

Asunto C-127/24

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

15 de febrero de 2024

Órgano jurisdiccional remitente:

Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal de lo Civil y Penal,
Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

8 de febrero de 2024

Parte demandante y recurrente en casación:

Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische
Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)

Parte demandada y recurrida en casación:

VHC 2 Seniorenresidenz und Pflegeheim GmbH

**BUNDESGERICHTSHOF (TRIBUNAL SUPREMO DE LO CIVIL Y
PENAL, ALEMANIA)**

RESOLUCIÓN

[omissis]

Pronunciada el
8 de febrero de 2024
[omissis]

en el litigio entre

GEMA Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische
Vervielfältigungsrechte, [omissis]

[omissis] Berlín,

parte demandante y recurrente en casación,

[omissis]

y

VHC 2 Seniorenresidenz und Pflegeheim gGmbH, [omissis]

[omissis] Unterschleissheim,

parte demandada y recurrida en casación,

[omissis]

La Sala Primera de lo Civil del Bundesgerichtshof [omissis]

ha resuelto:

- I. Suspender el procedimiento.
- II. Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación 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 (DO 2001, L 167, p. 10):
 - 1) ¿Constituyen un «número indeterminado de destinatarios potenciales», en el sentido de la definición de la expresión del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE «comunicación al público», los residentes de una residencia de mayores que funciona con carácter comercial, los cuales disponen de conexiones de televisión y radio en sus habitaciones, a las cuales la administración de la residencia redifunde de forma simultánea, inalterada e íntegra, a través de su red alámbrica, las emisiones de radiodifusión que recibe un sistema propio de recepción de señales transmitidas vía satélite?
 - 2) ¿Sigue teniendo validez general la definición utilizada hasta ahora por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea según la cual, para ser calificada de «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, «la comunicación de una obra protegida debe [...] efectuarse con una técnica específica, diferente de las utilizadas anteriormente, o, en su defecto, ante un “público nuevo”, es decir, un público que no fue tomado en consideración por el titular de los derechos de autor cuando autorizó la comunicación inicial de su obra al público», o, por el contrario, la técnica utilizada solo tiene relevancia en los casos en que se produce una retransmisión a la

internet abierta de contenidos inicialmente recibidos por vía terrestre, por satélite o por cable?

- 3) ¿Constituye un «público nuevo», en el sentido de la definición de la expresión del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 «comunicación al público», el hecho de que la administración de una residencia de ancianos, actuando con ánimo de lucro, redifunda a las conexiones de televisión y radio de que disponen las habitaciones de los residentes, de forma simultánea, inalterada e íntegra, a través de su red alámbrica, las emisiones de radiodifusión que recibe un sistema propio de recepción de señales transmitidas vía satélite? ¿Es relevante a este respecto si los residentes, independientemente de la difusión por cable, tienen la posibilidad de recibir en sus habitaciones las emisiones de televisión y radio por vía terrestre? ¿Es asimismo relevante a este respecto si los titulares de los derechos ya han percibido una compensación por la autorización de la emisión inicial?

Fundamentos

- 1 A. La demandante es la Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA), sociedad que ejerce los derechos de autor que le conceden compositores, letristas y editores musicales.
- 2 La demandada explota un centro de mayores y asistencial en Dahn, cuya área asistencial dispone de 88 habitaciones individuales y 3 dobles en 4 áreas de residencia. En él residen de forma permanente 89 personas mayores dependientes que, además del alojamiento, reciben también una atención y cuidados completos. Aparte del área asistencial, la institución de la demandada cuenta con distintas zonas comunes, como salas de juegos y de ocio.
- 3 A través de un sistema propio de recepción de señales transmitidas vía satélite, la demandada recibe en la institución emisiones de radiodifusión (televisión y radio) que redifunde a las conexiones de televisión y radio de que disponen las habitaciones de los residentes, de forma simultánea, inalterada e íntegra, a través de su red alámbrica. De esta manera, todas las habitaciones residenciales y asistenciales del centro disponen de señal de televisión y radio.
- 4 La demandante considera que la redifusión de las emisiones de radiodifusión que efectúa la demandada está sujeta a licencia, por lo que ha requerido a la demandada, sin éxito, que celebre el correspondiente contrato.
- 5 A instancia de la demandante, el Landgericht (Tribunal Regional de lo Civil y Penal) condenó a la demandada, bajo el apercibimiento de la imposición de ciertas medidas coercitivas, a:

