

## **I. ESTUDIOS**



# ENLACES DE PRENSA (*PRESS LINKING*): ENTRE LA FLEXIBILIZACIÓN Y LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN LA ERA DIGITAL

Por Fernando CARBAJO CASCÓN\*  
Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad de Salamanca

*Fecha de recepción: 17.10.2014*  
*Fecha de aceptación: 17.11.2014*

## RESUMEN:

El establecimiento de enlaces por parte de motores de búsqueda y agregadores de información a contenidos de prensa o de información en general, acompañados de fragmentos de texto e imágenes en miniatura tomados de los contenidos enlazados, se ha convertido en una práctica habitual en el estadio actual de desarrollo de la sociedad de la información que conocemos como Web 2.0. Sin embargo, los beneficios que pueden proporcionar este tipo de prácticas para el desarrollo tecnológico y la libertad de información choca contra los intereses de los grandes grupos mediáticos de prensa, quienes denuncian un uso parasitario de sus contenidos por parte de buscadores y agregadores sin recibir a cambio remuneración o compensación alguna. El conflicto ha encontrado diferentes respuestas en la Jurisprudencia europea, aunque predomina una línea de flexibilización del alcance del derecho de autor para facilitar el desarrollo de prácticas que se consideran beneficiosas para la innovación, el desarrollo y la libertad de información, y que se inspira en interpretaciones flexibles o inversas de la prueba de los tres pasos, en brocardos clásicos como el “*ius usus inocui*” o el “*volenti non fit iniuria*” y, sobre todo, en el concepto del consentimiento tácito o de la licencia implícita. En el debate judicial ha adquirido un especial protagonismo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 en el caso “Svensson”, confirmada por el Auto de 21 de octubre de 2014 en el caso “Bestwater”, donde

---

\* El autor es Investigador Principal del Proyecto i+d+i: “*Propiedad Intelectual y Universidades: uso de contenidos con fines educativos y científicos; protección, explotación y transferencia de resultados*”. Financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad para los años 2014-2016 (DER2013-44872-R). Investigador del Proyecto i+d+i: “*Protección y Titularidad de los Resultados de la Investigación y Transferencia y Difusión del Conocimiento en las Universidades de Castilla y León*”, financiado por la Junta de Castilla y León (SA266U13), años 2013-2016.

el Tribunal declara que no existe infracción del derecho de comunicación al público cuando se establecen enlaces de cualquier tipo a contenidos incluidos en un sitio de Internet con la autorización de los titulares de derechos y sin ningún tipo de restricciones de acceso, tras la cual se vislumbra el recurso a la licencia implícita a pesar de que el debate se centre en el concepto de público nuevo. No parece, sin embargo, que esta doctrina pueda extenderse al uso accesorio de fragmentos de texto e imágenes en miniatura junto a los enlaces, por lo que, en principio, quedaría espacio para una regulación del uso de contenidos de prensa en Internet como la que se ha concretado en Alemania en el año 2013, en forma de un nuevo derecho conexo, y en España por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, mediante un complejo régimen jurídico mixto que entremezcla una excepción para el uso de palabras aisladas por los motores de búsqueda, una limitación para el uso de fragmentos no significativos de texto por los agregadores de información y un derecho exclusivo para el uso de imágenes en general. Estas regulaciones de nuevo cuño distan de ser eficientes y parece que pueden crear nuevos problemas que ponen en riesgo servicios de valor añadido claves para la sociedad de la información, sin aportar tampoco ventajas relevantes a los editores y responsables de contenidos de prensa, información o entretenimiento.

**PALABRAS CLAVE:** Enlaces de prensa, fragmentos de texto, imágenes en miniatura, motores de búsqueda, agregadores de información, flexibilización del derecho de autor, comunicación pública mediante enlaces, licencia implícita, regulación.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA UTILIZACIÓN DE CONTENIDOS DE PRENSA EN MOTORES DE BÚSQUEDA Y SERVICIOS DE AGREGACIÓN DE NOTICIAS: ENLACES, FRAGMENTOS DE TEXTO E IMÁGENES. 1. ALMACENAMIENTO DE SITIOS WEB Y SUS CONTENIDOS EN MEMORIA CACHÉ. 2. GENERACIÓN Y PUESTA A DISPOSICIÓN DE ENLACES A SITIOS EN LÍNEA DE TERCEROS. 1. *Libertad de enlazar condicionada a la falta de uso de medidas restrictivas de acceso a la información en línea: La Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 13 de febrero de 2014 (“Svensson”).* 2. *Justificación jurídico-material de la actividad de enlazar en el caso “Svensson”: los conceptos de consentimiento tácito y de licencia implícita.* 3. *Sobre la responsabilidad de motores de búsqueda y agregadores de información por enlazar a contenidos no autorizados por el titular de derechos.* 3. USO DE TITULARES DE PRENSA, FRAGMENTOS DE TEXTO E IMÁGENES EN MINIATURA DE LOS CONTENIDOS DE PRENSA ENLAZADOS CON CARÁCTER COMPLEMENTARIO O ACCESORIO DE LOS ENLACES A SITIOS EN LÍNEA DE TERCEROS.

1. Motores de búsqueda. 2. Agregadores de noticias. III. LA NUEVA REGULACIÓN DEL USO DE CONTENIDOS DE PRENSA EN INTERNET. 1. EL MODELO ALEMÁN: UN DERECHO EXCLUSIVO PARA LOS EDITORES DE PRENSA (“LEISTUNGSSCHUTZRECHT DES PRESSEVERLEGER”). 2. EL MODELO ESPAÑOL: UN SISTEMA MIXTO DE EXCEPCIÓN, LIMITACIÓN Y DERECHO EXCLUSIVO. 1. *La excepción en el uso de palabras aisladas por parte de motores de búsqueda.* 2. *La limitación a favor de servicios de agregación de contenidos. La compensación equitativa conocida como “Tasa Google” o “Canon AEDE”.* 3. *El derecho exclusivo sobre los actos de puesta a disposición del público de imágenes “en cualquier caso”.* 3. CONSIDERACIONES FINALES.

**TITLE:** PRESS LINKING: BETWEEN FLEXIBILITY AND REGULATION OF THE COPYRIGHT IN THE DIGITAL AGE.

**ABSTRACT:** Establishing links by search engines and aggregators of information to news or information contained generally, accompanied by snippets and thumbnails taken from the linked content, has become common practice at this stage development of information society known as Web 2.0. However, the benefits that can provide this type of practice in technology development and freedom of information collides with the interests of large media groups press, who denounce a parasitic use of your content by search engines and aggregators without receiving change remuneration or compensation. The conflict has found different responses in the European Courts, but predominantly a line of flexible scope of copyright to facilitate the development of practices that are considered beneficial for innovation, development and freedom of information, which is based on interpretations flexible or inverse of the three-step test, in classics like “ius usus inocui” or “Volenti non fit injuria” and, above all, the concept of implied consent or implied license. In the legal debate has taken on a special role the judgment of the European Court of Justice on 13 February 2014 in the “Svensson”, confirmed by the Order of October 21, 2014 in the “BestWater”, where the Court held that no infringement of the right of communication to the public when any links to the content included in a website with the permission of rights holders without any access restrictions are set, after which envisions the use of implied license although the discussion focuses on the concept of new public. It seems, however, that this doctrine can't be extended to the accessory use of snippets and thumbnails with links, so that, in principle, would be room for a regulation of the use of news content on the Internet, as it has resulted in Germany in 2013, as a new neighboring right, and in Spain by

Law 21/2014 of 4 November, through a complex mixed legal regime that mixes an exception for the use of isolated words for search engines, a limitation to the use of no significant pieces of text for aggregators and an exclusive right to the use of images in general. These newly minted regulations are far from efficient and seems to be creating new problems that threaten key value-added services for the information society without also providing significant benefits to content publishers and responsible press, information or entertainment in general.

**KEY WORDS:** Press linking, snippets, thumbnails, search engines, aggregators of information, flexibility of Copyright, communication to the public via links, implied license, regulation.

**CONTENTS:** I. INTRODUCTION. II. USE OF PRESS CONTENTS IN SEARCH ENGINES AND NEWS AGGREGATION SERVICES: LINKS, TEXT SNIPPETS AND IMAGES: 1. STORING WEBSITES AND THEIR CONTENT IN CACHE. 2. GENERATION AND PROVISION OF LINKS TO THIRD PARTY WEB SITES. 1. *Freedom of linking conditional on the non-use of measures restricting access to information online: The judgment of the ECJ (Fourth Chamber) of 13 February 2014 (“Svensson”).* 2. *Material legal justification activity linked to the case “Svensson”: the concepts of tacit consent and implied license.* 3. *On the liability of search engines and aggregators of information by linking to content not authorized by the rightholder.* 3. USING HEADLINES, TEXT SNIPPETS AND THUMBNAILS IMAGES OF THE PRESS CONTENTS OF THE PRESS LINKED TO COMPLEMENTARY OR ACCESSORY LINKS TO THIRD PARTY WEB SITES. 1. *Search engines.* 2. *News Aggregators.* III. THE NEW REGULATION OF THE USE OF INTERNET CONTENT PRESS: 1. THE GERMAN MODEL: AN EXCLUSIVE RIGHT TO NEWSPAPER PUBLISHERS (“*LEISTUNGSSCHUTZRECHT DES PRESSEVERLEGERERS*”). 2. THE SPANISH MODEL: A MIXED SYSTEM OF EXCEPTION, LIMITATION AND EXCLUSIVE RIGHT. 1. *The exception in the use of isolated words by search engines.* 2. *The limitation for content aggregation services. The fair compensation known as “Google tax” or “Canon AEDE”.* 3. *The exclusive right to the acts of making available to the public image “in any case”.* 3. FINAL THOUGHTS.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda la problemática relacionada con la utilización de hipervínculos a contenidos de prensa “online”, o de sitios web de información o entretenimiento en general, sin la autorización de los titulares de derechos de autor sobre tales contenidos; fundamentalmente por los programas o motores de

búsqueda (“*search engines*”), que generan automáticamente enlaces en respuesta a los parámetros introducidos por el usuario del programa, y por los servicios de agregación de noticias (“*news aggregation*”), que ofrecen a los usuarios listados de enlaces organizados sistemáticamente a modo de panorama de noticias de actualidad. En particular, analizaré el problema de los enlaces de prensa desde la perspectiva técnico-jurídica del alcance de los derechos de reproducción y de comunicación pública interactiva a la luz de la más reciente jurisprudencia de algunos tribunales nacionales y del TJUE en materia de actos de comunicación en Internet por medio de enlaces (“*Svensson*”); y también desde la perspectiva de la conveniencia y oportunidad de las nuevas regulaciones favorables a los intereses de algunos editores de prensa, sea en forma de derecho exclusivo o sea en forma de derecho de remuneración o compensación equitativa (el canon para agregadores de información, que se ha dado a conocer en España como Tasa Google o Canon AEDE).

Los contenidos de prensa o de noticias en general son objeto tradicional de protección por el derecho de autor. El art. 2.8 del Convenio de Berna dispone que la protección de la Convención no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa; especificación para la prensa del principio básico del derecho de autor según el cual éste no protege las ideas ni los hechos (los cuales son de libre apropiación y utilización), sino la expresión concreta y original en cualquier medio o soporte de un conjunto elaborado de ideas o hechos. De modo que serán objeto de tutela por el derecho de autor los artículos de prensa o contenidos periodísticos en general que recojan o comenten —de una forma más o menos elaborada— noticias o simples informaciones siempre que constituyan creaciones intelectuales originales de su autor<sup>1</sup>.

La tutela de los contenidos periodísticos por el derecho de autor siempre ha entrado en colisión con la libertad de empresa (libre competencia) y con el de-

---

<sup>1</sup> Aunque el criterio de originalidad sólo ha sido armonizado a nivel comunitario en materia de programas de ordenador, fotografías y bases de datos (Directivas 91/50/CEE, 93/98/CEE y 96/9/CE) en el sentido de que la obra constituya una creación propia de su autor, la STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2009 (As. C-5/08, Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening) afirma que el mismo principio informa la creación de un marco jurídico armonizado de los derechos de autor en la Directiva 2001/29/CE sobre derechos de autor y derechos conexos en la sociedad de la información (tal y como se desprende de sus considerandos cuarto, noveno a undécimo y vigésimo), concluyendo, en el caso concreto, que los artículos periodísticos constituyen creaciones originales cuando sean propias de su autor, alcanzando la protección que brinda el derecho de autor tanto al conjunto como a partes de la obra, siempre que dichas partes (no meras palabras, pero sí frases sueltas o incluso algunos elementos de las frases que integran un texto) contengan determinados elementos que expresen la creación intelectual del autor (en particular, la singularidad del texto, la cual proviene de la forma de abordar el tema seleccionado y del registro lingüístico empleado para ello) (cfr. apartados 35-47). *Vid.* sobre el criterio de originalidad aplicado a los artículos de prensa, XALABARDER PLANTADA, R., “Google News and Copyright”, en LÓPEZ-TARRUELLA, A. (Ed.), *Google and the Law. Empirical approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models*, Springer, La Haya, 2012, págs. 113 y ss. (esp. 121 y ss.), para quien un artículo de prensa será original si se trata de una creación propia del autor con un nivel mínimo de creatividad.

recho a la libertad de información, cuando los artículos y materiales generados por periodistas o informadores —de forma aislada o en el seno de empresas de comunicación— son utilizados por terceros para ofrecer productos o servicios de información complementarios o alternativos, dirigidos al público en general o a miembros concretos del público bajo demanda previa. Es el caso de los resúmenes o revistas de prensa (“*press summaries*”, “*revues de presse*” o “*Pressübersichten*”); de los recortes, dosieres o panoramas de prensa (“*press clipping*” o “*press cutting*”, “*dossier de presse*” o “*Pressespiegel*”); y, últimamente, al albur de las nuevas tecnologías de la información, de los enlaces de prensa (“*press linking*”)<sup>2</sup>.

En el formato que presentan hoy día los enlaces de prensa, además del hipervínculo en sí mismo (habitualmente enlaces profundos o “*Depp-links*” a las páginas interiores de sitios de información), establecido normalmente sobre la cabecera de prensa (“*Headline*”) o título de los artículos de prensa enlazados, se utilizan frecuentemente con carácter complementario o accesorio —para hacer más atractiva y eficiente la percepción del contenido al usuario— fragmentos de texto (“*Snippets*”) e imágenes en miniatura (“*Thumbnails*”) tomados del propio contenido enlazado y almacenados en el servidor del motor de búsqueda o del agregador. La problemática jurídica gira en torno a la calificación que la actividad de enlazar y el uso complementario de fragmentos e imágenes de los contenidos de prensa enlazados merecen desde el punto de vista de los derechos de autor (y, en su caso, derechos conexos); incluyendo las actividades de indexación y almacenamiento previos de los contenidos en línea de terceros en el espacio de memoria caché del buscador o del agregador, y que permiten la posterior utilización de fragmentos de texto e imágenes así como el acceso al contenido completo del material de prensa digital incluso cuando éste ha sido ya retirado del sitio donde se puso por primera vez a disposición del público. Sin embargo, la problemática excede el terreno jurídico-conceptual o técnico-jurídico al plantear relevantes cuestiones de política legislativa relacionadas con la relación entre derechos de propiedad intelectual e innovación, libre competencia y libertad de información en la sociedad del conocimiento.

Los *motores de búsqueda* son servicios de intermediación de la sociedad de la información que, por medio de un programa de ordenador (“*crawler*”) rastrean

---

<sup>2</sup> Este conjunto heterogéneo de prácticas podría agruparse, quizás, a efectos sistemáticos, dentro de un concepto amplio de “*infomediación*”; es decir, la actividad de selección, recopilación y puesta a disposición de información, sea con carácter despersonalizado o con carácter personalizado para cada usuario, realizada por operadores específicos que podrían calificarse como “*selectores y colectores de información*”. Con la intervención de los distintos tipos de infomediadores el público tiene la posibilidad de acceder a la información que más le interesa sin necesidad de acudir directamente a los distintos medios de comunicación donde se contiene esa información, con el valor añadido —además— de adquirir una visión comparativa de la misma noticia de su interés, tal y como es tratada desde la óptica de los diferentes medios. Vid. LÓPEZ GARCÍA G./MORENO CASTRO C./VIANA BALLESTER C., “Selectores de información y reproducción de contenidos de pago”, en BOIX PALOP A. y LÓPEZ GARCÍA G. (Editores), *La autoría en la era digital: industria cultural y medios de comunicación*, Tirant Lo Blanch, Derecho y Tic’s, Valencia, 2006, págs. 231 y ss.

información de sitios web de Internet para indexarla en una gigantesca bases de datos, almacenarla en un espacio de memoria temporal (memoria caché) y ponerla a disposición del público automáticamente mediante enlaces profundos como respuesta o resultado de criterios de búsqueda en forma de palabras clave introducidos por el usuario del servicio en el motor de búsqueda.

Los *agregadores de información* son prestadores de servicios de la sociedad de la información que realizan una labor de ordenación o clasificación de enlaces a recursos o contenidos informativos generados por terceros, facilitando a los usuarios del servicio la posibilidad de visualizar un panorama general de información de actualidad y el acceso rápido y directo a noticias que pueden ser de su interés.

Existen *diferentes tipos de agregadores*. Son agregadores horizontales los que admiten o presentan enlaces a noticias sobre cualquier temática. Agregadores verticales son los que se especializan en alguna temática concreta<sup>3</sup>. En unos casos el agregador es quien genera los enlaces, indexando, almacenando y clasificando los contenidos difundidos por terceros para ponerlos a disposición del público de forma organizada sistemáticamente mediante enlaces profundos (*“deep link”*), ensamblados (*“embedded link”*) o marcos (*“frames”*) a dichos contenidos desde su propia web; enlaces generados normalmente sobre la cabecera de la noticia<sup>4</sup>, a los que se pueden añadir fragmentos de texto de tres o cuatro líneas (*“snippets”*) y/o imágenes en miniatura (*“thumbnails”*), tomados del propio sitio enlazado mediante la técnica del *“copy&paste”*, que permiten al usuario hacerse rápidamente una idea de la información sin necesidad de acudir a la fuente original, aunque con la posibilidad de acudir a la misma pulsando sobre la cabecera de la noticia o sobre la imagen adjunta<sup>5</sup>. En otros casos el

---

<sup>3</sup> Aunque algunos agregadores genéricos ofrecen a los usuarios la posibilidad de configurar el servicio a su gusto, presentándole enlaces a las noticias sobre la temática que más les pueda interesar, e incluso enviándole enlaces a esas noticias mediante un sistema de alerta de noticias. Puede encontrarse una explicación sintética sobre los distintos tipos de agregadores de información en el sitio <http://www.ciudadano2cero.com/mejores-agregadores/> (última visita, 30 de septiembre de 2014). Vid. también, XALABARDER PLANTADA, R., “Google News and Copyright”, *cit.*, pág. 114, que distingue entre *“feed aggregators”*, *“specialty aggregators”* y *“blogs aggregators”*.

<sup>4</sup> A modo de ejemplo vid. [www.abastodenoticias.com](http://www.abastodenoticias.com), servicio que se limita a ofrecer un amplio listado de titulares de prensa con enlaces profundos a la fuente original (sin añadir fragmentos de texto ni imágenes), tanto para los usuarios como para los webmaster y administradores de webs y blogs que quieran utilizarlos.

<sup>5</sup> El paradigma de la moderna agregación de noticias es sin duda el servicio de noticias de *Google News* ([www.news.google.es](http://www.news.google.es)), que se presenta como un sitio de noticias generado automáticamente que reúne titulares de múltiples fuentes de información *“online”*, agrupa artículos similares y los muestra en función de los intereses personalizados de cada lector, ofreciendo en cada noticia vínculos a varios artículos que proceden de diferentes fuentes, de modo que el usuario puede, en primer lugar, elegir el tema que le interese y, a continuación, seleccionar la publicación que desee (fuente de origen) y acceder directamente a la misma pulsando sobre el titular o sobre la imagen. Los artículos se seleccionan y se clasifican mediante un sistema informatizado que evalúa, entre otras cosas, la frecuencia y los sitios en los que aparece una noticia, con lo que las noticias se escogen independientemente de la ideología o el punto de vista político, y el usuario puede elegir

agregador actúa como un intermediario que presta servicio de alojamiento (“hosting”), creando un espacio web que pone a disposición de los usuarios para que sean éstos quienes suban (“compartan”) enlaces a contenidos informativos generados y puestos antes en línea a disposición del público por ellos mismos (entradas de “bloggers”, por lo general) o por terceros (diarios, revistas, blogs o cualesquiera sitios “online” de información o entretenimiento), a los que añaden una entradilla explicativa que puede ser redactada por los mismos usuarios o ser un “copy&paste” de algunas líneas, frases o imágenes del sitio enlazado; el agregador se limita a ofrecer un espacio de alojamiento de datos (“hosting”), en unas ocasiones clasificando por temas los enlaces compartidos por los usuarios, y en otras ocasiones ofreciendo un sistema de búsqueda de información indexada e implementado un mecanismo de votaciones entre los propios usuarios para decidir las noticias que deben figurar destacadas en la portada<sup>6</sup>. Por lo demás, aunque en puridad no son agregadores de noticias, podrían incluirse en esta categoría los operadores de redes sociales (como Facebook, Google +, Xing o Twitter) que ofrecen espacio a sus usuarios para compartir cualesquiera contenidos e informaciones mediante enlaces.

Mientras las revistas de prensa y los dosieres o recortes de prensa encuentran una respuesta más o menos satisfactoria en la mayoría de las legislaciones de propiedad intelectual, en forma de límites o seudolimites a los derechos exclusivos<sup>7</sup>, los enlaces de prensa sobre la cabecera de la noticia y el uso de

---

de entre una amplia variedad de perspectivas sobre un mismo hecho. *Bing News* ([www.bing.com/news/es](http://www.bing.com/news/es)) emplea un sistema similar, aunque más simple, ya que no agrupa artículos procedentes de varias fuentes de información a una misma noticia. El servicio de noticias de *Yahoo News* ([www.es.noticias.yahoo.com](http://www.es.noticias.yahoo.com)) funciona exclusivamente con contenidos elaborados por agencias de noticias que presenta únicamente con el titular y una imagen en miniatura; al pulsar sobre la cabecera o la imagen aparece la noticia ensamblada en el mismo sitio del agregador, indicando la fuente (agencia de noticias) y el nombre del autor del artículo (y el de la imagen si se pulsa sobre la misma).<sup>6</sup> Ejemplos conocidos de los respectivos modelos expuestos son [karmacrazy.com](http://karmacrazy.com) y [meneame.net](http://meneame.net). Este último, sin duda el más popular ([www.meneame.net](http://www.meneame.net)), ofrece enlaces a noticias de todo tipo (muchas de ellas “alternativas”) suministrados por los usuarios del servicio y que proceden de medios de comunicación en Internet, de cualesquiera sitios de información “online” e incluso de otros agregadores de noticias, creándose el enlace sobre la cabecera de la noticia que aparece seguido de un fragmento de cuatro o cinco líneas y, en ocasiones, una imagen en miniatura. Junto al enlace figura el “logging” del usuario responsable del mismo y el nombre de dominio del sitio enlazado además de una metaetiqueta clasificatoria por materias. También figura un espacio para los comentarios de los usuarios y el número de visitas (“clicks”) y redireccionamientos (“meneos”) de cada noticia.

<sup>7</sup> Siendo paradigmática la reforma del art. 32.1, II TRLPI introducida por la Ley 23/2006, de 7 de julio, a fin de dar un trato diferente a los recortes o dosieres de prensa frente a las tradicionales revistas de prensa vinculadas al límite de cita. Reforma cuya aplicación no ha resultado ni mucho menos pacífica, al discutirse si el derecho a oponerse al uso de artículos de prensa para actividades de “press clipping” o, en caso contrario, el derecho a percibir una remuneración equitativa, correspondía a los autores de los artículos o a los editores de prensa. Nuestros tribunales han resuelto finalmente el conflicto a favor de los editores de prensa, considerándoles autores —o titulares originarios equiparables a los mismos— de los contenidos incluidos en los diarios y revistas de prensa con sustento en el complejo y controvertido concepto de obra colectiva (arts. 5.2 y 8 TRLPI). Cfr. SJM núm. 6 de Madrid, de 13 abril de 2009, la posterior SJM núm. 1 de Madrid, de 25

fragmentos o imágenes del contenido enlazado están por el momento huérfanos de regulación en la mayoría de las legislaciones, aunque han sido objeto de conocimiento por parte de jueces y tribunales en varias ocasiones. Tras la eclosión y consolidación del uso de enlaces de prensa en los motores de búsqueda y por parte de los servicios de agregación de noticias, parte del sector de la edición de prensa ha dado un paso más para intentar controlar u obtener compensación de las nuevas prácticas de “*press linking*”, esgrimiendo —como en el caso del “*press clipping*”— el carácter parasitario de estas actividades y el aprovechamiento comercial de las mismas por parte de los agregadores y motores de búsqueda (en forma de ingresos directos o indirectos por publicidad), al tiempo que la pérdida de posibles ingresos publicitarios para los editores de sitios de información en línea y titulares de los contenidos enlazados.

