

# EL CONCEPTO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO DEL TJUE: LOS CRITERIOS QUE INFORMAN LOS ASUNTOS DEL CORSO Y PHONOGRAPHIC PERFORMANCE

Por Pedro RIVAS PRIETO  
Abogado  
Artistas Intérpretes o Ejecutantes,  
Sociedad de Gestión de España (AIE)

*Fecha de recepción: 20.12.2013*  
*Fecha de aceptación: 20.01.2013*

## RESUMEN:

El derecho de comunicación al público ha sido regulado en diferentes tratados internacionales e instrumentos legislativos de la Unión Europea. Sin embargo, los dos elementos que lo forman (el público, por un lado, y la comunicación o el papel del impulsor de la misma, por el otro) no han sido definidos mediante ninguno de estos instrumentos normativos. Ello ha provocado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de su jurisprudencia, perfile el concepto y ámbito de este derecho. Dicha jurisprudencia ha evolucionado hasta alcanzar un método de análisis conducente a determinar si ciertos actos de explotación constituyen una comunicación al público a los efectos de las diferentes Directivas reguladoras de este derecho. A través de las dos sentencias publicadas el 15 de marzo de 2012 (asunto Del Corso y Phonographic Performance), el TJUE de la Unión Europea ofrece un método de análisis más sistemático y ordenado, consolidando ciertos criterios ya conocidos, en mayor o menor medida, por la jurisprudencia anterior. Son cuatro los criterios que ahora configuran este análisis, dos de ellos relacionados con el elemento «público» y, otros dos, concernientes a la «comunicación» o al impulsor de la misma. La indeterminación del público, el número considerable del mismo, la intencionalidad en el impulso de la comunicación y el ánimo de lucro en esta, son los cuatro criterios que informarán el análisis del Tribunal. Todos ellos, lejos de operar a fin de determinar la intensidad del acto de comunicación al público, servirán para afirmar o negar la existencia del mismo a partir de los hechos aportados por el tribunal doméstico.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de comunicación al público, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuestión prejudicial, concepto de público, concepto de comunicación, ánimo de lucro, intencionalidad en la explotación, asunto Del Corso, asunto Phonographic Performance.

**SUMARIO:** I. PRESENTACIÓN. II. ANTECEDENTES. 1. EL ASUNTO EGEDA. 2. EL ASUNTO SENA. 3. EL ASUNTO MEDIAKABEL. 4. EL ASUNTO LAGARDÈRE. 5. EL ASUNTO SGAE. 6. EL ASUNTO PREMIER LEAGUE. 7. EL ASUNTO CIRCUL GLOBUS. III. EL ASUNTO DEL CORSO. 1. LOS CRITERIOS RELACIONADOS CON EL CONCEPTO DE «PÚBLICO». 2. LOS CRITERIOS RELACIONADOS CON LA «COMUNICACIÓN». IV. EL ASUNTO PHONOGRAPHIC PERFORMANCE. 1. LOS CRITERIOS RELACIONADOS CON EL CONCEPTO DE «PÚBLICO». 2. LOS CRITERIOS RELACIONADOS CON LA «COMUNICACIÓN». V. RECAPITULACIÓN.

**ABSTRACT:** The right of communication to the public has been laid down by certain international treaties and European legal instruments. Nevertheless, the two elements which this right consists of (the public, on the one hand, and the communication or the roll of the impeller of it, on the other hand), have not been defined by any of the said legal instruments. The latter has led the Court of Justice of the European Union to determine the scope and reach of this right by means of the case law. This case law has evolved to a method of analysis that leads to determine whether certain acts of exploitation fall under the concept of communication to the public according to the different Directives regulating this right. Through the two judgments issued on March 15, 2012 (Del Corso case and Phonographic Performance case), the Court of Justice of the European Union provided a more systematic and orderly method of analysis, consolidating certain criteria already known, a greater or lesser extent, by the previous case law. This new analysis is made up by four criteria, two of them related to the element «public» and, two others, concerning the concept of «communication» or the impeller of the latter. The indeterminate number of the public, the fairly large number of people, the deliberate intervention of the impeller of the communication and the profit-making nature of it, are the four criteria that make up the analysis of the Court. All of them, far from operating to determine the intensity of the relevant act of communication to the public, serve to affirm or deny its existence from the facts provided by the domestic court.

**KEY WORDS:** Right of communication to the public, European Court of Justice, preliminary rule, concept of public, concept of commu-

nication, profit-making nature, deliberate intervention in the exploitation, Del Corso case, Phonographic Performance case.

**CONTENTS:**

I. PRESENTATION. II. BACKGROUND. 1. EGEDA CASE. 2. SENA CASE. 3. MEDIAKABEL CASE. 4. LAGARDÈRE CASE. 5. SGAE CASE. 6. PREMIER LEAGUE CASE. 7. CIRCUL GLOBUS CASE. III. DEL CORSO CASE. 1. CRITERIA RELATED TO THE CONCEPT OF «PUBLIC». 2. CRITERIA RELATED TO THE «COMMUNICATION». IV. PHONOGRAPHIC PERFORMANCE CASE. 1. CRITERIA RELATED TO THE CONCEPT OF «PUBLIC». 2. CRITERIA RELATED TO THE «COMMUNICATION». V. RECAPITULATION.

## **I. PRESENTACIÓN**

El 15 de marzo de 2012, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó dos sentencias resolviendo ciertas cuestiones prejudiciales relacionadas con diferentes actos de comunicación al público de fonogramas en diferentes establecimientos públicos. En el primer caso, el asunto Del Corso<sup>1</sup>, el tribunal remitente italiano<sup>2</sup> planteó al TJUE algunas cuestiones en relación con la comunicación al público de fonogramas a través de la transmisión de la emisión radiofónica en una sala de espera de una clínica odontológica. Las partes del litigio eran, por un lado, SCF (sociedad de gestión colectiva de los derechos de los productores de fonogramas en Italia) y, por otro, el señor Del Corso (un odontólogo italiano). El segundo caso, asunto Phonographic Performance<sup>3</sup>, tuvo como partes enfrentadas a una sociedad de gestión colectiva que representa a los productores de fonogramas en Irlanda (la cual da nombre a este asunto) y al Estado de Irlanda. El tribunal doméstico<sup>4</sup> decidió plantear cuestión prejudicial al TJUE, básicamente, sobre la posibilidad de considerar la existencia de comunicación al público de fonogramas a través de diferentes medios, y la eventual contradicción del concepto de comunicación al público dispuesto en la Directiva 2006/115<sup>5</sup> con el establecimiento de una excepción, mediante la legislación nacional, al derecho de comunicación al público cuando esta tiene lugar en las instalaciones donde se ofrece pernoctación a los huéspedes.

Más allá del sentido de la resolución de las cuestiones propuesta en cada caso por el Tribunal, debemos destacar el análisis desarrollado por el TJUE con-

---

<sup>1</sup> Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10 (asunto Del Corso).

<sup>2</sup> Corte de Apelación de Torino.

<sup>3</sup> Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-162/10 (asunto Phonographic Performance).

<sup>4</sup> High Court (Commercial Division) de Irlanda.

<sup>5</sup> Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

ducente a subsumir concretos actos dentro del concepto de comunicación al público establecido en las diferentes Directivas de la UE.

A través de la Sentencia del asunto *Del Corso*, el Tribunal llevó a cabo una labor expositiva, incluso se pudiera antojar pedagógica, de los criterios que formaron parte del análisis del Tribunal. Sin duda, esta sentencia fue la que trajo un nuevo método de análisis completamente sistematizado del acto de comunicación al público, el cual pasa por el filtro de cuatro criterios ya conocidos por la jurisprudencia anterior, con mayor o menor claridad, dos de ellos relacionados con el concepto de «público» (la indeterminación del público y el número considerable del mismo), acompañados por otros dos relativos al acto de la «comunicación» y la intervención del «usuario» en ella (la intencionalidad en el impulso de la comunicación y el ánimo de lucro en esta), los cuales se dispondrán ahora, contundentemente, como criterios integrantes del análisis del Tribunal.

La sentencia del asunto *Phonographic Performance* siguió el método de análisis propuesto por la anterior, evitando el tono pedagógico para centrarse, de una forma más clara y precisa, en el análisis a través de los criterios consagrados por el asunto *Del Corso*. Parece que la publicación en la misma fecha de las dos sentencias no fue en absoluto fortuita, siendo el Tribunal consciente de la nueva línea jurisprudencial que marcarían ambas<sup>6</sup>. Aunque, como hemos visto, los dos asuntos fueron resueltos en la misma fecha, sin duda el asunto *Del Corso* fue el encargado de mostrar la nueva línea jurisprudencial, reservando una mera función confirmadora al asunto *Phonographic Performance*. Tanto es así que la propia sentencia del asunto *Phonographic Performance* remitió en varias ocasiones a la primera. Curiosamente, los fallos alcanzados por el Tribunal fueron opuestos en el sentido de negarse en el primero la existencia de comunicación al público respecto al acto en cuestión, y de apreciar la existencia de tal comunicación al público en el segundo. Sin embargo, el sentido del fallo carece de excesiva importancia, en términos interpretativos, ya que lo que verdaderamente subyace en ambas sentencias es la elaboración de un método de análisis para determinar si un acto constituye o no comunicación al público en el sentido del Derecho de la Unión Europea.

Este trabajo pretende analizar estas dos sentencias partiendo de la evolución de la jurisprudencia del TJUE relativa al derecho de comunicación al público.

## **II. ANTECEDENTES**

Se debe tener presente el hecho de que los dos elementos integrantes del concepto de comunicación al público (la «comunicación» y el «público») no han

---

<sup>6</sup> De hecho, se celebró vista común en el TJUE respecto a los dos asuntos el 7 de abril de 2011.

sido definidos expresamente, apenas delimitados, mediante ningún instrumento legislativo de la UE<sup>7</sup>. Es cierto que, de las diferentes modalidades de comunicación al público establecidas a través de las Directivas, se puede inferir, en parte, el ámbito de la «comunicación»<sup>8</sup>, elemento que engloba no solo al propio acto de comunicación, sino también a la persona que comunica, es decir, «el usuario», entendiéndolo a este como el impulsor del acto de comunicación al público.

Algo similar ocurre con el Derecho convencional. Los tratados internacionales se han limitado a estipular las diferentes modalidades de comunicación al público, las cuales perfilan el elemento de la «comunicación», obviando, de forma intencionada, el público destinatario de la comunicación. La consecuencia lógica e inmediata de lo anterior es la decisión, por parte de los Estados miembros, de perfilar el ámbito del concepto de público a través de la legislación nacional<sup>9</sup>.

En lo que respecta a la jurisprudencia del TJUE, hasta las recientes sentencias que resolvieron los asuntos *Del Corso* y *Phonographic Performance*, aquella se había cimentado principalmente con elementos relativos al concepto de «público»<sup>10</sup>. No obstante, los criterios relacionados con la propia comunicación, y la actividad del impulsor de esta, fueron paulatinamente cobrando mayor protagonismo en la jurisprudencia del TJUE. A través de los asuntos *Del Corso* y *Phonographic Performance*, la comunicación y el papel del impulsor de la misma, se consolidaron como objeto de estudio en el nuevo análisis del tribunal. La jurisprudencia anterior analizó los actos de comunicación al público a través de criterios que se fueron confirmando y definiendo paulatinamente hasta llegar a las sentencias del 15 de marzo de 2012. Pasamos, pues, a analizar brevemente los antecedentes jurisprudenciales en cuestión.

## 1. EL ASUNTO EGEDA

El primero de los asuntos que trató el concepto de comunicación al público fue el asunto EGEDA<sup>11</sup>. A través de este, se planteó la calificación jurídica de

---

<sup>7</sup> La Directiva 93/83/CEE del Consejo, 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, ofrece simplemente sendas definiciones de «comunicación al público vía satélite» y «distribución por cable». Asimismo la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, consagra el derecho de comunicación al público a favor de los autores.

<sup>8</sup> Así pues, la Directiva 2001/29/CE se refiere «al derecho exclusivo de autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos [...]», lo que indica el ámbito, sin duda, amplio, de la comunicación al público trazado por la Directiva.

<sup>9</sup> Muchos son los países que han delimitado el elemento «público» del acto de comunicación pública, ya sea mediante un elemento definitorio positivo o limitativo.

<sup>10</sup> Exceptuando, como veremos posteriormente, los asuntos EGEDA, SENA y *Circul Globus*, ya que la respuesta a las cuestiones prejudiciales no requirieron el análisis del elemento «público».

<sup>11</sup> Sentencia del TJUE de 3 de febrero de 2000 en el asunto C-293/98 (asunto EGEDA).

un acto consistente en la captación por parte del establecimiento hotelero de señales de televisión vía terrestre o satélite y su posterior «distribución» a las distintas habitaciones como un acto de comunicación al público o recepción por el público. En este caso, el tribunal doméstico decidió plantear tal cuestión prejudicial a la luz de la letra a) del apartado 2, y el apartado 3 del artículo 1 de la Directiva 93/83/CE, relativos a las definiciones de «comunicación al público vía satélite» y «distribución por cable». Se debe tener en cuenta que, en ese momento, la Directiva 2001/29<sup>12</sup> se encontraba en proyecto y que la Directiva 92/100/CE<sup>13</sup>, entonces vigente, solo contemplaba, en relación con la comunicación pública de interpretaciones fijadas, aquella de fonogramas publicados con fines comerciales cuya remuneración se consagraba a favor de los artistas y productores de fonogramas a imagen del artículo 12 de la Convención de Roma<sup>14</sup>.