cesar en la redifusión a las conexiones existentes en las habitaciones de residencia y de asistencia de las obras musicales, con o sin texto, pertenecientes al repertorio

de la demandante, dentro de una emisión redifundida de forma simultánea, inalterada e íntegra a través de la red alámbrica de que dispone la institución [...] que explota la demandada, sin la autorización de la demandante.

- 6 Tras el recurso de apelación interpuesto por la demandada, en segunda instancia se desestimó la demanda [Oberlandesgericht Zweibrücken (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Zweibrücken, Alemania), GRUR 2023, 722]. Mediante su recurso de casación, admitido a trámite por el tribunal de apelación y cuya desestimación solicita la demandada, la demandante insiste en sus pretensiones.
- 7 B. El éxito del recurso de casación depende de la interpretación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. En consecuencia, antes de resolver el recurso de casación, procede suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafos primero, letra b), y tercero.
- 8 I. El tribunal de apelación consideró que la acción de cesación ejercitada por la demandante carecía de fundamento, ya que no se trata de una comunicación al público.
- 9 Si bien existe un acto de comunicación, este no se produce al público, ya que en el caso de autos la comunicación se circunscribe al colectivo limitado de residentes de la institución, los cuales (al igual que los miembros de una comunidad de vecinos) constituyen un grupo estable, estructuralmente muy homogéneo y tendente a permanecer a largo plazo en la institución, con escasa fluctuación.
- 10 II. El recurso de casación dirigido por la demandante contra esta sentencia dictada en apelación prosperará si el tribunal de apelación erró al considerar que la redifusión por cable del presente asunto no constituye una comunicación al público en el sentido de los artículos 15, apartado 2, frases primera y segunda, punto 3; 20 y 20b, apartado 1, primera frase, de la Urheberrechtsgesetz (Ley de Derechos de Autor). La demandante está legitimada para el ejercicio de la acción de cesación (véase, la sección B II 1). La cuestión de si la redifusión por cable de que aquí se trata cumple los requisitos de una comunicación al público debe ser aclarada, a efectos del Derecho de la Unión, desde una perspectiva múltiple. En primer lugar, procede dilucidar si los usuarios de la residencia de mayores de la demandada constituyen un «número indeterminado de destinatarios potenciales» en el sentido de la definición de «comunicación al público» que contiene el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 (véase la sección B II 2). Asimismo, se ha de aclarar si la definición de comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, que es la manejada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sigue gozando de la validez general o solamente para determinados casos de difusión, habida cuenta de la técnica utilizada (véase la sección B II 3). Por último, es preciso resolver si, en la situación del presente asunto, los usuarios de la residencia de mayores constituyen un «público nuevo» en el sentido de la definición de «comunicación al público»

que contiene el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 (véase la sección B II 4).