Últimamente, la presión orquestada de los medios de comunicación tradicionales —esencialmente los grandes grupos de editores de prensa— ha logrado forzar reformas legislativas en algunos países, orientadas principalmente a ofrecerles una protección frente a los servicios de agregación de noticias (pensando, sin duda, en los más poderosos como Google News o Yahoo News) que se nutren de sus contenidos y obtienen directa o indirectamente beneficios en forma de publicidad en su sitios web o del tratamiento de datos personales que permite gestionar luego servicios de publicidad personalizada. En *Alemania*, la última reforma de la UrhG reconoció un nuevo derecho exclusivo a los editores de prensa en forma de derecho conexo (“*Leistungsschutzrecht des Presseverlegers*”), similar al reconocido anteriormente a los productores de fonogramas, a los productores de grabaciones audiovisuales o a los productores de emisiones de radio y televisión, que busca protegerles contra el uso no autorizado de sus contenidos por terceros, y que obligará a quienes quieran utilizar los contenidos de prensa —pensando fundamentalmente en los agregadores de noticias en Internet— a negociar y adquirir licencias de explotación para el uso de contenidos analógicos y digitales de los editores de prensa, salvo para los casos de utilización de fragmentos breves de tales contenidos<sup>8</sup>. En *Francia*, la presión de los editores de prensa para conseguir un derecho conexo sobre sus contenidos (“*droit voisin pour des organismes de presse*”)<sup>9</sup>, se ha concretado finalmente en un acuerdo

---

de junio de 2010, la SAP Madrid, Secc. 28<sup>a</sup>, de 2 de diciembre de 2011 y la STS de 25 de febrero de 2014. *Vid.* MARÍN LÓPEZ, J.J., “Derecho de autor, revistas de prensa y press clipping”, *RIDA*, 2008, págs. 50 y ss.; LÓPEZ MAZA, S., “Las revistas de prensa en el entorno digital. Los supuestos de “press clipping”, *Revista de Propiedad Intelectual (Pe.i)*, núm. 30, septiembre 2008, págs. 13 y ss; CARBAJO CASCÓN F., “El concepto de autor en el pseudolímite de recortes de prensa (Press Clipping). Anotación a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.<sup>a</sup>, de 2 de diciembre de 2011”, *Actas de Derecho Industrial*, vol. 32, 2011-2012, págs. 698-701.

<sup>8</sup> Cfr. paragrafs. 87f-g UrhG, tras la modificación llevada a cabo por la octava Ley de reforma de la Ley Federal de Derechos de Autor (“*Achtes Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetz*”) de 7 de mayo de 2013.

<sup>9</sup> Información sobre las reivindicaciones y propuestas de los editores de prensa franceses puede encontrarse en los sitios <http://www.ipnews.be/lorsque-les-editeurs-francais-revendiquaient-la-creation-dun-droit-voisin-a-leur-seul-avantage/>; y [http://www.senat.fr/basile/visio.do?id=r868307\\_2&idtab](http://www.senat.fr/basile/visio.do?id=r868307_2&idtab)

entre Google y el Gobierno francés para crear un fondo de 60 millones de euros dirigido a ayudar a la prensa francesa a agilizar la transición de lo analógico a lo digital<sup>10</sup>. En *España*, la reciente reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual por medio de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre<sup>11</sup>, incluye una compleja regulación de los enlaces de prensa en el nuevo art. 32.2 TRLPI (en vigor a partir del 1 de enero de 2015) que comprende: *i*) un límite con compensación equitativa (limitación) por el uso de fragmentos no significativos de contenidos periodísticos o de información o entretenimiento por parte de los agregadores de contenidos; *ii*) un límite sin compensación equitativa (excepción) para el uso de palabras aisladas de contenidos periodísticos, de información o de entretenimiento por parte de los motores de búsqueda; *iii*) un régimen de derecho exclusivo de puesta a disposición del público para el uso de imágenes, obras fotográficas o meras fotografías divulgadas en publicaciones periódicas o en sitios web de actualización periódica.

La cuestión es hasta qué punto estas reformas legislativas están dotadas de una justificación coherente; tanto desde una perspectiva de técnica jurídica (en el sentido de si estos actos encajan o no en los derechos de reproducción y comunicación pública interactiva, tal y como son definidos en la Directiva 29/2001/CE, de 22 de mayo, sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, y, por tanto, si han de ser considerados un comportamiento sujeto a la autorización de los titulares de derechos), como desde la dimensión de política jurídica (en el triple plano, entrelazado, de la confrontación entre propiedad y libertad de información, entre propiedad y desarrollo tecnológico y entre propiedad y libre competencia).

En el *plano estrictamente técnico-jurídico*, es preciso examinar con carácter previo y minucioso si los actos de utilización de contenidos de prensa por parte de motores de búsqueda y agregadores de noticias quedan dentro del radio de acción de los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública interactiva, analizando por separado la actividad de indexación de sitios web y almacenamiento en la caché del buscador o agregador, la generación de enlaces profundos o de otro tipo a los sitios web desde los que se ponen a disposición del público directamente los contenidos de prensa, y la puesta a disposición —junto a los enlaces— de palabras aisladas, fragmentos de texto e imágenes en miniatura de los contenidos enlazados. Este análisis tiene que hacerse necesariamente a la luz de la Jurisprudencia del TJUE sobre el concepto y alcance de los derechos de reproducción y de comunicación al público<sup>12</sup>, y con la vista

---

[le=r871141\\_2lr870814\\_28lr870475\\_2lr870412\\_2lr869007\\_2lr868572\\_2lr868307\\_2&c=google&t=Culture+&rch=rs&de=20090821&au=20140821&dp=5+ans&radio=dp&aff=ens&tri=dd&off=10&afd=ppr&afd=ppl&afd=pjl&afd=cvn&isFirst=true](https://www.elysee.fr/communiqués-de-presse/article/accord-avec-google/)

<sup>10</sup> Información en el sitio [www.elysee.fr/communiqués-de-presse/article/accord-avec-google/](http://www.elysee.fr/communiqués-de-presse/article/accord-avec-google/).

<sup>11</sup> BOE, núm. 268, de 5 de noviembre de 2014, Secc. I, págs. 90404 y ss.

<sup>12</sup> Sobre todo tras la publicación de la STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2009 (As. C-5/08, Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening), que incluye dentro del derecho de re-

puesta en la tendencia a la flexibilización del derecho de propiedad intelectual (“flexible copyright”), patrocinada por algunos jueces y tribunales nacionales, que aboga por una limitación del radio de alcance de los derechos de autor y conexos para impedir que, en la era de la comunicación digital masiva, éstos se conviertan en un obstáculo a la innovación y al desarrollo tecnológico y empresarial, al correcto funcionamiento de Internet y a la efectiva consecución de la sociedad de la información<sup>13</sup>, empleando a tales fines recursos hermenéuticos diferentes: desde la interpretación flexible (no estricta o restrictiva) de los límites a los derechos exclusivos<sup>14</sup>, combinada con una lectura inversa (procompetitiva) del test de las tres fases (no ya como un límite de los límites, sino más bien como un criterio para delimitar el alcance material de derechos de autor y derechos conexos)<sup>15</sup>, hasta conceptos y límites ajenos al derecho de

---

producción las actividades consistentes en la reproducción de 11 palabras de un artículo de prensa original, y de la STJUE (Sala Cuarta) de 13 de febrero de 2014 (As. C-466/12, Nils Svensson y otros c. Retriever Sverige AB), que trata precisamente sobre si los enlaces de prensa generados por un sitio de agregación de noticias son susceptibles de incluirse en el concepto de comunicación pública-puesta a disposición previsto en el art. 3 de la Directiva 29/2001/CE.

<sup>13</sup> BORGHI M./KARAPAPA S., *Copyright and Mass Digitization*, Oxford University Press, Oxford, 2013, págs. 34 y ss.

<sup>14</sup> Cfr., Sentencia del Tribunal Supremo Alemán (“*Bundesgerichtshof*”) de 11 de julio de 2002 (I ZR 255/00, “*Elektronisches Pressespiegel*”), que extiende el límite remunerado de los recortes o panoramas de prensa, previsto en el parágrafo 49 UrhG, a los servicios a la carta que consisten en escanear noticias de interés del cliente para enviarlas periódicamente por correo electrónico. En la doctrina vid. HOEREN, “Die Schranken der Urheberrechts in Deutschland”, en HILTY/GEIGER (Eds.), *Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts*, Springer/Litec, Berlin/Paris, 2007, págs. 265 y ss.; también, GEIGER, C., “Die Schranken des Urheberrechts al Instrumente der Innovationsförderung-Freie Gedanken zur Ausschliesslichkeit im Urheberrecht”, GRUR Int. 2008/6, págs. 459 y ss. Vid. también la Sentencia del Tribunal Supremo Suizo, División Civil, de 26 de junio de 2007 (ICC, 2008/8, págs. 990 y ss.), por medio de la cual se extiende el límite de uso privado, contemplado ampliamente en el art. 19 de la Ley de propiedad intelectual suiza, al uso interno por parte de empresas e instituciones de revistas o panoramas de prensa elaborados comercialmente por terceros a demanda de dichas empresas e instituciones; vid. el comentario de GEIGER, C., “Rethinking Copyright Limitations in the Information Society \* The Swiss Supreme Court Leads the Way”, ICC, 2008/8, págs. 944 y ss.

<sup>15</sup> Dejando fuera del derecho exclusivo actos de utilización de contenidos ajenos que no sean susceptibles de impedir la explotación normal de la obra ni de perjudicar injustificadamente los legítimos intereses de los titulares de derechos (sea porque no se puede acreditar tal perjuicio o porque existen valores o intereses superiores a los de los titulares de derechos, como la libertad de información), máxime si está prevista una remuneración equitativa. Cfr., la misma Sentencia BGH de 11 de julio de 2002 (“*Elektronisches Pressespiegel*”) y la Sentencia del mismo Tribunal de 29 de abril de 2010 (I ZR 69/08, Vorschaubilder I). En la doctrina, vid. GEIGER, C., “From Berne to National Law, via the Copyright Directive: the Dangerous Mutations of the three-step-test, EIPR 2007, págs. 486 y ss; LEISTNER, M., “The German Federal Supreme Court’s judgment on Google’s Image Search- a topical example of the “limitations” of the European approach to exceptions and limitations”, ICC, 2011, págs. 417 y ss. Vid. también la citada Sentencia del Tribunal Supremo Suizo, División Civil, de 26 de junio de 2007, que realiza un juicio de proporcionalidad entre el perjuicio sufrido por los titulares de derechos (compensado por una remuneración equitativa) y el interés general en el acceso a la información. Esta interpretación inversa del test se ha utilizado en ocasiones para aproximar el sistema continental del “*Droit d’auteur*” al sistema angloamericano del “*Copyright*”, en concreto a la doctrina anglosajona del “*fair use*”, considerando que si la utilización de contenidos protegidos de terceros no impide la explotación normal de la obra debe considerarse un uso leal o justo, sin perjuicio de que pueda compensarse mediante una remuneración equitativa;

autor, como la licencia implícita o consentimiento concluyente, la licitud de usos inocuos o la prohibición del abuso de derecho para trazar barreras externas al alcance del derecho exclusivo<sup>16</sup>.

Aun en el caso de que se pudieran salvar los obstáculos de técnica-jurídica, en el terreno de la *política jurídica o política legislativa* existen serias dudas sobre si la nueva regulación alemana (reconociendo un derecho conexo a los editores de prensa para prohibir o autorizar mediante licencias el uso de sus productos de prensa por agregadores de noticias) y la nueva regulación española introducida por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre (estableciendo un régimen complejo de derechos exclusivos y límites para el uso de contenidos de prensa, informativos y de entretenimiento) se ajustan a la consideración actual de los motores de búsqueda, los hiperenlaces y los servicios de agregación como herramientas tecnológicas fundamentales para el funcionamiento de Internet y para el desarrollo de la sociedad de la información; y, por tanto, como instrumentos básicos para el desarrollo de nuevas prestaciones tecnológicas que favorezcan la libertad de empresa en términos de competencia y el ejercicio activo y pasivo de la libertad de información. Como también existen dudas relevantes sobre si existen argumentos económicos o de mercado creíbles (recurriendo al análisis económico del derecho como herramienta hermenéutica complementaria) que justifiquen, en un contexto de libre mercado estimulado por el constante desarrollo de las tecnologías de la información, la introducción de un derecho exclusivo o, en su lugar, de un límite con un derecho de remuneración o compensación equitativa para tutelar o compensar a los editores de prensa frente a la actividad de los agregadores de noticias; en el entendimiento cabal de que cualquier nueva regulación en el ámbito de la propiedad intelectual no debería llevarse a cabo —en la época actual— sin una justificación económica coherente que avale la tipificación de un nuevo derecho exclusivo o de un límite con compensación equitativa<sup>17</sup> que, más allá

---

cfr. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 15, de 17 de septiembre de 2008 y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 3 de abril de 2012 (caso Megakini c. Google Search).

<sup>16</sup> Cfr., en España, las ya citadas Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 15, de 17 de septiembre de 2008 y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 3 de abril de 2012 (caso Megakini c. Google Search); *vid.* CARBAJO CASCÓN, F., “Flexibilización del derecho de autor mediante límites externos a la normativa específica. El caso Megakini v. Google”, ADI, Vol. 33, 2012-2013, págs. 543 y ss. En Alemania, las Sentencias del Tribunal Supremo (BGH) de 29 de abril de 2010 (I ZR 69/08, Vorschaubilder I) y de 19 de octubre de 2011 (I ZR 140/10, Vorschaubilder II); *vid.* LEISTNER, M., “The German Federal Supreme Court’s judgment on Google’s Image Search...”, *cit.*

<sup>17</sup> Desde una visión utilitarista (economicista), la promoción de la creación (de la innovación, entendida en sentido amplio) es el objetivo último y supremo del derecho de propiedad intelectual, al cual contribuyen por igual los derechos de explotación y los límites a éstos; límites que, si se compensan con una remuneración equitativa, sirven al mismo tiempo al objetivo inmediato de la tutela de los creadores y de la industria. En esta línea, según defiende un autorizado sector de la doctrina, los límites a los derechos exclusivos (máxime cuando llevan asociada una remuneración equitativa) deben dejar de verse como excepciones a derechos cuasi-absolutos que necesariamente deben interpretarse restrictivamente, para pasar a considerarse instrumentos de técnica jurídico-normativa para delimitar el contenido y alcance (las fronteras) del derecho de propiedad intelectual,

de proteger a los titulares de derechos, sirva realmente al fin último perseguido con los derechos de propiedad intelectual: incentivar la creación o innovación y/o corregir disfunciones en la estructura y funcionamiento competitivo en un determinado mercado (en línea con la comprensión económico-utilitarista del derecho de propiedad intelectual como incentivo a la creación, la innovación y la inversión en bienes inmateriales que sirven para impulsar el desarrollo cultural, científico, técnico y económico<sup>18</sup>, pero sin llegar al punto de erigirse en una barrera para la misma actividad creativa y en mecanismo de expulsión o barrera de acceso para nuevos productos o servicios que contribuyan a la innovación subsiguiente, al incremento de la competencia y a la consecución del bienestar general agregado)<sup>19,20</sup>.

Desde luego el debate generado es sumamente complejo a la par que interesante, pues permite examinar no sólo el alcance del derecho de comunicación

---

contribuyendo al equilibrio neutral entre la protección de los intereses particulares de creadores, intérpretes e industria, de un lado, y el fomento del interés público en el desarrollo tecnológico y cultural, la consecución de un entorno competitivo para la industria de contenidos y de la información, y el bienestar de los consumidores y usuarios, de otro lado. *Vid.* GEIGER, C., “Die Schranken des Urheberrechts in Lichte der Grundrechte — Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts”, en HILTY/PEUKERT (Eds.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2004, págs. 143 y ss.; HILTY, R., “Vergütungssystem und Schrankenregelungen”, GRUR, 2005, págs. 819 y ss.; GEIGER, C., “Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung-Freie Gedanken zur Ausschliesslichkeit im Urheberrecht”, GRUR Int., 2008/ 6, págs. 459 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. art. 7 ADPIC/TRIPs. En la misma línea, el Preámbulo del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor, de 20 de diciembre de 1996, reconoce “...la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información...”.

<sup>19</sup> Cfr., art. 8.1 y 2 ADPIC/TRIPs.

<sup>20</sup> Las eficiencias dinámicas que facilitan los derechos de propiedad intelectual, en tanto que incentivos a la creación y la innovación, deben concurrir con las eficiencias asignativas perseguidas por el derecho de la competencia, cuya finalidad última es la de generar competencia en el mercado para procurar el desarrollo técnico, cultural, empresarial y económico y procurar al mismo tiempo ventajas equitativas a los consumidores finales. Cfr. HOVENKAMP H./LEMLEY M.A./JANIS M.D./LESLIE C.R., *IP and Antitrust. And Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, 2ª ed., Aspen Publishers-Wolters Kluwer, Boston, 2009, pág. 10. *Vid.* también URIBE PIE-DRAHITA C./CARBAJO CASCÓN F., “Regulación *ex ante* y control *ex post*. La difícil relación entre propiedad intelectual y derecho de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial*, Vol. 33, 2012-2013, págs. 307 y ss. (esp. 320 y ss. y 329-330). Por eso, es preciso analizar, a la hora de establecer una nueva regulación en el terreno de la propiedad intelectual, si las eficiencias dinámicas vinculadas a dicho derecho pueden repercutir positivamente o no en la estructura y el funcionamiento competitivos del mercado de referencia y en el bienestar de los consumidores. Para ello es necesario, con la vista puesta en el interés general, valorar primero si dicha regulación (en forma de derecho exclusivo o de límite con derecho de remuneración) constituye realmente un incentivo para todos los titulares de derechos y un estímulo para la competencia; y después confrontar los beneficios esperados del incentivo con los posibles costes que generan las limitaciones de acceso (para el desarrollo tecnológico, para la competencia en el mercado y para el conjunto de consumidores) derivadas de la concesión del derecho exclusivo o de la compensación o remuneración equitativa vinculada a un límite, en tanto en cuanto, aunque el límite favorece “*per se*” la libre utilización de contenidos de terceros (licencia legal), la obligación de abonar una compensación o remuneración equitativa a los titulares puede erigirse (en función de su cuantía y extensión) en desincentivo si no directamente en una barrera de acceso para los competidores.

pública interactiva o puesta a disposición del público en Internet, en particular a través del mecanismo de los hipervínculos, sino también la función que hoy día se atribuye a los derechos de propiedad intelectual como incentivos a la innovación y herramientas de competencia, así como el riesgo que conllevan para el desarrollo tecnológico y de cierre de mercado (y por tanto de instrumento anticompetitivo) cuando no están correctamente justificados o se realiza una aplicación estricta de los mismos, partiendo siempre del hecho de que —en el actual contexto tecnológico y socioeconómico— cualquier análisis de los derechos de propiedad intelectual no puede ser adecuadamente acometido sin considerar la dinámica del mercado y de la tecnología. En el caso concreto de los enlaces de prensa, es preciso analizar si la actividad de motores de búsqueda y servicios de agregación de noticias realmente perjudica a los editores de prensa por el uso parasitario de sus contenidos, o si, por el contrario, acaba beneficiándolos al derivar hacia sus sitios en línea usuarios provenientes del sitio del agregador incrementando así el número total de visitas a su web. Y se debe valorar al mismo tiempo si estas actividades que utilizan prestaciones ajenas se realizan en el vacío, es decir si son pura y totalmente parasitarias o si requieren inversiones significativas para su desarrollo, así como los beneficios que pueden acarrear para el desarrollo técnico de la Red, para la consecución de un mercado electrónico competitivo, para la libertad de información y, en fin, para el bienestar de los consumidores y el interés general. Un análisis que tenga en cuenta todas estas variantes deberá contrastar los pros y los contras, los beneficios y pérdidas que el reconocimiento de un nuevo derecho, una nueva regulación, conllevará para los distintos agentes u operadores afectados y para el interés general, partiendo de que una práctica o comportamiento de mercado puede generar eficiencias positivas para el conjunto de la sociedad y de la economía a pesar de su carácter parasitario o molesto con las prestaciones y para la actividad de uno de los sectores afectados.

## **II. LA UTILIZACIÓN DE CONTENIDOS DE PRENSA EN MOTORES DE BÚSQUEDA Y SERVICIOS DE AGREGACIÓN DE NOTICIAS: ENLACES, FRAGMENTOS DE TEXTO E IMÁGENES**

La problemática jurídica de los enlaces de prensa (“*press linking*”) generados por motores de búsqueda y agregadores de noticias, comprende realmente una multiplicidad de actos técnicos que van desde la indexación y almacenamiento de páginas web en la memoria caché (“*system caching*”) del servicio de búsqueda o agregación, la generación de un enlace profundo (“*deep-link*”) de otro tipo a las páginas interiores de sitios web de terceros a partir de la cabecera o titular de prensa de la noticia enlazada (“*headline*”), y, según los casos, el acompañamiento del enlace con un fragmento de texto (“*snippets*”) tomado normalmente del contenido enlazado (mediante la técnica del “*copy&paste*”) y/o una imagen en miniatura de los contenidos gráficos que ilustran el texto enlazado (“*thumbnails*”). Corresponde ahora analizar jurídicamente si estos actos técnicos pueden

quedar incluidos o no dentro de los derechos exclusivos de reproducción y de comunicación pública interactiva o puesta a disposición, o si pueden quedar fuera del alcance de los derechos exclusivos; ya porque puedan subsumirse dentro de las excepciones o limitaciones a los mismos previstas en la normativa comunitaria y nacional, o ya porque pueda justificarse su licitud recurriendo a otros argumentos exegéticos ajenos a la legislación de propiedad intelectual.

#### 1. ALMACENAMIENTO DE SITIOS WEB Y SUS CONTENIDOS EN MEMORIA CACHÉ

La reproducción de información protegida (páginas web con los contenidos de texto, imagen, sonoros o audiovisuales que puedan estar contenidos en la misma) en la memoria caché de un motor de búsqueda o de un servicio de agregación de noticias, almacenada en los servidores del servicio de búsqueda y agregación, constituye técnicamente una reproducción de contenidos incluida en principio en el derecho exclusivo de reproducción tipificado en el art. 2 DDASI y en el art. 18 TRLPI.

En relación con la copia caché del motor de búsqueda “Google”, la SAP Barcelona, Secc. 15, de 17 de septiembre de 2008 (“Megakini c. Google”) concluyó que no resulta de aplicación a la memoria caché del buscador la excepción de reproducción provisional prevista en el art. 31.1 TRLPI, al no resultar la copia caché en el buscador de Google una reproducción (almacenamiento de webs) esencial para la transmisión de datos en Internet, tal y como parece exigir el art. 5.1 DDASI (art. 31.1 TRLPI). Efectivamente, la memoria caché de Google no se ajusta, en principio, a las condiciones de la excepción (delimitación) de reproducciones temporales, pues ni el almacenamiento en caché constituye como tal una reproducción transitoria (ya que permite la recuperación de la información almacenada en cualquier momento, incluso cuando resulte ya inaccesible en el sitio en línea de origen)<sup>21</sup>, ni Google es un mero intermediario en la transmisión de datos ya que es su propio sistema el que rastrea la red e indexa sitios web en la memoria caché<sup>22</sup>, ni tampoco es un destinatario final de la información<sup>23</sup>. A ello se puede añadir,

---

<sup>21</sup> La STJUE, Sala Cuarta, de 16 de julio de 2009 (As. C-5/08 “Infopaq”), establece que no puede calificarse de transitorio ningún acto de reproducción si excede del tiempo necesario para el buen funcionamiento del procedimiento técnico considerado, entendiéndose que dicho procedimiento está automatizado y suprime automáticamente el acto en cuestión sin intervención humana, desde el momento en que éste ha concluido su función en el marco del procedimiento (ap. 64). *Vid.* también la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Bruselas, Secc. 9.ª, de 5 de mayo de 2011, ap. 26.

<sup>22</sup> Al respecto, *vid.* XALABARDER, R., “Google News and Copyright”, *cit.*, pág. 128.

<sup>23</sup> Cfr. STJUE, Sala Cuarta, de 5 de junio de 2014 (As. C-360/13, “Meltwater”), según la cual, los clientes de un servicio consistente en la elaboración de informes de seguimiento de artículos de prensa publicados en Internet (“*press clipping digital*”) no están obligados a obtener autorización de los titulares de derechos sobre contenidos de prensa, por cuanto las copias en pantalla y las copias en caché, efectuadas por un usuario final durante la consulta de un sitio de Internet, cum-

que la reproducción en la memoria caché no carece por sí misma de una significación económica independiente; todo lo contrario, ya que Google (y otros motores de búsqueda) basa en amplia medida su actividad en la memoria caché, a la que conectan el servicio de búsqueda y el de agregación de noticias, entre otros.

Planteada por Google la aplicación del régimen de exención de responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información, la Audiencia Provincial de Barcelona no consideró aplicable al caso el art. 15 LSSICE, en tanto en cuanto éste se refiere únicamente a los servicios de “*proxy caching*” que realizan los proveedores de servicios de acceso y transmisión de datos por Internet, no siendo este el caso del buscador de Google, que ofrece un servicio de búsqueda y provisión de enlaces que no constituye propiamente un servicio de transmisión<sup>24</sup>. Sí admitió, por el contrario, la aplicación del art. 17 LSSICE al motor de búsqueda, si bien considera con acierto que resulta irrelevante en el caso enjuiciado, por referirse a la exoneración de responsabilidad del intermediario por la información ilícita enlazada como consecuencia de la búsqueda realizada, y no a la ilicitud del acto mismo de almacenar contenidos en memoria caché y, desde allí, enlazar contenidos protegidos de terceros<sup>25</sup>.

Con todo, la Audiencia entiende que ese acto de reproducción de webs y sus contenidos en la memoria caché del buscador carece de una entidad suficiente para considerarlo antijurídico, en el sentido de infringir el derecho exclusivo de reproducción. Para argumentar su decisión recurre a una interpretación inversa del test o prueba de los tres pasos, en el sentido de que deben considerarse lícitos los actos de utilización de contenidos protegidos que no vayan en detrimento de la explotación normal de la obra o prestación ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular; aprovechando esta original lectura del “*three-step-test*” recogido en los arts. 5.5 DDASI y 40bis TRLPI, la Sección Mercantil de la Audiencia de Barcelona va mucho más lejos, hasta el

---

plen los requisitos con arreglo a los cuales estas copias deben ser provisionales de acuerdo con el art. 5.1 DDASI: tener carácter transitorio o accesorio y formar parte integrante y esencial de un proceso tecnológico (ap. 51 y 64). Es claro que la caché del motor de búsqueda sirve a fines muy diferentes, por lo que no le resulta de aplicación esta doctrina.

