

VCAST CONTRA RTI: ¿HACIA UNA COPIA PRIVADA EN LA NUBE? COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2017 EN EL ASUNTO C-265/16

Por Antonio MUÑOZ VICO
Abogado. J&A Garrigues

Fecha de recepción: 04.11.2017
Fecha de aceptación: 04.12.2017

RESUMEN:

En su sentencia de 29 de noviembre de 2017 (asunto C-265/16 «VCAST Limited contra R.T.I. S.p.A.»), el TJUE descarta que el servicio de grabación de emisiones televisivas en la nube «VCAST» pueda acogerse al límite de copia privada del art. 5.2 b) de la Directiva 2001/29. Para el TJUE, VCAST no sólo permite a los usuarios grabar programas de televisión en sus cuentas privadas en la nube (Dropbox o servicios análogos), sino que, para ello, capta y pone a disposición del público las emisiones en condiciones técnicas específicas y sin contar con la autorización de los organismos de radiodifusión afectados (entre otros, la *Reti Televisive Italiane* o RTI, propiedad de Mediaset). La derrota de VCast Ltd. en su contienda particular con Mediaset resulta incontestable: el TJUE no deja margen de interpretación al tribunal de Turín que remitió la cuestión prejudicial, por lo que, previsiblemente, VCAST será condenada en Italia y deberá dotarse de las licencias necesarias si quiere seguir operando de forma lícita. La sentencia invita a reflexionar sobre el horizonte de la copia privada en la nube y su correlato jurídico: una compensación desligada de equipos, aparatos y soportes. Y corresponderá al TJUE en próximos pronunciamientos o, tal vez al legislador de la Unión Europea, aclarar los contornos jurídicos de esta nueva modalidad de reproducción y su encaje en el Derecho de la Unión.

PALABRAS CLAVE: Procedimiento prejudicial. Derechos de autor y derechos afines. Derecho de reproducción. Límite o excepción de copia privada. Intervención activa en la grabación de copias. Derecho de comunicación pública. Puesta a disposición del público. Servicio de videgrabación en la nube (cloud computing). NPVR.

Derechos exclusivos de las entidades de radiodifusión. Medio técnico específico. Público nuevo. Directiva 2001/29

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. VCAST: VIDEOGRABACIÓN EN LA NUBE A GOLPE DE CLIC. III. EL LÍMITE DE COPIA PRIVADA Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL. IV. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SZPUNAR. 1. EN VCAST, EL USUARIO DEBE RECURRIR A LOS SERVICIOS DE UN TERCERO QUE OPERA CON ÁNIMO DE LUCRO. 2. EL ACCESO LÍCITO A LA OBRA O PRESTACIÓN COMO PREMISA. 2.1. *El acceso lícito en el marco del límite de copia privada. Nuevo análisis del derecho de comunicación pública.* 2.2. *Pinceladas sumarias sobre la doctrina del TJUE en materia de comunicación pública.* 2.3. *¿Hay comunicación al público en el caso de VCAST?* (i) La interpretación acorde con el artículo 11 bis 1 (ii) del Convenio de Berna: ¿la crítica velada de Szpunar? (ii) La jurisprudencia ITV Broadcasting y el criterio del medio técnico específico. (iii) La «excepción AKM». (iv) La extensión geográfica del servicio. 2.4. *La regla de los tres pasos.* (i) Aplicación a casos especiales y la prohibición del perjuicio injustificado. (ii) La explotación normal de la obra. 3. CONCLUSIÓN. V. LA SENTENCIA DEL TJUE. 1. INTRODUCCIÓN. 2. INTERVENCIÓN DE UN TERCERO EN LA GRABACIÓN. 3. PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA. 4. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA Y EL CRITERIO DEL MEDIO TÉCNICO ESPECÍFICO. 5. LA INTERVENCIÓN ACTIVA DEL PRESTADOR DE SERVICIOS DE REPRODUCCIÓN Y/O ALMACENAMIENTO COMO CRITERIO PARA EVALUAR LA LICITUD. 6. CONCLUSIÓN. VI. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DE LA COPIA PRIVADA. 1. CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA VCAST A DIVERSOS SUPUESTOS DE REPRODUCCIÓN DE CONTENIDOS EN LA NUBE. 1.1. *Almacenamiento de copias en repositorios privados. Grado mínimo o pasivo de la intervención.* 1.2. *Videograbación en la nube de contenidos ofrecidos en condiciones técnicas semejantes y sin dar acceso a un público nuevo. Ponderación del grado de intervención.* 1.3. *Videograbación en la nube bajo licencia.* 2. LA POLÍTICA LEGISLATIVA DE LA UE EN RELACIÓN CON LAS REPRODUCCIONES EN LA NUBE. 3. CONSIDERACIONES FINALES.

TITLE:

VCAST V RTI: TOWARDS PRIVATE COPYING IN THE CLOUD? COMMENTS ON THE JUDGEMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION OF NOVEMBER 29, 2017 IN CASE C-265/16

ABSTRACT:

In its judgment of November 29, 2017 (case C-265/16 «VCAST Limited v R.T.I. S.p.A.»), the CJEU ruled out that a cloud recording service for television programs «VCAST» falls within

the scope of the limitation on private copying set forth in article 5.2 b) of Directive 2001/29. For the CJEU, VCAST not only allows users to record television programs in their private accounts in the cloud (Dropbox or similar services), to do so, it picks up the television signals under specific technical conditions and makes them available to the public without the consent of the broadcasting organizations concerned (including, Reti Televisive Italiane, owned by Mediaset). VCast Ltd.'s defeat in its personal battle with Mediaset is unquestionable: the CJEU leaves the court in Turin that referred the request for a preliminary ruling in no doubt as to its view on the subject. Consequently, VCAST will in all likelihood be found liable in Italy and will need to obtain the necessary licenses if it wants to continue operating lawfully. The judgment gives us food for thought on the question of private copying in the cloud and how this is reflected in legislation: compensation that is unrelated to equipment, devices and media. Indeed, it is the Court of Justice, or, as would be expected, the EU legislator that should clarify the legal contours of this new type of copying and its place in EU law.

KEY WORDS: Reference for a preliminary ruling. Copyright and related rights. Reproduction right. Private copying exception or limitation. Active involvement in the recording of copies. Right of communication to the public. Making available to the public. Provision of a cloud computing service. NPVR. Exclusive rights of broadcasting organizations. Specific technical means. New public. Directive 2001/29

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. VCAST: VIDEO RECORDING IN THE CLOUD ONLY A CLICK AWAY. III. THE PRIVATE COPYING LIMITATION AND THE QUESTION REFERRED FOR A PRELIMINARY RULING. IV. THE OPINION OF THE ADVOCATE GENERAL SZPUNAR. 1. IN VCAST, USERS MUST RESORT TO THE SERVICES OF A THIRD PARTY THAT OPERATES FOR PERSONAL GAIN. 2. LAWFUL ACCESS TO THE WORK OR SUBJECT-MATTER AS A PREMISE. 2.1. *Lawful access in the context of the limitation on private copying. New analysis of the right to public communication.* 2.2. *Brief overview of case law by the CJEU on communication to the public.* 2.3. *Does communication to the public take place in the case of VCAST?* (i) The interpretation in accordance with article 11 bis 1 (ii) of the Berne Convention: Szpunar's veiled criticism? (ii) ITV Broadcasting case law and the criterion regarding specific technical means. (iii) The «AKM exception». iv) The geographic scope of the service. 2.4. *The three-step rule.* (i) Ap-

plication in special cases which do not unreasonably prejudice legitimate interests. (ii) The normal exploitation of the work.

3. CONCLUSIONS. V. THE CJEU JUDGMENT. 1. INTRODUCTION. 2. PARTICIPATION OF A THIRD PARTY IN THE RECORDING. 3. REQUIREMENT FOR A STRICT INTERPRETATION. 4. THE RIGHT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC AND THE SPECIFIC TECHNICAL MEANS CRITERION. 5. ACTIVE INVOLVEMENT OF THE PROVIDER OF THE REPRODUCTION SERVICES AND/OR STORAGE AS A CRITERION TO ASSESS WHETHER IT IS LAWFUL. 6. CONCLUSION. VI. OBSERVATIONS ON THE FUTURE OF PRIVATE COPYING. 1. OBSERVATIONS ON THE APPLICATION OF THE VCAST PRECEDENT TO SEVERAL CASES OF REPRODUCTION OF CONTENTS IN THE CLOUD. 1.1. *Storage of copies in private repositories. Minimum or passive degree of involvement.* 1.2. *Cloud video recording of contents offered under similar technical conditions without access to a new public. Assessment of the degree of involvement.* 1.3. *Cloud video recording under license.* 2. EU POLICY ON REPRODUCTIONS IN THE CLOUD. 3. FINAL OBSERVATIONS.

“Al igual que el agua, el gas o la corriente eléctrica llegan desde lejos a nuestras casas para satisfacer nuestras necesidades con el mínimo esfuerzo, llegaremos a ser alimentados con imágenes y sonidos, que surgirán y desaparecerán al mínimo gesto, con una simple señal”

Paul Valéry. París, 1934.

I. INTRODUCCIÓN

Para comprender las implicaciones reales de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto C-265/16 (VCast Limited contra R.T.I. S.p.A.) es preciso atender cuidadosamente a las características y funcionalidades que ofrece el servicio «VCAST»: ¿qué es VCAST?, ¿qué posibilidades brinda a sus usuarios?, ¿dista mucho de artefactos históricamente afectos al canon por copia privada como el magnetófono¹, el VHS o el reproductor de CD o DVD? ¿Hay diferencias sustanciales con la grabación de series y películas a través del *time shifting*²? ¿O la diferenciación resulta más bien artificiosa y legalista?

¹ Sobre los orígenes históricos del canon por copia privada en Alemania y la sujeción del magnetófono y otros artefactos rudimentarios de copia al canon, *vid.* P. BERNT HUGENHOLTZ, «The Story of the Tape Recorder and the History of Copyright Levies», *Copyright and the Challenge of the New*, coord. B. SHERMAN y L. WISEMAN, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2012, pp. 179 y ss.

² El término inglés «time shifting» se utiliza en este artículo en el sentido registrado por Wikipedia en su versión en español, esto es, en tanto grabación de un programa (de televisión, radio,

Con toda probabilidad, tanto el abogado general Szpunar como los magistrados de la corte de Luxemburgo se hicieron durante sus deliberaciones preguntas semejantes. Porque, más allá de la sofisticación del medio empleado para la reproducción de películas, series o programas de televisión, el límite de copia privada³ debe aplicarse cuando concurren sus elementos definitorios, atendiendo en todo caso a la *ratio legis* de la Directiva y a la jurisprudencia del TJUE.

El interés suscitado por el asunto «VCAST» tiene mucho que ver con su incidencia en los nuevos hábitos de consumo de contenidos digitales. Por vez primera, se pide al TJUE que se pronuncie sobre la consideración jurídica que merecen las copias de obras y prestaciones almacenadas en la nube⁴. Servicios como Dropbox, iCloud o Google Drive han pasado a formar parte de nuestra cotidianeidad. Si hasta hace apenas unos años almacenábamos películas, música o fotografías en reproductores «mp3» o lápices de memoria, la tendencia ahora es hacerlo en repositorios en la nube de capacidades insospechadas y a los que puede accederse en cualquier momento y desde cualquiera de nuestros dispositivos portátiles. La cuestión jurídica que se plantea es si esas reproducciones tienen cabida en el límite de copia privada del art. 5.2 b) de la Directiva 2001/29⁵. Si así fuera, los autores y demás titulares de derechos no podrían oponerse a ellas, pero estarían legitimados, en principio, para obtener a cambio una compensación equitativa por el perjuicio causado. Si, por el contrario, las reproducciones en la nube no reunieran los requisitos para quedar amparadas por el límite, constituirían copias ilícitas que deberían ser autorizadas por el titular de derechos. La particularidad del asunto VCAST radica en que no son los usuarios quienes directamente almacenan las copias en la nube, sino que lo hacen a través de un servicio de videgrabación en remoto nPVR⁶.

etc.) para su posterior escucha o visionado en un momento más adecuado para el usuario: https://es.wikipedia.org/wiki/Time_shifting. (Último acceso el 23 de enero de 2018).

³ Salvo que se advierta expresamente, los vocablos «límite», «limitación» y «excepción» a los derechos de propiedad intelectual se emplearán indistintamente a lo largo de este artículo, sin atribuirles particularidades jurídicas específicas. Con carácter general, he optado por utilizar el sustantivo «límite» por ser el utilizado por la ley [art. 161 a)] y la doctrina españolas. No obstante, como se mencionará más adelante, la jurisprudencia del TJUE [sentencia del TJUE de 27 de junio de 2013, VG Wort (asuntos acumulados C-457/11 a C-460/11)] (VG Wort), apartados 33 y 34 y, consecuentemente, la doctrina, han precisado los contornos de las referidas expresiones.

⁴ El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE) registra, en su actualización de 2017, una reciente acepción del término «nube» como «Espacio de almacenamiento y procesamiento de datos y archivos ubicado en internet, al que puede acceder el usuario desde cualquier dispositivo».

⁵ 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.

⁶ Sobre los servicios de grabación en la nube de contenidos audiovisuales (o *network Personal Video Recorder —nPVR—*) y sus implicaciones jurídicas en materia de propiedad intelectual ha escrito profusamente N. SANJUÁN RODRÍGUEZ, quien los define como «mecanismos de grabación de contenidos audiovisuales que, de forma similar a los descodificadores con funcionalidad de grabación en modo local (set-top-boxes) y/o a los grabadores de video caseros (personal video recorders), permiten a los suscriptores de servicios de televisión o a los usuarios de televisión en abierto grabar esos contenidos para un visionado posterior (funcionalidad de time-shifting). No obstante, a diferencia

El presente artículo tiene por objeto repasar los pormenores fácticos del caso, adentrarse en las conclusiones del abogado general y analizar la sentencia del TJUE para, a partir de ahí, reflexionar sobre cómo puede ésta afectar al régimen futuro de la copia privada en España y en Europa: ¿desecha acaso el TJUE la posibilidad de hacer copias privadas en la nube o la autoriza implícitamente? ¿Se encuentra en sintonía la regulación de la copia privada en España con la nueva jurisprudencia? ¿Ha perdido el TJUE la oportunidad de modernizar el límite de copia privada y dotarlo de un nuevo campo de acción, más adecuado a los hábitos actuales? ¿O debería ser el legislador europeo quien ofreciera respuestas a los nuevos desafíos legales?

En realidad, las conclusiones del abogado general y la propia sentencia perseveran en la doctrina del TJUE en materia de copia privada y de comunicación pública. No hay novedades verdaderas, sino más bien precisiones que aclaran la línea jurisprudencial y nos permiten extrapolarla a la grabación en la nube de contenidos televisivos (o de otra índole). A primera vista, podría concluirse que el TJUE deja la puerta abierta a la copia privada en la nube realizada a partir de obras y prestaciones puestas a disposición del público con la autorización de los titulares de derechos, o bien sin recurrir a un medio técnico específico (porque los contenidos hubieran sido ofrecidos originariamente en el mismo formato, por ejemplo) ni dirigirse a un público nuevo. Pero estas conclusiones podrían resultar prematuras: las recomendaciones del mediador António Vitorino y el último informe del Parlamento Europeo suscitan dudas que emborronan una aplicación nítida del límite de copia privada a la grabación de contenidos en la nube.

II. VCAST: VIDEOGRABACIÓN EN LA NUBE A GOLPE DE CLIC

«Nos dirigimos a todos aquellos apasionados de la tele que, antes de que se produjera el salto de lo analógico a lo digital, grababan sus programas favoritos en vídeo y han dejado de hacerlo», anunciaba con fervor indisimulado Massimiliano Grasso en una entrevista concedida a la prensa en febrero de 2015⁷. Grasso, a la sazón administrador de la sociedad inglesa VCast Limited, desvelaba el lanzamiento en Italia del servicio homónimo «VCAST»: un reproductor de programas de televisión que no ocupa sitio en casa porque *«la tecnología, en este caso, reside en la nube»*.

de esos descodificadores y grabadores caseros, en el caso de los nPVR se utiliza la tecnología cloud [...]» «El network PVR. Un nuevo reto para la propiedad intelectual». *Pe. i. Revista de propiedad intelectual*, n° 52 (enero-abril 2016), BERCAL, S.A., p. 21.

⁷ Entrevista de Marco Consoli a Massimiliano Grasso en *Il Sole 24 ORE*, publicada en Nova24 con fecha 1 de febrero de 2015: «Televisione: nasce VCast il videoregistratore (ri)nasce online»: http://www.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2015-02-02/televisione-videoregistratore-rinasce-online--115421_PRN.shtml. (Último acceso el 23 de enero de 2018.) Todas las traducciones incluidas en este artículo son propias.

VCAST se publicita en su sitio web oficial como un reproductor de vídeo personal que permite grabar en la nube programas de hasta cincuenta cadenas de televisión: «*Grabe gratis emisiones de más de 50 canales de televisión digital terrestre. Todo lo que necesita es un teléfono inteligente, una tableta o un PC. Sin hardware adicional. Vcast graba en la nube dondequiera que se encuentre. Y con un clic puede acceder o descargar el archivo donde lo desee y cuando lo desee*»⁸.