- 11 1. La demandante está legitimada para ejercitar la acción de cesación con arreglo al artículo 97, apartado 1, primera frase, de la Ley de Derechos de Autor. Autores, artistas intérpretes, entidades de radiodifusión y productores de películas tienen el derecho exclusivo a la redifusión por cable. En caso de vulneración ilícita de su derecho, les asiste la acción de cesación en virtud del artículo 97, apartado 1, primera frase, de la Ley de Derechos de Autor [respecto al artículo 97, apartado 2, de dicha Ley, véase la sentencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) de 18 de junio de 2020 — I ZR 171/19, GRUR 2020, 1297 (juris, apartado 9) = WRP. 2020, 1573 — Radiodifusión en viviendas vacacionales, y la jurisprudencia citada]. La demandante ejerce este derecho en nombre de compositores y letristas, en su condición de autores.
- 12 2. En primer lugar, procede aclarar si constituyen un «número indeterminado de destinatarios potenciales» en el sentido de la definición de «comunicación al público» que contiene el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE los usuarios de una residencia de mayores que funciona con carácter comercial, los cuales disponen de conexión de televisión y radio en sus habitaciones, a la que la administración de la residencia redifunde de forma simultánea, inalterada e íntegra, a través de su red alámbrica, las emisiones de radiodifusión que recibe un sistema propio de recepción de señales redifundidas vía satélite (primera cuestión prejudicial). El recurso de casación dirigido por la demandante contra esta sentencia dictada en apelación prosperará si el tribunal de apelación erró al considerar que la redifusión por cable del presente asunto no constituye una comunicación al público en el sentido de los artículos 15, apartado 2, frases primera y segunda, punto 3; 22 y 20b, apartado 1, primera frase, de la Ley de Derechos de Autor.
- 13 a) El derecho exclusivo del autor a la comunicación al público de su obra (artículo 15, apartado 2, primera frase, de la Ley de Derechos de Autor) comprende el derecho de radiodifusión (artículo 15, apartado 2, segunda frase, punto 3), es decir, el derecho a poner la obra a disposición del público mediante ondas hertzianas, como radio, televisión, satélite, cable o técnicas similares (artículo 20 de la Ley de Derechos de Autor). Con arreglo al artículo 20b, apartado 1, primera frase, de la misma Ley, el derecho de emisión comprende el derecho a redifusión por cable, es decir, el derecho a redifundir la emisión mediante sistemas de cable o de microondas en el marco de un programa redifundido de forma simultánea, inalterada e íntegra [véase la sentencia del Bundesgerichtshof GRUR 2020, 1297 (juris, apartado 11) — Radiodifusión en viviendas vacacionales, y la jurisprudencia citada]. El derecho a la redifusión por cable constituye un caso especial del derecho de emisión y, por tanto, un caso especial de comunicación al público. A tenor del artículo 15, apartado 3, primera frase, de la Ley de Derechos de Autor, la comunicación es pública cuando va destinada a un gran número de miembros del público. De conformidad con la segunda frase, forma parte del público toda persona que no esté vinculada por

relaciones personales con el que valoriza la obra o con otras personas que reciben la obra o que acceden a la misma de un modo inmaterial. Otro tanto sucede con los artistas ejecutantes, entidades de radiodifusión y productores de películas, en la medida en que les asista el derecho exclusivo a la redifusión por cable (véanse los artículos 78, apartado 1, punto 2; 87, apartado 1, punto 1, primer supuesto; 94, apartado 4, y 95 de la Ley de Derechos de Autor).