<sup>24</sup> En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Bruselas, Secc. 9.<sup>a</sup>, de 5 de mayo de 2011 (“Copiepresse v. Google”, ap. 54). Por el contrario, una Sentencia del United States District Court of Nevada del año 2006 (“Field v. Google”, 412 F. Supp. 2d 1106), además de considerar “*prima facie*” que el almacenamiento de sitios web en memoria caché quedaría cubierto por la excepción general del uso justo (“*fair use*”) al no impedir la explotación normal de la obra, concluye que dicho comportamiento entraría dentro del régimen de puerto seguro (“*safe harbor*”) de la Sect. 512(b) de la US Copyright Act, al tratarse de una reproducción temporal para la transmisión de datos. Para mayor detalle *vid.* PEGUERA POCH, M., “Copyright Issues Regarding Google Images and Google Cache”, en LÓPEZ-TARRUELLA, A. (Ed.), *Google and the Law. Empirical approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models*, Springer, La Haya, 2012, págs. 187 y ss.

<sup>25</sup> PEGUERA POCH, M., “Copyright Issues Regarding Google Images and Google Cache”, *cit.*, págs. 199-200.

punto de conectar esa interpretación inversa y abierta (flexible) del test de los tres pasos<sup>26</sup> con la excepción del “*fair use*” o uso leal propia de los sistemas del “*copyright*” anglosajón. La Audiencia acaba por resolver el caso trasladando a la esfera de la propiedad intelectual la doctrina del “*ius usus inoqui*” o derecho al uso inocuo en tanto que límite natural al derecho de propiedad que opera sobre todo para evitar extralimitaciones absurdas (proscripción del abuso de derecho, *ex art.* 7.2 CC); como resulta ser, en el caso concreto, reclamar como infracción al derecho de autor la actividad de un programa buscador consistente en facilitar el acceso más fácil y rápido a una página web accesible por el público sin restricción alguna, reproduciendo una pequeña parte insustancial del contenido de la misma junto al enlace resultante de la búsqueda con la única finalidad de ofrecer al usuario una mínima aproximación al contenido que tal sitio ofrece, con lo cual —concluye— ni se obstaculiza la explotación normal del sitio web y de su contenido (sino más bien todo lo contrario, al facilitar un mayor flujo de visitantes y contribuir a descongestionar el tráfico de datos en Red, ofreciendo un acceso rápido desde la memoria caché del buscador) ni se estarían perjudicando injustificadamente los intereses de los titulares de derechos<sup>27</sup>.

La Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo confirmó en lo esencial la sentencia de la Audiencia de Barcelona mediante Sentencia dictada con fecha de 3 de abril de 2012, aunque descarta atribuirle carácter de doctrina jurisprudencial firme aplicable directamente a casos futuros similares, arguyendo al respecto que el carácter innovador y superador de la legislación especial de la sentencia recurrida en casación tiene su razón de ser en el carácter maximalista del planteamiento del demandante<sup>28</sup>. A pesar de todo, el TS acaba realizando una importante declaración en la línea flexibilizadora de los derechos de propiedad intelectual, abriendo la puerta a una lectura muy diferente del test de los tres pasos engarzada sutilmente con reglas generales susceptibles de actuar como límites externos a los derechos exclusivos (extramuros de la legislación de pro-

---

<sup>26</sup> Argumento principal de las tendencias flexibilizadoras del derecho de propiedad intelectual, como antes se indicó (*supra*, I, notas 18, 19 y 20). Sobre la inclusión de esta Sentencia en la línea flexibilizadora de los derechos de propiedad intelectual, *vid.* BORGHI M./KARAPAPA S., *Copyright and Mass Digitization*, *cit.*, págs. 41-44.

<sup>27</sup> Como argumentos adicionales para justificar que no se impide la explotación normal de la obra ni se perjudican los legítimos intereses del titular de derechos, la Audiencia Provincial esgrime otro argumento de flexibilización del derecho de autor, como es el hecho de que la actividad de enlazar contenidos puestos a disposición del público en abierto, sin restricciones de acceso, forma parte ya de los usos sociales tolerados, a lo que se suma la posibilidad de que disponen los responsables de sitios web para impedir o limitar al rastreo e indexación de un sitio web en la base de datos caché del buscador de Google y su puesta a disposición mediante enlaces del buscador (lo que se conoce como “*opt-out system*”) mediante la utilización de protocolos del tipo “*Robots Exclusion Standars Protocols*” (*robots.txt*). *Vid.* al respecto, PEGUERA POCH, M., “Copyright Issues Regarding Google Images and Google Cache”, *cit.*, págs. 191 y ss.

<sup>28</sup> *Vid.* CARBAJO CASCÓN, F., “Flexibilización del derecho de autor mediante límites externos a la normativa específica. El caso Megakini v. Google”, *cit.*, págs. 543 y ss.

iedad intelectual) cuando éstos no sean merecedores de tutela por superar los contornos del normal ejercicio del derecho<sup>29</sup>.

Las mismas consideraciones realizadas para los motores de búsqueda se hacen extensivas a los agregadores de noticias, la mayoría de los cuales, por cierto, aparecen directamente vinculados a un motor de búsqueda (Google, Yahoo, Bing). La memoria caché del agregador almacena una copia completa de los sitios web y contenidos de prensa de terceros a la que se puede acceder por medio del buscador que se pone a disposición del público en el mismo sitio de agregación, lo cual constituye un acto de reproducción (art. 2 DDASI)<sup>30</sup> que no queda amparado por la excepción/delimitación de reproducciones provisionales o transitorias del art. 5.1 DDASI (pues no se trata de una mera reproducción transitoria en caché —“*proxy caching*”— para facilitar o hacer más eficiente el proceso de transmisión de datos, ni el agregador actúa como intermediario en un proceso técnico de simple transmisión de datos)<sup>31</sup>. Tampoco queda cubierta esta reproducción por otras excepciones a los derechos de autor, como la cita, la revista de prensa, los recortes de prensa o la utilización de obras con fines informativos. En lo que atiene a la posible aplicación a los agregadores de noticias del régimen de exención de responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información, me remito a las consideraciones realizadas ya sobre el almacenamiento caché en motores de búsqueda y a las que al respecto se harán en relación con la actividad de enlazar, al ser el almacenamiento en caché una función claramente accesoria de ésta última<sup>32</sup>.

Por lo demás, surgen serias dudas sobre si son trasladables a la memoria caché de servicios de agregación de noticias las mismas consideraciones sobre uso tolerado socialmente, licencia implícita o uso inocuo admitidas por la Jurisprudencia para el almacenamiento en la memoria caché de motores de búsqueda. Es cierto que habitualmente el agregador y el motor de búsqueda aparecen vinculados y comparten incluso la misma memoria caché, pero no parece que

---

<sup>29</sup> No es menos cierto —apunta en la comentada línea flexibilizadora— que el art. 40bis TRLPI (regla de los tres pasos) tiene un valor interpretativo no sólo y exclusivamente negativo (limitar el alcance de los límites legales), sino también positivo, en cuanto enuncia los principios que justifican la propia excepcionalidad de los límites, lo cual, sin perjuicio de que los límites al derecho de autor deban en principio interpretarse restrictivamente, permite que dicha regla pueda considerarse como manifestación especial en la legislación de propiedad intelectual de la doctrina del “*ius usus inocui*”, que condensa a su vez los principios generales de buena fe y de proscripción del abuso de derecho o de ejercicio antisocial del mismo en el ejercicio de los derechos (art. 7 CC), así como la configuración constitucional de la propiedad como derecho delimitado por la función social (art. 33.1 CE).

<sup>30</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Bruselas, Secc. 9.<sup>a</sup>, de 5 de mayo de 2011, ap. 29.

<sup>31</sup> Cfr. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Bruselas, Secc. 9.<sup>a</sup>, de 5 de mayo de 2011, ap. 25. *Vid.* al respecto, XALABARDER, R., “Google News and Copyright”, *cit.*, págs. 120, 128 y 159.

<sup>32</sup> Esta remisión viene justificada por el hecho de que en ningún caso pueden considerarse proveedores de servicios de memoria tampón o caché, *ex art.* 15 LSSICE, aunque sí podrían calificarse como proveedores de directorios organizados de enlaces (art. 17 LSSICE), por lo que resulta oportuno remitirse al análisis de la actividad de enlazar propiamente dicha.

pueda presumirse tan fácilmente la existencia de un consentimiento tácito o comportamiento concluyente (uso tolerado) en los titulares de sitios web de información o entretenimiento para que la web y sus contenidos se almacenen en la memoria caché de un agregador de noticias. Quizás no puede juzgarse por el mismo rasero la actividad automatizada de los motores de búsqueda (que facilita extraordinariamente la localización de contenidos y el flujo de usuarios hacia el sitio de origen de los mismos) que un servicio estructurado de enlaces de noticias que, hasta cierto punto (dependiendo del perfil del usuario), puede presentarse como un servicio complementario, pero que, según el perfil del usuario, puede llegar a resultar sustitutivo de las webs de los medios de comunicación e información digitales y, por tanto, como un competidor siquiera potencial que además ostenta un claro carácter parasitario al nutrirse sistemática y regularmente de enlaces a contenidos generados por medios de comunicación “*on line*” y por sitios web de información o entretenimiento en general. Sin embargo, esta cuestión conviene remitirla al estudio jurídico de los enlaces y del uso complementario de texto e imágenes junto a los mismos, dado que el potencial perjuicio para los titulares de derechos sobre contenidos de prensa o similares se produce no tanto por el almacenamiento en memoria caché de contenidos de prensa (que cumple una función claramente accesoria de la posterior puesta a disposición), sino por su posterior puesta a disposición del público mediante enlaces profundos, acompañados regularmente de fragmentos de texto e imágenes en miniatura del contenido enlazado extraídos de la propia memoria caché.

## 2. GENERACIÓN Y PUESTA A DISPOSICIÓN DE ENLACES A SITIOS EN LÍNEA DE TERCEROS

### 1. *Libertad de enlazar condicionada a la falta de uso de medidas restrictivas de acceso a la información en línea: La Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 13 de febrero de 2014 (“Svensson”)*

Los motores de búsqueda muestran los resultados de la información solicitada por el usuario en forma de enlaces profundos (“*deep-hyperlinks*”) a la página principal y páginas interiores de cualesquiera sitios web donde exista una referencia sobre la misma (de ahí su denominación, en ocasiones, como servicios de referenciación), ordenando los resultados naturales de búsqueda en función de diversos criterios como la frecuencia y el mayor número de referencias sobre la materia en la web referenciada, el número de visitas recibidas por una web o el número de enlaces a dicha web. En este epígrafe se valora exclusivamente la actividad de enlazar, dejando para más tarde la valoración del uso accesorio de fragmentos de texto e imágenes en miniatura.

La calificación jurídica de la actividad de enlazar desde el derecho de autor y los derechos conexos viene siendo objeto de discusión desde hace largo tiempo, desde la perspectiva del derecho de puesta a disposición o comunicación públi-

ca interactiva: la puesta a disposición del público de obras o prestaciones, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija (art. 3.2 DDASI y art. 20.2i TRLPI)<sup>33</sup>. El objeto de discusión reside en si la actividad de enlazar constituye un acto secundario de comunicación al público de una obra que ya ha sido puesta a disposición previamente en Internet, o si se trata de una mera técnica para reenviar a los usuarios a otro sitio en línea donde los contenidos ya están a su disposición. Desde luego, la cuestión no es baladí, pues calificar en todo caso la actividad de establecer enlaces a contenidos de terceros como un caso de puesta a disposición al público podría resultar devastador para el funcionamiento de Internet y de la Web 2.0<sup>34</sup>.

El problema fue abordado seriamente por primera vez por parte del Tribunal Supremo Alemán (BGH) en la Sentencia de 17 de julio de 2003 (caso “Paper-boy”), según la cual el establecimiento de enlaces, incluyendo enlaces profundos, no puede quedar comprendido dentro del derecho de puesta a disposición del público (parágrafo 19a UrhG) si el responsable de los sitios enlazados no implementa medidas de control para bloquear el acceso al sitio y a su información. Se entiende así que el titular de los contenidos puestos a disposición del público desde un sitio en línea sin restricciones de acceso, estaría autorizando implícitamente el enlace a su web y el acceso a sus contenidos, y, en consecuencia, que quien establece el enlace se está limitando a facilitar a los usuarios el acceso a obras o prestaciones que ya están libremente a su disposición en el sitio web enlazado, con lo cual el titular de derechos no pierde el control sobre los contenidos<sup>35</sup>. Esta decisión fue precursora en la tendencia de flexibilización del derecho de propiedad intelectual al margen de su legislación específica, recurriendo al concepto del consentimiento implícito en relación con la falta de medidas tecnológicas de control para justificar que quien pone contenidos a disposición del público en Internet sin restricciones de acceso estaría manifestando tácitamente (mediante un acto concluyente por omisión)

---

<sup>33</sup> Con carácter general, *vid.* por todos, PEGUERA POCH, M., “Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas”, *Pe.i.* núm. 42, septiembre 2012, págs. 31-84; SÁNCHEZ ARISTI, R., “Enlazadores y seudoenlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedor de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales”, *AC-M*, 2012/5, págs. 91-135; del mismo, “La provisión de enlaces en Internet y el Derecho de puesta a disposición del público”, *Pe.i.* núm. 46, abril 2014, págs. 45-95; RAMÍREZ SILVA, P., “Los enlaces en Europa. El asunto Svensson (I): réplica a la opinión de la European Copyright Society”, *Indret* ([www.indret.com](http://www.indret.com)), 2013/2, 26 págs.

<sup>34</sup> Así, XALABARDER, R., “Google News and Copyright”, *cit.*, pág. 132.

<sup>35</sup> I ZR 259/00. *Vid.* en GRUR 2003, págs. 958 y ss. A lo anterior se suma, según el Tribunal, la consideración de la actividad del motor de búsqueda como un comportamiento leal en términos de mercado, que no impide al titular de derechos del sitio enlazado el control y explotación de su obra, mientras que incrementa las posibilidades de acceso a la información a los usuarios: si el titular de derechos aprovecha Internet para sus propios intereses, deberá someterse a los intereses generales en el acceso a la información, en tanto en cuanto sin los motores de búsqueda el acceso a información plural contenida en la WWW sería prácticamente imposible. *Vid.* DREIER. T./SCHULZE, G., *UrhG*, 4<sup>a</sup> ed., München, 2013, Paragraf. 19, Rn. 6a, págs. 344-345.

su consentimiento para que esos contenidos sean indexados y enlazados por motores de búsqueda, al no poder ignorar el papel fundamental que juegan éstos en la localización y flujo de información en Internet. De hecho, el acto concluyente del que se deriva el consentimiento implícito se aprecia no sólo en la ausencia de controles de acceso a la web sino también en el hecho de no recurrir a aplicaciones del tipo “robots.txt” para impedir que su web pueda ser indexada por un motor de búsqueda.

La cuestión no parece tan sencilla en el caso de los enlaces generados por servicios de agregación de noticias a contenidos de prensa, información o entretenimiento en general; incluso aunque estén vinculados a grandes motores de búsqueda. Los titulares de sitios de información (especialmente los grandes grupos de medios de prensa) pueden tolerar que sus webs sean enlazadas por motores de búsqueda que generan enlaces de modo automático como respuesta a los términos de búsqueda del usuario; de hecho, negarse a ello podría suponer un grave revés para sus intereses, pues restaría notablemente el flujo de usuarios a sus sitios de información “on line”. Sin embargo, los servicios de agregación de noticias que presentan la información de actualidad (y la que ya no lo es, pero puede recuperarse a través de enlaces a la memoria caché del agregador), de forma estructurada y organizada por materias, para facilitar a los usuarios de su servicio hacerse rápidamente una idea de las noticias de actualidad (y acceder a otras anteriores por medio de la memoria caché y del programa de búsqueda que figura en el mismo sitio del agregador), suponen —siquiera potencialmente— un riesgo para los medios de comunicación en términos de pérdida de ingresos por publicidad, ya que los usuarios pueden decidir no pulsar el enlace y así no acceder al sitio de origen de la información, o bien acceder a páginas interiores donde no hay publicidad o el impacto de la misma es menor que la que figura en la página principal. Por eso, los medios de comunicación más poderosos consideran que los enlaces ofrecidos por los servicios de agregación de noticias realizan actos no autorizados de puesta a disposición del público de contenidos ajenos, al facilitar siquiera indirectamente el acceso a la información contenida en las webs enlazadas a un público nuevo (no contemplado, en principio, por los titulares de los sitios web enlazados) sin solicitar autorización a los titulares de derechos<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> La Sentencia de la Corte de Apelaciones de Bruselas, Secc. 9ª, de 5 de mayo de 2011 (“Copiepresse c. Google News”), rechazó el argumento esgrimido por Google en el sentido de calificar el enlace profundo como un simple suministro o provisión de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, lo cual no implica un acto de comunicación al público tal y como se pactó en la Declaración Concertada al art. 8 del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor, de 1996 (cfr. ap. 23 de la Sentencia). Por lo demás, a la hora de valorar si existe comunicación al público la Sentencia señala que Google tiende a confundir su motor de búsqueda con el servicio de agregación de noticias, el cual no se limita a establecer y ofrecer enlaces sino que también reproduce fragmentos significativos de obras protegidas, lo cual constituye sin duda un acto de comunicación al público (cfr. ap. 30). La argumentación es tibia y, como acertadamente apunta XALABARDER (“Google News and Copyright”, *cit.*, pág. 132), deja margen para la duda sobre si los enlaces serían lícitos reproduciendo únicamente los títulos o cabeceras de prensa de las noticias enlazadas o sobre si

Esta compleja cuestión ha sido abordada por el TJUE (Sala Cuarta) en su Sentencia de 13 de febrero de 2014 (As. C-466/12, “Nils Svensson y otros v. Retriever Sverige AB”)<sup>37</sup>, en un caso que puede resultar de aplicación a los distintos tipos de servicios de agregación de noticias, a los motores de búsqueda e incluso extrapolarse a la actividad de enlazar en general, sea o no a contenidos de prensa o de información.

Considera el TJUE que el concepto de *acto de comunicación* de una obra o prestación comprendido como primer requisito en el art. 3.1 DDASI debe interpretarse en sentido amplio con el fin de garantizar un elevado grado de protección a los titulares de derechos de autor y de derechos afines (según se desprende de los Considerandos 4 y 9 de la propia Directiva), bastando a tales fines con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad; desde este punto de partida, concluye que el hecho de facilitar en una página de Internet enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas publicadas sin ninguna restricción de acceso en otra página de Internet, ofrece a los usuarios de la primera página un acceso directo a dichas obras, con lo cual la actividad consistente en facilitar enlaces en un sitio de Internet para dirigir al cliente a obras protegidas de terceros debe calificarse, en principio, de “puesta a disposición” y, en consecuencia, de “acto de comunicación”<sup>38</sup>.

Eso no significa, sin embargo, que dicho acto de comunicación quede incluido sin más en el derecho exclusivo de comunicación interactiva o puesta a disposición del público, pues al examinar el segundo de los requisitos conceptuales del derecho, *que la obra sea comunicada a un público*, se indica que cuando la obra ha sido comunicada al público a través de Internet, al igual que la comu-

---

el acto de enlazar; sin utilizar fragmentos, equivale a un acto de comunicación al público. En mi opinión, el argumento del Tribunal belga podría utilizarse para justificar la licitud del enlace “*per se*”, centrando así el debate en si la utilización de fragmentos de texto o imágenes de la noticia enlazada puede suponer una infracción a los derechos de reproducción y puesta a disposición sobre esos contenidos.

<sup>37</sup> En el caso, varios periodistas (Svensson y otros), titulares de derechos de autor sobre artículos periodísticos que fueron publicados en la versión impresa del periódico Göterborgs-Posten y también en la versión digital, demandaron a la sociedad Retriever Sverige, que gestiona un sitio web de pago (acceso restringido) que facilita a sus clientes listas de hiperenlaces de Internet que conducen a artículos periodísticos publicados entre otros sitios en las páginas de Internet del Göterborgs-Posten, considerando que se ha producido una infracción de su derecho exclusivo de comunicación pública interactiva o puesta a disposición del público, ya que si el cliente de la web de Retriever Sverige pulsa sobre uno de los enlaces puestos a disposición del público en dicha web no podrá ver claramente que se ha desplazado a otra página de Internet, la del Göterborgs-Posten, para acceder y leer el artículo periodístico que le interesa, produciéndose así un acto de puesta a disposición no autorizado por los legítimos titulares de los derechos de autor. *Vid.* el exhaustivo comentario de SÁNCHEZ ARISTI, R., “La provisión de enlaces en Internet y el Derecho de puesta a disposición del público”, *Pe.i.* núm. 46, abril 2014, págs. 45-95. La doctrina “Svensson” ha sido confirmada en el Auto del TJUE (Sala Novena) de 21 de octubre de 2014 (As. C-348/13, “Bestwater International”), recurriendo al mecanismo previsto en el art. 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal.

<sup>38</sup> *Cfr.* apartados 15-20.

nicación inicial (es decir con la misma técnica de comunicación)<sup>39</sup>, entiende el Tribunal —conforme a su propia jurisprudencia<sup>40</sup>— que debe tratarse en todo caso de un *público nuevo*, en el sentido de que no fuera tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público desde un sitio web. Y concluye indicando que, aunque un acto consistente en facilitar enlaces en una página web para dirigir a los clientes de la misma a obras que ya fueron publicadas o difundidas previamente en otra página web constituye un acto de comunicación al público, no se está comunicando a un público nuevo si esas obras eran libremente accesibles en la página enlazada por no estar sujetas a ninguna medida restrictiva de acceso, con lo cual no es necesario que los titulares de derechos autoricen una nueva comunicación al público realizada por medio de enlaces ya que esos usuarios del agregador son destinatarios potenciales de la comunicación inicial y forman parte del público tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando éstos autorizaron la comunicación inicial<sup>41</sup>.

Así las cosas, la comunicación indirecta y secundaria de la obra o prestación que tiene lugar a través de un enlace quedaría subsumida en la autorización inicial que los titulares de derechos otorguen para una primera comunicación pública en Internet, siempre que ésta permita el acceso y disfrute libres de la obra o prestación. Dado que no existiría un público nuevo<sup>42</sup>, no es necesario que los titulares de los derechos de autor autoricen una comunicación al público consistente en la puesta a disposición de enlaces que dirigen a sus usuarios a obras incluidas en las páginas enlazadas o remitidas; incluso si cuando al pulsar el enlace de que se trate en la web de remisión la obra apareciera dando la impresión de que se muestra en la misma página o sitio en la que se encuentra el enlace aunque en realidad proceda de otra página distinta, esto es, también en aquellos casos en que la información enlazada se presente como si fuera propia del sitio donde figura el enlace mediante la técnica del enlace ensamblado (“*inlining o embedded link*”) y del enlace marco (“*frame*”)<sup>43</sup>. Ahora bien, matiza el TJUE que si el enlace

---

<sup>39</sup> Pues de no emplearse la misma técnica habría que hablar en todo caso de la existencia de un público nuevo, según se deduce de la doctrina contenida en la STJUE de 7 de marzo de 2013 (As. C-607/11, TV Catchup, ap. 39). Lo que no impide que pueda apreciarse también la existencia de un público nuevo cuando los dos actos de comunicación utilizan la misma técnica, según se desprende asimismo de la STJUE de 7 de diciembre de 2006 (As. C-306/05, SGAE, ap. 24). *Vid.* los acertados matices que expone, SÁNCHEZ ARISTI, R., “La provisión de enlaces en Internet y el Derecho de puesta a disposición del público”, *cit.*, págs. 68-70.

<sup>40</sup> Cfr. STJCE de 7 de diciembre de 2006 (As. C-306/05, SGAE, aps. 40 y 42); ATJUE de 18 de marzo de 2010 (As. C-136/09, Organismos Sillogikis Dacherisis, ap. 38); STJUE de 7 de marzo de 2013 (As. C-607/11, ITV Broadcasting, ap. 39). También la STJUE de 13 de octubre de 2011 (As. C-431/09, Airfield).

<sup>41</sup> Cfr., apartados 26-27.

<sup>42</sup> Cfr. apartados 28-29.

<sup>43</sup> Cfr., apartado 29. Consideración ésta que puede parecer excesiva, pues cabría hacer distinciones útiles en función de si el vínculo es un enlace sobre el que se puede pulsar (siendo este el caso, por lo demás, planteado en el supuesto de hecho enjuiciado), bien directo o de superficie (“*surface link*”) o bien profundo (“*deep link*”), que deja bien claro al usuario que está siendo redirigido a la página web

permitiera a los usuarios del sitio de agregación eludir las medidas tecnológicas de restricción de acceso que, en su caso, hubiera adoptado el titular de la web enlazada para limitar el acceso a la misma únicamente a los clientes abonados, o bien permitiera a los usuarios del enlace acceder a una información que ya no está accesible en la web desde la que fue puesta a disposición del público inicialmente, habría que considerar que el conjunto de los usuarios que tuvieran acceso a esas obras enlazadas, sin necesidad de suscribirse al sitio de origen, constituye un público nuevo que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial, de modo que la segunda comunicación consistente en el acto de enlazar esos contenidos de acceso restringido o que ya no están a disposición del público libremente desde un sitio web distinto sería un acto de comunicación al público que necesitaría en todo caso contar con la autorización de los titulares de derechos<sup>44</sup>.

