

## Portabilidad transfronteriza de contenidos digitales protegidos por derechos de autor en la Unión Europea

**José Juan Castelló Pastor**

Facultad de Derecho. Universitat de València.

**Abstract\***

*El actual bloqueo geográfico al acceso y al uso de contenidos en línea protegidos por derechos de autor (o derechos afines) cuando el usuario está temporalmente en un Estado miembro que no es el de su residencia, desde el 1 de abril de 2018, empieza a formar parte de la historia del proyecto de integración europeo.*

*El Reglamento (UE) 2017/1128 relativo a la portabilidad de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior resuelve parcialmente el problema de la portabilidad transfronteriza de contenidos digitales protegidos por derechos de propiedad intelectual; aunque la técnica jurídica utilizada en algunos de sus preceptos puede afectar al alcance y a la efectividad del propio Reglamento, así como al derecho del titular del contenido digital protegido, en la medida en que la utilización de la excepción obligatoria creada en la norma puede no superar la regla de los tres pasos.*

*The current geographical blockade to access and use of online content protected by copyright (or related rights) when the user is temporarily in a different Member State, from April 1, 2018, begins to be part of the history of the European integration project.*

*Regulation (EU) 2017/1128 on the portability of online content services in the internal market solves the problem of cross-border portability of digital content protected by copyright or related rights; although the legal technique used in some of its precepts may affect the scope and effectiveness of the Regulation itself, as well as the right of the owner of the protected digital content, to the extent that the use of the mandatory exception created in the standard may not exceed the rule of the three steps.*

*Title:* Cross-border portability of copyright digital contents in the European Union.

*Keywords:* digital content, Digital Single Market, intellectual property, copyright, related rights, cross-border portability, geoblocking, three step test, limitations and exceptions.

*Palabras clave:* contenido digital, mercado único digital, propiedad intelectual, derecho de autor, derechos afines, portabilidad transfronteriza, geobloqueo, regla de los tres pasos, límites y excepciones.

---

\* Este trabajo se inserta en el marco del Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de economía y Competitividad, con referencia DER2015-70091-P (“Régimen de transmisión de los bienes inmateriales”) del que es Investigador Principal el profesor José Ramón Salelles Climent, catedrático de Derecho mercantil (U. Pompeu Fabra).

### Sumario

1. Pasos hacia un mercado único digital conectado
2. Portabilidad de los servicios de contenidos en línea: desaparición del mensaje “contenido no disponible en su zona geográfica”
  - 2.1. Consideraciones generales del Reglamento (UE) 2017/1128
  - 2.2. Obligación de comprobar el Estado miembro de residencia del abonado: entre el deber y la conveniencia
  - 2.3. La *fictio iuris* del artículo 4 del Reglamento y la indeterminación de la expresión “encontrarse temporalmente en un Estado miembro”
3. Portabilidad transfronteriza como excepción obligatoria en el marco europeo del derecho de autor
  - 3.1. Portabilidad transfronteriza y la regla de los tres pasos: ardua conciliación
  - 3.2. El prestador del servicio: ¿responsable del alcance de la excepción?
4. Reflexión final
5. Tabla de jurisprudencia citada
6. Bibliografía

## 1. Pasos hacia un mercado único digital conectado

En la Europa sin fronteras terrestres y de las libertades fundamentales del mercado común, aún existen ciertas barreras intracomunitarias que impiden aseverar la presencia de un verdadero mercado único digital europeo. El Reglamento (UE) 2017/1128, de 14 de junio, relativo a la portabilidad de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior<sup>2</sup>, resuelve –en determinados supuestos– el problema de la portabilidad transfronteriza de contenidos digitales protegidos por derechos de autor (y derechos afines)<sup>3</sup>. Sin embargo, la técnica jurídica utilizada en algunos artículos puede afectar al alcance y a la efectividad del Reglamento, así como al derecho del titular del contenido digital protegido.

En efecto, el actual sistema normativo de derechos de propiedad intelectual permite al usuario suscrito a un contenido digital –protegido por este derecho, v. gr. música, juegos, películas o programas de entretenimiento, entre otros– disfrutar del servicio en su *Estado miembro de residencia*. Sin embargo, el mero desplazamiento a otro Estado miembro conlleva que el usuario no pueda acceder al contenido digital debido, en esencia, a la limitación territorial impuesta por el titular del derecho de autor al prestador de servicios de contenidos en línea (salvo que le haya cedido su derecho para más de un territorio)<sup>4</sup>. Para ello, el prestador del servicio se sirve de mecanismos de localización geográfica con el objetivo de impedir o bloquear el acceso transfronterizo a sus servicios y que sean utilizados fuera del territorio para el que goza de licencia, cumpliendo así con lo estipulado en el contrato de cesión de derecho(s) de explotación económica con el titular del derecho<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Diario Oficial de la Unión Europea L 168/1 de 30 de junio de 2017, publicándose el 28 de julio de 2017 (DO L 198, p. 42/42) una corrección de errores del mencionado Reglamento (UE) 2017/1128. Disponible en <http://data.europa.eu/eli/reg/2017/1128/oj> y <http://data.europa.eu/eli/reg/2017/1128/corrigendum/2017-07-28/oj> respectivamente. Por otro lado, véase la dirección <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/cross-border-portability-online-content-services> para informarse sobre posibles novedades relacionadas con la portabilidad transfronteriza.

<sup>3</sup> El presente trabajo analiza la portabilidad transfronteriza de contenidos en línea únicamente desde la perspectiva del derecho de autor; dejando de lado aquellos contenidos digitales protegidos por otros derechos (como los acontecimientos deportivos o los contenidos protegidos por el derecho de marcas, por citar algún ejemplo).

<sup>4</sup> Imagínese estos supuestos, dicho sea de paso, frecuentes en la actualidad: un seguidor de la liga española se abona a un canal de pago español para ver los partidos de su equipo favorito en la red, un cinéfilo se suscribe a HBO España o un melómano se suscribe a iTunes España. Todos ellos siguen disfrutando del contenido digital suscrito aunque cambien de ciudad o de comunidad autónoma. Lo cierto, sin embargo, es que no sucede lo mismo en caso de que cruce la frontera y pise el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea. Pese al pago del producto o al abono de la cuota mensual de suscripción, el usuario no podrá ver la liga española en Italia, ver las series en Francia o escuchar la música en Alemania. En todos estos casos lo único que verá en la pantalla de su dispositivo electrónico es el mismo mensaje informativo: “contenido no disponible en su zona geográfica”.

<sup>5</sup> Estos mecanismos de bloqueo geográfico, geo-bloqueo o geo-restricción; en inglés: *geoblocking*, son utilizados por las plataformas para evitar que los usuarios accedan, en determinados casos, al contenido en línea. Generalmente, en los contratos celebrados entre prestadores de servicios de contenidos en línea y titulares de derechos de autor se suelen incluir estas cláusulas de restricción territorial; del mismo modo que estas cláusulas se reflejan en los contratos entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y sus abonados.

Ahora bien, en caso de que el prestador del servicio no hiciera uso de estas técnicas, el consumidor podría acceder al contenido suscrito desde un dispositivo (teléfono móvil, tableta, ordenador, entre otros) en cualquier punto de la aldea global, menoscabando así el derecho exclusivo del titular de la obra protegida.

La territorialidad del derecho de autor, como se aprecia, dificulta la consecución del mercado único digital europeo en la medida en que fragmenta o segmenta el mercado interior en tantos títulos nacionales como Estados miembros<sup>6</sup>. Ello obstaculiza el uso simultáneo de una obra protegida en todos los Estados miembros, pero no lo imposibilita. Expresado en otros términos, el prestador de servicios de contenidos en línea puede adquirir las veintiocho licencias del titular de la obra protegida para cubrir el territorio europeo en su totalidad y ofrecerlo al consumidor como un valor añadido en su oferta. Si bien, desde un punto de vista práctico, no es tarea sencilla. Por ello mismo, un sistema que permita la concesión de licencias multi-territoriales y paneuropeas o un Código Europeo de Derechos de Autor facilitaría claramente el objetivo<sup>7</sup>.

Considerando lo anterior, unido al progresivo incremento en la movilidad de personas entre los países de la Unión Europea, al desarrollo de la tecnología, al aumento de plataformas de contenidos en línea y a la fidelización del consumidor a este tipo de bienes y servicios digitales, la Comisión Europea ha declarado el firme propósito de suprimir las barreras que dificultan la consecución del mercado único digital europeo<sup>8</sup>.

