

## CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. ELEANOR SHARPSTON

presentadas el 13 de julio de 2006<sup>1</sup>

1. En el presente asunto, la Audiencia Provincial de Barcelona pide que se interprete el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE, 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<sup>2</sup> (en lo sucesivo, «Directiva sobre los derechos de autor» o «Directiva»).

3. La exposición de motivos de la Directiva destaca en primer lugar que toda armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor debe basarse en un elevado nivel de protección de, entre otras personas, los autores y los intérpretes, que deben recibir una compensación adecuada por el uso de su obra para que puedan continuar su labor creativa y artística. Añade que un sistema eficaz y riguroso de protección de los derechos de autor y derechos afines a éstos constituye uno de los instrumentos fundamentales para asegurar a la creación y a la producción cultural europea los recursos necesarios y para garantizar autonomía y dignidad a los creadores e intérpretes.<sup>4</sup>

### Directiva sobre los derechos de autor

2. La Directiva sobre los derechos de autor, como indica su título, persigue armonizar determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor,<sup>3</sup> incluido el derecho a comunicar obras al público.

4. Los siguientes considerandos también son relevantes a efectos del presente asunto:

«15) [El] “Tratado de la OMPI sobre derechos de autor” [...] [actualiza] de forma significativa la protección internacional de los derechos de autor y derechos

1 — Lengua original: inglés.

2 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 (DO L 167, p. 10).

3 — En el contexto del Derecho comunitario, los derechos de autor («droit d’auteur») comprenden los derechos exclusivos reconocidos a los autores, compositores, artistas, etc., mientras que los derechos afines a los derechos de autor («droits voisins») abarcan los derechos análogos reconocidos a los intérpretes (músicos, actores, etc.) y a los empresarios (editores, productores de cine, etc.).

4 — Considerandos noveno a undécimo.

afines a los derechos de autor, incluso en relación con la denominada “agenda digital” [...]. La presente Directiva está destinada también a dar cumplimiento a algunas de las nuevas obligaciones internacionales.

can «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».

[...]

- 23) La presente Directiva debe armonizar en mayor medida el derecho de autor de la comunicación al público. Este derecho debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación. Este derecho debe abarcar cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión. Este derecho no debe abarcar ningún otro tipo de actos.

6. La Directiva entró en vigor el 22 de junio de 2001 y disponía que el Derecho interno debía adaptarse a ella a más tardar el 22 de diciembre de 2002.<sup>5</sup>

### Marco jurídico internacional

7. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor es similar al artículo 11 *bis*, apartado 1, del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas<sup>6</sup> (en lo sucesivo, «Convenio de Berna» o «Convenio») y casi idéntico al artículo 8 del Tratado de la OMPI<sup>7</sup> sobre Derecho de Autor (en lo sucesivo, «WCT»).<sup>8</sup> Como señala la Comisión, es jurisprudencia reiterada que las disposiciones de Derecho comunitario derivado deben interpretarse, en la medida de lo posible, en un sentido conforme con los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad.<sup>9</sup>

[...]

- 27) La mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de la presente Directiva.»

5. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva exige a los Estados miembros que establez-

5 — Artículos 13 y 14.

6 — De 9 de septiembre de 1886, revisado por última vez el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

7 — Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

8 — Adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

9 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 1996, Comisión/Alemania (C-61/94, Rec. p. I-3989), apartado 52.

*Convenio de Berna*

8. Aunque la Comunidad no es parte del Convenio de Berna (ni tampoco podría serlo ya que sólo pueden ser miembros de la Unión de Berna los Estados), está obligada a cumplir dicho Convenio en virtud del artículo 9 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en lo sucesivo, «Acuerdo ADPIC»). Este Acuerdo figura en el anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio,<sup>10</sup> del cual es parte la Comunidad. Por tanto, cabe asumir que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva debe ser conforme al Convenio.

9. El artículo 11 del Convenio de Berna establece:

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

- i) la representación y la ejecución pública de sus obras, comprendidas la representación y la ejecución pública por todos los medios o procedimientos;

10 — Aprobado en nombre de la Comunidad, por lo que respecta a los temas de su competencia, por la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994 (DO L 336, p. 1). El Acuerdo ADPIC está publicado en DO 1994, L 336, p. 213.

- ii) la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras.

2. Los mismos derechos se conceden a los autores de obras dramáticas o dramático-musicales durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre la obra original, en lo que se refiere a la traducción de sus obras.»

10. El artículo 11 *bis*, apartado 1, del Convenio de Berna dispone:

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

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

- ii) toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; <sup>[11]</sup> Europea fuese parte (al igual que los países que no eran miembros de la Unión de Berna).

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

11. El Convenio de Berna se revisó por última vez en 1971.<sup>12</sup> Para revisar el Convenio es necesaria la unanimidad de las Partes Contratantes que estén presentes y voten. Ya en 1971, cuando el número de Partes Contratantes era sensiblemente inferior,<sup>13</sup> resultó difícil lograr la unanimidad. Por este motivo, se consideró poco realista que pudiese realizarse una nueva revisión del Convenio que tuviera en cuenta la evolución tecnológica desde 1971. En consecuencia, la OMPI decidió elaborar un nuevo Tratado que tendría la naturaleza de un «arreglo particular» en el sentido del artículo 20 del Convenio, por lo que no exigiría la unanimidad de los miembros de la Unión de Berna. Este mecanismo ofrecía la ventaja adicional de permitir que la Comunidad

#### WCT

12. El WCT entró en vigor el 6 de diciembre de 2001. La Comunidad, aunque fue uno de los firmantes, todavía no lo ha ratificado.<sup>14</sup> Sin embargo, este Tratado es relevante a la hora de interpretar la Directiva sobre los derechos de autor dado que el decimoquinto considerando de ésta expone que la Directiva «está destinada también a dar cumplimiento a algunas de las nuevas obligaciones internacionales» derivadas del WCT.

13. El artículo 8, titulado «Derecho de comunicación al público», tiene el siguiente tenor:

«Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 11.1)ii), 11 bis.1)i) y ii) [...] del

11 — El inciso ii) no es tan claro en inglés como sería deseable. La versión francesa es más clara: «toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine».

12 — Las enmiendas de 1979 se referían a detalles menores de redacción y no al fondo.

13 — Actualmente hay 162.