La clave reside formalmente en el matiz del público “nuevo”. De modo que la actividad de enlazar constituye un acto de comunicación a un público, pero sólo quedará dentro del alcance del “*ius prohibendi*” del derecho de puesta a disposición del público si va dirigido a un público “nuevo” no contemplado por el titular de derechos que autorizó la primera comunicación de su obra o prestación desde la web enlazada. No significa esto que la web desde la que se establece el enlace no disponga de su propio público<sup>45</sup>, sino que dicho público será relevante para

---

de un tercero, o si es un enlace ensamblado (“*inlining o embedded link*”) o un enlace marco (“*frame*”), donde el enlace está preactivado y la información enlazada se presenta como si fuera propia del sitio en el que se ofrece dicho enlace (produciéndose, de algún modo, una apropiación siquiera funcional de ese contenido ajeno), de forma que el usuario no será necesariamente consciente de que al pulsar un enlace, botón o pantalla del sitio de referenciación está accediendo a contenidos ubicados en la web de un tercero, sino a contenidos accesibles o descargables desde el mismo sitio que está visitando. Sobre la calificación de los distintos tipos de enlaces para el derecho de propiedad intelectual, *vid.* ORTEGA DÍAZ, J.F., *Los Enlaces en Internet*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006 (especialmente, págs. 122 y ss.). Como bien señala SÁNCHEZ ARISTI (“La provisión de enlaces en Internet y el Derecho de puesta a disposición del público”, *cit.*, págs. 76-79), extender la doctrina sobre la libertad condicionada de enlazar en Internet a todo tipo de enlaces resulta contradictoria con el elemento clave que sustenta dicha doctrina: el concepto de “público nuevo”; pues parece claro que en algunos casos los usuarios no “pulsan” un enlace teniendo plena conciencia de que van a ser reenviados al sitio en línea del tercero enlazado, sino que el hipervínculo se activa y presenta en la web del enlazador, con lo cual se estaría generando una capa de público específico para su sitio “*online*” que no habría sido tenido en cuenta por el titular de derechos que autorizó la primera comunicación al público de su obra o prestación en la web enlazada. Sin embargo, el TJUE ha ratificado su primera doctrina en el Auto de 21 de octubre de 2014 (As. C-348/13, “Bestwater”), al decidir que el hecho de que una obra protegida (en el caso una obra audiovisual de carácter publicitario) se encuentre libremente disponible en un sitio de Internet (en el caso la plataforma YouTube) determina que su inclusión en otro sitio en línea recurriendo a la técnica del “*framing*” no pueda ser calificado como acto de comunicación al público, en la medida en que la obra en cuestión no se transmite a un público nuevo ni se utilice un medio técnico específico diferente de aquel en que se realizó la comunicación de origen.

<sup>44</sup> Cfr. apartado 33.

<sup>45</sup> El Tribunal da por sentado que las webs enlazadoras disponen de un público propio (especialmente en el caso de los agregadores de noticias; y más aún si, como en el caso enjuiciado en “Svensson” se trata de un servicio de pago), sin perjuicio de que pueda ser compartido con las webs enlazadas (algo que no parece suceder en el caso de enlaces ensamblados y marcos).

decidir si se produce una vulneración del derecho exclusivo de puesta a disposición en el acto de comunicación que constituye el establecimiento del enlace, en función de si fue o no tomado en consideración por el titular de derechos que autorizó la primera comunicación interactiva de su obra o prestación en Internet.

En definitiva, la Sentencia “Svensson” rechaza en vía de principio incluir plenamente la actividad de enlazar a contenidos de terceros dentro del alcance del derecho exclusivo de comunicación pública interactiva o puesta a disposición<sup>46</sup>. Antes bien, parece consagrar una libertad condicionada de enlazar contenidos difundidos desde sitios en línea de terceros, marcando los contornos del derecho de puesta a disposición en relación con los enlaces<sup>47,48,49</sup>.

---

<sup>46</sup> La sentencia es tanto más relevante en la medida en que el TJUE contesta a la cuarta cuestión planteada por el Tribunal remitente afirmando categóricamente que de los Considerandos 1, 6 y 7 de la Directiva 2001/29/CE se deriva que su principal objetivo consiste en eliminar las diferencias legislativas que existen entre los Estados miembros en torno a la protección de los derechos de autor; razón por la que no puede admitirse que un Estado pueda proteger más ampliamente a los titulares de derechos estableciendo que el concepto de comunicación al público incluya más actos que los previstos en el art. 3.1 de la Directiva. De modo que, en principio, un Estado miembro no podría modificar su legislación para tipificar expresamente como acto de puesta a disposición sujeto a la autorización de titulares de derechos la actividad de enlazar a contenidos de terceros independientemente de las circunstancias, sin perjuicio de que la nueva interpretación sirva para cerrar el debate al menos cuando tales enlaces vayan dirigidos a un público nuevo (cfr. apartados 33-41). Otra cosa es que aquellos ordenamientos nacionales que contemplen un derecho de explotación genérico o abierto, como Alemania (parágrafo 15 UrhG) o España (art. 17.1 TRLPI), puedan intentar combatir la actividad de enlaces al margen del derecho de comunicación pública interactiva o puesta a disposición, tal y como sugiere algún autorizado autor. Véanse las interesantes consideraciones que realiza al respecto SÁNCHEZ ARISTI (ob. cit., págs. 89-92).

<sup>47</sup> El Tribunal se desmarca parcialmente de la opinión mostrada por los miembros de la “European Copyright Society” en un informe hecho público el 15 de febrero de 2013 (“*Opinion on the Reference to the CJEU in case C-466/12 Svensson*”; accesible desde el sitio <http://kluwercopyrightblog.com/2013/02/15/european-copyright-society-issues-opinion-on-svensson-hyperlinking-case/>), afirmando que el establecimiento de enlaces no pueden enmarcarse en el derecho de puesta a disposición del público recogido en el art. 3 DDASI, al no constituir como tal un acto de transmisión necesario para que exista comunicación, no proveer realmente acceso a una obra y, en todo caso, no estar siempre dirigido a un público nuevo. Vid. RAMÍREZ SILVA, P., “Los enlaces en Europa. El asunto Svensson (I): réplica a la opinión de la European Copyright Society”, InDret (www.indret.com), 2013/2, 26 páginas; también, SÁNCHEZ ARISTI, R., “La provisión de enlaces en Internet y el Derecho de puesta a disposición del público”, cit., págs. 52-54. El Tribunal confirma que los enlaces constituyen actos de comunicación al público, siquiera indirecta, de una obra divulgada anteriormente en el sitio web enlazado, si bien comparte el razonamiento de que el enlace no estará siempre dirigido a un público nuevo.

<sup>48</sup> Por el contrario, las conclusiones del Tribunal parecen aproximarse más a la opinión mostrada por el Comité Ejecutivo de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI) en el Informe aprobado durante la reunión celebrada en Cartagena de Indias el 16 de septiembre de 2013 (accesible desde el sitio <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/derecho-de-puesta-a-disposicion.pdf>), según el cual, la actividad de enlazar constituye una modalidad de puesta a disposición o comunicación interactiva que infringe el derecho exclusivo de los titulares cuando: *i*) el contenido se ha puesto inicialmente a disposición sin el consentimiento del titular de los derechos; *ii*) se han eludido las medidas tecnológicas de protección o; *iii*) la disponibilidad del contenido, incluso si hubiera sido difundido inicialmente por Internet de forma consentida, colisiona de cualquier modo con la voluntad declarada o claramente implícita del titular de los derechos. (Aunque cabe preguntarse si no es la voluntad implícita de los titulares de derechos que publican sus contenidos en un determinado sitio web, que los mismos sólo sean accesibles por el público que acceda directamente a dicho

Una libertad de enlazar condicionada por factores fácticos y jurídicos puntuales, ajenos al acto mismo de comunicación de los enlazadores; factores que demuestran o sirvan para demostrar que el titular de derechos o —con su autorización— el cesionario responsable de la web se oponen a que los contenidos incluidos en la misma sean libremente accesibles por el público internauta en general; a saber: entre los jurídicos, que el contenido enlazado haya sido previamente puesto a disposición del público en Internet con el consentimiento previo del titular de derechos (requisito inexcusable) y, en su caso, el establecimiento de condiciones contractuales de licencia para el acceso a la web y el uso de sus contenidos; y entre los fácticos el establecimiento de medidas tecnológicas (como la encriptación de toda la web o de algunos de sus contenidos y el control de acceso a la web)<sup>50</sup> o la retirada de contenidos de la web de origen, por parte de los responsables de las webs y contenidos enlazados<sup>51</sup>. Con lo cual, el

---

sitio en línea, y no que sean aprovechados por terceros enlazadores para ponerlos a disposición de un público distinto.) *Vid.* al respecto SÁNCHEZ ARISTI, R., “La provisión de enlaces en Internet y el Derecho de puesta a disposición del público”, *cit.*, págs. 54-55; y las consideraciones críticas de BENABOU, V-L., “Quand la CJUE détermine l'accès aux oeuvres sur Internet. L'arrêt Svensson, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public”, *cit.* págs. 3-4 (accesible en <http://droitdu.net/2014/02/quand-la-cjue-determine-lacces-aux-oeuvres-sur-internet-larret-svensson-liens-cliquables-et-harmonisation-maximale-du-droit-de-communication-au-public/>; última visita, 30 de septiembre de 2014), para quien la decisión del Tribunal parece hacer imposible cualquier distinción de “públicos” posibles en Internet.

<sup>49</sup> El Comité Ejecutivo de ALAI, reunido el 17 de septiembre de 2014, ha hecho público un nuevo Informe sobre el criterio de “público nuevo” desarrollado por el TJUE, considerado en el contexto de la puesta a disposición del público y de la comunicación al público (accesible en el sitio <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/2014-avis-public-nouveau.pdf>; última visita, 10 de noviembre de 2014). La ALAI critica abiertamente el concepto de público nuevo desarrollado por el TJUE, que considera incompatible con el derecho de comunicación al público previsto en la Convención de Berna y en los Tratados OMPI sobre Derecho de Autor y sobre Intérpretes y Fonogramas de 1996, así como con la Directiva 29/2001/CE. Entiende la ALAI que dicho concepto tiene como efecto el agotamiento injustificado del derecho exclusivo a autorizar la comunicación al público de obras puestas a disposición por sus titulares o terceros autorizados desde sitios accesibles a todos. Y señala también, que la decisión de vincular la existencia o no de un público nuevo a la implementación por el titular de restricciones para el acceso a su obra, implica la necesidad de establecer una reserva de derechos o de implementar medidas tecnológicas de protección, directamente contrarias a la prohibición de exigencia de formalidades para la protección del derecho de autor establecida en el art. 5.2 del Convenio de Berna.

<sup>50</sup> Lo más razonable es que el responsable del sitio web combine el uso de medidas tecnológicas de control de acceso o bloqueo de enlaces con declaraciones de reserva de derechos y autorizaciones o restricciones contractuales a los usuarios del sitio mediante licencias de usuario final o a terceros interesados en la comunicación posterior de la web y sus contenidos mediante licencias de explotación. No parece que simples reservas de derechos o restricciones contractuales en forma de requerimientos de celebración de contratos (“*web linking agreement*”), o incluso meras declaraciones unilaterales en las condiciones de uso del sitio prohibiendo el uso de enlaces profundos (“*terms of use*”), puedan servir por sí solas para excluir de ser enlazadas a webs que no hayan implementado simultáneamente algún tipo de medidas tecnológicas. Es decir, en el ámbito digital la restricción contractual, para ser eficaz e impedir la comunicación mediante enlaces, debe ir necesariamente acompañada de restricciones técnicas.

<sup>51</sup> Cfr. apartado 31. Para pasar a un sistema de suscripción en la misma web o en otra distinta destinado a un nuevo público limitado, o, simplemente, por la decisión del titular de derechos o del responsable de la web de retirar la obra o prestación de la web y sacarla del ciberespacio. Apunta SÁNCHEZ ARISTI (“La provisión de enlaces en Internet y el Derecho de puesta a disposición del

enlazador que vincule contenidos subidos a una web sin autorización de los titulares de derechos sobre los mismos; o que ancle su web con otra que disponga de medidas tecnológicas de protección para controlar o restringir el acceso; o que ofrezca contenidos que ya hubieran sido retirados de la web de origen enlazada; estaría infringiendo el derecho exclusivo de comunicación pública interactiva por el hecho de enlazar la web y su contenido para ofrecerla a un público nuevo, sin perjuicio de que, el acto de enlazar contenidos protegidos en origen con medidas tecnológicas pueda implicar también una infracción (indirecta) de derechos de propiedad intelectual por el acto de elusión de tales medidas siempre que estas sean “eficaces” (arts. 6.1 y 160.1 y 2 TRLPI)<sup>52</sup>.

## 2. *Justificación jurídico-material de la actividad de enlazar en el caso “Svensson”: los conceptos de consentimiento tácito y de licencia implícita*

El examen de la doctrina del TJUE en el caso “Svensson” no puede quedar reducido al mero análisis formal técnico-conceptual sobre el alcance del derecho exclusivo de comunicación interactiva, dado que, el alcance formal del derecho se hace tributario de la manera concreta en que la obra o prestación enlazada ha sido puesta a disposición del público desde el sitio enlazado. Es

---

público”, *cit.*, pág. 82) que “ello implica descartar que los efectos del acto inicial de comunicación al público perduren en el tiempo, provocando que el titular resulte presa de su anterior voluntad”; antes bien, el Tribunal admite y concede relevancia jurídica al cambio de voluntad sobrevenido del titular de derechos (pasando la información a un sitio de acceso restringido o retirándola de la Red), descartando así la tentación (propia de quienes explotan espacios de memoria caché) de justificar la plena disponibilidad y reutilización “*sine die*” de cualquier información difundida en Internet.

<sup>52</sup> El Tribunal no entra a valorar si las medidas tecnológicas que, en su caso, implemente el titular de la página enlazada tienen que ser eficaces, tal y como exige el art. 6.1 DDASI (art. 160.1 TRLPI). En mi opinión, bastará con que se utilice cualquier tipo de medida técnica para restringir el acceso, ya que lo determinante es la voluntad del titular de derechos contraria a su libre reutilización por terceros mediante la técnica del enlace o cualquier otra. De hecho, esta es la doctrina fijada por el Tribunal Supremo alemán (BGH) en su Sentencia de 29 de abril de 2010 (I ZR 39/08, “Session-ID”): si el responsable de una web (en el caso concreto, una web que ofrece mapas de regiones y ciudades alemanas) incorpora una medida tecnológica que impide el acceso a las páginas interiores del sitio sin pasar antes por la página de inicio, un tercero que establezca un enlace profundo a las páginas interiores del sitio eludiendo esa medida tecnológica estará llevando a cabo un acto no autorizado de puesta a disposición del público, independientemente de si la medida tecnológica es o no eficaz, en la medida que la mera implementación de dicha medida sirve para mostrar públicamente la voluntad del titular de derechos para restringir el acceso a su sitio en línea únicamente a quienes pasen previamente por su página de inicio. *Vid.* DREIER T./SCHULZE G., *UrhG*, 4ª ed., paragra. 19ª, Rn 6ª, págs. 345. Diferente será que pueda deducirse un ilícito por la mera elusión de la medida tecnológica, en tanto que la protección frente a la elusión de estas medidas está condicionada a priori a su eficacia. Sobre el alcance de la protección de las medidas tecnológicas, *vid.* STJUE (Sala Cuarta) de 23 de enero de 2013 (As. 355/12, Nintendo c. PCBox). Según esto, la elusión de cualquier medida tecnológica destinada a impedir que la web y sus contenidos sean enlazados (o de limitar el enlace sólo a la página de inicio), como puede ser el recurso a aplicaciones del tipo “robots.txt”, implicaría la existencia de un acto de puesta a disposición no autorizada (pues la medida técnica bastaría por sí sola para demostrar la voluntad del responsable de la web para restringir el acceso al sitio), incluso cuando no fuera eficaz y pudiera no dar lugar a un ilícito por la elusión en sí misma.

decir, tras el argumento conceptual, fundamentado esencialmente en el criterio del público “nuevo” (argumento discutible en sí mismo, a la vista de la propia Jurisprudencia del TJUE<sup>53</sup> y del excesivo alcance que el Tribunal atribuye a la libertad condicionada de enlace<sup>54</sup>), se barrunta la intención clara del Tribunal de favorecer los enlaces en Internet (hasta el punto de igualarlos prácticamente a actos meramente técnicos de comunicación sin trascendencia jurídica apriorística, salvo que concurren determinadas circunstancias de hecho o de derecho que puedan poner en peligro la explotación normal de la obra enlazada por el titular de derechos y determinar entonces su antijuridicidad) y, en particular —para el caso concreto— de favorecer la actividad de los motores de búsqueda y de los agregadores de noticias<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> En mi opinión, la solución adoptada por el Tribunal, aferrándose a un concepto tan difuso e impreciso como el de público “nuevo” resulta cuando menos discutible, pues habría que preguntarse si no constituyen realmente un “público nuevo” los usuarios no naturales de la información puesta a disposición del público desde un concreto sitio en línea; esto es, cabe cuestionarse si no sería un público verdaderamente nuevo el que accede a la información incluida en un concreto sitio web a través de un sitio web diferente, y en particular a través de un sitio que facilita un enlace que redirige al usuario a la web de origen de la información, máxime cuando muchos sitios de información “online” compiten activamente para atraer directamente a los usuarios a su web. Considera en este sentido PEGUERA POCH, M. (“Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas”, Pe.i, núm. 42, 2012, pág. 77, nota 151), que el mero hecho de que el contenido al que se procura el acceso ya esté disponible por otras vías, no es argumento suficiente para afirmar que el segundo acto que procura el acceso (el enlace) quede fuera necesariamente de la noción de comunicación pública, a la vista de la jurisprudencia del TJUE y de la posibilidad de distinguir segmentos diversos de público dentro de la Red. En esta misma línea, con mayor contundencia, afirma SÁNCHEZ ARISTI (“La provisión de enlaces en Internet y el Derecho de puesta a disposición del público”, *cit.*, págs. 71-73) que tanto en Internet como en el éter (actos de radiodifusión) “*el reimpulso de los actos iniciales de comunicación es básico y genera nuevos segmentos de público*”, actuando de hecho los agregadores de información “*a modo de potenciadores o aceleradores de accesibilidad, haciendo que la pasiva o abstracta accesibilidad que tiene un contenido en Internet no indexado o referenciado, se transforme en una accesibilidad dinámica o efectiva*”. De modo que en el comentado contexto de hipertrofia informativa característico de Internet, los agregadores facilitan la localización, acceso y disfrute de contenidos en línea a “nuevos” usuarios (distintos de los usuarios naturales o propios del sitio enlazado) que no conocían su existencia o la forma de acceso directo a los mismos, prestando así un servicio de valor añadido (más claro si es de pago, como sucede en el caso “Svensson”) para un segmento de público diferente del que acude directamente a la información de los medios “online”.

<sup>54</sup> Precisamente, la discriminación de situaciones posibles lícitas e ilícitas podría haber sido más minuciosa. No sólo porque se aplique indistintamente a todo tipo de “links” (confirmado por el ATJUE de 21 de octubre de 2014, “Bestwater”), sino también porque el Tribunal podría haber tenido en cuenta el hecho relevante de que el sitio web que ofrece el enlace lo haga de forma masiva, automática e indiscriminada (como sucede con los motores de búsqueda) de forma organizada y sistemática obteniendo beneficios directos (pago por uso) o indirectos (publicidad, comercio con datos personales) con esa actividad (como sucede con los agregadores), o que lo haga de forma aislada o asistemática con la única intención de remitir a sus clientes a informaciones puntuales de su interés (como ocurre con muchos sitios de información, blogs o cualesquiera páginas de Internet en general que incluyen de forma circunstancial enlaces a otros sitios en línea).

<sup>55</sup> En consecuencia, será difícil que un Estado miembro pueda prohibir los enlaces subsumiendo esa actividad en un derecho genérico de explotación (art. 17 TRLPI); o que prohíba enlazar determinadas obras o prestaciones (por ejemplo los artículos y materiales de prensa), toda vez que la doctrina del caso “Svensson” no se limita al supuesto de hecho subyacente. Lo que no queda tan claro, como luego veremos, es que la imposibilidad de prohibir la actividad misma de enlazar

Pareciera que el tribunal ha sentido la necesidad de matizar su doctrina sobre el público “nuevo” en el derecho de comunicación pública para justificar la licitud apriorística de los enlaces a contenidos difundidos en Red sin restricciones de acceso, en el entendimiento (por lo demás, ampliamente generalizado) de que lo contrario podría poner en serio peligro el funcionamiento de Internet y, con ello, levantar barreras a la innovación, a la libertad de empresa, al desarrollo tecnológico y a la libertad de información en la sociedad y economía del conocimiento<sup>56</sup>. Lo cual induce a situar esta importante sentencia en la *línea flexibilizadora de los derechos de propiedad intelectual*; es decir, en línea con aquellas posiciones doctrinales y jurisprudenciales para las que la propiedad intelectual no se agota en su misma y propia legislación, y que ven lícito recurrir a conceptos, principios y reglas extramuros del derecho de propiedad intelectual para limitar un excesivo alcance de los derechos exclusivos de autores y titulares de derechos afines que pueda poner en peligro los objetivos últimos de política legislativa perseguidos por el mismo derecho de propiedad intelectual: la innovación, el desarrollo tecnológico, la libre competencia y la libertad de expresión e información en la sociedad y economía de la información<sup>57</sup>.

Tras el análisis conceptual del derecho de comunicación pública centrado en el elemento del “público nuevo”, el argumento “oculto” de mayor peso —o que más hondo parece haber calado en el Tribunal— es el del *consentimiento* tácito o implícito *por actos concluyentes* manejado por el Tribunal Supremo alemán en los casos “Paperboy” y “Vorschaubilder I”. Según esta doctrina jurisprudencial, si un titular de derechos lleva a cabo una puesta a disposición de su obra en Internet o autoriza a un tercero para ello sin establecer restricciones técnicas que controlen el acceso o impidan que la web y sus contenidos sean enlazados por terceros, estaría consintiendo de forma implícita (“*konkludente Einwilligung*”) usos habituales de la Red como son la indexación, almacenamiento y puesta a disposición por medio de enlaces por parte de motores de búsqueda o agregadores de contenidos, entre otros, con lo cual la utilización de obras o prestaciones protegidas por un tercero no sería antijurídica al ser consentida por el titular de derechos (“*volenti non fit iniuria*”)<sup>58</sup>. No se trata-

---

(salvo en las circunstancias ya mencionadas en que el titular de derechos deje clara su voluntad contraria al establecimiento de enlaces) impida a un legislador nacional entrar a regular mediante derechos exclusivos y/o derechos de mera remuneración el uso que se haga de los contenidos de prensa (fragmentos e imágenes) que se usan con carácter accesorio en los enlaces.

<sup>56</sup> XALABARDER, “Google News and Copyright”, *cit.*, págs. 131-132, advertía del peligro que encierra calificar como acto de puesta a disposición la actividad de reconducir al público hacia contenidos de terceros mediante la técnica del hipervínculo, pudiendo ser las consecuencias de tal calificación devastadoras para el funcionamiento de Internet; esta circunstancia —continuaba— podría forzar la búsqueda de soluciones legales (limitaciones o regímenes de puerto seguro para todos los operadores de Internet que utilicen enlaces) para evitar los efectos nocivos de la consideración de los enlaces como actos de comunicación interactiva.

<sup>57</sup> Vid. BORGHI M./KARAPAPA S., *Copyright and Mass Digitization*, Oxford University Press, Oxford, 2013, págs. 43-44 y 158-159.

<sup>58</sup> Vid. OHLY, A., “*Volenti non fit iniuria*”: *Die Einwilligung im Privatrecht*, Tübingen 2002, págs. 201 y ss.

ría, en sentido estricto, de una licencia implícita de derechos de explotación (“*konkludente Nutzungsrechteinräumung*”), en tanto en cuanto no existiría como tal una autorización para explotar la obra, sino un mero acto de tolerancia (“*schlichte Einwilligung*”) para reutilizar la web y sus contenidos por parte de buscadores y enlazadores en general, deducido a partir de actos concluyentes del titular o cesionario de derechos responsable del sitio desde el que se pone a disposición del público<sup>59</sup>.

Aplicando este razonamiento a la doctrina del TJUE en el caso “Svensson” sobre el concepto de público nuevo, al no poner el titular o un tercero autorizado por él trabas al acceso a la web y sus contenidos, no habría acto de comunicación al público propiamente dicho susceptible de incluirse en el derecho exclusivo del titular; con lo cual no podría haber una licencia o autorización implícita —entendido “*lato sensu*” como acto negocial de cesión o autorización de derechos exclusivos— para explotar un derecho que como tal no existiría. El hecho de no implementar restricciones de acceso a la web o medidas técnicas para impedir la indexación y enlace, o el hecho de no retirar los contenidos de la web, serían actos concluyentes del titular de derechos para deducir la existencia de una tolerancia tácita o consentimiento implícito para que un motor de búsqueda o un agregador de contenidos rastree, indexe y almacene en sus servidores la web y sus contenidos a fin de establecer posteriormente enlaces a los mismos. No estaríamos, en rigor, ante una licencia implícita para explotar el derecho de puesta a disposición del público mediante la técnica del enlace (puesto que, según la doctrina del TJUE no existiría como tal el derecho de puesta a disposición), sino ante un consentimiento simple, tácito o implícito, para indexar, almacenar y enlazar una web o contenidos a los que no se ponen restricciones de acceso<sup>60</sup>. Cabe preguntarse, no obstante, si el acto de tolerar la reutilización

---

<sup>59</sup> La Sentencia del BGH de 29 de abril de 2010 (“*Vorschaubilder I*”) considera que no existe una licencia ni expresa ni implícita para realizar actos de comunicación al público por parte de quienes ponen sus contenidos en Internet para su acceso libre (máxime, si como sucede en el caso concreto, se pone un aviso en la web rechazando o denegando el uso de las imágenes contenidas en la misma); sin embargo, el Tribunal considera que puede deducirse la existencia de un consentimiento simple para hacer un uso lícito de la web y contenidos puestos a disposición del público sin restricciones técnicas de acceso, que no implica como tal una cesión implícita de derechos (entendida como negocio jurídico-obligatorio o como “*ius in rem*”), esto es, un consentimiento para enlazar la web y sus contenidos derivado de un comportamiento concluyente que consiste en no impedir la indexación y enlace de la web por motores de búsqueda y cualesquiera otros enlazadores. Sobre la misma, *vid.* PEGUERA POCH, “Copyright Issues Regarding Google Images and Google Cache”, *cit.*, págs. 185-186. Para una explicación detallada de los conceptos de consentimiento simple o implícito en la jurisprudencia y doctrina alemana, *vid.* RIEGER, F., *Ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger*, Nomos, Baden-Baden, 2013, págs. 195 y ss.