El servicio enjuiciado por el TJUE es, pues, una plataforma de internet que permite a sus usuarios grabar en la nube emisiones de televisión en abierto. A diferencia de otras plataformas conocidas del TJUE (como, por ejemplo, la célebre «TVCatchup»), VCAST no ofrece el visionado en *streaming* de series o películas en su sitio web. Más bien, funciona a modo de guía de la tele y grabadora de vídeo: el internauta puede consultar la programación de las cadenas en la página web de VCAST y seleccionar la franja horaria o el programa que desea grabar. La grabación ni siquiera se almacena en los servidores propios de VCAST, sino en plataformas de terceros como Dropbox, Google Drive, OneDrive o pCloud: «*Nosotros seguimos las instrucciones de grabación que nos da el cliente*» —advierte Grasso— «*no alteramos el contenido, no quitamos ni añadimos publicidad; y luego enviamos el vídeo a uno de los servicios de almacenamiento en la nube seleccionado por el propio cliente*». Para facilitarle la tarea, VCAST interviene activamente en la grabación⁹: pone a su disposición toda la información sobre la parrilla televisiva, así como la capacidad técnica de procurarse una copia en vídeo del programa en su cuenta privada de Dropbox o servicios análogos. La página web de VCAST no sólo muestra la programación de las cadenas a modo de teletexto, sino que presenta una interfaz sofisticada y dinámica donde se exhiben la cartelera y fotogramas de las películas, series de ficción y programas disponibles, fotografías de los protagonistas y los logotipos de las cadenas de televisión, de forma que el usuario pueda navegar cómodamente por la web y decidir qué programa desea grabar de entre todas las opciones posibles.

Pero ¿cómo ofrece VCAST las emisiones de las cadenas de televisión italianas? VCAST capta con sus propias antenas la señal de televisión terrestre de cincuenta entidades de radiodifusión y la convierte a formato de vídeo en el momento de la grabación. Según informa el abogado general Sr. Szpunar, las emisiones de televisión terrestre son libremente accesibles para todos los usuarios que se encuentren en la zona de cobertura de la difusión (limitada, en principio, al territorio de cada Estado¹⁰). Por contra, el servicio de VCAST resulta también

⁸ En la fecha de envío a imprenta de este artículo, el sitio web <https://www2.vcast.it/home/> se encontraba aún operativo. (Último acceso el 23 de enero de 2018.)

⁹ En el epígrafe VI analizaré las implicaciones de la expresión «intervención activa en la grabación», empleada originariamente por el órgano jurisdiccional de Turín que remitió la cuestión prejudicial a TJUE, y reflejada finalmente en el fallo de la sentencia.

¹⁰ Según puntualiza el propio Sr. Szpunar en la nota al pie número 17 del apartado 37 de sus conclusiones.

accesible fuera de Italia al no estar sujeto a restricciones geográficas¹¹. Al igual que otras plataformas de internet, el usuario puede elegir entre un servicio gratuito con publicidad y modalidades de pago o *premium* ligadas a una mayor capacidad y calidad de la grabación. Y una vez efectuada la copia, dispondrá de un archivo de vídeo al que podrá acceder en la nube cuantas veces desee, descargarlo y, según parece desprenderse de las conclusiones del abogado general, utilizar ese archivo sin restricciones (realizar nuevas copias, editarlas, intercambiarlas con terceros, etc.).

En una época en la que el acceso a los contenidos tiende a la inmediatez, y en la que servicios a la carta como Filmin, Netflix o Spotify están en boga, la tele —con su tradicional emisión lineal— sigue teniendo sus adeptos. En España, son muchas las cadenas que ofrecen programas en *prime time* con una tasa de audiencia elevada. De ahí que la opción de grabar nuestras series o programas favoritos para verlos en diferido siga siendo tentadora. Más aún si esa reposición privada puede consumirse en cualquier dispositivo inteligente a golpe de clic. Es cierto que, en muchos casos, las cadenas suben los programas de éxito a sus páginas web. Pero también lo es que no siempre resulta fácil encontrar el programa íntegro tal y como fue emitido: la mayoría de las veces se ofrecen trozos de la emisión encapsulados en medio de exasperantes vídeos publicitarios. En otros casos, es sencillamente imposible encontrar el programa en internet porque la cadena no cuenta con los derechos necesarios (así sucede, por ejemplo, con la mayoría de las películas y de los partidos de fútbol). VCAST supo ver en la videograbación en la nube un prometedor nicho de negocio: ahí afuera había un público de televidentes ávidos de contratar sus servicios. Pero no creyó indispensable la autorización de las emisoras de televisión y se encomendó al límite de la copia privada como argumento de defensa legal¹².

Hostigada desde muy temprano por Mediaset, que no compartía una visión tan generosa de la copia privada¹³, y teniendo en cuenta que RTI era propietaria de buena parte de las cadenas ofrecidas en su plataforma, VCAST tomó una decisión arriesgada: acudir por su propio pie a los tribunales de Turín y solicitar una sentencia declarativa que respaldara su interpretación jurídica.

¹¹ Según precisa el abogado general, aunque VCAST alegó que el servicio es susceptible de ser restringido geográficamente, no lo estaba en el momento de los hechos en el litigio principal (apartados 37 y 38).

¹² Según declaraciones del Sr. Grasso recogidas por Newslinet.it en un artículo publicado el 5 de febrero de 2015: «No hay necesidad de alcanzar un acuerdo con los productores porque el servicio se basa en copias privadas permitidas por la ley. Estamos a la espera de que la SIAE nos comunique el importe de la compensación. La operativa es equivalente a la del VHS»: <http://www.newslinet.it/notizie/tv-e-web-usa-pacchetti-pay-troppo-cari-operatori-online-minacciano-i-media>. (Último acceso el 23 de enero de 2018.)

¹³ *Óp. cit.*: artículo publicado en Newslinet.it el 5 de febrero de 2015.

III. EL LÍMITE DE COPIA PRIVADA Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

La reproducción ha sido calificada por la doctrina española como «la explotación más primaria que puede hacerse de una obra del espíritu» y «la que ha llegado a configurarse con el devenir histórico como la más prototípica»¹⁴. En los países anglófonos, el término *copyright* (literalmente, derecho de copia) sirve para aludir a todo el sistema de propiedad intelectual, que no sólo abarca los derechos de autor, sino también los derechos conexos o afines a los derechos de autor. La Directiva 2001/29 armonizó el derecho de reproducción en la UE de forma que los autores y demás titulares veían reconocido un mismo derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de sus obras y prestaciones (art. 2 de la Directiva)¹⁵.

Pero el derecho de reproducción no es un derecho absoluto. La propia Directiva aboga en su preámbulo por garantizar un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares y los usuarios de prestaciones protegidas (Considerando 31). A tal fin, los Estados miembros pueden limitar o excluir¹⁶ ese derecho de reproducción «en relación con determinados tipos de reproducción de material sonoro, visual y audiovisual para uso privado, mediante una compensación equitativa» (Considerando 38) o, ya en el articulado, «en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas

¹⁴ R. SÁNCHEZ ARISTI, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* —coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO-, 4.ª Ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 309.

¹⁵ En virtud del art. 2 de la Directiva 2001/29, «Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

a) a los autores, de sus obras;
b) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;
c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;
d) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;
e) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.» Con anterioridad, el derecho exclusivo de reproducción se había armonizado ya en la Directiva 91/250/CEE de protección jurídica de los programas de ordenador y, en el ámbito de los derechos afines, en la Directiva 92/100/CEE para los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 7).

¹⁶ Sobre la distinción entre «limitaciones» y «excepciones» y el alcance que los Estados pueden conceder a la copia privada en cada caso, *vid.* sentencia VG Wort, apartados 33 y 34: «En dicho artículo 5, el legislador de la Unión introdujo, incluso en el título de dicho artículo, una distinción entre las excepciones, por un lado, y las limitaciones, por otro, aportadas al derecho exclusivo del titular de los derechos a autorizar o prohibir la reproducción de sus obras o prestaciones protegidas. 34. Así, tal derecho exclusivo puede ser, según las circunstancias, o totalmente eliminado, como excepción, o sólo limitado. No se descarta que tal limitación pueda suponer, parcialmente, en función de las distintas situaciones particulares que regula, una exclusión, una restricción, o incluso el mantenimiento de dicho derecho».

tecnológicas contempladas en el artículo 6» [artículo 5.2 b)]¹⁷. La limitación al derecho de reproducción a que habilita el art. 5.2 b) predica por igual de la reproducción de obras y prestaciones.

El legislador italiano, haciendo uso de la potestad conferida por su homólogo europeo, regula el límite de copia privada en concordancia con el 5.2 b) de la Directiva y de forma muy similar a como lo hace nuestro Derecho. El artículo 71 *sexies* de la *Legge 633/1941 de protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* permite la copia privada de fonogramas y videogramas por una persona física para su uso personal, sin ánimo de lucro ni finalidad comercial directa o indirecta y en cualquier soporte. Al igual que sucede en España, la ley italiana excluye la posibilidad de que la copia privada sea efectuada por terceros¹⁸. De hecho, la prestación de servicios de reprografía —fotocopias— está expresamente sujeta a autorización¹⁹.

Por su parte, el artículo 71 *septies*, en cumplimiento de los requisitos impuestos por el art. 5.2 b) de la Directiva 2001/29, regula esa forma de compensación a la que tienen derecho el autor y demás titulares para paliar el perjuicio económico que el límite de copia privada les ocasiona. Como en España, la compensación se hace efectiva a través de un canon que grava el precio de los equipos, aparatos y soportes de reproducción.

Pero este mismo artículo 71 *septies* contempla un caso especial de compensación equitativa: la que se devenga en supuestos de videograbación remota. Así, según la ley italiana, «*para los sistemas de videograbación remota, la compensación [...] deberá ser abonada por la persona que preste el servicio y será proporcional a la retribución que obtenga por la prestación del citado servicio*». Este apartado, cuya

¹⁷ El derecho exclusivo de reproducción se reconoce originariamente en el art. 9 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que prevé asimismo la posibilidad de los Estados miembros de establecer un límite o excepción a este derecho (aunque no regula una compensación equitativa): «1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma. 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor».

¹⁸ En España, el art. 31.2 excluye la asistencia de terceros de la definición del límite de copia privada: «Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, **sin asistencia de terceros**, de obras ya divulgadas [...]» (énfasis mío). Por su parte, el art. 25.5 c) hace lo propio con las copias efectuadas en establecimientos públicos: «No tendrán la consideración de reproducciones para uso privado las siguientes: 1.º Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización. [...]»

¹⁹ Según el apartado 2 del artículo 71 *sexies*: «La reproducción mencionada en el apartado 1 no puede ser efectuada por terceros. La prestación de servicios destinada a permitir la reproducción de fonogramas y videogramas por parte de personas físicas para su uso personal constituye una actividad de reproducción sometida a las disposiciones establecidas en los artículos 13, 72, 78 bis, 79 y 80».

compatibilidad con la exclusión de la asistencia de terceros resulta dudosa, parecería avalar servicios de videgrabación remota como el ofrecido por VCAST.

Por lo que podemos saber a partir de las conclusiones del abogado general, este último inciso fue añadido ex profeso por el legislador el 31 de diciembre de 2007 y dio lugar a un procedimiento incoado por la Comisión Europea por presunta infracción de los artículos 2 (derecho de reproducción) y 3 (derecho de comunicación pública) de la Directiva 2001/29. A la vista de las alegaciones de la Comisión, las autoridades italianas optaron por dejar en suspenso el canon sobre los servicios de grabación remota. La decisión sería posteriormente convalidada por el Consejo de Estado italiano, quien declaró que las autoridades habían decidido *«legítimamente suspender con carácter provisional la aplicación de dicho apartado 1, último inciso»*.

A pesar de todo, este mismo apartado de la ley italiana sería esgrimido por VCAST en su alegato ante el tribunal de Turín en el año 2016. Al fin y al cabo, si la ley había previsto en 2007 la copia privada mediante «videgrabación en remoto», ¿por qué no aprovechar ese reflejo del legislador para otorgar cobertura jurídica a su novedoso servicio de grabación en la nube? ¿Acaso no aconseja la Directiva —cabe añadir— que *«al aplicar la excepción o limitación relativa a la copia privada»* los Estados tengan en cuenta *«el desarrollo económico y tecnológico, en particular, en lo relativo a la copia privada digital»* (Considerando 39)²⁰?

VCAST acudió a la sección de empresa del tribunal de Turín para solicitar una sentencia declarativa frente a RTI que acogiera su interpretación legal²¹: su actividad debía quedar amparada por la excepción de copia privada ya que *«es el usuario quien realiza realmente la grabación, mientras que VCAST se limita a proporcionar el equipo necesario, esto es, el sistema de videgrabación remota»*.

Debe hacerse hincapié en que el propio tribunal turinés parecía albergar dudas sobre la virtualidad del artículo 71 *septies* y si el juego con el artículo

²⁰ Por más que el Considerando (39) se esté refiriendo a las medidas tecnológicas de protección, el Considerando (31) invita también a reevaluar los límites *«a la luz de los avances logrados en la electrónica»*.

²¹ Sobre la naturaleza de la acción procesal ejercitada se ha pronunciado V. ARNÁIZ MEDINA: *«Conviene aclarar, para una mejor comprensión de los hechos, que la acción ejercitada por VCAST se denomina acción negatoria, y que no tiene equivalente en la Ley de Propiedad Intelectual española. Sí se contempla una figura similar en el ámbito de las patentes (vid. art. 121, Ley 24/2015, de 24 de julio de Patentes, titulado Acción Negatoria), donde se establece que «cualquier interesado podrá ejercitar una acción contra el titular de una patente para que el Juez competente declare que una actuación determinada no constituye una infracción de esa patente»*». «Luces y “sombras” sobre las copias en la nube. Comentario a la Sentencia del TJUE (Sala 3ª) de 29 de noviembre de 2017. Primera parte», publicado el 15 de enero de 2018. *El Derecho.com*. http://www.elderecho.com/actualidad/sentencia-cuestion-prejudicial-tjue-copia-privada-reproducciones-nube_0_1181250183.html. (Último acceso el 23 de enero de 2018.)

sexies otorgaba respaldo legal a VCAST²². Mediaset, por su parte, reaccionó interponiendo una demanda reconvenzional y solicitó que se acordaran unas medidas cautelares que impidieran a VCAST continuar ofreciendo la grabación de sus emisiones durante la pendencia del proceso. El juez italiano acordó las cautelares y ordenó a VCAST que se abstuviera de ofrecer contenidos de RTI. Dubitativo en cuanto al encaje del Derecho italiano en el Derecho de la UE, el magistrado decidió remitir al TJUE una petición de decisión prejudicial el 4 de mayo de 2016 que formulaba, en esencia, las siguientes preguntas:

1. ¿Es compatible con el Derecho de la Unión —en particular con el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, así como con la Directiva 2000/31, y con el Tratado constitutivo— una normativa nacional que impide que las empresas mercantiles ofrezcan a los particulares servicios de videograbación remota, en su modalidad denominada *cloud computing*, de copias privadas de obras protegidas por los derechos de autor, mediante una intervención activa por su parte en la grabación, sin el consentimiento del titular de los derechos?
2. ¿Es compatible con el Derecho de la Unión —en particular con el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, así como con la Directiva 2000/31, y con el Tratado constitutivo— una normativa nacional que permite que las empresas mercantiles ofrezcan a los particulares servicios de videograbación remota, en su modalidad denominada *cloud computing*, de copias privadas de obras protegidas por los derechos de autor, aunque ello implique una intervención activa por su parte en la grabación, sin el consentimiento del titular de los derechos, contra el pago de una compensación remuneratoria a tanto alzado en favor del titular de los derechos, que queda sometido esencialmente a un régimen de licencia obligatoria?

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que el órgano jurisdiccional remitente circunscribe la cuestión prejudicial a «*obras protegidas por los derechos de autor*», omitiendo cualquier referencia a las prestaciones protegidas por derechos afines o conexos que se ven afectadas en este caso (en el que VCAST fija las emisiones de determinados organismos de radiodifusión). Esta falta de precisión técnica tendrá su reflejo en las conclusiones del abogado general y también en la sentencia que, a la hora de subsumir los actos de explotación en el artículo 3 de la Directiva («Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas»), optan por mantener una calculada ambigüedad y no especifican el apartado concreto que resulta de aplicación.

²² Según la observación preliminar expuesta por el TJUE en el apartado 21 de la sentencia: «(C)abe deducir de estas consideraciones [hechas por el órgano jurisdiccional remitente] que **no está acreditado que la legislación examinada en el litigio principal prohíba efectivamente tal actividad**» (énfasis mío).

El tribunal de Turín introduce además en las cuestiones prejudiciales un atributo singular del servicio de grabación en la nube: la intervención *activa* por parte de VCAST en la grabación. Como veremos, no consta que esta característica haya sido rebatida por la representación letrada de VCAST y la expresión ha acabado siendo recogida por la sentencia. La «intervención activa en la grabación», sea cual fuere su alcance y su sentido exactos, pasa así a formar parte del léxico jurisprudencial del TJUE y podría llegar a ser un elemento a tener en cuenta en el futuro de la copia privada.