- 14 b) Los derechos exclusivos aquí controvertidos de los autores y de los titulares de derechos afines, que se derivan de la comunicación al público de sus obras e interpretaciones mediante redifusión por cable, se basan en directivas de la Unión Europea. Por lo tanto, el concepto de redifusión al público debe interpretarse en consonancia con la disposición que, respecto a los autores, contiene 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, y con la que, respecto a los titulares de derechos afines, contiene el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2006/115/CE sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (Versión codificada), así como con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recaída en este ámbito [véanse las sentencias del Bundesgerichtshof de 17 de septiembre de 2015 — I ZR 228/14, BGHZ 206, 365 (juris, apartados 30 a 41) — Ramses; de 11 de enero de 2018 — I ZR 85/17, GRUR 2018, 608 (juris, apartado 22) — Radio de hospital, y GRUR 2020, 1297 (juris, apartado 11) — Radiodifusión en viviendas vacacionales, y la jurisprudencia citada].
- 15 c) El concepto de «comunicación al público» que utilizan el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2006/115 consta de dos elementos de hecho: un acto de redifusión y el carácter público de esta. Además, el concepto precisa de una apreciación individual, a cuyos efectos deben tenerse en cuenta varios criterios complementarios, de naturaleza no autónoma y dependientes unos de otros. Dado que estos elementos pueden presentarse en grado muy diverso en cada caso concreto, deben comprobarse de manera individual y en su interacción con otros criterios (reiterada jurisprudencia; véase, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de abril de 2023, Blue Air Aviation, C-775/21 y C-826/21, EU:C:2023:307, apartados 47 y 48 y la jurisprudencia citada).
- 16 aa) Acertadamente ha considerado el tribunal de apelación que la redifusión de señales de radio y televisión mediante un sistema de distribución a las habitaciones de los residentes de un centro de mayores y asistencial constituye un acto de redifusión.
- 17 1) El concepto de redifusión debe interpretarse en sentido amplio, en atención al objetivo principal de la Directiva 2001/29 de garantizar un elevado nivel de protección para los autores, concretamente en el sentido de que comprende toda transmisión de obras protegidas, con independencia de los medios o la técnica utilizados. Una «comunicación» requiere que el usuario intervenga, con pleno

conocimiento de las consecuencias de su comportamiento (es decir, de forma deliberada y consciente), para dar a terceros la posibilidad de acceder a la obra protegida, posibilidad que estos no tendrían sin su intervención. A este respecto, basta con que terceros tengan acceso a la obra protegida, con independencia de si la utilizan o no [sentencia del Bundesgerichtshof GRUR 2020, 1297 (juris, apartado 17) — Radiodifusión en viviendas vacacionales, y la jurisprudencia citada].

- 18 2) En consecuencia, la redifusión de emisiones de radiodifusión a las habitaciones de los residentes del centro de mayores y asistencial por medio de una técnica como un sistema de distribución debe calificarse de «acto de redifusión» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2006/115. En consecuencia, al realizar la redifusión por medio de su sistema de distribución, la demandada actuó en pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos (es decir, de forma consciente y deliberada) para facilitar a los residentes de su institución el acceso a emisiones de radiodifusión que, sin su colaboración, no habrían tenido de esta forma.
- 19 bb) Es preciso dilucidar si, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, acertó el tribunal de apelación al considerar que en el caso de autos no existe una comunicación al público.
- 20 1) El tribunal de apelación estimó que la redifusión por cable a las habitaciones de los residentes del centro de mayores y asistencial no constituye una comunicación al público. Aunque en las 88 habitaciones individuales y en las 3 habitaciones dobles se cumple el criterio de «número considerable de personas» formulado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los residentes de la institución no son «público en general», como también se requiere. La comunicación se circunscribe en el presente asunto a «determinadas personas», pues se dirige a un grupo de personas limitado. Los residentes de la institución, a semejanza de los miembros de una comunidad de vecinos, constituyen un grupo estable, estructuralmente muy homogéneo y tendente a permanecer a largo plazo en la institución, con escasa fluctuación. Las áreas comunes ofrecen la posibilidad de comer en compañía, conversar con otras personas y relacionarse con otros residentes. A diferencia de lo que sucede en un hotel o en un centro de rehabilitación, al elegir la residencia como vivienda para el tramo final de la vida, se forjan entre los residentes estrechos lazos afectivos. La oferta de asistencia de apoyo y a personas dependientes por parte de la demandada no confiere necesariamente a su institución un carácter diferente. El hecho de que la demandada lleve a cabo la redifusión por cable con fines lucrativos no lleva a otra conclusión.
- 21 2) Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «público» requiere la existencia de un número indeterminado de destinatarios potenciales y que estos sean un número considerable de personas.