<sup>60</sup> El concepto de licencia implícita se empleó en un primer momento para justificar el modo de comunicación en Internet a partir de un sitio en línea, con la finalidad de autorizar de manera tácita (deducida a partir de un comportamiento concluyente) a los usuarios de un sitio de acceso libre para que reproduzcan —temporal o duraderamente— la web y sus contenidos con fines de uso personal. Pero más tarde se ha ido haciendo un uso expansivo de este concepto para justificar también usos no personales de webs y contenidos, es decir no sólo actos de reproducción sino también de comunicación pública; en particular la actividad de enlazar, si bien únicamente

de contenidos en línea mediante enlaces no equivale realmente a una licencia implícita para realizar actos (reproducción en caché y comunicación por medio de un enlace) protegidos por el derecho de propiedad intelectual<sup>61</sup>; y por tanto, si, a pesar de no mencionarlo para nada en su sentencia, la licencia implícita es el argumento “implícito” en toda la fundamentación del tribunal en torno al público nuevo de los actos de puesta a disposición. Probablemente hubiera sido mucho más sencillo admitir que cuando se enlaza una web ajena se está dando acceso a la misma a un público nuevo (diferente del propio o natural de dicha web) y, por tanto, llevando a cabo un acto de comunicación interactiva incluido en el derecho exclusivo de puesta a disposición del público; pero autorizado de forma implícita si el titular de derechos o su cesionario (responsable de la web) no establecieran medidas de restricción de acceso o de enlace a la web o no retirasen los contenidos de la misma, tornándose en un comportamiento prohibido en caso de que se implementaran esas medidas.

Sea como fuere, por discutible que sea desde el punto de vista estrictamente jurídico-conceptual, la realidad es que en el ánimo del Tribunal parecen tener más peso las consideraciones jurídico-materiales que las jurídico-formales; más fuerza los objetivos últimos (mediatos) de fomento de la innovación, el progreso técnico y el acceso a la información, que los objetivos primarios (inmediatos) de tutela de los intereses de autores y titulares de derechos conexos<sup>62</sup>. El Tribunal estaría superando la interpretación estrictamente técnica o conceptual del derecho de autor para incorporar argumentos extraños al derecho de propiedad intelectual, con la finalidad decidida de limitar o restringir el alcance de los derechos exclusivos “desde fuera” para fomentar otros valores e intereses superiores a los de

---

enlaces de superficie (“*Surface links*”), dejando fuera de la misma los enlaces profundos, marcos o ensambados, esto es, ciñendo el enlace al continente (la web y su página de inicio) pero no a los contenidos (independientemente de su naturaleza). *Vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “Propiedad Intelectual en Internet: el derecho de establecer enlaces en la WWW”, *Pe.i*, núm. 1, 1999, págs. 84 y ss.; ORTEGA DÍAZ, J.F., *Los Enlaces en Internet*, *cit.*, págs. 94 y 122 y ss. Sustentando esta interpretación restrictiva de la licencia implícita para actos de comunicación al público, *vid.* SÁNCHEZ ARISTI, “La provisión de enlaces en Internet y el Derecho de puesta a disposición del público”, *cit.*, págs. 73 y ss.

<sup>61</sup> En este sentido, *vid.* DREIER/SCHULZE, *UrhG*, Beck, 4ª ed., 2013, pág. 560.

<sup>62</sup> Critica SÁNCHEZ ARISTI (“La provisión de enlaces en Internet y el Derecho de puesta a disposición del público”, *cit.*, págs. 85 y ss.) la interpretación del TJUE en relación con los enlaces, al entender que no hay en la Directiva 2001/29/CE ninguna excepción o limitación legal, ni ninguna indicación de que una puesta a disposición en Internet voluntariamente aceptada por el titular puede comportar una suerte de licencia implícita para el ulterior establecimiento de enlaces. Y concluye que dicha interpretación equivale a admitir la producción de una suerte de *agotamiento del derecho de comunicación pública* que impediría al titular del derecho hacerlo valer frente a sucesivos comunicadores, a pesar de estar expresamente vedado por el art. 3.3 DDASI, y tolerar en consecuencia actos encadenados de explotación incorporada a través de hipervínculos en Internet sin solución de continuidad. Pero creo que, de admitirse la existencia de un argumento jurídico-material tras el razonamiento del tribunal fundado en el concepto de consentimiento o licencia implícita, no se produciría un agotamiento como tal del derecho de comunicación al público, en tanto en cuanto simplemente el titular estaría autorizando —a partir de actos concluyentes— la comunicación sucesiva (reutilización) de su obra o prestación mediante enlaces.

los titulares de derechos, en línea con la comentada tendencia de flexibilización. Precisamente, la *“flexible copyright doctrine”* aboga por un cambio de paradigma en el uso de obras y prestaciones en procesos de comunicación masiva de información: pasar de un sistema donde el uso de contenidos requiere siempre de autorizaciones expresas<sup>63</sup> a otro donde el conocimiento de la realidad tecnológica y el flujo masivo y constante de información permiten deducir autorizaciones implícitas a partir de ciertos hechos concluyentes relevantes<sup>64</sup>. Pero si es éste el objetivo político-jurídico perseguido (por exigencias de la época y del nuevo modelo de economía y sociedad), sería deseable modificar el planteamiento: pasar de una reducción teleológica *“ex post”* y *“ad extra”* del alcance de los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública interactiva, que avanza gracias a la acción de algunos jueces y tribunales espoleados por un sector de la doctrina científica empeñada en vincular el derecho de propiedad intelectual con el derecho de la competencia con la vista puesta en los objetivos últimos de política perseguidos (fomentar la innovación y el desarrollo en beneficio del interés general), a una situación de reequilibrio de los intereses en juego *“ex ante”* y *“ad intra”* fruto de una regulación responsable mediante la acción del legislador<sup>65</sup>.

### 3. *Sobre la responsabilidad de motores de búsqueda y agregadores de información por enlazar a contenidos no autorizados por el titular de derechos*

Aparentemente la doctrina del TJUE en los casos *“Svensson”* y *“Bestwater”* es directamente favorable en principio a los intereses de agregadores de infor-

---

<sup>63</sup> La Sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas, Secc. 9.<sup>a</sup>, de 5 de mayo de 2011 (*“Copiepresse v. Google”*, aps. 49-51) señala expresamente que la teoría del consentimiento implícito (complementado por sistemas *“opt-out”* de exclusión de buscadores recurriendo a aplicaciones como *“robots.txt”*) es incompatible con la exigencia de autorizaciones explícitas inherente al derecho de propiedad intelectual.

<sup>64</sup> Vid. BORGHI M./KARAPAPA S., *Copyright and Mass Digitization*, cit., págs. 156-159.

<sup>65</sup> Vid. URIBE PIEDRAHITA C./CARBAJO CASCÓN F., *“Regulación ex ante y control ex post. La difícil relación entre propiedad intelectual y derecho de la competencia”*, cit. págs. 307 y ss. Esta es también la línea de actuación propuesta por el Comité Ejecutivo de ALAI en el Informe aprobado durante la reunión celebrada en Cartagena de Indias el 16 de septiembre de 2013, en el sentido de que si se considerase necesario rebajar la presión a los agentes comerciales que se sirven de enlaces para comunicar al público obras y prestaciones en Internet, la vía más apta no es la interpretación de los conceptos básicos de los actos de utilización de contenidos protegidos, sino que habría que recurrir a las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos; de modo que *“una presunción general de que el titular de los derechos consiente nuevos actos de comunicación al público de los contenidos que inicialmente se pusieron en Internet con su consentimiento, requeriría, para tener validez, la intervención del legislador”*. Es en este contexto donde adquiere pleno sentido la propuesta que hace SÁNCHEZ ARISTI (ob. cit., págs. 94-95) para modificar el art. 5 DDASI a fin de introducir una limitación específica destinada a salvaguardar el establecimiento de enlaces de referencia o de superficie para facilitar el acceso a obras o prestaciones lícitamente disponibles desde un sitio o página de Internet o red análoga de telecomunicación. Aunque, en mi opinión, a la vista del estado de la cuestión (cfr. ATJUE de 21 de octubre de 2014, *“Bestwater”*), el alcance de ese límite debe ser mayor, para abarcar también enlaces profundos (excluyendo en todo caso los enlaces ensamblados y marcos que causen en el usuario la sensación de que la obra o prestación se encuentra disponible en el sitio o página donde se establece el hipervínculo).

mación, motores de búsqueda y todo tipo de enlazadores en Internet, aunque indirectamente no deja de beneficiar a los titulares de derechos para combatir activamente la piratería de contenidos en Internet o cualesquiera otras actividades que se basen en el enlace de contenidos subidos a la Red sin contar con la previa autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual<sup>66</sup>.

Pero este requisito de que la obra o prestación enlazada haya sido puesta a disposición del público con la autorización de los titulares de derechos para determinar que no concurre un nuevo público si el enlace redirige a una obra subida a la Red sin autorización del titular<sup>67</sup>, puede, sin embargo, llegar a provocar importantes problemas de interpretación en la práctica, pues —más allá de los casos más groseros de piratería de contenidos protagonizados por las llamadas webs de enlaces— no serán extrañas las situaciones en que agregadores, motores de búsqueda o cualesquiera otros prestadores de servicios

---

<sup>66</sup> Más allá de su aplicación al caso concreto de los agregadores o enlazadores de prensa, la sentencia “Svensson” puede servir para que los Tribunales admitan de una vez por todas como acto de comunicación al público y, por tanto, infracción directa a los derechos de autor y afines, la actividad de las llamadas webs de enlaces que facilitan de forma organizada y sistemática enlaces (subidos por los propios usuarios del sitio) a copias no autorizadas (piratas) almacenadas en megasitios de almacenamiento (como Mega o Rapidshare) o que están circulando por redes “peer to peer”. Efectivamente, si, como declara el TJUE, la actividad consistente en facilitar enlaces en un sitio de Internet para dirigir al cliente a obras protegidas de terceros debe calificarse de “puesta a disposición” y, en consecuencia, de “acto de comunicación” (cfr. apartados 15 a 20), la actividad de las webs de enlaces a obras musicales, literarias, audiovisuales o de otro tipo puede considerarse como un acto no autorizado de comunicación pública, toda vez que en este caso los destinatarios no pueden considerarse un público nuevo, al poner a su disposición mediante enlaces copias de obras que han sido subidas a un sitio de almacenamiento o a una red de intercambio de archivos en Internet sin la autorización de los titulares de derechos (salvo en aquellos casos en que se pueda demostrar la concurrencia de una autorización tácita o expresa —por medio de licencias públicas generales del modelo “creative commons”— por parte del titular de derechos). Del mismo modo, no podrá admitirse como lícito un enlace a contenidos que están siendo transmitidos desde servidores de “streaming” sin la autorización de los titulares de derechos (como sucede con los enlaces a retransmisiones vía “webcasting” de partidos de fútbol u otros acontecimientos deportivos o artísticos). Cfr. SÁNCHEZ ARISTI, R., “La provisión de enlaces en Internet y el Derecho de puesta a disposición del público”, *cit.*, pág. 76. Esta interpretación ha forzado una mejora del procedimiento administrativo ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual previsto en el nuevo art. 158ter TRLPI introducido por la Ley 21/2014, el cual fue modificado en el Senado eliminando la condición —prevista en el Proyecto de Ley remitido al Congreso— de que las infracciones a derechos de propiedad intelectual cometidas por las webs de enlaces tuvieran que ser “significativas”.

<sup>67</sup> Esta exigencia de que la obra o prestación enlazada haya sido puesta a disposición del público con la autorización del titular de derechos marca una diferencia importante con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo alemán (BGH) en sus sentencias de 17 de julio de 2003 (caso “Paperboy”) y de 19 de octubre de 2011 (“Vorschaubilder II”). Mientras el BGH interpreta el derecho de puesta a disposición del público en relación con los enlaces a partir de criterios técnicos objetivos (no habrá comunicación pública en la actividad del enlazador, si la obra o prestación enlazada se pone por primera vez a disposición del público sin restricciones técnicas de acceso), el TJUE pone el acento de su interpretación en un aspecto tan subjetivo como la voluntad del titular de derechos (no habrá comunicación pública en la actividad del enlazador si la obra o prestación enlazada se pone por primera vez a disposición del público con la autorización del titular de derechos y no incorpora restricciones de acceso o retira la obra de la fuente original).

establezcan enlaces a contenidos que han sido incorporados a una web sin contar con la preceptiva autorización de los titulares de derechos.

En su Sentencia de 19 de octubre de 2011 (“Vorschaubilder II”), el Tribunal Supremo alemán (BGH) consideró que el motor de búsqueda Google no podía diferenciar a priori entre los contenidos (imágenes) enlazados que contaban con autorización de los titulares de derechos de los que carecían de ella, concluyendo que no existe acto de comunicación interactiva en la actividad consistente en establecer enlaces con imágenes en miniatura (“*thumbnails*”) cuando dichas imágenes —tomadas del contenido enlazado— carecen de restricciones de acceso, incluso cuando hayan sido puestas a disposición del público por el responsable de la web enlazada sin contar con la preceptiva autorización de los titulares de derechos sobre las mismas, sin perjuicio de que el titular pueda realizar la oportuna reclamación al responsable de la web enlazada y de que, como ya indicara el mismo BGH en su Sentencia de 29 de abril de 2010 (“Vorschaubilder I”), el motor de búsqueda sea tratado como un intermediario de “*hosting*” al que aplicar el régimen de exención de responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información tal y como ha sido interpretado por el TJUE en los últimos años.

La STJUE de 13 de febrero de 2014 en el caso “Svensson” vendría a modificar este planteamiento, en tanto que la falta de autorización de los titulares de derechos para la primera puesta a disposición en Internet de los contenidos enlazados podría determinar que el acto mismo del enlace sea considerado un acto de comunicación pública interactiva no autorizado, independientemente de si el enlazador conoce o no esa circunstancia<sup>68</sup>. Este problema conecta, además, con la posible responsabilidad por infracción del derecho de comunicación al público mediante la actividad de enlaces hacia el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información, sea en su condición de prestadores de servicios que facilitan enlaces a contenidos por medio del art. 17 LSSICE, o sea como prestadores de servicios de alojamiento *ex art.* 16 LSSICE<sup>69</sup>.

Así, cuando sea el mismo operador quien genera los enlaces que pone a disposición del público (Google News, Yahoo News o Bing), responderá directamente

---

<sup>68</sup> Vid. JANI O./LEENEN F., “Zulässige Verlinkung auf frei zugänglich veröffentliche Artikel”, GRUR 4/2014, pág. 363. Igualmente, enlazar a contenidos almacenados en la caché del buscador o agregador pero que han sido ya retirados del sitio de origen, determinaría la ilicitud del enlace por violación del derecho exclusivo de puesta a disposición del público.

<sup>69</sup> Cfr. la Sentencia de la Corte de Apelación de París, Secc. 5ª, de 26 de enero de 2011 (“SAIF v. Google”), afirmando la condición de intermediario de Google, equiparable a un proveedor de servicios de “hosting” y, por tanto, protegido por el régimen de puerto seguro, que le exonera de responsabilidad por los enlaces a contenidos puestos a disposición del público de forma no autorizada en los sitios enlazados. En esta misma línea se pronunció “*obiter dicta*” el Tribunal Supremo alemán en la Sentencia de 29 de abril de 2010 (“Vorschaubilder I”). Vid. PEGUERA POCH, M., “Copyright Issues Regarding Google Images and Google Cache”, *cit.*, págs. 200-202.

(“*direct infringement*”) frente a los titulares de derechos de propiedad intelectual si enlaza contenidos que fueron puestos a disposición del público por el titular de derechos y el cesionario responsable de la web enlazada con restricciones técnicas de acceso, o si enlaza a contenidos que han sido retirados de la web enlazada. Y si resulta que los contenidos enlazados fueron incluidos en la web de origen sin la autorización de los titulares de derechos, además de las reclamaciones de cesación y de daños y perjuicios contra quienes subieron el contenido a Internet sin autorización, el titular de derechos podría exigir la retirada del enlace por constituir un acto no autorizado de comunicación pública, pero entiendo que el enlazador —que no tiene por qué conocer esa circunstancia— no tendría en principio responsabilidad alguna, siendo suficiente con la retirada del enlace a esa información cuando tenga conocimiento efectivo de dicha circunstancia (principio de reacción diligente del proveedor de enlaces, *ex art. 17.1b LSSICE*). El enlazador responderá por daños y perjuicios derivados de enlazar contenidos subidos a la Red sin autorización (“*secondary liability*”), sólo en el caso de que no actuase de forma neutral, automática y pasiva (que conociera de antemano la ilicitud de los contenidos enlazados) o de que, una vez trabado conocimiento efectivo, no reaccionase diligentemente retirando la información. Los agregadores que actúan como meros alojadores o prestadores de espacio de almacenamiento para enlaces de prensa subidos o compartidos por los usuarios de ese servicio (como mename.net y otros similares, entre los que se pueden incluir los operadores de redes sociales), tendrán la consideración de prestadores de servicios de alojamiento o “*hosting*”, aplicándose el régimen de exención de responsabilidad condicionado del art. 16 LSSICE por la posible ilicitud de la información almacenada tal y como viene interpretado últimamente por el propio TJUE y el TS<sup>70</sup>.

### 3. USO DE TITULARES DE PRENSA, FRAGMENTOS DE TEXTO E IMÁGENES EN MINIATURA DE LOS CONTENIDOS DE PRENSA ENLAZADOS CON CARÁCTER COMPLEMENTARIO O ACCESORIO DE LOS ENLACES A SITIOS EN LÍNEA DE TERCEROS

En la actividad de enlazar que llevan a cabo motores de búsqueda, agregadores de información y todo tipo de prestadores de servicios de la sociedad de la información que recurren a la técnica del “*hyperlinking*”, es posible distinguir el establecimiento del enlace y el uso complementario o accesorio de fragmentos de texto e imágenes. La actividad de enlazar a recursos informativos generados

---

<sup>70</sup> Es decir, por las posibles infracciones de derechos de propiedad intelectual que los usuarios que suben enlaces al servicio de agregación pudieran cometer al enlazar contenidos puestos a disposición del público en Internet sin la autorización de los titulares de derechos sobre los mismos, al enlazar contenidos que han sido puestos a disposición desde un sitio en línea con autorización de los titulares de derechos pero con restricciones de acceso, o al enlazar contenidos que ya hubieran sido retirados del sitio de origen. *Vid.* CARBAJO CASCÓN, F., “Sobre la responsabilidad indirecta de los agregadores de información por contribución a la infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual en Internet”, *Actas de Derecho Industrial*, Vol. 32, 2011-2012, págs. 51-78.

por terceros requiere, de forma casi inevitable, utilizar el titular o cabecera de la noticia (“*Headlines*”), pues de lo contrario difícilmente podría orientarse a los usuarios. Sin embargo, es perfectamente posible enlazar contenidos en línea ajenos sin tener que añadir partes del texto (“*Snippets*”) o imágenes en miniatura de la noticia (“*Thumbnails*”), aunque en el estadio actual de desarrollo de la sociedad de la información los usuarios se han acostumbrado a obtener enlaces con el valor añadido del texto e imagen que les proporcionan una rápida y primera impresión general sobre el sentido último de la noticia.

Las dificultades conceptuales para incluir los enlaces dentro del derecho exclusivo de comunicación, provocaron que los grandes editores de prensa volvieran la mirada hacia los fragmentos de texto e imágenes en miniatura que los motores de búsqueda y agregadores utilizan con carácter accesorio o complementario al suministro de enlaces propiamente dicho, trasladando así el debate judicial y legislativo de los enlaces a la comunicación pública de los fragmentos e imágenes de los contenidos enlazados. No es claro si la doctrina del TJUE en el caso “*Svensson*”, rechazando una infracción del derecho de comunicación pública interactiva o puesta a disposición por el hecho mismo de enlazar si el titular de derechos o sus cesionarios no establecen restricciones técnicas de acceso o no retiran los contenidos de la web, podría trasladarse “*mutatis mutandis*” a la puesta a disposición del público, junto a los enlaces, de fragmentos del texto e imágenes en miniatura de los contenidos enlazados, o si, por el contrario, el uso accesorio de éstos requiere una autorización expresa de los titulares de derechos para su puesta a disposición del público. Sin perjuicio de que el TJUE realice una aclaración en el futuro, conviene diferenciar entre los usos de fragmentos e imágenes que realizan motores de búsqueda y agregadores de información.

### 1. Motores de búsqueda

A priori, el uso de fragmentos de texto e imágenes en miniatura de los contenidos enlazados como complemento a los enlaces propiamente dichos que ofrecen las listas de resultados de motores de búsqueda, constituye un acto de puesta a disposición del público de obras o prestaciones sujeto a la autorización de los titulares de derechos (art. 3.2 DDASI y 20.2,i TRLPI).

No cabe admitir, para justificar esa práctica, alegaciones contrarias a la falta de originalidad de los fragmentos de texto mostrados junto al enlace mediante la técnica del “*copy&paste*”, puesto que, si el texto captado es original, la tutela del derecho de autor se extenderá tanto al conjunto como a las partes de la obra<sup>71</sup>,

---

<sup>71</sup> Como se indica en la STJUE, Sala Cuarta, de 16 de julio de 2009 (As. C-5/08 Infopaq), “*no puede descartarse que determinadas frases sueltas, o incluso algún elemento de las frases que integran el texto de que se trate, puedan transmitir al lector la singularidad de una determinada publicación, como un artículo de prensa, haciéndolo partícipe de un elemento que condensa la expresión de la creación*”

incluyendo —en algunos países— el título de la obra si éste también puede ser considerado original (art. 10.2 TRLPI)<sup>72</sup>. Tampoco concurren argumentos de peso para justificar la aplicación a esta práctica de alguna de las excepciones o limitaciones a los derechos exclusivos relacionadas con la libertad de expresión e información (cita, revistas de prensa o utilización de obras con ocasión de informaciones de actualidad), pues ni puede considerarse la web del buscador una obra en la que incluyan fragmentos de otra con fines de comentario, juicio crítico, análisis o simple afán informativo, ni los “*snippets*” y “*thumbnails*” se presentan como una recopilación ordenada de noticias del día, limitándose el buscador a proporcionar esos materiales como parte de una respuesta automática dirigida a facilitar de la manera más eficiente posible la localización y accesibilidad a contenidos dispersos en el ciberespacio.

No concurriendo así argumentos básicos suficientes para justificar el uso de los titulares de prensa, fragmentos de texto e imágenes en miniatura junto a los enlaces desde el régimen de excepciones y limitaciones legales a los derechos de autor y conexos, la solución al problema del uso de títulos, imágenes y texto junto a los enlaces que generan automáticamente los motores de búsqueda se perfila, una vez más, al margen del derecho positivo de propiedad intelectual; en concreto, recurriendo al concepto de licencia implícita deducida de actos concluyentes del titular o cesionario de derechos de autor y conexos.

En el caso del uso de “*thumbnails*” o imágenes en miniatura por los motores de búsqueda, es referencia ineludible la doctrina establecida por el Tribunal Supremo alemán (BGH) en sus Sentencias de 29 de abril de 2010 (“*Vorschau-bild I*”) y de 19 de octubre de 2011 (“*Vorschaubild II*”)<sup>73</sup>. La Corte Suprema alemana considera decisivo el hecho de que quien pone a disposición del público imágenes en Internet, tiene a priori la posibilidad de controlar el uso que se haga de las mismas e impedir comunicaciones sucesivas no autorizadas sin que los motores de búsqueda puedan prevalerse de ninguna de las excepciones

---

*intelectual única del autor*” (ap. 47). Si esta doctrina se aplicó para incluir dentro del derecho de reproducción un servicio bajo demanda consistente en la utilización de 11 palabras tomadas de artículos de prensa que sirvan para trasladar la idea de su contenido, con mayor motivo será válida si el texto está formado por varias líneas tomadas directamente del texto anclado por el enlace profundo.

<sup>72</sup> Reconocen la protección por el derecho de autor de los titulares de contenidos de prensa la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas de 13 de febrero de 2007 (“*Copiepresse c. Google*”) y la Sentencia de la EWHC de 26 de noviembre de 2010 (“*Newspaper Licensing Agency, Ltd. & Others v. Meltwater Holding & Others*”). *Vid.* XALABARDER, R. “*Google News and Copyright*”, *cit.*, pág. 125. Entonces, si el derecho de reproducción abarca cualquier forma de reproducción del conjunto de la obra o de parte de ella (art. 18 TRLPI), lo mismo puede aplicarse a un acto de comunicación pública (art. 20 TRLPI), incluyendo el título del artículo de prensa, unas pocas líneas o palabras, o reproducciones en miniatura de una imagen o de parte de la misma; haciéndose extensivo el mismo argumento a los actos de reproducción de la totalidad o parte de imágenes protegidas por el derecho conexo sobre las meras fotografías, *ex art.* 128 TRLPI.

