Pinckney*. Con esta situación si bien se abre una multitud de foros, la mayoría son descartables por una cuestión de costes litigiosos internacionales, ya que si bien el titular de derechos al accionar en estos foros debería ver reconocida la infracción, la reparación del daño que puede esperar será limitada incluso nula.

²¹ No siempre es así, pensemos en el caso donde algunos contenidos como videos o música solamente pueden accederse desde sitios webs o plataformas de unos determinados territorios, ya que por las razones que sean se establecen medidas tecnológicas que limitan el acceso, como por ejemplo webs de cadenas de TV que suben videos de sus programas que solo pueden ser visualizados en el estado donde opera la cadena, o plataformas como Netflix o Spotify que solo es posible su disfrute de sus contenidos en los países donde se han establecido dichas compañías.

²² Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 14ª edición, Comares, Granada, 2013, pág. 1063

Pongamos por caso que se demanda en un estado donde el contenido infractor estaba disponible pero apenas tuvo visitas o descargas, no consiguiendo una penetración en el público relevante. Aun en este caso, aunque tuviera cero descargas o visualizaciones en dicho territorio, el mero hecho de la puesta a disposición en función del criterio de la accesibilidad supondría por sí misma una infracción del derecho patrimonial de comunicación pública. Ahora bien, antes de demandar por este motivo debería tenerse en cuenta que en el caso de que se accione en un país donde se produjeron pocos o ningún acceso lo más probable es que finalmente se traduzca en una ausencia de indemnización o una indemnización ridícula del daño al aplicar el derecho interno del foro²³, por lo que quizás convendría o bien renunciar a la pretensión o bien plantear el litigio en un foro que permita reclamar la totalidad del daño, decisión que adelantamos que puede ser igualmente gravosa para el titular de derechos.

Ahora bien, ese foro especialmente vinculado que surgió en los derechos de la personalidad con la sentencia *eDate / Olivier Martinez*, localizado mediante el “centro de intereses no sería extrapolable en el campo de la propiedad intelectual. Como indica A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA la STJUE 19 abril 2012, *Wintersteiger* asunto C523/10 supone un gran escollo para que opere un foro similar al reconocido en la sentencia *eDate / Olivier Martinez* en el campo de la propiedad intelectual, recogándose esta restricción interpretativa en el siguiente extracto:

(25) En efecto, a diferencia de la situación de una persona que considera lesionados sus derechos de la personalidad, protegidos en todos los Estados miembros, la protección otorgada por el registro de una marca nacional se limita, por principio, al territorio del Estado miembro de registro, de modo que, por regla general, su titular no puede invocar dicha protección fuera de ese territorio.

Sin embargo, no parece que la sentencia resuelva la cuestión para los derechos de autor, ya que según el propio cuerpo de la resolución solamente sería de aplicación en los casos de propiedad industrial, aunque va marcando la idea de que el principio territorialidad será clave para la marcar la diferencia con los derechos de la personalidad.

El primer límite a la aplicación de la sentencia *Wintersteiger* en el ámbito de los derechos de autor, sería que la sentencia no resuelve sobre una lesión de los derechos exclusivos existentes en una obra sino de una infracción de marca²⁴, por ello la

²³ Vid. I. LORENTE MARTÍNEZ “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet” Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2012), Vol. 4, Nº 1.

²⁴ Además en dicho asunto se examinó el caso de una marca nacional Austriaca, no comunitaria, por lo que la protección de la marca está limitada al territorio de dicho estado.

sentencia limita la protección de un derecho de Propiedad Industrial al estado que fue lugar del registro, ya que la concesión de marcas se basa en un procedimiento registral nacional. Por tanto el criterio para cerrar esta vía del artículo 5.3 no sería la diferencia de la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad respecto de los de propiedad intelectual o Industrial, sino el distinto el modo en que estos se protegen a nivel internacional.

En cambio, los derechos de autor no se constituyen en base a registro alguno como sí ocurre con las marcas, sino que su hecho generador se produce simplemente con la creación de la obra original,²⁵ así que con el registro de las obras no se confiere derechos a su autor, sino más bien un método de prueba de los mismos. Esta situación hace que de inicio cualquier consideración sobre el elemento del registro a efecto de los derechos de autor sea a mi juicio irrelevante cuando se produce un acto inconstituido de comunicación pública por la red. Pero la diferencia fundamental es que a diferencia de una marca nacional, en el momento en que surgen los derechos de autor en un estado, estos son reconocidos de forma simultánea en el resto de estados por la Convención de Berna, la Directiva 29/2001, y otros instrumentos internacionales anteriormente mencionados.

Sin embargo la escasa esperanza duró poco, la reciente STJUE de 3 de octubre de 2013 *Pinckney / KDG Mediatech AG*. asunto C-170/12, se ha encargado de despejar la duda que podía surgir en la propiedad intelectual sobre un destino alternativo al que tuvo la Propiedad Industrial²⁶. En ella básicamente establece, con apoyo de la sentencia *Wintersteiger*, que un estado no puede sustituir a otros estados competentes para conocer de los daños producidos en su territorio en virtud del principio de territorialidad de derechos de propiedad intelectual, añadiendo que los tribunales de dichos estados están mejor preparados para valorar la existencia del daño tal como expone en el fundamento 46.

Por otra parte, esta sentencia, reconoce que el principio de territorialidad para los derechos patrimoniales de autor es mucho menos intenso que un derecho de propiedad industrial como es la marca nacional objeto del litigio de la sentencia *Wintersteiger*, veamos la redacción del fundamento número 39 de la sentencia *Pinckney*:

Ante todo, ha de señalarse que es cierto que los derechos patrimoniales de un autor están sujetos, al igual que los derechos vinculados a una marca nacional, al principio de territorialidad. No obstante, los referidos derechos patrimoniales deben protegerse, en particular en virtud de la Directiva 2001/29, de modo automático en todos los

²⁵ R. BERCOVITZ (Coord.) “Manual de Propiedad Intelectual” Valencia: Tirant Lo Blanch 2009.

²⁶ Vid. G. MINERO “Reseñas Judiciales” Revista Pe. i. número 42, 2012, pág. 182.

Estados miembros, aunque puedan ser vulnerados, respectivamente, en cada uno de ellos en función del Derecho sustantivo aplicable.