En cualquier caso, la Directiva 93/83/CE apenas se limita a ofrecer ciertas pautas en relación con la legislación aplicable, la gestión colectiva obligatoria del derecho de exclusiva de distribución por cable a favor de los titulares de derechos y el establecimiento de un derecho de exclusiva a favor de los autores por la comunicación al público vía satélite. Concluyó, pues, el TJUE que la Directiva de referencia es incapaz de responder a la cuestión prejudicial, siendo, además, los Estados miembros quienes deben apreciar la existencia del acto de comunicación al público a través del Derecho nacional<sup>15</sup>. Más allá del sentido del fallo, el asunto nos dejó ciertas consideraciones de relevancia. Mediante las Conclusiones del Abogado General<sup>16</sup>, sin duda más generosas que la propia sentencia, este, defendiendo la procedencia de interpretar indirectamente el artículo 11 bis del Convenio de Berna a través de la remisión a este establecida por el artículo 9 del acuerdo ADPIC<sup>17</sup>, considera algunos criterios que resurgirán, a la postre, en la jurisprudencia del Tribunal. A saber: el fin de lucro en la comunicación y el concepto de público nuevo.

En cuanto al primero, el Abogado General argumentó que, tanto del Glosario de la OMPI<sup>18</sup>, como de la Guía del Convenio de Berna, se desprende la nece-

---

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> Directiva 92/100/CE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derecho de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, derogada por la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

<sup>14</sup> Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961.

<sup>15</sup> Como veremos, el TJUE cambiará su criterio en el asunto SGAE, apreciando que es precisamente el Derecho de la Unión el que debe definir el concepto de «público».

<sup>16</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio La Pergola presentadas el 9 de septiembre de 1999 en el asunto C-293/98 (asunto EGEDA).

<sup>17</sup> Cuestión que la sentencia ni siquiera entra a analizar.

<sup>18</sup> *OMPI Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos*, Publicaciones OMPI, Ginebra, 1980. El Abogado General lo nombra genéricamente.

sidad de una nueva autorización en relación con el uso posterior a la primera transmisión de la obra, «sobre todo si se efectúa con ánimo de lucro». Esta fue la primera referencia al fin lucrativo en la comunicación en el marco de la jurisprudencia, entendida la misma en sentido amplio, del TJUE<sup>19</sup>. Sin embargo, parece que la Guía del Convenio de Berna simplemente utiliza estos términos como mero ejemplo de acto de transmisión posterior al previamente autorizado por los titulares de derechos. Esta mención de la Guía del Convenio de Berna no debería llevar a pensar que el fin lucrativo puede integrar la definición de la «transmisión al público de la recepción de una emisión de radiodifusión»<sup>20</sup>.

En relación con el segundo criterio, La Pergola estima que la «discontinuidad espacial» entre las personas que integran el círculo de destinatarios de la transmisión no es suficiente para desvirtuar «la relevancia económica del nuevo público al que se llega»<sup>21</sup>. Este criterio aparecerá posteriormente con fuerza en el asunto SGAE. Dicho esto, ninguno de estos criterios se reflejaron en la sentencia que resolvió el asunto.

## 2. EL ASUNTO SENA

Aunque el asunto SENA<sup>22</sup> no dilucidó directamente el ámbito del concepto de comunicación al público derivado de las Directivas de la Unión Europea, esta sentencia fue muy relevante ya que determinó el siempre controvertido concepto de «remuneración equitativa» establecido en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 y heredero del artículo 12 de la Convención de Roma. Ello guarda relación con las sentencias de 15 de marzo de 2012 por cuanto, según resolvió el Tribunal, la «remuneración equitativa» opera a favor de la modulación de la contraprestación a la que tienen derecho los artistas y productores de fonogramas. Esta concreción de la contraprestación se debe poner en relación con el valor que un concreto acto de comunicación al público reporta al impulsor de la misma, lo que no implica, en nuestra opinión, la inexistencia de comunicación al público, aun siendo el valor reportado y, por ende, la remuneración devengada por el acto, insignificantes.

---

<sup>19</sup> Apartado 20 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio La Pergola presentadas el 9 de septiembre de 1999 en el asunto C-293/98.

<sup>20</sup> C. MASOUYÉ, *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971): Derecho de Autor*, Publicaciones OMPI, Ginebra, 1978, p. 82. Se apunta, al explicar el sentido del apartado 2 del artículo 11 bis de dicho Convenio, que «a partir del momento en que se efectúa esta captación para destinarla a un auditorio todavía más vasto (a veces con fines de lucro), es una nueva fracción del público receptor la que puede beneficiarse de la escucha (o de la visión) de la obra [...]».

<sup>21</sup> Apartado 26 de las Conclusiones del Abogado General. Sr. Antonio La Pergola presentadas el 9 de septiembre de 1999 en el asunto C-293/98 (asunto EGEDA).

<sup>22</sup> Sentencia del TJUE de 6 de febrero de 2003 en el asunto C-245/00 (asunto SENA).



La cuestión prejudicial fue planteada por un tribunal de los Países Bajos<sup>23</sup> en el marco de un litigio doméstico que enfrentaba a una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual afines a los de autor (SENA) y una asociación de radiotelevisión neerlandesa (NOS) a fin de determinar la remuneración equitativa que esta última debía pagar a la entidad de gestión. El tribunal remitente decidió plantear cuatro cuestiones acerca de la interpretación del concepto de «remuneración equitativa» y los factores para determinarla.

En esencia, el TJUE resolvió que este concepto debe ser interpretado de manera uniforme por todos los Estados miembros, ello en base a que es un concepto autónomo de Derecho de la Unión. Por otro lado, los Estados miembros son competentes para establecer los factores o mecanismos de determinación de la misma, la cual «debe considerarse como el instrumento para lograr un equilibrio adecuado entre el interés de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas a percibir una remuneración por la difusión de un fonograma concreto y el interés de los terceros para poder emitir dichos fonogramas en condiciones razonables»<sup>24</sup>.

El carácter equitativo de la remuneración, como instrumento modulador de la misma, en función de la intensidad de la comunicación al público, fue obviado por el TJUE en los asuntos *Del Corso* y *Phonographic Performance*, entrando directamente a negar o afirmar la existencia de un acto de comunicación al público, sin tener en cuenta que la menor intensidad, aun siendo esta despreciable, del concreto acto de comunicación al público devengará una remuneración y que dicha remuneración, «representa la contraprestación de la utilización de un fonograma comercial [...] e implica que su carácter equitativo sea analizado con referencia, entre otros criterios, al valor de dicha utilización en los intercambios económicos»<sup>25</sup>. Por lo tanto, la intensidad del acto de comunicación al público únicamente operará a fin de fijar la remuneración en aras de su equidad, sin perjudicar la existencia de un acto de comunicación al público.

### 3. EL ASUNTO MEDIAKABEL

La primera<sup>26</sup> de las sentencias del TJUE en la que se analiza el concepto de «público» fue la que resolvió el asunto *Mediakabel*<sup>27</sup>. El asunto enfrentó a *Mediakabel* (un organismo de radiodifusión establecido en los Países Bajos) y al *Comisariado de los Medios de Comunicación* del mismo país. En este asunto

---

<sup>23</sup> Hoge Raad der Nederlanden.

<sup>24</sup> Apartado 36 de la Sentencia del TJUE de 6 de febrero de 2003 en el Asunto C-245/00 (asunto SENA).

<sup>25</sup> Apartado 36 de la Sentencia del TJUE de 6 de febrero de 2003 en el Asunto C-245/00 (asunto SENA).

<sup>26</sup> Recordemos que la sentencia del asunto *EGEDA* no llegó a reflejar el análisis de este concepto propuesto por el Abogado General en sus Conclusiones.

<sup>27</sup> Sentencia del TJUE de 2 de junio de 2005 en el Asunto C-89/04 (asunto *Mediakabel*).



se cuestionó, en esencia, si un servicio televisivo «cuasialacarta» caía dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 89/552/CE<sup>28</sup> y de la Directiva 98/34/CE<sup>29</sup>.

La sentencia que resuelve este asunto, aunque no tuvo como objeto la interpretación de un acto de comunicación al público, ofreció la interpretación del concepto «público» al analizar la definición de «radiodifusión televisiva», contenida en la Directiva 89/552/CE.

En este sentido, el Tribunal afirmó, claramente, que el público debe ser entendido como «un número indeterminado de telespectadores potenciales, hacia quienes se transmiten simultáneamente las mismas imágenes». El TJUE concluyó que un servicio televisivo «cuasialacarta» está destinado a un público potencial por más que sea accesible a un número limitado de abonados al ser los programas elegidos por el emisor y emitidos en los horarios determinados por este.

La indeterminación y potencialidad del público se convertirán en uno de los criterios fundamentales del concepto de «público». Este se trasladará a todas las sentencias posteriores.

#### 4. EL ASUNTO LAGARDÈRE

En julio de 2005, el Tribunal de la Unión Europea resolvió una cuestión prejudicial<sup>30</sup> procedente de la Corte de Casación de París en relación a un litigio que enfrentaba, por una parte, a Lagardère (entidad de radiodifusión establecida en Francia) y, por otra, a dos sociedades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, SPRE<sup>31</sup> y GVL<sup>32</sup>.

La emisión de Lagardère es enviada a un satélite, la cual regresa a la tierra para ser difundida a través de repetidores de la señal establecidos en territorio francés. Sin embargo, dada la imposibilidad de cubrir todo el territorio nacional, utiliza un repetidor situado en Alemania, el cual también posibilita que parte del público situado en este país perciba la señal. Las dos cuestiones planteadas por el tribunal doméstico se refirieron a la posibilidad de aplicar la Directiva 93/83 en lo concerniente a la comunicación al público vía satélite con el fin de determinar la legislación aplicable a tal transmisión y, por otro

---

<sup>28</sup> Directiva 89/552/CE de 3 de octubre de 1989 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

<sup>29</sup> Directiva 98/34/CE de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

<sup>30</sup> Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2005 en el asunto C-192/04 (asunto Lagardère).

<sup>31</sup> Société de Perception de la Rémunération Equitable, formada por sociedades francesas de gestión de derechos de artistas intérpretes o ejecutantes y productores.

<sup>32</sup> GESELLSCHAFT ZUR VERWERTUNG VON LEISTUNGSSCHUTZRECHTEN. Sociedad de gestión de derechos de los artistas en Alemania.

lado, a la posibilidad de deducir la remuneración equitativa establecida en la Directiva 92/100/CE satisfecha en otro Estado miembro a la hora de remunerar a los titulares de derechos a través de SPRE.

Pues bien, en relación a la primera cuestión, el TJUE concluyó que la definición de comunicación al público vía satélite reflejada en el artículo 1 de la Directiva 93/83 no cubre el acto de referencia. En primer lugar porque la Directiva se refiere a una transmisión por la cual el público es capaz de captar directamente la señal radiodifundida procedente del satélite. Ello porque el captador de la señal procedente del satélite es el repetidor situado en Alemania, el cual repetirá la señal finalmente al público. Es en este momento cuando el Tribunal se refiere a la sentencia analizada con anterioridad. El TJUE rescató el concepto de «público» ofrecido por el asunto *Mediakabel* trasladándolo al asunto *Lagardère* para concluir que la señal procedente del satélite no es recibida por un «público dado que este debe estar constituido por un número indeterminado de oyentes potenciales». Vemos cómo el criterio de la potencialidad e indeterminación del público establecido por primera vez en el asunto *Mediakabel* reaparece en el presente asunto. El Tribunal se refiere a que esa señal procedente del satélite está codificada y solo puede recibirse con un equipo reservado a profesionales, no así con los equipos de los que dispone el público general. El destinatario de la señal es el repetidor, no el público. Además, tal comunicación no supone una «cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde este a la tierra» en el sentido de la definición contenida en el artículo 1 de la Directiva y, por lo tanto, no aplica la ficción jurídica establecida en la misma según la cual la comunicación tiene lugar en el país de origen. Ello no es banal ya que, de haberse entendido aplicable tal ficción jurídica, el pago de la remuneración únicamente en territorio francés hubiese bastado para cumplir la obligación. En cualquier caso y a los efectos que nos interesan, observamos, pues, que a través de estas dos últimas sentencias, el TJUE exigió la indeterminación y potencialidad del «público».

En relación a la segunda cuestión planteada por la Corte de Casación, el TJUE resuelve que, al no caer tal comunicación dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/83, la legislación aplicable se debe regir por un principio territorial, siendo de esta forma aplicables tanto la legislación francesa como la alemana, cada una produciendo efectos en su propio territorio, y negando la posibilidad de deducción ante la sociedad de gestión francesa de lo pagado a la alemana. Consecuentemente, *Lagardère* estará obligado al pago de la remuneración correspondiente tanto en Francia como en Alemania. Ello, entre otros motivos, porque «en la medida en que la audiencia real y potencial de las emisiones en el Estado miembro en el que se sitúa el citado repetidor terrestre no es inexistente, hay un concreto valor económico ligado a la utilización de fonogramas protegidos también en dicho estado, aunque sea escaso»<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Apartado 54 de la Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2005 en el asunto C-192/04 (asunto *Lagardère*).

Observamos cómo aparece levemente el criterio del ánimo de lucro en el concepto de comunicación al público, justificando, de este modo, el pago de la remuneración equitativa por la comunicación pública de fonogramas a favor de la sociedad de gestión alemana. Esta fue la primera vez que el TJUE (recordemos que la sentencia que resolvió el asunto EGEDA no reflejó la referencia al ánimo de lucro dispuesta en las Conclusiones Generales) plasmó el valor económico de la comunicación como factor para estimar la comunicación al público, esta vez a los efectos de la Directiva 92/100/CE<sup>34</sup>.

## 5. EL ASUNTO SGAE

Sin duda, uno de los asuntos más relevantes en la determinación del concepto de comunicación pública fue el asunto SGAE<sup>35</sup>. La sentencia que resolvió esta cuestión prejudicial aportó y asentó muchos criterios que posteriormente aparecerán en las sentencias de los asuntos Del Corso y Phonographic Performance. El asunto SGAE derivó de un procedimiento judicial iniciado por SGAE contra Rafael Hoteles, empresa hotelera, por la supuesta vulneración por parte de esta de los derechos de propiedad intelectual gestionados por SGAE.

El tribunal remitente cuestionó si la distribución por cable efectuada por el hotel de señales de radiodifusión, captadas vía satélite o terrestre, a las habitaciones de este constituye una comunicación al público en el sentido de la Directiva 2001/29, si ha de entenderse que las habitaciones constituyen un ámbito estrictamente doméstico a fin de excluir la comunicación pública, y si tal comunicación debe considerarse pública por tener acceso un público sucesivo.