- 22 Se da un «número indeterminado de destinatarios potenciales» cuando la comunicación se dirige a todas las personas en general, es decir, cuando no se limita a determinadas personas pertenecientes a un grupo privado [sobre el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, apartado 42; sobre el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100/CEE (actualmente, Directiva 2006/115/CE), véase la sentencia de 15 de marzo de 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, apartado 85, y de 15 de marzo de 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, apartado 34].
- 23 El criterio de un «número considerable de personas» quiere indicar que el concepto de público implica un cierto umbral *de minimis*, lo que excluye de él una pluralidad de personas interesadas demasiado pequeña o incluso insignificante. Para determinar ese número de personas se ha de atender al efecto acumulativo que genera la puesta a disposición de las obras entre los potenciales destinatarios. A este respecto, es decisivo el número de personas que tienen acceso a la misma obra de manera simultánea y sucesiva (sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, apartados 40 a 44, y de 20 de abril de 2023, Blue Air Aviation, C-826/21, EU:C:2023:307, apartado 54, y la jurisprudencia citada en ambas).
- 24 3) El tribunal de apelación ha considerado con acierto que el número de residentes de las 88 habitaciones individuales y 3 habitaciones dobles que ofrece la demandada cumplen el criterio de «número considerable de personas». El tribunal de casación hace suya esta valoración, al no apreciar errores de Derecho en ella.
- 25 4) Es preciso aclarar si, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, el tribunal de apelación acertó al apreciar que la comunicación controvertida no se dirige a un número indeterminado de destinatarios potenciales en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal, sino que se limita a personas específicas pertenecientes a un grupo privado.
- 26 a) El Tribunal de Justicia ha resuelto que los clientes de un establecimiento hotelero que proporciona en las habitaciones de aquellos aparatos de televisión o radio a los que distribuye una señal radiodifundida constituyen un número indeterminado de destinatarios potenciales, ya que el acceso de estos clientes a los servicios de dicho establecimiento obedece, en principio, a la elección libre de cada uno de ellos y solo está limitada por la capacidad de acogida del establecimiento de que se trate; en consecuencia, tal caso hipotético constituye un supuesto de «público en general» [sentencia de 15 de marzo de 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, apartado 41]. En idéntico sentido se han pronunciado el Tribunal de Justicia respecto a los pacientes de un centro de rehabilitación [sentencia de 31 de mayo de 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, apartado 57; en relación con los pacientes de un hospital, véase también la sentencia del Bundesgerichtshof GRUR 2018, 608 (juris, apartados 34 y 35) — Radio de hospital]. En todos estos casos, el acceso a

los servicios ofertados obedece, en principio, a la elección libre de cada cliente a quien se les ofrece, y solo está limitada por la capacidad de acogida del establecimiento de que se trate.

