



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MACIEJ SZPUNAR
presentadas el 2 de mayo de 2019¹

Asunto C-683/17

**Cofemel — Sociedade de Vestuário, S.A.
contra
G-Star Raw CV**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça (Tribunal Supremo, Portugal)]

«Procedimiento prejudicial — Derechos de autor y derechos afines — Protección jurídica de los dibujos y modelos — Derecho de reproducción — Prendas de vestir»

Introducción

1. La protección jurídica de las obras de artes aplicadas es prácticamente tan antigua como la de la propiedad intelectual en general.² No obstante, esta siempre ha tenido dificultades para encajar en el sistema del Derecho de propiedad intelectual. Dicha protección cubre tres ámbitos principales: la protección de las invenciones por el Derecho de patentes, la de las creaciones intelectuales por el Derecho de autor y la del renombre por el Derecho de marcas. Debido a su carácter a la vez decorativo y utilitario y a su destino tanto artístico como industrial, los objetos de las artes aplicadas se prestan a estas tres formas de protección, si bien no responden plenamente a los objetivos y a los mecanismos de ninguna de ellas.³ Aunque se han desarrollado regímenes de protección *sui generis*, sobre todo en Europa, esta protección nunca ha llegado sin embargo a adquirir un estatuto exclusivo: esta siempre puede acumularse con otros tipos de protección.⁴

2. El presente asunto versa, más concretamente, sobre la acumulación de la protección de los dibujos y modelos en el régimen *sui generis* con su protección como obras por el Derecho de autor. La relación entre estos dos regímenes de protección es desde siempre fuente de dudas, tanto desde el punto de vista del legislador como de la jurisprudencia, y de controversias.

3. Por una parte, el carácter utilitario y funcional de los objetos de las artes aplicadas y la posibilidad de que sean objeto de una producción industrial masiva hacen dudar de su aptitud para quedar protegidos por el Derecho de autor y de la conformidad de esta protección con sus fundamentos axiológicos (el vínculo personal que vincula al autor a su obra) así como con sus objetivos (la remuneración del esfuerzo intelectual creativo). La protección por el Derecho de autor de los dibujos

1 Lengua original: francés.

2 Uno de los primeros actos legislativos en la materia fue la ley francesa de 18 de marzo de 1806, relativa al establecimiento de un Conseil des prud'hommes (Tribunal Laboral Paritario) en Lyon, que concedió protección a los dibujos de los fabricantes de seda de Lyon.

3 Véase Fischman Afori, O., «Reconceptualizing Property in Designs», *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, n.º 3, 2018, pp. 1105 a 1178.

4 Sobre el fenómeno de la acumulación de protección de los dibujos y modelos en Derecho de propiedad intelectual véase, en particular, Declaye, E., Leistner, M., *Intellectual Property Overlaps: A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2011, y Tischner, A., *Kumulatywna ochrona wzornictwa przemysłowego w prawie własności intelektualnej*, C.H.Beck, Varsovia, 2015.

y modelos presenta, en particular, dos tipos de amenazas: la inflación de la protección por el Derecho de autor y el obstáculo a la libre competencia económica.⁵ A resultas de ello, muchos ordenamientos jurídicos han desarrollado mecanismos destinados a reservar la protección a través del Derecho de autor a los dibujos y modelos que presentan un alto valor artístico. Cabe citar la doctrina de la «scindibilità» en Derecho italiano, la «Stufentheorie» en Derecho alemán, o la limitación de la duración de la protección para los objetos fabricados a escala industrial en Derecho del Reino Unido.⁶

4. Por otra parte, no cabe duda de que algunos objetos de las artes aplicadas presentan un alto grado de originalidad. Basta con pensar en los estilos desarrollados en este ámbito, tales como el *Art déco* o el Bauhaus. Lo mismo cabe decir en el sector de actividad a que se refiere el presente asunto, es decir, la confección: las piezas de alta costura son tanto, sino más, obras de arte como prendas de vestir. Por lo tanto, no está justificado excluir *a priori* los objetos de las artes aplicadas de la protección por el Derecho de autor por el simple hecho de su carácter (igualmente) funcional. Además, otras categorías de obras, cuya protección por el Derecho de autor no suscita ninguna duda, también pueden presentar funciones utilitarias, sin dejar de ser creaciones intelectuales originales. Este es el caso de algunas obras literarias, fotográficas e incluso musicales.

5. De este modo, la opción elegida por el legislador de la Unión, ateniéndose al espíritu de la teoría de la unidad del arte desarrollado en la doctrina jurídica francesa,⁷ de la acumulación de la protección de los objetos de las artes aplicadas a través de un régimen *sui generis* y del Derecho de autor, no parece carecer de pertinencia.⁸ No obstante, es necesario garantizar la autonomía y la realización de los objetivos respectivos de cada régimen de protección.

6. En estas circunstancias, se solicita al Tribunal de Justicia que resuelva las cuestiones de Derecho planteadas por el Supremo Tribunal de Justiça (Tribunal Supremo, Portugal) en el marco de la presente remisión prejudicial.

Marco jurídico

Derecho internacional

7. Según el artículo 2, apartados 1 y 7, del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, firmado en Berna el 9 de septiembre de 1886 (Acto de París de 24 de julio de 1971), enmendado el 28 de septiembre de 1979 (en lo sucesivo, «Convenio de Berna»):⁹

«1) Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como [...] las obras de artes aplicadas [...]

5 Sobre esta inflación de la protección en detrimento de la competencia a través del *industrial copyright* en Derecho del Reino Unido, véase, en particular, Bently, L., «The Return of Industrial Copyright?», *European Intellectual Property Review*, 2012, pp. 654 a 672.

6 Véase, en particular, Derclaye, E., Leistner, M., *op. cit.*, pp. 200 y 283; Marzano, P., «Une protection mal conçue pour un produit bien conçu: l'Italie et sa protection des dessins et modèles industriels par le droit d'auteur», *Revue internationale du droit d'auteur*, 2014, p. 118, y Tischner, A., *op. cit.*, pp. 159 a 170.

7 Véase, en particular, Pollaud-Dulian, F., *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, París, 2014, pp. 190 a 194, y Vivant, M., Bruguère, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, París, 2016, pp. 255 a 257.

8 Aun cuando, según algunos autores, el principio de la protección acumulativa expresa la incapacidad del sistema de la propiedad intelectual para controlar su hipertrofia (Tischner, A., «The role of unregistered rights — a European perspective on design protection», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, n.º 4, 2018, pp. 303 a 314).

9 La Unión Europea no es parte en el Convenio de Berna, pero es parte del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio que constituye el anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994 (en lo sucesivo, «Acuerdo sobre los ADPIC»), aprobado en nombre de la Unión Europea mediante la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) (DO 1994, L 336, p. 1), cuyo artículo 9, apartado 1, obliga a las partes contratantes a observar los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna.