14 — La ratificación por parte de la Comunidad sólo se producirá cuando todos los Estados miembros, después de adaptar su Derecho interno a la Directiva sobre los derechos de autor, hayan ratificado el WCT. La Comunidad y los quince Estados miembros que ya lo eran antes de la ampliación de 2004 expresaron al final de la Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos, Ginebra, 2 a 20 de diciembre de 1996, su intención de depositar sus instrumentos de ratificación simultáneamente. Véase Ficsor, M.: *The Law of Copyright and the Internet*, 2002, p. 68, punto 2.41.

Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.»

español estimaba que las habitaciones de hotel no eran un ámbito doméstico y que, por consiguiente, el uso de la televisión en estas habitaciones constituía un acto de comunicación pública en el sentido del artículo 20 de la Ley de propiedad intelectual.<sup>16</sup> Por ello, el propietario del hotel debía pagar a la entidad gestora titular del repertorio de obras objeto de la comunicación derechos por la autorización de su uso.

### Normativa española relevante

14. Según la resolución de remisión, la Ley de propiedad intelectual española<sup>15</sup> reconoce al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma. Estos derechos incluyen la comunicación pública. El artículo 20 explica primero qué se entiende por comunicación pública: «todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas». A continuación, declara que no se considerará pública la comunicación «cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo».

15. El órgano jurisdiccional remitente afirma que hasta hace poco el Tribunal Supremo

16. Sin embargo, esta doctrina cambió con una sentencia del Tribunal Supremo de 2003,<sup>17</sup> que declaró que una habitación de hotel es un ámbito estrictamente doméstico y que, en consecuencia, el uso de televisores en tales habitaciones no constituye un acto de comunicación pública y que, por tanto, no es necesaria una autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual relativos a las obras objeto de comunicación.

### Procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

17. La Sociedad General de Autores y Editores de España (en lo sucesivo, «SGAE»)

15 — Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOE nº 97, de 22 de abril de 1996, p. 14369); véase en particular el artículo 17.

16 — Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1993 (RJ 1993/6164) y de 11 de marzo de 1996 (RJ 1996/2413).

17 — Sentencia de 10 de mayo de 2003 (RJ 2003/3036).

es una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual. Presentó una demanda contra Rafael Hoteles, S.L. (en lo sucesivo, «Rafael»), sociedad propietaria del Hotel Rafael, por vulneración de los derechos de propiedad intelectual gestionados por la SGAE. En concreto, ésta denunciaba que, durante el período comprendido entre junio de 2002 y marzo de 2003, en el Hotel Rafael se habían realizado actos de comunicación pública de obras pertenecientes al repertorio gestionado por ella. Dichos actos se llevaban a cabo por medio de televisores instalados en las habitaciones del hotel, que permitían a los clientes ver los programas de las cadenas cuya señal era captada por la antena principal del hotel y distribuida a cada uno de los televisores situados en las habitaciones. La SGAE solicitaba que se condenase a Rafael a pagar una indemnización compensatoria.

considera que la normativa y la jurisprudencia españolas pueden infringir la Directiva sobre los derechos de autor. En concreto, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre si la captación por el hotel de la señal de televisión, por vía satélite o terrestre, y su distribución por cable a las distintas habitaciones del hotel son actos de comunicación al público a efectos de la Directiva. Considera que la esencia de la comunicación al público es la accesibilidad de la obra difundida, en este caso por televisión, a una pluralidad de personas. Esta circunstancia se da claramente cuando el público está presente al mismo tiempo, por ejemplo cuando hay un aparato de televisión situado en el vestíbulo de un hotel. En cambio, surgen más dudas cuando el público comprende a una serie de personas presentes sucesivamente, como ocurre en una habitación de hotel.

18. El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda de la SGAE. Declaró que, sobre la base de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo descrita anteriormente, el uso de televisores en las habitaciones del Hotel Rafael no daba lugar a actos de comunicación pública de obras gestionadas por la SGAE y que, por consiguiente, no era necesario que la propietaria del hotel obtuviese previamente una autorización y pagase la remuneración correspondiente.

20. En consecuencia, la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

19. La SGAE recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que

«1) Si la instalación en las habitaciones de un hotel de aparatos de televisión a los que se distribuye por cable la señal de televisión captada, por vía satélite o terrestre, constituye un acto de comunicación pública sobre el que se

extiende la pretendida armonización de las normativas nacionales de protección de los derechos de autor prevista en el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001.

21. Han presentado observaciones escritas la SGAE, los Gobiernos austriaco, francés e irlandés y la Comisión. Estuvieron representados en la vista la SGAE, Rafael, los Gobiernos irlandés y polaco y la Comisión.

2) Si entender la habitación de un hotel como un ámbito estrictamente doméstico, para dejar de considerar comunicación pública la realizada a través de aparatos de televisión a los que se distribuye la señal previamente captada por el hotel, es contrario a la protección de los derechos de autor preconizada por la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001.

3) A los efectos de la protección de los derechos de autor frente a actos de comunicación pública prevista en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, si la comunicación que se lleva a cabo a través de un televisor dentro de una habitación dormitorio de un hotel puede considerarse pública por tener acceso a la obra un público sucesivo.»

### El asunto EGEDA

22. La normativa española que ha dado lugar al presente asunto ya fue objeto de una petición de decisión prejudicial antes de que se adoptase la Directiva sobre los derechos de autor. En el asunto EGEDA<sup>18</sup> se planteó al Tribunal de Justicia si la captación por parte de una entidad hotelera de señales de televisión por vía satélite o terrestre y su distribución por cable a las distintas habitaciones del hotel era un acto de comunicación al público o de recepción por el público en el sentido de la Directiva 93/83/CEE.<sup>19</sup> El Tribunal declaró que esa cuestión no estaba regulada por la Directiva 93/83, por lo que debía ser apreciada conforme al Derecho nacional.

18 — Sentencia de 3 de febrero de 2000 (C-293/98, Rec. p. I-629).

19 — Directiva del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable (DO L 248, p. 15).

