

LA PROVISIÓN DE ENLACES EN INTERNET Y EL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 en el asunto C-466/12 [caso Svensson]).

por Rafael SÁNCHEZ ARISTI
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN:

En su Sentencia, emitida el 13 de febrero de 2014 en el asunto Svensson, el TJUE acepta que el establecimiento de un enlace en Internet comporta un acto de puesta a disposición del público, restando importancia al dato de que el enlazador no disponga por sí mismo del contenido enlazado, sino que éste se encuentre subido en algún lugar de la red controlado por otro sujeto. Esto implica asumir que es posible encadenar actos de puesta a disposición del público sin solución de continuidad. Sin embargo, a pesar de que en tales circunstancias el derecho en cuestión no debería agotarse a tenor del art. 3.3 de la Directiva 2001/29, la Sentencia establece que tal agotamiento se produce *en un cierto grado*. Para el TJUE, cuando un sujeto consiente la puesta a disposición de su obra o prestación en Internet debe entenderse que el público por él contemplado es no sólo el del sitio de Internet desde el que se produce la puesta a disposición inicial, sino también el de los sitios web desde los que se realicen enlaces dirigidos hacia aquél. Es decir, en opinión del TJUE, el público de esos otros sitios no sería “nuevo” con respecto al de la página inicial, conclusión que en el comentario se refuta, máxime cuando se trata —como ocurría en el asunto Svensson— de enlaces que redirigen a obras y no de enlaces de superficie, ya que en tal caso es difícil encontrar apoyo en la doctrina de la licencia implícita. En todo caso, conforme al estándar de la Sentencia Svensson, las obras que pueden ser libremente enlazadas desde otra página de Internet son sólo aquéllas puestas en la red a disposición del público sin restricciones de acceso y con la voluntad del titular de que así permanezcan, no en cambio las que se encuentren accesibles en algún sitio web sin autorización del titular, o estén disponibles sólo para un segmento limitado de público compuesto por suscriptores.

PALABRAS CLAVE: Provisión de enlaces en Internet – derecho de puesta a disposición del público – agotamiento del derecho – tipos de enlaces – licencia implícita – alcance de la armonización en la Directiva 2001/29.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN EL ASUNTO C-466/12. III. SOBRE SI EL ESTABLECIMIENTO DE UN ENLACE EN INTERNET QUE CONDUCE A UNA OBRA COMPORTA LA COMUNICACIÓN AL PÚBLICO DE ESA OBRA EN EL SENTIDO DEL ART. 3.1 DDASI. 1. EL ACTO DE COMUNICACIÓN. 2. LA EXISTENCIA DE UN «PÚBLICO». EL REQUISITO DEL PÚBLICO NUEVO. IV. SOBRE LA INFLUENCIA DE QUE EL USUARIO NO SEA CONSCIENTE DE QUE HA SIDO REDIRIGIDO A OTRO SITIO DE INTERNET PARA LA CALIFICACIÓN DEL ENLACE COMO UN ACTO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO. V. SOBRE LA INFLUENCIA DE QUE LA OBRA ENLAZADA ESTÉ ACCESIBLE SIN RESTRICCIONES EN EL SITIO ORIGINAL PARA LA CALIFICACIÓN DEL ENLACE COMO UN ACTO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO. VI. SOBRE SI LA COMUNICACIÓN AL PÚBLICO PUEDE COMPRENDER MÁS ACTOS QUE LOS DERIVADOS DEL ART. 3.1 DE LA DIRECTIVA 2001/29. VII. ALGUNOS PRONÓSTICOS.

TITLE: THE PROVISION OF HYPERLINKS IN THE INTERNET AND THE RIGHT OF MAKING AVAILABLE TO THE PUBLIC (Comment on the judgment from the EUCJ of 13th February 2014 in the Svensson case, C-466/12).

ABSTRACT: The Court of Justice of the European Union, in its judgment of 13 February 2014, accepts that the provision of a hyperlink on a website entails an ‘act of communication to the public’, regardless of the linker itself does not have the content, but it has been uploaded somewhere on the network under the control of another person. This implies assuming that there may be chained acts of communication to the public seamlessly. However, even though in such circumstances the right in question should not be exhausted according to Article 3 (3) Directive 2001/29, the judgment states that such exhaustion takes place *to a certain extent*. For the EUCJ, when the copyright holder allows its work making available on the Internet, it must be understood that the members of the public considered by her are not just the ones of the website where the work is originally made available to the public, but also the public of the websites from where the work is linked. That is to say, according to the EUCJ, the public of these other websites would not be ‘new’

with regard to the one of the original website. This comment refutes that conclusion, even more when —as in Svensson case occurs— deep links that redirect to works and not surface or simple links are involved, since in such a situation it is difficult to find enough support in the doctrine of the implied license. In any case, according to the Svensson standard, works that may be freely linked from other websites are just those made available to the public on the Internet without access restrictions and with the copyright holder's will to keep them in those conditions, and not, in contrast, works that are accessible on any website without copyright holder's consent, or available only for a limited public of subscribers.