- 27 Por otro lado, el Tribunal de Justicia no ha considerado «público en general» a los pacientes de un dentista para los que se reproducía música de fondo en la sala de espera, al tratarse de un conjunto de personas cuya composición es bastante estable y, por tanto, constituyen un conjunto de destinatarios potenciales determinado, puesto que las demás personas no tienen, en principio, acceso al tratamiento del odontólogo (sentencia de 15 de marzo de 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, apartado 95). Asimismo, la comunicación dirigida a un grupo claramente definido y cerrado de personas que ejercen sus funciones en pro del interés general no se realiza para un número indeterminado de destinatarios potenciales, sino para miembros individuales de un equipo profesional [respecto al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, véase la sentencia de 28 de octubre de 2020, BY (Prueba Fotográfica), C-637/19, EU:C:2020:863, apartados 28 y 29].
- 28 b) Es preciso determinar si el solo hecho de que, según las apreciaciones del tribunal de apelación, el grupo de residentes de una institución sea estructuralmente muy homogéneo y presente una baja fluctuación es motivo para entender que la comunicación se lleva a cabo solamente para «personas concretas» y no para el «público en general». A juicio de la Sala, procede responder negativamente a esta cuestión, pues, en principio, el acceso a los servicios de la residencia de mayores está abierto a todas las personas destinatarias de la oferta y solo está limitado por la capacidad de acogida del establecimiento de que se trate.
- 29 En contra de la opinión del tribunal de apelación, la mera posibilidad de que los residentes disfruten de comidas en común, conversaciones y relaciones sociales no permite considerar que los residentes mantengan estrechos vínculos entre sí. En cualquier caso, en la valoración que procede realizar, la vinculación personal que se forjase entre residentes individuales merced al aprovechamiento de dicha posibilidad podría revelarse simplemente como una (positiva) consecuencia secundaria de utilizar los servicios de alojamiento, asistencia y manutención que ofrece la demandada, sin que con ello el conjunto de los residentes se convierta en un «grupo privado», tal como requiere la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, apartado, 57 [véanse la resolución del Kammergericht (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Berlín, Alemania) de 10 de junio de 2020 — 24 U 164/19, (juris, apartado 26); y Oberlandesgericht Dresden (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Dresde, Alemania), GRUR-RR 2023, 149 (juris, apartado 26)].
- 30 A juicio de la Sala, las disposiciones de Derecho público invocadas en la contestación al recurso de casación, que atienden a la condición de personas especialmente vulnerables y dependientes de los residentes de una institución asistencial, tampoco afectan a la calificación que en materia de derechos de autor merece la redifusión por cable destinada a proporcionar una recepción de radio y

televisión a dichos residentes. A este respecto, la contestación al recurso de casación se remite a la normativa federal de la Heimgesetz (Ley de Residencias), que, a tenor de su artículo 2, apartado 1, punto 1, protege la dignidad, los intereses y las necesidades de los internos de residencias y, en su artículo 10, prevé la constitución de un consejo de la residencia para la defensa de sus intereses. Asimismo, en la contestación al recurso de casación se hace referencia a la Landgesetz über Wohnformen und Teilhabe (Ley Regional de Alojamientos y Participación) de Renania-Palatinado, que, con arreglo a su artículo 1, apartado 1, establece la protección, el respeto y la asistencia a personas mayores, adultos con discapacidad y adultos dependientes, y en su artículo 1, apartado 1, punto 4, dispone que se debe fomentar la participación de estos grupos de personas en la vida social y su colaboración en la institución donde residan.

- 31 3. Respecto a los demás requisitos que impone el Tribunal de Justicia a la comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, procede aclarar si la definición utilizada hasta ahora por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea según la cual, para ser calificada de «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, «la comunicación de una obra protegida debe [...] efectuarse con una técnica específica, diferente de las utilizadas anteriormente, o, en su defecto, ante un “público nuevo”, es decir, un público que no fue tomado en consideración por el titular de los derechos de autor cuando autorizó la comunicación inicial de su obra al público», o si, por el contrario, la técnica utilizada solo tiene relevancia en los casos en que se produce una redifusión a la internet abierta de contenidos inicialmente recibidos por vía terrestre, por satélite o por cable (segunda cuestión prejudicial).
- 32 a) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha exigido, para que se considere como «comunicación al público», que la comunicación de la obra protegida se efectúe con una técnica específica, diferente de las utilizadas anteriormente, o, en su defecto, ante un «público nuevo», es decir, un público que no fue tomado en consideración por el titular de los derechos de autor cuando autorizó la comunicación inicial de su obra al público (sentencia de 7 de agosto de 2018, Land Nordrhein-Westfalen, C-161/17, EU:C:2018:634, apartado [24]). Si la comunicación posterior se realiza utilizando un medio técnico específico diferente del medio de comunicación de origen, no es preciso comprobar si la comunicación se dirige a un público nuevo; en ese caso, la comunicación precisa siempre de la autorización del autor (véanse la sentencia de 7 de marzo de 2013, ITV Broadcasting, C-607/11, EU:C:2013:147, apartados 24 a 26, y auto de 21 de octubre de 2014, BestWater International, C-348/13, EU:C:2014:2315, apartado 14).
- 33 Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado que no estaba sujeta a autorización la transmisión simultánea, completa y sin cambios de programas del organismo nacional de radiodifusión mediante cable en el territorio nacional, sin atender a si la técnica utilizada era diferente de la empleada en la comunicación de origen, ya que no se trataba de un «público nuevo» (sentencia de 16 de marzo de