23. El Abogado General La Pergola también consideraba que la cuestión no estaba regulada por la Directiva 93/83.<sup>20</sup> No obstante, procedió a analizar el artículo 11 *bis*, apartado 1, del Convenio de Berna, que, en su opinión, permitía dar una respuesta a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional.<sup>21</sup> Concluyó proponiendo al Tribunal de Justicia que declarase, en primer lugar, que la Directiva 93/83 no era aplicable y, en segundo lugar, que la captación por parte de un establecimiento hotelero de obras protegidas radio-difundidas vía satélite o por ondas hercianas por una entidad emisora de otro Estado miembro, y la ulterior distribución por cable de la señal de los programas recibidos a los receptores de televisión instalados en las habitaciones de dicho establecimiento, constituyen un acto de comunicación al público a efectos del artículo 11 *bis* del Convenio de Berna. En estas conclusiones haré numerosas referencias al análisis del Abogado General La Pergola, que resulta de gran ayuda.

25. La SGAE y el Gobierno francés consideran fundamentalmente que ese concepto, adecuadamente interpretado, abarca las actividades descritas, por lo que procede responder en sentido afirmativo a las tres cuestiones planteadas. Rafael y los Gobiernos austriaco e irlandés defienden el punto de vista contrario. El Gobierno polaco se centra en las cuestiones segunda y tercera, a las que, a su juicio, hay que responder en sentido afirmativo. La Comisión estima que, si bien la mera instalación de televisores en habitaciones de hotel no constituye un acto de «comunicación al público», la distribución por cable de la señal de televisión captada por vía satélite o terrestre a las habitaciones de hotel sí constituye un acto de este tipo.

### *Primera cuestión*

### **Apreciación**

24. Las cuestiones planteadas versan sobre la interpretación de la expresión «comunicación al público» contenida en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva.

26. Estoy de acuerdo con Rafael, los Gobiernos austriaco e irlandés y la Comisión en que la mera instalación de televisores en habitaciones de hotel no constituye un acto de comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva.<sup>22</sup>

20 — Punto 14 de sus conclusiones.

21 — Puntos 20 a 27.

22 — Aunque el órgano jurisdiccional remitente se refiere al artículo 3 de la Directiva, está claro que lo que hay que interpretar es el artículo 3, apartado 1, que es la disposición que otorga de manera expresa el derecho a autorizar la «comunicación al público», objeto de las tres cuestiones planteadas. El artículo 3, apartado 2, extiende el derecho a autorizar «la puesta a disposición del público de sus obras», reconocido a los autores por el inciso final del artículo 3, apartado 1, a los artistas, intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas, a los productores de películas y a los organismos de radiodifusión.

27. Esta conclusión se desprende claramente del vigésimo séptimo considerando de la Directiva, que expone que «la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de la presente Directiva». Esta limitación, de carácter inequívoco, corrobora la afirmación del vigésimo tercer considerando según la cual el «derecho [de comunicación al público] debe abarcar cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público [no presente en el lugar en el que se origina la comunicación], sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión [y] no debe abarcar ningún otro tipo de actos».

28. Además, este razonamiento concuerda con la interpretación del término «comunicación» que da el WCT. Resulta claro que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva pretende dar cumplimiento en el ámbito comunitario a algunas de las nuevas obligaciones internacionales impuestas por dicho Tratado.<sup>23</sup> En efecto, el derecho que el artículo 3, apartado 1, obliga a establecer a los Estados miembros está descrito en términos virtualmente idénticos a los del artículo 8 de aquél. No se trata de una coincidencia: el artículo 8 fue propuesto por

la Comunidad y los Estados miembros.<sup>24</sup> La Conferencia Diplomática que adoptó ese Tratado<sup>25</sup> también adoptó la siguiente «declaración concertada» en relación con el artículo 8:

«Queda entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente Tratado o del Convenio de Berna. También queda entendido que nada de lo dispuesto en el Artículo 8 impide que una Parte Contratante aplique el Artículo 11 *bis.2*.)»

29. En consecuencia, considero que procede responder a la primera cuestión planteada que la instalación en las habitaciones de un hotel de televisores a los que se distribuye por cable la señal de televisión captada por vía satélite o terrestre no constituye un acto de comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor.

24 — «Propuesta Básica de las disposiciones sustantivas del Tratado sobre ciertas cuestiones relativas a la protección de las obras literarias y artísticas para consideración por la Conferencia Diplomática» [en lo sucesivo, «Propuesta Básica», que está disponible en el sitio web de la OMPI ([www.wipo.int](http://www.wipo.int))], Notas Explicativas 10.07 y 10.08. El Memorándum preparado por el Presidente de los Comités de Expertos que precede a la Propuesta Básica explica lo siguiente en su punto 19: «El objetivo de las notas explicativas es: i) explicar brevemente el contenido y la razón de ser de las propuestas y ofrecer directrices para la comprensión e interpretación de disposiciones específicas; ii) indicar los antecedentes de las propuestas; y iii) incluir referencias a propuestas y comentarios formulados durante las sesiones de los Comités de Expertos, así como referencias a los modelos y puntos de comparación que se han encontrado en tratados existentes».

25 — Véase la nota 14. Las Declaraciones concertadas relativas al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (CRNR/DC/96) pueden hallarse en el sitio web de la OMPI.

23 — Decimoquinto considerando, recogido en el punto 4 de las presentes conclusiones.

*Cuestiones segunda y tercera*

30. Es conveniente examinar conjuntamente las cuestiones segunda y tercera del órgano jurisdiccional remitente. En efecto, interpretadas en conjunto, preguntan si la comunicación de obras radiodifundidas a las habitaciones de un hotel por medio de televisores a los que se distribuye la señal previamente captada por el hotel debe ser considerada «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva.

31. Las partes están de acuerdo en que, si se estima que los receptores constituyen «público», se aplicará el artículo 3, apartado 1: lo que divide a las partes que han presentado observaciones, y lo que indujo al órgano jurisdiccional remitente a plantear las cuestiones prejudiciales, es el significado de «el público».

32. En mi opinión, hay que responder a las cuestiones segunda y tercera en sentido afirmativo.

33. La Directiva no proporciona una definición de «el público», si bien (como afirman la SGAE y los Gobiernos francés y polaco) existen indicaciones de que el término debe interpretarse en sentido amplio a efectos de

la Directiva. Lo sugieren tanto el objetivo principal de ésta, que se basa en «un elevado nivel de protección» de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor,<sup>26</sup> como la afirmación contenida en la exposición de motivos de la Directiva según la cual el derecho de comunicación al público «debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación [y] debe abarcar cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos».<sup>27</sup>

34. Dado que la Directiva no contiene una definición ni tampoco indicaciones más claras, considero legítimo buscar una orientación en los instrumentos internacionales relevantes.