En primer lugar, conviene destacar que el propio Tribunal afirmó que los Estados miembros no se encuentran habilitados para definir el concepto de «público»<sup>36</sup>, aun cuando la propia Directiva 2001/29 no determine el ámbito de este concepto. Como ya apuntamos durante el análisis del asunto EGEDA, observamos en este momento el cambio de criterio jurisprudencial del TJUE, al entender este, ahora, que debe ser el propio Derecho de la Unión el encargado de definir este concepto. Ello provocará que sea la propia jurisprudencia de la Unión, por medio de la interpretación del «contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte [...] interpretadas, en la medida de lo posible, a la luz del Derecho internacional», la encargada de definir el concepto, como ya comenzase a hacer a través de las dos últimas sentencias que acabamos de comentar. Esta vez, la determinación del concepto fue bastante

---

<sup>34</sup> Aunque se podría interpretar que el «*determinado valor económico*» al que alude el pasaje de la sentencia transcrito podría entenderse en el sentido de «valor económico respecto al titular del derecho», aunque no exista tal valor económico para el impulsor del acto de comunicación al público.

<sup>35</sup> Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2006 en el asunto C-306/05 (asunto SGAE).

<sup>36</sup> Apartado 31 de la Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2006 en el asunto C-306/05 (asunto SGAE).

más decisiva. Dicho esto, el contexto legislativo de la propia Directiva, reflejado en parte en su Considerando vigesimotercero, nos informa de la necesidad de interpretar el concepto de comunicación pública en un sentido amplio<sup>37</sup>.

Tras ello, el TJUE comenzó analizando los criterios relacionados con el público. El primero de estos criterios está basado en lo establecido por las sentencias de los asuntos *Mediakabel* y *Lagardère*, en relación con la indeterminación y potencialidad del público. Este criterio será dispuesto como uno de los cuatro criterios integrantes del análisis del TJUE en los asuntos *Del Corso* y *Phonographic Performance*. Mediante el asunto *SGAE*, el Tribunal asimiló este criterio con el hecho de que la clientela de un hotel «se renueva con rapidez»<sup>38</sup> y que los «efectos acumulativos que provoca»<sup>39</sup> aumentan considerablemente la potencialidad de acceso a la obra. Estrechamente relacionado con el criterio que acabamos de mencionar, se encuentra el concepto de «público nuevo», aquel público al que no tuvieron en cuenta los titulares de derechos al autorizar la transmisión primaria de sus obras. El TJUE advirtió, acertadamente, que el acto de comunicación en cuestión es efectuado por un organismo distinto al que lo hizo en origen, en el sentido del artículo 11 bis, apartado 1, inciso ii), del Convenio de Berna<sup>40</sup>.

En cuanto a los criterios relacionados con la comunicación o el ánimo del usuario, surgió también, en este asunto, la figura del impulsor de la comunicación al público como objeto del análisis del Tribunal. Precisamente, el impulsor de la comunicación permite, «con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento», el acceso a la obra protegida a un público nuevo<sup>41</sup>. Por lo tanto, el TJUE tuvo en cuenta la intención del impulsor de la comunicación y las pretendidas consecuencias de esta<sup>42</sup>. Este último elemento, relacionado con el usuario, formará parte de los cuatro criterios desarrollados por el TJUE en las sentencias del 15 de marzo de 2012. Asimismo cabe destacar que continuaron los guiños al criterio del fin lucrativo que vimos en las anteriores sentencias, fundamentalmente en el asunto *Lagardère*, aunque el propio Tribunal duda de,

---

<sup>37</sup> El Considerando 23 de la Directiva 2001/29/CE reza: «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».

<sup>38</sup> Apartado 38 de la Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2006 en el asunto C-306/05 (asunto *SGAE*).

<sup>39</sup> Apartado 39 de la Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2006 en el asunto C-306/05 (asunto *SGAE*).

<sup>40</sup> Convenio de Berna, de 9 de septiembre de 1886, para la protección de las obras literarias y artísticas.

<sup>41</sup> Apartado 42 de la Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2006 en el asunto C-306/05 (asunto *SGAE*).

<sup>42</sup> Este criterio será analizado con mayor profundidad al estudiar los asuntos *Del Corso* y *Phonographic Performance*.

o quizás simplemente no desea entrar a analizar, la existencia del ánimo de lucro como condición necesaria de la existencia de comunicación al público<sup>43</sup>.

Por lo tanto, en este momento conviene recapitular los criterios novedosos que se desprendieron de este asunto, no reflejados con anterioridad y que sobrevivirán al mismo. En primer lugar, se estableció la «portada» del análisis jurisprudencial del Tribunal a través de la necesidad de definir el concepto de «comunicación al público» por el propio TJUE<sup>44</sup>. Ello justificará la labor interpretativa por parte de Luxemburgo y supondrá una seria limitación en la facultad de los legisladores nacionales, los cuales ya han perfilado, en muchos casos, el concepto de comunicación al público con sus propias peculiaridades. En segundo lugar se advirtió la necesidad de interpretar el concepto de comunicación al público de una forma amplia. Por último, se estableció el principio de intencionalidad<sup>45</sup> de la comunicación por parte del impulsor de la misma, el cual también se reflejará en el siguiente caso, el asunto Premier League.

El TJUE concluyó que la distribución de una señal de televisión por un establecimiento hotelero a los huéspedes que se alojan en sus habitaciones constituye un acto de comunicación al público en el sentido de la Directiva 2001/29/CE, ello con independencia de «la técnica» empleada para efectuar la transmisión.

## 6. EL ASUNTO PREMIER LEAGUE

El asunto Premier League<sup>46</sup> asentó los criterios establecidos principalmente por el asunto SGAE, siendo constantes las referencias que se hacen a su sentencia. Aunque el asunto Premier League trató de dirimir diferentes cuestiones relativas a la utilización de decodificadores adquiridos en el extranjero a fin de comunicar públicamente eventos deportivos en otro Estado miembro, el tribunal

---

<sup>43</sup> El Tribunal refleja la alegación de la Comisión de las Comunidades Europeas negando el fin de lucro como condición necesaria para la existencia de comunicación pública. Apartado 44 de la sentencia Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2006 en el asunto SGAE: «Por otro lado, como se deriva de los datos que constan en los autos transmitidos al Tribunal de Justicia, debe considerarse que la intervención del establecimiento hotelero para dar acceso a sus clientes a la obra radiodifundida es una prestación de servicios suplementaria efectuada con el objetivo de obtener algún beneficio. No puede negarse que la inclusión de este servicio influye en la categoría del hotel y, por tanto, en el precio de las habitaciones. En consecuencia, se estime o no que, como alega la Comisión de las Comunidades Europeas, la existencia de un fin lucrativo no es una condición necesaria para que se dé una comunicación al público, ha quedado acreditado en cualquier caso que en circunstancias como las que son objeto del asunto principal la comunicación se orienta por un fin lucrativo».

<sup>44</sup> Apartado 31 de la Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2006 en el asunto C-306/05 (asunto SGAE).

<sup>45</sup> Apartado 42 de la Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2006 en el asunto 306-05 (asunto SGAE).

<sup>46</sup> Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2011 en los asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08 (asunto Premier League).

remitente planteó también una cuestión relacionada con la transmisión de la señal vía satélite en un establecimiento de restauración abierto al público, a los efectos de la Directiva 2001/29.

Como ya hiciera el Tribunal en el asunto SGAE, este recordó que la Directiva de referencia no precisa ni delimita el ámbito del concepto de comunicación al público<sup>47</sup>, por lo que habrá que interpretar el contexto de esta, así como sus objetivos, a la luz del Derecho Internacional. Observamos, de nuevo, cómo el Tribunal se arrogó la responsabilidad de interpretar el concepto de comunicación al público como apoyo de su análisis del concreto acto de comunicación al público<sup>48</sup>. Concluyó, además, que el concepto debe ser interpretado de forma amplia<sup>49</sup>. Tras este análisis preliminar, el TJUE procedió a rescatar los criterios establecidos a través del asunto SGAE. En primer lugar, se refirió al criterio de la intencionalidad en el acto de comunicación por parte del impulsor del mismo, entendiendo por tal, la intervención del usuario con el objeto de proporcionar un servicio, más o menos, principal a su negocio, parafraseando, por cierto, la sentencia SGAE, y afirmando que el acto del usuario es deliberado<sup>50</sup> e imprescindible para que la clientela del establecimiento acceda a las obras radiodifundidas. El segundo criterio que resurgió es el de «público nuevo». Este criterio remitió, asimismo, al asunto SGAE, al igual que el relativo al ánimo de lucro, el cual ahora «no es irrelevante» para el TJUE<sup>51</sup>. La difusión de las obras atrae clientes y, consecuentemente, el usuario se beneficia de ello.

## 7. EL ASUNTO CIRCUL GLOBUS

Un mes después de la resolución del asunto Premier League, el TJUE dictó sentencia<sup>52</sup> en el asunto Circul Globus<sup>53</sup>. La cuestión prejudicial, en esencia, se refirió al ámbito del concepto de comunicación al público dispuesto en los instrumentos legislativos de la Unión Europea a la hora de cubrir actos de ejecución pública directa en los que el público se encuentra presente en el lugar donde se origina la interpretación. La sentencia resolvió, someramente, que este

---

<sup>47</sup> Apartado 184 de la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2011 en los asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08 (asunto Premier League).

<sup>48</sup> Apartado 185 de la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2011 en los asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08 (asunto Premier League).

<sup>49</sup> Apartado 193 de la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2011 en los asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08 (asunto Premier League).

<sup>50</sup> Apartado 195 de la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2011 en los asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08 (asunto Premier League).

<sup>51</sup> Recordemos que en la Sentencia del asunto SGAE, el Tribunal afirma que la propia Comisión niega que el carácter lucrativo sea un factor integrante del concepto de comunicación pública. El TJUE prefirió, así se expresa en la sentencia, dejar de lado la cuestión. Sin embargo en este momento presupone el Tribunal su relevancia.

<sup>52</sup> Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011 en el asunto C-283/10 (asunto Circul Globus).

<sup>53</sup> Empresa rumana dedicada al negocio circense.

tipo de actos no están contemplados en la Directiva 2001/29<sup>54</sup>. Aunque a esta sentencia no se trasladó ninguno de los criterios anteriores, sí se reflejó el «pórtico», ya habitual, que da paso a la resolución de las cuestiones prejudiciales. Nos referimos a la falta de definición del concepto de comunicación pública, la interpretación conforme al contexto y objetivos de la Directiva y el sentido amplio del concepto. Para ello trasladó, casi literalmente, tres apartados de la sentencia Premier League<sup>55</sup>. Curiosamente los fundamentos que resolvieron el asunto de la ejecución directa fueron también trasladados directamente desde el asunto Premier League<sup>56</sup>. Ello no deja de sorprender puesto que el anterior asunto no guardaba relación con acto de ejecución pública directa alguno. Parece que la sentencia Circul Globus ya se encontraba redactada en el momento en el que se publicó la anterior.

### **III. EL ASUNTO DEL CORSO**

El asunto Del Corso<sup>57</sup> fue uno de los dos casos resueltos por el TJUE el 15 de marzo de 2012. Como dijimos en la Presentación, es indudable que este asunto debe ser estudiado con anterioridad al asunto Phonographic Performance ya que estableció un análisis sistematizado y ordenado del acto de comunicación al público a través de los criterios surgidos en las sentencias anteriormente analizadas y que se repetirá en el asunto Phonographic Performance a través de constantes referencias al asunto Del Corso. Estos criterios, quizás dispersos en la jurisprudencia anterior, se integrarán ahora en cuatro, dos de ellos relacionados con la propia comunicación o el papel del impulsor de la misma y, otros dos, referidos al público destinatario de esta.

La cuestión prejudicial planteada por el tribunal remitente italiano<sup>58</sup> guardaba relación con la comunicación de fonogramas a través de la transmisión de la emisión radiofónica en una sala de espera de una clínica odontológica. Las partes del litigio fueron, por un lado, SCF (sociedad de gestión colectiva de los derechos de los productores de fonogramas en Italia) y, por otro, el señor Del Corso (un odontólogo italiano). El Tribunal nacional planteó a Luxemburgo cinco cuestiones referentes a dos temas diferenciables. El primero de ellos se refería a la eficacia del Derecho Internacional en el Ordenamiento de la Unión. El segundo, al que prestaremos una mayor atención, fue el relativo al análisis del Tribunal sobre el concepto de comunicación al público, el cual integró los criterios conocidos por la jurisprudencia previa, llegando a una solución nove-

<sup>54</sup> Así se establece en el vicesimotercer Considerando de la Directiva 2001/29.

<sup>55</sup> Los apartados 31, 32 y 33 de la Sentencia que resuelve el asunto Circul Globus equivalen a los apartados 184, 185 y 186 de la Sentencia del asunto Premier League.

<sup>56</sup> Los apartados 35, 36 y 37 de la Sentencia del asunto Circul Globus parafrasean los apartados 201, 202 y 203 de la Sentencia del asunto Premier League.

<sup>57</sup> Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10 (asunto Del Corso).

<sup>58</sup> Corte de Apelación de Torino.



dosa, a partir de un acto por el cual en una clínica odontológica se transmite «gratuitamente» la emisión radiofónica que incluye fonogramas de los que disfrutaban los clientes «sin mediar su propia voluntad»<sup>59</sup>.

Entramos ahora en el análisis de las primeras cuestiones, las relacionadas con la aplicación del Derecho Internacional en el Ordenamiento de la Unión.

En cuanto a la aplicación directa y el carácter obligatorio de los tratados internacionales (cuestiones 1 y 2), y sucintamente, el TJUE concluyó que tanto el TOIEF como los ADPIC forman parte del derecho de la Unión al estar firmados y aprobados por la UE<sup>60</sup>. Es jurisprudencia consolidada del Tribunal la constitución de los instrumentos internacionales aprobados por la UE como parte integrante del derecho de la Unión<sup>61</sup>. No es este el caso de la Convención de Roma, a la cual no se ha adherido la UE, aunque el Tribunal reconoce que este Tratado tiene efectos indirectos en el ordenamiento jurídico de la Unión derivados del TOIEF<sup>62</sup>. Por ello, la UE no puede impedir el cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros que sean parte de esta Convención.