[...]

7) Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de regular lo concerniente a las obras de artes aplicadas y a los dibujos y modelos industriales, así como lo relativo a los requisitos de protección de estas obras, dibujos y modelos, teniendo en cuenta las disposiciones del Artículo 7.4) del presente Convenio. [^{10]} Para las obras protegidas únicamente como dibujos y modelos en el país de origen no se puede reclamar en otro país de la Unión más que la protección especial concedida en este país a los dibujos y modelos; sin embargo, si tal protección especial no se concede en este país, las obras serán protegidas como obras artísticas.

[...]»

8. Según el artículo 25 del Acuerdo sobre los ADPIC:

«1. Los Miembros establecerán la protección de los dibujos y modelos industriales creados independientemente que sean nuevos u originales. [...]

2. Cada Miembro se asegurará de que las prescripciones que hayan de cumplirse para conseguir la protección de los dibujos o modelos textiles —particularmente en lo que se refiere a costo, examen y publicación— no dificulten injustificablemente las posibilidades de búsqueda y obtención de esa protección. Los Miembros tendrán libertad para cumplir esta obligación mediante la legislación sobre dibujos o modelos industriales o mediante la legislación sobre el derecho de autor.»

Derecho de la Unión

9. El artículo 17 de la Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos¹¹ dispone:

«Los dibujos y modelos protegidos por un derecho sobre un dibujo o modelo registrado en un Estado miembro o respecto al mismo de conformidad con lo previsto en la presente Directiva, podrán acogerse asimismo a la protección conferida por las normas sobre derechos de autor de dicho Estado a partir de la fecha en que el dibujo o modelo hubiere sido creado o fijado sobre cualquier soporte. Cada Estado miembro determinará el alcance y las condiciones en que se concederá dicha protección, incluido el grado de originalidad exigido.»

10. En virtud del artículo 2, letra a), 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:¹²

«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».

¹⁰ El artículo 7, apartado 4, del Convenio de Berna se refiere a la duración de la protección de los dibujos y modelos industriales.

¹¹ DO 1998, L 289, p. 28.

¹² DO 2001, L 167, p. 10.

11. Según el artículo 9 de esta Directiva:

«La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las disposiciones relativas, en particular, a los derechos de patente, las marcas comerciales, los dibujos y modelos, los modelos de utilidad, las topografías de productos semiconductores, los tipos de caracteres de imprenta, el acceso condicional, el acceso al cable por parte de los servicios de radiodifusión, la protección del patrimonio nacional, los requisitos sobre depósito legal, la legislación sobre prácticas restrictivas y competencia desleal, el secreto comercial, la seguridad, la confidencialidad, la protección de datos y el derecho a la intimidad, el acceso a los documentos públicos y el derecho de contratos.»

12. El artículo 96, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios¹³ establece:

«Los dibujos y modelos protegidos por un dibujo o modelo comunitario podrán acogerse asimismo a la protección conferida por las normas sobre derechos de autor de los Estados miembros a partir de la fecha en que el dibujo o modelo hubiere sido creado o fijado sobre cualquier soporte. Los Estados miembros determinarán el alcance y las condiciones en que se concederá dicha protección, incluido el grado de originalidad exigido.»

Derecho portugués

13. La Directiva 2001/29 fue incorporada al Derecho portugués mediante el Código do Direitos de Autor e dos Direitos Conexos (Código de derechos de autor y derechos conexos), cuyo artículo 2, apartado 1, enumera las categorías de objetos protegidos por el Derecho de autor en los términos siguientes:

«1. Las creaciones intelectuales de los ámbitos literario, científico y artístico, independientemente de su género, forma de expresión, calidad, modo de comunicación y objetivo, comprenden, en particular:

[...]

i) Obras de artes aplicadas, dibujos y modelos industriales y obras de diseño que constituyan una creación artística, independientemente de la protección relativa a la propiedad industrial;

[...]».

Litigio principal, procedimiento y cuestiones prejudiciales

14. G-Star Raw CV (en lo sucesivo, «G-Star»), sociedad de Derecho neerlandés, diseña, produce y comercializa prendas de vestir. G-Star explota, como titular o en virtud de contratos de licencia exclusiva, las marcas G-Star, G-Star Raw, G-Star Denim Raw, GS-Raw, G-Raw y Raw. Las prendas de vestir comercializadas con estas marcas comprenden, en particular, modelos de pantalones vaqueros denominados Arc y modelos de sudaderas y de camisetas denominados Rowdy.

15. Cofemel — Sociedade de Vestuário, S. A. (en lo sucesivo, «Cofemel»), sociedad de Derecho portugués, diseña, produce y comercializa, con la marca Tiffosi, modelos de pantalones vaqueros, de sudaderas y de camisetas.

¹³ DO 2002, L 3, p. 1.

16. El 30 de agosto de 2013 G-Star ejercitó ante un órgano jurisdiccional portugués de primera instancia una acción mediante la que solicitaba, principalmente, que se condenase a Cofemel a poner fin a cualquier vulneración de sus derechos de autor y a todo acto constitutivo de competencia desleal en su contra, así como a indemnizarla por el perjuicio sufrido como consecuencia de este hecho y, en caso de nueva infracción, a pagarle una multa coercitiva diaria hasta el cese de la misma. En el marco de esta demanda, G-Star alegó, en particular, que determinados modelos de pantalones vaqueros, de sudaderas y de camisetas comercializados por Cofemel presentaban un diseño idéntico o similar al de sus modelos Arc y Rowdy. G-Star sostuvo asimismo que estos últimos constituían creaciones intelectuales originales y, en este sentido, obras de diseño protegidas por derechos de autor.

17. La sentencia dictada por el órgano jurisdiccional ante el que se ejercitó la acción estimó parcialmente la demanda presentada por G-Star. Cofemel interpuso recurso de apelación contra esta sentencia ante el Tribunal da Relação de Lisboa (Audiencia de Lisboa, Portugal), que la confirmó.