Se estima que el alcance del mercado único digital en términos de crecimiento anual adicional es de 250.000 millones de euros, y en términos de empleo es de cientos de miles de nuevos puestos de trabajo<sup>9</sup>. Bajo estos buenos augurios y con la estrategia iniciada a principios de esta década<sup>10</sup>, la

<sup>6</sup> Las fuentes primarias del derecho europeo reconocen la territorialidad como límite al principio de libre circulación de bienes y mercancías, a tenor del artículo 36 TFUE. En este mismo precepto se reconoce también que el derecho de autor está incluido en el concepto de "propiedad industrial y comercial" (véase, en este sentido, la SIJ de 20 de enero de 1981, *Musik-Vertrieb Membran c. GEMA*, asuntos acumulados C 55/80 y 57/80).

<sup>7</sup> Numerosos autores se pronuncian en este sentido, véanse, entre otros, HUGENHOLTZ (2013, págs. 71-73); GINSBURG (2011, págs. 265 y ss). Incluso la Comisión Europea así lo ha expresado. Véase, al respecto, *Un mercado único de los derechos de propiedad intelectual. Estimular la creatividad y la innovación para generar crecimiento económico, empleos de calidad y productos y servicios de excelencia en Europa*. Bruselas, 24 de mayo de 2011, COM (2011) 287 final, p. 14. Por su parte, sirva también como ejemplo la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (DOUE, L 84 de 20.3.2014, p. 72/98).

<sup>8</sup> JEAN-CLAUDE JUNCKER, por entonces Presidente electo, declaró en su alocución inaugural *Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático* (15 de julio de 2014) que una de las prioridades en su mandato sería "un mercado único digital conectado". Sobre esta prioridad, el 6 de mayo de 2015 se aprobó la Comunicación: *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, COM (2015) 192 final.

Ambos documentos están disponibles respectivamente en: [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech\\_es\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech_es_0.pdf) y <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=ES>

<sup>9</sup> Estas cifras son muy positivas, aunque conviene advertir que algunos informes apuntan incluso a números superiores, como el Informe de 21 de diciembre de 2015 sobre la iniciativa "Hacia un mercado único digital" (2015/2147(INI). Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0371+0+DOC+XML+V0//ES>.

<sup>10</sup> Muestra de ello es la puesta en marcha por la Comisión Europea de la *Estrategia Europa 2020*. Véase, al respecto, la *Agenda Digital para Europa* de 19 de mayo de 2010 COM (2010) 245 final; disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:es:PDF> y el informe *Un mercado único de los derechos de propiedad intelectual. Estimular la creatividad y la innovación para generar crecimiento económico, empleos de calidad y productos y servicios de excelencia en Europa* de 24 de mayo de 2011, COM (2011) 287 final.

Comisión presidida por Juncker desveló dos documentos básicos para alcanzar el objetivo, a saber: la *Comunicación* de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, de 6 de mayo de 2015<sup>11</sup>, y la *Comunicación* de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*, de 9 de diciembre de 2015<sup>12</sup>.

A raíz de estas Comunicaciones surge una ambiciosa batería de propuestas legislativas con el fin de abordar cuestiones sobre el bloqueo geográfico injustificado<sup>13</sup>, la paquetería transfronteriza<sup>14</sup>, los contratos de compraventa de bienes<sup>15</sup>, los contratos de suministro de contenidos digitales<sup>16</sup> o la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea<sup>17</sup>, por citar algunos ejemplos. Cabe apreciar, asimismo, el significativo papel del Parlamento Europeo en pos del objetivo, no solo con la resolución de 19 de enero de 2016, titulada “hacia un Mercado Único Digital<sup>18</sup>” en respuesta

<sup>11</sup> Véase, Bruselas, 6.5.2015, COM (2015) 192 final. En síntesis, la Estrategia para el mercado único digital consiste en mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios en línea; crear condiciones adecuadas y equitativas para el éxito de las redes digitales y los servicios innovadores; y aprovechar al máximo el potencial crecimiento de la economía digital. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2015:0192:FIN>

<sup>12</sup> Como apunta la Comunicación, es necesario conseguir un mayor nivel de armonización en la normativa de la UE sobre derechos de autor para abordar los aspectos relacionados con la territorialidad de los derechos de autor, y adaptar la normativa sobre derechos de autor a las nuevas realidades tecnológicas, a fin de que siga respondiendo a sus objetivos. Véase, Bruselas, 9.12.2015 COM (2015) 626 final; disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-626-ES-F1-1.PDF>

<sup>13</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las medidas contra el bloqueo geográfico y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad o del lugar de residencia o de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Bruselas, 25.5.2016 COM (2016) 289 final; disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0289&from=ES>.

<sup>14</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los servicios de paquetería transfronterizos. Bruselas, 25.5.2016 COM (2016) 285 final; disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-285-ES-F1-1.PDF>.

<sup>15</sup> Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Bruselas, 31.10.2017 COM (2017) 637 final 2015/0288 (COD); disponible en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-637-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

<sup>16</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales. Bruselas, 9.12.2015 COM (2015) 634 final, 2015/0287(COD). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015PC0634&from=ES>.

<sup>17</sup> Véase, supra, nota al pie 2.

<sup>18</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2016, sobre la iniciativa “Hacia un Acta del Mercado Único Digital” (2015/2147(INI)); disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance\\_pleniere/textes\\_adoptes/definitif/2016/01-19/0009/P8\\_TA\(2016\)0009\\_1\\_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2016/01-19/0009/P8_TA(2016)0009_1_ES.pdf)

a la *Estrategia para el Mercado Único Digital de Europeo* de la Comisión, sino también con distintos actos legislativos<sup>19</sup>.

De las iniciativas legislativas señaladas, el presente trabajo se centra únicamente en los aspectos más relevantes y controvertidos del Reglamento (UE) 2017/1128, de 14 de junio, relativo a la portabilidad de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, aplicable desde el uno de abril de 2018. Se trata de un meritorio esfuerzo del legislador europeo para facilitar o permitir a los consumidores que residan en un Estado miembro el acceso a los contenidos disponibles en su país de residencia a través de plataformas digitales cuando se encuentren en otro Estado miembro de forma temporal. No obstante lo indicado, y como se expone en el trabajo, la técnica jurídica utilizada es manifiestamente mejorable en la medida que el recurso a conceptos indeterminados puede colisionar con el actual sistema de límites a la propiedad intelectual. Además, algunos preceptos del Reglamento (UE) 2017/1128 abren la oportunidad a que usuarios y prestadores del servicio escapen del ámbito de aplicación de la norma, dados los términos en que está redactada, y perjudiquen el interés económico del titular del contenido digital protegido por derechos de autor<sup>20</sup>.

Sobre esta base, a continuación se aborda, por un lado, un conciso análisis de los aspectos más relevantes del Reglamento relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior (epígrafe II) y, por otro lado, la excepción obligatoria en el marco europeo del derecho de propiedad intelectual creada en esta nueva norma y su posible incidencia con la regla de los tres pasos (epígrafe III). Cierra este trabajo una reflexión sobre el Reglamento (UE) 2017/1128.

## ***2. Portabilidad de los servicios de contenidos en línea: desaparición del mensaje “contenido no disponible en su zona geográfica”***

### **2.1. Consideraciones generales del Reglamento (UE) 2017/1128**

El Reglamento (UE) 2017/1128 relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior<sup>21</sup> es una norma de reducida extensión, consta de 36 considerandos y de 11 artículos. Pero lo que poderosamente llama la atención es que el legislador, por primera vez en el marco de los derechos de autor de la Unión Europea, utiliza un Reglamento

---

<sup>19</sup> Como, por ejemplo, el fin de los recargos por itinerancia a las personas que se desplazan por la Unión Europea, que facilita también la consecución del Mercado Único Digital. Véase el Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión (Texto pertinente a efectos del EEE); publicado en el DOUE, núm. 310, de 26 de noviembre de 2015.

<sup>20</sup> En adelante, adviértase, en este trabajo se utiliza la expresión “titular del derecho protegido o del contenido digital” para englobar a los titulares de derechos de autor y de derechos afines.

<sup>21</sup> Véase supra nota al pie 2. Un análisis de esta norma, véase, SÁNCHEZ ARISTI (2017, *passim*), SYNODINIYOU (2016, págs. 6-33).

como fuente normativa<sup>22</sup>, cuando hasta ahora había optado por regular la materia haciendo uso de las Directivas. Este precedente, a mi modo de ver, es un síntoma más de la aspiración de la aplicación uniforme de los derechos de autor en la Unión Europea, acaso, en forma de Código de derechos de autor único (o “título único europeo” para los derechos de autor).