Bien, pues en esta argumentación salvaría con respecto a los derechos patrimoniales el principal motivo de rechazo a la operatividad del centro de intereses para la vulneración de una marca nacional que establecía la sentencia *Wintersteiger*, ya que la protección de los derechos de autor no se ve limitada al estado de registro. Aun así, el Tribunal de Justicia no aprecia razones para ampliar la competencia de un tribunal de un estado sobre daños producidos fuera de su territorio por no presentar una vinculación suficiente que prime sobre el beneficio de que cada estado puede resolver mejor los hechos ocurridos en su ámbito de territorial. A continuación se analizarán sucintamente varios motivos por los cuales la sentencia *Pinckney* no equipara el foro especial del *centro de intereses* al los derechos de autor.

1.1 Armonización de la Directiva 29/2001

Hagamos un inciso sobre la Directiva 29/2001 (DDASI) y el derecho de comunicación pública y puesta a disposición, por un lado, destacar que la puesta a disposición no autorizada de contenidos protegidos va a suponer el principal acto ilícito que se producirá en Internet, puesto que cada vez que el internauta accede a una obra por este medio desde el lugar y en momento que elija se verifica la infracción del este derecho patrimonial²⁷. El derecho de comunicación pública y la puesta a disposición del público de obras protegidas fue armonizada por la Directiva 29/2001 en su artículo 3, motivada por la inseguridad jurídica que se detectaba al observar que las regulaciones nacionales presentaban diferentes niveles de protección y distintos enfoques en cuanto a la naturaleza del derecho patrimonial²⁸. Estas distorsiones, según el legislador europeo, eran de entidad suficiente como para llevar a cabo una armonización de los derechos patrimoniales de autor, a fin de evitar en el entorno digital restricciones de la libre

²⁷ STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, (51 y 52).

²⁸ Considerando 25 de la Directiva 29/2001 CE: “*La inseguridad jurídica en cuanto a la naturaleza y el nivel de protección de los actos de transmisión a la carta, a través de redes, de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor debe superarse mediante el establecimiento de una protección armonizada a nivel comunitario. Debe precisarse que todos los titulares de derechos reconocidos por la presente Directiva tienen el derecho exclusivo de poner a disposición del público obras protegidas por derechos de autor o cualquier prestación protegida mediante transmisiones interactivas a la carta. Tales transmisiones interactivas a la carta se caracterizan por el hecho de que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que ella misma elija.*”

circulación de servicios o productos que contengan obras protegidas que puedan fragmentar el mercado interior y producir incoherencias de orden legislativo²⁹.

A raíz de la directiva se traspuso el derecho de puesta a disposición en las legislaciones nacionales, la manera de encajarlo difiere de un país a otro, o incluso puede presentar denominaciones diferentes³⁰, el caso de España el artículo 3 de la directiva se traspuso mediante la ley 23/2006 que modificó el artículo 20.2 del TRLPI incluyendo la puesta a disposición como una modalidad dentro del derecho de Comunicación Pública. En cualquier caso los derechos de comunicación pública y puesta a disposición reconocidos por un estado miembro debe interpretarse en función del artículo 3.1 de la DDASI³¹, luego al tener la regulación de la puesta a disposición del público el vértice común del artículo 3.1, la soluciones de cada tribunal ante una misma infracción deberán ser acordes a la interpretación del TJUE que haga de este derechos.

1.2 Principio de territorialidad

Visto el fundamento de derecho número 39 de la sentencia *Pinckney*, cabe preguntarse si la barrera del principio de territorialidad es un impedimento suficiente cuando existe una armonización de derechos patrimoniales.

Quizás el hecho de que la DDASI garantice un nivel de protección armonizado para todos los EM, podría atenuar o casi eliminar los efectos del principio de territorialidad ya que un tribunal sería competente para conocer una lesión de derechos patrimoniales generados en un territorio extranjero en virtud del mutuo reconocimiento que existe de

²⁹ Considerando 6 de la Directiva 29/2001: “Sin una armonización a nivel comunitario, las actividades legislativas a nivel nacional, que se han emprendido ya en algunos Estados miembros para hacer frente a los desafíos tecnológicos, pueden crear diferencias significativas de protección y, por ende, restringir la libre circulación de los servicios o productos que incorporen obras protegidas o se basen en ellas, dando lugar a una nueva fragmentación del mercado interior y a incoherencias de orden legislativo. Las repercusiones de tales diferencias legislativas y de esta inseguridad jurídica resultarán más significativas a medida que siga desarrollándose la sociedad de la información, que ya ha dado lugar a un considerable aumento de la explotación transfronteriza de la propiedad intelectual. Dicho desarrollo puede y debe proseguir. La existencia de diferencias legislativas y la inseguridad jurídica en materia de protección puede impedir las economías de escala para los nuevos productos y servicios protegidos por derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor.”

³⁰ ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE (ALAI) “Report and Opinion” on the making available and communication to the public in the internet environment— focus on linking techniques on the Internet” adoptado por el comité ejecutivo el 16 de septiembre 2013. Disponible en: <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf>

³¹ P. DE MIGUEL ASENSIO, “Ligas de fútbol y explotación de derechos televisivos: las restricciones territoriales a examen ante el Tribunal de Justicia”, Diario La Ley (Unión Europea), Nº 7747, Sección Tribuna, 30 Nov. 2011.

tales derechos. Sin embargo el principio de territorialidad³² sigue ahí, de esta forma cuando se crea la obra nacen los derechos de autor para un territorio concreto, lo que ocurre es que fuera de él, el titular puede tener otros derechos de autor sobre la misma obra en cada uno de los estados gracias a los instrumentos internacionales antes mencionados. O dicho de un modo cuando se lesionan derechos de autor en un país, como puede ser España, solamente se han producido un daño en los derechos de autor que han sido reconocidos España, por tanto los derechos de autor reconocidos en Alemania, Francia, Reino Unido... siguen intactos al ser ajenos al daño producido en España.

1.3 La previsibilidad del foro

Al equiparar el centro de intereses de un autor al de los derechos de la personalidad existiría otro inconveniente añadido consistente en la falta de previsibilidad del foro al que puede ser demandado, bien es cierto que el centro de un autor para la explotación de su obra es difícil de conocer, a priori podría ser cualquier sitio donde esté siendo explotada su obra de manera consentida, y en casos como un *Best seller* o una película *Blockbuster* de amplia difusión internacional se evidencia fácilmente. Luego, es complicado que el infractor al subir un contenido protegido a la red pueda anticipar que el autor de la obra concentra la explotación en un territorio en el cual puede ser demandado.