IV. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SZPUNAR

El abogado general polaco Maciej Szpunar presentó sus conclusiones el 7 de septiembre de 2017²³. Szpunar trata de esclarecer desde un principio los conceptos técnicos que manejará a lo largo de sus prolijas conclusiones. Al hacerlo, parece tener muy presente que la copia privada en la nube plantea una problemática nueva, con la que el TJUE no está familiarizado, y que sus conclusiones pueden tener una especial trascendencia.

Se impone por ello el reto de mantener un planteamiento jurídico escrupuloso en la aplicación de la doctrina del TJUE y traza un paralelismo entre las formas tradicionales de copia privada y la nueva copia en la nube, en la que, advierte, el usuario «*ni adquiere ni alquila equipos informáticos concretos, sino que utiliza en forma de servicios las capacidades de una infraestructura perteneciente a un tercero cuya ubicación desconoce*».

De esta forma, abraza el razonamiento de partida de los abogados de VCAST, que podría sintetizarse del siguiente modo: si la jurisprudencia del TJUE ampara sistemas de copia privada en los que se obliga al pago a quienes proveen equipos, aparatos y soportes de reproducción, ¿por qué no habría de hacerlo cuando el proveedor pone a disposición de los usuarios esas mismas «capacidades de reproducción», aun desprovistas de un soporte tangible? A continuación se expondrán las dificultades que el abogado general encuentra en su camino y que tratará de sortear con mayor o menor fortuna.

1. EN VCAST, EL USUARIO DEBE RECURRIR A LOS SERVICIOS DE UN TERCERO QUE OPERA CON ÁNIMO DE LUCRO

¿Es posible aplicar el límite de copia privada cuando el usuario debe recurrir a la infraestructura de un tercero —persona jurídica— que provee las copias con

²³ La trayectoria del Sr. Szpunar (que se incorporó al cargo de abogado general el 23 de octubre de 2013) se resume en la página web del TJUE: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/rc4_170743/en/ (último acceso el 23 de enero de 2018).

una finalidad comercial? La pregunta se desdobra a su vez en otras dos: si el usuario o copista puede recurrir a medios de reproducción *ajenos* para procurarse las copias y si podemos hablar de copia privada cuando se lleva a cabo *con la asistencia de un tercero* que, además, persigue una finalidad comercial.

Como se ha apuntado ya, Italia proscribía la aplicación del límite de copia privada en aquellos casos en que la reproducción sea efectuada por terceros²⁴. Tampoco la ley española considera dentro del límite (ni por tanto lícitas) las copias realizadas con la asistencia de terceros. La Directiva guarda silencio al respecto aunque, como advierte el profesor MARÍN, el Consejo admitió expresamente en su Posición Común (CE) N° 48/2000 que la expresión «*para uso privado de una persona física*» debía abarcar también las copias «*hechas en nombre de dicha persona física*»²⁵.

El abogado general encuentra la respuesta a ambas preguntas en la jurisprudencia del TJUE:

i) En primer lugar, el TJUE había declarado en *Copydan Båndkopi* que la Directiva 2001/29 no se opone a una normativa nacional que establezca una compensación equitativa por las copias privadas efectuadas por una persona física a partir o mediante un dispositivo «*que pertenezca a un tercero*».

ii) Pero es que, además, *Padawan*²⁶ inició una línea jurisprudencial, mantenida luego por *Copydan Båndkopi*, entre otras, según la cual «*los Estados miembros tienen la facultad de establecer, al objeto de financiar la compensación equitativa, un canon por copia privada que no grava a las personas privadas afectadas, sino a quienes disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y, a este título, de derecho o de hecho, ponen dichos equipos a disposición de personas privadas o les prestan un servicio de reproducción*» (énfasis mío). Hasta la fecha, la jurisprudencia no ha ahondado en este último inciso. Szpunar, siempre alerta, da un paso más y precisa que: «*Mientras sea el usuario quien tome la iniciativa de la reproducción y quien determine el objeto y las modalidades de la misma, no veo una diferencia decisiva entre ese acto y la reproducción realizada por el mismo usuario mediante equipos manejados directamente por él*».

Esto es, los servicios de reproducción por encargo a una persona jurídica —como el ofrecido por VCAST— pueden asimilarse a la copia privada efectuada por una persona física a partir de equipos, aparatos o soportes propios, siempre y cuando sea el usuario mismo quien tome la iniciativa de la reproducción y determine su objeto y sus modalidades. En principio, el abogado general no considera

²⁴ «(L)a reproducción [...] no podrá ser efectuada por terceros» (artículo 71 *sexies*, apartado 2).

²⁵ J. J. MARÍN LÓPEZ, «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n° 20 (enero-abril 2016). BERCAL, S.A., p. 20.

²⁶ Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010, *Padawan* (asunto C-467/08) (*Padawan*).

un obstáculo para la aplicación del límite el hecho de que VCAST cobre por sus servicios: el requisito de inexistencia de fines comerciales establecido en la Directiva predicaría del beneficiario de la excepción y no, a su juicio, de quien presta el servicio²⁷ (distinta valoración hará de esta circunstancia a la hora de aplicar el art. 5.5 de la Directiva). Tampoco otorga relevancia en esta fase a que los usuarios de VCAST puedan disponer de las copias obtenidas sin ningún tipo de limitación técnica (y compartirlas, editarlas, utilizarlas en dispositivos diversos, etc.).

Concluye el Sr. Szpunar que, en puridad, las diferencias entre la copia privada obtenida mediante equipos, aparatos y soportes y la copia asistida en la nube ofrecida por VCAST no son tales: «a mi juicio, nada parece indicar que el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 se oponga a que la reproducción efectuada al amparo de la excepción prevista en dicho artículo se realice en un espacio de almacenamiento en la nube». Como veremos, esta conclusión no será determinante para la viabilidad jurídica del servicio VCAST, pero reviste un enorme interés a la hora de diseñar el porvenir de la copia privada.

2. EL ACCESO LÍCITO A LA OBRA O PRESTACIÓN COMO PREMISA

2.1. *El acceso lícito en el marco del límite de copia privada. Nuevo análisis del derecho de comunicación pública*

El Sr. Szpunar aborda a continuación un segundo requisito para la aplicación del límite de copia privada: el usuario debe haber accedido de forma lícita a la obra o prestación²⁸. Este condicionante —previsto en la ley española de forma explícita²⁹, pero no así en la Directiva— había sido exigido ya en una

²⁷ La doctrina española ha excluido siempre a las personas jurídicas como beneficiarias del límite. En cualquier caso, antes de que nuestro legislador excluyera expresamente del límite las copias realizadas con la asistencia de terceros (mediante Ley 21/2014 de 4 de noviembre), J.J. MARÍN LÓPEZ había admitido que las copias realizadas por una persona jurídica por encargo de una persona física podían quedar comprendidas en el concepto de copia privada, salvo que mediara precio: «Parece claro que, en semejante hipótesis, el beneficiario de la copia privada es en última instancia la persona física para la que se hace, por lo que nos encontramos dentro de los límites marcados por la letra b) del artículo 5.2. En consecuencia, una reproducción de esa naturaleza estará dentro de los márgenes de la excepción si se cumplen las otras exigencias de la Directiva, en particular la relativa a la admisibilidad de la copia privada por encargo [...]». J. J. MARÍN LÓPEZ, *Óp. cit.*, pp. 19 y 20. Con posterioridad, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, por su parte, aclaró en su comentario a Copydan Båndkopi que «la Directiva admite que la copia privada sea realizada por un tercero (p. ej., una copistería), a quien se la encargue el particular beneficiario de la misma». BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Más sobre la excepción de copia privada». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2015. Editorial Aranzadi, S.A.U. BIB 2015\1401.

²⁸ Apartado 33: «(A)ntes de tener derecho a efectuar una reproducción para su uso privado, el usuario debe haber accedido lícitamente a la obra de que se trate».

²⁹ Art. 31.2 b) LPI: «Que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación». También la ley francesa exige que las copias o reproducciones se hayan hecho a partir de una fuente legítima.

jurisprudencia iniciada con *ACI Adam*³⁰ y mantenida en *Copydan Båndkopi* y *Reprobel*³¹, en la que el TJUE rechazó las copias privadas realizadas a partir de fuentes ilícitas, falsificadas o piratas.³² No es necesario que el usuario compre un CD u otro soporte material: puede haber accedido a la obra o prestación con ocasión de su comunicación al público autorizada por los titulares de derechos, o incluso al amparo de alguno de los demás límites y excepciones de la Directiva. Pero en ningún caso las copias serán lícitas cuando la obra o prestación haya sido puesta a disposición del público sin la autorización de los titulares de derechos: «(P)ara que toda la operación sea lícita, la puesta a disposición de la emisión [por parte de VCAST] debe ser, por tanto, lícita, ya que su ilicitud excluiría la aplicación de la excepción»³³.

Las obras y prestaciones anunciadas en VCAST eran, no lo olvidemos, emisiones de televisión en abierto captadas por las antenas de VCAST y, de algún modo, «retransmitidas» —en sentido impropio³⁴— a los usuarios de su servicio. Para comprobar si el acceso de los usuarios a las emisiones había sido legal y, por tanto, si el límite de copia privada resultaba aplicable, el abogado general acude a la fuente misma de la comunicación y se pregunta, por un lado, si las entidades de radiodifusión estaban facultadas para autorizar o prohibir la

³⁰ Sentencia del TJUE de 10 de abril de 2014, *ACI Adam* (asunto C-435/12) (*ACI Adam*): «El Derecho de la Unión, en particular el artículo 5, apartado 2, letra b) [...], en relación con el apartado 5 de dicho artículo, debe interpretarse en el sentido de que **se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no distingue la situación en la que la fuente a partir de la que se realiza una reproducción para uso privado es lícita de aquella en la que dicha fuente es ilícita**» (énfasis mío).

³¹ Sentencia del TJUE de 12 de noviembre de 2015, *Reprobel* (asunto C-572/13) (*Reprobel*).

³² Para S. MARTÍN SALAMANCA, antes de que la jurisprudencia del TJUE se hubiese pronunciado al respecto, el acceso lícito a la obra debía inferirse de la propia Directiva 2001/29: «*Todo ello hace pensar que, del mismo modo que también en la legislación española, antes de 2006, se podría haber afirmado que, incluso sin ser un requisito explícito, el acceso lícito era condición de aplicación del beneficio de copia privada, igualmente, en las legislaciones comunitarias, este previo puede ser interpretado como implícitamente asumido*». *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* —dir. J. M. RODRÍGUEZ TAPIA—, 1.ª Ed., Editorial Aranzadi, 2007, p. 242. Por su parte, J. RAMÍREZ IGLESIAS lo deducía del apartado 42 de la sentencia *Padawan*: «Sobre el impacto del caso *Padawan* en los sistemas de cánones por copia privada en Europa: comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de octubre de 2010 (asunto C-467/08)». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 20, Sección Artículos, marzo-abril 2011. Editorial Wolters Kluwer.

³³ Por último, en relación con la copia privada en sí, el abogado general razona que no es posible hablar de copia privada cuando el usuario sólo puede acceder a la obra a través de copias de la misma (en el caso de VCAST, las remitidas a su cuenta privada en la nube). La copia privada presupondría así un acceso previo al original a partir del cual el usuario realiza las copias: «*En realidad, el mero hecho de que este servicio pueda funcionar fuera de la zona de cobertura de la televisión terrestre italiana demuestra que no se basa en la lógica de la excepción de copia privada, pues ésta presupone un acceso previo y lícito del usuario a la obra que es objeto de reproducción. Ahora bien, en el caso de este servicio, es la propia reproducción la que constituye la única vía de acceso del usuario a la obra reproducida.*» Esta reflexión no será reproducida por el TJUE en su sentencia.

³⁴ En sentido propio se trata de un acto de puesta a disposición del público de obras y prestaciones, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que elija [art. 3.2 d) de la Directiva].

captación y posterior ofrecimiento de la señal por VCAST a sus clientes y, por otro, si éste constituía, en efecto, un acto de comunicación al público³⁵. Y es aquí donde Szpunar primero y el TJUE más tarde encuentran el pretexto perfecto para refugiarse en la doctrina de la comunicación pública.

Szpunar elegirá su propio camino: aun sin abandonar los confines del límite de copia privada —a través del requisito del acceso lícito— zigzaguea en un análisis de criterios en cascada, no sin un cierto desorden, por el que transita hasta su propuesta de resolución. Se echa en falta cierta sistemática y claridad en la exposición. Algunas de las consideraciones jurídicas que maneja a lo largo de las conclusiones han sido ignoradas por el TJUE en su sentencia aunque, a mi juicio, revisten interés hermenéutico y deben ser examinadas. Seguiré para ello un orden lógico que no necesariamente coincidirá con el utilizado por el abogado general, por más que la pregunta que guía su análisis (¿hubo acceso lícito a las emisiones por parte de los usuarios?) y su premisa (¿puso a disposición del público VCAST las emisiones y, si lo hizo, procedió lícitamente?) sean esencialmente las mismas. Pero revisemos antes algunos conceptos someros sobre el derecho de comunicación pública en la doctrina del TJUE.

2.2. *Pinceladas sumarias sobre la doctrina del TJUE en materia de comunicación pública*

Según la doctrina consolidada —pero sujeta a constantes vaivenes— del TJUE, el derecho exclusivo de comunicación al público debe ser interpretado en un sentido amplio y unívoco en toda la UE en tanto derecho *preventivo* que faculta a su titular para interponerse entre la comunicación de la obra y su recepción y disfrute por el público³⁶. El concepto de comunicación al público exige una apreciación individualizada, caso por caso, y comprende dos elementos inseparables y cumulativos: un acto de comunicación y un público. Para que tenga lugar el acto de comunicación es preciso que:

- i) Se haga posible el acceso a la obra o prestación de forma consciente y deliberada.
- ii) A través de cualquier tipo de transmisión, con independencia del medio o del proceso técnico utilizado.

³⁵ Dado que el órgano remitente circunscribe las cuestiones prejudiciales a los derechos de autor, tanto el Sr. Szpunar como el TJUE seguirán empleando de forma genérica el concepto de «comunicación al público».

³⁶ O, según la sentencia *Reha Training*: «para interponerse entre eventuales usuarios de su obra o prestación y la comunicación al público que estos usuarios quizás desearan realizar, a fin de prohibirla».

iii) La intervención del comunicador sea indispensable, de modo que, sin la misma, los usuarios no pudieran acceder a la obra o prestación (o sólo lo hubieran logrado con dificultad —«difícilmente», dice el TJUE—).

iv) Cada transmisión que utilice un medio técnico específico requiere una autorización individualizada.

v) Se excluye la mera puesta a disposición de instalaciones materiales dirigidas a facilitar o efectuar la comunicación (Considerando 27 de la Directiva), así como los medios técnicos dirigidos únicamente a garantizar o mejorar la recepción de la transmisión de origen en su zona de cobertura³⁷.

Para el TJUE, el *público* constituye un número indeterminado pero considerable de destinatarios potenciales (simultáneos o sucesivos)³⁸. En el caso de comunicaciones secundarias, efectuadas por un «organismo distinto al de origen» —en el supuesto enjuiciado, VCAST respecto de las emisiones de RTI—, el TJUE ha venido construyendo una suerte de jurisprudencia pretoriana que exige que el público al que se comunica la obra o prestación sea un «público nuevo», distinto del que fue tomado en consideración por el autor o titular de derechos cuando autorizó la primera comunicación (por ejemplo, porque la nueva comunicación alcance a un público que se encuentra fuera del radio de cobertura de la comunicación original). En cambio, el requisito del público nuevo no es necesario —ni debe por tanto ser verificado— cuando la segunda comunicación se realice a través de un «medio técnico específico», distinto del utilizado en origen³⁹.

Esta interpretación del derecho de comunicación al público dictada por el TJUE —sobre todo, a partir de la sentencia *Svensson*⁴⁰— ha merecido importantes críticas doctrinales por suponer una ruptura con el Convenio de Berna susceptible de contravenir el art. 3.3 de la Directiva 2001/29. En efecto, el artículo 11 *bis* 1 (ii) del Convenio de Berna —que debe informar la interpretación del art. 3 de la Directiva 2001/29—, dispone que los autores gozarán del derecho exclusivo de autorizar: [...] *toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra*

³⁷ Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League Ltd y otros contra QC Leisure y otros (C-403/08) (*Football Association Premiere League*), apartado 194. Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2011. Airfield NV y Canal Digitaal BV contra Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam) (C-431/09) y Airfield NV contra Agicoa Belgium BVBA (C-432/09), apartados 74 y 79.

³⁸ La potencialidad es inherente al derecho de comunicación pública: no es necesario que el público acceda a la obra o prestación, sino que basta la mera posibilidad. Sobre cuándo el número de destinatarios es considerable, *vid.* sentencias del TJUE de 15 de marzo de 2012 (Asunto C-135/10) Marco del Corso y *Reha Training*.

³⁹ Y aun en este caso cabe encontrar alguna matización a la que se hará referencia al analizar la denominada «excepción AKM».