El Reglamento (UE) 2017/1128, en términos generales, permite que los consumidores accedan y utilicen los servicios de contenidos digitales en línea portables, lícitamente prestados en sus Estados miembros de residencia, cuando se encuentren temporalmente en otro Estado miembro. Esta portabilidad transfronteriza es posible, fundamentalmente, por los siguientes mecanismos creados en la norma; el primero, la ficción jurídica de localizar siempre el acto en el Estado miembro de residencia del consumidor, con independencia del Estado miembro en el que realmente se encuentre el consumidor de forma temporal; el segundo, la obligación impuesta al prestador del servicio de permitir el acceso y uso al contenido digital transfronterizo; el último, la prohibición de restringir la portabilidad transfronteriza, o bien por cláusulas contractuales (entre el prestador, el titular de la obra protegida y el usuario), o bien por la elección de una ley nacional de un tercer estado –que evada la aplicación del Reglamento-. Todos estos aspectos se analizan a continuación.

El artículo 1 del Reglamento (UE) 2017/1128 desempeña la doble función de delimitar el objeto y el ámbito de aplicación. En relación con el objeto, el Reglamento pretende “garantizar que los abonados a los servicios de contenidos en línea portables, prestados lícitamente en sus Estados miembros de residencia, puedan acceder a dichos servicios y utilizarlos cuando se encuentren temporalmente en otro Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia”<sup>23</sup>. Expresamente señala, al tiempo, que no se aplica en materia de fiscalidad.

Esta garantía se cumple al obligar al prestador del servicio a hacer posible la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea. En otras palabras, el prestador debe permitir al abonado -que se encuentre temporalmente en un Estado miembro distinto del de su residencia- el acceso al servicio de contenidos en línea y a utilizarlo como si estuviera en su Estado<sup>24</sup>. Se trata de una obligación de carácter imperativo, en la medida que ni puede ser excluida contractualmente por las partes -pues será inaplicable la disposición-, ni puede elegirse la ley nacional de un tercer

---

<sup>22</sup> Según el considerando 35, procede la adopción de un reglamento para garantizar “el grado de seguridad jurídica necesario para que los consumidores puedan gozar plenamente de la portabilidad transfronteriza en toda la Unión”. Poco después de su publicación, el legislador europeo ha utilizado de nuevo esta fuente normativa con el Reglamento (UE) 2017/1563 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2017 sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos (DO L 242 de 20.9.2017, p. 1/5); disponible en <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2017/1563/oj>.

<sup>23</sup> Véase el art. 1.1 (“Objeto y ámbito de aplicación”) del Reglamento (UE) 2017/1128.

<sup>24</sup> Véase el art. 3 (“Obligación de hacer posible la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea”) del Reglamento (UE) 2017/1128.



país para eludir -o evadir- la aplicación del Reglamento<sup>25</sup>. Además, la obligación tiene carácter retroactivo<sup>26</sup>.

La obligación impuesta a los prestadores de servicios podría constituir una infracción de derechos de propiedad intelectual, desde el momento que se permite al usuario el acceso y la utilización del contenido digital en una zona geográfica de la que -seguramente- se carece de la oportuna licencia del titular de la obra protegida, si no fuera por la ficción jurídica creada en el artículo 4<sup>27</sup>. Este mecanismo jurídico, en síntesis, consiste en simular el lugar de la prestación del servicio de contenidos en línea, el acceso al servicio y la utilización del mismo en el Estado miembro de la residencia del abonado, aunque éste se encuentre temporalmente en otro Estado miembro<sup>28</sup> -como se analiza en el apartado subsiguiente-.

No obstante lo anterior, llegados a este punto, es necesaria la lectura conjunta de estos preceptos con las definiciones incorporadas en el Reglamento para delimitar el objeto y el ámbito de aplicación de la portabilidad transfronteriza, aunque -adviértase- resulta en ocasiones insuficiente habida cuenta de la técnica jurídica empleada por el legislador.

A este respecto, el artículo 2 del Reglamento (UE) 2017/1128 da varias definiciones con el propósito de garantizar una aplicación uniforme de la norma en la Unión Europea. En primer lugar, señala que el abonado es el consumidor<sup>29</sup> que “en virtud de un contrato de prestación de un servicio de contenidos en línea celebrado con un prestador, ya sea a cambio de un pago en dinero o sin que medie dicho pago, tiene derecho a acceder a tal servicio y a utilizarlo en su Estado miembro de residencia”. Nótese, además, que ni la inscripción para recibir alertas sobre contenidos ni la mera aceptación de cookies HTML son, a efectos del Reglamento, contratos de prestación de servicios de contenidos en línea<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Véase el art. 7 (“Disposiciones contractuales”) del Reglamento (UE) 2017/1128. Como acertadamente señala DE MIGUEL ASENSIO (2017, en línea): “el Reglamento constituye una norma internacionalmente imperativa a los efectos del artículo 9.2 del Reglamento Roma I, aunque también podría alcanzarse un resultado similar sobre la base de que se trata una norma aplicable en virtud del criterio *lex loci protectionis* (art. 10.4 Cc y art. 8 RR II) en la medida en que se trate de contratos relativos a la transmisión de derechos de Estados miembros de la UE, al integrarse el Reglamento en sus respectivos ordenamientos”.

<sup>26</sup> Véase el art. 9 (“Aplicación a los contratos vigentes y derechos adquiridos”) del Reglamento (UE) 2017/1128.

<sup>27</sup> SHAPIRO (2016, págs. 86-87).

<sup>28</sup> Señala el Considerando 24 que “[...] los correspondientes actos de reproducción, comunicación al público y puesta a disposición de las obras y otras prestaciones protegidas, así como los actos de extracción o reutilización en relación con bases de datos protegidas por derechos sui generis, que se producen cuando se presta el servicio a un abonado que se encuentra temporalmente en un Estado miembro que no sea aquel en que reside, deben entenderse producidos en el Estado miembro de residencia del abonado. Debe considerarse, por lo tanto, que los prestadores de servicios de contenidos en línea a los que se aplica el presente Reglamento realizan tales actos al amparo de las respectivas licencias de los titulares de derechos afectados aplicables en el Estado miembro de residencia del abonado”.

<sup>29</sup> El Reglamento es claro al respecto: la portabilidad transfronteriza no se aplica a las personas físicas o jurídicas que actúen en el tráfico mercantil. El art. 2.2 Reglamento (UE) 2017/1128 define al consumidor como “toda persona física que, en contratos que entren en el ámbito del presente Reglamento, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.

<sup>30</sup> Véase el considerando 15 del Reglamento (UE) 2017/1128.

En segundo término, se desprende del concepto de “servicio de contenidos en línea” que el alcance de la norma no se ciñe exclusivamente a servicios audiovisuales (lineales o a la carta), sino que cubre –además– cualquier servicio que proporcione el acceso y el uso a obras, como serían sin carácter de exhaustividad, entre otras, juegos, películas, *e-books*, programas de entretenimiento o acontecimientos deportivos<sup>31</sup>.

Y se definen, en último lugar, dos nociones fundamentales en torno a las que gira la portabilidad transfronteriza, a saber: el concepto de “Estado miembro de residencia” y de “encontrarse temporalmente en un Estado miembro”. En relación con el primero, se trata del “Estado miembro, determinado sobre la base del artículo 5, en el que el abonado tiene su residencia efectiva y estable” y, con el segundo, de “la presencia de un abonado durante un período de tiempo limitado en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia”. Asimismo, se traslada al prestador del servicio la obligación de comprobar el Estado de residencia del abonado, con el consiguiente perjuicio que –a mi parecer– puede ocasionar esta obligación al prestador del servicio y, también, al titular del contenido digital, como se examina a continuación.

## **2.2. Obligación de comprobar el Estado miembro de residencia del abonado: entre el deber y la conveniencia**

El legislador, como se ha apuntado, traslada al prestador de servicio de contenidos en línea el deber de comprobar el Estado miembro de residencia del abonado. En efecto, se impone al prestador la carga de verificar el lugar de la residencia en el momento de celebrar o renovar el contrato de servicio de contenidos en línea a cambio de un pago en dinero, para permitir el acceso y la utilización de estos contenidos digitales cuando el consumidor se encuentre en otro Estado miembro<sup>32</sup>.

Para ello, el primer apartado del artículo 5 proporciona un listado con distintos mecanismos de comprobación del Estado miembro de residencia del abonado, como por ejemplo el documento nacional de identidad; los datos de pago – el número de la cuenta bancaria o de una tarjeta de

---

<sup>31</sup> El art. 2.5 del Reglamento (UE) 2017/1128 define “servicio de contenidos en línea” como un servicio, tal como se define en los artículos 56 y 57 del TFUE, que un prestador presta lícitamente a un abonado en el Estado miembro de residencia de este, según condiciones acordadas y en línea, que sea portable y que constituya: i) un servicio de comunicación audiovisual, tal como se define en el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 2010/13/UE, o ii) un servicio cuya característica principal es proporcionar el acceso a obras, otras prestaciones protegidas o transmisiones de organismos de radiodifusión, y su utilización, ya sea en forma lineal o a la carta”.