Ahora bien, no hay que olvidar que el resultado de la aplicación de criterio de la accesibilidad tiene como consecuencia una falta de previsibilidad para ser demandado que puede ser mucho más agravada³³, debido a que cuando un sujeto sube contenidos en Internet infringiendo derechos de PI, puede ser demandado en cada uno de los estados donde la obra era accesible. Otra historia sería que es el resultado obtenido con las acciones en países donde el daño se limita únicamente a la accesibilidad y a accesos de baja entidad de la obra, pero en principio cada uno de esos tribunales estaría legitimado para conocer del litigio y el demandado podría verse obligado a defenderse por toda Europa.

En consecuencia se mire como se mire, la sentencia *Pinckney* descarta rotundamente la existencia de un “centro de intereses” del titular de derechos de autor equivalente al que

³² Vid A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 14ª edición, Comares, Granada, 2013, pág. 1034

³³ Vid. I. LORENTE MARTÍNEZ “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet” Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2012), Vol. 4, Nº 1.

gozan las víctimas de las infracciones de los derechos de la personalidad, y en casos como el que dio origen a la sentencia *Pinckney* no parece discutible³⁴. Por otro lado es una verdadera pena, ya que dicho foro podría atenuar algunos de los efectos negativos que produce el *Forum Delicti Commissi* en ciertas situaciones, como veremos a continuación, pero claro, bastante se le puede pedir al TJUE en el caso *eDate /Olivier Martinez* que creó un foro especial del foro especial del artículo 5.3 del R44/2001 realizando una interpretación expansiva, cuando debería restringirse a favor de la condición del foro general del domicilio del demandado, como para encima invitar al Tribunal de Justicia a que vaya más allá todavía del R44/2001 en el campo de la propiedad intelectual.

2. POSIBLES ANOMALÍAS AL EXCLUIR LA COMPETENCIA PARA RECLAMAR EL TOTAL DEL DAÑO

Con lo expuesto hasta ahora, me gustaría resaltar que la inexistencia de un foro no quita que en los casos en que pueda localizarse un hipotético “centro de gravedad” o “mercado de interés” suficientemente vinculado a un estado, podría suponer un efecto positivo el hecho de que un tribunal pudiese conocer del total del daño producido en internet en virtud de un foro ajeno al domicilio del demandado. De ahí que surjan las siguientes cuestiones:

2.1 ¿Alcanza a los derechos morales del autor?

Si la jurisprudencia mencionada descartaba la aplicación del centro de intereses al campo de la propiedad intelectual e industrial, entre otros motivos, por su diferente naturaleza jurídica, qué ocurre con los derechos morales cuya dimensión está obviamente más cerca de los derechos de la personalidad que del derecho de marcas, o de los derechos patrimoniales³⁵. Precisamente la similitud entre estos dos derechos es tal, que en origen, el derecho moral de autor se consideraba un derecho de la personalidad³⁶. Además el debate persiste hasta nuestros días, aunque es cierto que la

³⁴ Es curioso que la primera Cuestión Prejudicial planteada en el Caso *Pinckney / KDG Mediatech*, haciendo caso a su literalidad no se planteaba la disyuntiva de si era el tribunal era competente para conocer de todos los daños o solo para los producidos en su territorio, porque la mencionada cuestión 1ª, se pregunta que si basta que sea accesible el contenido en Internet para la reclamación del daño producido en su territorio (ya asume que solo es competente para conocer sobre esos daños limitados) o si es necesario un punto de conexión adicional como puede ser que los contenidos infractores estuvieran destinados a tal estado.

³⁵ Si partimos de la tesis dualista de los derechos de autor, claro.

³⁶ En contra, P. LÓPEZ ESPÍN (artículo 14), En: R. BERCOVITZ, (coord.). *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*. Madrid: Tecnos 2ª edición, 1997.; J. -M. RODRIGUEZ TAPIA (artículo 14) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido Real Decreto Legislativo 1/1996*. de 12

doctrina mayoritaria rechaza esta inclusión, por considerar que el derecho moral no ampara a cualquier persona sino a los autores en virtud de su obra, en cualquier caso la proximidad entre ambos derechos no puede ser más evidente.

En la sentencia *eDate / Olivier Martinez* en el caso del conocido actor, este localiza un lugar donde tiene especial interés en que no se difundan imágenes que puedan menoscabar el honor, la reputación y la consideración de su persona, esto se debía a que en que dicho lugar realiza su actividad profesional y, sin embargo ¿Por qué un autor no puede tener un centro de intereses cuando se utiliza su obra sin que se le atribuya la paternidad que le corresponde? También podría ser aplicable al caso de que su pseudónimo sea desvelado sin consentimiento. Estas conductas ilícitas indudablemente son muy capaces de afectar a la carrera, la fama, y el prestigio profesional o artístico del autor de la misma forma que la difusión de unas imágenes inconscientes de un actor podían afectar a su profesión como ocurrió en el caso expuesto.

Ejemplo, Un investigador reconocido en el ámbito universitario español ve como uno de sus estudios se incluyen en una publicación digital cuya sede está en Reino Unido sin que se le nombre como autor del mismo. Resultaría que si decide demandar en los tribunales de España, a pesar de que su prestigio académico se concentre también ahí, no podrá tenerse en cuenta para la cuantificación de su daño moral la difusión del ilícito que se efectuaron mediante los accesos al contenido fuera su país.

Ejemplo, Un prestigioso escritor que antes de alcanzar el éxito escribía novela ligera bajo pseudónimo para poder mantenerse, llegado el día un medio digital extranjero revela su álter ego de forma que sus lectores y el círculo literario donde se movía descubre la escasa calidad literaria de sus obras.

Si acudimos al caso *eDate / Olivier Martinez* en las conclusiones del Abogado general Pedro Cruz Villalón justificaba la creación del foro del “centro de interés” como una solución intermedia entre los dos foros que se reconocieron en la sentencia *Shevill* (foro del editor y foro donde era conocida), así en el apartado 58 de sus conclusiones el Abogado General condensó sus criterios para la localización del centro de intereses del titular de derechos.