No obstante, aunque los dos primeros, Acuerdos ADPIC y TOIEF, son directamente aplicables, el Tribunal entiende que los mismos no pueden ser invocados directamente ante el TJUE por diferentes razones. La jurisprudencia del TJUE ha venido construyendo, desde finales de los años ochenta, una doctrina por la cual la posibilidad de invocación de los tratados directamente por los particulares no solo requiere que estos sean parte del ordenamiento jurídico de la Unión sino que, además, sus disposiciones sean incondicionales, precisas y que su naturaleza y sistemática no se opongan a la posibilidad de ser invocadas<sup>63</sup>. Ambos Tratados cumplirían los dos primeros requisitos, no así el último. La Decisión que aprueba los ADPIC niega esta posibilidad de invocación directa. Por su parte, el TOIEF, mediante su artículo 23, obliga a las partes firmantes a adoptar las medidas necesarias para asegurar la aplicación del Tratado, lo que es interpretado por Luxemburgo como una necesidad de adoptar actos

---

<sup>59</sup> Las expresiones entrecomilladas forman parte del tenor de la cuestión prejudicial planteada. Ambas expresiones están directamente relacionadas, quizás intencionadamente, con dos criterios ya vistos en la jurisprudencia anterior: el fin de lucro y la intención deliberada del usuario al impulsar la comunicación.

<sup>60</sup> Los acuerdos ADPIC fueron aprobados mediante la Decisión 94/800, mientras que el TOIEF lo fue en virtud de la Decisión 2000/278.

<sup>61</sup> En este sentido cabe citar, como además lo hace el TJUE en el apartado 39 de esta sentencia, las sentencias relativas a los asuntos Haegeman de 30 de abril de 1974, asunto Demirel de 30 de septiembre de 1987 y Bogiatzi de 22 de octubre de 2009.

<sup>62</sup> El TOIEF dispone en el apartado 1 de su art. 1 que «ninguna disposición del presente Tratado irá en detrimento de las obligaciones que las Partes Contratantes tienen entre sí en virtud de la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961».

<sup>63</sup> En este sentido las sentencias de los asuntos Demirel (30 de septiembre de 1987), Racke (16 de junio de 1998), IATA y ELFAA (ambas de 10 de enero de 2006).

ulteriores por los Estados miembros, por lo tanto su «naturaleza y sistemática sí se oponen a la posibilidad de ser invocado».

En cuanto al análisis llevado a cabo por el TJUE acerca de la aplicabilidad directa de los Tratados, efectivamente, la UE es parte contratante de los Acuerdos ADPIC y del TOIEF. Por ello debemos concluir que dichos instrumentos internacionales vinculan a la UE así como a sus Estados miembros<sup>64</sup>. Parece pacífica la integración de estos dos Tratados en el Derecho de la Unión por lo que el TJUE no duda de su aplicabilidad directa. Por lo tanto, el problema surge en el momento en el que el Tribunal niega la posibilidad de «invocar» dichas disposiciones<sup>65</sup>.

Por último, el Tribunal concluyó que los conceptos de comunicación al público dispuestos en la Directivas 2001/29 y 92/100 deben ser interpretados «a la luz de los conceptos equivalentes contenidos en dichos convenios internacionales y de manera que sean compatibles con estos [...]». Todo ello porque las Directivas fueron aprobadas con el objeto de armonizar ciertos derechos respetando los Convenios Internacionales.

En cuanto al análisis que llevó a cabo el TJUE en relación con el concepto de comunicación al público, el tribunal remitente pretendía saber si los actos descritos anteriormente constituían una comunicación al público o una «puesta a disposición del público»<sup>66</sup> en el sentido del artículo 3, apartado 2, letra b) de la Directiva 2001/29 y, por consiguiente, concedía a los productores de fonogramas el derecho a percibir una remuneración.

---

<sup>64</sup> El artículo 216, punto 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, establece que «los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros».

<sup>65</sup> No obstante, la existencia de «invocación» de disposiciones normativas en sede de una cuestión prejudicial es un hecho discutible. En este caso, la «invocación» de cualesquiera disposiciones en el marco de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal de un Estado miembro no tiene como objeto hacer valer dichas disposiciones, es decir, el tribunal remitente no pretende que los derechos u obligaciones establecidos por tales disposiciones desplieguen su eficacia. El tribunal requirente de respuesta prejudicial pretende conseguir la interpretación del Derecho de la Unión. Efectivamente el tribunal doméstico ve atendidas sus pretensiones con la respuesta del TJUE, el cual arroja una interpretación del Derecho de la Unión, a la luz del Derecho Internacional, que servirá al tribunal remitente, ahora sí, para subsumir los hechos objeto del debate procesal en el derecho nacional, interpretado este a la luz de la interpretación ofrecida por el TJUE. No se están «invocando» disposiciones internacionales pretendiendo la aplicación directa de sus derechos u obligaciones al asunto concreto, sino que el tribunal doméstico busca una mera interpretación por parte del TJUE. En este sentido, nada debiera impedir al tribunal de Luxemburgo interpretar directamente las disposiciones contenidas en los ADPIC y el tratado TOIEF que forma, como afirma el Tribunal, parte del ordenamiento jurídico de la UE. Sin perjuicio de lo anterior, creemos que las disposiciones aplicables al asunto concreto son completamente claras, precisas e incondicionales.

<sup>66</sup> El Tribunal de Luxemburgo aclara al remitente mediante unas «observaciones previas» que en modo alguno es aplicable el derecho de puesta a disposición, aludido por este en la cuestión prejudicial, a este caso concreto. El Tribunal reformula la cuestión hacia la interpretación del art. 8, apartado 2, de la Directiva 92/100.

Cabe decir en este momento que la modalidad de comunicación al público ante la que nos encontramos es la transmisión al público de la recepción de una emisión, dispuesta por primera en un instrumento internacional a través del artículo 11 bis, apartado 1, tercer ordinal, del Convenio de Berna. Se trata en efecto de una modalidad de comunicación al público relacionada con la radiodifusión, no existente todavía en el texto original del Convenio de Berna de 1886. En 1933 se incluyeron estas modalidades de radiodifusión en los documentos de trabajo publicados por la BIRPI a fin de llevarlas a la conferencia diplomática encargada de revisar el Convenio en 1935 o 1936 en Bruselas. Fue finalmente 1948 la fecha en la que se celebraría la conferencia diplomática de Bruselas<sup>67</sup>. Junto al derecho primario de radiodifusión, se establecieron otros derechos secundarios: la retransmisión por cable<sup>68</sup>, la redifusión<sup>69</sup> y la transmisión al público de la recepción de una emisión de radiodifusión.

En efecto estamos ante un uso secundario de la radiodifusión primaria o inicial y «no a distancia»<sup>70</sup>, en el que la transmisión es simultánea a la emisión. Todo ello porque la emisión de la estación de radio inicial es facilitada a un nuevo público a través de un dispositivo, constituyendo, por tanto, un nuevo acto de comunicación en virtud del art. 11 bis, apartado 1, ordinal 3º del Convenio de Berna.

De los documentos de trabajo de la Conferencia de Bruselas se infería la preocupación por proporcionar un derecho al autor con el objeto de autorizar<sup>71</sup> nuevas explotaciones de su obra a través de instrumentos idóneos que facilitarían una nueva transmisión de la emisión radiodifundida ya que este acto era cada vez más frecuente en la sociedad de la época<sup>72</sup>. De ello se deduce la necesidad que

---

<sup>67</sup> Así lo explica M. FICSOR, «Radiodifusión primaria y secundaria en el Convenio de Berna y en los trabajos para un eventual protocolo al Convenio», *El derecho de difusión por radio y televisión* (ALADDA), Fundación Autor Ediciones y Publicaciones, Madrid, 1997, p. 57.

<sup>68</sup> Art. 11 bis, apartado 1, ordinal 2º del Convenio de Berna.

<sup>69</sup> Art. 11 bis, apartado 1, ordinal 2º del Convenio de Berna.

<sup>70</sup> Ya que «no se da la intervención de un dispositivo técnico de transmisión a distancia». *vid.* A. DELGADO PORRAS, «Derecho de comunicación pública por el medio de la radiodifusión», *Derecho de autor y derechos afines al de autor. Colección de artículos de Antonio Delgado Porras*, segundo tomo, Edición Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007, p. 172.

<sup>71</sup> La administración belga y la Oficina de la Unión reflejaron en los documentos preparativos de la conferencia diplomática de Bruselas que «una cosa nos parece esencial: el autor debe ser libre de decidir en qué medida cede al otro el derecho de utilizar su obra. Él debe poder autorizar una radiodifusión, por así decirlo, limitada, cuyo receptor no tenga derecho a servirse de ella con ánimo de lucro». *vid.* A. DELGADO PORRAS, «Derecho de comunicación pública por el medio de la radiodifusión...», *cit.*, p. 173.

<sup>72</sup> La Oficina de la Unión de Berna, así como el Gobierno de Bélgica, estimaban que «este caso presenta una gran importancia práctica: los altavoces son cada vez más utilizados para la difusión de obras literarias y musicales (...) en todas las partes donde se reúnen hombres: en el cine, en el restaurante, en el hotel, en el salón de té y hasta en los vagones de los ferrocarriles, se escucha hoy música, lecturas recitaciones, y conferencias transmitidas por radio o televisión». Así se describe en A. DELGADO PORRAS, «Derecho de comunicación pública por el medio de la radiodifusión...», *cit.*, p. 173.

había entonces por otorgar derechos sobre los nuevos actos de comunicación cuyos destinatarios eran un nuevo público.

En este momento se deben estudiar diferentes cuestiones que anteceden al análisis del Tribunal. La primera de ellas es la necesidad del examen individualizado del acto. Esta exigencia se repitió en las sentencias que resolvieron los asuntos *Del Corso* y *Phonographic Performance*, erigiéndose como la justificación del nuevo método de análisis. Vimos cómo esta premisa surgió en el asunto *SGAE*, el cual provocó un cambio jurisprudencial a la hora de enfrentar el análisis del acto de comunicación al público, resultando el propio TJUE facultado para definir el ámbito del concepto a la luz de los tratados internacionales.

Advertimos aquí cómo el TJUE descarta mencionar la necesidad de interpretar ampliamente el concepto de comunicación al público, tal y como sucediera en los asuntos *SGAE*, *Premier League* y *Circul Globus*.

Antes de entrar en el análisis de los diferentes factores operantes en el análisis del Tribunal, debemos destacar que el Tribunal justificó este análisis individualizado, en parte, en base a «la naturaleza económica» del derecho de remuneración. Efectivamente el TJUE reparó en la diferente naturaleza del derecho de exclusiva perteneciente al autor y establecido por la Directiva 2001/29 de aquel remuneratorio establecido a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas por la Directiva 92/100. Entiende el Tribunal que «el concepto de comunicación al público» que figura en estas disposiciones se utiliza en contextos que no son idénticos y persigue objetivos que, aunque sean similares, son parcialmente divergentes», por lo que «de ellos se deduce, por lo que se refiere más concretamente al artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100, por una parte, que esta disposición exige una apreciación individualizada del concepto de comunicación al público<sup>73</sup>».

Esta cuestión no es baladí, ya que pudiera entenderse que el análisis del Tribunal y los criterios que lo conforman solo son aplicables en los casos en los que un concreto acto de comunicación al público devengue derechos de simple remuneración, no así derechos de exclusiva. Se debe tener en cuenta a este respecto que, en los asuntos que nos ocupan, los derechos en conflicto son conexos a los de autor y de remuneración y, por tanto, en propias palabras del Tribunal: «derechos de naturaleza económica». Ello nos lleva a preguntarnos si el derecho de exclusiva consistente en autorizar o prohibir la comunicación al público no tiene «naturaleza económica». La respuesta es obvia. Por otro lado, cabría cuestionarnos si el análisis es aplicable a los actos de comunicación al público cuyo derecho en conflicto es de exclusiva.

---

<sup>73</sup> Apartado 76 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10 (asunto *Del Corso*).

No podemos estar de acuerdo con el criterio del Tribunal. En nuestra opinión, el Tribunal comete un error al sostener el análisis individualizado a partir de la naturaleza «económica» y «compensatoria» del derecho de remuneración<sup>74</sup>.

Efectivamente, el derecho reconocido al autor por la comunicación al público de su obra se configura como un derecho de exclusiva, así como el del artista intérprete o ejecutante cuando el objeto de comunicación es su interpretación no fijada. Se refiere el Tribunal a la especial naturaleza del derecho que ampara a artistas y productores de fonogramas a recibir una remuneración cuando se comunican al público fonogramas publicados con fines comerciales en los cuales la interpretación llevada a cabo por el artista ha sido fijada. No debemos olvidar que este derecho fue establecido por primera vez a través de la Convención de Roma, en su artículo 12, concibiéndose como un derecho, si se quiere, compensatorio, que surge de la privación de su derecho exclusivo originario. Decimos esto porque, sin duda, la naturaleza del derecho de remuneración es efectivamente diferente a la del derecho de exclusiva. Sin embargo, debemos caer en la cuenta de que el mecanismo que articula este derecho se activa cuando un acto de comunicación al público es efectivamente llevado a cabo, coincidiendo precisamente la comunicación con el devengo del derecho. Por lo tanto, los mecanismos de ejercicio de ambos derechos serán, sin lugar a dudas, diferentes. Ahora bien, el supuesto de hecho que desencadena, por un lado, la facultad de autorizar o prohibir, propia del derecho de exclusiva, y, por otra, el derecho a percibir una remuneración en el caso de los derechos remuneratorios, es el mismo. Es decir, el mismo acto desencadena dos reacciones jurídicas diferentes, pero el acto debe reputarse idéntico. Ante el mismo acto de comunicación al público los diferentes titulares de derechos de propiedad intelectual podrán reaccionar de forma diferente, pero el concepto de comunicación al público debiera tener el mismo alcance en relación con los diferentes titulares.