⁴⁰ Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 2014 Nils Svensson y otros contra Retriever Sverige AB (asunto C-466/12) (*Svensson*).

radiodifundida, **cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen**» (énfasis mío). Este precepto concede al titular del derecho de comunicación al público la posibilidad de autorizar o prohibir transmisiones secundarias o ulteriores de su obra⁴¹: basta para ello con que intervenga un organismo distinto al de origen que realice una nueva transmisión de la emisión originaria. Ni más ni menos. La Guía sobre el Convenio de Berna de 1978 de la OMPI⁴² explica que, en los casos en que interviene un segundo organismo, debe presumirse (o, por emplear el mismo verbo, *considerarse*) que la retransmisión se dirige a un público diferente, nuevo, no tenido en cuenta por el titular cuando autorizó la primera comunicación. Pero en ningún caso sugiere o impone que deba constatarse si el público al que se dirige el segundo organismo de retransmisión coincide o no, de facto, con el de la primera transmisión para que tenga lugar un nuevo acto de comunicación al público⁴³. Lo esencial de esa segunda transmisión es que constituye una explotación de la obra realizada por un organismo diferente y, por ello, debe ser autorizada expresamente. La nueva Guía de la OMPI del año 2003 viene a confirmar esta interpretación⁴⁴. La importancia de este precepto y de la interpretación realizada por la guía de la OMPI resulta crucial en la medida en que el propio TJUE ha declarado que el art. 3 de la Directiva 2001/29 debe interpretarse a la luz del art. 11 *bis* del Convenio de Berna:⁴⁵ «[...] *el citado artículo 3, apartado 1, debe interpretarse, en la medida de lo posible, a la luz del Derecho internacional y, en particular, teniendo en cuenta el Convenio de Berna y el Tratado sobre derecho de autor. Efectivamente, la Directiva sobre los derechos de autor tiene por objeto aplicar*

⁴¹ «11 bis.4: En segundo lugar, el texto del Convenio se refiere a las utilizaciones posteriores de la emisión primitiva: el autor tiene derecho a autorizar la comunicación pública de la emisión, tanto alámbrica (sistema de transmisión por cable) como inalámbrica, pero a condición de que esta comunicación emane de un organismo distinto del de origen». Guía del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de París, 1971). versiones en inglés, español y francés: N.º 615 (E), N.º 615 (F) y N.º 615 (S), p. 79.

⁴² Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971), publicada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ginebra, 1978).

⁴³ 11 bis.20: «[...] (S)e *considera que la comunicación a través de altavoz (o instrumento análogo) llega a un público nuevo, distinto del que el autor tuvo presente cuando autorizó la radiodifusión de su obra*. Efectivamente, y aunque por definición la radiodifusión puede llegar a un número indeterminado de personas, al autorizar esta modalidad de explotación de su obra el autor solo tiene presentes a los usuarios directos, es decir, los proveedores de aparatos receptores que capten las emisiones individualmente o en un ámbito privado o familiar. 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, con lo cual la comunicación de la emisión a través de altavoz (o instrumento análogo) no constituye ya la simple recepción de la emisión misma, sino un acto independiente mediante el cual la obra emitida es comunicada a un público nuevo. Y esta recepción pública da lugar al derecho exclusivo de autorización, que corresponde al autor.» Óp. cit., p. 84.

⁴⁴ Guía sobre los tratados de derechos de autor y derechos conexos administrados por la OMPI, p. 80: «O sea, que el criterio decisivo es que la comunicación se haga por un organismo distinto que el de origen; si éste es el caso, el autor u otro titular del derecho de autor tiene un derecho independiente del derecho de autorizar el acto inicial de radiodifusión».

⁴⁵ Vid., entre otras, sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, *Football Association Premier League*, apartado 189.

este Tratado, que, en su artículo 1, apartado 4, obliga a las partes contratantes a dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna. La misma obligación establece también el artículo 9, apartado 1, del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (véase, en este sentido, la sentencia SGAE, antes citada, apartados 35, 40 y 41 y la jurisprudencia citada)».

Paradójicamente, la interpretación del TJUE en materia de comunicación al público —basada en la propia Guía del Convenio de Berna—, se aparta de dicho precepto y, junto a la intervención de un organismo de retransmisión, exige dos requisitos alternativos: que el medio técnico empleado para la segunda comunicación sea «específico» o que, si no lo fuera, el público receptor de la retransmisión sea «nuevo», en el sentido de no coincidente con el previsto en la comunicación anterior. La exigencia de estos requisitos no encuentra un apoyo claro en los tratados de la OMPI ni tampoco en la Directiva 2001/29 y ha sido objeto de severas críticas doctrinales⁴⁶.

En la práctica, esta interpretación conlleva un agotamiento del derecho de comunicación pública⁴⁷ (proscrito expresamente por el artículo 3.3 de la Directiva 2001/29), en aquellos casos en que el segundo organismo no retransmita en

⁴⁶ La Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI) formuló en 2014 una crítica muy severa de la jurisprudencia pretoriana del TJUE: <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/2014-Informe-publico-nuevo.pdf>. (Último acceso el 23 de enero de 2018.) R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO lo ha expresado personalmente de forma categórica a propósito de la sentencia AKM: *«El único requisito para hablar de comunicación pública en la comunicación secundaria es que sea hecha por un organismo distinto al que haya procedido a la comunicación pública primera. Nada más. El requisito de que tenga que transmitirse a un público nuevo o distinto con respecto al destinatario de la primera transmisión supone un agotamiento del derecho de comunicación; una restricción del derecho de comunicación pública que carece de toda justificación.»* «Retransmisión de emisiones de programas de radio y televisión a través de una red de cable local que permite el acceso a un máximo de 500 abonados: artículos 3.1 y 5.3.o) de la Directiva 2001/29/CE. Comentario a la STJUE, Sala 8ª, de 16 de marzo de 2017» (JUR 2017, 113120) BIB 2017\12570. Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 104/2017. Editorial Civitas, SA. Por su parte, R. SÁNCHEZ ARISTI ha señalado que *«la doctrina del TJUE a propósito del público nuevo [...] se nos antoja frontalmente incompatible con el principio de no agotamiento del derecho de comunicación al público y puesta a disposición del público, sentado en el artículo 3.3 de la Directiva 2001/29 [...]»*. R. SÁNCHEZ ARISTI, *óp. cit.*, p. 402.

⁴⁷ No sólo la doctrina académica ha criticado esta línea jurisprudencial. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof el 31 de marzo de 2017 — Land Nordrhein-Westfalen / Dirk Renckhoff (asunto C-161/17), el Tribunal Federal alemán ha argumentado que la jurisprudencia esbozada por el TJUE para dar respuesta a los enlaces o hipervínculos no puede extrapolarse a todo tipo de comunicación pública. Para el tribunal alemán, la admisibilidad de la doctrina del medio técnico específico y del público nuevo podría llegar a justificarse por la especial naturaleza de los hipervínculos en el funcionamiento de internet, en la medida en que *«contribuyen a su buen funcionamiento y al intercambio de opiniones y de información en esa red, caracterizada por la disponibilidad de cantidades ingentes de información»*. Pero estas exigencias no pueden imponerse sin más a cualquier acto de comunicación al público sin vulnerar el art. 3.3 de la Directiva 2001/29: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=77842&pos=0&anz=1>. (Último acceso el 23 de enero de 2018.)

condiciones técnicas específicas ni dé acceso a una franja de público no prevista inicialmente⁴⁸. Veamos cómo influye esta doctrina en el asunto VCAST.

2.3. ¿Hay comunicación pública en el caso de VCAST?

Es indudable que tanto RTI como el resto de cadenas italianas que emiten sus señales en abierto llevan a cabo un acto de radiodifusión inalámbrica de sus emisiones en el sentido del artículo 8.3 de la Directiva 2006/115⁴⁹. Más específicamente, el art. 3.2 d) de la Directiva 2001/29 las faculta para autorizar o prohibir la *puesta a disposición del público* de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite⁵⁰.

Por su parte, Szpunar constata que VCAST pone a disposición de sus propios usuarios las emisiones de las cadenas de televisión italianas y, por tanto, lleva a cabo actos de comunicación al público en los términos del artículo 3 de la Directiva 2001/29 (aunque no especifique el apartado aplicable ni hable propiamente de puesta a disposición⁵¹).

Da la impresión, sin embargo, de que el abogado general no se encuentra cómodo con la doctrina de la comunicación al público del TJUE y trata por ello de anclar sus conclusiones en criterios sucesivos e independientes unos de otros, que trataré de agrupar de forma lógica para su análisis:

- i) La interpretación acorde con el artículo 11 *bis* 1 (ii) del Convenio de Berna: ¿la crítica velada de Szpunar?

A mi juicio, la posición de Szpunar en los apartados 44 a 47 de las conclusiones se aleja de la tesis oficial del TJUE en materia de comunicación pública.

⁴⁸ En virtud del artículo 3.3 de la Directiva 2001/29: «Ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2».

⁴⁹ 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.

⁵⁰ En la medida en que, como ha señalado la jurisprudencia del TJUE, el legislador de la Unión no ha querido atribuir al concepto de comunicación al público un significado diferente en las Directivas 2001/29 y 2006/115, podemos convenir que ambos derechos se engloban en el más amplio y armonizado derecho de comunicación pública. Sentencia *Reha Training*, apartados 31 a 34 (*mutatis mutandis* en cuanto que *Reha Training* se refiere a los arts. 8.2 de la Directiva 2006/115 y 3.1 de la Directiva 2001/29 y en este caso los derechos relevantes serían el 8.3 y 3.2, respectivamente).

⁵¹ Lo cual no puede achacarse al Sr. Szpunar, sino más bien al tribunal de Turín que, en su cuestión prejudicial, hablaba exclusivamente de «*obras protegidas por los derechos de autor*» y omitía cualquier referencia a prestaciones protegidas por derechos afines o conexos a los derechos de autor.

El abogado general parece proponer una interpretación más acorde con el art. 11 bis 1 (ii) del Convenio de Berna. Así, aunque no mencione expresamente el precepto —sí lo hará en el apartado 54, a propósito de la llamada «excepción AKM»—, se remite al Convenio de Berna y a su guía explicativa para dar por sentado que las comunicaciones efectuadas por un organismo de retransmisión distinto al de origen (en nuestro caso, VCAST) *«se dirigen a un público que no coincide con el previsto para el acto de comunicación original de la obra, es decir, a un público nuevo»* (el tenor literal de esta frase proviene del apartado 41 de la sentencia SGAE) y ello *«con independencia de que [los usuarios] se encuentren o no en la zona de cobertura de las emisiones de origen»*.

Szpunar no exige la concurrencia de requisitos adicionales a la mera intervención de un organismo distinto al de origen y parecería alinearse —de forma extremadamente sutil— con el sector crítico de la doctrina. El ofrecimiento de las emisiones de televisión en VCAST constituye comunicación pública, afirma, incluso aunque su público coincidiera en la práctica con el de las emisiones originales.

En apoyo de esta tesis, Szpunar acude a la sentencia SGAE. Si bien es cierto que fue esta sentencia la que introdujo por primera vez el criterio del «público nuevo» en la jurisprudencia del TJUE, la doctrina ha considerado que su uso fue entonces respetuoso con el art. 11 bis 1 (ii) y con la guía explicativa: no se exigió en aquel caso que se comprobara si los públicos eran coincidentes, sino que, por el mero hecho de que interviniese un organismo distinto, había jurídicamente un público nuevo⁵².

En puridad, el abogado general podría haber terminado aquí su análisis sin verificar la concurrencia de ningún otro criterio. Ciertamente es que, a renglón seguido (apartado 48), pasa a analizar el criterio del «medio técnico específico». Pero para entonces ya ha «condenado» en las últimas líneas del apartado 47 y, con base en la interpretación estricta del art. 3, declarado que *«la puesta a disposición de emisiones de televisión por parte de VCAST en el marco de su servicio de grabación constituye una violación de los derechos de autor de los organismos de televisión y, en su caso, de otros titulares de derechos, si se efectúa sin autorización»* (énfasis mío).

⁵² «En el contexto de la sentencia SGAE, este non sequitur no parecía pernicioso aún, dado que el Tribunal parece usar el concepto de «público nuevo» para referirse a un público al que se comunica una obra mediante un nuevo acto de comunicación al público. Este concepto apareció, de conformidad con el espíritu y la letra del artículo 11 bis del Convenio de Berna, en apoyo de una interpretación extensiva (y no restrictiva) del concepto de comunicación al público para cubrir la distribución de una señal de televisión por un establecimiento hotelero a los clientes alojados en sus habitaciones». Dictamen de ALAI. *Óp. cit.*, p. 11.

ii) La jurisprudencia ITV Broadcasting y el criterio del medio técnico específico

En segundo lugar, el abogado general corrobora en los fundamentos 48 y 49 que, con base en la jurisprudencia *ITV Broadcasting*⁵³, la puesta a disposición de las emisiones de RTI en VCAST sería «igualmente ilícita» (de nuevo se observa cómo Szpunar utiliza los diversos criterios de forma independiente). En este caso, por hacerse en condiciones técnicas específicas, a saber: a través de internet, mediante reproducciones puestas a disposición de los abonados que pueden recibir esa retransmisión conectándose a su servicio de almacenamiento en la nube⁵⁴.

Con base en la doctrina del TJUE, esta constatación debería haber bastado asimismo para que Szpunar diera por concluida su exposición. Y, sin embargo, el abogado general sigue ahondando en su análisis.

iii) La «excepción AKM»

Szpunar dedica los apartados 52 a 55 a defender que la llamada «excepción AKM» no resulta de aplicación a VCAST. Se refiere el abogado general a la reciente sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2017 en el asunto C-138/16 (AKM contra Zürs.net)⁵⁵, en la que el TJUE debía decidir si la captación de señales de televisión por Zürs.net a través de una antena colectiva y su redistribución por cable en una comunidad de vecinos constituía comunicación pública y requería, por tanto, la autorización de los titulares.

El caso es un nuevo ejemplo de la innecesaria complejidad de la doctrina del TJUE: pese a que la comunidad de vecinos había llevado a cabo una retransmisión en condiciones técnicas específicas (y, con base en *ITV Broadcasting*, existiera un nuevo acto de comunicación al público), el Tribunal exigió como criterio adicional la concurrencia efectiva de un público nuevo. El propio Szpunar y algunos comentaristas han tratado de justificar este llamativo cambio de criterio en la existencia de una supuesta autorización previa de la retransmisión por parte de los titulares: «*Me parece que esta solución se basa en la circuns-*

⁵³ Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2013, *ITV Broadcasting, Ltd.* (asunto C-607/11) (*ITV Broadcasting*).

⁵⁴ Apartado 49 de las Conclusiones: «*El Tribunal de Justicia estimó que, en el caso de una transmisión de las obras incluidas en una emisión de televisión terrestre y una puesta a disposición de tales obras en Internet, cada una de esas dos transmisiones debía ser autorizada individual y separadamente por los autores interesados, ya que cada una de ellas se realizaba en condiciones técnicas específicas, utilizando un diferente modo de transmisión de las obras protegidas, y cada una de ellas estaba destinada a un público diferente. En esas circunstancias, ya no era preciso examinar, en una fase posterior, el requisito del público nuevo, que sólo era pertinente en las situaciones en las que el medio técnico de comunicación fuera el mismo.*»

⁵⁵ Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2017, *AKM* (C-138/16) (*AKM*).

tancia, cuya verificación se dejó en manos del órgano jurisdiccional remitente, de que los titulares de derechos de autor habían tenido en cuenta la retransmisión de que se trata en la autorización que habían concedido para la emisión inicial» (párrafo 52 *in fine*). Y, sin embargo, de la literalidad de la sentencia resulta muy difícil extraer una justificación convincente a la ruptura que AKM supone con *ITV Broadcasting*. Si el TJUE quiso realmente hacer una excepción que exigiera comprobar la existencia del público nuevo —incluso en presencia de un medio técnico específico—, debió al menos haberlo explicado. La sentencia AKM crea una gran incertidumbre⁵⁶ que, como veremos, parece haberse mitigado o corregido con la nueva sentencia del TJUE en *VCAST*.⁵⁷

Sea como fuere, el abogado general considera que el servicio de VCAST no resulta equiparable al de AKM acudiendo a razones fácticas (y cabe deducir, relacionadas con el posible perjuicio para el titular de derechos): mientras que Zürs.net ponía a disposición de sus abonados una retransmisión «simultánea, completa y sin cambios» de emisiones radiodifundidas, la realizada por VCAST fragmenta las emisiones originales y facilita al usuario una copia de la grabación de la que podrá disponer sin restricciones. Pero también en *ITV Broadcasting* la retransmisión era simultánea, completa y sin cambios y, sin embargo, no se exigió constatar la existencia de un público nuevo (!!).

Szpunar zanja la cuestión declarando que frente a lo sucedido en AKM, VCAST no había recibido autorización de los titulares para poner a disposición las obras radiodifundidas por los organismos italianos y, por tanto, no cabía invocar la excepción AKM. Esta argumentación resulta confusa y en nada ayuda a sistematizar la doctrina de la comunicación al público.

iv) La extensión geográfica del servicio

En último lugar me referiré a las consideraciones del abogado general en los apartados 36 a 38 —y después en el 43— sobre el alcance geográfico del servicio VCAST. Como he señalado anteriormente, a diferencia de otros servicios como TVCatchup, VCAST no supedita el disfrute de las copias por los usuarios a que éstos tuvieran acceso a las emisiones de televisión terrestre en Italia.