“... Esta circunstancia se produce en el Estado donde se «visualice» o manifieste con mayor intensidad la potencialidad de un atentado al derecho a la propia reputación o intimidad y el valor inherente a la comunicación de una determinada información u

de abril, (director José Miguel Rodríguez Tapia), Pamplona: Thomson Civitas; J.-C. ERDOZAIN y P. CÁMARA “Manual de Propiedad Intelectual” R. BERCOVITZ (Coord.) Valencia: Tirant Lo Blanch 2009 pág. 105. En este último: “*El argumento puede resumirse así: no hay derecho moral sin obra. El derecho moral no protege toda persona sino sólo a la del autor, y a través del producto de su creación*”

opinión, según el caso. Será en dicho Estado donde el titular del derecho de la personalidad sufrirá en su caso una lesión en su más amplia extensión e intensidad. Igualmente, y esto es sin duda importante desde el punto de vista de la seguridad jurídica, será el territorio donde el medio habría podido prever que dicha lesión pudiera eventualmente producirse, y en consecuencia, que exista el riesgo de ser allí demandado.”

En esencia ese lugar donde el titular *sufrirá en su caso una lesión en su más amplia extensión e intensidad*, a mi entender, puede existir una igual oportunidad de localizar un lugar equivalente en una vulneración de derechos morales de autor. De tal forma, vemos que al comparar el supuesto del actor por un lado, y el del profesor y escritor citados en los ejemplos, los intereses del autor son coincidentes con los intereses de un profesional de otra rama, y estos pueden ser igualmente localizados para ambos, sin embargo el Tribunal de Justicia al autor le da como respuesta que no tiene acceso a ese tribunal especialmente vinculado únicamente por razón de materia, lo cual en el caso de los derechos morales sería sorprendente ya que se da el caso de que una infracción de los derechos de la personalidad y otra de derecho moral del autor son susceptibles de causar exactamente el mismo resultado lesivo a la carrera profesional y al prestigio de ambas víctimas.

En cualquier caso hay que tener en cuenta que los derechos morales de autor, también se encuentran sometidos al principio de territorialidad y por otra parte no han sido armonizados todavía³⁷ como si ha ocurrido con los derechos patrimoniales, por lo que la protección de estos derechos puede variar de una legislación a otra salvo, los derechos morales de paternidad e integridad de la obra que son reconocidos por todos los estados miembros del CB (artículo 6.1BIS). Esto tiene como consecuencia la necesidad de un estudio previo del nivel de protección de los derechos infringidos en cada estado donde se ha verificado el daño.

2.2 Costes de litigación internacionales y daños residuales de la infracción principal

Los costes de litigación internacionales son una cuestión prioritaria en el DIPr, de esta forma la tutela judicial efectiva solamente se puede garantizar si existen instrumentos legales orientados a producir unos costes internacionales reducidos³⁸. Sin embargo la

³⁷ Vid. R. BERCOVITZ (Coord.) “Manual de Propiedad Intelectual” Valencia: Tirant Lo Blanch 2009, pág. 106

³⁸ Vid. I. LORENTE MARTÍNEZ “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet” Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2012), Vol. 4, Nº 1, pág. 278.

interpretación jurisprudencial del artículo 5.3 del R44/2001, puede suponer que los criterios de proximidad con el litigio elegidos para hacer nacer la competencia del tribunal, tengan un efecto contrario al fin de la minoración de los costes de litigación internacional.

Como se verá a continuación pueden darse situaciones que supondrían un desequilibrio entre los previsible costes que asumen las partes, principalmente los del demandante, cuando no se da el caso de un manifiesto perjuicio para ambas.

Quizás se puede entender que la restricción del Tribunal en cuanto a la operatividad del foro especial del artículo 5.3 en PI, pueda fomentar el *Forum Shopping* al crear foros imprevisibles para las partes, entre otras razones. En cambio no existió este reparo cuando se realizó una interpretación expansiva en materia de Derechos de la Personalidad. Pero dejando de lado la sensación comparativa de agravio, lo cierto es que existe una consecuencia obvia de la interpretación restrictiva en materia de PI, que son los potenciales “*daños residuales*” o “*retales*” internacionales del daño principal que quedarían desprotegidos, es decir lesiones de derechos de escasa entidad a través de Internet los cuales son producidos en varios estados y cuyos gastos litigiosos serían desproporcionadamente superiores a la reparación del daño³⁹.

Tal como se ha expuesto al hablar de daños plurilocalizados, el actor tiene dos opciones, bien renunciar a dichos retales teniendo como consecuencia que vería de facto desprotegida su obra en el extranjero por resultar sus posibilidades de accionar antieconómicas, o bien demandar en el lugar donde se subió el contenido ilícito, que debido a la naturaleza de la red podría ser perfectamente un tribunal competente totalmente ajeno al lugar donde la actividad lesiva ha tenido su mayor repercusión. Por tanto, la solución del TJUE puede obligar al actor si quiere ver reparado completamente su daño, a demandar en un estado escasamente vinculado con los hechos lesivos, cuando pueden estar disponibles los tribunales de otro estado que pueden conocer mejor el asunto debido a que en ese lugar se ha producido el grueso de la infracción.

Ejemplo: Un sujeto residente en Finlandia pone a disposición de público una obra sin autorización de los titulares cuya residencia es española. Se han producido descargas en toda Europa, el grueso se ha producido en territorio español donde se encuentra su público objetivo, verificándose alrededor del 80% de accesos, el restante 20% de los accesos se encuentra repartido en al menos cinco o seis estados de la Unión Europea. Resulta que los titulares de derechos no tienen la suerte de ser una compañía

³⁹Destacar que la competencia que tiene cada estado para conocer de sus daños, puede tener un efecto más gravoso para el demandado, que se podría ver demandado en múltiples estados por daños nimios, como puede ocurrir cuando el número de accesos a contenidos protegidos en un país sea poco significativo.

multinacional con filiales en los demás estados, y cuando efectúan una relación de los previsibles costes de litigación internacional con respecto a la posible indemnización derivada de la reparación del daño de cada estado, se dan cuenta que en el mejor de los escenarios la victoria en cada litigio tendría un inevitable resultado pírrico.

Luego solo tendrían dos opciones, reclamar en España el 80% del daño o en Finlandia el 100%, en caso de que el sobrecoste de demandar en Finlandia con respecto a España, fuera superior al máximo resarcimiento que se podría obtener del 20% de daño residual, descartaría la aventura procesal finlandesa. Tristemente el titular de derechos tiene que ver como los accesos realizados en el extranjero quedan exentos de responsabilidad.