18. El Supremo Tribunal de Justiça (Tribunal Supremo), que conoce del recurso de casación interpuesto por Cofemel, considera acreditado, en primer lugar, que los modelos de prendas de vestir de G-Star copiados por Cofemel fueron diseñados bien por diseñadores empleados por G-Star, bien por diseñadores que actuaban por cuenta de esta y que le habían cedido contractualmente sus derechos de autor. En segundo lugar, estos modelos de prendas de vestir son el resultado de diseños y de procesos de fabricación que se han reconocido como innovadores en el mundo de la moda. En tercer lugar, estos modelos se caracterizan por un conjunto de elementos específicos (forma en tres dimensiones, emplazamiento de determinados elementos, esquema de ensamblaje y de colores, etc.), reproducidos parcialmente por los modelos de prendas de vestir de Cofemel. Habida cuenta de esta situación, el Supremo Tribunal de Justiça (Tribunal Supremo) se pregunta cuál es el sentido que se ha de dar al artículo 2, apartado 1, letra i), del Código de derechos de autor y derechos conexos. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente señala que, si bien esta disposición incluye claramente en la lista de las obras protegidas por el Derecho de autor las obras de artes aplicadas, los dibujos o modelos industriales y las obras de diseño que constituyen una creación artística, no precisa el grado de originalidad que se exige para que estas obras se beneficien de dicha protección.

19. En estas circunstancias, el Supremo Tribunal de Justiça (Tribunal Supremo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Se opone la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29/CE a una normativa nacional —en el presente asunto, la disposición del artículo 2, apartado 1, inciso i), del Código de derechos de autor y derechos conexos— que confiere protección de derechos de autor a las obras de artes aplicadas, dibujos y modelos industriales u obras de diseño que, más allá del fin utilitario que persiguen, generan un efecto visual propio y distintivo desde el punto de vista estético, siendo su originalidad el criterio fundamental que rige la atribución de protección, en el ámbito de los derechos de autor?
- 2) ¿Se opone la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29/CE a una normativa nacional —en el presente asunto, la disposición del artículo 2, apartado 1, inciso i), del Código de derechos de autor y derechos conexos— que confiere protección de derechos de autor a las obras de artes aplicadas, dibujos y modelos industriales u obras de diseño si, a la luz de una apreciación particularmente exigente en cuanto a su carácter artístico, y teniendo en cuenta las ideas dominantes en los círculos culturales e institucionales, merecen la calificación de “creación artística” u “obra de arte”?»

20. La petición de decisión prejudicial se recibió en el Tribunal de Justicia el 6 de diciembre de 2017. Han presentado observaciones escritas los Gobiernos portugués, checo, italiano y del Reino Unido, así como la Comisión Europea. Las partes del litigio principal, los Gobiernos portugués, checo y del Reino Unido y la Comisión estuvieron representados en la vista celebrada el 12 de diciembre de 2018.

Análisis

21. Mediante sus dos cuestiones prejudiciales, que conviene, en mi opinión, analizar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente si el artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, se opone a que los dibujos y modelos industriales¹⁴ tan solo queden protegidos por el Derecho de autor si presentan un carácter artístico incrementado, por encima de lo que se exige normalmente a otras categorías de obras.

22. La respuesta a esta cuestión requiere un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al concepto de «obra» en Derecho de autor de la Unión, así como el análisis de los argumentos, formulados en particular por los Gobiernos italiano, checo y del Reino Unido, basados en un supuesto estatuto especial de los dibujos y modelos en el régimen establecido por el Derecho de la Unión.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al concepto de «obra»

23. El propio artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29, citado por el órgano jurisdiccional remitente, no define qué debe considerarse como obra. Esta disposición se limita a conceder a los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir toda reproducción de sus obras. Además, ninguna otra disposición de esta Directiva define el concepto de «obra». Es probable que, como sostiene el Gobierno checo en sus observaciones, las excesivas diferencias existentes entre los regímenes del Derecho de autor de los Estados miembros no hayan permitido que se llegue a establecer una definición unánimemente aceptable. A este respecto, es preciso señalar que, incluso a nivel nacional, es extremadamente difícil, sino imposible, concebir una definición abstracta, capaz de abarcar la multitud de objetos altamente diferentes que pueden ser protegidos por el Derecho de autor y de excluir al mismo tiempo los que no lo son. A lo sumo es posible elaborar una lista, necesariamente no exhaustiva, de los ámbitos de creación en los que el Derecho de autor puede aplicarse, tal como se ha llevado a cabo en el artículo 2, apartado 1, del Convenio de Berna.

24. Sin embargo, esta laguna no podía subsistir, puesto que el concepto de «obra» es la piedra angular de todo régimen de Derecho de autor, en la medida en que este define su ámbito de aplicación material. Una interpretación uniforme de este concepto es, por lo tanto, indispensable en la armonización del Derecho de autor establecida por el Derecho de la Unión. En efecto, sería inútil armonizar los diferentes derechos de que disfrutaban los autores si los Estados miembros tuvieran libertad para incluir o excluir de esta protección, ya sea por vía legislativa o jurisprudencial, a un objeto determinado. Es evidente que tarde o temprano el Tribunal de Justicia iba a verse abocado a colmar esta laguna, habida cuenta de las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales que albergan dudas sobre la aplicabilidad de las directivas sobre el derecho de autor en determinados casos específicos.

25. En la medida en que la Directiva 2001/29 no define el concepto de «obra» y no contiene ninguna remisión al Derecho de los Estados miembros para darle una definición, se trata de un concepto autónomo del Derecho de la Unión.¹⁵ De este modo, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para que un objeto pueda calificarse de «obra» en el sentido del Derecho de autor debe ser original, en el sentido de constituir una creación intelectual propia de su autor.¹⁶ Este requisito de aplicabilidad del Derecho de autor, tal y como lo armoniza el Derecho de la Unión, en particular la Directiva

¹⁴ El órgano jurisdiccional remitente recoge en sus cuestiones la formulación del Derecho portugués: «obras de artes aplicadas, dibujos y modelos industriales y obras de diseño». No obstante, me parece que estos tres términos son, en esencia, sinónimos. En cualquier caso, en las presentes conclusiones me refiero a objetos que, como los objetos controvertidos en el litigio principal, pueden ser protegidos como dibujos y modelos en el sentido de la Directiva 98/71 o del Reglamento n.º 6/2002.

¹⁵ Véase la reciente sentencia de 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo* (C-310/17, EU:C:2018:899), apartado 33.

¹⁶ Sentencia de 16 de julio de 2009, *Infopaq International* (C-5/08, EU:C:2009:465), apartado 37.

2001/29, lo dedujo el Tribunal de Justicia de los sistemas de esta Directiva y del Convenio de Berna. Sin embargo, este requisito no es una invención del Derecho de la Unión: en efecto, figura en la mayoría de los derechos de autor nacionales, al menos en los sistemas de Derecho continental.¹⁷ Este pertenece por tanto, de algún modo, a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros.