<sup>73</sup> I ZR 69/08, *Vorschaubilder I* / I ZR 140/10, *Vorschaubilder II*.

o limitaciones previstas en la Ley<sup>74</sup>; pero si el titular de derechos o un cesionario pone a disposición del público desde su sitio de Internet documentos visuales (imágenes) sin restricciones de ningún tipo, para su acceso libre y gratuito, estaría tolerando (“*schlichte Einwilligung*”) o consintiendo implícitamente (“*konkludente Einwilligung*”) que esas imágenes puedan ser indexadas y reutilizadas por un motor de búsqueda para hacer más atractiva y eficiente la búsqueda de información en Internet. La misma argumentación es válida —incluso de forma más clara para los intereses de los motores de búsqueda— en el caso de la utilización de titulares de prensa y de fragmentos de texto de los contenidos enlazados (“*snippets*”), aunque no exista jurisprudencia específica al respecto, en tanto en cuanto su utilización es claramente accesoria de la actividad propia del motor de búsqueda (mucho más incluso que la de las imágenes en miniatura): ofrecer respuesta rápida y automática a los criterios de búsqueda introducidos por el usuario ofreciendo un directorio de enlaces a páginas web que ofrecen contenidos relacionados con la información solicitada. Además, el uso de titulares de prensa y de fragmentos de texto de los contenidos enlazados para mostrar a los usuarios la esencia de la noticia mostrada por el buscador, podría incluso considerarse como un uso no sustancial que, a pesar de no estar cubierto en la Directiva por una excepción legal, carece de la entidad suficiente para quedar dentro del radio de influencia del derecho exclusivo (“*ius usus inoqui*”)<sup>75</sup>.

Ciertamente, el buscador podría ofrecer resultados de búsqueda eficientes con la mera ayuda de las palabras que conforman el titular de prensa (“*headline*”), sin añadir fragmentos mayores de texto ni imágenes en miniatura tomadas de los contenidos enlazados. Pero en el actual estadio de desarrollo de la sociedad de la información (Web 2.0), puede decirse que la actividad automatizada de los motores de búsqueda y el empleo recurrente de fragmentos de texto e imágenes se ha convertido en una herramienta necesaria, casi imprescindible, para hacer más eficiente la localización de contenidos en beneficio tanto de los usuarios como de las webs donde se contiene esa información; razón por la que el uso de texto y también imágenes por los motores de búsqueda puede concebirse en la actualidad como un uso de contenidos ajenos socialmente tolerado e incluso económicamente conveniente para los titulares de derechos que ponen sus contenidos a disposición del público en Internet. No obstante, el debate sigue abierto y habría que valorar cuidadosamente si el uso de imágenes por los motores de búsqueda con carácter complementario al establecimiento de enlaces, puede poner en peligro la explotación normal de la obra o prestación enlazada (a pesar de contribuir eficientemente a su localización y percepción) y perjudicar los intereses de los titulares de derechos o, por el contrario, si puede acabar apor-

---

<sup>74</sup> Vid. SPINDLER, G., “Bildersuchmaschinen, Schranken und konkludente Einwilligung im Urheberrecht — Besprechung der BGH-Entscheidung “Vorschaubilder”, GRUR, 2010, págs. 785 y ss.

<sup>75</sup> Cfr. SAP Barcelona, Secc. 15, de 17 de septiembre de 2008 y Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 3 de abril de 2012 (Megakini c. Google Search).

tando beneficios a los titulares de derechos que deciden poner sus contenidos a disposición del público en Internet en régimen de libre acceso. A la postre, si se admite que el uso accesorio de texto e imágenes de los contenidos enlazados no queda dentro del alcance de la doctrina “Svensson”, el legislador nacional podría intervenir para regular el uso de esos contenidos de forma equilibrada.

## 2. Agregadores de noticias

Los agregadores presentan importantes peculiaridades respecto a los motores de búsqueda, ofreciendo a los usuarios un servicio de valor añadido a la mera búsqueda y localización de contenidos sobre una concreta información que puede entrar en colisión concurrencial con los servicios de información “online” en los que se ofrecen los contenidos enlazados por el agregador. La Sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas, Secc. 9ª, de 5 de mayo de 2011 (“Copiepresse v. Google”) distingue nítidamente entre la actividad del motor de búsqueda de Google (Google Search) y su agregador de noticias (Google News), estableciendo un trato diferente para el agregador en la medida en que no se limita a proveer hipervínculos como el motor de búsqueda, sino que entra en competencia directa con los medios de prensa “online” al ofrecer además de enlaces fragmentos significativos de los artículos de prensa enlazados que pueden trasladar al usuario la esencia de la información contenida en los mismos, sin necesidad de acudir al sitio de origen<sup>76</sup>.

El uso de titulares de prensa originales, así como fragmentos de texto e imágenes en miniatura con carácter complementario a los enlaces ofrecidos por los agregadores de noticias, constituye un acto de comunicación al público que requiere autorización de los titulares de derechos (art. 3.2 DDASI y 20.2,i TRLPI).

No existen argumentos suficientes para incluir estos actos dentro de las excepciones de cita y revistas de prensa (art. 5.3d DDASI y art. 32.1 I TRLPI), a pesar de que se invocan recurrentemente por parte de los agregadores de información, pues difícilmente puede justificarse su aplicación al uso de fragmentos e imágenes junto a los enlaces. La inclusión de texto e imágenes en la web del agregador no se hace para su comentario, análisis o juicio crítico con fines docentes o de investigación. Aun en el caso de que se admita el uso de titulares, fragmentos e imágenes de contenidos de texto a modo de simple cita (ilustración o nota de autoridad, sin necesidad de comentario o análisis)<sup>77</sup> y con fines informativos en general<sup>78</sup>, o la irrelevancia en todo caso de los fines

<sup>76</sup> Cfr. apartados 28-30.

<sup>77</sup> Cfr. SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 31 de octubre de 2002; SAP Madrid, Secc. 28ª, de 27 de febrero de 2007.

<sup>78</sup> En la práctica, el encorsetamiento que para la aplicación del límite de cita (y, por extensión, de revistas de prensa) supone la finalidad científica o docente introducida como restricción en el art. 32 TRLPI, puede salvarse acudiendo a interpretaciones amplísimas de los vocablos “docencia” e

docentes o de investigación para las revistas de prensa<sup>79</sup>, entraría en juego la cláusula de salvaguardia que exige la utilización de obras ajenas “en la medida justificada por el fin de esa incorporación”, la cual, a pesar de su vaguedad, constituye una pieza esencial (junto a los usos honrados o leales mencionados en el art. 10.1 CB) en la interpretación del alcance de la cita y las revistas de prensa en cada caso concreto, actuando como límite endógeno, contrapeso o cláusula de salvaguardia frente a usos excesivos o abusivos en la aplicación de los límites de cita y revista de prensa<sup>80</sup>. Tampoco existen fundamentos para situar el uso de titulares de prensa, fragmentos de texto e imágenes aisladas en miniatura por los agregadores de noticias dentro del seudolímite de recortes de prensa o “*press clipping*” contemplado en el art. 32.1.II TRLPI, ni para aplicar el límite de trabajos sobre temas de actualidad del art. 33.1 TRLPI, al no ser el agregador un medio de comunicación social “*stricto sensu*”. Finalmente, no parece posible recurrir al límite del art. 35.1 TRLPI para justificar la actividad de los agregadores de noticias, ya que está pensada para boletines de noticias que informen rápida y puntualmente sobre acontecimientos de actualidad y sólo en la medida que lo justifique la finalidad informativa<sup>81</sup>; como es sabido, los agregadores de noticias ofrecen en portada un panorama estructurado de noticias de actualidad, aunque posibilitan también acceder a informaciones pasadas a través de un programa de búsqueda conectado con la memoria caché.

El paso siguiente, por tanto, consiste en examinar si cabe recurrir en este caso del uso de fragmentos de texto e imágenes en miniatura por los agregadores

---

“investigación” Cfr., SAP Valencia de 21 de diciembre de 1999; SJM núm. 2 de Madrid de 12 de junio de 2006.

<sup>79</sup> Las revistas de prensa no se utilizan como cita en sentido estricto (nota de ley o autoridad) o amplio (análisis, comentario, juicio crítico); como tampoco se circunscriben a los fines docentes o de investigación típicos de la cita en nuestro ordenamiento. Las revistas de prensa buscan informar en sentido amplio sobre noticias, ideas u opiniones plasmadas en artículos periodísticos publicados por otros medios de comunicación.

<sup>80</sup> En el caso de las citas, la medida justificada por el fin excluye en todo caso la inclusión en una misma obra de un compendio o recopilación de citas de obras ajenas, pues excedería del carácter necesariamente incidental o coyuntural de la cita. En el de las revistas de prensa, donde el carácter recopilatorio es esencial, la medida justificada por el fin de la incorporación y los usos honrados en la aplicación del límite, han de situarse en directa y estrecha relación con la finalidad informativa de síntesis propia de las mismas y su inocuidad para la competencia, resultando que el uso combinado de enlaces profundos sobre titulares de prensa con fragmentos de texto e imágenes parece exceder de lo que se puede considerar razonable para ofrecer un panorama o síntesis de las noticias del día, ya que puede servir para ofrecer al usuario la información esencial sobre las noticias de actualidad sin necesidad de acudir a la fuente original, poniendo en peligro la explotación normal de la obra. Cfr. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Bruselas, Secc. 9.ª, de 5 de mayo de 2011, aps. 28 y 32-33. En una línea similar se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) de 29 de abril de 2010 (“*Vorschaubilder I*”) en relación con los motores de búsqueda. *Vid.* al respecto, XALABARDER, R., “*Google News and Copyright*”, *cit.*, págs. 125, 142-143.

<sup>81</sup> La Sentencia de la Corte de Apelaciones de Bruselas, Secc. 9ª, de 5 de mayo de 2011, aps. 36-37, rechaza aplicar al agregador de noticias la excepción de “*news bulletin*”, pensada —dice el Tribunal— para medios de comunicación que no disponen de tiempo (por la necesidad de informar sobre la actualidad) para negociar una licencia con los titulares de derechos (no siendo este el caso del agregador Google News).

de noticias a las interpretaciones restrictivas del alcance del derecho exclusivo enmarcadas en la tendencia flexibilizadora de la propiedad intelectual, como el uso inocuo o no sustancial o el recurso del consentimiento implícito derivado de actos concluyentes por parte de los titulares de derechos que ponen sus obras o prestaciones a disposición del público en Internet de forma libre y gratuita.

Podría parecer que la comunicación —junto al enlace generado sobre el titular de prensa— de unas pocas palabras o líneas o imágenes aisladas en miniatura de los contenidos enlazados por parte de un agregador de noticias, no reúne una intensidad de uso suficiente para obstaculizar la normal explotación de esos contenidos por parte de su legítimo titular desde el sitio web enlazado (desde luego así lo parece en el caso de los titulares de prensa); máxime, si el agregador ofrece al usuario la posibilidad de acudir al sitio de origen de la información para disfrutar de la información completa. De hecho, los defensores de los agregadores arguyen que la actividad de estos (incluyendo el uso de texto e imágenes de los contenidos enlazados) incrementa el tráfico de usuarios hacia los sitios de información “online”, con el consiguiente beneficio en términos de ingresos por publicidad y otros conceptos; de manera tal, entonces, que no sólo no perjudican sino que benefician la explotación de las obras y prestaciones enlazadas. Pero más allá de que este argumento parajurídico sea discutible (pues de no existir agregadores podrían los usuarios acudir directamente al sitio de información “online”, al menos en el caso de los grupos mediáticos más importantes y cuyos contenidos son más elaborados), hay que tener muy presente la doctrina establecida por el TJUE en su Sentencia de 16 de junio de 2002 (“Infopaq”), la cual, partiendo de la necesidad de garantizar un elevado nivel de protección para los titulares de derechos contemplada en el Considerando 9º DDASI, establece que *“no puede descartarse que determinadas frases sueltas, o incluso algún elemento de las frases que integran el texto de que se trate, puedan transmitir al lector la singularidad de una determinada publicación, como un artículo de prensa, haciéndolo partícipe de un elemento que condensa la expresión de la creación intelectual única del autor”*<sup>82</sup>. Por tanto, el uso de titulares de prensa originales, fragmentos de texto e imágenes acompañando los enlaces profundos que ofrecen los agregadores de noticias puede resultar positivo para los sitios de información agregados o enlazados si les reenvían nuevos usuarios, pero también puede suponer un riesgo si los usuarios utilizan el servicio de agregación con carácter sustitutivo al de los sitios de información “online”, conformándose con hojear el panorama de noticias que ofrece el agregador al reproducir las cabeceras y primeras líneas o principales imágenes de los contenidos de prensa enlazados; es decir, existen argumentos de fondo para

---

<sup>82</sup> Apartado 47. Siguiendo la lógica de la doctrina “Infopaq”, si el uso de 11 palabras de artículos de prensa por un servicio de “press clipping” digital se considera incluido en el derecho de reproducción y sujeto a la autorización del titular de derechos, con mayor razón podría considerarse sujeto a autorización el uso junto a los enlaces profundos de varias líneas o imágenes aisladas de los contenidos enlazados.

distinguir el impacto que produce el uso de fragmento de texto e imágenes en motores de búsqueda del que produce en agregadores de noticias.

Por lo que se refiere al consentimiento implícito derivado de actos concluyentes, la Sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas, Secc. 9ª, de 5 de mayo de 2011 (“Copiepresse v. Google”) considera que el argumento de la autorización implícita por parte de los titulares de derechos que ponen sus contenidos a disposición del público sin restricciones técnicas, unido a la posibilidad de que disponen los responsables de páginas web para impedir su indexación recurriendo a aplicaciones como robots.txt (sistemas “*opt-out*”), es incompatible con el consentimiento expreso inherente —dice— al “*copyright*”; remitiéndose al Considerando 9 de la Directiva 2001/29/CE, según el cual la aparición de la sociedad de la información no puede impedir que los titulares de derechos se beneficien de un alto nivel de protección de sus intereses, efectivo y riguroso<sup>83</sup>. Sin embargo, es preciso preguntarse si la onda expansiva de la STJUE de 13 de febrero de 2014 en el caso “Svensson” sobre el uso de enlaces, alcanzaría también a los titulares de prensa originales y a los fragmentos de texto e imágenes en miniatura que frecuentemente acompañan a los enlaces (a pesar de que en ningún momento se hace referencia a ellos en la misma); subsumiendo en la misma lógica del consentimiento implícito, la utilización (comunicación), junto a los enlaces establecidos sobre los titulares de prensa, de fragmentos de texto e imágenes de los contenidos enlazados que se pusieran a disposición del público en Internet sin restricciones de acceso por sus titulares o por terceros con su consentimiento, al presumir que éstos habrían contemplado ya el público que pudieran recibir a través de los enlazadores (y que por tanto no sería un público nuevo).

Sin embargo, existen argumentos de peso para rechazar que pueda conferirse el mismo tratamiento al uso que motores de búsqueda y agregadores de noticias hacen de fragmentos de texto e imágenes para acompañar los enlaces profundos a los contenidos enlazados. Mientras está ampliamente generalizada la sensación de que existe un criterio de utilidad general en la actividad de los motores de búsqueda, así como la tolerancia tácita de los titulares de derechos que ponen sus contenidos a disposición del público en Internet sin restricciones para permitir que sean indexados y enlazados por dichos motores junto con los titulares de prensa, fragmentos de texto e imágenes en miniatura (aunque esto último puede ser más discutible), no es pacífico que pueda alcanzarse la misma conclusión en el caso de los agregadores de noticias. Es discutible que la tolerancia o consentimiento tácito para ser enlazado alcance también a servicios de agregación que se nutren regular y sistemáticamente de los con-

---

<sup>83</sup> Dice el Tribunal, en concreto, que el “*copyright*” no está pensado para ser ejercido como derecho de oposición (en relación al “*Opt-out system*”), sino como un derecho previo sujeto a autorizaciones expresas y concretas. Cfr. apartados 50-51, con cita expresa de la STJUE de 16 de julio de 2002 (Infopaq, ap. 43). Vid. al respecto, XALABARDER, “Google News and Copyright”, *cit.*, pág. 156.

tenidos elaborados por los sitios de información en línea y que, en función de cómo se configuren y del perfil de los usuarios, pueden funcionar como servicio complementario pero también parcialmente sustitutivo de los medios “online”. Y más discutible es todavía que la actividad de los agregadores deba tolerarse recurriendo al criterio de utilidad pública en el acceso y libre circulación de la información, pues dicho objetivo puede ser satisfecho por la actividad de los motores de búsqueda, aportando los agregadores de noticias un claro valor añadido que, aun resultando positivo para la innovación, el desarrollo tecnológico, el mercado, los usuarios y la libertad de información, descansa sobre el esfuerzo de los autores y los editores de contenidos de prensa (primeros eslabones del mercado de la información y garantes de la pluralidad informativa), con quienes pueden llegar a competir directamente al actuar de hecho en muchas ocasiones no como servicio complementario sino como alternativo o sustitutivo, suponiendo un riesgo siquiera potencial para la explotación normal de sus obras y prestaciones<sup>84</sup>.

En cualquier caso, exista o no realmente ese riesgo de competencia por sustitución —siquiera parcial— entre agregadores de noticias y medios de información “online”, lo que sí parece claro es que la actividad de los agregadores de noticias se sostiene sobre el esfuerzo de creación e inversión de los medios de información en Internet, por lo que, más allá de que se produzca o no un daño efectivo para los medios por la actividad de los agregadores, parece que habría margen para una intervención del legislador orientada, mediante una regulación de nuevo cuño, a garantizar a los editores de prensa y sitios de información o entretenimiento en línea la posibilidad de exigir a los agregadores un retorno económico (una retribución o compensación equitativa) por el uso de sus contenidos en Internet, superando la inseguridad jurídica vinculada a la intervención puntual de los tribunales (modelo “*ex post*”) por una intervención responsable y equilibrada desde la legislación específica (modelo “*ex ante*”). Cuestión distinta es que una nueva regulación en este campo resulte oportuna o conveniente en el momento actual de desarrollo de la sociedad de la información; al menos si no se configura con la flexibilidad necesaria para satisfacer de manera equilibrada los distintos intereses involucrados.

### **III. LA NUEVA REGULACIÓN DEL USO DE CONTENIDOS DE PRENSA EN INTERNET**

Si se admite que la doctrina del TJUE en el caso “Svensson” no se extiende al uso de fragmentos de texto e imágenes por motores de búsqueda y agregadores junto a los enlaces (al menos hasta que no indique expresamente por el propio Tribunal), parece claro que existe todavía un espacio posible para la

---

<sup>84</sup> Vid. RIEGER, F., *Ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger*, Nomos, Baden Baden, 2013, págs. 220 y ss.

regulación del uso que se hace de estos contenidos de prensa o informativos por parte de motores de búsqueda y agregadores de información en Internet<sup>85</sup>. No obstante, convendría justificar la oportunidad de esa regulación desde el plano político-legislativo y escoger el modelo de regulación más adecuado en el terreno técnico-jurídico para garantizar un adecuado equilibrio de los diferentes intereses involucrados. Cabe optar por un modelo de derecho exclusivo, condicionando la utilización de titulares, textos e imágenes a la expresa autorización de los titulares de derechos, o bien —lo que parece más recomendable— por una combinación de límites y derechos de remuneración o compensación equitativa que sirva para facilitar el uso de esos materiales de prensa por parte de usuarios comerciales al tiempo que se remunera equitativamente a los titulares de derechos por el uso de sus contenidos y se favorece en general la libre competencia<sup>86, 87</sup>.

#### 1. EL MODELO ALEMÁN: UN DERECHO EXCLUSIVO PARA LOS EDITORES DE PRENSA ("LEISTUNGSSCHUTZRECHT DES PRESSEVERLEGER")

El 1 de marzo de 2013 fue aprobada por el Parlamento alemán ("*Bundestag*") la octava Ley de reforma de la Ley Federal de Derechos de Autor ("*Siebente Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetz*")<sup>88</sup>, en vigor desde el 1 de agosto de 2013, por medio de la cual se introduce en la UrhG 1965 los nuevos párrafos 87f y 87g regulando un nuevo derecho conexo sobre las prestaciones de los editores de prensa<sup>89</sup>. El legislador alemán ha optado así por incorporar un derecho exclusivo específico para los editores de prensa, satisfaciendo con ello

---

<sup>85</sup> Durante el proceso parlamentario de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de reforma del TRLPI, varios grupos parlamentarios solicitaron la retirada del art. 32.2 TRLPI por considerarlo incompatible con la sentencia del TJUE en el caso "Svensson". A modo de ejemplo, véanse la Enmienda núm. 31 del Grupo Parlamentario Mixto en el Senado, y la Enmienda núm. 66 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya.

<sup>86</sup> Vid. DREIER, T., "Regulating competition by way of copyright limitations and exceptions", en TORREMANS, P. (Ed.), *A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar Publishing, Chentelhan, 2007, págs. 238 y ss. XALABARDER ("Google News and Copyright", *cit.*, págs. 157 y 165, ya planteaba la conveniencia de instaurar un régimen de licencia legal remunerada "*de lege ferenda*").

<sup>87</sup> La complejidad de la materia aconseja, como pauta de prudencia, optar por un modelo responsable, equilibrado y flexible, que sirva para garantizar la libre competencia y la libertad de información, balanceando los distintos grupos de intereses y también los intereses de los distintos operadores que conforman cada grupo (agregadores de un lado y editores de contenidos informativos por otro), al tratarse de un problema complejo que marca la tensión entre la conveniencia y oportunidad de emprender una nueva regulación en la legislación sobre propiedad intelectual para tutelar los intereses de los titulares de derechos y los efectos que la misma puede tener para la innovación, la libertad de empresa en el sector de las nuevas tecnologías y la libertad de información.

<sup>88</sup> Bundesgesetzblatt de 14 de mayo de 2013, Teil I, Núm. 23, págs. 1161 y ss.

<sup>89</sup> El proceso se explica con todo detalle por RIEGER, F., *Ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger*, *cit.*, Capítulo 2, págs. 331 a 378. Existe también un seguimiento muy preciso en el sitio del "*Institut für Urheber- und Medienrecht*", accesible en <http://www.urheberrecht.org/topic/lsr-presse/> (última visita, 14 de octubre de 2014), y en el sitio del movimiento "*Initiative gegen ein Leistungsschutzrecht*" (IGEL), en el sitio <http://leistungsschutzrecht.info/> (última visita el 14 de octubre de 2014).

una vieja reivindicación del sector para ser equiparados a otros productores de prestaciones industriales de carácter cultural o de entretenimiento (como productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales, entidades de radio y televisión).

El nuevo párrafo 87f UrhG dispone en su apartado 1 con carácter general que el productor o fabricante de un producto de prensa (editor de prensa) tiene el derecho exclusivo sobre la puesta a disposición del público con fines industriales de la totalidad o parte de sus producto de prensa, salvo en el caso de palabras aisladas o pequeños fragmentos de texto<sup>90</sup>. El nuevo derecho conexo es válido para los usos de esos materiales tanto fuera como dentro de Internet, si bien está dirigido fundamentalmente a prohibir el uso de “snippets” y “thumbnails” por parte de motores de búsqueda y servicios de agregación, dejando fuera de su alcance pequeños fragmentos de texto o palabras aisladas, pensando muy probablemente en el uso de titulares de prensa (“headlines”) para establecer el enlace y en palabras aisladas para las metaetiquetas del contenido. En ningún momento se hace referencia al establecimiento de enlaces a contenidos de prensa como objeto del derecho exclusivo.

La regulación alemana ha recibido profundas y acendradas críticas por parte de la doctrina científica y su ejecución no puede calificarse precisamente de exitosa.

Destaca por encima de todas la Opinión hecha pública el 27 de noviembre de 2012 por el “Max-Planck Institut für Immaterialgüter-und Wettbewerbsrecht” sobre el Proyecto de Ley, suscrita por un número importante de significados especialistas en la materia<sup>91</sup>. En este Informe, además de la indeterminación de muchos de los conceptos legales, se denuncia por encima de todo la falta de fundamentación social y económica del nuevo derecho conexo, por cuanto actualmente puede entenderse ya ampliamente tolerado el uso de fragmentos de texto e imágenes por parte de motores de búsqueda y otros servicios de Internet (como los agregadores), como demuestra el hecho contrastado de que

---

<sup>90</sup> El apartado 2 del mismo párrafo 87f UrhG define qué debe entenderse por producto de prensa (“Presseerzeugnis”), así como las aportaciones periodísticas (“journalistische Beiträge”) que conforman dicho producto. El párrafo 87g UrhG declara que dicho derecho es transferible (apartado 1) y que caducará un año después de la publicación del producto de prensa (apartado 2), no pudiendo ejercerse el derecho de los editores de prensa en detrimento de los derechos e intereses de los autores o derechohabientes de las aportaciones incluidas en el producto de prensa; y concluye afirmando que se permite la puesta a disposición del público de la totalidad o parte de productos de prensa siempre que no sea realizada por motores de búsqueda o prestadores de servicios con fines comerciales, resultando aplicables en todo caso las disposiciones relativas a los límites a los derechos de autor. Por último, el párrafo 87h UrhG reconoce el derecho del autor de aportaciones periodísticas a recibir una remuneración equitativa.

<sup>91</sup> “Stellungnahme zum Gesetzesentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleger”, accesible en [http://www.ip.mpäg.de/files/pdf2/Stellungnahme\\_zum\\_Leistungsschutzrecht\\_fuer\\_Verleger.pdf](http://www.ip.mpäg.de/files/pdf2/Stellungnahme_zum_Leistungsschutzrecht_fuer_Verleger.pdf) (última visita, 14 de octubre de 2014).

los propios editores de prensa toleran “*de facto*” el uso de sus contenidos al no recurrir —pudiendo hacerlo fácilmente— a medidas tecnológicas que impiden la indexación y el enlace de sus contenidos, poniendo de manifiesto además la línea jurisprudencial del BGH admitiendo el uso libre de contenidos de prensa por medio de enlaces si el titular de derechos los pone a disposición del público en Internet sin restricciones de acceso<sup>92</sup>. Sostiene el Informe que no existen argumentos económicos suficientes que justifiquen la introducción del derecho conexo para los editores de prensa, en la medida que la actividad de motores de búsqueda y servicios de agregación no produce un fallo de mercado que ponga en peligro la posibilidad de los editores de prensa de difundir comercialmente sus contenidos en Internet, puesto que la actividad de buscadores y agregadores no sustituye los servicios de información de los editores de prensa, sino, todo lo contrario, contribuyen a su localización, visibilidad y accesibilidad, con lo que no sólo no reducen el tráfico de usuarios hacia la fuente original sino que contribuyen a incrementarlo<sup>93</sup>.