Como ilustra la nota de prensa de la Comisión Europea de fecha 7 de febrero de 2017: “[...] el Reglamento afecta a los servicios de contenidos en línea en los que resulta más pertinente la aplicación de las normas sobre derechos de autor. Puede tratarse de plataformas de vídeo a la carta (Netflix, HBO Go, Amazon Prime, Mubi, Chili TV), servicios de televisión en línea (Viasat's Viaplay, Sky's Now TV, Voyo), servicios de música en flujo continuo (Spotify, Deezer, Google Music) o mercados en línea de juegos (Steam, Origin)”. Nota disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-225\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-225_es.htm)

<sup>32</sup> Aunque no será necesario si el titular así lo permite, tal y como indica el apartado 4 del art. 5: “[...] podrán autorizar que el contenido se proporcione, se acceda a él y se utilice en virtud del presente Reglamento, sin la comprobación del Estado miembro de residencia [...]”. Una concesión que puede ser retirada previo aviso razonable al prestador.

crédito o débito-; el lugar de instalación de un adaptador multimedia, un descodificador o un dispositivo similar utilizado para el suministro de los servicios al abonado; entre otros<sup>33</sup>. Si el usuario no facilita esta información, el prestador denegará el acceso al servicio de contenidos en línea -o el uso transfronterizo- mediante las distintas técnicas para su bloqueo geográfico<sup>34</sup>.

De los medios de comprobación señalados, reza el precepto, bastará el empleo como máximo de dos de ellos para verificar (a efectos de la norma europea<sup>35</sup>) el esencial concepto de Estado miembro de residencia del abonado. Es evidente que si bien el amplio catálogo de medios y sobre todo el cumplimiento de un único medio fomenta la portabilidad transfronteriza, resulta indiscutible -también- que pueda facilitar el uso indebido del objeto de la norma y causar el consiguiente perjuicio al interés económico del titular del contenido digital protegido, principalmente por la facilidad de la determinación del Estado miembro de residencia del abonado<sup>36</sup>.

En este sentido, resulta muy ilustrativo el siguiente ejemplo para comprender en sus justos términos lo previamente afirmado: un ciudadano alemán está de vacaciones en su apartamento en la costa alicantina y contrata el servicio premium de una plataforma española de contenidos digitales para ver todas las series y películas de estreno. A efectos del Reglamento (UE) 2017/1128, el Estado miembro de su residencia es España (ya que -recuérdese- basta un único medio de verificación para ello: en nuestro caso, p. ej., el ciudadano alemán dispone de un número de cuenta corriente en una entidad bancaria local donde tiene domiciliado los gastos del inmueble). A su regreso, este sujeto alemán puede disfrutar -a un precio acaso menor que el de su propio país- del canal de series y películas, desde el momento en que está *temporalmente* en otro Estado miembro. Esta situación se aleja de la esencia del principio de territorialidad del derecho de autor<sup>37</sup> y

---

<sup>33</sup> Véase el art. 5.1 (“Comprobación del Estado miembro de residencia”) del Reglamento (UE) 2017/1128, en particular, el primer apartado. El objetivo de esta lista, como indica el considerando 26, “es proporcionar seguridad jurídica sobre los medios de comprobación que deben usar los prestadores, así como evitar las interferencias en la intimidad de los abonados”.

<sup>34</sup> *Ibidem*, apartado tercero.

<sup>35</sup> Es más, precisa el considerando 14 del Reglamento (UE) 2017/1128 que “[...] el Estado miembro de residencia comprobado es el único Estado miembro de residencia del abonado [...]”.

<sup>36</sup> Este perjuicio se debe, también, a la indeterminación del adverbio “temporalmente” tal y como se analiza en el apartado siguiente.

<sup>37</sup> Como es sabido, la territorialidad es un principio básico de protección del derecho de autor reconocido en el ámbito internacional (véase el art. 5 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas) y en el de la Unión Europea, como muestra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por ejemplo, en la sentencia de 14 de julio de 2005, *Lagardère Active Broadcast contra Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) y Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)*, asunto C-192/04, apartado 46, cuando precisa que “con carácter preliminar, debe señalarse que del tenor y de la estructura de la Directiva 92/100 resulta que ésta prevé una armonización mínima en materia de derechos afines al derecho de autor. Así, no pretende cuestionar, en particular, el principio de territorialidad de esos derechos, reconocido por el Derecho internacional y admitido igualmente por el Tratado CE. Por tanto, esos derechos tienen un carácter territorial y el Derecho interno únicamente puede, además, sancionar actos que tengan lugar en su territorio nacional”.

demuestra indudablemente la necesaria eliminación de cualquier fragmentación territorial en el marco europeo del derecho de autor<sup>38</sup>.

Ahora bien, conviene significar a este respecto que si el prestador del servicio tuviera “dudas razonables” sobre el Estado miembro de residencia del consumidor, puede comprobarlo de nuevo en cualquier momento durante la vigencia del contrato –por ejemplo- a través de la dirección del protocolo de internet (IP)<sup>39</sup>.

La nueva verificación del Estado miembro de residencia del consumidor, desde mi punto de vista, rara vez se va a producir porque, teniendo en cuenta que el interés económico del prestador gira en torno al mayor número de abonados posible, ello puede comportar el deber de bloquear el contenido contratado -y, en consecuencia, la probable pérdida del abonado- en caso de que resulte un Estado miembro de residencia diferente tras la consulta. Dicho lo cual, nada impide que se estipule en el marco del contrato celebrado entre el titular del contenido digital y el prestador del servicio la obligación periódica de averiguar la dirección del protocolo de internet del abonado, para atenuar el posible perjuicio al titular de la obra protegida<sup>40</sup>. Aunque la existencia de mecanismos para eludir el lugar desde el que se accede a la red<sup>41</sup>, indudablemente dificulta el resultado esperado de esta obligación.

Así, se puede afirmar que la presencia de intereses económicos opuestos entre el prestador del servicio y el titular del contenido digital protegido dificulta el equilibrio necesario para no perjudicar el propio alcance de la portabilidad transfronteriza de la norma y, por ende, el derecho del consumidor europeo. Un conflicto que se evidencia, si cabe, con la ficción jurídica prevista en el artículo 4 -analizada a continuación-.

---

<sup>38</sup> El ejemplo indicado, aunque va en detrimento del actual marco legislativo, se debe valorar en última instancia de forma positiva porque pone de relieve que se produzca la competencia entre todos los Estados miembros de la Unión. En este sentido, si en un Estado miembro se oferta el mismo servicio a un precio mayor, sus ciudadanos posiblemente lo contratarán en el Estado miembro cuyo precio sea inferior. Ello conducirá a una reducción de precios con el consiguiente beneficio para el consumidor europeo.

<sup>39</sup> Véase el art. 5.2 del Reglamento (UE) 2017/1128. En este sentido, y para no vulnerar la normativa sobre protección de datos, precisa el considerando 28 sobre estas comprobaciones de direcciones IP que: “[...] lo que importa no es el lugar concreto en que este se encuentre, sino más bien el Estado miembro en el que el abonado accede al servicio. En consecuencia, no deben recogerse ni tratarse con ese fin datos sobre la localización concreta ni cualquier otro dato personal del abonado [...]”. En consecuencia “[...] el único objetivo de dicha comprobación ha de ser determinar si un abonado accede al servicio de contenidos en línea o lo utiliza dentro o fuera de su Estado miembro de residencia. Por consiguiente, en tales casos, los datos resultantes de las comprobaciones de direcciones IP deben recogerse únicamente en formato binario y de conformidad con las normas sobre protección de datos aplicables. El prestador no debe ir más allá de ese nivel de detalle” ni, añade el considerando 30, almacenarlos “[...] durante más tiempo del necesario para llevar a cabo dicha comprobación. Una vez concluida la comprobación, dichos datos han de destruirse de forma inmediata e irreversible”.

<sup>40</sup> Si bien podría tratarse de una práctica contraria al Reglamento según la COMISIÓN EUROPEA (2018, págs. 5-7). Léase la Carta del Director General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnología, Sr. Roberto Viola, enviada el 1 de junio de 2018 a las autoridades nacionales competentes para la aplicación del Reglamento; disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/portability-regulation-letter-sent-competent-national-authorities>.