26. La categoría de «creación intelectual propia de su autor» es el elemento principal de la definición de la obra. Con posterioridad, esta definición ha sido desarrollada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha considerado que una creación intelectual es propia de su autor cuando refleja su personalidad. Así sucede cuando el autor ha podido expresar su capacidad creativa, al realizar la obra, tomando decisiones libres y creativas.¹⁸ En cambio, cuando la expresión de los componentes del objeto en cuestión viene impuesta por su función técnica, el criterio de la originalidad no se cumple, ya que las diferentes maneras de poner en práctica una idea son tan limitadas que la idea y la expresión se confunden. Esa situación no permite al autor expresar su espíritu creador de manera original y llegar a un resultado que constituya una creación intelectual propia.¹⁹ Únicamente la creación intelectual original propia de su autor, en el sentido definido anteriormente, participa de la cualidad de obra digna de protección a través del derecho de autor. Los elementos tales como el trabajo intelectual y la pericia del autor no pueden, en sí mismos, justificar la protección del objeto en cuestión a través del derecho de autor cuando este trabajo y esta pericia no expresen ninguna originalidad.²⁰ Por último, es necesario que el objeto de la protección del derecho de autor se identifique con suficiente precisión y objetividad.^{21 22}

Aplicación de esta jurisprudencia a los dibujos y modelos

27. Contrariamente a lo que sostiene el Gobierno checo en sus observaciones escritas, la definición de obra como creación intelectual propia de su autor no se limita a los ámbitos sujetos a las normativas específicas del Derecho de la Unión en las que este criterio se prevé expresamente, a saber, las bases de datos, las fotografías y los programas de ordenador.²³

28. En efecto, la primera aplicación que el Tribunal de Justicia hizo de este criterio tuvo por objeto una obra literaria, protegida con arreglo a la Directiva 2001/29. Como ya he indicado, el Tribunal de Justicia extrajo este criterio del sistema general del Derecho de autor tanto internacional como de la Unión. Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia aplicó con posterioridad dicho criterio a los objetos contemplados por las normativas específicas del Derecho de la Unión, tales como las fotografías, esta aplicación no se basó en esta normativa, sino en su jurisprudencia anterior.²⁴

17 Este es, en particular, el caso del Derecho alemán, ya que el artículo 2, apartado 2, de la Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (Ley sobre los Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor), de 9 de septiembre de 1965, dispone que «a efectos de la presente Ley, solo constituyen obras las creaciones intelectuales personales». Este concepto se encuentra en la idea de «originalidad» en el derecho de autor francés [sentencia de la Cour de cassation, Assemblée plénière (pleno del Tribunal de Casación, Francia), de 7 de marzo de 1986, Babolat c/Pachot, n.º 83-10477, publicada en el Bulletin], así como en el Derecho polaco [artículo 1, apartado 1, de la ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Ley de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor), de 4 de febrero de 1994] o incluso en el Derecho español (artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual de 24 de abril de 1996). No sucede lo mismo en los sistemas de derechos de autor de los países anglosajones.

18 Sentencia de 1 de diciembre de 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798), apartados 88 y 89.

19 Sentencia de 22 de diciembre de 2010, Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816), apartados 49 y 50.

20 Sentencia de 1 de marzo de 2012, Football Dataco y otros (C-604/10, EU:C:2012:115), apartado 33.

21 Sentencia de 13 de noviembre de 2018, Levola Hengelo (C-310/17, EU:C:2018:899), apartado 40.

22 Para la descripción de esta jurisprudencia, me he inspirado en gran medida en los puntos 17 y 18 de mis conclusiones presentadas en el asunto Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2018:870).

23 Se trata de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DO 1996, L 77, p. 20), artículo 3, apartado 1; de la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO 2006, L 372, p. 12), artículo 6, y de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DO 2009, L 111, p. 16), artículo 1, apartado 3.

24 Véanse las sentencias de 1 de diciembre de 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798), apartado 87, y de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), apartado 14.

29. A mi parecer, de ello se desprende claramente que el criterio de la creación intelectual propia de su autor, tal y como ha sido desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se aplica a todas las categorías de obras. Esto se deduce asimismo de la uniformidad exigida en la aplicación de la Directiva 2001/29 en el conjunto del territorio de la Unión. En efecto, cualquier diferencia entre los derechos internos de los Estados miembros en el ámbito de aplicación de la protección a través del Derecho de autor pondría en peligro dicha aplicación uniforme.²⁵ Por lo tanto, no veo ninguna razón para no aplicar este criterio, al menos en principio, a los dibujos y modelos industriales por lo que se refiere a su protección a través del Derecho de autor.

30. Tampoco me convence el argumento expuesto por el Gobierno checo en la vista, según el cual el criterio de la creación intelectual propia de su autor es inherente a toda obra y no se opone a requisitos más estrictos que el Derecho nacional pueda imponer a determinadas categorías de objetos, tales como las obras de artes aplicadas.

31. Ciertamente, el criterio de la creación intelectual propia del autor permite distinguir los objetos que pueden quedar protegidos por el Derecho de autor de aquellos que no están cubiertos por esta protección.²⁶ No obstante, este criterio, que el Tribunal de Justicia califica también de criterio de originalidad,²⁷ constituye asimismo el requisito máximo que los Estados miembros pueden imponer para beneficiarse de la protección por el Derecho de autor, independientemente del nivel de creación artística del objeto en cuestión. El Tribunal de Justicia lo explicó de manera muy clara en su sentencia Painer, al declarar, respecto de un retrato fotográfico, que la protección que confiere el artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 no puede ser inferior a aquella de que gozan otras obras, incluidas las demás obras fotográficas.²⁸ En efecto, no hay nada en la Directiva 2001/29 ni en ninguna otra directiva aplicable en la materia que permita considerar que el alcance de esa protección dependa de eventuales diferencias en las posibilidades de creación artística al realizar diversas categorías de obras.²⁹ Pues bien, si no cabe limitar el alcance de la protección sobre esta base, no es posible considerar *a fortiori* que esta protección quede completamente excluida por este motivo.

32. De igual modo, no veo en la Directiva 2001/29 ningún elemento que permita fundamentar una distinción en el nivel de protección de las obras de artes aplicadas en función de su valor artístico. Sin embargo, los Gobiernos italiano, checo y del Reino Unido, que han presentado observaciones en el presente asunto, consideran que dicho elemento figura en otras disposiciones de Derecho de la Unión, a saber, el artículo 17 de la Directiva 98/71 y el artículo 96, apartado 2, del Reglamento n.º 6/2002. Analizaré pues, a continuación, este aspecto.

Contribución del artículo 17 de la Directiva 98/71 y del artículo 96, apartado 2, del Reglamento n.º 6/2002

33. Cabe recordar que el artículo 17 de la Directiva 98/71 establece el principio de acumulación de la protección de los dibujos y modelos tanto al amparo del Derecho de los dibujos y modelos como al amparo del Derecho de autor. Según la segunda frase de este artículo, el alcance y las condiciones de concesión de la protección por el Derecho de autor, incluido el grado de originalidad exigido, serán determinados por cada Estado miembro. Una formulación parecida figura en el artículo 96, apartado 2, del Reglamento n.º 6/2002.