⁵⁶ Un análisis interesante de la sentencia es el realizado por la profesora SYNODINOU, T., de la Universidad de Chipre en su artículo «Communication to the public in the Zurs.net case: more explanations, less clarity», de 23 de agosto de 2017, en Kluwers Copyright Blog, Walter Kluwers: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/08/23/communication-public-zurs-net-case-explanations-less-clarity/> [Último acceso el 23 de enero de 2018].

⁵⁷ El profesor R. BERCOVITZ critica no sólo la falta de coherencia de la sentencia AKM con la jurisprudencia anterior; sino, sobre todo, la doctrina misma según la cual para que haya comunicación pública en la comunicación secundaria la retransmisión debe realizarse a través de un medio técnico específico y/o ir dirigida a un público nuevo. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, 2017.

Por de pronto, la ubicación sistemática de estas reflexiones resulta confusa. Aunque no se diga expresamente en las conclusiones, cabría pensar que Szpunar trata de justificar que la intervención de VCAST en la comunicación era *indispensable* para que las emisiones llegaran al público. Ciertamente lo era, al menos respecto de la fracción de usuarios que se encuentra fuera del área de cobertura de la televisión terrestre italiana, y que no tienen otra forma de acceder a esos contenidos en sus respectivos territorios.

Pero Szpunar podría estar también valorando el criterio del público nuevo como argumento fáctico. Es decir, más allá del complejo armazón jurídico sobre el que se asienta la doctrina de la comunicación pública, Szpunar nos alerta ya desde el inicio de su exposición de que, de facto, VCAST permite acceder a las emisiones italianas a un público imprevisto por los titulares y que esto haría de por sí inviable la aplicación de la excepción: *«el hecho de que estas emisiones sean accesibles de forma libre y gratuita no cambia en nada esta constatación, pues dicha accesibilidad, y por tanto la eventual limitación del monopolio de los titulares de derechos de autor, queda circunscrita a la zona de cobertura de la televisión terrestre y no puede producir efectos fuera de la misma»*. Desde luego, parece fácil entender que si los titulares autorizaron la comunicación de las emisiones en un país concreto (donde se circunscribía la zona de cobertura de la televisión terrestre: Italia), su difusión fuera de ese territorio debe ser necesariamente ilícita e impediría la aplicación de un límite o excepción de carácter nacional. Pero, insisto, Szpunar no utiliza aquí el criterio del público nuevo como requisito indispensable para verificar la existencia de una comunicación pública, sino que se limita a poner de manifiesto un hecho notorio que haría inviable la aplicación del límite. La preocupación por subrayar que la existencia de un público nuevo no resulta decisiva en este caso se detecta en los referidos apartados cuando enfatiza que la extensión geográfica del servicio *«no afecta en nada a la cuestión que nos interesa en el presente asunto, que no está relacionada con la posibilidad de ver la televisión en general, sino con el acceso a las emisiones reproducidas en el servicio ofrecido por VCAST»* o *«el problema no estriba en saber si este servicio está o no geográficamente limitado»*. Szpunar se esfuerza por restar importancia al público nuevo porque, jurídicamente, no lo necesita para contrastar la existencia de un acto de comunicación al público.

2.4. La regla de los tres pasos

Como colofón, y con la intención de permanecer en la órbita del límite de copia privada, el Sr. Szpunar concluye su análisis sometiendo el servicio de VCAST a la regla de los tres pasos (o «test en tres etapas») prevista en el art. 5.5 de la Directiva⁵⁸. Este precepto debe servir de guía a los Estados miembros a la

⁵⁸ La regla de los tres pasos, acuñada por primera vez en la revisión del Convenio de Berna de Estocolmo de 1967 e incorporada finalmente en el Acta de París de 1976 (art. 9.2), es una fórmula

hora de transponer los límites y excepciones al Derecho interno⁵⁹, pero también —aunque sea implícitamente— como canon hermenéutico para el TJUE⁶⁰. Aunque el TJUE prescindirá de esta herramienta en la sentencia, las consideraciones del Sr. Szpunar pueden resultar de interés para futuros análisis de servicios parecidos.

i) Aplicación a casos especiales y la prohibición del perjuicio injustificado

Acude Szpunar al fundamento o justificación filosófica del límite de copia privada para evaluar los criterios primero y tercero de la regla de los tres pasos: su aplicación en casos especiales y la prohibición del perjuicio injustificado al legítimo titular. El fundamento último de la copia privada, recuerda, se basa en la dificultad que encuentran los autores y demás titulares de derechos para controlar el uso real de sus obras y prestaciones en un ámbito doméstico y en la «injerencia intolerable» en la intimidad de los usuarios que dicho control comportaría. En opinión del abogado general, este fundamento no serviría para justificar la aplicación del límite a VCAST: en la medida en que VCAST facilita el acceso a emisiones de televisión públicamente y en el marco de una actividad económica, su actividad podría ser perfectamente sometida al control de los titulares de derechos⁶¹. Esto contradice en cierto modo la admisión absoluta e incondicionada de la intervención de terceros en la realización de copias —incluso con una finalidad comercial—, predicada por el Sr. Szpunar en el apartado 26 de las conclusiones. En efecto, si una actividad económica susceptible de operar bajo licencia de los titulares no es apta para superar el test de las tres etapas, entonces la prohibición de la asistencia de terceros por la legislación española o italiana tal vez podría reconducirse hacia una interpre-

de compromiso que obliga al legislador nacional a respetar determinados requisitos a la hora de confeccionar nuevos límites o excepciones a los derechos de propiedad intelectual. El sistema de limitaciones y excepciones diseñado en la Directiva 2001/29 recoge esta regla a modo de cláusula de cierre en el artículo 5.5: *«las excepciones y limitaciones contempladas [...] únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la normal explotación de la obra o prestación, y no perjudiquen los intereses legítimos del titular del derecho»* (énfasis mío).

⁵⁹ Sentencia del TJUE de 16 de junio de 2011, Stichting de Thuiskopie (C-462/09) (*Stichting de Thuiskopie*), párrafo 33; *ACI Adam*, párrafos 25 y 26.

⁶⁰ *ACI Adam*, párrafo 38. Aunque en su apartado 26 se precisara que el art. 5.5 de la Directiva 2001/29 «no tiene por objeto ni afectar al contenido material de las disposiciones incluidas en el artículo 5, apartado 2, de esta Directiva, ni, en particular, ampliar el alcance de las diferentes excepciones y restricciones previstas en él», en la práctica el TJUE utiliza la regla de los tres pasos para calibrar la aplicabilidad del límite.

⁶¹ Apartado 62: *«Ahora bien, esta justificación no se da en el caso de un servicio como el ofrecido por VCAST. En efecto, este servicio no se limita a la esfera privada de los usuarios, pues la fase anterior a la creación de la reproducción, es decir, el suministro del acceso a las emisiones de televisión por parte de VCAST, se hace públicamente, en el marco de la actividad económica de esta sociedad, y puede ser controlado fácilmente por los titulares de los derechos de autor. Nada impide que estos titulares exijan que se solicite su autorización para ese servicio, ni que VCAST solicite tal autorización. La razón de ser de la excepción de copia privada no justifica, pues, el perjuicio que la aplicación de esta excepción a servicios como el ofrecido por VCAST entrañaría para los titulares de los derechos de autor»*.

tación compatible con la jurisprudencia del TJUE (entendiéndose, como había venido haciendo la doctrina, que no será lícita cuando persiga una finalidad comercial —y teniendo en cuenta los demás factores del test de las tres etapas—).

Además, Szpunar recela del perjuicio que las copias ofrecidas por VCAST puede causar a los titulares: a diferencia de las copias privadas realizadas por los usuarios mediante equipos, aparatos o soportes, el servicio de VCAST se focaliza en obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, que son además conocidas y seleccionadas de antemano por los usuarios de entre la programación televisiva que ofrece VCAST. De nuevo advierte el Sr. Szpunar que nada impediría a los titulares monitorizar su actividad y exigir la sujeción a una licencia para operar el servicio. La razón de ser de la excepción de copia privada no justificaría, concluye Szpunar, el perjuicio que su aplicación podría entrañar para los titulares de los derechos.

ii) La explotación normal de la obra

La aplicación del límite de copia privada a VCAST chocaría también, según Szpunar, con la normal explotación de la obra o prestación por parte de sus titulares. Así, una interpretación excesivamente generosa del límite, afirma, desincentivaría posibles inversiones de los organismos de radiodifusión para ofrecer servicios de videograbación similares. El visionado de las emisiones fuera de la franja horaria programada ofrecido por VCAST o, incluso, la posibilidad de transferir las copias a sus dispositivos portátiles, podría repercutir negativamente en la audiencia de los organismos de radiodifusión y, en particular, en sus ingresos publicitarios, lo que Szpunar llega a tildar de «competencia desleal». Es llamativo que el abogado general considerase irrelevantes las amplísimas facultades que VCAST confiere al usuario sobre su copia a la hora de encajar el servicio en el art. 5.2 b) (apartado 27), pero, sin embargo, las tenga tan presentes a la hora de decantar la regla de los tres pasos a favor de una interpretación restrictiva del límite. En todo caso, los argumentos expuestos resultan persuasivos. No nos encontramos aquí ante reproducciones temporales (como suele ser el caso del *time shifting*) para ver el programa en diferido, o de reproducciones facilitadas dentro de la propia plataforma de VCAST y sujetas a restricciones de descarga o disposición, sino ante una copia idéntica al original sin restricciones de uso de ninguna clase.

3. CONCLUSIÓN

En síntesis, el abogado general Sr. Szpunar concluye que el límite de copia privada no resulta de aplicación al caso de VCAST. Pese a que las copias almacenadas en la nube por VCAST puedan ser consideradas, en su opinión, reproducciones hechas por una persona física para su uso privado y sin fines

directa o indirectamente comerciales, el acceso de los usuarios no sería lícito, básicamente: (i) porque VCAST ofrece las emisiones televisivas sin la preceptiva autorización de los titulares de derechos; y (ii) porque, además, existen argumentos que impiden superar el test de las tres etapas, en la medida en que VCAST desarrolla una actividad económica susceptible de ser controlada por los titulares de derechos que le ofrece una ventaja para concurrir —incluso de forma desleal— en el mercado de las entidades de radiodifusión.

Con todo, las conclusiones aportan valiosas reflexiones que, pese a no haber pasado a formar parte de la sentencia del TJUE, enriquecen el debate sobre la viabilidad de la copia privada en la nube. Y es que el hecho de que VCAST no pueda ampararse en el límite, no necesariamente significa que éste no resulte aplicable a otro tipo de reproducciones de obras y prestaciones en la nube.

V. LA SENTENCIA DEL TJUE

1. INTRODUCCIÓN

Si las conclusiones del abogado general constituyen un exceso de vehemencia oratoria, de la sentencia puede decirse todo lo contrario: bajo la batuta del magistrado checo Jiří Malenovský⁶², el TJUE se aleja del ejercicio de indagación argumentativa desplegado por Szpunar y zanja la cuestión en apenas diez páginas. Esta sentencia es la sexta y última dictada en el año 2017 en materia de propiedad intelectual. En todas ellas el TJUE ha desarrollado la interpretación de uno de los derechos exclusivos que más controversia ha suscitado en los últimos tiempos: el de comunicación al público.

2. INTERVENCIÓN DE UN TERCERO EN LA GRABACIÓN

En su sentencia, el TJUE vuelve de forma sucinta a la definición del límite de copia privada del art. 5.2 b) y avala, con Szpunar, una interpretación que permita a las personas físicas recibir de un tercero «*un servicio de reproducción que constituye la premisa fáctica necesaria para que ellas puedan obtener copias privadas*». El TJUE no entra a valorar —ni por tanto válida de forma expresa— la naturaleza comercial del servicio. ¿Debemos asumir que esa finalidad se hallaba ya implícita cuando en su anterior jurisprudencia hablaba de «ser-

⁶² El magistrado J. Malenovský ha sido ponente en la práctica totalidad de los casos de copia privada resueltos por el TJUE: *Padawan*, *Stichting de Thuiskopie*, *VG Wort*, *ACI Adam*, *Copydan Båndkopi*, *Reprobel* y *EGEDA* y otros. Únicamente en los asuntos Amazon y Microsoft Mobile Sales International y otros cedió su lugar a la Sra. R. Silva de Lapuerta y al Sr. M. Ileš, respectivamente [sentencias de 11 de julio de 2013 (asunto C-521/11), y de 22 de septiembre de 2016 (asunto C-110/15)]. Más información sobre su trayectoria académica y profesional puede encontrarse en: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/rc4_170599/es. (Último acceso en el 23 de enero de 2018.)

vicios de reproducción»? Antes de concluir de forma tan categórica, deberían ponderarse al menos las características concretas de cada servicio a la luz de la regla de los tres pasos. Así parece inferirse del apartado 31 de la sentencia, que recuerda la necesidad de recurrir a este baremo al aplicar el límite (por más que en este caso el TJUE no llegue a aplicarlo al derivar su análisis hacia el derecho de comunicación pública). El apartado 62 de las conclusiones del abogado general —donde rechaza que VCAST pueda superar la prueba de los tres pasos por llevar a cabo una actividad económica susceptible de operar bajo licencia— permitiría también cuestionar el encaje incondicionado y a toda costa en el art. 5.2 b) de las copias hechas por una persona jurídica con una finalidad comercial. Como es sabido, la asistencia de terceros choca con la interpretación tradicional de la doctrina, que había excluido del límite de copia privada las reproducciones por encargo con finalidad comercial⁶³. En todo caso, una interpretación jurisprudencial que diese cabida en el art. 5.2 b) a cualesquiera servicios de reproducción podría friccionar con la prohibición de la copia privada asistida o por encargo en algunos Estados miembros⁶⁴.

⁶³ Entre otros, el profesor J.J. MARÍN LÓPEZ: «La Directiva no toma posición en relación con la copia por encargo, es decir, aquella que beneficia a una persona física —por lo que entra prima facie dentro del ámbito de aplicación de la excepción— pero que no es realizada personalmente por ella misma, sino por un tercero que actúa bajo sus órdenes. Parece que la intención del Consejo fue admitir también bajo la cobertura de la excepción la reproducción realizada por un tercero. Pero lo cierto es que esa intención no ha quedado plasmada con seguridad en ningún lugar de la Directiva. En todo caso, las alternativas son únicamente dos: o se prohíbe la copia por encargo, como se ha hecho en Italia, o se permite sometida al requisito de que quien copia por encargo lo haga gratuitamente, como se ha decidido en Alemania. Si hay precio a cambio de la copia la reproducción queda fuera del ámbito de la excepción». *Óp. cit.*, 2005, pp. 19 y 20. A. GONZÁLEZ, a propósito de la transposición de la Directiva en España, consideraba también que «atendiendo al espíritu y finalidad de la norma, el debate tiene poco recorrido, pues es claro que el beneficiario del límite sólo puede ser la persona física que hace las copias para su propio uso, y no en cambio las empresas de copistería [...]». «La compensación equitativa por copia privada digital en la Ley 23/2006, de 7 de julio». *Actualidad jurídica Uría Menéndez* / 15-2006.

⁶⁴ V. ARNÁIZ MEDINA se pregunta si resultaría contraria a la Directiva 2001/29 una normativa nacional como la española que impide la intervención de terceros en la realización de copias privadas. «Luces y “sombras” sobre las copias en la nube. Comentario a la Sentencia del TJUE (Sala 3ª) de 29 de noviembre de 2017. Segunda parte.», publicado el 16 de enero de 2018. *El Derecho.com*: http://www.elderecho.com/actualidad/copias-nube-sentencia-tjue-noviembre_0_1181625218.html. (Último acceso el 23 de enero de 2018.) I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ confirmaba, a propósito de *Copydan Båndkopi*, que «la Directiva admite que la copia sea realizada por un tercero, siempre que el aparato o soporte utilizado estuviera sujeto a un sistema de canon». Sobre el margen de actuación del legislador nacional a la hora de configurar los parámetros del límite de copia privada, el profesor GARROTE considera que, al estar ante un límite facultativo, corresponde a los Estados miembros definir cuándo se dan las condiciones para que una reproducción tenga la consideración de copia privada. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* —coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO—, 4.ª ED., Tecnos, Madrid, 2017, p. 592. Por su parte, M. FICSOR al analizar la compatibilidad de la jurisprudencia *Padawan* con la exclusión de las copias realizadas por terceros en Francia —anterior a la reforma operada en 2016— considera que la norma nacional no sería incompatible con el *acquis communautaire*. Para ello se remite a la tenor literal del Considerando 38 y del art. 5.2 b) de la Directiva y hace hincapié en que el TJUE no ha llegado a desarrollar el concepto de «servicios de reproducción». M. FICSOR, «The WIPO «Internet Treaties» and Copyright in the «Cloud»». *Copyright and Related Rights in the “Cloud” Environment*. Congreso de ALAI 2012. Kyoto, 16-18 de octubre de 2012, pp. 136-139.

3. PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Para el TJUE, el límite de copia privada constituye una excepción a un derecho y debe interpretarse de forma restrictiva. Desde alguna tribuna se ha criticado que el TJUE invoque el principio de interpretación restrictiva sin aludir al contrapeso hermenéutico que había empleado, por ejemplo, en *Football Association Premier League*⁶⁵, y que buscaba recalcar que una interpretación restrictiva no puede llegar nunca a frustrar la efectividad real del propio límite⁶⁶.

Además, aunque el límite de copia privada excluya el *ius prohibendi* del titular del derecho de reproducción de la esfera privada de los usuarios, el mismo principio de interpretación restrictiva implica que el titular no pueda ser privado de otros derechos «*que puedan acompañar a la realización de copias privadas*» y, en particular, de su derecho a prohibir o autorizar el acceso a las obras o prestaciones de las que dichas personas desean realizar copias privadas. Esta idea, que proviene de *ACI Adam* (apartado 31), permite al TJUE deslizarse hacia en análisis de ese otro derecho que, en este caso, se vería afectado: el de comunicación pública.

4. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO Y EL CRITERIO DEL MEDIO TÉCNICO ESPECÍFICO

El TJUE apuntala el viraje hacia la comunicación pública haciendo hincapié en la doble naturaleza de VCAST, que no se limitaría a organizar la reproducción, sino que, además, «*proporciona, para su reproducción, un acceso a las emisiones de determinados canales de televisión que pueden grabarse remotamente*» y, de ese modo, «*tiene una doble funcionalidad consistente en garantizar a la vez la reproducción y la puesta a disposición de las obras y prestaciones a las que atañe*» (énfasis mío).

⁶⁵ «162. Según la jurisprudencia, los requisitos que se acaban de enumerar deben ser objeto de interpretación estricta, dado que el artículo 5, apartado 1, de la citada Directiva constituye una excepción a la regla general que ésta establece y que exige que el titular de los derechos de autor autorice toda reproducción de una obra suya protegida (sentencia Infopaq International, antes citada, apartados 56 y 57). 163. Ahora bien, la interpretación de dichos requisitos debe permitir salvaguardar el efecto útil de la excepción así establecida y respetar su finalidad tal como ésta resulta, en particular, del trigésimo primer considerando de la Directiva sobre los derechos de autor y de la Posición común (CE) n° 48/2000, de 28 de septiembre de 2000, aprobada por el Consejo con vistas a la adopción de la citada Directiva (DO C 344, p. 1). 164 Así pues, con arreglo a su objetivo, esta excepción debe permitir y garantizar el desarrollo y el funcionamiento de nuevas tecnologías y mantener un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los titulares de derechos, por una parte, y de los usuarios de obras protegidas, que desean disfrutar de esas nuevas tecnologías, por otra». (Énfasis mío.)

⁶⁶ J. PARISH, «Thoughts on VCAST and private copying». IP Debate. Opining on Intellectual Property Law: <https://ipdebate.com/2017/12/15/thoughts-on-vcast-and-private-copying/>. (Último acceso el 23 de enero de 2018.)

Es a partir de ahí como el TJUE pasa a analizar la eventual comunicación pública realizada por VCAST y la necesidad o no de disponer de la autorización de los organismos de radiodifusión. A diferencia de Szpunar, el TJUE no conecta —al menos de forma explícita— el acceso a las emisiones a través de VCAST con la premisa del acceso lícito de la excepción de copia privada, sino que se limita a verificar la infracción de los derechos de las entidades de radiodifusión de forma separada.

Para ello le basta con acudir al concepto de comunicación al público definido en su jurisprudencia⁶⁷ y comprobar que VCAST graba las emisiones radiodifundidas y las pone a disposición de sus clientes a través de internet. Y, sobre todo, que la transmisión original efectuada por el organismo de radiodifusión y la realizada por VCAST se realizan «**en condiciones técnicas específicas, utilizando un diferente modo de transmisión de las obras protegidas, y cada una de ellas destinada a su público**».

Esto es, el factor clave en este caso es el medio técnico específico. En esas circunstancias, concluye, no es necesario examinar si los públicos a los que se dirigen estas comunicaciones son efectivamente idénticos o si, por el contrario, VCAST se dirige es un público nuevo. Y ello, cabe inferir, porque el TJUE asume que cada una de las transmisiones está «destinada a su público», a un público diferente, por el mero hecho de que el medio técnico también lo sea. Al existir una infracción de los derechos de las entidades de radiodifusión, no sería necesario acudir a la regla de los tres pasos.

5. LA INTERVENCIÓN ACTIVA DEL PRESTADOR DE SERVICIOS DE REPRODUCCIÓN Y/O ALMACENAMIENTO COMO CRITERIO PARA EVALUAR LA LICITUD

Debe prestarse atención al atributo que a lo largo de todo el procedimiento se atribuye a VCAST: la intervención *activa* en la grabación. Curiosamente, ni las conclusiones del Sr. Szpunar ni tampoco la sentencia conectan expresamente la particular operativa de VCAST (esa «doble funcionalidad» de captación y ofrecimiento de contenidos, primero, para su posterior grabación bajo demanda y puesta a disposición en espacios de almacenamiento en la nube) con lo que el tribunal de Turín denominó «intervención activa en la grabación». Esta expresión, en la que el TJUE apenas si repara durante la fundamentación jurídica de la sentencia —ni dota, desde luego, de un contenido nítido—, se desliza inopinadamente en el fallo de la sentencia sin que nadie haya discurrido de forma expresa sobre su significado:

⁶⁷ Sentencia del TJUE de 31 de mayo de 2016 (asunto C-117/15), Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA) contra Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH («Reha Training»),

*«La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, en particular su artículo 5, apartado 2, letra b), se opone a una normativa nacional que permite a una empresa mercantil ofrecer a los particulares un servicio de videograbación remota en la nube de copias privadas de obras protegidas por derechos de autor, mediante un sistema informático, **interviniendo activamente en la grabación de tales copias**, sin la autorización del titular de los derechos» (énfasis mío).*

Nótese que el Sr. Szpunar omitió cualquier referencia a este rasgo de VCAST en su propuesta de fallo⁶⁸. En puridad, la «intervención activa en la grabación», tal y como se enuncia en la cuestión prejudicial, predica exclusivamente del sustantivo «grabación» (y, en principio, del derecho de reproducción), pero no necesariamente de las actividades de captación de la señal y puesta a disposición de las emisiones. Es lícito preguntarse si la intervención de VCAST en la *grabación*, por sí misma, puede considerarse singularmente activa. Recordemos que el usuario toma la iniciativa y encarga la grabación de una concreta emisión, pero es VCAST quien pone a su disposición los detalles de la programación, anuncia los contenidos destacados, lo dota de la herramienta técnica de reproducción y, por fin, a la hora señalada, activa la grabación de forma automática y la envía a su cuenta privada en la nube. No cabe descartar que, al hablar de una intervención activa en la *grabación*, el tribunal turinés buscara meramente contraponer VCAST a servicios como Dropbox, Google Drive, OneDrive o pCloud, que se limitan a facilitar —pasivamente, si se quiere— un espacio de almacenamiento en la nube, sin habilitar un software de videograbación ni incitar a la reproducción de contenidos protegidos. Desde este punto de vista, como veremos, el criterio de la intervención activa serviría para evaluar la licitud de las copias a la luz del art. 5.5 de la Directiva. Tampoco es inverosímil, desde luego, que el tribunal de Turín y, más tarde, el de Luxemburgo, quisieran abarcar con esta expresión no sólo la grabación propiamente dicha, sino también la captación de la señal y subsiguiente puesta a disposición⁶⁹.

En cualquier caso, debe criticarse el empleo en el fallo de un concepto jurídico indeterminado que, una vez más, arroja incertidumbre sobre su alcance y

⁶⁸ La propuesta de fallo de Szpunar discurre en los siguientes términos: «El artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite la actividad consistente en prestar, sin autorización de los titulares de los derechos de autor, un servicio de grabación en línea de emisiones de televisión libremente accesibles por vía terrestre en el territorio de este Estado miembro, cuando es el proveedor de dicho servicio, y no el usuario del servicio, quien capta la señal de radiodifusión terrestre a partir de la cual se efectúa la grabación»..

⁶⁹ Así parece haberlo interpretado M. SOL MONTAÑOLA en el resumen de la sentencia publicado en <http://solmuntanola.com/videograbacion-traves-la-nube-reproduccion-copia-privada-puesta-disposicion-la-sentencia-caso-vcast/>. (Último acceso el 23 de enero de 2018.)

efectos potenciales. A continuación propondré algunos criterios sobre cómo, a mi juicio, podría interpretarse este concepto.

6. CONCLUSIÓN

En resumen, la sentencia del TJUE confirma la doctrina establecida en *ITV Broadcasting* (sin citar siquiera la pretendida «excepción AKV») y resuelve una cuestión prejudicial relativa al límite de copia privada [art. 5.2 b)] acudiendo una vez más al derecho de comunicación pública del art. 3 de la Directiva. Reincide el TJUE en el criterio del medio técnico específico pese a las críticas doctrinales cosechadas. Y se deja en el camino muchas de las reflexiones puestas sobre la mesa por el incombustible Sr. Szpunar que podrían haber contribuido a aclarar la calificación jurídica de las copias privadas en la nube.

Con todo, las reticencias del TJUE a pronunciarse sobre la licitud de la copia privada en la nube son comprensibles. Los magistrados acuden a una solución coherente con su jurisprudencia anterior y escrupulosa desde el punto de vista técnico para resolver la cuestión prejudicial que se les plantea⁷⁰, pero eluden pronunciarse sobre un problema subyacente de mayor calado: la necesidad de actualizar el sistema de copia privada instaurado en el año 2001 y acomodarlo a modelos de negocio susceptibles de operar bajo licencia. Probablemente, no sea el TJUE la institución más adecuada para abordar este problema: la reforma del marco normativo en materia de copia privada resulta extremadamente delicada y compleja y exige un debate de política legislativa que sólo puede ser afrontado por el legislador europeo.⁷¹

Por último, la sentencia se alinea con jurisprudencia alemana y francesa que se había pronunciado sobre los servicios nPVR por cuanto concluye que deben ser autorizados por los titulares de derechos. Con todo, la solución técnica dada por los distintos tribunales difiere: mientras que la *Cour d'Appel de Paris* estableció que el servicio de videgrabación en la nube Wizzgo no podía acogerse al límite por existir “asistencia de terceros” en la grabación, los tribunales alemanes parecen haber estimado que lo que se infringe en estos casos es el derecho de retransmisión (casos *Save TV* y *Shift TV*)⁷².

⁷⁰ Por más que sigan manteniendo una doctrina discutible en materia de comunicaciones secundarias.

⁷¹ Como analizaré en el siguiente epígrafe, la maquinaria legislativa de las instituciones europeas está en marcha y, aunque en los últimos años se haya frenado, existen trabajos preparatorios que abordan y recomiendan la reforma de la copia privada en la nube. *Vid.*, el Informe sobre los cánones por copia privada (2013/2114(INI)) Comisión de Asuntos Jurídicos Ponente: Françoise Castex: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2014-0114+0+DOC+PDF+V0//ES>. (Último acceso el 23 de enero de 2018.)

⁷² Para un estudio en profundidad sobre la jurisprudencia francesa, alemana y estadounidense, *vid.* SANJUÁN RODRÍGUEZ, N. *Óp. cit.*

VI. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DE LA COPIA PRIVADA

1. CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA VCAST A DIVERSOS SUPUESTOS DE REPRODUCCIÓN DE CONTENIDOS EN LA NUBE

Procede ahora reflexionar sobre las implicaciones del caso VCAST en el futuro de la copia privada. Habida cuenta del laconismo del TJUE, resulta obligado acudir a las conclusiones del abogado general para contar con un soporte argumental más fértil.

1.1. Almacenamiento de copias en repositorios privados. Grado mínimo o pasivo de la intervención

Si nos atenemos a las conclusiones del abogado general, el mero almacenamiento de copias por parte de personas físicas en repositorios privados en la nube no debería quedar excluido del art. 5.2 b) de la Directiva. Las conclusiones del abogado general abonan la tesis de una copia privada en la nube. Y es que, pese a que el TJUE omita cualquier referencia expresa a la licitud o ilicitud de las copias almacenadas en la nube, para el abogado general esta posibilidad tendría plena cabida en el art. 5.2 b) de la Directiva 2001/29 y en la jurisprudencia que lo interpreta. Hasta en cuatro ocasiones avala Szpunar el encaje de la copia en la nube en el art. 5.2 b):

i) En el planteamiento inicial de sus conclusiones (apartado 3) advierte de que los datos almacenados en servidores remotos pueden contener reproducciones de obras efectuadas por los usuarios de los servicios de almacenamiento «*en el contexto de lo que se conoce como excepción de copia privada*».

ii) La duda legítima radica en la obligada intervención de un tercero para la obtención de las copias. Pero esa duda se disipa en el apartado 24, cuando descarta que haya obstáculos de principio que impidan que se pongan a disposición de las personas físicas no ya equipos, aparatos o soportes, sino «*capacidades*» de reproducción en servidores remotos. Esas capacidades pueden suministrarse a través de la infraestructura perteneciente a un tercero, incluso a cambio de una remuneración.

iii) Y con mayor contundencia si cabe aboga el Sr. Szpunar por esta posibilidad en el apartado 25 de sus conclusiones: «*No creo que esta forma de reproducción deba excluirse del ámbito de aplicación de la excepción de copia privada por el mero hecho de que la intervención de un tercero vaya más allá de una mera puesta a disposición de soportes o equipos. Mientras sea el usuario quien tome la iniciativa de la reproducción y quien determine el objeto y las modalidades de la misma, no veo una diferencia decisiva entre ese acto y la reproducción realizada por el mismo usuario mediante equipos manejados directamente por él*».

iv) Por último, en el apartado 40 afirma que el acto de reproducción en sí puede acogerse, en principio, a la excepción de copia privada, por más que no quepa decir lo mismo del acto previo de puesta a disposición.

Por lo tanto, en la medida en que sea el usuario quien tome la iniciativa de la grabación y determine su objeto y sus modalidades, esa reproducción en la nube quedaría amparada por el límite o excepción del art. 5.2 b) de la Directiva 2001/29 y, cabe interpretar, daría lugar, en principio, a la correspondiente compensación para los titulares de derechos. El hecho de que la concreta operativa de VCAST implique un acceso ilícito a las emisiones de televisión no significa que toda copia almacenada en la nube deba quedar sin cobertura legal.

Pensemos en el caso del usuario que ha adquirido una película en soporte CD o DVD y, tras reproducir su contenido en un ordenador personal mediante un software, decide arrastrar una copia hasta su carpeta privada de Dropbox o de otro servicio similar. Por el mismo motivo que la copia almacenada en el disco duro del ordenador sería una copia privada, no alcanzo a vislumbrar ninguna razón que impida el encaje de las copias resultantes en el art. 5.2 b). (Naturalmente, el hecho de que el tercero preste los servicios de reproducción con una finalidad comercial plantea mayores problemas.) Incluso si el prestador de servicios de almacenamiento ofreciera a sus usuarios un software específico de reproducción que permitiera convertir sus soportes físicos (de nuevo, CD o DVD) en un formato idóneo para el almacenamiento en la nube, cabría sostener también —siempre bajo las premisas de Szpunar— que las copias resultantes podrían ser copias privadas⁷³.

Mayores dudas se suscitan cuando la copia provenga de una obra o prestación puesta a disposición del público lícitamente, ya sea mediante la captación de la señal distribuida en abierto por vía terrestre —como sucedía en el supuesto de VCAST— o en plataformas de *streaming*. A estos supuestos nos referiremos más adelante de la mano del mediador de la Comisión Europea António Vitorino.

1.2. Videgrabación en la nube de contenidos ofrecidos en condiciones técnicas semejantes y sin dar acceso a un público nuevo. Ponderación del grado de intervención

¿Pero cómo redimir a VCAST y demás servicios nPVR y permitir que puedan operar lícitamente en el mercado? De una simple interpretación de la sentencia *a sensu contrario* podría concluirse que, en aquellos casos en que el prestador

⁷³ El TJUE, en cambio, no llega tan lejos y, pese a admitir las copias realizadas por terceros, no aclara en esta sentencia si son en todo caso copias privadas las producidas por una persona jurídica con finalidad comercial o si la regla de los tres pasos podría suponer un obstáculo bajo determinadas circunstancias.

no varíe las condiciones técnicas de la emisión ni dé acceso a un público nuevo, podría ofrecer lícitamente las emisiones televisivas sin necesidad de recabar la correspondiente licencia o autorización de los titulares de derechos. Para ello, los contenidos ofrecidos al público deberían haber sido emitidos por internet y la segunda transmisión habría de circunscribirse al área de cobertura de la transmisión original. En estas circunstancias, ateniéndonos a la jurisprudencia vigente del TJUE, esta segunda transmisión no constituiría un nuevo acto de comunicación pública o, de forma más precisa, un acto de puesta a disposición del público en el sentido del art. 3.2 de la Directiva⁷⁴. Cuestión distinta es que las copias registradas en la nube tuvieran la consideración de copias privadas. Para ello, el servicio de videgrabación remota debería salvar la interpretación restrictiva del límite y, sobre todo, la prueba de los tres pasos. Si tenemos en cuenta las consideraciones del abogado general al analizar el art. 5.5 de la Directiva 2001/29, es dudoso que la actividad de VCAST, aun cumpliendo esos requisitos, hubiese resultado lícita.