<sup>41</sup> Sírvase de ejemplo las populares redes VPN (*Virtual Private Network*) o las compañías que ofrecen gratuitamente –o a un reducido precio- este servicio, como [www.hola.org](http://www.hola.org) o [www.unblock-us.com](http://www.unblock-us.com).

### 2.3. La *fictio iuris* del artículo 4 del Reglamento y la indeterminación de la expresión “encontrarse temporalmente en un Estado miembro”

El Reglamento (UE) 2017/1128 crea una ficción jurídica en el marco de los derechos de autor que reside en garantizar al prestador del servicio de contenidos digitales y al consumidor que el derecho exclusivo del titular de la obra protegida no se ve vulnerado por permitirse el acceso y el uso del contenido en un Estado miembro del que, con toda seguridad, se carece de la oportuna licencia<sup>42</sup>. En otros términos, la disposición consiste precisamente en crear la ficción de que el acto -i.e. el acceso al contenido digital- ocurre en el Estado miembro de residencia del consumidor, y no en el lugar en el que físicamente se produce -que es el Estado miembro donde temporalmente está-. De este modo, no hay infracción del derecho exclusivo del titular de la obra protegida porque el consumidor -de forma ficticia- accede a este contenido en el Estado miembro de su residencia y no en el Estado en el que efectivamente se halla de forma temporal.

Este mecanismo legal descrito ha sido empleado con anterioridad en el marco del Derecho de autor europeo. En efecto, aunque se trata de un instrumento de carácter excepcional, esta técnica ya fue utilizada en la Directiva 93/83/CEE de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, para encontrar un supuesto similar<sup>43</sup>.

En la actualidad, y pese al marcado carácter excepcional, se impone una tendencia al uso de esta técnica como muestra el art. 2.1 de la Propuesta de Reglamento por el que se establecen las normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y determinados derechos afines a los derechos de autor aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión<sup>44</sup> o el art. 4.3 de la Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Así lo establece el considerado 24 del Reglamento (UE) 2017/1128: “[...] La prestación de un servicio de contenidos en línea por prestadores a abonados que se encuentran temporalmente en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia y el uso del servicio por tales abonados de conformidad con el presente Reglamento no deben constituir una infracción de los derechos de autor o derechos afines, ni de ningún otro derecho relativo a la prestación de servicios de contenidos en línea, al acceso a estos y a su utilización”.

<sup>43</sup> Véase el art. 1.2.b) establece que “la comunicación al público vía satélite se producirá únicamente en el Estado miembro en que, bajo el control y responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programa se introduzcan en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra”.

<sup>44</sup> Bruselas, 14.9.2016; COM (2016) 594 final; 2016/0284 (COD). Indica el artículo 2.1 (“Aplicación del principio del «país de origen» a los servicios accesorios en línea”) que “a efectos del ejercicio de los derechos de autor y derechos afines pertinentes, se considerará que los actos de comunicación al público y de puesta a disposición que se producen cuando se presta un servicio accesorio en línea por parte de un organismo de radiodifusión, o bajo su control y responsabilidad, así como los actos de reproducción que sean necesarios para la prestación, el acceso o la utilización del servicio accesorio en línea, se han producido únicamente en el Estado miembro en el que el organismo de radiodifusión tiene su establecimiento principal”.

<sup>45</sup> Bruselas, 14.9.2016; COM (2016) 593 final; 2016/0280 (COD). El artículo 4.3 (Utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas) indica que “se considerará que el uso de obras y otras prestaciones únicamente con fines ilustrativos de enseñanza a través de redes electrónicas seguras hecho en cumplimiento de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas en virtud del presente artículo únicamente tiene lugar en el Estado miembro en que está establecido el centro de enseñanza”; disponible en <https://eur->

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea también juega con esta ficción legal, tal y como indica el asunto *Svensson*: “[...] cuando el conjunto de los usuarios de otra página, a los que se han comunicado las obras de que se trata mediante un enlace sobre el que se puede pulsar, podía acceder directamente a esas obras en la página en la que éstas fueron comunicadas inicialmente, sin intervención del gestor de esa otra página, debe estimarse que los usuarios de la página gestionada por este último son destinatarios potenciales de la comunicación inicial y forman, por tanto, parte del público tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando éstos autorizaron la comunicación inicial”<sup>46</sup>.

Pues bien, precisamente en esta *factio iuris* reside -a mi juicio- el principal aspecto controvertido de la portabilidad transfronteriza del Reglamento, en la medida en que no se delimita con claridad el significado del adverbio temporal, ello ocasiona inseguridad jurídica. Así, resulta ciertamente llamativo que la expresión “encontrarse temporalmente en un Estado miembro” se defina en el Reglamento como “la presencia de un abonado durante un período de tiempo limitado en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia”<sup>47</sup> sin acotar -o al menos matizar- el número máximo de días<sup>48</sup>.

Tomando en consideración lo señalado, puede predecirse que un usuario -con residencia en nuestro país, a los efectos del Reglamento- encaja perfectamente en este periodo de “tiempo limitado”: cuando esté un día reunido en París, una semana de vacaciones en la costa amalfitana, tres meses de estancia en un centro europeo de investigación o, incluso, un curso completo de intercambio Erasmus en cualquier universidad europea<sup>49</sup>. También un jubilado belga que pase largas temporadas en la Costa del Sol. En todos estos supuestos, el usuario se desplaza con el contenido en línea adquirido legalmente por el interior de la Unión Europea y se le permite -a priori- la portabilidad transfronteriza; cumpliéndose la finalidad del Reglamento.

El origen de la falta de determinación del concepto puede deberse a la voluntad del legislador de no obstaculizar el alcance de la portabilidad transfronteriza, o bien de dejar en manos del prestador del servicio y del titular de la obra protegida esta decisión, o bien de facilitar al prestador del

---

[lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593](http://lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593). Esta propuesta de Directiva ha sido rechazada por el Parlamento Europeo en la sesión Plenaria de 5 de julio de 2018.

<sup>46</sup> STJUE de 13 de febrero de 2014, *Svensson y otros v. Retriever Sverige*, asunto C-466/12, párrafo 27.

<sup>47</sup> Art. 2.4 del Reglamento (UE) 2017/1128.

<sup>48</sup> Considera SÁNCHEZ ARISTI (2017, p. 67) que “quizás una forma de interpretar la limitación temporal del traslado sea ponerla en relación con el número de días al año que pueden provocar, con arreglo a la legislación del Estado miembro concernido, que el usuario haya pasado a establecer su residencia habitual en un Estado miembro diferente de aquél en el que contrató el servicio, por ejemplo a efectos fiscales”. Desde mi punto de vista, parecería razonable admitir cualquier término inferior a los tres meses, pues coincide con el periodo vacacional de la mayoría de los estudiantes europeos -que es el colectivo que realiza estancias más largas-, se ajusta -en términos generales- a cualquier viaje familiar o laboral y es menos probable que perjudique el interés económico del titular de la obra protegida -que un lapso de tiempo mayor-.

<sup>49</sup> En opinión de la COMISIÓN EUROPEA (2018, p. 3), la portabilidad transfronteriza no sólo se permite en los “*routine business trips or travel*”, sino también en el “*learning mobility*”.

servicio el cumplimiento de la obligación de comprobar -monitorizar- el lugar en el que temporalmente se encuentra el consumidor y que ello no suponga una excesiva carga -probablemente contraria al artículo 15 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico- al prestador del servicio<sup>50</sup>. Lo único cierto, sin embargo, es que “la inclusión de un período de tiempo específico fue expresamente rechazada en el curso del procedimiento legislativo”<sup>51</sup>.

Esta indeterminación comportará que supuestos de hecho similares se traten posiblemente de forma distinta, dificultando la aplicación uniforme de la norma<sup>52</sup>. Además, es probable que esta falta de precisión de los conceptos de “residencia” del consumidor y de “presencia temporal” en otro Estado miembro de la Unión ocasione un perjuicio al interés del titular de la obra protegida, en la medida que una aplicación excesiva de la norma probablemente no supere el test de la regla de los tres pasos -tal y como se analiza en el epígrafe siguiente-.

Con todo y con eso, es posible afirmar que una interpretación restrictiva -como podría ser el caso de limitar la duración de la estancia a un determinado número de días o semanas- puede conllevar que la portabilidad se aplique a un menor número de usuarios y menoscabar, por tanto, la finalidad del Reglamento<sup>53</sup>. En tanto que una interpretación flexible puede alterar la esencia europea del derecho de autor<sup>54</sup>. A la vista de ello, es de esperar el probable pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretando el alcance de la expresión “período de tiempo limitado” desde el momento en que -como se aprecia- puede perjudicar el interés -contrapuesto- de las partes.