35. Como ya he explicado antes,<sup>28</sup> el artículo 3, apartado 1, de la Directiva pretende dar cumplimiento en el ámbito comunitario a las obligaciones impuestas por el artículo 8 del WCT.

36. Los objetivos del artículo 8 son aclarar lo dispuesto en el Convenio de Berna en relación con el derecho exclusivo de comu-

26 — Noveno considerando. Véase el punto 3 de las presentes conclusiones.

27 — Vigésimo tercer considerando.

28 — Punto 28.

nicación al público de obras, fundamentalmente el artículo 11 *bis*, apartado 1, y complementar los derechos que establece dicho Convenio «extendiendo el campo de aplicación del derecho de comunicación al público de tal forma que cubra todas las categorías de obras». <sup>29</sup>

artículo 3, apartado 1, <sup>32</sup> de la Directiva y en el artículo 8 del WCT. <sup>33</sup> Por esta razón, no considero que, como alega Rafael, en el presente asunto no exista «comunicación al público» porque los clientes del hotel, al verse limitados por los horarios existentes, no puedan acceder a los programas televisivos en el momento que elijan. En términos más amplios, el caso de autos se refiere a la regla general establecida por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y por el artículo 8 del WCT y no al ámbito específico expresamente incluido en ella.

37. El segundo de estos objetivos afecta en particular a las obras literarias, fotográficas, pictóricas y gráficas, que anteriormente no estaban cubiertas por el derecho de comunicación. La Propuesta Básica menciona que «la evolución tecnológica ha hecho posible la puesta a disposición de las obras protegidas de muchas formas que difieren de los métodos tradicionales». <sup>30</sup> El elemento más importante en esta evolución es, por supuesto, Internet, <sup>31</sup> y son las transmisiones en línea e interactivas (a la carta) las que pretende específicamente abarcar la frase «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» que figura en el

38. El artículo 8 del WCT tiene por objeto complementar las disposiciones del Convenio de Berna relativas a la comunicación al público otorgando un derecho exclusivo de comunicación al público a los autores de todo tipo de obras, en la medida en que este derecho no haya sido conferido ya por el Convenio. <sup>34</sup> Así, otorga un derecho más amplio a autorizar «cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos». No se incluye una definición de «el público».

29 — Propuesta Básica, Nota Explicativa 10.05. Estos objetivos se recogen asimismo en el preámbulo del WCT, que hace referencia a «la necesidad de introducir nuevas normas internacionales y clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes a fin de proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos».

30 — *Ibidem*.

31 — Véase asimismo el quinto considerando de la Directiva sobre los derechos de autor.

32 — Y también en el artículo 3, apartado 2.

33 — Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, COM(97) 628 final, puntos 1.I.B.6 y 3.II.A.1 de la exposición de motivos, y Propuesta Básica, punto 10.11. También lo deja claro el vigésimo quinto considerando de la Directiva.

34 — Para un análisis exhaustivo del ámbito de protección que otorga el Convenio de Berna en comparación con el que reconoce el WCT, véase Reinbothe y von Lewinski: *The WIPO Treaties 1996*, pp. 105 a 107, punto 11, así como Ficsor, obra citada en la nota 14, pp. 494 y 495, punto C8.03.

39. El Gobierno austriaco alega que corresponde al Derecho nacional definir «el público». Hace referencia a la Nota Explicativa 10.17 de la Propuesta Básica, que expone lo siguiente: «el término “público/a” ha sido utilizado en el Artículo 10 en la misma forma en que ha sido utilizado en las disposiciones vigentes del Convenio de Berna. Será competencia de las legislaciones nacionales y de la jurisprudencia definir lo que es “público”». Dicho Gobierno también invoca doctrina jurídica que apoya su opinión según la cual corresponde al Derecho nacional definir «público»<sup>35</sup> y el documento de trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la revisión del marco jurídico comunitario en materia de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor,<sup>36</sup> que establece lo siguiente: «en estos momentos, no parece que exista necesidad de reconsiderar la línea seguida hasta ahora, y el término “público” debe seguir siendo una cuestión que determinen la legislación y la jurisprudencia nacionales».

40. En una variación sobre el mismo tema, Rafael afirma que en el presente asunto es aplicable la Directiva 93/83<sup>37</sup> y no la Directiva sobre los derechos de autor. En consecuencia, de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto EGEDA,<sup>38</sup> corresponde al Derecho nacional definir «comunicación al público».

41. No estoy de acuerdo con esas alegaciones.

42. Como señala la Comisión, el Tribunal de Justicia ha reconocido que «de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate».<sup>39</sup>

43. Resulta claro que la Directiva sobre los derechos de autor pretende ser una directiva de armonización y está diseñada ante todo para «[contribuir] a la aplicación de las cuatro libertades del mercado interior» y establecer «un nivel elevado de protección de la propiedad intelectual».<sup>40</sup> El derecho a autorizar la comunicación al público era una de las cuatro cuestiones que, según afirmó la Comisión al presentar su Propuesta de directiva, exigían la adopción inmediata de normativa en el ámbito comunitario debido a su importancia para el mercado interior.<sup>41</sup> El vigésimo tercer considerando declara expresamente que la Directiva «debe armonizar en mayor medida el derecho de autor de la comunicación al público». Es patente que esa

35 — Incluida la obra ya citada de Reinbothe y von Lewinski, p. 107, puntos 12 y 13.

36 — De 19 de julio de 2004, SEC(2004) 995, p. 15.

37 — Citada en la nota 19.

38 — Véase el punto 22 de las presentes conclusiones.

39 — Sentencia de 6 de febrero de 2003, SENA (C-245/00, Rec. p. I-1251), apartado 23.

40 — Considerandos tercero y cuarto.

41 — Véase el punto 2.II.4 de la exposición de motivos de la Propuesta, citada en la nota 33. Las otras tres cuestiones eran el derecho de reproducción (artículo 2 de la Directiva), las medidas tecnológicas y la información para la gestión de derechos (artículos 6 y 7) y el derecho de distribución de copias materiales, incluido su agotamiento (artículo 4).

armonización quedaría en letra muerta si los Estados miembros tuvieran libertad para definir uno de los dos elementos fundamentales de la sustancia del citado derecho.<sup>42</sup> Además, en el asunto EGEDA<sup>43</sup> el Tribunal de Justicia asume que el artículo 3, apartado 1, se basa en un concepto uniforme de «comunicación al público».