KEY WORDS: Provision of hyperlinks in the Internet – Right of making available to the public – Exhaustion of copyright – Different kinds of hyperlinks – Implied license – Scope of harmonization from Directive 2001/29.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. REFERENCE FOR A PRELIMINARY RULING IN CASE C-466/12. III. DOES THE PROVISION ON A WEBSITE OF HYPERLINKS TO PROTECTED WORKS CONSTITUTE A COMMUNICATION TO THE PUBLIC WITHIN THE MEANING OF ARTICLE 3 (1) OF DIRECTIVE 2001/29? 1. THE ACT OF COMMUNICATION. 2. THE EXISTENCE OF A "PUBLIC". THE REQUIREMENT OF NEW PUBLIC. IV. THE IMPACT OF THE USER AWARENESS OF BEING REDIRECTED TO ANOTHER WEBSITE ON THE QUALIFICATION OF THE HYPERLINK AS AN ACT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC. V. THE IMPACT OF THE FREE ACCESSIBILITY OF THE LINKED WORK ON THE QUALIFICATION OF THE HYPERLINK AS AN ACT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC. VI. THE COMMUNICATION TO THE PUBLIC, MAY COVER A GREATER RANGE OF ACTS THAN THOSE PROVIDED FOR IN ARTICLE 3 (1) OF DIRECTIVE 2001/29? VII. SOME PROGNOSSES.

I. INTRODUCCIÓN

El 13 de febrero de 2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó sentencia en el conocido como «asunto Svensson». En ella, el Tribunal se pronuncia sobre la calificación del establecimiento de enlaces a obras en Internet, desde el punto de vista del derecho de puesta a disposición del público reconocido en el art. 3.1 de la Directiva 2001/29, sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (Directiva 2001/29 o DDASI). Muchas de las reseñas que en los días posteriores se pudieron leer acerca de esta resolución, aludían a

su dictado como un acontecimiento aguardado durante largo tiempo y con gran interés.¹ Ciertamente, dada la trascendencia del tema, había sido mucha la expectación suscitada por la cuestión prejudicial elevada al Tribunal de Justicia en el asunto C-466/12. Sin embargo, no puede afirmarse que la pendencia del caso haya sido excesiva. La cuestión fue planteada por el Tribunal de apelación de Svea (Suecia) el 18 de septiembre de 2012 y recibida en el TJUE un mes más tarde. La vista oral se celebró el 7 de noviembre de 2013, después de que presentaran observaciones las partes en el procedimiento principal, así como los Gobiernos francés, italiano y británico junto con la Comisión Europea.² El hecho de que el Tribunal decidiera que el asunto fuera juzgado sin conclusiones del Abogado General, sin duda influyó en la menor longitud de la tramitación.³ También hay que admitir que cuando se supo que tales conclusiones no se emitirían, las expectativas sobre el alcance que podría tener el fallo disminuyeron considerablemente.

La omisión de las conclusiones del Abogado General no es la única singularidad que ha rodeado la tramitación de este procedimiento. También debe señalarse el hecho de que, a pesar de estar tramitándose en paralelo al menos otros dos asuntos procedentes de sendas cuestiones prejudiciales que guardaban fuertes analogías con la planteada en el asunto *Svensson*, el TJUE, sin embargo, no decidiera acumularlos.⁴ La primera de esas cuestiones —aún pendientes— pro-

¹ Vid. T. TARGOSZ, “The Court of Justice on Links: It is Allowed to Link. At Least In Principle”, *Kluwer Copyright Blog*, 14.2.2014, que habla de “highly anticipated decision on linking” [<http://kluwercopyrightblog.com/2014/02/14/the-court-of-justice-on-links-it-is-allowed-to-link-at-least-in-principle/>]; P. STEVENS, “A hyperlink can be both a permissible and an infringing act at the same time”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, vol. 9/7, pp. 548-549, que igualmente se refiere a la “much-anticipated decision of the Court of Justice of the European Union”; P. MARISCAL, “The *Svensson* case and the act of communication to a new public”, *Kluwer Copyright Blog*, 21.2.2014, que habla de “long-awaited judgment of the CJEU in the *Svensson* case” [<http://kluwercopyrightblog.com/2014/02/21/the-svensson-case-and-the-act-of-communication-to-a-new-public/>]; M. PEGUERA, “TJUE: Enlazar es comunicar; la cuestión es a quién”, *Responsabilidad en Internet*, 14.2.2014, que alude a “la esperada sentencia del TJUE sobre el caso *Svensson*” [<http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2014/02/14/tjue-enlazar-es-comunicar-la-cuestion-es-a-quien/>].

² Agradezco a D. Ricardo Gómez Cabaleiro, a la sazón abogado ante el TJUE —junto con el Sr. O. Wilöf— de los demandantes en el asunto principal, la invitación a asistir a la vista oral en su compañía. Ello me permitió un conocimiento directo de las posturas de cada una de las partes representadas ante el Tribunal, así como de los aspectos en los que éste incidió en el turno de preguntas y las puntualizaciones de las partes en la fase de réplicas. También me permitió intercambiar ideas sobre el caso con el propio Gómez Cabaleiro, algunas de las cuales se han abierto camino hasta este comentario. Como es lógico, se debe a mi exclusiva responsabilidad cualquier inexactitud en la exposición y desarrollo de las mismas.