En definitiva, la obligación impuesta al prestador para que el usuario disfrute del contenido digital contratado cuando temporalmente esté en un Estado miembro distinto del de su residencia es -en términos generales- muy acertada. Ello supone el fin del mensaje que aparecía en los dispositivos: “contenido no disponible en su zona geográfica”. Sin embargo, el legislador europeo debería dar un paso más con el fin de equiparar el contenido analógico al digital y eliminar así cualquier obstáculo europeo todavía existente al principio de libre circulación de bienes y servicios en el entorno digital.

---

<sup>50</sup> SYNODINIYOU (2016, p. 25).

<sup>51</sup> COMISIÓN EUROPEA (2018, p. 3).

<sup>52</sup> Y con ello se pierde el *quid* de la adopción de un Reglamento, a tenor del considerando 35.

<sup>53</sup> El documento sobre la Evaluación de Impacto que acompaña al documento Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se garantiza la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, de 9 de diciembre de 2015, SWD (2015) 270 final, págs. 24-25, señala que “[...] no concrete indication as to the length of such temporary presence would be provided in the intervention. [...] The definition needs to accommodate temporary presences of various length and for various purposes, such as leisure, travel, work and study”.

<sup>54</sup> MAZZIOTTI Y SIMONELLI (2016, en línea).

### ***3. Portabilidad transfronteriza como excepción obligatoria en el marco europeo del derecho de autor***

Como se ha avanzado, el Reglamento (UE) 2017/1128 introduce una excepción en el campo del derecho de autor de carácter obligatorio<sup>55</sup>, en la medida que ni puede ser excluida contractualmente por las partes, ni tampoco puede elegirse la ley nacional de un tercer país para eludir -o evadir- la aplicación del Reglamento. El prestador del servicio debe permitir el acceso al contenido digital suscrito cuando el usuario temporalmente esté en un Estado miembro distinto del de su residencia<sup>56</sup>, extendiéndose automáticamente el ámbito territorial del derecho exclusivo del titular de la obra protegida sin su autorización.

Este acceso transfronterizo al servicio de contenidos en línea únicamente se permite al colectivo de los consumidores (cuando sean personas físicas). Así, en principio parece razonable admitir la portabilidad transfronteriza como el ejercicio de un derecho legal del consumidor<sup>57</sup>, pero también -a mi juicio- calificar esta portabilidad como una excepción obligatoria en el marco europeo del Derecho de autor<sup>58</sup>.

Los límites<sup>59</sup> al derecho de propiedad intelectual, interesa recordar a este respecto, son tan importantes como los derechos exclusivos del titular de la obra protegida. En efecto, la función social de la propiedad (artículo 33 CE) delimita -también- la propiedad intelectual, de modo que

---

<sup>55</sup> La legislación de la Unión Europea solo prevé otras tres excepciones obligatorias en esta materia: una en el artículo 5.1 de la Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo de 2001 sobre derechos de autor, otra en el artículo 6 de la Directiva 2012/28/UE de 25 de octubre de 2012 sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas; y otra en el artículo 3 de la reciente Directiva (UE) 2017/1564 de 13 de septiembre de 2017 sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos. Sin embargo, todo apunta a que esta "aparente" excepcionalidad está tomando "carta de naturaleza" con la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital (véase la nota al pie 43).

<sup>56</sup> Esta obligación impuesta al prestador implica también que ni pueda exigir al usuario que se conecte desde su Estado Miembro de residencia a intervalos regulares (p. ej. de 30 días) ni determinar un límite superior a una cierta cantidad de días no consecutivos en un año (como p. ej. 30, 60 o 90 días) para bloquear el acceso al contenido -superados estos días-. Como recientemente ha señalado la COMISIÓN EUROPEA (2018, p. 3), son prácticas contrarias al Reglamento.

<sup>57</sup> Señala SYNODINIΟΥ (2016, p. 4) que "[...] *the privilege of portability has a hybrid nature. This has specific practical consequences. As a copyright exception, it has to be interpreted narrowly under the scope of the three-step test. As a lawful user's right, it has to be truly effective and fully guaranteed against opposing contractual clauses*". En caso de que la portabilidad transfronteriza se entienda como un derecho del consumidor y el titular de la obra protegida considere que el usuario se encuentra temporalmente "demasiado" tiempo en un Estado miembro distinto del de su residencia y ello perjudica sus derechos exclusivos, puede motivar su reclamación con base en el art. 7 CC. Este mismo argumento -que el abuso del derecho no es amparado por la Ley y que el derecho debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe- puede servir al prestador del servicio para bloquear el acceso al contenido digital en caso de que el desplazamiento del usuario sea -a su juicio- prolongado.

<sup>58</sup> En esta misma línea, véase, SYNODINIΟΥ (2016, págs. 14-15).

<sup>59</sup> Se suele utilizar indistintamente el término límites, limitaciones o excepciones, si bien la doctrina española mayoritariamente se decanta por el término "límites". Véase, entre otros, CASAS (2007, p. 48), BERCOVITZ (2011, p. 14), BERCOVITZ (2017, p. 102). Por parte de la doctrina europea, GEIGER (2010, págs. 520 y ss.) aboga también por este término. Igualmente, es de señalar que la legislación española utiliza el término "límites" y la normativa europea, en cambio, el de "excepciones y limitaciones".



el derecho exclusivo del titular de la obra protegida puede verse en ocasiones limitado por el interés público al uso y explotación de la obra por parte de un tercero. Además, cualquier límite a los derechos de autor está sujeto a la regla de los tres pasos (o *three step test*)<sup>60</sup>; un criterio hermenéutico que prevé que los límites a los derechos exclusivos de propiedad intelectual se apliquen únicamente en determinados casos especiales que no entren en conflicto con la explotación normal de una obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho<sup>61</sup>. El juez se sirve de este criterio para ponderar, caso por caso, el uso del límite al derecho de autor.

Partiendo de lo anterior, a mi juicio, esta excepción obligatoria (*rectius*, el uso de la misma por el usuario), en los términos en que está redactada, abre la posibilidad de que no se supere en multitud de ocasiones el test de las tres etapas, conforme se observa a continuación. Sin duda, la naturaleza técnica utilizada por el legislador en la redacción de alguno de los preceptos del Reglamento (UE) 2017/1128 es manifiestamente mejorable, en la medida que el recurso a conceptos indeterminados -como sería el criterio de “presencia temporal” en la mencionada ficción jurídica del artículo 4- permite el uso indebido de la propia norma por parte del usuario -con la aquiescencia del prestador del servicio-, perjudicándose el interés legítimo del titular de la obra protegida.

### 3.1. Portabilidad transfronteriza y la regla de los tres pasos: ardua conciliación

La regla de los tres pasos es una cláusula esencial en el ámbito de los límites a los derechos de propiedad intelectual, cuya finalidad es delimitar el alcance de los mismos. Incorporada por primera vez en el artículo 9.2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886 (con ocasión de su revisión en 1967), se ha ido recogiendo en distintos Tratados internacionales sobre propiedad intelectual, así como en la normativa europea sobre derechos de autor (art. 5.5 Directiva 2001/29) y en las legislaciones nacionales.

En síntesis, los pasos contemplados en la regla son: en primer lugar, que los límites deben preverse para determinados casos especiales; en segundo lugar, que estos límites no atenten contra la explotación normal de la obra; en tercer lugar, que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de la obra protegida. Pese a su claridad, uno de los retos más importantes que plantea la regla es el de su interpretación. A este respecto, algunos autores consideran que han de seguirse el orden de sus factores<sup>62</sup>, otros abogan por una interpretación más

---

<sup>60</sup> En el Derecho de la Unión Europea, la regla de los tres pasos se contempla -entre otras disposiciones- en el artículo 5.5 de la Directiva sobre derechos de autor. En la normativa internacional sobre propiedad intelectual, en el artículo 9.2 del Convenio de Berna, en el artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1994, en los artículos 10 y 16 del Tratado de la OMPI sobre derechos de autor en internet y en el artículo 13 del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales de 2012 y en el artículo 4 del Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso de 2013).

<sup>61</sup> Amén de lo analizado en los siguientes apartados, para un mayor estudio del sistema cerrado de límites europeo y la regla de los tres pasos, con referencias al sistema abierto de límites estadounidense o *fair use doctrine*, véase, CASTELLÓ PASTOR (2016, págs. 141-202).