25 Véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2018, Levola Hengelo (C-310/17, EU:C:2018:899), apartado 45.

26 Véase, en particular, la sentencia de 22 de diciembre de 2010, Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816), apartados 46 a 48.

27 Sentencia de 22 de diciembre de 2010, Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816), apartados 48 y 49.

28 Sentencia de 1 de diciembre de 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798), apartado 98.

29 Sentencia de 1 de diciembre de 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798), apartado 97.

34. Según los Gobiernos italiano, checo y del Reino Unido, estas disposiciones confieren a los Estados miembros discreción en las condiciones de concesión a los dibujos y modelos de la protección por el Derecho de autor, y ello a pesar de la adopción de la Directiva 2001/29. Estos Gobiernos sostienen de este modo que el artículo 17 de la Directiva 98/71 constituye una *lex specialis* con respecto a las disposiciones de la Directiva 2001/29 tal y como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia. La doctrina defiende una posición parecida.³⁰

35. No comparto esta postura y a continuación analizaré los argumentos que se han esgrimido para defenderla, que, a mí parecer, son poco convincentes.

36. Antes de nada, como se desprende inequívocamente de su primera frase, el artículo 17 de la Directiva 98/71 se refiere únicamente a los dibujos y modelos registrados. La posible libertad concedida a los Estados miembros se refiere, por tanto, únicamente a esta categoría de dibujos y modelos. Pues bien, la mayoría de los dibujos y modelos en la Unión Europea sigue estando sin registrar.³¹ Como se desprende de las indicaciones dadas en la petición de decisión prejudicial en el presente asunto, este es el caso, en particular, de los dibujos y modelos controvertidos en el procedimiento principal. Por consiguiente, me parece más pertinente basar este razonamiento en el artículo 96, apartado 2, del Reglamento n.º 6/2002. En efecto, este Reglamento prevé una protección, limitada a tres años, de todo dibujo y modelo en la Unión Europea, siempre que este sea nuevo y original, sin necesidad de registro.

37. Es cierto que, habida cuenta de su tenor, el artículo 96, apartado 2, del Reglamento n.º 6/2002 parece conferir a los Estados miembros un amplio margen de apreciación en las condiciones de concesión a los dibujos y modelos de la protección por el Derecho de autor. No obstante, este margen de apreciación se les confiere sin perjuicio de la armonización del Derecho de autor a nivel de la Unión, extremo que queda confirmado por el considerando 32 de este Reglamento, según el cual «en ausencia de una completa armonización del Derecho de propiedad intelectual, es preciso establecer el principio de acumulación de la protección como dibujo o modelo comunitario y como propiedad intelectual, dejando libertad a los Estados miembros para determinar el alcance de la protección como propiedad intelectual y las condiciones en que se concede dicha protección».³² De la exposición de motivos del Reglamento n.º 6/2002³³ se desprende aún más claramente que la solución escogida en el actual artículo 96, apartado 2, del Reglamento n.º 6/2002 es intencionalmente provisional, a la espera de la armonización del Derecho de autor.

38. Por consiguiente, me parece claro que una vez que se logre esta armonización, a través, en particular, de la Directiva 2001/29, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, el margen de apreciación que se atribuye a los Estados miembros en el artículo 96, apartado 2, del Reglamento n.º 6/2002 quede limitado por las obligaciones que les incumben en virtud de esta Directiva. En efecto, sería sorprendente considerar que toda remisión contenida en un texto del Derecho de la Unión al Derecho de los Estados miembros equivale a eximir a estos mismos Estados de sus obligaciones derivadas, en el ámbito cubierto por esta remisión, de otros actos de la Unión, ya sean anteriores o posteriores. Esta remisión se refiere necesariamente al Derecho interno tal y como queda enmarcado por las obligaciones negativas y positivas derivadas del Derecho de la Unión.

39. A este respecto, no me convence el argumento del Gobierno del Reino Unido basado en la posterioridad del Reglamento n.º 6/2002 respecto de la Directiva 2001/29. Es cierto que dicho Reglamento no se adoptó hasta el 12 de diciembre de 2001, mientras que la Directiva 2001/29 fue adoptada el 22 de mayo del mismo año. Sin embargo, en primer lugar, el texto que corresponde al

³⁰ Véase Bently, L., *op. cit.*

³¹ Véase Tischner, A., «The role of unregistered rights — a European perspective on design protection», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, n.º 4, 2018, y las obras citadas.

³² Una formulación parecida figura en el considerando 8 de la Directiva 98/71.

³³ COM(93) 342 final, de 3 de diciembre de 1993, pp. 53 a 55.

actual artículo 96, apartado 2, del Reglamento n.º 6/2002, si bien con una formulación diferente, ya figuraba en la primera propuesta de la Comisión relativa a este Reglamento, de 3 de diciembre de 1993, mucho antes de la primera propuesta de la Directiva 2001/29.³⁴ Posteriormente, los trabajos legislativos relativos a estos dos textos se llevaron a cabo simultáneamente. En segundo lugar, el plazo de transposición de la Directiva 2001/29 expiró el 22 de diciembre de 2002, mientras que el Reglamento n.º 6/2002 entró en vigor a comienzos del mes de marzo de ese mismo año. Por lo tanto, en el momento de la entrada en vigor de dicho Reglamento, la armonización del Derecho de autor por la Directiva 2001/29 no había culminado, puesto que los Estados miembros aún no estaban obligados a transponer las disposiciones de esta Directiva. Por consiguiente, la posterioridad formal del Reglamento n.º 6/2002 respecto de la Directiva 2001/29 no modifica en modo alguno el análisis de la relación entre estos dos actos: el margen de apreciación concedido a los Estados miembros por el artículo 96, apartado 2, de este Reglamento está limitado por las obligaciones derivadas de la Directiva 2001/29.

40. Tampoco me convence el argumento basado en los trabajos preparatorios de la Directiva 98/71 o del Reglamento n.º 6/2002.³⁵ Si bien es cierto que la Comisión tenía objetivos más ambiciosos y que finalmente se decidió que, en ese momento, no era oportuno armonizar el Derecho de autor de los Estados miembros mediante actos legislativos relativos a los dibujos y modelos, ello no significa que la protección de estos dibujos y modelos al amparo del Derecho de autor deba constituir para siempre una excepción, una vez que se realice esta armonización. Aunque los trabajos preparatorios de los actos del Derecho de la Unión pueden, en efecto, aportar valiosas indicaciones sobre las razones que han guiado las elecciones del legislador de la Unión, las enseñanzas extraídas de estos trabajos preparatorios no pueden, sin embargo, prevalecer sobre el tenor y el sistema de las disposiciones en cuestión. En particular, es poco recomendable extraer de los trabajos preparatorios de un texto (la Directiva 98/71 o el Reglamento n.º 6/2002) conclusiones sobre la interpretación o el ámbito de aplicación de otro texto (la Directiva 2001/29).