Yerra el Tribunal al justificar el análisis a partir de la diferente naturaleza de los derechos ya que la afirmación de la existencia de un acto de comunicación al público debe ser unívoca respecto a todos los titulares de derechos.

Una vez presupuesta la necesidad de análisis individual del acto, el Tribunal llevó a cabo el análisis consistente en cuatro pasos o criterios, en mayor o menor medida herederos de la jurisprudencia anterior.

Antes de entrar en el fondo del análisis del acto de comunicación al público, el lector advertirá, a lo largo de la lectura de este apartado, que el Tribunal resolvió el caso concreto, aplicando su interpretación del Derecho de la Unión a los hechos aportados por el tribunal doméstico en su petición de decisión

---

<sup>74</sup> Apartado 75 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el en el asunto C-135/10 (asunto *Del Corso*).

prejudicial. Antecede al fondo del análisis del Tribunal su declaración por la cual admite que no corresponde al TJUE la determinación de los hechos que originaron el conflicto y la influencia de estos en la decisión final, sino que esta labor deberá ser emprendida por el tribunal remitente<sup>75</sup>. El TJUE afirma que estos criterios deben ser interpretados de forma «no autónoma y dependiente»<sup>76</sup> y que «incumbe al tribunal nacional llevar a cabo una apreciación global de la situación concreta»<sup>77</sup>. Sin embargo, posteriormente, como veremos, el Tribunal se declarará competente para resolver el caso al «disponer de todos los elementos necesarios para apreciar si existe tal acto de comunicación pública»<sup>78</sup>, y afirmando que «puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional nacional en su interpretación»<sup>79</sup>. El Tribunal sostiene esta afirmación sobre diversa jurisprudencia al respecto.

Lo cierto es que esas «precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional nacional» se tradujeron en la completa resolución del caso concreto, constituyendo ello, a nuestro juicio, una extralimitación en las competencias de este atribuidas por los tratados constitutivos y confirmadas por otros instrumentos no vinculantes<sup>80</sup> pero que constituyen una declaración de intenciones del propio órgano.

Entramos, ahora sí, en el análisis de fondo del Tribunal respecto a la interpretación del concepto de comunicación al público. En aras de una exposición más sistemática, dividiremos el estudio del análisis del Tribunal en cuatro criterios. En primer lugar analizaremos aquellos que guardan relación con el concepto

---

<sup>75</sup> Apartado 66 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el en el asunto C-135/10 (asunto Del Corso).

<sup>76</sup> Apartado 79 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10 (asunto Del Corso).

<sup>77</sup> Apartado 80 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10 (asunto Del Corso).

<sup>78</sup> Apartado 93 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10 (asunto Del Corso).

<sup>79</sup> Apartado 67 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10 (asunto Del Corso).

<sup>80</sup> Resulta extraordinariamente gráfica la redacción de la «Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales», publicada en el DOUE el 28 de mayo de 2011. En ella se manifiesta que el TJUE es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Derecho de la Unión (segundo apartado del Título I de la Nota Informativa) y que «en el marco del procedimiento prejudicial, la función del Tribunal de Justicia consiste en interpretar el Derecho de la Unión o pronunciarse sobre su validez, y no en aplicar este Derecho a los hechos concretos del procedimiento principal, labor de la que es responsable el órgano jurisdiccional nacional. Al Tribunal de Justicia no le corresponde pronunciarse sobre las cuestiones de hecho que se susciten en el marco del litigio principal, ni tampoco resolver las diferencias de opinión sobre la interpretación o la aplicación de las normas del Derecho nacional» (apartado 7 del Título I de la Nota Informativa). En el apartado 7 del mismo Título se manifiesta que «el objetivo del Tribunal de Justicia cuando se pronuncia sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión es proporcionar una respuesta útil para la solución del litigio, pero es el órgano jurisdiccional nacional quien tendrá que deducir las consecuencias que corresponda y, en su caso, declarar inaplicable la norma nacional».



de «público», dejando para un análisis posterior los relativos a la propia «comunicación» o ánimo del usuario como impulsor de esta.

#### 1. LOS CRITERIOS RELACIONADOS CON EL CONCEPTO DE «PÚBLICO»

El primero de los criterios referentes al público destinatario de la comunicación se relaciona con el concepto de «público indeterminado». Como vimos, este concepto surgió por primera vez en la jurisprudencia del TJUE en el marco del asunto *Mediakabel*, el cual sería trasladado a los asuntos *Lagardère* y *SGAE*. El Tribunal relacionó este concepto con la mayor o menor estabilidad de un concreto público, su pertenencia, o no, a un grupo definible y la consideración de estas personas como «público en general».

Parece que el TJUE se refiere a la estabilidad de las personas como destinatarias del acto de comunicación, dejando fuera del análisis los lazos afectivos que unen a las personas integrantes del grupo. Para ello, el Tribunal apoya su fundamentación en la definición de «transmisión pública» que aparece en el Glosario de la OMPI<sup>81</sup>: «hacer una obra [...] [perceptible] de cualquier forma idónea, para las personas en general, es decir, sin [restringirla] a determinados individuos pertenecientes a un grupo privado». Obviando la conveniencia de acudir al Glosario de la OMPI, observamos cómo este Glosario emplea los términos «personas en general» y «grupo privado».

En cuanto al primero, parece razonable concluir que la comunicación al público debe tener como destinatarios a «personas en general». Parece que la OMPI identifica este concepto con la imposibilidad de determinar el público objeto de la comunicación. El TJUE, al verter su veredicto sobre la aplicación del presente criterio al caso concreto, concluyó que, dada la estabilidad del público que se encuentra en la sala de espera, y su carácter de «conjunto de destinatarios potenciales determinados», estos no constituyen «personas en general».

A nuestro juicio, la estabilidad del público destinatario adolece del defecto de predicarse solo respecto al público efectivamente receptor de la comunicación, obviando al público potencial de la misma, el cual será siempre indeterminado. Pensemos en la estabilidad de la clientela de un bar de una pequeña aldea, dicha estabilidad respecta al público efectivo, no al público potencial. Por lo tanto, el elemento clave debe ser la determinación, o no, de la existencia de un acceso potencial a la comunicación. Una vez determinado este extremo, resultará ocioso preguntarse acerca de la estabilidad del público, ya que el público potencial será indeterminado por propia definición y, en la práctica, la potencialidad de acceso a las prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual surgirá de la mera apertura de un establecimiento al

---

<sup>81</sup> «OMPI Glosario de Derechos de Autor...», *cit.*, p. 42.



público. El carácter potencial del público ya apareció en las sentencias que resolvieron los asuntos *Mediakabel*, *Lagardère* y *SGAE*, pero, curiosamente, no forma parte del juicio de fondo llevado a cabo ahora por el Tribunal en el asunto *Del Corso*.

En cuanto al «grupo privado» citado en la definición del Glosario de la OMPI, a pesar de ser un concepto indeterminado, entendemos que este tiene que ver con el entorno y contexto en el que tiene lugar la comunicación así como con la mayor o menor intensidad de los vínculos afectivos entre personas, es decir, la pertenencia, o no, a un grupo que podríamos calificar de «amistad» o «familiar».<sup>82</sup> No cabe duda sobre la intención de los tratados internacionales de dejar fuera del concepto de comunicación al público a aquella que tuviera lugar en un entorno doméstico<sup>83</sup> o en un contexto familiar<sup>84</sup>. En cualquier caso, la «publicidad» de la comunicación debería estar relacionada con la ausencia de vínculos personales o afectivos estrechos. Compartimos la idea de «público» que ofrece Francisco Rivero Hernández: «idea de grupo indeterminado, cualitativa y cuantitativamente, de personas sin especial vínculo personal o relación jurídica, y que sea relativamente abierto»<sup>85</sup>. El Tribunal pasa de puntillas por este elemento, basando casi completamente el análisis del criterio en la estabilidad del público como «público general».

Por ello no podemos estar de acuerdo en la conclusión del Tribunal al calificar de «determinado» al público formado por la clientela de la clínica odontológica. Tal conclusión se apoya principalmente en el análisis de la «estabilidad» del público. Aunque aceptásemos la validez y pertinencia de este criterio, no parece que exista estabilidad en la clientela de la clínica. Como en cualquier negocio, la clientela varía en un mayor o menor lapso de tiempo. Además, el Tribunal obvia la naturaleza del vínculo entre el público y la persona que impulsa la comunicación. Parece indiscutible que, en este caso, no existe vínculo familiar, siquiera personal o afectivo, alguno entre ellas. Solo existe un vínculo comercial o económico, independientemente de la velocidad de reciclaje de las personas que se encuentran en determinada sala de espera de una clínica.

---

<sup>82</sup> En este sentido, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La comunicación pública en las habitaciones de hotel», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia: colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Grupo Español de la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial, Barcelona, 2005, pp. 184 y 185.

<sup>83</sup> El contexto o ámbito no se debe identificar con el carácter público o privado del lugar donde se lleva a cabo la comunicación al público. La Comisión, por medio de sus alegaciones, sostuvo que «ha de tenerse en cuenta el carácter público o privado del lugar en el que se reproduce el fonograma» [...] (Apartado 58 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak de 29 de junio de 2011 en el asunto *Del Corso*).

<sup>84</sup> Por ello han optado diferentes legislaciones nacionales como la francesa, italiana, alemana estadounidense o española.

<sup>85</sup> F. RIVERO HERNÁNDEZ., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), tercera edición, Tecnos, Madrid, 2007, p. 335.

El segundo de los criterios relacionados con el «público» tiene que ver con el «número considerable de personas». El Tribunal afirmó que el concepto de público implica un cierto umbral «de minimis», «lo que excluye de él una pluralidad de personas interesadas demasiado pequeño e incluso insignificante»<sup>86</sup>.

Este criterio no apareció expresamente en la jurisprudencia anterior, aunque el Tribunal remitió al asunto SGAE, entendiendo que dicho criterio ya se anunció entonces<sup>87</sup>. Sin embargo, el TJUE se refería al efecto acumulativo de los huéspedes de un hotel, a la rápida renovación de la clientela, la cual, globalmente considerada constituye un «número considerable de personas».

Concluyó el Tribunal que, en el caso que nos ocupa, «el número de estas personas es escaso, incluso insignificante, puesto que el círculo de personas presentes simultáneamente en su consultorio es, en general, muy limitado. Además, aunque los pacientes se sucedan, al estar presentes por turno no son, por lo general, destinatarios de los mismos fonogramas, especialmente en el caso de los radiodifundidos»<sup>88</sup>.

Recordemos aquí que el TJUE consideró a través del asunto SGAE los efectos acumulativos que provoca el público sucesivo, es decir, el público no simultáneamente presente en un concreto lugar. En aquel momento, el Tribunal determinó que el público destinatario de la comunicación debía ser globalmente determinado teniendo en cuenta estas circunstancias.

Pues bien, en el asunto Del Corso, el Tribunal analizó, en primer lugar, el círculo de personas presentes simultáneamente en el consultorio, declarando su «limitación». Solo en segundo lugar entró a analizar el público sucesivo.

Parece evidente que este criterio elaborado por el Tribunal es indeterminado. El TJUE no aclara cuál es el «umbral minimis» o si este varía dependiendo del caso concreto<sup>89</sup>. Es cierto que, por propia definición, la comunicación al público tiene como destinatarios a una pluralidad de personas.

---

<sup>86</sup> Apartado 86 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto Del Corso.

<sup>87</sup> El Tribunal remite al apartado 39 de la Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2005 en el asunto SGAE, aunque quizás se quería referir al apartado 38 de la sentencia.

<sup>88</sup> Apartado 96 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10 (asunto Del Corso).

<sup>89</sup> En este sentido, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Remuneración por comunicación pública de fonogramas. Sentencia del TJUE, de 15 de marzo de 2012 (TJCE 2012, 57)», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n° 89 (mayo-agosto 2012), p. 585: «Se echa en falta alguna precisión al respecto, que sirviese para disipar unas apreciaciones tan indeterminadas como las que resultan de esta argumentación de la sentencia sobre el número insignificante, a efectos de la comunicación pública de fonogramas, de los clientes de un dentista o de cualquier otro profesional liberal».

Poco importa, a efectos de reconocer o negar la existencia de comunicación al público, la cantidad de personas efectivamente receptoras de la comunicación<sup>90</sup>. Ello porque el público destinatario de la comunicación debe ser potencial, es decir, debe estar formado por aquellas personas que, potencialmente, puedan tener acceso a los fonogramas. El Tribunal volvió a ignorar la potencialidad del acceso para centrarse en la recepción efectiva de la comunicación en un momento determinado.

La comunicación al público debe afirmarse a partir del público potencial, existiendo esta independientemente del número de receptores de la misma. Cosa diferente será la determinación concreta de la remuneración equitativa devengada por tal uso, cuyo cálculo podrá tener en cuenta tales circunstancias en aras del carácter «equitativo», el cual, precisamente, supone una relación de equidad entre el uso del fonograma y la remuneración devengada por el mismo. En cualquier caso, no creemos que las personas potenciales que pudiera cubrir este acto de comunicación deba reputarse escaso, y aún considerándolo, esto no podría excluir la existencia de un acto de comunicación al público. Evidentemente, el número de destinatarios de esta determinada comunicación se encuentra estrechamente relacionado con la propia actividad comercial del impulsor de la comunicación. Sin embargo, la escasez, si se quiere, de público deberá repercutir, a lo sumo, en la ponderación de la remuneración debida, no así en la negación radical de la existencia de un acto de comunicación al público.

Pensemos en el público asistente a un museo, galería de arte, pequeños bares, cafeterías o peluquerías. La comunicación al público surge del solo hecho de ser estos establecimientos accesibles al público, independientemente de la cantidad de personas efectivamente presentes en un mismo lapso de tiempo<sup>91</sup>. El TJUE afirmó que, en el caso que nos ocupa, se debe tener en cuenta que el público no es, en general, destinatario de los mismos fonogramas. Ahora bien, nos parece obvio que sí lo será tomando como referencia grandes intervalos de tiempo<sup>92</sup>. Este argumento no solo obvia el público potencial, sino también el concepto de público sucesivo trazado por el propio Tribunal a partir del asunto SGAE.