Comisión indicó en la vista que se trataba de un simple borrador que nunca fue aprobado por esa institución. En cualquier caso, está claro que la opinión de la Comisión acerca de los efectos del Derecho comunitario, si bien resulta interesante y puede tener cierto peso, no es vinculante para el Tribunal de Justicia.

44. No considero que este punto de vista sea contrario a la Nota Explicativa a la que hace referencia Austria. En el contexto del WCT, del que es parte la Comunidad, la «legislación nacional» es la Directiva sobre los derechos de autor (y no las normativas internas de los distintos Estados miembros) y la «jurisprudencia» es la del Tribunal de Justicia.

46. Dado que el WCT, al igual que la Directiva, no contiene una definición de «el público», el significado de este término debe determinarse teniendo en cuenta el objetivo del artículo 8. Como ya he señalado,<sup>44</sup> esta disposición pretende aclarar y complementar lo dispuesto en el artículo 11 *bis*, apartado 1, del Convenio de Berna.

45. Por lo que respecta al documento de trabajo de la Comisión, el agente de la

47. La historia del artículo 11 *bis*, apartado 1, del Convenio de Berna puede verse como una serie de intentos de reforzar la protección de los derechos de autor a la luz de la evolución tecnológica. El derecho del autor a autorizar la representación y ejecución de su obra dramática o musical se reconoció desde el principio, en 1886.<sup>45</sup> En 1928 se añadió el artículo 11 *bis*, que inicialmente sólo otorgaba a los autores de obras literarias y

42 — Como señaló la Comisión en su Libro verde sobre los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información [de 19 de julio de 1995, COM(95) 382 final], que allanó el camino para la Directiva, «el hecho de que determinadas actividades sean legales en algunos Estados miembros y en otros no podría provocar dificultades en el funcionamiento del mercado interior» (sección IV.3).

43 — Citado en la nota 18, apartados 26 a 28 de la sentencia.

44 — Véase el punto 36 de las presentes conclusiones.

45 — Inicialmente en el artículo 9, y al principio sólo por medio de la exigencia de que cualquier protección otorgada por la legislación nacional se extendiese a los no nacionales. Esto cambió en la revisión realizada en Bruselas en 1948, donde se estableció de manera expresa que el derecho quedaba protegido en sí por el Convenio. Entre tanto, el artículo 9 se había convertido en artículo 11 tras la revisión de Berlín de 1908.

artísticas «el derecho exclusivo a autorizar la comunicación de sus obras al público mediante radiodifusión». <sup>46</sup> El objetivo de esta disposición era claramente ampliar el derecho existente a autorizar una representación o ejecución teniendo en cuenta la evolución tecnológica consistente en el desarrollo de la transmisión por radio. <sup>47</sup> La difusión de señales por cable no estaba cubierta.

Glosario de la OMPI <sup>49</sup> define «reemisión» como «la emisión simultánea de un programa recibido de otra fuente, o una nueva radiodifusión diferida de un programa anteriormente transmitido o recibido y grabado previamente». También deja claro que «la autorización para radiodifundir una obra no comprende necesariamente la reemisión de la obra».

48. En 1948 el artículo 11 *bis*, apartado 1, fue revisado y adoptó un tenor muy similar al actual. Los derechos a autorizar la representación y ejecución pública (artículo 11, apartado 1) y la comunicación al público mediante radiodifusión [artículo 11 *bis*, apartado 1, anterior, que se convirtió fundamentalmente en el artículo 11 *bis*, apartado 1, inciso i)] fueron complementados con los derechos a autorizar la comunicación pública, alámbrica o mediante reemisión, de la obra radiodifundida, por un organismo distinto del de origen [artículo 11 *bis*, apartado 1, inciso ii)], y la comunicación pública <sup>48</sup> de la obra radiodifundida mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo [artículo 11 *bis*, apartado 1, inciso iii)]. El

49. Así pues, de nuevo, la revisión ampliaba la protección a la luz de la evolución tecnológica. <sup>50</sup> A lo largo de toda la evolución, la preocupación era claramente garantizar que no se consideraba que la autorización dada para una fase (por ejemplo, representación o primera transmisión) se extendía automáticamente a las fases sucesivas (por ejemplo, primera transmisión de una representación, comunicación de la obra radiodifundida por un organismo distinto o mediante altavoz, etc.).

46 — Artículo 11 *bis*, apartado 1. El apartado 2 del mismo artículo se refería a las condiciones que podía imponer la normativa nacional al ejercicio de ese derecho.

47 — El Acta de la Conferencia para la Revisión celebrada en Bruselas en 1948 señala lo siguiente acerca de la versión inicial del artículo 11 *bis*, apartado 1: «Al establecer el principio de manera elíptica, la formulación del Convenio era adecuada para el estado de un invento que en aquel momento aún estaba empezando a desarrollarse.» (p. 263). Según la opinión general, el término «radiodifusión», que se usó en la versión adoptada, incluía la transmisión por televisión. Véase Ricketson, S.: *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, p. 439. Ricketson describe la «radiodifusión» en 1928 como «un nuevo desarrollo tecnológico que tenía profundas implicaciones para los derechos de autor» (p. 103).

48 — La utilización de las distintas formulaciones «comunicación al público» y «comunicación pública» no parece ser relevante. Ambas se traducen por «communication publique» en el texto francés, que prevalece en virtud del artículo 37, apartado 1, letra c), en el caso de que existan diferencias de opinión en la interpretación de los distintos textos.

49 — Glosario de derecho de autor y derechos conexos (1980). La introducción del Glosario declara que el propósito general de éste es «facilitar la comprensión de los términos jurídicos que se utilizan con mayor frecuencia en las esferas del derecho de autor y los derechos conexos».

50 — El Ponente en la Conferencia de Bruselas declaró lo siguiente: «Habida cuenta del prodigioso desarrollo de la radio, el programa proponía [un artículo 11 *bis* revisado] que dividía el derecho de acuerdo con las formas más recientes de explotación de éste [...] con la intención de extender las mejoras y ampliaciones que pudieran efectuarse todavía a la [televisión]» (Acta citada en la nota 47, p. 263). En el mismo sentido, Ricketson afirma que en el momento de la Revisión de Bruselas los derechos de autor «corrían el riesgo de verse superados por los cambios rápidos y revolucionarios que estaba experimentando la tecnología» [obra anteriormente citada, p. 113 (punto 3.48)]. Véase asimismo Ricketson, p. 424, punto 8.63.