2.3 En el ámbito de los derechos patrimoniales, infracciones de derechos con especial proximidad a localización de la explotación de la obra

Antes de nada resaltar que cuando un autor explota su obra a través de la Internet, normalmente aspira a que su obra sea difundida lo máximo posible sin importar el territorio, además la red permite su explotación simultánea en todo el mundo desde un mismo sitio web por lo que el intento de localizar un centro de intereses del titular podría carecer de lógica, sin mencionar que a pesar de que la Sentencia *eDate / Olivier Martinez* permitía la existencia de una pluralidad de centro de intereses, tratar de alegar que constituye un centro de intereses para el titular, todos y cada uno de los estado en donde se explota la obra, supondría el paradigma del foro imprevisible, por lo que en estos casos parece acertada la opinión del TJUE de no aplicar la interpretación expansiva del tribunal del lugar del hecho dañoso para una infracción de derechos patrimoniales.

Ahora bien, no todas las obras tienen una vocación de universalidad, y muchas menos llegan a ser explotadas y disfrutadas a escala mundial, por ello surge la duda de si en estos caso se podría localizar un *mercado de interés* del titular de derechos patrimoniales que pueda tenga una respuesta jurídica equivalente al centro de intereses del titular de derechos de la personalidad con el artículo 5.3.

Resumiendo, tal como lo veo podrían existir ciertos casos donde la vinculación del tribunal del hecho dañoso con el titular de derechos patrimoniales sea lo suficientemente estrecha para que se permita interponer una acción que alcance al total de daños. Sin embargo la tesis de la focalización, que parecía la más adecuada a tal fin, ha sido

descartada repetidamente por el TJUE⁴⁰, con lo que apenas quedarían alternativas para encontrar el foro especial, que deviene en algo casi mítico.

Pero, ¿qué casos serían estos? Principalmente los supuestos donde exista un verdadero mercado de interés o centro de gravedad⁴¹ para el autor donde explotar se obra, pero en el caso de los derechos patrimoniales no estaríamos hablando de unos intereses generales del autor, como ocurre con los derechos de la personalidad, sino que un autor podría tener varios mercados o territorios de interés para cada una de sus obras⁴². En consecuencia podría apreciarse un vínculo bastante consistente entre el daño producido y un estado concreto al averiguar la existencia un plan y posterior desarrollo de la explotación de una obra para un territorio determinado. Con lo cual la pregunta sería ¿fue la obra creada para ser explotada en un concreto Territorio?

Ejemplo, un manual universitario de derecho penal español, como es lógico fue concebido principalmente para su manejo por parte los alumnos de las universidades españolas, por lo que el centro de gravedad o mercado de interés para la explotación de ese manual sería España.

Ejemplo, una serie de televisión emitida en España, sumamente castiza donde la temática es íntegramente patria y los chistes son prácticamente imposibles de traducir, además no ha tenido acuerdos para emitirse fuera de España concentrando su audiencia en dicho lugar. Perfectamente un sujeto con residencia extranjera podría poner a disposición del público a través de Internet la serie de forma que fuera visualizada masivamente en España, además de por un respetable número de expatriados o hispanófilos fuera del país. Como hemos visto, el resto de visualizaciones ilegales producidas en el extranjero no podrían reclamarse al infractor si se le demanda en España.

⁴⁰ STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10 , y STJUE de 3 de octubre de 2013 *Pinckney / KDG Mediatech*, Asunto C-170/12, (72) donde el Abogado General N. Jääskinen, de modo subsidiario empleaba la tesis de la focalización para solicitar al tribunal que estimase la competencia para conocer sobre el total de daños al tribunal del estado al cual iba dirigido el sitio web infractor, y cuya petición no fue estimada.

⁴¹ En las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón en el caso , *eDate / Olivier Martinez*, utilizaba indistintamente los términos “centro de gravedad” y “centros de intereses” del actor, optando el Tribunal de Justicia por emplear únicamente este último.

⁴² En la sentencia *eDate /Olivier Martínez*, el Tribunal de Justicia no excluye que una persona tenga varios centros de intereses si este coincide con el lugar del ejerció profesional de la víctima, pero si bien una persona puede tener varios centros de intereses sobre sus derechos de personalidad, su personalidad es única, en cambio el objeto de los derechos de PI es la obra y por tanto cada obra de un autor tendrá derechos patrimoniales independientes.

Ejemplo, una compañía de software irlandesa desarrolla una aplicación móvil sobre arte italiano cuyo funcionamiento consiste en que el sistema de localización detecta si el usuario se encuentra cerca de monumento o una obra y entonces le ofrece una explicación a modo de audio guía, en este caso para la compañía será prioritario que la descarga se pueda realizar en Italia antes que en cualquier otro país.

Como se puede ver es discutible negar que algunas obras pueden presentar vínculos notablemente estrechos con los tribunales del estado donde se verifica el hecho dañoso, la cuestión sería si es posible acreditarlos a efectos de conseguir el mínimo de previsibilidad y proximidad con el litigio del tribunal competente exigido por el TJUE.

3. PROPUESTA PARA LOCALIZAR UN HIPOTÉTICO MERCADO DE INTERÉS PARA LA EXPLOTACIÓN DE UNA OBRA

Debido a los innumerables modos de explotación de una obra y las motivaciones que llevan a crearlas soy partidario de la posibilidad de revelar la localización y acreditación de una vinculación suficientemente estrecha del litigio a un territorio.

La sentencia *eDate / Olivier Martinez* vinculaba directamente el centro de intereses de una víctima cuyos derechos de la personalidad habían sido vulnerados con el lugar donde ejerce su actividad profesional y que para dicho caso era un criterio bastante adecuado a la naturaleza del bien jurídico que se protegía. En el caso de los Derechos de la personalidad el TJUE no consideraba el lugar del ejercicio profesional como punto de conexión único para situar el centro de intereses del demandante, tal conclusión se extrae de la propia redacción de la sentencia:

(46) Por lo general, el lugar en el que una persona tiene su centro de intereses corresponde a su residencia habitual. Sin embargo, una persona puede tener su centro de intereses también en un Estado miembro en el que no resida habitualmente, en la medida en que otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional, permitan establecer la existencia de un vínculo particularmente estrecho con ese Estado miembro.