Desde la entrada en vigor del nuevo derecho conexo en agosto de 2013, los grandes motores de búsqueda (a los que están vinculados los grandes servicios de agregación de noticias) han sustituido su política de “*Opt-out*” (ofrecer a los sitios en línea no ser indexados utilizando aplicaciones del tipo “*robots.txt*”) por una nueva política “*Opt-in*” (mediante la cual los editores de prensa interesados en ser indexados por los grandes motores de búsqueda y agregadores de noticias, como Google, tendrán que autorizar expresamente de forma gratuita). Justamente el resultado que los editores de prensa querían evitar: los editores que no se sumen a esa política “*Opt-in*” de Google y otros grandes buscadores y agregadores quedarán fuera del motor de búsqueda y de los agregadores de noticias (así está sucediendo con un grupo minoritario de editores agrupados en la asociación VG Media y representados por la entidad de gestión Wort

---

<sup>92</sup> Apunta el citado Informe académico que la nueva regulación piensa exclusivamente en los grandes editores de prensa y en los grandes motores de búsqueda y agregadores de información, sin tener en cuenta que ni los pequeños buscadores y agregadores estarán en condiciones de adquirir licencias para el uso de contenidos de prensa, ni todos los editores estarán dispuestos a ejercitar el derecho conexo para reclamar un pago que les podría dejar fuera de servicios que se antojan fundamentales para facilitar su visibilidad y posicionamiento en Internet, es decir, para su posición concurrencial en el mercado de la información, y, en consecuencia, para la economía alemana y el interés general en la libertad de información.

<sup>93</sup> Existiría una interacción entre las actividades de editores y motores de búsqueda que produce un beneficio recíproco: sin contenidos los motores de búsqueda no tendrían sentido y sin motores de búsqueda sería difícil hoy día localizar información en Internet, resultando la interacción entre ambos un claro ejemplo de la moderna economía colaborativa. En consecuencia, si no existe riesgo para la inversión de los editores de prensa con motivo del uso que de sus contenidos hacen los buscadores y agregadores de Internet, tampoco existe justificación para la introducción de un nuevo derecho exclusivo que puede poner en peligro no sólo la innovación y la libre competencia de los operadores de servicios de búsqueda y agregación, sino también, incluso, la posición de muchos pequeños editores de prensa que se benefician del tráfico recibido a través de esos servicios y que podrían quedar fuera de los motores de búsqueda y servicios de agregación con lo que ello puede suponer para la libre competencia y la libertad de información.

VG) o, como mucho, serán utilizados junto al enlace o en forma de enlace únicamente sus titulares de prensa (al permitirlo expresamente la Ley) pero no se utilizarán fragmentos de texto ni imágenes<sup>94</sup>. Por lo demás, en los últimos meses se está planteando la posible inconstitucionalidad de la normativa por atentar contra el derecho fundamental a informar y ser informado<sup>95</sup>, así como —era de esperar— su incompatibilidad con la doctrina de máximos establecida por el TJUE en Sentencia de 13 de febrero de 2014 (“Svensson”), en el sentido de que un Estado miembro no puede proteger más ampliamente a los titulares de derechos mediante un concepto de comunicación pública que incluya más actos que los previstos en el art. 3.1 de la Directiva 29/2011/CE<sup>96</sup>; entiendo, sin embargo, que lo que impide el Tribunal es ampliar el concepto de comunicación pública en un Estado miembro para incluir dentro del mismo la comunicación interactiva por medio de enlaces con mayor alcance que el establecido en dicha Sentencia, pero no —en rigor— la creación de un nuevo derecho conexo para prohibir la puesta a disposición del público, en la forma que sea (incluyendo como elementos accesorios de un enlace), de contenidos de prensa.

En definitiva, la opción regulatoria alemana en forma de un derecho conexo para los editores de prensa se ha mostrado claramente ineficiente desde el principio, provocando un fallo de mercado donde antes no existía que puede ir en detrimento no sólo de los propios editores y usuarios alemanes, sino también de los motores de búsqueda y agregadores más débiles, que corren el riesgo de quedar excluidos del mercado si los editores no responden a sus sistemas “*Opt-in*” para recabar autorizaciones gratuitas.

---

<sup>94</sup> Cfr. <http://coaliccionprointernet.com/?p=1127> (última visita, 14 de octubre de 2014). La entidad de gestión Wort VG, a quien los grandes editores de prensa han mandatado la gestión de su derecho conexo interpuso una reclamación ante la Autoridad de la Competencia Alemana (“*Bundeskartellamt*”) por un presunto abuso de posición de dominio de Google, consistente en que habría dejado fuera de los resultados de su motor de búsqueda a los editores de prensa que no le hubieran autorizado expresamente de forma gratuita a la indexación y enlace de sus contenidos mediante su nuevo sistema “*Opt-in*”, como una forma de presionarles para la concesión de una licencia. La Autoridad de Competencia ha desestimado la denuncia por considerarla sin fundamento suficiente, mediante decisión de 22 de agosto de 2014.

<sup>95</sup> El 13 de julio de 2014, Yahoo ha presentado una demanda de inconstitucionalidad ante “*Bundesverfassungsgericht*” contra el derecho conexo introducido en los parágrafos 87f-h UrhG, al considerar que es susceptible de infringir el derecho a la libertad de información (art. 5 GG) de los usuarios y de las empresas de comunicación digital como Yahoo, la cual —dice— se ha visto obligada a modificar la configuración de su motor de búsqueda y del servicio de agregación de noticias Yahoo News, perjudicando a los usuarios alemanes respecto a los de otros países y, con ello, la pluralidad informativa y la libertad de opinión (cfr. la nota de prensa de Yahoo en <http://yahoo.enpress.de/Pressemeldungen/Freie-Suche-fuer-die-deutschen-Nutzer-Verfassungsbeschwerde-gegen-das-Leistungsschutzrecht-/3675>; última visita, 14 de octubre de 2014).

<sup>96</sup> *Vid.* al respecto la Posición de la Asociación alemana de la Economía de Internet: “*Positionpapier des ECO-Verband der deutschen Internetwirtschaft zum Leistungsschutzrecht für Presseverleger*”, de 26 de junio de 2014, en [http://www.eco.de/wp-content/blogs.dir/20140626\\_positionspapier\\_leistungsschutzrecht\\_final.pdf](http://www.eco.de/wp-content/blogs.dir/20140626_positionspapier_leistungsschutzrecht_final.pdf) (última visita, 14 de octubre de 2014).

2. EL MODELO ESPAÑOL: UN SISTEMA MIXTO DE EXCEPCIÓN, LIMITACIÓN Y DERECHO EXCLUSIVO

El legislador español ha optado por un modelo de regulación diferente, que combina un régimen de derecho exclusivo para el uso de imágenes con otro de excepción (para motores de búsqueda) y de limitación (para agregadores de información) para el uso de fragmentos de texto. A pesar de las muchas enmiendas presentadas por los Grupos de la Oposición en el Congreso de los Diputados y en el Senado, el texto se aprobó sin variaciones tanto en el Congreso<sup>97</sup> como en el Senado<sup>98</sup>.

La Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de modificación del TRLPI contempla, según advierte la Exposición de Motivos (III) una actualización para el entorno digital del régimen aplicable a las reseñas realizadas por servicios electrónicos de agregación de contenidos, incluyendo a tales fines un nuevo apartado 2 en el art. 32 TRLPI (intitulado “ *citas y reseñas e ilustración con fines educativos o de investigación científica*”)<sup>99</sup> que contempla tres tipos de actos o comportamientos relacionados con el uso de contenidos de prensa o informativos en general, para los que establece regímenes jurídicos diferentes; actos que, por razones didácticas, vamos a sistematizar de manera diferente a como lo hace la norma.

1. *La excepción en el uso de palabras aisladas por parte de motores de búsqueda*

El art. 32.2 párrafo II de la nueva Ley recoge una excepción<sup>100</sup> que permite (como licencia legal) la puesta a disposición del público de palabras aisladas

---

<sup>97</sup> Informe de la Ponencia, BOCG, Congreso de los Diputados, de 22 de julio de 2014, Serie A, Núm. 81-3, págs. 1 y ss.

<sup>98</sup> Informe de la Ponencia, BOCG, Senado, de 7 de octubre de 2014, Núm. 412, págs. 23 y ss.

<sup>99</sup> La ubicación sistemática de esta nueva regulación no parece la más adecuada. Ya hemos visto que el uso de contenidos de prensa por motores de búsqueda y agregadores de información no puede identificarse con las citas, ni con las revistas o recortes de prensa, aunque quizás podría encontrar encaje en un concepto amplio de reseña desvinculado de la cita y de la revista de prensa. Ante el carácter taxativo de las excepciones y limitaciones reconocidas en el art. 5 de la Directiva 2001/29/CE, el legislador nacional —como ya sucedió cuando reguló el “*press clipping*” con la Ley 23/2006— prefiere cubrirse ante el legislador comunitario aproximando el uso de contenidos de prensa al régimen de las citas, reseñas y revistas de prensa, contemplado en términos muy amplios en el art. 5.3d de la Directiva, ya que no queda circunscrito a los medios de comunicación, como sucede sin embargo con los límites propios de usos periodísticos previstos en el art. 5.3c de la misma Directiva (arts. 33 y 35 TRLPI). En este sentido, forzando la interpretación podría encajar en la primera acepción gramatical de reseña contemplada por el Diccionario RAE: simple noticia y/o narración sucinta de una obra ajena, que prácticamente se limita a citar el título de la obra y, si acaso, aportar un breve resumen o narración de la misma, así como alguna indicación sobre su autor o autores.

<sup>100</sup> Excepción en sentido estricto, en tanto que límite o barrera a los derechos exclusivos que no lleva vinculada o asociada una remuneración o compensación equitativa, por entender el legislador que el límite no afecta (o no significativamente) a la explotación normal de la obra y que, por tanto, no existe ningún perjuicio relevante para los titulares de derechos.

de contenidos de prensa, de información en general, de creación de opinión pública o de entretenimiento, por parte de prestadores de servicios que faciliten instrumentos de búsqueda, siempre que tal puesta a disposición del público se produzca sin finalidad comercial propia y se realice estrictamente circunscrita a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda en respuesta a consultas previamente formuladas por un usuario al buscador, y siempre que la puesta a disposición del público incluya un enlace a la página de origen de los contenidos.

La voluntad de favorecer la actividad de los motores de búsqueda constituye una constatación por el legislador de la utilidad social que éstos representan en la sociedad de la información. Sin embargo se restringe notablemente la forma en que los motores de búsqueda podrán presentar los resultados de las búsquedas solicitadas por los usuarios. A diferencia de lo que venía sucediendo, parece que cuando entre en vigor la Ley, el 1 de enero de 2015, los motores de búsqueda ya no podrán añadir a los enlaces fragmentos de texto e imágenes de los contenidos enlazados, sino que tan sólo tendrán derecho a utilizar palabras aisladas circunscritas a lo estrictamente imprescindible para ofrecer los resultados de búsqueda en forma de enlaces; palabras, se entiende, que sean descriptivas de los contenidos a los que se redirige al público. Una interpretación estricta de la excepción facultaría únicamente para el uso de palabras sueltas o aisladas a modo de etiquetas (“*tags*”) o palabras clave (“*keywords*”) descriptivas. Sin embargo se antoja excesivamente restrictivo, ya que presentar resultados de búsqueda de contenidos informativos o de entretenimiento sin incluir al menos el titular de prensa que identifica la noticia o información podría restar a los motores de búsqueda buena parte de su utilidad social y económica. Por eso, considero que existen fundamentos para flexibilizar o relajar la interpretación e incluir también el uso, junto a los enlaces, de un conjunto reducido de palabras que conforman la cabecera o titular de prensa (“*headline*”) de la noticia o contenido enlazado<sup>101</sup>.

Así las cosas, aquellos motores de búsqueda que junto a los resultados de búsqueda en forma de enlaces, además de palabras aisladas en forma de etiquetas o palabras clave (y, en caso de admitirse, titulares de prensa)<sup>102</sup>, quieran ofrecer

---

<sup>101</sup> Aunque —como vimos— los titulares de prensa son objeto de tutela por el derecho de autor, sea como partes de la obra original (artículo de prensa) o como títulos de obra originales, el uso de estos como enlaces generados automáticamente por motores de búsqueda constituye un uso inocuo o insustancial que no parece pueda causar un daño a la explotación normal de la obra ni un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los titulares de derechos; más bien todo lo contrario, por cuanto la actividad de los motores de búsqueda ayuda a la localización de contenidos en el marasmo de Internet y el uso de los titulares de prensa como enlaces o junto a ellos facilita la percepción de la esencia de la noticia al usuario, contribuyendo a la transferencia de usuarios desde la web del buscador a la web de origen de los contenidos.

<sup>102</sup> El requisito de que esas palabras aisladas se pongan por el motor de búsqueda a disposición del público junto a los enlaces a la fuente original sin finalidad comercial propia y estrictamente circunscrita a los resultados de la búsqueda en respuesta a las consultas de los usuarios, serviría

como valor añadido para hacer más eficiente y atractiva la búsqueda fragmentos de texto (“*snippets*”) e imágenes en miniatura (“*thumbnails*”) de los mismos contenidos informativos enlazados, tendrán que recabar la autorización de los titulares de derechos, al no quedar cubierto por la excepción el uso accesorio de esos contenidos. Circunstancia esta que, al igual que ha sucedido en Alemania, provocará probablemente una reacción de los motores de búsqueda para implementar sistemas “*Opt-in*” a fin de conseguir autorizaciones gratuitas de los titulares de derechos sobre contenidos informativos que deseen ser indexados y enlazados utilizando fragmentos de texto e imágenes, dejando fuera del buscador (o al menos de los enlaces más completos y eficientes) a los demás, con el consiguiente riesgo de exclusión que eso puede conllevar para los medios de información “*online*” y el déficit de bienestar para los usuarios.

## 2. *La limitación a favor de servicios de agregación de contenidos. La compensación equitativa conocida como “Tasa Google” o “Canon AEDE”*

El art. 32.2, párrafo I, incisos 1º y 2º TRLPI, recoge un nuevo límite que facilita a los prestadores de servicios de agregación para poner a disposición del público sin autorización de los titulares de derechos fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, sin perjuicio del derecho irrenunciable de los editores o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa irrenunciable que se hará efectiva a través de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual<sup>103</sup>.

El legislador español opta así por garantizar la actividad de los agregadores de información tipificando un límite específico para facilitar su actividad<sup>104</sup>,

---

para impedir un uso de contenidos de prensa por los buscadores en su página web al margen de los resultados de búsqueda (por ejemplo, entremezclando el servicio de búsqueda con otro de titulares de prensa en la misma web); también podría dejar fuera de la excepción el uso de palabras aisladas o fragmentos cortos de texto junto a los enlaces publicitarios o patrocinados típicos de algunos motores de búsqueda (como Google), o junto a banners publicitarios vinculados o asociados a la aparición de un enlace con contenidos informativos breves en la pantalla de un buscador, pues en estos casos el enlace y el texto adjunto tendrían una finalidad comercial propia.

<sup>103</sup> Se trata, por tanto, de una limitación, es decir, un límite o barrera a los derechos exclusivos al que se vincula una compensación equitativa o derecho de mera remuneración, por considerar el legislador que el límite puede afectar a la explotación normal de la obra y que, por tanto, merece ser compensado el perjuicio que pudiera derivarse para los titulares de derechos.

<sup>104</sup> La Ley 21/2014 modifica también la letra c) del art. 161.1 TRLPI para indicar que los titulares de derechos sobre obras protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar el ejercicio del límite previsto en los nuevos arts. 32.2, 3 y 4. Previsión que no está referida al uso de medidas tecnológicas para impedir técnicamente los enlaces de prensa (ya que el límite no se refiere a la actividad misma de enlazar) o el almacenamiento de materiales informativos en el servidor de un agregador de información (pues el límite no alcanza al derecho de reproducción), sino al uso de medidas para impedir la puesta a disposición de fragmentos de texto por agregadores de informa-

al tiempo que se prevalece de la facultad reconocida en el Considerando núm. 35 DDASI para reconocer a los titulares de derechos sobre esos contenidos el derecho a recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se hace de sus obras o prestaciones protegidas. Aunque no se precisa, el legislador piensa en el uso de fragmentos de texto de contenidos informativos con carácter accesorio de enlaces de prensa<sup>105</sup>.

Los contenidos objeto del límite son muy amplios. Aunque pensado originalmente para los materiales de prensa escrita “online”, el límite abarca también cualesquiera contenidos con finalidad informativa, de opinión o de entretenimiento siempre que aparezcan difundidos en publicaciones periódicas (se entiende que digitales)<sup>106</sup> y en sitios web de actualización periódica (incluyendo blogs). En todo caso, el límite faculta sólo para el uso de fragmentos no significativos de esos contenidos, incluyendo así titulares de prensa (“headlines”) y fragmentos de texto (“snippets”)<sup>107</sup> o, en su caso, de otros materiales (cuñas de radio y televisión), que se emplearán previsiblemente con carácter accesorio al uso de enlaces a sitios en línea de terceros. Los titulares de derechos afectados por el límite son los editores de prensa “online”, así como los editores u otros titulares de contenidos puestos a disposición del público en cualesquiera otros sitios web de actualización periódica que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión o de entretenimiento, lo que abre extraordinariamente el espectro de titulares afectados por el límite, y, con ello, de los acreedores del derecho a percibir la compensación equitativa<sup>108</sup>. Por lo demás, beneficiarios

---

ción. Ocurre, sin embargo, que si un titular de derechos implementa restricciones técnicas para impedir la indexación y enlace de su web, al mismo tiempo estará impidiendo el almacenamiento de sus contenidos en su servidor y, con ello, el uso de los mismos junto a los enlaces. De modo que si no se puede impedir que el responsable de una web bloquee el enlace mediante sistemas “opt-out” del tipo robot.txt (lo cual iría radicalmente en contra de la doctrina “Svensson”), tampoco podrá impedirse que bloquee el uso de fragmentos de texto de esa web, por lo que la previsión del nuevo 161.1 c) no es operativa.

<sup>105</sup> El hecho de que se hable de fragmentos no significativos de contenidos (en general) y de que no se mencione la necesidad de vincularlos a enlaces a la fuente de origen de los mismos (a diferencia de lo exigido para los motores de búsqueda), deja abierto un amplio abanico de posibilidades que abarcaría desde el uso (puesta a disposición del público) de fragmentos no significativos de texto (artículos de prensa o de información general) en la pantalla de agregadores de información sin estar vinculados a enlaces a la fuente de origen (aunque no parece ser esta la intención del legislador), hasta el uso de fragmentos de contenidos sonoros y audiovisuales vinculados o no a enlaces a la fuente original.

<sup>106</sup> Aunque se habla sólo de contenidos divulgados en publicaciones periódicas, sin matizar que se trate de publicaciones “online”, es claro que no se está pensando en la posibilidad de utilizar contenidos analógicos (papel) para luego ponerlos a disposición del público en Internet, dado que el límite no afecta al derecho de reproducción necesario para escanear los contenidos analógicos.

<sup>107</sup> Entiendo que el uso de palabras aisladas en forma de etiquetas (“tags”) o palabras clave (“keywords”) estaría autorizado en todo caso, sea por su carácter puramente incidental e inócua o sea por analogía con lo previsto para los motores de búsqueda.

<sup>108</sup> El legislador español señala a los editores de prensa y de otros medios de información “online” como titulares de derechos de autor y, en consecuencia, beneficiarios de la compensación equitativa, asumiendo directamente su titularidad autoral en virtud del concepto de obra colectiva y con la finalidad de evitar la misma polémica creada en torno al concepto de autor en el “press

del límite y deudores de la compensación equitativa irrenunciable vinculada al mismo son los agregadores de contenidos que tengan una finalidad informativa, de opinión o entretenimiento y que generan por sí mismos enlaces de prensa acompañados de fragmentos de texto; aunque, a falta de aclaraciones futuras, el nuevo régimen jurídico también podría resultar aplicable a los agregadores (horizontales o verticales) que, como intermediarios, se limitan a gestionar un espacio web de actualización periódica para que los usuarios compartan contenidos informativos o de entretenimiento<sup>109</sup>.

Los agregadores deberán abonar una compensación equitativa que tendrá carácter irrenunciable para los beneficiarios del límite y se hará efectiva exclusivamente a través de entidades de gestión colectiva (gestión colectiva obligatoria). Con ello se garantiza a los titulares de derechos afectados un retorno económico por el uso de sus contenidos informativos, impidiendo que las presiones de los grandes agregadores puedan obligarles a conceder licencias gratuitas para evitar su salida de los agregadores y, por ende, de los motores de búsqueda, tal y como está pasando en Alemania<sup>110</sup>.

En mi opinión, el legislador habría ido más lejos de lo que realmente pretendía en un principio, siendo clara su intención de permitir la actividad de los grandes agregadores horizontales de noticias (como Google News o Yahoo) para justificar al mismo tiempo una compensación equitativa a los grandes editores de prensa responsables de la mayoría de los contenidos utilizados por esos agregadores: los editores de diarios y revistas agrupados en la Asociación

---

*clipping*". La referencia a otros titulares de derechos deja abierta la posibilidad de que la remuneración equitativa pueda ser reclamada por los autores de derechos sobre obras difundidas en sitios de información o de entretenimiento periódicos, como pueden ser los blogs, e incluso por cesionarios de derechos que sean responsables de las webs de las que se toman esos contenidos (pues el carácter irrenunciable de la compensación equitativa no determina, a mi juicio, su carácter intransmisible). Más dudoso es si podrán ser acreedores de la compensación equitativa los editores o autores de contenidos que se pongan a disposición del público en régimen de licencia pública general, toda vez que realizan una amplia autorización para reproducir, distribuir, comunicar e incluso transformar sus contenidos (sin perjuicio de que pudieran reclamar la compensación quienes se opongan a usos comerciales).

<sup>109</sup> El factor distintivo fundamental para identificar a un agregador de información es que éste presente contenidos de finalidad informativa de forma estructurada o clasificada y actualizada periódicamente, independientemente de si esos contenidos informativos son subidos a su web por el mismo agregador o por los usuarios de su servicio, constituyendo el servicio de noticias o información su principal actividad. Por eso no creo que puedan calificarse como agregadores, en sentido estricto las redes sociales, por mucho que los usuarios puedan compartir materiales informativos. Y quedarían en todo caso fuera del concepto los blogs o servicios similares que utilicen fragmentos de contenidos informativos con carácter aislado y circunstancial.

<sup>110</sup> Efectivamente, la irrenunciabilidad de la compensación equitativa no impide que los titulares de derechos acreedores de la misma puedan, una vez nacido el derecho de crédito a su favor, decidir libremente renunciar al mismo. Pero eso no impedirá a la entidad de gestión colectiva encargada de la recaudación exigir y cobrar la compensación equitativa para aplicarla a los fines previstos en el nuevo art. 154.4 TRLPI, con lo que difícilmente podrán los agregadores poderosos imponer sistemas "*Opt-in*" como ha sucedido en Alemania.

de Editores de Diarios Españoles (factórum de la nueva regulación); de ahí la denominación informal de la compensación equitativa como *Tasa Google* o *Canon AEDE*<sup>111</sup>. El caso es que la imprecisión terminológica convierte a todo sitio en línea que ofrezca de forma periódica contenidos informativos, de opinión o de entretenimiento, en un acreedor potencial de la compensación equitativa, sobre todo cuando ésta se ha configurado con un carácter irrenunciable, lo cual puede complicar mucho su gestión efectiva por las entidades de gestión colectiva competentes (previsiblemente CEDRO); y a todo agregador de información “*lato sensu*” en deudor de esa compensación irrenunciable, algo que puede poner en peligro la subsistencia de aquellos que no dispongan de la capacidad financiera suficiente para asumir su pago.

3. *El derecho exclusivo sobre los actos de puesta a disposición del público de imágenes “en cualquier caso”*

El inciso 3º del párrafo I del art. 32.2 TRLPI establece que, en cualquier caso, la puesta a disposición del público por terceros de cualquier imagen, obra fotográfica o mera fotografía divulgada en publicaciones periódicas o en sitios web de actualización periódica estará sujeta a autorización. Queda pues radicalmente prohibido el uso de imágenes en miniatura (“*thumbnails*”) como accesorio o complemento de valor añadido en los enlaces de prensa, y en general la puesta a disposición en Internet en cualquier contexto de cualquier tipo de contenidos visuales sin contar previamente con la autorización de los titulares de derechos sobre esas imágenes.

Nuestro legislador ha asumido como propia la opinión sostenida por los grandes grupos editoriales de prensa y por asociaciones y entidades de gestión representativas de artistas visuales o plásticos, en el sentido de que la utilización de imágenes como complemento a los enlaces constituye un valor añadido innecesario para los fines pretendidos tanto por los motores de búsqueda como por los agregadores de información, por cuanto los usuarios bien pueden hacerse una idea de la esencia de la información con la información breve que proporcionan el titular de prensa, las etiquetas o palabras clave y, en su caso, los fragmentos de texto (primeras líneas) de los contenidos enlazados<sup>112</sup>. Aunque

---

<sup>111</sup> Es pública y notoria la posición radicalmente contraria a la Tasa Google de los editores integrados en la Asociación de Editores de Prensa (AEEPE), que agrupa hasta 700 cabeceras de medios de prensa. De hecho se integraron en la Coalición Pro Internet ([www.coalicionprointernet.com](http://www.coalicionprointernet.com)) para hacer frente común a la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual y, en particular, al establecimiento de una compensación equitativa que grave la actividad de los agregadores de información, al entender que éstos no perjudican los intereses de la prensa “*online*” sino que, todo lo contrario, incrementan considerablemente el número de usuarios que reciben, con lo cual esa tasa o compensación podría llevar a la postre a una reducción de usuarios y, con ello, de los ingresos por publicidad y otros conceptos, acabando por perjudicar a quien en principio pretendía favorecer, además de destruir el mercado de agregación de contenidos informativos.