<sup>62</sup> FICSOR (2002, p. 280), LUCAS Y CÁMARA ÁGUILA (2009, págs. 13-37), MASOUYE (1978, págs. 62-65).

liberal<sup>63</sup>. En cualquier caso, no hay una interpretación oficial en la que ampararse y, en el ámbito internacional del derecho de autor, el valor que pueda atribuirse a la interpretación de la regla de los tres pasos en la única resolución<sup>64</sup> –de corte internacional interpretando el artículo 13 ADPIC– dictada hasta el momento es insuficiente<sup>65</sup>.

En relación con el primero<sup>66</sup> de los pasos implica, por un lado, que únicamente son válidos aquellos límites previstos en la norma (o dicho de otro modo: este paso recoge el principio de legalidad); por otro lado, que los límites han de interpretarse restrictivamente<sup>67</sup>, de tal forma que – pese al sector doctrinal europeo que aboga por una interpretación más liberal de la norma<sup>68</sup>– no puede extenderse el ámbito de aplicación del límite a otros supuestos no abordados en la Ley. Y por cuanto se refiere al segundo<sup>69</sup> y tercero<sup>70</sup> de los pasos, éstos representan el correcto uso de los límites, en el sentido de que, aun cuando un límite al derecho de propiedad intelectual se prevea

---

<sup>63</sup> Como exponente de esta corriente, véase la Declaración “Por una interpretación equilibrada de la Regla de los tres pasos en el derecho de autor”, realizada por un grupo de expertos europeos. Disponible en: [https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung\\_aktuell/01\\_balanced/declaration\\_three\\_step\\_tes\\_t\\_final\\_spanish1.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/01_balanced/declaration_three_step_tes_t_final_spanish1.pdf)

<sup>64</sup> Con motivo de la controversia entre Estados Unidos de América y las Comunidades Europeas ante el Tribunal de Arbitraje de la Organización Mundial del Comercio. El asunto WT/DS160/R y su tramitación en castellano está disponible en [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds160\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds160_s.htm)). Igualmente, véase, GINSBURG (2001, p. 2-65)

<sup>65</sup> GEIGER, GERVAIS y SENFLEBEN (2013, p. 14). Además, algunos autores critican el informe porque los pasos son interpretados exclusivamente desde un punto de vista económico y cuantitativo, olvidándose de la perspectiva social y cualitativa; véase, GINSBURG (2001, p. 23), RICKESON Y GINSBURG (2006, sección 13.21), SENFLEBEN (2004, p. 140).

<sup>66</sup> Según el informe de 15 de junio de 2000, el grupo especial de la OMC designado para la resolución de la controversia entre Estados Unidos de América y las Comunidades Europeas (WT/DS160/R), señala el párrafo 6112 que “la primera condición del artículo 13 es que las limitaciones o excepciones prescritas en la legislación nacional estén claramente definidas y sean de aplicación y alcance estrictos”.

<sup>67</sup> Véase, entre otros, BERCOVITZ (2011, p. 28), ERDOZAIN (2002, p. 137), GARROTE (2013, p. 751 y p. 770).

<sup>68</sup> Entre otros, véase, CASTELLÓ PASTOR (2012, p. 326), Id. (2016, págs. 202-218), DREIER (2010, p. 52), GEIGER, GRIFFITHS Y HILTY (2008, págs. 489-496), HUGENHOLTZ Y SENFLEBEN (2012, págs. 28-29). Véase, también, la Declaración auspiciada por un grupo de académicos del *Max Planck Institut* para la Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia y Derecho Tributario de Múnich y de *Queen Mary College* de la Universidad de Londres (supra, nota al pie 63).

<sup>69</sup> El citado informe de 15 de junio de 2000 señala (párrafo 6183) que “una excepción o limitación de un derecho exclusivo en la legislación nacional llega a atentar contra una explotación normal de la obra (es decir, el derecho de autor o más bien todo el conjunto de derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor), si las utilidades, que en principio están comprendidas en ese derecho pero se hallan exentas en virtud de la excepción o a la limitación, entran en competencia económica con las formas en que los titulares de derechos consiguen normalmente un valor económico de su derecho de la obra (es decir, el derecho de autor) y por lo tanto los priva de percibir utilidades comerciales importantes o apreciables”.

<sup>70</sup> Una forma de analizar los intereses legítimos, a tenor del informe de 15 de junio de 2000, “es el valor económico de los derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor a sus titulares” (párrafo 6227), y añade (párrafo 6229) que “a nuestro parecer, el perjuicio de los intereses legítimos de los titulares de derechos llega a un nivel injustificado si una excepción o limitación causa o puede causar una pérdida de ingresos injustificada al titular del derecho de autor”.

en la Ley, el ejercicio del límite no implica automáticamente su amparo legal<sup>71</sup>. Ambos pasos sirven de tamiz para evitar, en consecuencia, el ejercicio abusivo de cualquier límite previsto en la Ley.

En este sentido y como se ha avanzado, el amplio margen concedido a los prestadores de servicios para verificar la residencia del consumidor suscrito al contenido digital, unido a la indeterminación del número de días por lo que se entiende la presencia temporal del consumidor en otro Estado miembro, puede conllevar fácilmente el ejercicio abusivo de la excepción obligatoria al derecho de propiedad intelectual creada en el Reglamento (UE) 2017/1128 por el usuario. Por ello, si finalmente el juez entendiera que el uso de la excepción no supera el triple test, la responsabilidad de la infracción podría -con toda probabilidad- recaer en el prestador del servicio, pues tiene la ardua función de determinar el alcance de la excepción.

### 3.2. El prestador del servicio: ¿responsable del alcance de la excepción?

En efecto, la naturaleza técnica utilizada en el Reglamento (UE) 2017/1128 por el legislador traslada al prestador del servicio del contenido digital la espinosa cuestión de decidir en qué momento bloquea el acceso al contenido digital de su abonado cuando se encuentre temporalmente en un Estado miembro distinto del de su residencia.

Se trata de una complicada tarea, desde mi punto de vista, porque si el prestador bloquea el acceso al contenido digital del abonado -al entender que los días transcurridos temporalmente en otro Estado miembro son excesivos-, puede vulnerar los derechos contractuales y libertades constitucionales del abonado si *a posteriori* se determina judicialmente lo contrario. En cambio, si el prestador del servicio permite el acceso al contenido digital por un tiempo superior al que pueda considerarse compatible con la “explotación normal de la obra” (o pueda perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho de propiedad intelectual), se sitúa -con toda probabilidad- en la esfera de la responsabilidad por la infracción del derecho exclusivo del titular de la obra protegida, en caso de que no supere el test de las tres etapas.

Una situación similar es la que se enfrentan el prestador de servicios de alojamiento -o almacenamiento de datos- y el prestador de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda cuando se les notifica la presencia de un contenido ilícito (o que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización) y deben actuar con diligencia (para retirar los datos o hacer imposible su acceso) si no desean perder su inmunidad como intermediarios<sup>72</sup>.

La forma de evitar esta compleja decisión y, por supuesto, la eventual responsabilidad del prestador del servicio podría venir de la mano de la estipulación contractual del número máximo

---

<sup>71</sup> En efecto, el uso de una obra protegida ejercido sobre la base de algún límite previsto en la norma, no significa que automáticamente resulte impune, sino que debe -en todo caso- asegurarse que no se perjudica al titular de la obra protegida ni tampoco a la explotación normal de la obra; véase, CASAS VALLÈS (2007, págs. 670-707), CASTELLÓ PASTOR (2017, p. 719), RODRÍGUEZ TAPIA (2009, p. 388).

<sup>72</sup> En efecto, en ocasiones el intermediario ha eliminado el contenido “ilícito” notificado y los tribunales han considerado posteriormente que no constituía tal ilicitud, y viceversa. Sobre este aspecto, véase, CASTELLÓ PASTOR (2017, págs. 287-290).

de días permitidos en los que puede accederse al contenido digital cuando el usuario se halle en un Estado miembro distinto del de su residencia. Garantizaría al consumidor conocer de antemano la información cuando contrata el producto y, sobre todo, al prestador del servicio imposibilitar el acceso del abonado al contenido contratado en caso de que supere los días fijados sin temor a una posible reclamación. Sin embargo, se trata de una disposición contractual contraria al Reglamento, a tenor del inciso final del artículo 7.1.

En definitiva, a la vista de que lo expuesto, no resulta difícil de aventurar que sean los tribunales los que ponderen en cada caso si el acceso transfronterizo del contenido digital protegido por derechos de autor es el adecuado.