Tal vez sea en el contexto de la regla de los tres pasos donde el escurridizo concepto de la intervención activa en la grabación tenga cierta virtualidad. ¿Cuál sería el grado de intervención *acceptable* en la grabación que permitiría el encaje en los artículos 5.2 b) y 5.5? Debe tenerse en cuenta que, mientras que los repositorios de almacenamiento en la nube permiten albergar contenidos y datos de toda índole (y no sólo obras o prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual), VCAST, como paradigma de la intervención activa, incita a los usuarios a reproducir emisiones de televisión protegidas, y lo hace desplegando toda la panoplia de herramientas del marketing televisivo: fotogramas, fotografías de los actores de moda, resúmenes de la parrilla, logotipos de las cadenas, etc. A ello se suma el suministro por la propia web de las capacidades técnicas de reproducción de copias. Y, sobre todo, el que los usuarios puedan usar las copias sin restricciones de ningún tipo (temporales, territoriales, de compartición, etc.). Este conjunto de ventajas incrementa el atractivo de la plataforma y permite a VCAST granjearse un público fiel en las redes sociales y obtener ingresos derivados de la publicidad o de las suscripciones⁷⁵. Como hemos visto, este factor es tenido en cuenta por Szpunar a la hora de someter VCAST a la regla de los tres pasos y lo lleva incluso a sugerir una suerte de competencia desleal respecto de los organismos de ra-

⁷⁴ Y ello sin perjuicio de que una interpretación estricta del art. 3 de la Directiva 2001/29 a la luz del Convenio de Berna, obligara a contar en todo caso con la autorización de los titulares de derechos.

⁷⁵ El servicio de VCAST tenía en 2015 doscientos veinte mil usuarios registrados (Óp. cit., artículo de Newslinet.it de 5 de febrero de 2015). El perfil de VCAST en Facebook cuenta con miles de seguidores. Hasta 6.489 usuarios apoyaron la protesta iniciada por Vcast Ltd. en el sitio web de iniciativas populares Change.org contra la supuesta «censura» de Mediaset (a raíz de las medidas cautelares acordadas por el Tribunal de Turín). Según la información disponible en Change.org, las muestras de apoyo fueron entregadas al secretario del Partido Democrático italiano, Matteo Renzi y al Ministro de Cultura Dario Franceschini: <https://www.change.org/p/difendi-anche-tu-la-libert%C3%A0-di-registrare-i-tuoi-programmi-tv-preferiti-con-vcast-no-alla-censura-mediaset-iosto-convcast>. (Último acceso el 23 de enero de 2018)

diodifusión⁷⁶. En mi opinión, el mayor o menor grado de intervención en la grabación debería circunscribirse al análisis derivado del art. 5.5, como un factor más de interpretación cuando pueda resultar de utilidad. A partir de un análisis casuístico de esta regla (entre otros factores presentados por el servicio) podría dirimirse sobre la admisibilidad o no de un servicio de reproducción en la nube desprovisto de licencia.

1.3. Videgrabación en la nube bajo licencia

¿Y si el servicio de videgrabación en la nube contara con licencia de las entidades de radiodifusión? De nuevo, una mera lectura *a contrario sensu* de la sentencia podría llevarnos a aceptar el encaje de las copias obtenidas a partir de una fuente lícita en el art. 5.2 b) de la Directiva⁷⁷. En este caso, VCAST se asemejaría, al menos desde la óptica jurídica, a las plataformas de *streaming*: a diferencia de lo que sucede en el caso de VCAST, el acceso a los contenidos ofrecidos en las plataformas de *streaming* como Netflix, Filmin o Spotify es por lo general lícito, en la medida en que operan bajo licencia de los titulares de derechos. Spotify, por ejemplo, cuenta con licencias de los productores de fonogramas para la puesta a disposición de la música en su plataforma interactiva; Netflix, Filmin o Rakuten lo hacen bajo el paraguas contractual de las productoras de cine y televisión, etc. Pero, ¿pueden las reproducciones realizadas en plataformas que operan bajo licencia ser consideradas «copias privadas» en el sentido del art. 5.2 b)⁷⁸? Y, más aún, ¿tendrían derecho los titulares de derechos a una compensación equitativa por esas reproducciones?

⁷⁶ Apartado 68 de las conclusiones: «(L)a difusión de las obras atrae a los telespectadores, y gracias a ello los anunciantes están dispuestos a comprar tiempo de emisión. Ahora bien, como ha señalado RTI en sus observaciones, VCAST se halla en competencia directa con estos organismos en el mercado de la publicidad. Desde el momento en que VCAST explota sin autorización obras cuyos derechos de autor poseen esos organismos de televisión, esta competencia se convierte en desleal. Autorizar tal competencia al amparo de la excepción de copia privada entraría necesariamente en conflicto con la explotación normal de estas obras».

⁷⁷ Es más, J. J. MARÍN LÓPEZ afirmó hace ya años que la reproducción realizada «a partir de una obra o prestación puesta lícitamente a disposición del público» estaba amparada por el límite: «Es indiferente la naturaleza del soporte utilizado para la reproducción, o incluso su propia ausencia (p.ej., copia realizada a partir de una obra puesta legítimamente a disposición de los usuarios de la red, copia de un programa propio producido y emitido por un organismo de radiodifusión...) [...] (E)stá amparada por la excepción la reproducción realizada a partir de una obra o prestación puesta lícitamente a disposición del público». «La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección», *op. cit.*, pp. 18 y 19. (No obstante, en el mismo artículo el autor expresa algunas dudas al respecto. Así, en la p. 23, nota al pie 45, se permite advertir de que se trata de una mera hipótesis: «esto para el supuesto de que se considere que efectivamente está amparada por la excepción de copia privada realizada por encargo».)

⁷⁸ En España, el art. 31.3 a) del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, excluye del concepto de copia privada «las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija,

En sus Recomendaciones publicadas el 31 de enero de 2013⁷⁹, el mediador portugués designado por la Comisión Europea, D. António Vitorino, reflexionó sobre la aplicación del límite a los contenidos puestos a disposición del público bajo licencia en plataformas de internet. Como es natural, el contenido de estas Recomendaciones es de carácter consultivo y no vinculante, pero fueron fruto de un proceso de mediación auspiciado por la Comisión Europea (con el marchamo de legitimidad que ello les imprime) y en el que se dio voz a titulares de derechos, de un lado, y a fabricantes, distribuidores, operadores de telefonía y prestadores de servicios de la sociedad de la información, de otro⁸⁰. Aunque las Recomendaciones no se pronuncian sobre los servicios de videgrabación remota, jurídicamente, las piezas del puzzle encajan y nos sirven para plantear la hipótesis de un VCAST amparado por la correspondiente licencia de los titulares de derechos.

Pues bien, para el Sr. Vitorino, las copias que los usuarios pudieran hacer a partir de los contenidos puestos a disposición en plataformas de internet no constituirían copias privadas en sentido estricto ni darían lugar a una compensación equitativa. La razón principal es que, en estos casos, los titulares de derechos perciben ya una remuneración por la concesión de las licencias, por lo que la compensación equitativa significaría una suerte de «doble pago» que no estaría justificado. En palabras del Sr. Vitorino: *«En aquellos casos en que los titulares de derechos obtienen una remuneración a través de acuerdos de licencia, por el uso (incluyendo la copia, si fuera el caso) de sus obras, no parece justificado que los consumidores deban pagar por segunda vez en forma de canon. Ésta y otras modalidades de doble pago deben evitarse. En mi opinión, irían tanto en detrimento de los consumidores como del funcionamiento de la propiedad intelectual como sistema dirigido a incentivar y premiar la creatividad y la inversión»*. Algunos de los argumentos esgrimidos por António Vitorino en defensa de su tesis encuentran reflejo en las conclusiones del abogado general en VCAST. Ambos juristas coinciden en que el fundamento de la copia privada (a saber, esa imposibilidad del autor de controlar el uso de sus obras en la esfera privada sin violar la intimidad de cada una de las personas que conforman su público) no resulta aplicable al desarrollo de actividades económicas que pueden ser controladas por los titulares de derechos y sujetas a

autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra».

⁷⁹ Recomendaciones derivadas del Proceso de Mediación en materia de Compensación por Copia Privada publicadas el 31 de enero de 2013. El informe del Sr. Vitorino puede consultarse en la página web de la Comisión Europea: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf. (Último acceso el 23 de enero de 2018.)

⁸⁰ P. MARISCAL GARRIDO-FALLA, «Las recomendaciones resultantes del proceso de mediación en materia de compensación por copia privada publicadas por la Comisión Europea cuestionan el modelo español de financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado». *Blog Elzaburu de Propiedad Industrial e Intelectual*: <http://www.elzaburu.es/blog/2013/02/la-comision-europea-publica-las.html>. (Último acceso el 23 de enero de 2018.)

contratos de licencia⁸¹. Nótese a este respecto que el Considerando 35 de la Directiva 2001/29 contemplaba ya la posibilidad de no remunerar a los titulares de derechos afectados por un límite cuando hubieran percibido un canon de licencia: «Cuando los titulares de los derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado»⁸². El Considerando 45 refuerza esta idea enfatizando que «Las excepciones y limitaciones a que se refieren los apartados 2, 3 y 4, del artículo 5 no deben ser un obstáculo para el establecimiento de relaciones contractuales encaminadas a asegurar una compensación equitativa a los titulares de los derechos de autor, en la medida permitida por el Derecho nacional». El argumento es claro: al percibir una regalía o canon de licencia, no habría ya perjuicio que compensar. Se trata, en realidad, del viejo debate del *phasing out* o desaparición progresiva del canon digital cuando los titulares de derechos estuvieran técnicamente capacitados para controlar los usos de sus obras y prestaciones en la esfera privada⁸³. En estos casos, se sostiene, el fundamento del límite y su esquema compensatorio perderían su razón de ser. Esta opinión ha sido respaldada por una parte de la doctrina⁸⁴ y fue incluso incorporada a los trabajos preparatorios de la Recomendación de la Comisión Europea del año 2006 titulada «Fair Compensation for Private Copying in a Converging Environment». La Recomendación, sin embargo, no

⁸¹ I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ enumera de forma exhaustiva los fundamentos doctrinales del límite de copia privada en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* —coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO—, 4.ª ED., Tecnos, Madrid, 2017, p. 580 y 590: la imperfección del mercado que impide en la práctica licenciar las reproducciones en la esfera privada, el respeto al derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, el carácter limitado del daño (que es susceptible de ser compensado), el beneficio que supone el límite para la comunidad, al acercar la cultura a los ciudadanos y, por último, la posibilidad que debe tener el adquirente de un dispositivo de reproducción de maximizar su uso.

⁸² A. GONZÁLEZ hacía también referencia al denominado proceso de *phase out*, según el cual el destino del canon de copia privada era desaparecer progresiva y gradualmente para dar paso al desarrollo de nuevos modelos legales de descarga on-line, en consonancia con el propósito perseguido por la Directiva: «El peligro subyacente en el mantenimiento de un principio de idoneidad sin matices ni consideraciones adicionales o complementarias, es que el canon de copia privada en lugar de desaparecer progresiva y gradualmente para dar paso al desarrollo de nuevos negocios legales de descargas on-line, en consonancia con el propósito perseguido por la Directiva (es el llamado proceso de «phase out» expresado en la referencia del artículo 5.2.b) y a la aplicación o no de medidas tecnológicas de protección), se extienda a equipos, aparatos y soportes materiales digitales que no están dedicados ni se emplean para hacer copias privadas». *Op. cit.*, p. 42.

⁸³ Ya fuera a través de las «medidas tecnológicas» a las que se refiere el art. 5.2 b) *in fine* o mediante la concesión de licencias (Considerando 35 y art. 6.4 párrafo cuarto de la Directiva).

⁸⁴ «El origen del límite de copia privada obedece, como es sabido, a la imposibilidad de controlar estas reproducciones sin lesionar la intimidad de los propietarios de los soportes. Puesto que estas reproducciones eran inevitables, lo mejor fue permitir las y prever a cambio una compensación para los titulares. El mundo digital permite ahora, en cambio, controlar esas copias mediante la utilización de medidas tecnológicas y sin invadir la privacidad de los consumidores. Si esto es así, ya no hay las razones que antaño se alegaron como justificación de la copia privada. Es justo entonces que el derecho de reproducción recupere el terreno que perdió en el mundo analógico. O, al menos, es justo replantear si hoy en día tiene sentido, y cuál sea, el mantenimiento de un límite de copia privada que nació y se desarrolló en un contexto tecnológico que poco tiene ya que ver con el actual y con el venidero». J. J. MARÍN LÓPEZ, *op. cit.* P. 75. En parecido sentido se pronuncia M. FICSOR. *Op. cit.*, p. 140.

llegó nunca a ver la luz por la oposición de la delegación francesa, que temía un impacto negativo en la financiación de las políticas culturales europeas. La intención de la Comisión era precisamente fomentar las licencias individuales y apuntar, con el tiempo, hacia la derogación de la compensación por copia privada⁸⁵. En la Comunicación 529 «*Liberar el potencial de la computación en nube en Europa*» de 2012⁸⁶, la Comisión, de forma más sutil y a la espera de que concluyera el proceso de mediación liderado por António Vitorino, se planteaba «*si es necesario aclarar el ámbito de aplicación de la excepción por copia privada y la aplicabilidad de cánones, así como, en particular, en qué medida los servicios de computación en nube que permitan la remuneración directa de los titulares de derechos están excluidos del régimen del canon por copia privada*» (énfasis mío).

En cualquier caso, uno de los pilares en que se apoyaba el Sr. Vitorino para sustentar su tesis se ha visto zarandeado en los últimos años por la propia jurisprudencia del TJUE. Vitorino se resistía a admitir que los titulares de derechos carecieran del poder de autorizar las reproducciones para uso privado a través de acuerdos de licencia. Pese a motivar su opinión en *Padawan* y *Stichting de Thuiskopie*, confiaba en que la cuestión prejudicial por entonces pendiente de resolución y que cristalizaría en la sentencia *VG Wort* respaldara su criterio. Hoy sabemos que esta sentencia desmiente tal posibilidad y corrobora lo que algunos expertos habían advertido durante el proceso de mediación: que la autorización dirigida a permitir la realización de copias privadas carece de cualquier efecto y no impide que se devengue la obligación de pago de una compensación equitativa. Los titulares de derechos están facultados, pues, para autorizar la puesta a disposición de sus obras o prestaciones en plataformas en línea, pero nunca para autorizar o prohibir su reproducción privada en los términos del art. 5.2 b). El propio límite les arrebató esa posibilidad. El profesor BERCOVITZ se ha mostrado crítico con la jurisprudencia sentada por *VG Wort* y *Copydan Båndkopi* en la medida en que parece cerrar la puerta a la posibilidad contemplada en el Considerando 35 de la Directiva sin aportar argumentos convincentes⁸⁷.

⁸⁵ M. KRETSCHMER, «Private Copying and Fair Compensation: An empirical study of copyright levies in Europe». A Report for the UK Intellectual Property Office (October 2011). Pp. 22 y 23. http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_econ_ge_1_12/wipo_ip_econ_ge_1_12_ref_kretschmer.pdf. (Último acceso el 23 de enero de 2018.)

⁸⁶ Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Liberar el potencial de la computación en nube en Europa. Bruselas, 27.9.2012 COM(2012) 529 final.

⁸⁷ «Semejante tesis supone negar la opción contraria, a la que la Exposición de Motivos de la Directiva dejaba abierta la puerta: «Cuando los titulares de los derechos hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, por parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago [del canon por compensación equitativa] específico o por separado» (párrafo 35). De ahí que quepa cuestionarla. Desde luego, no convence el argumento que nos da la Sentencia, según el cual, «tal acto [de autorización o licencia] adoptado por éste [el titular de derechos] no tiene repercusión alguna en el perjuicio causado al titular de los derechos por la introducción de la medida privativa del derecho en cuestión y, por consiguiente, no puede tener repercusión alguna

Pero lo cierto es que el Considerando 35 (interpretado junto al art. 4.4 párrafo cuarto de la Directiva y, sobre todo, al Considerando 45⁸⁸) se expresa en términos lo suficientemente vagos como para, eventualmente, ofrecer apoyo a la posición de D. António Vitorino. Así, por más que el límite de copia privada impida al titular de derechos autorizar o prohibir las copias de sus obras en la esfera privada, en aquellos casos en que hubiera recibido una retribución adecuada como parte de un canon de licencia (y, sin duda, la percibida por la licencia del derecho de puesta a disposición del público podría serlo), lo dispuesto en este considerando permitiría sustentar que no habría que «efectuar un pago específico o por separado» al titular de derechos.⁸⁹

En el caso de las plataformas de acceso a contenidos en *streaming* no nos encontramos ante supuestos en los que el titular de los derechos autorice propiamente la copia privada de los contenidos, sino el acceso a los mismos (puesta a disposición del público en los términos del art. 6.4.4º de la Directiva). En la mayor parte de estas licencias, el usuario no está autorizado para procurarse una copia que pudiera luego almacenar en otros dispositivos o en sus cuentas privadas en la nube. Únicamente se permite la descarga temporal para facilitar el visionado sin conexión a internet dentro de la propia plataforma y se prohíbe el archivo o reproducción de los contenidos puestos a disposición. En todo caso, según la jurisprudencia del TJUE, este tipo de prohibiciones no podrían sortear el límite de copia privada y carecerían de eficacia.⁹⁰

en la compensación equitativa». Más convincente como explicación —aunque resulte criticable— es la de que así se facilita la recaudación del canon por la entidad de gestión colectiva cuando aquella es obligatoria.». R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Más sobre la excepción de copia privada». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2015. Editorial Aranzadi, S.A.U. BIB 2015\1401.