<sup>112</sup> Se trata de una reacción normativa frente a los efectos de la doctrina de la licencia implícita para el uso de imágenes en miniatura al hilo de la comunicación en Internet mediante hipervíncu-

la sujeción del uso de imágenes al derecho exclusivo de puesta a disposición se hace extensiva a cualquier tipo de actos y sujetos que operen fuera o dentro de Internet, por lo que también habrá de considerarse ilícito, en principio, el uso accesorio de imágenes para acompañar enlaces aislados o circunstanciales en cualquier sitio web, blogs o redes sociales.

Sin embargo, paradójicamente, este régimen de derecho exclusivo puede dar mayor margen de maniobra a los grandes motores de búsqueda y agregadores, que podrán implementar un sistema “*Opt-in*” para que los editores de medios “*online*” y de sitios web informativos o de entretenimiento de actualización periódica les autoricen expresamente y de forma gratuita para la indexación y puesta a disposición del público de imágenes en miniatura junto a los enlaces a la fuente de origen<sup>113</sup>.

### 3. CONSIDERACIONES FINALES

Al igual que la normativa alemana, la regulación española ha sido duramente criticada tanto por los operadores de motores de búsqueda y servicio de agregación, como por una parte importante de los editores de prensa y de los sitios web de información periódica. También por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que con fecha de 16 de mayo de 2014 publicó la “*Propuesta referente a la modificación del artículo 32.2 del Proyecto de Ley que modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*”<sup>114</sup>, la cual

---

los establecida por el Tribunal Supremo alemán (BGH) en sus Sentencias de 29 de abril de 2010 (“*Vorschaubilder I*”) y de 19 de octubre de 2011 (“*Vorschaubilder II*”). En Francia se ha presentado, con fecha de 8 de abril de 2014, la Propuesta de Ley núm. 428 (de la que es autor el senador Ms. Philippe Marini) proponiendo una gestión colectiva obligatoria de los derechos de comunicación al público de las obras gráficas, plásticas o fotográficas cuando sean utilizadas por un servicio de motor de búsqueda o de referenciación. Esta propuesta se justifica en la circulación masiva de imágenes en Internet, gracias a la actividad de buscadores y agregadores, sin que el valor económico que generan aproveche a los autores de las mismas. Con esta propuesta se busca garantizar la seguridad jurídica para el uso de imágenes por los motores de búsqueda y servicios de referenciación (enlaces), retribuyendo equitativamente al mismo tiempo a los autores de las imágenes profusamente empleadas por dichos servicios en su quehacer diario. Los servicios que no respeten el sistema de gestión colectiva del derecho de mera remuneración incurrirían automáticamente en una infracción del derecho exclusivo de comunicación al público.

<sup>113</sup> Al no estar sujeto el uso de imágenes a una compensación equitativa irrenunciable, sino a un derecho exclusivo, los motores de búsqueda y agregadores pueden aprovecharse para recabar licencias gratuitas para el uso de imágenes junto a los enlaces a la fuente original, y suplir así el déficit de percepción de la esencia de la información derivado del hecho de no poder utilizar fragmentos de texto. Los editores de prensa o titulares de web de información periódica que no consientan el uso de sus imágenes como elementos accesorios de los enlaces de prensa por motores de búsqueda y agregadores, podrán verse excluidos del agregador y por extensión del motor de búsqueda, o bien ser enlazados únicamente con algunas palabras aisladas orientativas que, a la postre, podría acabar perjudicándoles gravemente ante una más que previsible reducción del tráfico de usuarios procedente de estos operadores de Internet.

<sup>114</sup> PRO/CNMC/0002/14. *Vid.* en [http://cnmcblog.es/wp-content/uploads/2014/05/140516-PRO-CNMC\\_0002\\_14-art-322PL.pdf](http://cnmcblog.es/wp-content/uploads/2014/05/140516-PRO-CNMC_0002_14-art-322PL.pdf) (última visita, 14 de octubre de 2014).

insiste en los mismos argumentos de corte económico-utilitarista (eficientista) apuntados en Alemania por el Max-Planck Institut. Ante todo, que la existencia de una normativa de propiedad intelectual se debe justificar en la necesidad de crear un sistema de incentivos que favorezca dinámicamente la actividad de creación, pero con el objetivo último de promover la innovación subsiguiente y la libre competencia; razón por la que, en el diseño regulatorio de los sistemas de protección, es preciso tener en cuenta no sólo el interés de los titulares de derechos en obtener protección, maximizando sus posiciones de renta, sino también el interés en el mantenimiento y consecución de una competencia efectiva en el mercado, minimizando las externalidades negativas que pudieran derivarse de dicha protección.

Partiendo de la necesidad de encontrar un equilibrio adecuado de intereses a la hora de establecer nuevas regulaciones en sede de propiedad intelectual, la CNMC considera que la creación de un nuevo derecho de remuneración para los editores de prensa no estaría realmente compensando o equilibrando un fallo de mercado, ya que, a pesar del uso constante que de sus contenidos hacen motores de búsqueda y agregadores, realmente no se está produciendo ninguna pérdida de ingresos ni tampoco una pérdida de incentivos; es decir, no se está produciendo ningún fallo de mercado, por cuanto los editores se benefician del tráfico de usuarios que los buscadores y agregadores derivan hacia su sitio en línea, al tiempo que disponen de la posibilidad de evitar su indexación y agregación recurriendo al fichero estandarizado “robots.txt”. Para la Autoridad de la Competencia arbitrar un nuevo sistema de compensación económica para los editores de prensa puede resultar a la postre más costoso y distorsionador de la competencia, pues difícilmente pueden considerar los editores que los agregadores son competidores directos, ya que unos y otros se aprovechan recíprocamente de sus respectivas actividades; con lo cual, la compensación supondría un desincentivo para los agregadores establecidos, se podría erigir en una barrera para el acceso de nuevos operadores al mercado de los buscadores y de los agregadores de información, y podría volverse a la postre contra los intereses de los editores de contenidos informativos. Por eso concluye proponiendo la retirada de la compensación equitativa o, en caso de mantenerse, sugiere la conveniencia de modificar el carácter irrenunciable de la compensación y eliminar la gestión colectiva obligatoria.

Ciertamente, aun admitiendo que el uso de los contenidos de prensa por parte de motores de búsqueda y servicios de agregación constituye un acto parasitario, y que los titulares de derechos no reciben un retorno económico directo por el uso que hacen aquéllos de sus contenidos los operadores, una nueva regulación que se fije como objetivo reequilibrar los intereses de editores y agregadores debería haber partido de un análisis más cuidado y sosegado del impacto que la misma podría causar a la competencia efectiva en el mercado y a los distintos intereses de los distintos operadores económicos afectados y de los usuarios.

Los agregadores ofrecen, junto a los motores de búsqueda, servicios de valor añadido en un mercado secundario o derivado de información (el del procesamiento, almacenamiento y redireccionamiento) que se considera esencial en el actual estadio de desarrollo de la sociedad de la información (donde la hipertrofia de información hace casi imposible al usuario visitar todas las fuentes originales para contrastar distintas versiones y opiniones de una misma noticia) y que no tiene por qué afectar negativamente a los titulares de derechos y sus cesionarios en el mercado primario de la información. Un agregador realiza una función de clasificación y presentación de la información en forma de panorama de actualidad que, sin perjuicio de que se presente habitualmente como un servicio de valor añadido complementario al producto o servicio de información original y que, en consecuencia, pueda reconducir muchos usuarios hacia el sitio de origen de la información, también puede funcionar para otros muchos usuarios como un servicio sustitutivo que en lugar de aportar usuarios al sitio de origen se los puede restar<sup>115</sup>. Pero, aunque los grandes grupos editoriales consideran a los agregadores de noticias (al menos a los más poderosos, como Google News) un “supraeditor” que se aprovecha del esfuerzo ajeno, es preciso ponderar adecuadamente el uso de contenidos de prensa para el desarrollo de los servicios de valor añadido, pues la actividad de los agregadores no tiene por qué valorarse en términos de infracción y daño, sino de uso procompetitivo que procura utilidad social<sup>116</sup>, sin perjuicio de que pueda establecerse una compensación o remuneración equitativa para recompensar el uso que se hace de los materiales de prensa o información de los editores y sitios en línea de información periódica.

Sabiendo que el moderno derecho de autor (y los derechos conexos) no se limita a regular los derechos de los creadores y sus relaciones con editores o productores y con los usuarios finales, sino que contempla y se ocupa también (o debería ocuparse) de las relaciones de competencia entre los titulares de derechos y terceros que desarrollan y ofrecen productos o servicios de valor añadido que contienen o se basan en los derechos de propiedad intelectual ajenos<sup>117</sup>, el

---

<sup>115</sup> Existen muchas dudas sobre el efecto real que los agregadores producen sobre los resultados de los sitios de origen de la información en número de visitas, aunque hay más datos (o más objetivos) para presumir que suman más que restan usuarios a los medios de comunicación “online”. Vid. el estudio de CHIOU L./TUCKER C., “Digitization and Aggregation”, de 21 de noviembre de 2013, accesible en <http://bellarmine.lmu.edu/media/lmubellarminesite/bcladepartments/economics/economicsdocuments/Digitization%20and%20Aggregation.pdf> (última visita, 14 de octubre de 2014).

<sup>116</sup> En términos concurrenciales, un comportamiento parasitario, puede resultar “molesto”, pero no tiene por qué considerarse desleal si, ofreciendo un producto o servicio que aporta valor añadido a los consumidores y usuarios, no obstaculiza realmente la posición competitiva del parasitado ni produce alteraciones en la estructura competitiva del mercado. Me remito a las consideraciones de similar índole que realicé en su día en relación con el problema del “screen scrapping” en las relaciones entre empresas aeronáuticas “low cost” y agencias de viajes “online”. Vid. CARBAJO CASCÓN, F., “Screen scrapping o la extracción de bases de datos de sitios web de terceros con fines comerciales. El conflicto entre Ryanair y las agencias de viajes en línea”, ADI, Vol. 30, 2009-2010, págs. 599 y ss., especialmente págs. 619-620.

<sup>117</sup> GUIDINI, G., *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, Edwar Elgar Publishing, Cheltenham, 2010, págs. 9 y ss. y 136 y ss.

recurso a las excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos, junto a la posibilidad de fijar una remuneración o compensación equitativa, se presenta como una alternativa idónea y eficaz para solventar de forma equilibrada los problemas de competencia cohonstando los intereses particulares de las partes implicadas (titulares y usuarios comerciales de obras y prestaciones) con el interés general<sup>118</sup>. En plena sociedad de la información, donde la innovación y desarrollo de nuevas prestaciones tecnológicas para favorecer la circulación masiva de la información se basa en buena medida en el uso de prestaciones o contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual<sup>119</sup>, el legislador puede recurrir al mecanismo de las excepciones y limitaciones para estimular la competencia en mercados conexos o secundarios protagonizados por productos o servicios sustentados sobre obras o prestaciones de terceros, aportando a los usuarios valor añadido que contribuye a la postre al bienestar general; productos o servicios, como sucede en el caso de los motores de búsqueda y de los agregadores de noticias, que consisten precisamente en seleccionar y facilitar el acceso a contenidos preexistentes y a la información que contienen, permitiendo con ello un uso más extendido e incluso más duradero de esos contenidos<sup>120</sup>.

En suma, existe espacio suficiente para que un legislador responsable decida superar la acción de los Tribunales y aportar seguridad jurídica en el terreno del uso de contenidos de prensa o información en Internet, ya sea por medio de los derechos exclusivos o ya —lo que parece más recomendable— recurriendo al régimen de límites y excepciones y, en su caso, a derechos de compensación o remuneración equitativa, para regular la competencia entre editores de prensa y operadores de motores de búsqueda y agregadores. Y es preciso matizar, llegados a este punto, que la compensación equitativa no tiene por qué plantearse en términos de indemnización de un daño que puede ser en ocasiones más hipotético que real —como parece sugerir el término de “compensación equitativa” acuñado por el legislador comunitario en la Directiva 2001/29/CE—, sino que cabe tratarla también en términos de remuneración o retribución justa, equitativa, por el uso autorizado por la Ley (licencia legal) de las obras y prestaciones para el desarrollo de productos o servicios de valor añadido en mercados conexos. La ductilidad del concepto compensación equitativa facultará para utilizarla en unos casos como una compensación indemnizatoria por el daño que causa el uso de contenidos autorizado por la Ley (como en el caso de la copia privada), mientras que en otros casos el legislador nacional podrá establecer una compensación con carácter retributivo para remunerar

---

<sup>118</sup> Vid. GEIGER, C., “Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung...”, *cit.*, págs. 462 y ss. También, DREIER, T., “Regulating competition by way of copyright limitations and exceptions”, *cit.*, págs. 232 y ss.

<sup>119</sup> BORGHI M./KARAPAPA S., *Copyright and Mass Digitization*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

<sup>120</sup> DREIER, T., “Regulating competition by way of copyright limitations and exceptions”, *cit.*, págs. 238-242: “In other words: in much the same way as information in general, copyrighted information also serves as the basis for the creation of additional information” (pag. 240).

el uso que los beneficiarios de un límite (normalmente, en este caso, usuarios comerciales) hacen de los contenidos, incluso aunque no se produzca un daño efectivo o real para los titulares de derechos<sup>121</sup>.

En definitiva, es perfectamente lícito diseñar un sistema donde se combinen límites no remunerados (excepciones) con límites remunerados (limitaciones) y, si se justifica debidamente, con derechos exclusivos. Pero es importante que dicho régimen se delimite de forma muy precisa, trazando cuidadosamente sus contornos y con altas dosis de flexibilidad si fuera necesario, para garantizar la actividad de los buscadores y agregadores, así como la competencia efectiva en ese sector y también en el sector de los editores de contenidos informativos. Lamentablemente el nuevo art. 32.2 TRLPI no ha conseguido alcanzar este equilibrio de intereses, poniendo en peligro los servicios de valor añadido de buscadores y agregadores tal y como hasta ahora venían desarrollándose (lo que supondrá un retroceso en la sociedad de la información) e incluso los propios servicios de aquellos a quienes desde un principio se pretende beneficiar: los editores de prensa y sitios web de información periódica.

La muy restrictiva definición de la excepción para la actividad de los buscadores, unida al establecimiento de un derecho de compensación equitativa irrenunciable para el uso de fragmentos no significativos de contenidos por parte de los servicios de agregación y, como remate, un derecho exclusivo que impide el uso de imágenes de todo tipo a buscadores, agregadores y enlazadores en general sin contar con la autorización previa de los titulares de derechos, obligará a modificar prácticas que ya se podían considerar asentadas y valiosas en la sociedad de la información; y provocará, probablemente, un fallo de mercado que antes no existía y que irá en detrimento de los intereses particulares de buscadores y agregadores (pues se empobrecerá el servicio que presten en relación con el que venían realizando hasta el momento), puede acabar perjudicando muy seriamente los intereses de los editores de prensa (pues muchos de ellos dejarán de ser indexados y enlazados en los agregadores para justificar una reducción en el pago de la compensación equitativa<sup>122</sup> y, de

---

<sup>121</sup> Atendiendo a las distintas versiones lingüísticas del Considerando 35 de la Directiva 2001/29/CE, la compensación equitativa puede concebirse, según los casos en que se aplique, bien como sistema de compensación equilibrada por los daños y perjuicios que pudiera provocar la licencia legal al afectar negativamente a la explotación de la obra, o bien como sistema de remuneración justa por el uso de contenidos de terceros aunque éste, en rigor, no llegue a producir un daño efectivo. Sobre la conveniencia de no vincular necesariamente el concepto de compensación equitativa a la existencia de un daño indemnizable (pero sin descartarla tampoco), *vid.* las interesantes reflexiones de GEIGER, C., “Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung...”, *cit.*, págs. 465-467. *Vid.* también, RIESENHUBER, K., “Grundlagen der angemessenen Vergütung”, GRUR 6/2013, págs. 582 y ss.

<sup>122</sup> Siguiendo lo dispuesto en el Considerando 35 DDASI, a la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de la compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, siendo un criterio útil de evaluación el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de derechos, excluyendo de la compensación situaciones

rebote, pueden dejar de ser incluidos en los motores de búsqueda, recibiendo seguramente un menor número de usuarios) y también, por encima de todo, los intereses generales en la innovación tecnológica en servicios de información, en la existencia de un mercado competitivo de los buscadores y agregadores de información que oferte alternativas diferentes, y en la libertad de proporcionar y recibir una información plural.

El informe del Max-Planck Institut criticando la creación de un nuevo derecho conexo para los editores de prensa, apuntaba ya que el mismo resultado negativo para la competencia, para los operadores y para la libertad de información, podría producirse si se instituyera un régimen de límite con derecho de remuneración equitativa o un régimen combinado de límite remunerado y derecho exclusivo, por cuanto la obligación para los buscadores y agregadores de abonar una remuneración a los titulares de derechos podría terminar en una progresiva desagregación de contenidos y la consiguiente reducción en el tráfico de usuarios recibido por los editores. Este es el escenario que lamentablemente puede producirse en España con la entrada en vigor del nuevo art. 32.2 TRLPI<sup>123</sup>.

Está por ver si el restrictivo régimen establecido para los enlaces de prensa servirá para incentivar el acceso directo de los usuarios a los sitios web de los medios de prensa, teniendo en cuenta que muchos nativos digitales accedían a esos sitios de la prensa tradicional redirigidos por los motores de búsqueda y por los agregadores, siendo posible que no estén dispuestos a visitarlas directamente si antes no ven un titular que les indique el sentido de la información. Lo que sí puede suceder previsiblemente es que las restricciones impuestas (sobre todo la obligación de abonar una remuneración equitativa por el uso de “snippets”) contribuyan a reducir el número de agregadores y la calidad de los enlaces de prensa, lo que perjudicará de forma refleja a muchos pequeños editores de prensa o sitios en línea de información periódica, que serán más difíciles de localizar y perderán un número importante de visitas.

El derecho exclusivo sobre la puesta a disposición de imágenes por buscadores, agregadores o cualesquiera otros prestadores de servicios, puede encontrar justificación en el amplio uso que se hace de la imagen en su integridad (frente al uso de fragmentos de texto), y en que no es esencial para la comunicación de información; sin embargo constituye un retroceso importante para la sociedad de la información. En cualquier caso, puede suceder como en Alemania, que los buscadores y agregadores implementen sistemas “Opt-in” para recabar licencias gratuitas que les permitan el uso de imágenes. Sin embargo, el ca-

---

en las que el perjuicio causado haya sido mínimo. De modo que el daño estará en relación directa con el uso efectivo que se haga de los contenidos ajenos.

<sup>123</sup> Cfr. <http://www.lavanguardia.com/tecnologia/internet/20141015/54417946340/google-news-espana-podria-cerrar-tasa-google.html> (visitado el 14 de octubre de 2014).

rácter irrenunciable de la compensación equitativa por el uso de fragmentos de texto por parte de los agregadores puede bloquear de manera importante una práctica que ya se considera esencial para que el usuario pueda percibir el sentido de la información y contrastar la línea editorial de los distintos medios de información, a través de las pocas líneas que buscadores y agregadores muestran junto a los enlaces<sup>124</sup>.

El carácter irrenunciable de la compensación equitativa por el uso de “*snippets*” se debe, al parecer a una petición expresa de los grandes grupos editoriales que tendría por finalidad evitar represalias por parte de los grandes motores de búsqueda y servicios de agregación. Si la compensación fuera renunciabile y un medio decidiera reclamar su pago, el agregador podría tomar represalias y desagregar a estos medios no sólo de su servicio de agregación sino también del motor de búsqueda, lo cual supondría decir adiós a Internet. El argumento no carece de sentido, sobre todo si pensamos en los grandes buscadores y agregadores, como Google, y si se tiene en cuenta la reciente experiencia alemana. Pero lo cierto es que lo restrictivo de la excepción a favor de buscadores, junto a la compensación equitativa irrenunciable impuesta a los agregadores de contenidos, puede provocar la exclusión de facto de muchos editores de contenidos y también de pequeños servicios de agregación, además de repercutir negativamente en el tráfico que puedan recibir otros editores más poderosos.

Por eso, para ofrecer una mayor seguridad jurídica al sector de la agregación de información y la posibilidad de una retribución adecuada a los editores o responsables de sitios de información periódica, lo ideal hubiera sido regular una amplia excepción para los motores de búsqueda (que incluyera titulares de prensa y fragmentos de texto) y una limitación generosa para los servicios de agregación (que incluyera los mismos titulares y fragmentos, así como imágenes en miniatura), con un derecho de remuneración equitativa (que no compensación) flexible, es decir, “*renunciabile*”, para permitir a los titulares de derechos (editores de prensa y titulares de sitios web de información periódica) reclamar o no el pago de dicha remuneración en función de las circunstancias e intereses de cada cual, dejando abierta la puerta de la negociación entre las partes para que fuera el mercado el que acabara por resolver el problema de la retribución

---

<sup>124</sup> Si tienen que pagar por usar unas pocas líneas, muchos agregadores preferirán no usar “*snippets*” y conformarse con palabras aisladas o, en su caso, con los meros titulares de prensa (si se admite que estos quedarían autorizados en todo caso); otros directamente decidirán no enlazar a determinados medios de información, pues si tienen que pagar preferirán restringir el número de enlaces a los sitios de información que más impacto tengan entre el público, con el consiguiente riesgo de exclusión para los editores o sitios de información más débiles; o al contrario, limitar los enlaces a los medios independientes y dejar fuera (del agregador y probablemente también del motor de búsqueda) a los grupos editoriales más poderosos que presionaron al Ejecutivo para instaurar este nuevo régimen. A la postre se puede ver seriamente afectada la estructura competitiva del mercado de agregación y también del mercado de información “*online*”, reduciendo el número de operadores; y en último término la libertad de información.

por el uso de contenidos ajenos<sup>125</sup>. Naturalmente el carácter renunciante haría innecesaria y contraproducente una gestión colectiva obligatoria, sin perjuicio de que los titulares que quieran hacer efectivo su derecho a ser remunerados mandaten la gestión a una entidad concreta, como parece lo más razonable, y fuerce una negociación con los distintos agregadores.

La renuncia facultativa a la compensación se presenta así como un último remedio para evitar el fallo de mercado y las exclusiones que puede provocar el carácter irrenunciable. Pero también puede verse como un signo de flexibilidad y de libertad para que cada titular de derechos pueda diseñar su propia estrategia de mercado en el espacio virtual de información, pues unos preferirán ser enlazados libremente y tolerar el uso de fragmentos e imágenes de sus contenidos para garantizarse un flujo mayor de usuarios a su sitio “online” recibido a través de buscadores y agregadores, mientras que otros preferirán cerrar sus contenidos a la agregación para incentivar la visita directa de los usuarios a su sitio en línea y forzar en su caso la negociación con los grandes agregadores (ya que a estos tampoco les interesará ofrecer un servicio empobrecido), e incluso, por qué no, para desarrollar sus propios servicios de agregación. Los editores o titulares de derechos que reclamaran el pago de la compensación y se vieran preteridos o retirados de los motores de búsqueda, podrían recurrir siempre al derecho “antitrust” denunciando ante las Autoridades de la Competencia (administrativas o judiciales) el boicot de operadores con posición de dominio en el mercado de agregación o de búsqueda, así como, en su caso, posibles acuerdos o prácticas concertadas entre distintos agregadores o buscadores para expulsarlos o preterirlos de los resultados de búsqueda<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Varios grupos parlamentarios de la oposición introdujeron enmiendas, tanto en el Congreso como en Senado, para solicitar la supresión del carácter irrenunciable de la compensación equitativa, las cuales no recibieron atención alguna por parte del Grupo mayoritario. Sirvan a modo de ejemplo las Enmiendas núm. 138 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya o la núm. 177 del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado para la modificación del art. 32.2 añadiendo el siguiente párrafo: “No obstante, aquellos editores de medios digitales que no deseen ser remunerados por los prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos podrán renunciar a ello, mediante acuerdo entre partes, sin menoscabo de que sigan siendo titulares de sus derechos”. La modificación propuesta se justifica en que la irrenunciabilidad de la compensación puede crear inseguridad jurídica a los usuarios de Internet, así como a los editores de medios digitales, pues podría vulnerar la libertad de empresa y limitar la pluralidad informativa que debe ser salvaguardada por los poderes públicos del Estado. Añade también que el desarrollo de Internet se dificulta sin los agregadores de noticias y que enlazar contenidos es una de las esencias de Internet, que debe seguir siendo libre, sin perjuicio de compatibilizarlo con los derechos de los autores y editores que deseen ser retribuidos por sus contenidos. También sugiere que la tasa no sería aplicable cuando se enlace contenidos con licencia libre.

<sup>126</sup> Aunque es preciso reconocer que la prueba no sería fácil; y también que los operadores de motores de búsqueda y agregación podrían alegar su derecho a no enlazar ni usar contenidos para reducir la cuantía de la compensación equitativa. Además no parece que sea fácil demostrar si la reducción en el número de enlaces se debe a un ajuste en el algoritmo del programa o simplemente a una menor demanda de los usuarios por el hecho de no aparecer esos medios en el servicio de agregación.

En cualquier caso, tras la aprobación definitiva de la Ley en los términos descritos no cabe hacer más cábalas sobre lo que podría haber sido, y sí augurar en el corto plazo posibles fallos de mercado y situaciones conflictivas derivadas de una regulación ineficiente. No obstante, si estos fallos y conflictos llegaran a concretarse durante el primer año de aplicación de la Ley en detrimento del mercado y de los intereses generales en la sociedad de la información, todavía quedaría espacio para su revisión si llegara a concretarse esa reforma integral de la LPI tantas veces prometida y anunciada ahora en la Disposición Final 4ª de la Ley 21/2014 a partir de enero de 2016.