---

<sup>90</sup> R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La comunicación pública en las...», *cit.*, p. 185, en referencia a la utilización de aparatos de televisión en establecimientos abiertos al público: «Se trata indiscutiblemente de supuestos de comunicación pública, puesto que dichos aparatos permiten disfrutar de las obras y demás objetos de propiedad intelectual previamente radiodifundidos a un colectivo de personas: las que en cada momento puedan estar presentes en el local (aunque no lo estén y el local esté vacío).»

<sup>91</sup> En este sentido, I. GONZÁLEZ CABRERA, «¿Son actos de comunicación pública la emisión de obras protegidas en las clínicas privadas?», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 37 (enero-abril 2011), pp. 110 y 111.

<sup>92</sup> A este respecto, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Remuneración por comunicación pública...», *cit.*, p. 584.: «[...] Pero además, no creo que pueda descartarse en el caso que nos ocupa la cuantificación del colectivo teniendo en cuenta la suma de sus integrantes a lo largo del tiempo. Es cierto que probablemente esa sucesión en el tiempo restrinja significativamente el que todos ellos puedan disfrutar de las mismas grabaciones musicales, pero en ningún caso ello puede dar lugar a una total exclusión de esa dimensión temporal del número relevante de personas.»

Sin perjuicio de lo anterior, parece claro que, en este caso, existe una pluralidad de personas que, potencialmente, pueden acceder a la emisión de radiodifusión y que, además, esta se renueva con mayor o menor rapidez<sup>93</sup>.

Una vez analizados los criterios relacionados con el público, ahora nos centramos en aquellos relacionados con la comunicación y el papel del impulsor en ella.

## 2. LOS CRITERIOS RELACIONADOS CON LA «COMUNICACIÓN»

El primero de ellos, el más llamativo, es la existencia de ánimo de lucro a la hora de impulsar el acto de comunicación. Sin duda es un elemento que ha permanecido al margen del Derecho Convencional, no apareciendo expresamente, si quiera de forma implícita, en tratado internacional alguno.

Ya vimos cómo el TJUE introdujo tímidamente este concepto a través del asunto SGAE, el cual quedó confirmado por la sentencia que resolvió el asunto Premier League<sup>94</sup>. Este criterio cobró especial importancia en las sentencias del 15 de marzo de 2012.

Piensa el Tribunal que «no es irrelevante el carácter lucrativo de una comunicación al público a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 [...]. De ellos se desprende que lo mismo cabe decir, con mayor motivo, en el caso del derecho a una remuneración equitativa, como la prevista en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100, habida cuenta de la naturaleza esencialmente económica de dicho derecho»<sup>95</sup>.

Vemos por tanto que el Tribunal volvió a justificar, en parte, el análisis de este criterio en base a la naturaleza «esencialmente económica» del derecho de remuneración propio de artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas. El TJUE, al comparar los derechos consagrados en sendas Directivas, no solo concluyó que estos difieren en cuanto su naturaleza sino que, además, distinguió el carácter lucrativo «a efectos de la Directiva 2001/29» de aquel lucro inferido de la Directiva 92/100. Gran parte de lo dicho con moti-

---

<sup>93</sup> Comparte esta idea la Abogada General, para quien «los pacientes permanecen menos tiempo en la sala de espera de una consulta odontológica que en la habitación de un hotel pero se suceden más rápidamente que en la habitación del hotel, por lo que también cabe hablar en este supuesto de un afecto de sucesión y acumulación que da lugar a una puesta a disposición de fonogramas de magnitud considerable» (Apartado 58 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak de 29 de junio de 2011 en el asunto *Del Corso*).

<sup>94</sup> Así lo recuerda el TJUE a través del Apartado 88 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 asunto C-135/10 (asunto *Del Corso*).

<sup>95</sup> Apartado 89 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10 (asunto *Del Corso*).

vo del análisis de los dos criterios anteriores resulta aplicable al presente. El Tribunal confunde la diferente naturaleza de los derechos con el supuesto de hecho que los justifica, esto es, el propio acto de comunicación al público. La Directiva 2001/29 y la 92/100 ofrecen una capacidad de reacción diferente dependiendo del tipo de titulares de derechos de los que se trate, siendo el acto de comunicación al público homogéneo en relación con ambos derechos. El Tribunal afirma que «de la comparación de los artículos 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y 8, apartado 2, de la Directiva 92/100, se desprende que el concepto de “comunicación al público” que figura en estas disposiciones se utiliza en contextos que no son idénticos y persigue objetivos que, aunque sean similares, son parcialmente divergentes»<sup>96</sup>, concluyendo que, «puesto que el derecho que confiere el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 se ejerce en el caso de utilización de la obra, dicho derecho es de naturaleza esencialmente económica»<sup>97</sup>.

El carácter «compensatorio» del derecho de remuneración no trata de «compensar», valga la redundancia, los más o menos pingües beneficios que pudiera obtener el impulsor de la comunicación al público como consecuencia de esta, sino que compensa la privación de un derecho de exclusiva originario, la carencia de facultad de autorizar o prohibir ciertos actos independientemente del lucro con que se efectúe la comunicación al público. El devengo del derecho surge con la mera comunicación al público de un fonograma publicado con fines comerciales, mientras que la cantidad de remuneración devengada estará modulada por ciertos criterios meramente tarifarios. El ánimo de lucro en el acto de comunicación solo debería informar el «quantum» de la remuneración que se debe satisfacer. Por ello, la propia Directiva 92/100 emplea el adjetivo «equitativa» al calificar la remuneración por la comunicación al público de fonogramas<sup>98</sup>. De tan problemático concepto se infiere la necesidad de remunerar a los titulares de derechos de una forma justa, teniendo en cuenta diferentes factores o criterios a la hora de establecer la cantidad remuneratoria<sup>99</sup>. Por lo tanto, el carácter equitativo de la remuneración es el factor encargado de modular la compensación por la comunicación pública de fonogramas, pero

---

<sup>96</sup> Apartado 74 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10 (asunto Del Corso).

<sup>97</sup> Apartado 77 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10 (asunto Del Corso).

<sup>98</sup> Artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100/CE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derecho de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, derogada por la Directiva.

<sup>99</sup> En este sentido, R. SÁNCHEZ ARISTI, *Comentarios a la ley...*, cit., p.1478, al afirmar que «La equitatividad obligará, desde luego, a desterrar una fijación arbitraria de la remuneración, antes que nada porque el artículo 108.6 LPI, que ordena que este derecho se haga efectivo a través de entidades de gestión, señala como primer parámetro de su actuación en este campo el de la negociación con usuarios. En este sentido, para la fijación de la remuneración deberán tenerse en cuenta aspectos como la mayor o menor intensidad de uso por parte del usuario de que se trate, o el carácter lucrativo o no de su actividad. Por descontado, la equitatividad también aboca a que se apliquen los mismos criterios para todos los usuarios que se encuentren en una situación similar.»

esta última existirá independientemente de la concreta remuneración exigida por su llevanza a cabo. Recordemos que en lo dicho anteriormente ya reparó el propio TJUE en el asunto SENA, definiendo el concepto de «remuneración equitativa» como instrumento para determinar la concreta remuneración teniendo en cuenta factores como el «valor de la utilización en los intercambios económicos».

El Tribunal, al analizar este criterio, concluyó que «los pacientes de un dentista acuden a una consulta odontológica con el único objeto de ser atendidos, no siendo inherente a la asistencia odontológica la difusión de fonogramas<sup>100</sup> [...] Por consiguiente, tal difusión no reviste carácter lucrativo, a diferencia del criterio enunciado en el apartado 90<sup>101</sup> de la presente sentencia»<sup>102</sup>.

Si atendemos a los hechos aportados por el tribunal remitente, parece innegable la existencia de ánimo de lucro en la actividad del odontólogo. En mayor o menor medida, la difusión de fonogramas aporta beneficio al negocio en cuestión al prestarse un servicio que redunde en la comodidad de los pacientes. Incluso podríamos afirmar que la comunicación de música juega un papel fundamental al conllevar un efecto terapéutico, provocando un ambiente relajado en la tensa espera hasta la silla de intervenciones. La música, en este caso, aporta un valor al negocio principal, siendo un elemento difícil de sustituir o suprimir<sup>103</sup>. Pero ello es trasladable a cualquier actividad en la que se utiliza música con carácter accidental, es decir, «música ambiental». Tal uso, evidentemente, no constituye parte de la actividad principal del negocio, mas influye en el buen servicio prestado por el impulsor de la comunicación. Pensemos en la música transmitida en supermercados, ascensores de grandes superficies, estadios de fútbol, medios de transporte colectivo..., etc. Es cierto que el consumidor o usuario que utiliza estos servicios no pretende ser receptor de la comunicación, mas, sin duda, repercute en la calidad del servicio conscientemente pretendida por el impulsor de la comunicación. Sin duda, se debe apreciar existencia de ánimo de lucro en todos estos usos «incidentales» de música en un establecimiento abierto al público.

---

<sup>100</sup> Apartado 98 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10 (asunto Del Corso).

<sup>101</sup> En este momento, el Tribunal remite al apartado 90 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10 (asunto Del Corso), por el que se declara la existencia de ánimo de lucro en la radiodifusión de obras en un establecimiento de restauración, en referencia a los asuntos SGAE y Premier League.

<sup>102</sup> Apartado 99 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10 (asunto Del Corso).

<sup>103</sup> En este mismo sentido, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Remuneración por comunicación pública...», *cit.*, p.586.: «La gente no acude al dentista porque tenga música en su consulta, ni está dispuesta a pagar más por ello. Sin embargo, cualquier profesional liberal sabe que forma parte de su actividad el dar el mejor trato posible a sus clientes. Y ello porque ese buen trato constituye en alguna medida, por menor que sea, un factor que sus clientes valorarán, más o menos, según sus preferencias. En definitiva, el buen trato constituye siempre para un profesional liberal un elemento de fidelización de los clientes, por muy secundario que el mismo pueda ser».



Dicho esto, independientemente de la existencia, o no, de ánimo de lucro en la comunicación, lo cierto es que este factor no debería operar como criterio indicativo de la existencia<sup>104</sup> de un acto de comunicación al público<sup>105</sup>. A nuestro juicio, el ánimo de lucro solo podría informar el carácter equitativo de la remuneración, no así la existencia de un acto de comunicación al público<sup>106</sup>. La comunicación impulsada por una persona física o jurídica, carente de ánimo de lucro, a un público continúa siendo un acto de comunicación al público. Podríamos pensar en un odontólogo que trabaja para una ONG cuyos servicios incluyen la transmisión de música al público en la sala de espera. ¿Perdería virtualidad la comunicación al público por el hecho de carecer el acto de ánimo de lucro? A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa. Pensemos también en la fiesta solidaria organizada por alguna ONG con el fin de conseguir fondos para apoyar determinada causa. ¿Existe en este caso una comunicación al público de fonogramas? Evidentemente, sí. Ahora bien, la ausencia de ánimo de lucro podrá informar, en su caso, la remuneración devengada por tal acto de comunicación al público, lo que no se traduce en la inexistencia de un acto de comunicación al público.

El último de los criterios guarda estrecha relación con el anterior, se trata de la intencionalidad en el acto de comunicar al público por parte del impulsor de la misma. El TJUE identifica este criterio con el «pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento [del impulsor de la comunicación], para dar a sus clientes acceso a una emisión radiodifundida que contiene una obra protegida»<sup>107</sup>. El TJUE ya se refirió a este criterio en los asuntos SGAE y Premier League, en los que analizó el «pleno conocimiento» de un usuario al transmitir fonogramas.

De ello deducimos que, por un lado, el TJUE, en la sentencia que nos ocupa, se refirió a la voluntad del impulsor de la comunicación al llevarla a cabo, es decir, si es un acto consciente en cuanto a las consecuencias, o fortuito. Por

---

<sup>104</sup> Contundentemente, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Remuneración por comunicación pública...», *cit.*, p. 586.: «[...] Pero incluso, si se llega a la conclusión, en contra de todo lo que acabo de decir, que, en efecto, la utilización de la música ambiental carece de finalidad lucrativa, vuelvo a recordar lo anteriormente apuntado: ¿por qué una actuación de esas características a título gratuito puede realizarse sin asumir costo alguno? [...] La comunicación al público existe tanto si es a título oneroso como si es a título gratuito». En el mismo sentido, el mismo autor en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La comunicación pública en las...», *cit.*, p. 190.

<sup>105</sup> En este sentido la Abogada General, para la cual, «en primer lugar, la existencia de una comunicación al público no depende de que el usuario tenga ánimo de lucro» (Apartado 132 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak de 29 de junio de 2011 en el asunto Del Corso) y «para empezar, el concepto de comunicación al público no implica necesariamente el ánimo de lucro» (Apartado 133 del mismo documento).

<sup>106</sup> En este sentido, la Abogada General en el Apartado 137 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak de 29 de junio de 2011 en el asunto Del Corso.

<sup>107</sup> Mediante el apartado 82 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 asunto C-135/10 (asunto Del Corso), el Tribunal remite a los asuntos SGAE y Premier League en cuanto al carácter no accesorio y deliberado de la transmisión en estos dos casos.



otra parte, el Tribunal analizó si el público receptor de la comunicación es «no captado» por azar»<sup>108</sup>, en el sentido de ser contemplado este como objetivo por el usuario.

Como vemos, dos son los elementos integrantes de este criterio: consciencia del usuario en cuanto a la transmisión y captación «deliberada» de un público concreto. Pues bien, en esta ocasión el Tribunal concluyó que «aunque los pacientes de un dentista se encuentren en la zona cubierta por la señal de fonogramas, solo pueden oírlos gracias a la intervención deliberada del dentista. Por tanto, es preciso considerar que tal dentista interviene deliberadamente en la difusión de dichos fonogramas»<sup>109</sup>. De lo último se infiere que este es el único criterio que operó a favor de la confirmación de la existencia de un acto de comunicación pública en el asunto *Del Corso*.