⁸⁸ Considerando (45): «Las excepciones y limitaciones a que se refieren los apartados 2, 3 y 4, del artículo 5 no deben ser un obstáculo para el establecimiento de relaciones contractuales encaminadas a asegurar una compensación equitativa a los titulares de los derechos de autor, en la medida permitida por el Derecho nacional».

⁸⁹ M. OROZCO GONZÁLEZ interpreta el Considerando 35 de la Directiva 2001/29 en el mismo sentido incluso con posterioridad a que el TJUE hubiera dictado las sentencias *VG Wort* y *Copydan Båndkopi*: «La consecuencia que se deriva de esta previsión es que no habría lugar a compensación por copia privada cuando las obras protegidas son descargadas de servicios legales en línea en los que la copia está regulada por el contrato de descarga digital entre el consumidor y el proveedor del servicio». «El sistema español de compensación por copia privada a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria». *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 10/2016. Editorial Aranzadi, S.A.U. BIB 2016\80458.

⁹⁰ Así sucede en el caso de la licencia otorgada por Netflix, que únicamente autoriza la descarga temporal para permitir el visionado sin conexión a internet y prohíbe la reproducción con carácter general: «4.5. Parte del contenido de Netflix está **disponible para su descarga temporal y el visionado sin conexión en determinados dispositivos** compatibles ("Títulos offline"). Existen ciertas limitaciones, incluyendo restricciones del número de Títulos offline por cuenta, el número máximo de dispositivos que pueden contener Títulos offline, el periodo de tiempo que tienes para empezar a ver Títulos offline y por cuánto tiempo serán accesibles los Títulos offline. Es posible que ciertos Títulos offline no puedan reproducirse en determinados países, y que si te conectas en un país en el que no pudieras ver ese Título offline en streaming, dicho Título offline no se podrá reproducir mientras estés en ese país. 4.6. [...] **Aceptas no archivar, reproducir**, distribuir, modificar, exhibir, ejecutar, publicar, licenciar, crear trabajos derivados, poner a la venta, o (salvo lo autorizado de modo expreso en estos Términos de uso) **usar contenidos o información contenida en el servicio Netflix u obte-**

2. LA POLÍTICA LEGISLATIVA DE LA UE SOBRE LAS REPRODUCCIONES EN LA NUBE

Las Recomendaciones de D. António Vitorino se enmarcan dentro de una acción legislativa promovida por las instituciones europeas para adaptar la copia privada a los cambios tecnológicos. ¿En qué fase se encuentra ese proceso? ¿Cómo han influido las Recomendaciones en la política legislativa de la Unión Europea?

Desde la publicación de las Recomendaciones, allá por enero de 2013, la actividad del legislador europeo ha perdido impulso. Fue el Parlamento quien, en febrero de 2014, publicó su informe más reciente sobre copia privada⁹¹. El informe —conocido coloquialmente como «informe Castex», en alusión a la Sra. ponente Françoise Castex—, resultó controvertido y es revelador de las diferencias existentes en el seno de la Eurocámara entre partidarios y detractores de la copia privada. En su informe, el Parlamento enfatiza que la cultura y la creación artística constituyen los cimientos de la identidad europea y les atribuye un papel decisivo en la nueva economía digital. Certifica, sin embargo, que el mercado digital europeo no había sido capaz de cumplir las expectativas de remuneración a los creadores ni de distribuir de forma eficaz y equitativa los ingresos dentro del sector cultural en general. Es en este contexto donde el Parlamento sitúa los regímenes de compensación por copia privada, advirtiendo de que *«el sistema actual de canon por copia privada no refleja suficientemente los avances de la era digital»*. El Parlamento respalda el mantenimiento de la copia privada en internet, aunque opta por dar preferencia a los modelos de concesión de licencias *«si no se permite ninguna copia de las obras protegidas por derechos de autor en ningún soporte ni dispositivo»* (o lo que es lo mismo, si la realización de copias en algún soporte o dispositivo fuese posible, se apuesta por perseverar en la aplicación del límite). Y subraya por último que el límite de copia privada debe aplicarse a los servicios en línea, incluidos *«algunos servicios de computación en nube»* (apartados 28 y 29). Pese a todo, el Parlamento pide a la Comisión que evalúe la repercusión de los servicios de computación en la nube para decidir si deben ser tenidos en cuenta por los mecanismos de compensación de la copia privada y de qué forma.

La vinculación del sistema de compensación equitativa (denominada reiteradamente en el informe «remuneración equitativa»⁹²) al incumplimiento de

nidos a través de él o en él» (énfasis mío). Por su parte, la licencia de la española Filmin prohíbe la reproducción de los contenidos sin autorización: **«Cualquier copia, distribución y/o reproducción, total o parcial, de los contenidos y/o del sitio web de Comunidad Filmin exigirán la autorización previa y por escrito de Comunidad Filmin»** (énfasis mío).

⁹¹ Informe sobre los cánones por copia privada (2013/2114(INI)) Comisión de Asuntos Jurídicos: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2014-0114+0+DOC+PDF+V0//ES>. (Último acceso el 23 de enero de 2018.)

⁹² El uso del término «remuneración equitativa» es deliberado, por cuanto las implicaciones jurídicas de un derecho de remuneración equitativa son distintas de las de uno de mera «compensación».

las expectativas de remuneración a los creadores resulta llamativa. Pero se entiende mejor si atendemos al proyecto de Informe⁹³ redactado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y que sufrió enmiendas significativas en el trámite de aprobación del texto definitivo⁹⁴. Este proyecto incidía en tres aspectos fundamentales que se perdieron en el Informe votado y aprobado por el Parlamento, a saber: (a) que «*en tiempos de austeridad presupuestaria, los cánones por copia privada constituyen una fuente esencial de ingresos para el sector cultural*»⁹⁵; (b) que en el caso de los servicios en línea, las autorizaciones contractuales no pueden prevalecer en perjuicio de la excepción relativa a la copia privada, y (c) que las copias privadas mediante servicios de informática en la nube pueden tener la misma finalidad que las realizadas en soportes tradicionales y, por tanto, «*deberían ser tenidas en cuenta por los mecanismos de copia privada*». No puede perderse de vista que en el debate de política legislativa sobre la copia privada está latente, como fundamento mismo del sistema de copia privada, su especial trascendencia como fuente de ingresos para el sector cultural⁹⁶. En julio de 2014, la Comisión publicó una síntesis de las respuestas recibidas a la consulta pública sobre la reforma del marco jurídico de la propiedad intelectual en la UE. Curiosamente, pese a que los fabricantes y distribuidores mostraron su rechazo generalizado al sistema de copia privada y abogaban por su derogación, los titulares de derechos no

En ambos casos, nos encontramos ante derechos de mera remuneración, pero su fundamento y su alcance es distinto: mientras que el importe o la existencia misma de la compensación se condiciona al daño producido, la remuneración equitativa puede consistir en cánones o cotizaciones fijos, con independencia del daño efectivamente causado. En este sentido, A. GONZÁLEZ, *óp. cit.*, pp. 38 y 39. J. RAMÍREZ IGLESIAS se remitía a las observaciones presentadas por la Comisión Europea al TJUE en el caso *Padawan*: «*el pago a los titulares de los derechos que el Estado miembro debe establecer es un pago compensatorio, y no un pago remuneratorio, razón por la cual la Directiva emplea el concepto de "compensación" en lugar del de "remuneración"*». A este respecto, la Comisión desea recordar la diferencia fundamental existente entre las nociones de «compensación» y de «remuneración», diferencia expuesta con acierto en el dictamen 187/2005 del Consejo de Estado español [...] *la remuneración es el pago por una contraprestación o adquisición de un derecho, mientras que la compensación es el restablecimiento de un desequilibrio patrimonial objetivamente causado por la conducta de un tercero*».

⁹³ Proyecto de Informe sobre los cánones por copia privada (2013/2114(INI)) Comisión de Asuntos Jurídicos. Ponente: Françoise Castex. <http://adepi.net/wp-content/uploads/2013/09/Proyecto-de-informe-CASTEX-Copia-privada.pdf>. (Último acceso el 23 de enero de 2018.)

⁹⁴ La eurodiputada llegó a reprochar el supuesto influjo de grupos de presión en la elaboración del informe: <https://www.deputes-socialistes.eu/la-copie-privee-digital-europe-na-pas-encore-tue-la-culture-europeenne/>.

⁹⁵ Expresión que fue sustituida en el informe definitivo por «*una fuente de ingresos de importancia variable en función de la categoría de titular de derechos, y su trascendencia varía significativamente entre los Estados miembros*» (énfasis mío).

⁹⁶ Sin embargo, pese a que en sus orígenes la compensación por copia privada se concibiera como un derecho de remuneración equitativa enraizado en el Derecho natural [*vid.*, entre otras, sentencia del Tribunal Federal alemán (Bundesgerichtshof) de 18 de mayo de 1955, asunto I ZR 8/54, GRUR 492], la Directiva 2001/29 parece haberlo regulado exclusivamente como una compensación a un daño: «*The Directive however seems to reject the natural rights rationale that underlies the German levy scheme. The notion of 'fair compensation' is not intended to guarantee to authors a just reward, but is directly linked to the notion of harm (damage), i.e. the prejudice suffered by a right holder due to acts of private copying*». P. BERNT HUGENHOLTZ. *Óp. cit.*, pp. 192 y 193.

consideraron necesario actualizar dicho marco jurídico. Es posible que tras las resistencias encontradas para la aprobación del Informe Castex, los titulares decidieran declarar un armisticio.

La copia en la nube y los servicios de videgrabación remota están, por tanto, en el punto de mira del legislador europeo. Tras el informe del Parlamento, corresponde a la Comisión⁹⁷ poner en marcha medidas que ofrezcan un encaje jurídico claro a las nuevas modalidades de reproducción y, sobre todo, que aporten seguridad jurídica y contribuyan a disminuir la litigiosidad⁹⁸. Sin embargo, la reforma de la copia privada no está en la agenda de las instituciones: la propuesta de Directiva sobre los Derechos de Autor en el Mercado Único Digital la ha dejado al margen⁹⁹. Las distancias que separan las posiciones de las partes implicadas parecen haber convencido a la Comisión de que, por el momento, la solución más prudente pasa por preservar el *statu quo*¹⁰⁰. Caminamos, pues, hacia un mercado único digital fragmentado por las disensiones sobre el canon digital y en el que cada Estado seguirá aplicando su propia concepción del límite.

La sentencia del TJUE en el asunto VCAST no es más que un síntoma de esta parálisis legislativa. Para algunos, la sentencia resulta insuficiente e incluso decepcionante en su aproximación a la copia privada en la nube¹⁰¹. Pero si nos atenemos a la línea jurisprudencial, la respuesta de la corte de Luxemburgo es coherente, por más que políticamente pueda resultar elusiva o huidiza. No podemos exigir al TJUE que adopte un rol de legislador en la sombra. La jurisprudencia «pretoriana» o creativa debe ser la excepción. Sobre todo, porque la trascendencia política que conlleva la modernización y adaptación de la copia privada a los nuevos tiempos exige una respuesta serena, rigurosa y consensuada entre la Eurocámara, la Comisión y el Consejo, inspirada exclusivamente en la defensa del interés público europeo¹⁰². No es admisible, a mi juicio, declinar toda la responsabilidad en el TJUE.

⁹⁷ En julio de 2014, la Comisión Europea publicó su «*Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*», en el que sintetizaba las respuestas dadas a la consulta pública sobre la reforma del marco jurídico europeo en materia de propiedad intelectual.

⁹⁸ El Informe Castex constataba la proliferación de procedimientos judiciales sobre esta materia: «*Considerando que los fabricantes e importadores de soportes y material de grabación tradicionales y digitales han interpuesto numerosas acciones judiciales desde la entrada en vigor de la Directiva 2001/29/CE, tanto a nivel nacional como europeo*».

⁹⁹ Propuesta para una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital, de 16 de enero de 2018 [2016/0280 (COD) - 15651/17]: https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXVI/EU/00/56/EU_05681/imfname_10772880.pdf. [Último acceso el 23 de enero de 2018.]

¹⁰⁰ Las respuestas dadas por los titulares de derechos a la consulta pública de la Comisión mencionada supra nota 97 parecen optar precisamente por el inmovilismo. *Vid.*, p.p. 73 y 74.

¹⁰¹ Entre otros, J. PARISH. *Óp. cit.*

¹⁰² En este sentido se pronuncia N. SANJUÁN RODRÍGUEZ. *Óp. cit.*, pp. 67 y ss.

3. CONSIDERACIONES FINALES

El asunto VCAST nos invita a dirigir la mirada hacia el porvenir de un límite, el de la copia privada, cuya existencia misma ha sido puesto en tela de juicio desde sus orígenes. VCAST nos devuelve al viejo debate sobre la idoneidad del límite o excepción en el entorno digital. En la actualidad, los soportes físicos y los reproductores portátiles de grabación (mp3 y similares) han dejado paso a los repositorios en la nube y éstos han propiciado la aparición de sistemas nPVR que permiten grabar contenidos televisivos en la nube. Junto a la televisión tradicional, el *streaming* se ha consolidado como la forma cotidiana de ver cine y series de ficción, de descubrir y escuchar música y, para algunos, hasta de leer literatura. El consumo de contenidos culturales se hace a la carta, en plataformas en línea que ponen a disposición del público las obras y prestaciones mediante licencias de uso y a las que puede accederse desde cualquier dispositivo y latitud. A su vez, estas plataformas obtienen de los titulares los permisos o licencias necesarios para explotar su repertorio a cambio de una remuneración. La sentencia VCAST parece ahora sugerir que también los servicios de videograbación remota o nPVR son susceptibles de operar bajo licencia de los titulares de derechos.

Se cierne sobre el futuro de la copia privada una nube metafórica cargada de incertidumbres. Mucho se ha escrito sobre el alcance de la compensación equitativa por copia privada en un entorno digital en que los titulares pueden controlar los usos de sus obras y prestaciones sin interferir en la intimidad de quienes los leen, ven o escuchan. Como anticipó el profesor MARÍN LÓPEZ hace más de un decenio¹⁰³, la progresiva desaparición del canon por copia privada abocaría finalmente a la extinción del límite y, con ello, a la recuperación por parte de los titulares del derecho exclusivo de reproducción. Pero no está claro que sea ésta la opción preferida de los creadores¹⁰⁴ ni tampoco la del legislador: en Francia, la reforma operada el 7 de julio de 2016 en el artículo 311-4 del *Code de la Propriété Intellectuelle* sujeta determinados servicios de reproducción en la nube al pago del canon por copia privada; el informe *Castex* del Parlamento Europeo ensalzaba la copia privada como un «sistema virtuoso pendiente de modernización y armonización». La respuesta a esta disyuntiva tendrá un gran impacto sobre el conjunto de la industria cultural europea y sobre los nuevos modelos de negocio. La Comisión Europea debe analizar cuidadosamente la repercusión de los servicios de almacenamiento en la nube a fin de determinar si las copias obtenidas pueden ser copias privadas y bajo qué condiciones (en

¹⁰³ MARÍN LÓPEZ, J.J. *Óp. cit.*, p. 75.

¹⁰⁴ *Vid.*, a título de ejemplo la carta remitida en octubre de 2014 por los titulares de derechos (entidades de gestión y asociaciones de artistas) a la Comisión Europea en respuesta a la Comunicación *Liberar el potencial de la computación en la nube en Europa*: http://www.ifj.org/fileadmin/images/Authors_Rights/Authors_Rights_documents/Cloud_Computing_joint_creators_and_performers_submission_15102014.pdf.

el marco de una prestación de servicios, con finalidad comercial, en defecto de licencia, etc.).

La acción legislativa no tiene aún un rumbo definido. Corresponde al legislador europeo, tras las deliberaciones necesarias, dar una respuesta que salvaguarde un correcto equilibrio entre los intereses en liza, protegiendo la cultura europea —ésa que define nuestra identidad en el mundo— e impulsando en Europa un sector tan necesario y pujante como el de la tecnología. Entretanto, sólo nos queda encomendarnos a los designios del Tribunal de Justicia.