- 2017, AKM, C-138/16, EU:C:2017:218, apartados 26 a 30). Según una declaración del ponente en el asunto AKM, el aspecto «técnico» no debía ser aplicable en aquel asunto (Malenovský, *medien und recht* 3/18 — anexo, pp. 14, 17 y 18).
- 34 Asimismo, al examinar una comunicación al público a los clientes de hoteles (sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, apartados 37 a 47) y de establecimientos de restauración (sentencia de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y Murphy, C-403/08 y C-29/08, EU:C:2011:631, apartados 197 a 199) y a los pacientes de establecimientos termales (sentencia de 27 de febrero de 2014, OSA, C-351/12, EU:C:2014:110, apartados 27 a 33) y de centros de rehabilitación (sentencia de 31 de mayo de 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, apartados 57 a 62), el Tribunal de Justicia solo ha atendido al elemento del «público nuevo», sin considerar el medio técnico utilizado.
- 35 b) En el presente asunto se trata de un medio técnico específico en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ya que, según las apreciaciones realizadas por el tribunal de apelación, la demandada recibe las emisiones de televisión y radio por medio de un sistema de recepción de señales transmitidas vía satélite y luego introduce estas señales en su red alámbrica (sentencias de 7 de marzo de 2013, ITV Broacasting, C-607/11, EU:C:2013:147, apartado 26, y de 16 de marzo de 2017, AKM, C-138/16, EU:C:2017:218, apartado 26). No obstante, podría no ser relevante el aspecto técnico (en el sentido de la sentencia AKM) si el papel de quien efectúa la comunicación se limitase a una transmisión simultánea, completa y sin cambios de la señal terrestre por medio de cables (véase Malenovský, *medien und recht* 3/18 — anexo, pp. 14, 17 y 18). Cierta interpretación que sostiene la doctrina consiste en que el medio técnico específico permite hablar de comunicación al público solamente cuando la redifusión de contenidos inicialmente recibidos por vía terrestre, por satélite o por cable se dirige a la internet abierta, pues solo las utilizaciones en línea constituyen formas de comunicación sujetas siempre a autorización [véase Peukert, ZUM 2017, 881 y 887 a 890, letra e)].
- 36 4. Por último, respecto a los demás requisitos que impone el Tribunal de Justicia a la comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, procede aclarar si constituye un «público nuevo» en el sentido de la definición de «comunicación al público» que contiene el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE el hecho de que la administración de una residencia de ancianos, actuando con carácter empresarial, redifunda a las conexiones de televisión y radio de que disponen las habitaciones de los residentes, de forma simultánea, inalterada e íntegra, a través de su red alámbrica, las emisiones de radiodifusión que recibe un sistema propio de recepción de señales transmitidas vía satélite. A este respecto se plantea también la cuestión de si es relevante a efectos de esta valoración el hecho de que los residentes, con independencia de la emisión por cable, tengan la posibilidad de recibir en sus habitaciones las emisiones de televisión y radio por vía terrestre, y que los titulares de los derechos

ya hayan percibido una compensación por la autorización de la emisión inicial (tercera cuestión prejudicial).