41. A continuación, el Gobierno del Reino Unido invoca, para respaldar su postura, el artículo 9 de la Directiva 2001/29, que establece que dicha Directiva se entenderá sin perjuicio de las disposiciones del Derecho de la Unión relativas, en particular, a los dibujos y modelos, incluido el artículo 17 de la Directiva 98/71.³⁶ Por mi parte, considero que esta disposición de la Directiva 2001/29 tampoco es válida para fundamentar la tesis de dicho Gobierno. En efecto, es evidente que la Directiva 2001/29, que trata sobre el Derecho de autor, debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones relativas a otros ámbitos, tales como el Derecho de los dibujos y modelos. Sin embargo, el artículo 17 de la Directiva 98/71, al igual que el artículo 96, apartado 2, del Reglamento n.º 6/2002, no es una disposición que forme parte del ámbito del Derecho de los dibujos y modelos, sino del ámbito del Derecho de autor. Una interpretación diferente significaría que la protección de las obras de artes aplicadas al amparo del Derecho de autor depende del Derecho de los dibujos y modelos, cuando estos dos ámbitos son autónomos. En consecuencia, el artículo 9 de la Directiva 2001/29 no puede interpretarse en el sentido de que fundamenta la exclusión de los dibujos y modelos de la armonización llevada a cabo por la Directiva 2001/29.

42. En cualquier caso, si el legislador de la Unión hubiera querido establecer una excepción de esta magnitud al Derecho de autor armonizado, no lo habría hecho implícitamente en los diferentes actos del Derecho de la Unión, sino de manera clara y explícita, por ejemplo, en el artículo 1 de la Directiva 2001/29, que define su ámbito de aplicación.

43. El Gobierno checo añade que, como indica su título, la Directiva 2001/29 tan solo armoniza «determinados aspectos de los derechos de autor» y ello «en la sociedad de la información». Sin embargo, no alcanzo a ver de qué modo este hecho podría abundar en el sentido de las tesis que este expone sobre la protección de las obras de artes aplicadas.

³⁴ COM(97) 628 final, de 21 de enero de 1998.

³⁵ Este argumento se formula en la doctrina, véase, en particular, Bently, L., *op. cit.*

³⁶ Así como, me parece, el artículo 96, apartado 2, del Reglamento n.º 6/2002.

44. Es cierto que la Directiva 2001/29 deja fuera de su ámbito de aplicación importantes aspectos del Derecho de autor: los derechos morales, la gestión colectiva de los derechos, la defensa de estos derechos (salvo la disposición de carácter muy general del artículo 8), etc. No obstante, G-Star invocó en el litigio principal el derecho exclusivo del autor a autorizar o prohibir la reproducción de su obra. Pues bien, la Directiva 2001/29 armoniza este derecho de manera exhaustiva. También es cierto que, en particular en la doctrina anglófona, la Directiva 2001/29 se conoce a menudo como «Directiva sobre la sociedad de la información» (Information Society Directive). En mi opinión, algunos autores extraen de esta denominación informal conclusiones que resultan tan excesivas como erróneas. En efecto, si bien es cierto que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/29 presta «particular atención a la sociedad de la información», no lo es menos que las disposiciones de esta Directiva se aplican indistintamente en cualquier ámbito, sin importar si forma parte o no de la sociedad de la información. De este modo, el hecho de que los dibujos y modelos se incorporen habitualmente a objetos tangibles que pertenecen al mundo «real»³⁷ no justifica en modo alguno su exclusión de la protección llevada a cabo por esta Directiva.

45. La tesis de estos Gobiernos tampoco halla fundamento en el Derecho internacional. Es cierto que el artículo 2, apartado 7, del Convenio de Berna deja a discreción de los Estados signatarios la cuestión de la aplicación del Derecho de autor a los dibujos y modelos. No obstante, este Convenio se aplica sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros derivadas del Derecho de la Unión. En consecuencia, si este derecho limita la libre elección de los Estados miembros, una disposición facultativa del Convenio de Berna no puede contrarrestar esta limitación. Cualquier conclusión diferente sería contraria al artículo 351 TFUE, párrafo segundo. Las mismas consideraciones son válidas por los que se refiere al artículo 25 del Acuerdo sobre los ADPIC.

46. Por otra parte, si el artículo 2, apartado 7, del Convenio de Berna debiera considerarse como una disposición que establece una excepción a las obligaciones de los Estados miembros resultantes de la Directiva 2001/29, sería preciso entonces aplicar asimismo la segunda frase de este apartado, que consagra el principio de reciprocidad entre los Estados signatarios en la protección de los dibujos y modelos. Según esta disposición, para las obras protegidas únicamente como dibujos y modelos en el país de origen no se puede reclamar en otro país más que la protección especial, a menos que tal protección especial no se conceda, en cuyo caso serán protegidas por el Derecho de autor. Pues bien, la eliminación de este principio de reciprocidad, fuente de discriminación contraria a las normas del mercado interior, en las relaciones entre Estados miembros era justamente uno de los objetivos perseguidos por el artículo 96, apartado 2, del Reglamento n.º 6/2002.³⁸

47. Por último, el argumento según el cual el artículo 17 de la Directiva 98/71 permite a los Estados miembros establecer una excepción a las disposiciones del Derecho de autor de la Unión queda desvirtuado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la interpretación de esta disposición. En la sentencia Flos,³⁹ que versa sobre la duración de la protección de los dibujos y modelos por el Derecho de autor, el Tribunal de Justicia declaró que la posibilidad concedida a los Estados miembros de determinar el alcance y las condiciones en que se concederá dicha protección no podía referirse a la duración de dicha protección, puesto que esta duración ya fue objeto de armonización a escala de la Unión mediante la Directiva 93/98/CEE.⁴⁰ Cabe seguir el mismo razonamiento por lo que se refiere a la Directiva 2001/29: en la medida en que esta Directiva, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, ha armonizado los derechos económicos de los

³⁷ En contraposición al mundo virtual.

³⁸ Véase la exposición de motivos de este Reglamento [COM(93) 342 final, p. 56].

³⁹ Sentencia de 27 de enero de 2011 (C-168/09, EU:C:2011:29), apartado 39.