50. El criterio de que la comunicación sea realizada «por distinto organismo que el de origen» utilizado en el artículo 11 *bis*, apartado 1, inciso ii), del Convenio se adoptó para establecer una distinción «puramente funcional»: la opción de exigir una nueva autorización cada vez que una retransmisión «procurase un círculo nuevo de oyentes» se rechazó deliberadamente.<sup>51</sup> Sin embargo, ése parece ser fundamentalmente el efecto de la disposición. La Guía de la OMPI<sup>52</sup> confirma asimismo esta interpretación. Expone lo siguiente en relación con el artículo 11 *bis*, apartado 1, inciso iii):

licencia concedida por el autor a la emisora abarca además todo el uso que se haga de la obra radiodifundida, tenga o no fines mercantiles.

«Por último, el tercer supuesto al que se refiere el [artículo 11 *bis*, apartado 1] es aquel en que la obra que ha sido radiodifundida se comunica públicamente, por ejemplo, mediante altavoz o de otro modo, al público. Este caso es cada vez más frecuente. En los lugares donde se reúne gente (cafés, restaurantes, salones de té, hoteles, tiendas grandes, trenes, aviones, etc.) se ha creado la práctica de emitir programas radiodifundidos. También va en aumento el uso de obras protegidas con fines publicitarios en lugares públicos. La pregunta que se plantea es si la

La respuesta del Convenio es “no”. *Igual que en el caso de una nueva transmisión por cable de una obra radiodifundida se crea una audiencia adicional [apartado 1, inciso ii)],* en este caso puede ser percibida también por oyentes (y quizás espectadores) distintos de los que previó el autor al dar su permiso. Si bien, por definición, el número de personas que reciben una transmisión no puede determinarse con certeza, el autor piensa que su licencia para transmitir abarca únicamente la audiencia directa que recibe la señal dentro del círculo familiar. Cuando esa recepción se efectúa para el entretenimiento de un círculo más amplio, a menudo con el fin de obtener un beneficio, se permite a una parte más del público disfrutar de la obra y deja de tratarse de una mera transmisión. Se

51 — Véase la obra ya citada de Ricketson, p. 449.

52 — Guía sobre el Convenio de Berna (1978). Según su prólogo, la Guía, aunque «no pretende ser una interpretación auténtica de las disposiciones del Convenio», persigue «presentar, de la manera más sencilla y clara posible, el contenido del Convenio de Berna y proporcionar explicaciones acerca de su naturaleza, objetivos y ámbito de aplicación».

otorga al autor el control sobre esta nueva representación pública de su obra.»<sup>53</sup>

51. A la luz de lo anterior, resulta claro que el artículo 8 del WCT pretende complementar el artículo 11 *bis*, apartado 1, del Convenio de Berna reforzando el derecho de los autores a autorizar la comunicación de sus obras en circunstancias en las que los avances tecnológicos permiten que una comunicación que ha sido autorizada se transmita a un círculo de personas que va más allá de los receptores previsibles de la comunicación inicial.

52. La transmisión de obras radiodifundidas a las habitaciones de un hotel por medio de televisores a los que se distribuye la señal previamente captada por el hotel entra de lleno en ese concepto. Como afirmó el Abogado General La Pergola en sus conclusiones presentadas en el asunto EGEDA,<sup>54</sup> «está completamente claro —puesto que dicha distribución no constituye un simple medio técnico para garantizar o mejorar la recepción de la emisión de origen en su zona de cobertura, como sería, por ejemplo, el caso de la instalación y utilización de repetidores— que, en el presente caso, es [la empresa propietaria del hotel] la responsable

de la posibilidad de acceso a la obra protegida que se ofrece a los huéspedes del hotel. En efecto, sin la utilización secundaria por parte de [ésta], los clientes —aun cuando se encontraran físicamente dentro de la zona de cobertura del satélite— no hubieran podido disfrutar de ningún otro modo de la obra radiodifundida; por tanto, dichos clientes constituyen, en este sentido, un público “nuevo” respecto del público de la emisión primaria».

53. Es necesario señalar que el criterio «puramente funcional» adoptado en la práctica por el artículo 11 *bis*, apartado 1, inciso ii), a saber, que la comunicación sea realizada «por distinto organismo que el de origen», se cumple en cualquier caso en circunstancias como las del presente asunto. Como observa el Gobierno francés, el propietario del hotel se encuentra en la misma situación que un tercero que retransmite programas originales emitidos o transmitidos por cable.

54. La Comisión sostiene que el factor decisivo para determinar si una comunicación se realiza «al público» es la amplitud del círculo de receptores potenciales de la comunicación y su importancia para el autor en términos económicos. Estoy de acuerdo en que estos dos factores deben ser conside-

53 — Puntos 11 *bis*.11 y 11 *bis*.12; el subrayado es mío.

54 — Citadas en la nota 18, punto 22.

rados. Una interpretación que tuviese en cuenta dichos factores sería coherente con la finalidad de la disposición, consistente en otorgar al autor el derecho a autorizar la explotación de su obra por medio de la comunicación al público.<sup>55</sup>

radiodifundida mediante receptores de televisión». Estoy de acuerdo con su respuesta, a saber, que «es al conjunto de los clientes presentes en un hotel en un momento dado al que debe considerarse como “público” a efectos del derecho de autor. En otros términos, la “discontinuidad espacial” entre las diferentes personas que integran el círculo de destinatarios a los cuales el responsable de cada acto de utilización secundaria hace accesible la obra no es suficiente para negar la relevancia económica del nuevo público al que se llega».<sup>56</sup>

55. Es cierto que en el caso de la comunicación de la señal de televisión por parte de un hotel a sus distintas habitaciones los únicos receptores de cada comunicación concreta en un momento particular son los ocupantes de la habitación, que en general suelen ser sólo una o dos personas. Sin embargo, es necesario considerar los efectos acumulativos de todas las comunicaciones del mismo tipo, teniendo en cuenta el objetivo de la Directiva formulado en el noveno considerando, consistente en un lograr «un elevado nivel de protección» de los titulares de derechos, y la afirmación contenida en el vigésimo tercer considerando según la cual el derecho de comunicación al público «debe entenderse en un sentido amplio». El Abogado General La Pergola respondió de manera hábil en sus conclusiones presentadas en el asunto EGEDA al argumento según el cual «la relevancia económica de los huéspedes de una habitación de hotel es tan modesta que dichos huéspedes no pueden constituir un público “nuevo” respecto del de la emisión primaria. Por tanto, no cabría atribuir relevancia económica como acto independiente de comunicación a la distribución de la obra