- 37 a) De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se considera un «público nuevo» en el sentido de la definición de comunicación al público con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 aquel que no fue tomado en consideración por el titular de los derechos de autor cuando autorizó la comunicación inicial de su obra al público (sentencia de 7 de agosto de 2017, Land Nordrhein-Westfalen, C-161/17, EU:C:2018:634, apartado 24 y la jurisprudencia citada). Un autor que permite la emisión de su obra por radio, en opinión del Tribunal de Justicia, en principio solo está pensando, como público, en los poseedores de receptores de radio que reciben la emisión solos o en su ámbito privado o familiar. Por lo tanto, el poseedor de un receptor de radio que (como el titular de un hotel o de un establecimiento de restauración en los procedimientos remitidos al Tribunal de Justicia) pone a un público adicional en condiciones de escuchar o visionar la obra está difundiendo la obra a un nuevo público [véanse las sentencias de 7 de diciembre de 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, apartados 41 y 42, y de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y Murphy, C-403/08 y C-29/08, EU:C:2011:631, apartados 197 a 199; véase también la resolución del Bundesgerichtshof de 16 de agosto de 2012 I ZR 44/10, GRUR 2012, 1136 (juris, apartado 18) = WRP 2012, 1402 — Cable de banda ancha].
- 38 Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha resuelto que, si bien el carácter comercial de la difusión de una obra protegida no es irrelevante para que dicha difusión se califique o no como «comunicación al público» (sentencia de 7 de marzo de 2013, ITV Broadcasting, C-607/11, EU:C:2013:147, apartado 43), sin duda tampoco es esencial a este respecto (en particular, para determinar la posible compensación por esta difusión) (sentencias de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y Murphy, C-403/08 y C-29/08, EU:C:2011:631, apartado 204, y de 31 de mayo de 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, apartado 49).
- 39 b) En consecuencia, en el procedimiento principal procede aclarar si los usuarios de la residencia de mayores de la demandada constituyen un «público nuevo», dado que reciben los canales de televisión y radio en sus habitaciones, es decir, a solas o en su esfera privada o familiar, y dado que la demandada, que no es el organismo de radiodifusión de origen, pone las señales de televisión y radio a disposición de los residentes en el marco de la explotación empresarial de su residencia de mayores.
- 40 Al parecer de la Sala, la cuestión de si los usuarios de la residencia de mayores reciben los canales de televisión y radio en sus habitaciones a solas o en su esfera privada o familiar en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se plantea también cuando dichos usuarios no pertenecen a un grupo privado a efectos de dicha jurisprudencia (véanse los apartados 19 y siguientes de la presente resolución).

- 41 Dado que la demandante ha alegado que, con independencia de la redifusión por cable, los residentes tienen la posibilidad de recibir los canales de televisión y radio en sus habitaciones por vía terrestre, es preciso dilucidar también si esta circunstancia afecta a la apreciación jurídica, ya que, de ser así, serían precisas constataciones de hecho al respecto.
- 42 De igual manera, procede aclarar si es relevante a este respecto que los titulares de los derechos ya hayan percibido una compensación por la autorización de la emisión inicial. Esto es así respecto a los titulares de derechos que hayan percibido de los emisores iniciales una compensación por la licencia de emisión (véase Loewenheim/Flechtsig, *Handbuch des Urheberrechts*, 3.^a ed., § 47, apartado 31), pero no respecto a los propios organismos de radiodifusión que efectuaron la emisión original, para cuyos derechos afines los Estados miembros pueden establecer una protección mayor en lo relativo a la radiodifusión, de conformidad con el considerando 16 de la Directiva 2006/115. En este sentido, al valorar la existencia de un «público nuevo», en el caso de los titulares de derechos que ya hayan percibido una compensación por la emisión inicial cabría considerar que los usuarios de la residencia de mayores forman parte del público que fue tomado en consideración por los titulares de los derechos cuando autorizaron la publicación, antes que en el caso de los titulares de derechos que no hayan percibido aún compensación alguna por la emisión inicial y para los que, cuando otra empresa efectúe una redifusión con fines de lucro, el público destinatario podría ser un «nuevo público».

[omissis]