⁴⁰ Directiva del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO 1993, L 290, p. 9), sustituida por la Directiva 2006/116.

autores, incluido el concepto de «obra», fundamental para la aplicación uniforme de tales derechos, estas cuestiones escapan a la posibilidad que se concede a los Estados miembros en el artículo 17 de la Directiva 98/71 y, por analogía, en el artículo 96, apartado 2, del Reglamento n.º 6/2002. Suscribo en este punto la postura de la Comisión expresada en sus observaciones.

48. De este modo, el artículo 17 de la Directiva 98/71 y el artículo 96, apartado 2, del Reglamento n.º 6/2002 deben interpretarse como una afirmación del principio de acumulación de la protección: una obra de artes aplicadas no debe quedar excluida de la protección por el Derecho autor por el mero hecho de que pueda beneficiarse de la protección *sui generis* como dibujo o modelo. En cambio, no cabe interpretar estas disposiciones como una excepción a las disposiciones de la Directiva 2001/29 o de cualquier otro texto de la Unión en materia de Derecho de autor.

Conclusión provisional

49. En este punto, considero por lo tanto que procede responder a las cuestiones prejudiciales que el artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, se opone a que los dibujos y modelos industriales tan solo queden protegidos por el Derecho de autor si presentan un carácter artístico incrementado, por encima de lo que se exige normalmente a otras categorías de obras.

Observaciones finales sobre la protección de los dibujos y modelos por el Derecho de autor

50. Dicho esto, no quiero que parezca que ignoro o subestimo las preocupaciones expresadas tanto por los Gobiernos que han presentado observaciones en el presente asunto como por algunos representantes de la doctrina⁴¹ por lo que se refiere a las consecuencias nefastas de una protección excesiva de los dibujos y modelos por el Derecho de autor.

51. En efecto, una protección *sui generis* de los dibujos y modelos, como la prevista por el Reglamento n.º 6/2002, se adapta perfectamente a la especificidad de estos objetos de protección, es decir, bienes de consumo corrientes y producidos en masa que no obstante puede poseer determinadas características estéticas originales dignas de protección. Esta protección tiene una duración suficiente para permitir rentabilizar la inversión que constituye la elaboración del dibujo o modelo,⁴² sin obstaculizar por ello excesivamente la competencia. De igual modo, los requisitos de esta protección, basados en la originalidad y en la novedad, así como el criterio para determinar una acción de infracción, que es el de la impresión general,⁴³ se adaptan a la realidad de los mercados a los que pertenecen estos objetos.

52. No obstante, aunque es muy fácil obtener, para el mismo objeto, la protección por el Derecho de autor, que está libre de cualquier formalidad, que se aplica desde la creación del objeto y sin requisito de novedad y cuya duración es prácticamente infinita habida cuenta de la utilidad de un dibujo o modelo para su propietario,⁴⁴ se corre el riesgo de ver el régimen del Derecho de autor excluir el régimen *sui generis* destinado a los dibujos y modelos. Pues bien, esta exclusión tendría diversos efectos

41 Véase, en particular, Bently, L., *op. cit.*, y Tischner, A., «The role of unregistered rights — a European perspective on design protection», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, n.º 4, 2018.

42 Según el Reglamento n.º 6/2002, esta duración es de tres años para los dibujos y modelos no registrados y de cinco años renovables hasta veinticinco años para los registrados, lo que es suficiente, dado que un dibujo o modelo únicamente tiene valor comercial durante aproximadamente cuatro años e incluso menos (una o dos temporadas) en el sector de las prendas de vestir (véase Tischner, A., «The role of unregistered rights — a European perspective on design protection», y Van Keymeulen, E., «Copyrighting couture or counterfeit chic? Protecting fashion design: a comparative EU-US perspective», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, n.º 10, 2012, pp. 728 a 737).

43 Véanse los artículos 4 y 10 del Reglamento n.º 6/2002.

44 La protección por el Derecho de autor se extiende, en efecto, a toda la vida del autor y setenta años después de su muerte.

negativos: la devaluación del Derecho de autor, solicitada para proteger creaciones banales, la obstaculización de la competencia como consecuencia de la duración excesiva de la protección o incluso la inseguridad jurídica, en la medida en que los competidores no pueden prever si un dibujo o modelo cuya protección *sui generis* ha expirado no está protegido también por el Derecho de autor.

53. Estas preocupaciones explican las diferentes limitaciones de la protección por el Derecho de autor de las obras de artes aplicadas en los regímenes nacionales de la propiedad intelectual citados en la introducción de las presentes conclusiones. En cambio, como he expuesto en la respuesta a las cuestiones prejudiciales, el régimen del Derecho de autor de la Unión no contiene ningún fundamento legal que permita esta limitación, puesto que las obras de artes aplicadas están protegidas como creaciones intelectuales atribuidas a su autor, al igual que las demás categorías de obras.

54. Sin embargo, considero que una aplicación estricta del Derecho de autor por los órganos jurisdiccionales nacionales podría poner remedio en gran medida a los inconvenientes resultantes de la acumulación de este tipo de protección con la protección *sui generis* de los dibujos y modelos. En efecto, no se trata de ampliar, por medio del Derecho de autor, la protección concedida a los dibujos y modelos hasta setenta años después de la muerte del autor sino de realizar, respecto de las obras de artes aplicadas, los objetivos específicos del Derecho de autor con la ayuda de los mecanismos que le son propios.

55. Pues bien, el derecho de autor y el derecho de los dibujos y modelos persiguen objetivos diferentes. Este último protege la inversión en la creación de los dibujos y modelos contra su imitación por los competidores. En cambio, el Derecho de autor ignora esta protección contra la competencia. Por el contrario, el diálogo, la inspiración, la reformulación son inherentes a la creación intelectual y el Derecho de autor no está destinado a obstaculizarlos.⁴⁵ Lo que el Derecho de autor protege, en todo caso a través de los derechos económicos, es la posibilidad de una explotación económica sin trabas de la obra como tal.

56. Estos diferentes objetivos van de la mano con diferentes mecanismos y principios de protección.

57. En primer lugar, aunque el umbral de originalidad adoptado en Derecho de autor no suele ser muy elevado, tampoco es inexistente. Para poder acogerse a la protección, el esfuerzo del autor debe ser libre y creativo. No cabe proteger las soluciones impuestas únicamente por el resultado técnico,⁴⁶ así como tampoco el trabajo carente de toda creatividad.⁴⁷ En este sentido, no es necesario exigir a los bienes de consumo un nivel artístico particularmente elevado con respecto a otras categorías de obras, basta con aplicar estrictamente el *criterio de la creación intelectual propia de su autor*. Todo bien de consumo posee un aspecto visual, resultado del trabajo de su creador. Sin embargo, no todo aspecto visual quedará protegido por el Derecho de autor.