56. Para la Comisión, el hecho de que la comunicación produzca o no beneficios económicos no es decisivo. Cita los ejemplos de la emisión de música por altavoces o de imágenes en una pantalla gigante en actos políticos o de organizaciones caritativas. A su juicio, en esos casos habría «comunicación al público» aunque no existiese ánimo de lucro. En cambio, el Abogado General La Pergola, si bien admitía la importancia de «la relevancia económica del nuevo público», consideró en las citadas conclusiones que el Convenio de Berna «estableció el principio de la necesidad de contar con la autorización del autor para cualquier utilización secundaria de la obra radiodifundida que dé lugar a actos autónomos de explotación económica en razón del ánimo de lucro perseguido por la persona responsable de la misma».<sup>57</sup> También expresó la opinión, con la que

55 — Véase la obra ya citada de Reinbothe y von Lewinski, p. 107, punto 12.

56 — Punto 26.

57 — *Ibidem*, punto 24.

coincido, de que el servicio de retransmisión interna a las habitaciones del hotel sin duda «reporta al hotel [...] una ventaja económica considerable». <sup>58</sup>

57. En el caso de autos está claro, por una parte, que el círculo de receptores potenciales de la comunicación es amplio y relevante para el autor en términos económicos y, por otra, que la entidad que efectúa la comunicación lo hace con ánimo de lucro. En tales circunstancias, hay que considerar que la comunicación se realiza «al público». No me parece necesario ni adecuado decidir en el contexto del presente asunto si es imprescindible que la persona que efectúa la comunicación obtenga un beneficio económico para que se considere que una comunicación se realiza «al público» en el sentido del artículo 3 de la Directiva.

58. Por último, debo analizar cuatro alegaciones detalladas formuladas por Rafael y por los Gobiernos austriaco e irlandés.

59. En primer lugar, Rafael alega, si entendí correctamente a su representante en la vista, que el trigésimo quinto considerando y el artículo 5 de la Directiva sobre los derechos

de autor prevén que se establezcan excepciones a los derechos de autor protegidos por ésta y que, en cualquier caso, el citado considerando sólo dispone que en esos casos «los titulares de los derechos *deberían* recibir una compensación equitativa» <sup>59</sup> por el uso que se haga de sus obras. Rafael sostiene que, como el verbo aparece en condicional, la compensación no es obligatoria. También el Gobierno austriaco hizo referencia al derecho de los Estados miembros a establecer excepciones.

60. Es cierto que el artículo 5 de la Directiva contiene «una lista *exhaustiva* de excepciones y limitaciones [al derecho] de comunicación al público». <sup>60</sup> Sin embargo, no se ha proporcionado ninguna explicación <sup>61</sup> acerca de cuál de esas excepciones puede ser aplicable en el presente asunto. El argumento basado en el uso del condicional en la versión española (que, en cualquier caso, se usa habitualmente en los considerandos) carece de fuerza frente a la interpretación teleológica o a la comparación con las demás versiones lingüísticas.

61. En segundo lugar, Rafael y el Gobierno austriaco alegan que el acto de retransmisión por parte del hotel a sus habitaciones no está

59 — El subrayado es mío. Probablemente es la versión española, «deberían», la que provocó que se formulara esta alegación. Sin embargo, la versión francesa utiliza «doivent».

60 — Trigésimo segundo considerando; el subrayado es mío.

61 — Ni siquiera en respuesta a una pregunta formulada en la vista.

comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, dado que esta disposición, con el uso de la expresión «por procedimientos alámbricos o inalámbricos», se refiere a la comunicación a distancia. Afirman que esta interpretación se ve confirmada por el vigésimo tercer considerando, que expone que el derecho abarca *sólo* la «comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación». De ello se desprende que no existe una armonización completa de las disposiciones relativas a la comunicación al público y que sólo está armonizada la comunicación a distancia –como la transmisión por radio («por procedimientos [...] inalámbricos») o por cable («por procedimientos alámbricos»)–. Rafael y el Gobierno austriaco concluyen que, si cualquier acto de comunicación, aunque sea sucesiva, es pública y constituye, por tanto, un acto de comunicación al público, ello provocaría la consecuencia (probablemente no deseada) de que la captación privada de transmisiones televisivas también constituya un acto de comunicación al público.

62. Ya he explicado por qué considero indefendible la alegación de que la Directiva no armoniza del todo el concepto de «comunicación al público».

63. Tampoco acepto el argumento de que la «comunicación al público» exige que exista distancia física. Aparte de las dificultades evidentes que surgirían en la aplicación práctica de un requisito tan arbitrario

–¿dónde se pondría el límite?– la historia del artículo 11 *bis*, apartado 1, del Convenio de Berna no ofrece ninguna justificación para este punto de vista. Por el contrario, como ya he expuesto antes, indica que el criterio relevante es que el círculo de receptores de la transmisión original sea ampliado por un organismo distinto del que realiza aquélla. Está claro que hace falta cierta técnica de transmisión para poder operar a distancia,<sup>62</sup> pero el hecho de que en un caso determinado la distancia sea pequeña no desvirtúa el criterio. En cambio, el criterio utilizado en el vigésimo tercer considerando de la Directiva, a saber, que la «comunicación al público» incluye «todo tipo de comunicación al público *no presente en el lugar en el que se origina la comunicación*»,<sup>63</sup> es un criterio viable en la práctica y que no requiere ninguna cuantificación de la distancia.

64. Por lo que respecta a la afirmación de Rafael y de Austria que quedaba pendiente de analizar, según la cual, si la comunicación es considerada «pública» aunque sea «sucesiva», la captación privada de transmisiones televisivas quedará incluida en la definición, resulta claramente de la Guía y del Glosario de la OMPI que (como indica el sentido común) no se produciría esa consecuencia. Según expone la Guía, «el autor piensa que su licencia para transmitir abarca únicamente la audiencia directa que recibe la señal

62 — El Glosario de la OMPI define «difusión de señales, sonidos e imágenes» a efectos del artículo 11 *bis*, apartado 1, inciso i), como «toda técnica de transmisión de obras u otros programas e información sonoros y/o visuales, para su recepción pública a distancia por medios inalámbricos o por hilo».