#### *4. Reflexión final*

El legislador europeo efectúa un loable esfuerzo encaminado a la eliminación de cualquier obstáculo en el mercado único digital conectado, si bien considero que debería dar un paso más con el objeto de equiparar el mercado digital al analógico a la vista de las desigualdades todavía presentes. En este sentido, y pese a la fuerte oposición de las industrias culturales, se debería facilitar la concesión de licencias multi-territoriales y paneuropeas de todo contenido digital protegido por la propiedad intelectual creando el instrumento legal necesario (y no sólo para obras musicales, como ya existe), o incluso adoptarse un Código Europeo de Derechos de Autor -que evite la fragmentación nacional de los derechos de autor-.

Asimismo, dados los términos en que está redactado el Reglamento, sería oportuno que proveedores de contenidos digitales, industrias culturales, entidades de gestión, titulares de las obras protegidas y organizaciones de consumidores, entre otros, auspiciaran un código de buenas prácticas con el objeto de facilitar la aplicación y el alcance del Reglamento (UE) 2017/1128.

La indeterminación de algunos de sus preceptos y el concurso de intereses contrapuestos de estos sujetos puede conllevar más de una contienda judicial en relación con los derechos de propiedad intelectual. Es por ello que, pese al expreso rechazo de la Comisión Europea durante la tramitación legislativa de esta norma, considero pertinente que se recomiende el número de días máximo permitido de acceso al contenido digital cuando el consumidor se halle en un Estado miembro distinto del de su residencia, porque indudablemente proporcionaría mayor seguridad jurídica tanto al prestador del servicio como al usuario del servicio contratado.

*5. Tabla de jurisprudencia citada*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STJ, 20.1.1981	C-55/80 y 57/80	Koopmans	<i>Musik-Vertrieb membrane, GmbH and K-tel International v GEMA</i>
OMC, 15.06.2000	WT/DS160/R	Sra. Carmen Luz Guarda	<i>Comunidades Europeas v. Estados Unidos de América</i>
STJ, 3ª, 14.7.2005	C-192/04	Malenovsky	<i>Lagardère Active Broadcast contra Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) y Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)</i>
STJ, 4ª, 13.2.2014	C-466/12	Malenovsky	<i>Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd y Retriever Sverige AB</i>

## 6. Bibliografía

Germán BERCOVITZ ÁLVAREZ (2017), “Los derechos de explotación”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, 7ª ed., Tirant Lo Blanch, p. 102.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2011), “Las limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual y equilibrio entre los intereses enfrentados en el derecho español”, *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, nº extra 1, p. 14.

Ramón CASAS VALLÈS (2007), “Los límites al Derecho de autor”, *Revista Iberoamericana del Derecho de Autor*, nº 1, enero-junio, p. 48.

Ramón CASAS VALLÈS (2007), “Artículo 40 bis. Disposición común a todas las disposiciones del presente capítulo”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a La Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 670-707.

José Juan CASTELLÓ PASTOR (2012), “¿Hacia “un nuevo” límite a los derechos de explotación de las creaciones intelectuales a raíz del asunto Google España? (A propósito de la STS de 3 de abril de 2012 [Civil] [RJ 2012, 5272])”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 286, p. 326.

José Juan CASTELLÓ PASTOR (2016), *Motores de búsqueda y derechos de autor: infracción y responsabilidad*, Aranzadi.

José Juan CASTELLÓ PASTOR (2017), “Artículo 40 bis. Disposición común a todas las disposiciones del presente capítulo”, en Felipe PALAU RAMÍREZ y Guillermo PALAO MORENO (coords.), *Comentarios a La Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 719.

José Juan CASTELLÓ PASTOR (2017), “Detección y retirada de contenidos que vulneren derechos de autor en la red: necesidad de un código de buenas prácticas”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, nº 37, págs. 279-300.

COMISIÓN EUROPEA (2010), *Una Agenda Digital para Europa*, COM (2010) 245 final. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:es:PDF>

COMISIÓN EUROPEA (2011), *Un mercado único de los derechos de propiedad intelectual. Estimular la creatividad y la innovación para generar crecimiento económico, empleos de calidad y productos y servicios de excelencia en Europa*. COM (2011) 287 final. Disponible en: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/ipr\\_strategy/COM\\_2011\\_287\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/ipr_strategy/COM_2011_287_en.pdf)

COMISIÓN EUROPEA (2014), *Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, equidad y cambio democrático*. Disponible en [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech\\_es\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech_es_0.pdf)

COMISIÓN EUROPEA (2015), *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, COM (2015) 192 final. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=ES>

COMISIÓN EUROPEA (2015), *Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*, COM (2015) 626 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0626&from=EN>

COMISIÓN EUROPEA (2018), Roberto VIOLA, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnología, *Letter to the attention of the competent national authorities on the application of Regulation (EU) 2017/1128*. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/portability-regulation-letter-sent-competent-national-authorities>

Pedro DE MIGUEL ASENSIO (2017), *“El Reglamento sobre la portabilidad transfronteriza de contenidos en línea y la evolución de los derechos de autor en la UE”*, entrada de blog: [http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2017/08/el-reglamento-sobre-la-portabilidad\\_28.html](http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2017/08/el-reglamento-sobre-la-portabilidad_28.html)

Thomas DREIER (2010), *“Limitations: The Centerpiece of Copyright in Distress-An Introduction”*, *JIPITEC*, nº 1, p. 52.

José Carlos ERDOZAÍN LÓPEZ (2002), *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Tecnos, Madrid.

Mihaly J. FICSOR (2002), *The Law of Copyright and The Internet*, University Press, Oxford.

Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2013), *“Artículo 9”*, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, Tecnos, Madrid.

Christophe GEIGER, *“Promoting Creativity through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law”*, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, vol. 12, nº 3, 2010, p. 520 y ss.

Christophe GEIGER, Jonathan GRIFFITHS y Reto M. HILTY (2008), *“Towards a balanced interpretation of the “three-step test” in copyright law”*, *European Intellectual Property Review*, págs. 489-496.

Christophe GEIGER, Daniel GERVAIS y Martin SENFTLEBEN (2013), "The Three-Step Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law", PIJIP, Research Paper n° 4, p. 44.

Jane GINSBURG (2001), "¿Hacia un derecho de autor supranacional?: la decisión del grupo especial de la OMC y las tres condiciones acumulativas que deben cumplir las excepciones al derecho de autor", *RIDA*, n° 187, págs. 2-65.

Jane GINSBURG (2011), "European Copyright Code - Back to First Principles", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, vol. 58, p. 265 y ss.

P. Bernt HUGENHOLTZ y Martin SENFTLEBEN (2012), "Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities", *Amsterdam Law School Research Paper*, n° 39, págs. 28-29.

P. Bernt HUGENHOLTZ (2013), "Is harmonization a good thing? The case of the Copyright Acquis", en Ohly ANSGAR y Justine PILA, *The Europeanization of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, págs. 71-73.

André LUCAS y Pilar CÁMARA ÁGUILA (2009), "Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos, o por qué hay que evitar la imprecisión: estudio sobre la declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en derecho de autor", *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n° 33, págs. 13-37.

Claude MASOUYE (1978), *Guía del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas* (Acta de París, 1971), OMPI, Ginebra. Disponible en: [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo\\_pub\\_615.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf)

Giuseppe MAZZIOTTI y Felice SIMONELLI (2016), "Regulation on 'cross-border portability' of online content services: Roaming for Netflix or the end of copyright territoriality?", CEPS. Disponible en: <https://www.ceps.eu/publications/regulation-'cross-border-portability'-online-content-services-roaming-netflix-or-end>

PARLAMENTO EUROPEO (2016), Hacia un Acta del Mercado Único Digital (2015/2147(INI)); disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance\\_pleniere/textes\\_adoptes/definitif/2016/01-19/0009/P8\\_TA\(2016\)0009\\_1\\_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2016/01-19/0009/P8_TA(2016)0009_1_ES.pdf)

Sam RICKESON Y Jane GINSBURG (2006), *International Copyright and Neighbouring Right-The Berne Convention and Beyond*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford.

José Miguel RODRÍGUEZ TAPIA (2009), "Artículo 40 bis. Disposición común a todas las disposiciones del presente capítulo", en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA (coord.), *Comentarios a La Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas-Thomson-Reuters, Navarra, p. 388.



Rafael SÁNCHEZ ARISTI (2017), "El Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior", *Revista de Propiedad Intelectual (pe. i.)*, nº 56, págs. 45-83.

Martin SENFTLEBEN (2004), *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: an Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International.

Ted SHAPIRO (2016), "The proposed Regulation on portability - don't leave home without it", *Entertainment Law Review*, vol. 27, págs. 86-87.

Tatiana Eleni SYNODINIOU (2016), "EU Portability Regulation: In-depth Analysis of the Proposal", Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament; disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571369/IPOL\\_IDA\(2016\)571369\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571369/IPOL_IDA(2016)571369_EN.pdf)