Entonces ¿que otros “**indicios**” podrían presentarse adecuados para situar el centro de intereses de un autor sobre la explotación de su obra? Pues bien, como se ha expuesto el TJUE no comparte la tesis de la *focalización* en la interpretación del artículo 5.3, sin embargo, los criterios y metodología que aporta esta tesis son, a mi modo ver, necesarios o al menos los más adecuados, para la determinación de un hipotético *mercado de interés* del titular de derechos, ahora bien, la clave sería en situar el punto

de vista, no sobre la actividad del infractor, sino sobre la actividad del titular que ha sido víctima del daño.

La tesis de la focalización⁴³, resumidamente, trataba de establecer que si la actividad infractora iba dirigida a lesionar derechos de un titular en un estado, ese estado presentaba una vinculación suficiente para considerarlo competente a la hora de conocer sobre el total de daños, pese a que algunos no se produjesen en el territorio del tribunal juzgador. El TJUE en las sentencias antes mencionadas, rechazaba la tesis al optar por centrarse en el vínculo del perjudicado mediante la averiguación de su centro de intereses en lugar del tratar de encontrar dicho vínculo a través de la intencionalidad del infractor. No obstante el criterio de la focalización o Tesis de los “*actos dirigidos*” deja unos indicios de búsqueda que podrían ser útiles a la hora de situarse en la perspectiva que ha establecido el Tribunal de Justicia para la sentencia *eDate /Olivier Martínez*. Esta adaptación consistiría básicamente en redirigir el “foco” desde la actividad del infractor, propio de la focalización, hacia el punto de vista del perjudicado, marcando el lugar donde el titular de derechos se puede ver más afectado ante un daño concreto.

Pasemos a ver qué indicios serían capaces de revelar el mercado de interés de un autor respecto de su obra. Al igual que en la tesis de la focalización, tampoco se puede confiar en que un solo indicio pueda indicar la localización del centro de intereses, sino que pasaría por unir una serie de situaciones de hecho que evidencien que la obra estaba destinada a su explotación en un territorio. Pues bien, los elementos disponibles para la acreditación del centro de intereses se podrían encontrar en dos dimensiones, en un lado estaría la propia obra vulnerada, y en el otro el modo de explotación de la misma.

En cuanto al **contenido de la obra**, tal como se expuso, lo más común es que toda creación se haga con un alcance universal, pero determinadas obras pueden ser concebidas para que su uso quede limitado a un territorio o una población.

Esta situación se puede dar en casos donde la utilidad de la obra protegida se reduce al mercado para el que fue creada, como el desarrollo de un software para empresas de un país concreto (un programa de gestión de impuestos) o buena parte de la literatura jurídica cuyo interés por sus lectores va a residir en un mismo estado.

Por otra parte una obra pudo concebirse de manera que su comprensión quede limitada a un territorio, o al menos que su comprensión requiera un esfuerzo adicional por parte de quien es ajeno al público que va dirigido. En este caso el elemento más obvio es el idioma, una obra sin traducir a otros idiomas concentrará su público potencial en el

⁴³ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 14ª edición, Comares, Granada, 2013.

territorio donde se conozca la lengua utilizada en tal obra, de esta forma habrá casos como una obra en inglés donde el idioma no aporte ninguna pista, pero teniendo en cuenta la variedad lingüística en la Unión Europea las posibilidades de que el idioma pueda servir como elemento revelador no son nada remotas. En el plano de la comprensión existen otros indicios que en caso de manifestarse tendría también su relevancia, estaríamos hablando de las referencias culturales y de actualidad, así el contenido de la obra puede tener elementos que dificulten el entendimiento de la obra para quien no viva en ese territorio o no conozca su cultura, bien podrían ser elementos de la tradición popular, costumbres, modas o hechos notorios que no han sido difundidos al público fuera de unas fronteras.

Por último, sería interesante hablar de obras que presentan contenidos diferenciados en función del territorio. La industria cultural y del entretenimiento es consciente que las preferencias del público varían en función del lugar donde se oferta la obra, por lo que pueden adaptar una obra que se explota en todo el mundo a los gustos de un mercado específico a través de la creación de ediciones especiales, que pueden contar con contenidos adicionales que tratan de darle a la obra una proximidad hacia su público.

Ejemplo, Un portal web de música de Italia pone a disposición del público de manera ilícita la edición de un disco para su venta en Francia que contiene como extra la grabación de un concierto celebrado en ese país.

El análisis del **modo de explotación** de la obra puede servir de reactivo para la conocer la localización del mercado donde el autor ha decidido explotar su obra. La intencionalidad del autor queda fuera de dudas en este caso, principalmente porque los derechos patrimoniales le confieren al titular la facultad de limitar el uso de su obra a las actividades que él decida en virtud del “*ius prohibendi*,” por tanto las cesiones y licencias de derechos de patrimoniales junto con la limitación territorial que pueda existir en estos, evidenciarían que los intereses del autor coinciden con el alcance del contrato para la explotación de la obra.

Seguidamente otro indicio importante puede surgir al medir el esfuerzo que dedique el titular para conseguir maximizar la difusión de la obra en el público, al fin y al cabo es presumible que una persona tiene situados su intereses más importantes en donde más recursos les dedique, la prueba de este esfuerzo económico y personal, sería fácil de acreditar debido al conocimiento que tiene el titular de derechos de todo el tiempo y el dinero que ha invertido en actividades publicitarias o de promoción.

Ejemplo, Un grupo musical, autoriza que sus canciones estén disponible previo pago en una plataforma legal de descarga de música sus canciones, el contrato permite a la

plataforma ofrecer al público sus discos en la red por todo el mundo, sin embargo el grupo ha centrado su promoción en los canales de su país natal y la mayoría del presupuesto publicitario se ha gastado en el mismo país.

Un elemento bastante revelador sobre el supuesto mercado de interés del autor sería el lugar donde su obra es más apreciada o demandada, de tal modo se observaría la cantidad de ventas o usos de una obra, sin despreciar el elemento cualitativo que ofrece la mayor o menor actividad de los seguidores o *fans*. Al fin y al cabo el daño que se produce mediante la puesta a disposición in consentida de una obra en la red tiene evidentes efectos en la demanda de la obra al existir una competencia que no está obligado legalmente a soportar por el carácter exclusivo de los derechos de autor. Aun así, los datos sobre ventas son indicadores de la existencia de un mercado especialmente significativo para el autor, pero el grado de proximidad con un tribunal especialmente vinculado será menor si no existe una correspondiente correlación con el volumen de accesos ilegales en Internet⁴⁴.