63 — El subrayado es mío.

dentro del círculo familiar». <sup>64</sup> Esta interpretación se ve confirmada por la definición de «comunicación al público» contenida en el Glosario de la OMPI: «hacer una obra [perceptible], de cualquier manera idónea, para las personas en general, es decir, sin [restringirla] a determinados individuos pertenecientes a un grupo privado». <sup>65</sup> Además, en la medida en que sea relevante que la entidad que provee el servicio obtenga un beneficio, permite, en las palabras del Abogado General La Pergola en sus conclusiones presentadas en el asunto EGEDA, «explicar de manera convincente por qué no es posible hablar de comunicación pública cuando el usuario directo del receptor de televisión hace accesible la obra protegida al círculo de sus familiares o amigos; en tales casos, en lugar de una utilización secundaria de la obra radiodifundida por parte de un tercero lo que tiene lugar es tan sólo la puesta en común de aparatos de recepción de la emisión primaria, sin que el interesado persiga fines lucrativos». <sup>66</sup> Por último, el Convenio de Berna, el WCT y la Directiva pretenden proteger los derechos económicos de los autores. Es difícil entender cómo podrían estos derechos resultar perjudicados por la comunicación a círculos privados.

hotel constituyan un ámbito privado convierte la retransmisión o la puesta a disposición de obras protegidas en los televisores situados en tales lugares, donde pueden ser vistas por el cliente o clientes (y quizá también por los familiares o amigos que visiten a éstos en la habitación), en un acto de comunicación no pública. Señala que el Tribunal de Justicia ha reconocido, sobre la base del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, <sup>67</sup> que la exigencia de una protección contra las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, que sean arbitrarias o desproporcionadas constituye un principio general del Derecho comunitario. <sup>68</sup> Hay que considerar que el legislador comunitario tiene en cuenta dicho principio al adoptar Derecho comunitario derivado, como la Directiva sobre los Derechos de autor. Por tanto, es relevante a efectos de la interpretación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva.

65. En tercer lugar, el Gobierno irlandés alega que el hecho de que las habitaciones de

66. Sin embargo, no veo cómo puede el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, que tiene por objeto proteger a los particulares contra las injerencias de las autoridades públicas en el ejercicio de su derecho al respeto de la vida privada y familiar, ser relevante ni siquiera por analogía para la

64 — Punto 11 *bis*.12.

65 — En el mismo sentido, véase la obra de Ricketson citada en la nota 47, pp. 432 y 433 (punto 8.71) y 453 (punto 8.88) y la obra de Reinbothe y von Lewinski citada en la nota 34, p. 107, punto 12.

66 — Punto 24.

67 — El artículo 8 reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, y prohíbe cualquier injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de determinadas excepciones justificadas por el interés general.

68 — El Gobierno irlandés cita las sentencias de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión (46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859), apartado 19, y de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères (C-94/00, Rec. p. I-9011), apartados 27 y 29.

interpretación de una disposición que pretende armonizar los derechos de autor. En términos más generales, coincido con el Abogado General La Pergola, que respondió a un argumento similar en sus conclusiones presentadas en el asunto EGEDA.<sup>69</sup> Aunque aceptaba que, desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales, «una habitación de hotel constituye un lugar perteneciente al ámbito estrictamente privado o doméstico de una persona o de su familia», continuaba afirmando que «la línea de demarcación jurídica entre privado y público no es necesariamente la misma a efectos de la protección del derecho de autor. No por casualidad el criterio del carácter privado o público de las habitaciones es ajeno no sólo a la letra, sino también al espíritu del artículo 11 *bis* del Convenio, que impone la obligación de obtener la autorización del autor no para las retransmisiones en lugares públicos o accesibles al público, sino para los actos de comunicación mediante los cuales la obra se hace accesible al público. Desde esta óptica, tampoco puede atribuirse una importancia determinante para la calificación de un acto de comunicación como público al elemento material del concepto de público, tradicionalmente asimilado a la inexistencia de relaciones personales especiales entre los integrantes de un grupo de personas o entre éstos y el organizador».

67. Por último, Rafael y el Gobierno irlandés sostienen que en el presente asunto no existe «comunicación al público» dado que el hecho de que realmente se reciba un determinado programa de televisión retrans-

mitido depende de si un cliente del hotel enciende el televisor situado en su habitación y elige un canal particular. Una vez más, hago referencia al Abogado General La Pergola, que ya formuló la respuesta a esta cuestión. En sus conclusiones presentadas en el asunto EGEDA,<sup>70</sup> afirmó que este argumento «es incompatible con uno de los principios fundamentales del derecho de autor: aquel según el cual el titular del derecho es remunerado no por el disfrute efectivo de la obra, sino por la simple posibilidad jurídica de dicho disfrute. Piénsese, por ejemplo, en el editor, que debe pagar al autor los derechos de autor convenidos por los ejemplares vendidos de una novela, independientemente de si los mismos son efectivamente leídos por sus compradores o no. De un modo totalmente análogo, un hotel que procede a la distribución interna por cable –de forma simultánea, íntegra e inalterada– de una emisión primaria transmitida vía satélite no puede negarse a abonar al autor la remuneración que le corresponde alegando que la obra radiodifundida no ha sido recibida efectivamente por los potenciales telespectadores que tienen acceso a los receptores de televisión instalados en las diferentes habitaciones».

68. En consecuencia, considero que procede responder a las cuestiones segunda y tercera que la comunicación realizada a través de televisores a los que se distribuye la señal previamente captada por el hotel constituye «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor.

69 — Citadas en la nota 18, punto 23.

70 — Citadas en la nota 18, punto 22.

## **Conclusión**

69. Por las razones anteriores, estimo que procede responder a las cuestiones planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona lo siguiente:

### Primera cuestión

- La instalación en las habitaciones de un hotel de televisores a los que se distribuye por cable la señal de televisión captada por vía satélite o terrestre no constituye «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, 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.

### Cuestiones segunda y tercera

- La comunicación realizada a través de televisores a los que se distribuye la señal previamente captada por el hotel constituye «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.