La voluntad del usuario es, por propia definición, subjetiva. Los límites de este criterio son muy confusos e indeterminados. La influencia de la voluntad del impulsor y de las consecuencias de esos actos en su actividad comercial no parecen ser determinantes para afirmar o negar la existencia de un acto de comunicación al público, no así la cantidad remuneratoria de la misma, por lo que considero reproducidos los comentarios que vertimos al analizar el criterio anterior.

Es difícil pensar en un supuesto de comunicación al público fortuita, sin intervenir la voluntad de un impulsor de la misma. Normalmente, la comunicación al público de fonogramas será desencadenada por un usuario de forma intencionada. Pensar en actos «fortuitos» o involuntarios de comunicación al público se antoja complicado. Siguiendo con el supuesto de hecho que tenemos entre manos, supongamos que el odontólogo utiliza música en la sala de intervenciones con el solo propósito de relajarse mientras trabaja. Parece claro que, en este supuesto, estaríamos en ausencia de intención de comunicar al público fonogramas, es decir, el odontólogo transmite la música con el único propósito de relajarse y concentrarse en sus labores. Sin embargo, lo cierto es que esos fonogramas son comunicados a un público (los diferentes pacientes que pasan por el sillón de intervenciones sucesivamente) independientemente de la intención de comunicar al público. Por ello, debemos concluir que, en este caso, existiría un acto comunicación al público en ausencia de intención de comunicar.

Por otro lado, el TJUE parecía referirse, más bien, a la repercusión económica que la comunicación pueda tener en su actividad, teniendo en cuenta el público

---

<sup>108</sup> Apartado 91 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10 (asunto *Del Corso*).

<sup>109</sup> Apartado 94 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10 (asunto *Del Corso*).

(clientela) que puede captar con ella. En otras palabras, quizás el Tribunal se refería a la intención de comunicar al público a sabiendas de las consecuencias beneficiosas que reportarán tales actos. Por ello, repetimos, este criterio se encuentra íntimamente relacionado con el anterior.

Ahora bien, no creemos que sea relevante la consciencia por parte del usuario del público que puede ser receptor de la comunicación. Al contrario, lo importante será la existencia de un público potencial destinatario de la misma, sin perjuicio de las consecuencias beneficiosas que pueda acarrear sobre un negocio concreto o su carácter principal o accesorio respecto al mismo, factores estos últimos que, en concordancia con la doctrina establecida por el asunto SENA, deben repercutir en la modulación de la remuneración equitativa.

Por todo lo anteriormente dicho, tras llevar a cabo el análisis de los cuatro criterios, concluyó el TJUE que, a los efectos de la Directiva 92/100, el supuesto entre manos no constituye un acto de comunicación al público<sup>110</sup>. Ello a pesar de que uno de los criterios operó a favor de la existencia de un acto de comunicación al público, lo que nos lleva a afirmar que los citados criterios no revisten carácter acumulativo.

#### **IV. EL ASUNTO PHONOGRAPHIC PERFORMANCE**

Como dijimos, el asunto Phonographic Performance fue el segundo de los casos sobre el que recayó sentencia del TJUE el 15 de marzo de 2012. Se trata de la resolución de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal irlandés respecto a ciertos actos de comunicación al público de fonogramas.

El litigio iniciado por la entidad de gestión colectiva de derechos pertenecientes a productores de fonogramas contra el Estado de Irlanda tenía por objeto la reclamación de una indemnización por el establecimiento legal de una excepción al derecho de comunicación al público, a la cual posteriormente atenderemos.

Las cuestiones prejudiciales tuvieron por objeto resolver si el hotel que distribuye la «correspondiente señal» a través de aparatos de televisión, o de radio, en las habitaciones de un hotel, a favor de los clientes, es un «usuario» que realiza una «comunicación al público» a los efectos de la Directiva 2006/115. Si fuera así, el tribunal remitente pretende saber si tal usuario quedaría obligado al pago de una remuneración equitativa independiente de aquella que ya paga el emisor por «reproducir el fonograma», y, a su vez, si la respuesta fuera afirmativa, si la excepción contenida en el artículo 10, apartado 1, letra a) de la Directiva en cuestión puede habilitar a un Estado Miembro para eximir del

---

<sup>110</sup> No llegó a la misma conclusión la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en sus Conclusiones de 29 de junio de 2011 en el asunto *Del Corso*.

pago en virtud del «uso privado». El tribunal doméstico también planteó la posibilidad de contemplar un acto de comunicación al público en caso de que el hotel proporcione fonogramas «en formato físico o digital» y un equipo hábil para la escucha de los mismos.

Como vemos, las primeras cuestiones<sup>111</sup> guardan relación con una transmisión de emisión radiodifundida llevada a cabo por el establecimiento hotelero, el cual distribuye la señal de radiodifusión a las habitaciones del hotel. Tal escenario ya fue planteado en el asunto EGEDA y, en especial, en el asunto SGAE. Las únicas peculiaridades de este escenario se refieren, por una parte, a que ahora tratamos el derecho de remuneración que tiene como titulares a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas y, por otra, la cuestión sobre la posibilidad de aplicar una limitación al derecho de comunicación al público en virtud del «uso privado» del acto en cuestión. Respecto a esto último, cabe decir que la ley nacional prevé una excepción al derecho de comunicación al público de una grabación sonora cuando la misma tenga lugar en instalaciones donde se ofrezca pernoctación a los huéspedes y esta comunicación al público tenga carácter complementario respecto al servicio principal<sup>112</sup>. Observamos aquí cómo la ley irlandesa prevé una excepción al derecho basada en el carácter accesorio del acto de comunicación al público respecto a la actividad mercantil principal.

Mediante la resolución de la primera cuestión, el TJUE recuperó el análisis establecido en el asunto Del Corso, siguiendo su sistemática de una manera más precisa y obviando en gran medida la justificación del uso de este mediante la remisión al asunto anterior.

Ya vimos que ciertas cuestiones antecedían al examen de los criterios perfilados por el Tribunal. La primera de las cuestiones preliminares tiene que ver con la necesidad de estudio individualizado del caso concreto<sup>113</sup> y, por ende, de «la identidad del usuario y la cuestión de la utilización del fonograma de que se trate». Esta vez, el Tribunal no apoyó el desencadenamiento del análisis en la

---

<sup>111</sup> Primera y segunda cuestión planteadas por el tribunal remitente.

<sup>112</sup> Artículo 97 de la *Copyright and Related Rights Act* irlandesa del año 2000 (traducción extraída de la versión de la sentencia en español):

«1. Salvo lo dispuesto en el apartado 2, no se considerará violación de los derechos de autor sobre una grabación sonora, emisión o programa por cable facilitar la escucha o visualización de una grabación sonora, emisión o programa por cable, siempre que se escuche o visualice:

a) en la parte de las instalaciones donde se ofrece pernoctación a los huéspedes o internos, y  
b) como parte de los servicios complementarios ofrecidos exclusiva o principalmente a los huéspedes o internos.

2. No será de aplicación el apartado 1 respecto a la parte de las instalaciones a que se aplica el apartado 1, cuando se cobre un importe específico por la entrada en la parte de las instalaciones en que se escuche o vea la grabación sonora, emisión o programa por cable».

<sup>113</sup> Apartado 29 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-162/10 (asunto *Phonographic Performance*).

«naturaleza esencialmente económica» del derecho que tenemos entre manos, sino que trasladará exclusivamente este argumento a la resolución del criterio del ánimo de lucro del acto del impulsor de la comunicación. Una vez hecho el recordatorio del debido examen individualizado, como requiriendo la valoración de los hechos concretos aportados por el tribunal doméstico y, por cierto, de dudosa pertinencia en la resolución de una cuestión prejudicial por la propia finalidad de esta, el Tribunal presentó de nuevo sus «criterios complementarios, de naturaleza no autónoma y dependientes unos de otros»<sup>114</sup>.

El TJUE utilizó siete<sup>115</sup> apartados de la sentencia para recordar los cuatro criterios sobre los que cimienta su análisis, algunos basados en el «papel ineludible del usuario y otros en los elementos inherentes al concepto de público». El segundo paso consistió en proceder a la subsunción de los hechos concretos en estos criterios. Ahora bien, el propio Tribunal tendió un puente entre la enunciación de los criterios y la aplicación de los mismos a los hechos concretos remitidos por el tribunal doméstico, como ya se hiciera en el asunto *Del Corso*. El TJUE concluyó que aunque, en principio, corresponde al tribunal remitente estudiar los hechos concretos mediante el filtro de los criterios aportados, dado que el TJUE «dispone de todos los elementos necesarios para apreciar si existe tal acto de comunicación al público»<sup>116</sup>, este lo resolvió, lo cual constituye una función muy alejada de la mera interpretación del Derecho de la Unión propia de la resolución de una cuestión prejudicial a la luz de los tratados constitutivos y la reglamentación interna del TJUE. Nos remitimos en este momento a la crítica que hicimos en el estudio del asunto *Del Corso* sobre la postura del TJUE y la posible extralimitación de sus funciones.

Dicho esto, tras la enunciación de los criterios utilizados, se filtraron los hechos concretos en el análisis de cada criterio. Para una mejor sistemática, analizaremos los criterios según el orden anteriormente dispuesto en el análisis del asunto *Del Corso*.

## 1. LOS CRITERIOS RELACIONADOS CON EL CONCEPTO DE «PÚBLICO»

El primero de los criterios relacionados con el «público» es el «público indeterminado» como destinatario de la comunicación al público, concepto surgido en el asunto *Mediakabel* y trasladado a *Lagardère* y *SGAE*. Recordemos ahora que la sentencia que resolvió el asunto *Del Corso* negó la existencia de un público indeterminado a la luz de la definición de «transmisión pública» ofrecida por

---

<sup>114</sup> Apartado 30 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-162/10 (asunto *Phonographic Performance*).

<sup>115</sup> Apartados 31-37 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-162/10 (asunto *Phonographic Performance*).

<sup>116</sup> Apartado 39 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-162/10 (asunto *Phonographic Performance*).

el Glosario de la OMPI. De aquella definición dedujimos que existían dos elementos integrantes del concepto de público. El primero de ellos es el «público en general», relacionado con la mayor o menor estabilidad del público, y el segundo, «el grupo privado», elemento que aunque no es analizado directamente por el Tribunal, debe relacionarse con la intensidad de los vínculos afectivos entre las personas que forman el público destinatario de la comunicación.

Esta vez, al contrario de lo que ocurrió en el asunto *Del Corso*, el Tribunal concluyó que el público que conforma la clientela de un hotel debe reputarse indeterminado por una razón curiosa, a saber, la elección libre de la clientela a la hora de contratar los servicios, la cual solo se encuentra limitada por la capacidad de acogida del establecimiento, es decir, el aforo del mismo. Por lo tanto, tal escenario constituye un supuesto de «público en general»<sup>117</sup>.

Cualquier comunicación susceptible de captar a un público destinatario es una comunicación al público a la luz del Derecho Convencional y Comunitario, así se afirmó en el asunto *SGAE*, cuyos fundamentos jurídicos eran sin duda más contundentes que los del presente.

En nuestra opinión, el Tribunal pretendió, en el asunto que ahora nos ocupa, relacionar la elección libre de la clientela de acceder a la transmisión con el hecho de que el establecimiento no imponga restricciones de acceso a la clientela por cualquier razón, es decir, que el negocio acepte como clientes a un público general. Dicho de otro modo, la libertad de acceso de la clientela se refiere al acceso potencial a la comunicación por parte de aquel público no restringido por el impulsor de la misma. No obstante, a nuestro juicio, aun existiendo restricciones de acceso a un específico segmento de público, seguirá existiendo una comunicación al público. Es cierto que estas restricciones afectarán no solo al número de personas efectivamente receptoras de la comunicación, sino también a las potencialmente receptoras. Ahora bien, aun afirmando la restricción del elemento «público», este no desvanece por ello. Este público estará formado por menor número de receptores potenciales, mas sigue siendo «público». A nuestro juicio, el elemento de «público» solo desaparecería cuando las restricciones de acceso provocasen que los únicos receptores potenciales estuvieran vinculados con el impulsor de la comunicación por lazos de familiaridad o íntima amistad, lo que sí desvirtuaría el concepto «público». Ello sucedería, por ejemplo, en una cena de navidad en casa de determinado familiar. Efectivamente, los únicos receptores potenciales de la comunicación serán los miembros de la familia ya que el resto del público no encuentra libertad de acceso a la misma. Ahora bien, no podemos llegar a la misma conclusión en el caso de, por ejemplo, un congreso de médicos traumatólogos especialistas en traumatismos de la mano. En este último caso, el público no ostenta libertad de acceso al restringirse el

---

<sup>117</sup> Apartado 41 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-162/10 (asunto *Phonographic Performance*).

acceso a profesionales de esta rama. Pero los asistentes al congreso, aun siendo un público potencial reducido, forman un «público».

Cabe preguntarse por qué ahora el Tribunal emplea esta justificación del criterio basada en la libertad de elección cuando no fue aplicada en el asunto *Del Corso*. Recordemos que en aquel momento este criterio fue basado en la mayor o menor estabilidad del público, pero no en su libertad de elección. Si aplicásemos esta justificación del criterio al supuesto de la clínica odontológica concluiríamos que el público goza de libertad de elección, libertad solo constreñida por la capacidad de tratamiento de la clínica odontológica. Por lo tanto, el resultado debería ser la confirmación de la existencia de un público indeterminado.

Lo cierto es que ambas justificaciones no deberían constituir una razón para negar la existencia de la comunicación al público. Lo relevante es dilucidar la posibilidad de acceso a la comunicación como público, es decir, la facilitación de una transmisión susceptible de captación por un público, si se quiere «público en general». Ello con independencia de la restricción de público llevada a cabo por el impulsor ya que esta restricción solo anulará el concepto de «público» cuando provoque que el único público potencial de la comunicación sea aquel más cercano e íntimo.

En cualquier caso, el Tribunal concluyó que, en este caso, existe un público indeterminado dada la elección libre de la clientela a la hora de contratar los servicios.