4. EFECTOS DEL FORUM DELICTI COMISSI EN LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE.

En este último apartado me gustaría destacar que aunque se haya localizado un foro conveniente al interés de las partes, aún queda por determinar cuál será la ley aplicable al caso, y en vulneraciones de derechos de autor a través de Internet en una pluralidad de estados la solución puede tener como consecuencia que no se alcancen los niveles de eficiencia que autores como J. CARRASCOSA, demandan en el proceso de creación del derecho intencional privado en un entorno globalizado⁴⁵.

De esta manera aplicando bien el foro del demandado o bien el lugar del daño antes desarrollados, la norma de conflicto aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de la infracción de PI se recoge en el artículo 8 del Reglamento Roma II:

Artículo 8

“1. 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.”

⁴⁴ Vid. J. CARRASCOSA “*Globalización y Derecho Internacional Privado*”, Albacete: Librelibro.com 2002, pág. 193-194 debiendo agradecer a su autor el acceso a este “*incunable*”, que con el paso del tiempo resulta cada vez más profético.

⁴⁵ Vid. J. CARRASCOSA “*Globalización y Derecho Internacional Privado*”.

Como se puede apreciar para los casos que nos ocupan de infracciones de derechos de autor *plurilocalizadas* a través de la red, regirá la *Lex Loci Protectionis* teniendo como efecto más significativo que se aplicará una ley distinta por cada país en el que se produzca el daño⁴⁶. Dicho de otro modo, el titular de derechos deberá fundamentar sus pretensiones en base a la legislación de los estados en que se hayan verificado accesos a un contenido ilegal. Esta multiplicación de leyes aplicables inevitablemente produce un incremento de los costes de litigación internacionales en base a una doble carga, primero queda obligado al estudio de cada derecho material extranjero y después deberá acreditarlos ante el tribunal o tribunales competentes⁴⁷.

Esta situación desgraciadamente se da al demandar en un foro competente para conocer el total de daños producidos en la red a nivel internacional. Como hemos visto, en materia de propiedad intelectual dicho foro correspondería al del domicilio del demandado, debiendo manejar una excesiva cantidad de derecho extranjero tanto las partes como el tribunal. Además al reclamar el total del daño producido en Internet la determinación del derecho aplicable dependería exclusivamente de donde se encuentre el usuario en el momento de acceder al contenido ilegal, situación que puede ser totalmente ajena a la voluntad de la partes, salvo, claro está, que el sujeto infractor haya dirigido exclusivamente su actos a unos territorio concretos, como puede ocurrir al establecer limitadores de acceso.

Cuando la acción se presente en un tribunal en virtud del lugar del hecho dañoso del artículo 5.3 del R44/2001 no supondría grandes problemas la operatividad de esta norma de conflicto, principalmente porque la competencia del tribunal al estar limitada al conocimiento de los daños producidos en su estado, el artículo 8 del Reglamento Roma II remitiría únicamente a la ley del foro. En cambio el titular de derechos deberá asumir los costes de litigar ante varios tribunales extranjeros si quiere reclamar los daños parciales que se han realizado en cada estado, con todos los gastos que conlleva el desplazamiento o la contratación de servicios jurídicos en cada territorio.

Se evidencia pues, que el titular después de tomar una difícil decisión sobre dónde accionar para proteger sus derechos, se encuentra con el reto de lidiar con una pluralidad de leyes aplicables a su lesión. Por ello numerosos autores plantean alternativas para regular específicamente las infracciones de PI en Internet, de las cuales destacamos dos propuestas que podrían solventar el problema que se revela al accionar en un tribunal competente para conocer el total de los daños.

⁴⁶ Vid. A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “*La Ley aplicable a la propiedad industrial e intelectual en la Propuesta de Reglamento Roma II*”, Gaceta Jurídica, n. 235, 2005, pág. 38

⁴⁷ Vid. J. CARRASCOSA “*Globalización y Derecho Internacional Privado*”.

El profesor JAVIER CARRASCOSA, teniendo como referencia el principio de eficiencia, propone en su obra “*Globalización y Derecho Internacional Privado*”, entre otras, la aplicación de la ley del estado donde se hubiese producido el ilícito *más significativo*. Esta tesis del *Most Significant Market* operaría cuando de manera clara se apreciase un mercado en el cual tanto la explotación como la lesión se hubiese producido de manera mayoritaria en dicho territorio, dándose al mismo tiempo la circunstancia de que en el resto de países se hubieran verificado lesiones de derechos de poca importancia.

Por otro lado AURELIO LÓPEZ-TARRUELLA, considera que para infracciones de derechos de autor plurilocalizadas donde no exista una relación preexistente, como un contrato o una licencia, la ley más estrechamente vinculada resultaría de la valoración de dos criterios, a) la Ley del estado donde “*se dejaron sentir los efectos sustanciales de la infracción de derechos*” b) La ley que ofrezca un nivel de protección de los derechos mayor⁴⁸.

Como se puede apreciar ambas teorías de verse materializadas en nuestro DIPr. supondría una situación sumamente beneficiosa para las partes en litigios que presenten los anteriormente mencionados daños residuales de la infracción principal, ya que en caso de accionar en el domicilio del demandado, un solo tribunal conocería por el total del daño aplicando una única ley para todos los daños, con el consiguiente ahorro de costes de litigación que supondría para ambas partes. Resulta curioso también ver que el punto de conexión del *Most Significant Market* llevaría a un ordenamiento que muy probablemente coincidiese con la localización del hipotético *mercado de interés* que el autor pudiera tener para la explotación de su obra, lo cual supondría para el titular de derechos una amplia seguridad, que no solamente podría reclamar el total del daño en los tribunales de su mercado principal, sino que además se aplicaría la *Lex Fori*.

CONCLUSIONES

1. Como se ha visto a lo largo del artículo y en las diversas opiniones presentes al final de los apartados, me gustaría destacar que a pesar de la supuesta extralimitación del TJCE al crear un foro excepcional de un foro especial para los derechos de la personalidad, el foro del artículo 5.3 después de la interpretación del TJUE no puede dar más de sí en materia de derechos de autor, y pese a la frustración de interesados en la materia, el tribunal acertó en no ir

⁴⁸ Vid. A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “*La Ley aplicable a la propiedad industrial e intelectual en la Propuesta de Reglamento Roma II*”, Gaceta Jurídica, n. 235, 2005, pág. 40 y 41.

más allá movido por el impulso de la sentencia *eDate /Olivier Martínez*, teniendo más peso la preeminencia establecida en torno al foro general de domicilio del demandado⁴⁹, por lo cual tenemos en materia de PI, el *Forum Delicti Commissi* quedaría bien delimitado, pero sin existir alternativas en el propio R44/2001 hacia las situaciones conflictivas tratadas en el trabajo.