58. En segundo lugar, el Derecho de autor se basa en una distinción entre la idea y su expresión, protegiendo únicamente la expresión. Para las obras de artes aplicadas, esta dicotomía puede, en mi opinión, paliar los efectos anticompetitivos de su protección a través del Derecho de autor. Permítaseme citar como ejemplo los objetos controvertidos en el litigio principal para ilustrar mi propuesta.

⁴⁵ La situación puede ser distinta en el caso de ciertos derechos afines, por ejemplo, sobre los fonogramas, respecto de los cuales resulta no obstante difícil hablar de inspiración (véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Pelham y otros, C-476/17, EU:C:2018:1002).

⁴⁶ Sentencia de 22 de diciembre de 2010, Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816), apartados 49 y 50.

⁴⁷ Sentencia de 1 de marzo de 2012, Football Dataco y otros (C-604/10, EU:C:2012:115), apartado 33.

59. Según la petición de decisión prejudicial, la demandante en el procedimiento principal solicita protección para:

«los modelos [de] sudaderas y camisetas, [que] incluyen una serie de elementos en su composición, en particular, una imagen estampada en la parte delantera de la sudadera, una combinación de colores, un lugar de emplazamiento del bolsillo en el abdomen e inserciones del bolsillo [...]» y

«el modelo [de pantalón vaquero que] se caracteriza por la forma en la que se cortan y montan cada una de las tres distintas piezas. Al utilizar piezas de diferentes longitudes y formas, se crea una pernera con el [...] efecto de 3 dimensiones (3D), que se dobla hacia adentro y hacia atrás, y que envuelve la pierna del usuario (efecto destornillador). Otros elementos que contribuyen al “efecto destornillador” son los dardos (darts) incluidos en el modelo en el lugar de la rodilla, uno en cada pierna».

60. La calificación de los objetos controvertidos de obras susceptibles de protección y la constatación de una posible infracción, elementos estrictamente de hecho, están plenamente comprendidas, naturalmente, en el ámbito de la apreciación del órgano jurisdiccional nacional. Sin embargo, me parece que características tales como la «composición específica basada en formas, colores, palabras y números», la «combinación de colores», el «emplazamiento del bolsillo en el abdomen», o incluso la «confección mediante el montaje de tres piezas», cuya reproducción se reprocha a Cofemel, deberían analizarse como ideas susceptibles de diferentes expresiones, e incluso como soluciones funcionales,⁴⁸ y no deberían quedar cubiertas por la protección del Derecho de autor.

61. Y lo que es más, al invocar el carácter (en aquel momento) innovador y único de su modelo G-Star Elwood, introducido en 1996, G-Star parece querer en realidad proteger a través el Derecho de autor su renombre y el carácter distintivo de sus productos, protección normalmente garantizada por el Derecho de marcas.

62. Es cierto que la infracción del derecho de autor no debe, en todos los casos, consistir en la reproducción integral de la obra. Las partes que integran una obra gozarán también de la protección siempre que contengan los elementos que expresen la creación intelectual del autor.⁴⁹ Además, hace falta que estas no solo sean elementos simplemente inspirados por las ideas expresadas por la obra, sino también partes extraídas de dicha obra. La apreciación de este aspecto deberá realizarla el juez que conozca del fondo del asunto atendiendo a cada caso concreto. En el marco de esta apreciación, este juez deberá asegurarse asimismo del carácter suficientemente identificable del objeto de la protección solicitada.⁵⁰

63. Por último, en tercer lugar, el derecho de autor se distingue del derecho de los dibujos y modelos en la apreciación de la infracción de los derechos exclusivos protegidos. Retomando el tenor del artículo 10, apartado 1, del Reglamento n.º 6/2002, el derecho de los dibujos y modelos garantiza la protección contra «cualesquiera otros dibujos y modelos que no produzcan en los usuarios informados una impresión general distinta». Pues bien, este concepto de la «impresión general» es totalmente ajena al derecho de autor.

64. El derecho de autor protege una obra concreta, no una obra que presente un aspecto visual determinado.⁵¹ Dos fotografías que estén fotografiando la misma escena en el mismo momento pueden obtener imágenes que no produzcan una impresión general distinta. Desde el punto de vista del derecho de los dibujos y modelos, el fotógrafo que divulgue su fotografía en primer lugar podría oponerse a la divulgación de la fotografía del otro. No sucede así en derecho de autor, ya que la

48 El emplazamiento del bolsillo en la espalda de la sudadera resultaría poco útil.

49 Sentencia de 16 de julio de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), apartado 39.

50 Véase la sentencia de 13 de noviembre de 2018, Levola Hengelo (C-310/17, EU:C:2018:899), apartado 40.

51 Markiewicz, R., *Ilustrowane prawo autorskie*, Wolters Kluwer, Varsovia, 2018, p. 79.

creación paralela, siempre que sea verdaderamente original, no solo es legal, sino que se beneficia plenamente de la protección como obra distinta. Lo mismo cabe decir de la creación inspirada en obras anteriores. En la medida en que esta creación no constituya una reproducción no autorizada de elementos originales de una obra de otro, la cuestión de la infracción del derecho de autor no se plantea, independientemente de si la impresión general es diferente o no.

65. En consecuencia, el derecho de autor tan solo permitirá al autor de un dibujo o de un modelo oponerse a la divulgación y a la utilización de un dibujo o de un modelo que no produce una impresión general distinta cuando pueda demostrar la reproducción de elementos originales de su dibujo o de su modelo.

66. Ante una solicitud de protección de un dibujo o de un modelo por el derecho de autor, el juez deberá tener en cuenta estos elementos a fin de distinguir lo que puede estar comprendido en la protección *sui generis* de los dibujos y modelos de lo que está amparado por la protección que confiere el derecho de autor, y evitar de este modo la confusión entre estos dos regímenes de protección.

Conclusión

67. Habida cuenta del conjunto de consideraciones anteriores, propongo responder del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Supremo Tribunal de Justiça (Tribunal Supremo, Portugal):

- «1) El artículo 2, letra a), 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, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, se opone a que los dibujos y modelos industriales tan solo queden protegidos por el Derecho de autor si presentan un carácter artístico incrementado, por encima de lo que se exige normalmente a otras categorías de obras.
- 2) Ante una solicitud de protección a través del derecho de autor de un dibujo o de un modelo industrial, el juez nacional deberá tener en cuenta los objetivos y los mecanismos específicos de este derecho, como la protección de las expresiones y no de las ideas y los criterios de apreciación de una infracción de los derechos exclusivos. En cambio, el juez nacional no puede aplicar a la protección a través del derecho de autor los criterios específicos de la protección de los dibujos y modelos.»