El siguiente criterio relacionado con el «público» es el que estudia la magnitud del mismo, el relacionado con el «número considerable» de destinatarios de la comunicación al público. Ya dijimos que para el TJUE la comunicación al público requería cierto «umbral de minimis», lo cual excluía «una pluralidad de personas interesadas demasiado pequeña o incluso insignificante» y que, para ellos, deben tenerse en cuenta las personas que tienen acceso a la comunicación «no solo de manera simultánea sino, además, sucesiva»<sup>118</sup>.

Esta vez el TJUE remitió a la sentencia que resolvió el asunto *SGAE* para afirmar que los clientes de un establecimiento hotelero constituyen un número considerable de personas, «por lo que debe estimarse que forman un público»<sup>119</sup>. Sorprende la brevedad del análisis ya que, en esta ocasión, no analiza los hechos aportados por el tribunal remitente. Es cierto que este extremo fue intensamente estudiado en el asunto *SGAE*, en el que destacó el público sucesivo como elemento relevante en el concepto de «público».

---

<sup>118</sup> Apartado 35 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-162/10 (asunto *Phonographic Performance*).

<sup>119</sup> Apartado 42 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-162/10 (asunto *Phonographic Performance*).

En este caso resulta más clara, si cabe, la existencia de una pluralidad de personas que potencialmente pueden tener acceso a la comunicación al público. Pero lo mismo nos pareció en el estudio del asunto *Del Corso*. Resultaría redundante reproducir de nuevo la crítica vertida entonces mas no podemos evitar reflexionar acerca de la escasa importancia de la «magnitud de personas» que efectivamente tiene acceso al objeto de protección como criterio conducente a afirmar o excluir la existencia de un concreto acto de comunicación al público. Efectivamente, el acceso potencial, que no efectivo, de un escaso número de destinatarios a la comunicación supone la publicidad de esta y, por tanto, su existencia. Ello sin perjuicio de la ponderación de la remuneración equitativa devengada por la intensidad de tal acto.

Dicho esto, solo observamos una diferencia entre ambos actos de comunicación al público (asunto *Del Corso* y *Phonographic Performance*): la «magnitud» de los receptores efectivos y, si se quiere, de los destinatarios potenciales de los mismos. Ahora bien, ello no puede derivar en la radical negación de la existencia de un acto de comunicación al público en el primer asunto, pero sí en la modulación del monto remuneratorio a través del carácter equitativo que legalmente se predica de este.

## 2. LOS CRITERIOS RELACIONADOS CON LA «COMUNICACIÓN»

Entramos ya en el análisis de los dos criterios relacionados con comunicación al público y el impulsor de la misma.

Apuntamos al comenzar el análisis del presente asunto que el Tribunal había justificado, en parte, el análisis del criterio del carácter lucrativo a través del «carácter esencialmente económico» del derecho que tratamos. También dijimos, en sede del estudio del asunto *Del Corso*, que el TJUE yerra al entender que el «carácter compensatorio» deriva de los beneficios económicos obtenidos por la explotación efectuada por el usuario. En nuestra opinión, esa naturaleza compensatoria trata de paliar la carencia de un derecho de exclusiva habilitante para autorizar o prohibir concreto acto de comunicación al público, aun altruista.

En esta ocasión, el Tribunal sostiene la existencia de carácter lucrativo afirmando que los clientes del establecimiento hotelero ostentan la condición de «objetivos» y «receptivos» de la comunicación<sup>120</sup>. El hecho de que los clientes sean objetivo del impulsor de la comunicación no puede considerarse relevante para afirmar la existencia de ánimo de lucro en la comunicación, menos aún para afirmar la propia existencia de comunicación al público, ya que este concepto no se identifica exactamente con el público potencial de

---

<sup>120</sup> Apartado 43 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-162/10 (asunto *Phonographic Performance*).



la comunicación. En cuanto a la condición de «receptivos», esta nos muestra la escasa atención que el carácter potencial del público merece al TJUE. La efectiva «recepción» de la comunicación es indiferente al establecer la existencia de comunicación al público y el ánimo de lucro en la misma.

El siguiente y último criterio es el relacionado con la intencionalidad con la que la comunicación es llevada a cabo por el impulsor o, en palabras del propio Tribunal, «cuando [el impulsor] interviene con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento»<sup>121</sup>. Recordemos que este fue el único criterio que operó a favor de la existencia de un acto de comunicación al público en el asunto *Del Corso*.

No nos deja de llamar la atención la relevancia que el Tribunal otorga a este criterio. Ya dijimos que es difícil concebir una comunicación al público no «deliberada» y llevada a cabo sin «pleno conocimiento de las consecuencias del comportamiento». Parece que el TJUE no se refiere tanto a la consciencia sobre el impulso de la propia comunicación (es decir, saber que está comunicando, lo que llevaría a un análisis casi filosófico reducido a ciertos casos de laboratorio) sino, más bien, a la consciente importancia de la comunicación en la actividad del usuario y, por tanto, este criterio se encuentra íntimamente relacionado con el anterior.

Concluyó el Tribunal que los clientes del hotel solo pueden oír los fonogramas «gracias a la intervención deliberada de dicho gestor»<sup>122</sup> (refiriéndose al usuario). Efectivamente, el gestor es quien decidió colocar en las habitaciones aparatos de radio y televisión. No obstante, la voluntad del usuario de prestar un servicio principal o complementario a su negocio resulta indiferente para la existencia del acto de comunicación al público.

Hasta aquí el análisis llevado a cabo por el Tribunal respecto a la existencia de comunicación al público al dar respuesta a la primera cuestión. Analizamos ahora, brevemente, el resto de cuestiones.

Mediante la segunda cuestión, el tribunal remitente pretendió saber si, en el caso de confirmarse la existencia de comunicación al público, el establecimiento hotelero está obligado al pago de una remuneración equitativa independiente de la ya pagada por el radiodifusor.

El TJUE, sucintamente, remitió a los establecido en el asunto *SGAE* respecto al concepto de «público nuevo», afirmando así la existencia de otro acto de

---

<sup>121</sup> Apartado 31 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-162/10 (asunto *Phonographic Performance*).

<sup>122</sup> Apartado 40 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-162/10 (asunto *Phonographic Performance*).

comunicación al público que tiene otros destinatarios, un público no previsto por el acto originario de comunicación. Esta vez apoya, adicionalmente, la existencia de una comunicación al público secundaria en la obtención «de beneficios económicos que son independientes de los obtenidos por el radio-difusor o por el productor de fonogramas»<sup>123</sup>. Sigue por tanto la obcecación del TJUE por la obtención de beneficios económicos derivados de la comunicación al público. Sobra decir que la comunicación al público secundaria lo será por contemplar un nuevo público diferente de aquel destinatario de la comunicación primaria.

Posteriormente, el Tribunal ofreció respuesta a la cuarta cuestión acerca de la existencia de comunicación al público en las habitaciones de un hotel cuando el usuario, en vez de facilitar aparatos de radio o televisión, aporta fonogramas en formato físico o digital y un equipo capaz de reproducirlos. El TJUE recurrió al artículo 2, letra g), del TOIEF, el cual establece que el acto de comunicación al público incluye hacer que los sonidos o las representaciones de los sonidos sean fijados en un fonograma resulten audibles al público. El equipo de reproducción y los fonogramas son dos elementos que permiten «que los sonidos resulten audibles». Una vez establecido esto, el Tribunal concluyó la existencia de comunicación al público dado que tanto el establecimiento como la clientela es la misma que en el caso de los aparatos de radio y televisión<sup>124</sup>.

Ahora bien, debemos reconocer que la consideración de tal acto como una comunicación al público supone estirar el concepto en gran medida ya que ninguna de las modalidades expresamente recogidas por los tratados internacionales cubre este concreto acto.

---

<sup>123</sup> Apartado 51 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-162/10 (asunto *Phonographic Performance*).

<sup>124</sup> No obstante, parece que el Tribunal afirmó con bastante ligereza la existencia de un acto de comunicación al público en tal supuesto. En este caso, el establecimiento hotelero no impulsa directamente el acto de comunicación, sino que pone a disposición del cliente los medios que permiten escuchar música. El TJUE interpretó en sentido amplio el concepto de comunicación al público apoyándose en la letra g) del artículo 2 del TOIEF. Se intuye de la lectura de la sentencia que el Tribunal interpreta la segunda parte de la definición de comunicación al público contenida en el TOIEF como una suerte de cajón de sastre que permite subsumir cualquier acto del cual se derive la posibilidad de escuchar música. Sin embargo, de los documentos que recogían la propuesta básica del TOIEF que fue llevada a la Conferencia Diplomática de diciembre de 1996 se deduce que esta segunda parte de la definición de comunicación al público trataba de incluir la ejecución directa de fonogramas a través de diferentes medios, así como la comunicación de fonogramas en establecimientos abiertos al público a través de aparatos de radio o televisión. Por lo tanto, fundar la existencia de comunicación al público en este precepto del TOIEF puede resultar discutible. El Tribunal posteriormente afirmó que esta justificación resulta corroborada por el apartado 2 del artículo 8 de la Directiva 2006/115, el cual utiliza la expresión «cualquier tipo de comunicación al público». Nos parece más acertado basar la existencia de un acto de comunicación al público en base a este precepto, ya que permite acoger cualquier modalidad de comunicación al público.

El TJUE respondió finalmente y conjuntamente a las cuestiones tercera y quinta relativas a la posibilidad de establecer un límite o excepción derivado del «uso privado». Recordemos que la Directiva 2006/115, mediante su artículo 10, primer ordinal, letra a), establece esta posibilidad.

Pues bien, el Tribunal afirmó que resultaría contradictorio afirmar la publicidad de una comunicación y, a su vez, el uso privado de la misma, ya que «lo relevante no es el carácter privado o no del uso de la obra por parte de los clientes de dicho establecimiento, sino el carácter privado o no del uso que hace de la obra el propio establecimiento hotelero»<sup>125</sup>. Sobre todo teniendo en cuenta que el único que «usa» los fonogramas es el usuario, es decir, el establecimiento hotelero, no el público destinatario de la comunicación.

Parece obvio que tal límite es inaplicable a un acto de comunicación al público ya que el uso privado de la comunicación negaría la propia publicidad de esta, por lo que no nos encontraríamos ante un límite del derecho, sino ante la inaplicabilidad del mismo. Por ello resulta ocioso, como hace el Tribunal<sup>126</sup>, analizar la compatibilidad de una posible limitación con la regla de los tres pasos establecida en el artículo 10, apartado 3, de la Directiva 2006/115.

Concluyó el Tribunal, pues, que tal disposición no permite a los Estados miembros establecer un límite que exonere del pago de una remuneración equitativa a los establecimientos hoteleros que lleven a cabo una comunicación al público en el sentido de la Directiva.

## **V. RECAPITULACIÓN**

Una vez llevado a cabo el análisis de los asuntos en cuestión, llega el momento de recapitular los aspectos más relevantes de los mismos.

Es cierto que los criterios que se reflejaron en las sentencias de marzo del 2012 son, en cierta medida, heredados de la jurisprudencia anterior, mas ahora se configuran contundentemente estableciendo una clara e intencionada línea jurisprudencial de la que, en nuestra opinión, el TJUE no se apartará con facilidad.

Esta nueva jurisprudencia, mientras desecha o resta importancia a ciertos criterios que surgieron con fuerza anteriormente (concepto de público potencial, sucesivo..., etc.), intensifica otros. Podríamos decir que, en general, se ha brindado mayor protagonismo a aquellos criterios relacionados con el concepto de

---

<sup>125</sup> Apartado 71 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-162/10 (asunto Phonographic Performance).

<sup>126</sup> Apartado 75 de la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-162/10 (asunto Phonographic Performance).

«comunicación» y, en concreto, con el papel del impulsor de la misma. Estos criterios (principalmente, el fin lucrativo en el acto de comunicación al público) llaman fuertemente la atención al constituir elementos tradicionalmente ajenos al concepto de comunicación al público.

Por otro lado, el Tribunal, ahora sin tapujos, lejos de limitarse a ofrecer la correcta interpretación del Derecho de la Unión, aplica esta a los hechos concretos aportados por el tribunal remitente, lo que deriva en la completa resolución del asunto, dejando poco margen de libertad al tribunal doméstico.

En cualquier caso, esta línea jurisprudencial, lejos de limitarse a restringir la amplitud del derecho en cuestión, reduce los supuestos que conforman un acto de comunicación al público. A nuestro juicio, las sentencias parten de un error de base, el cual consiste en analizar los criterios a fin de afirmar o negar la existencia de un acto de comunicación al público. Tal y como se configuran los criterios, estos deberían únicamente operar con el objeto de definir la intensidad de un concreto acto de comunicación al público, lo que no debe suponer su completa anulación. Un acto de comunicación al público lo será mediando «comunicación» y «público», independientemente de su intensidad o magnitud, las cuales influirán en el carácter equitativo de la remuneración devengada.

Para concluir, debemos hacer referencia a la sentencia<sup>127</sup> del TJUE (asunto ITV Broadcasting), publicada el 7 de marzo de 2013, la cual resuelve una cuestión prejudicial, planteada por la High Court of Justice de Inglaterra y Gales, y relativa a un acto de comunicación al público<sup>128</sup>. Destacamos que el criterio del ánimo de lucro surgió de nuevo en este asunto. En propias palabras del TJUE, «aunque el ánimo de lucro no es irrelevante, este no es determinante». Con ello, el TJUE confirma la relevancia de los criterios relacionados con la comunicación y el impulsor de esta. Asimismo, el TJUE invocó los dos criterios relacionados con el concepto de «público», esto es, el «público indeterminado» y el «número considerable de personas». El TJUE concluyó que, en este caso, existía un acto de comunicación al público a los efectos de la Directiva 2001/29.

---

<sup>127</sup> Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2013 en el asunto C-607/11 (asunto ITV Broadcasting).

<sup>128</sup> El litigio enfrentaba a ITV Broadcasting (junto a otras empresas) y a TVCatchup. Las primeras son organismos de radiodifusión, titulares de derechos sobre las emisiones de radiodifusión. La segunda es una empresa que presta servicios de Internet, la cual lleva a cabo la retransmisión de la emisión originaria efectuada por ITV Broadcasting, con ciertas peculiaridades.