2. En mi opinión al no existir margen de interpretación en las normas de competencia actuales, sería lógico afirmar que teniendo como objetivo la eficiencia del proceso, se deberían crear mecanismos de protección específicos para la explotación de obras en internet que tratasen de resolver las dificultades del titular de derechos para reclamar el total del daño infringido a través de la red, situación que como se ha visto puede llegar a afectar a su derecho de tutela judicial efectiva⁵⁰.
3. Asimismo con la mencionada Directivas 29/2001, entre otras, la Unión Europea revela una intención armonizadora sobre la explotación de obras en Internet, actividad que crece día a día como medio de difusión cultural, científico y de entretenimiento, por lo que este tipo de conflictos inevitablemente van acaparando el interés del sector, este interés parece nos ser compartido todavía por el TJUE en sus últimas resoluciones, ya que aunque no se le haya consultado, debería ser consciente del alcance de sus pronunciamientos al no tener en cuenta la amplia dimensión de los derechos de autor y manifestar algunas de las anomalías que presenta el foro del artículo 5.3 en el campo de Internet.
4. En cuanto al tiempo previsible para que se adopten estas medidas, no se puede ser más pesimista, desde que entró en vigor el R 44/2001 hasta la interpretación de la sentencia *Pinckney* han pasado más de 10 años en los que hemos asistido al nacimiento de sistemas de explotación de contenidos protegidos con un alcance masivo (tanto legales como ilegales), por otra parte el Reglamento Bruselas I bis, que sustituye al R 44/2001 no recoge ninguna modificación al respecto. Por lo cual probablemente de adoptarse algún tipo de solución, se harán cuando el modelo de explotación en internet se encuentre ya consolidado, perdiendo otra oportunidad para decidir como deberán protegerse determinados aspectos del derecho de autor en futuro mercado digital, cuya posición deberá ser consecuente al compromiso adquirido por los estados de la unión. Posición que

⁴⁹ Considerando 11 del R44/2001: “*Las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado y esta competencia debe regir siempre, excepto en algunos casos muy concretos en los que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de vinculación...*”

⁵⁰ Artículo 24 Constitución Española de 1978, artículo 67 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

debe pasar por garantizar un nivel homogéneo de protección como instrumento para conseguir una competencia no falseada dentro del mercado interior y el respeto al derecho de la propiedad como principio general del derecho, concretamente en su relación con la propiedad intelectual⁵¹.

⁵¹ Considerando 1 y 3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001.

BIBLIOGRAFÍA

A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado, vol. II*, 14ª edición, Comares, Granada: 2013.

A. LÓPEZ TARRUELLA, “Criterio de "focalización" y "forum delicti commissi" en las infracciones de propiedad industrial e intelectual en Internet”, *Revista de propiedad intelectual*, nº 31, 2009, pp. 13-52.

A. LÓPEZ TARRUELLA *Infracciones Internacionales de Derecho de autor*, Publicación Conmemorativa XV Aniversario de AAAML, 2010, [Consultado el 5 de mayo de 2014], Disponible en:
<http://www.uaipit.com/es/publicaciones/121/Infracciones-internacionales-de-derechos-de-autor>

S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ / M. REQUEJO ISIDRO, “Litigación internacional sobre patentes en Europa: el sistema de competencia judicial internacional interpretado por el TJCE (reflexiones tras las sentencias del TJCE de 13 de julio de 2006 en los casos *GAT y Roche*)”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, tomo 27, 2006-2007.

R. BERCOVITZ (coord.). *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*. Madrid: Tecnos, 2ª edición, 1997.

J. –M. RODRIGUEZ TAPIA (director), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido Real Decreto Legislativo 1/1996. de 12 de abril*, Pamplona: Thomson Civitas.

G. MINERO “*Reseñas Judiciales*” *Revista Pe. i.* número 42, 2012.

R. BERCOVITZ (Coord.) “*Manual de Propiedad Intelectual*” Valencia: Tirant Lo Blanch 2009.

I. LORENTE MARTÍNEZ “*Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet*” *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2012), Vol. 4, Nº 1.

ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE (ALAI)
“*Report and Opinion*” on the making available and communication to the public in the internet environment—focus on linking techniques on the Internet” adoptado por el comité ejecutivo el 16 de septiembre 2013. [Consultado el 24 de junio de 2014]
Disponible en: <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf>

P. DE MIGUEL ASENSIO, "Ligas de fútbol y explotación de derechos televisivos: las restricciones territoriales a examen ante el Tribunal de Justicia", Diario La Ley (Unión Europea), Nº 7747, Sección Tribuna, 30 Nov. 2011.

J. CARRASCOSA “*Globalización y Derecho Internacional Privado*”, Albacete: Librelibro.com, 2002.

A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “*La Ley aplicable a la propiedad industrial e intelectual en la Propuesta de Reglamento Roma II*”, Gaceta Jurídica, n. 235, 2005.

RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL TJUE

STJCE de 30 de 1976 *Handelskwekerij G. J. Bier BV vs Mines de Potasse d’Alsace* asunto 21/76 [Consultado el 20 de marzo de 2014] disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=21/76>

STJCE de 7 de marzo de 1995 *Fiona Shevill vs Press Alliance*, asunto C-68/93 [Consultado el 20 de marzo de 2014] disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-68/93>

STJUE de 13 julio 2006, *Roche Nederlanden vs Primus* asunto C-539/03 [Consultado el 13 de abril de 2014] disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-539/03>

STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, asuntos C-509/09 y C-161/10 [Consultado el 25 de marzo de 2014] disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-509/09>

STJUE de 1 de diciembre de 2011 *Eva María-Painer* asunto C-145/10 [Consultado el 25 de marzo de 2014] disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-145/10>

STJUE 19 abril 2012, *Wintersteiger* asunto C523/10 [Consultado el 13 de abril de 2014] disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-523/10>

STJUE de 3 de octubre de 2013 *Pinckney / KDG Mediatech AG.* asunto C-170/12 [Consultado el 13 de abril de 2014] disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-170/12>