³ Conforme al art. 20.V del Estatuto del TJUE, “si considera que el asunto no plantea ninguna cuestión de derecho nueva, el Tribunal de Justicia podrá decidir, oído el Abogado General, que el asunto sea juzgado sin conclusiones del Abogado General” [versión consolidada del Protocolo (nº 3) sobre el Estatuto del TJUE, anejo a los Tratados, modificado por el Reglamento nº 741/2012, de 11 de agosto de 2012 (DO L 228, de 23 de agosto de 2012, p. 1) y por el Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Croacia y a las adaptaciones del TUE, el TFUE y el TEuratom (DO L 112, de 24 de abril de 2012, p. 21)].

⁴ Según el primer apartado del art. 54 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012 (DO L 265, de 29.9.2012), en su versión modificada el 18 de junio de 2013 (DO L 173, de 26.6.2013), “podrá ordenarse en todo momento la acumulación de varios

cede también de Suecia y se corresponde con la petición elevada por la Corte Suprema de ese país (Högsta domstolen) el 22 de mayo de 2013 en el caso “C More Entertainment” (asunto C-279/13).⁵ La segunda es la cuestión planteada por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) el 25 de junio de 2013 en el caso “BestWater International” (asunto C-348/13).⁶ Habida cuenta de lo dictaminado en el asunto Svensson, cabe pensar que alguna de estas cuestiones se resuelva mediante la fórmula del auto motivado al que se refiere el art. 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, en sede de las normas específicas sobre tramitación de las cuestiones prejudiciales.⁷ Otra posibilidad sería que el Tribunal de origen retirase la cuestión prejudicial, precisamente a la vista de lo resuelto en la Sentencia Svensson, en cuyo caso el TJUE dejaría de ser competente para conocer de la petición de decisión prejudicial (art. 100 del Reglamento de Procedimiento del TJUE).⁸

Paradójicamente, sin embargo, más allá de la expectación inicial, la Sentencia Svensson no parece haber generado gran repercusión, al menos en España,⁹ ni

asuntos de la misma naturaleza que se refieran al mismo objeto por razón de conexidad, a efectos de la fase escrita u oral del procedimiento o de la sentencia que ponga fin al proceso”.

⁵ En ella se pregunta lo siguiente: “1.- ¿Incluye el concepto de comunicación al público, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE, el acto que consiste en ofrecer en una página de Internet accesible al público en general un enlace a una obra que es emitida por el titular del derecho de propiedad intelectual sobre dicha obra?; 2.- ¿Tiene alguna pertinencia para la apreciación de la cuestión número 1 de qué modo se realiza el enlace?; 3.- ¿Tiene alguna relevancia que el acceso a la obra a la que conduce el enlace esté limitado de algún modo?; 4.- ¿Están facultados los Estados miembros para otorgar al autor un derecho exclusivo más amplio permitiendo que la comunicación al público incluya más actos que los derivados del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE?; 5.- ¿Están facultados los Estados miembros para otorgar al titular de derechos de propiedad intelectual un derecho exclusivo más amplio permitiendo que la comunicación al público incluya más actos que los derivados del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE?”. El paralelismo con las cuestiones por las que se interrogaba al TJUE en el caso Svensson, como luego veremos en detalle, es más que evidente.

⁶ La pregunta aquí es única: “¿Constituye la inserción en una página web propia de una obra ajena puesta a disposición del público en una página web ajena, en circunstancias como las del procedimiento principal, una comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE, aunque la obra ajena no se comunique de este modo a un público nuevo y la comunicación no se produzca utilizando un medio técnico específico diferente del medio de la comunicación de origen?”. El BGH anticipa incluso elementos que el TJUE va a manejar en la Sentencia Svensson, como el del público nuevo y el cambio de medio técnico. Como explicaremos en el análisis de la respuesta a la cuarta de las preguntas del asunto Svensson, el BGH casi parece preconfigurar una respuesta negativa a su pregunta, con el probable objetivo de resolver el caso en sede nacional aplicando el derecho genérico de explotación en forma incorporal que prevé el ordenamiento alemán.

⁷ Conforme al cual, “cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado”.

⁸ Esa retirada debe producirse antes de la notificación de la fecha de pronunciamiento de la Sentencia a los interesados mencionados en el art. 23 del Estatuto del Tribunal.

⁹ Si se quiere expresar en términos relativos, ha generado menor repercusión que la STJUE del caso Padawan. Claro que, el hecho de que en ésta el caso de procedencia fuese español pudo influir en el mayor impacto mediático de la misma.

parece haberse producido un entendimiento uniforme sobre sus consecuencias —hechos ambos que quizás se encuentren interrelacionados—, lo que acaso podría atribuirse a que sus conclusiones no son todo lo nítidas o definitivas que, según algunos, cabía esperar. Esa relativa calma tras la tormenta es probablemente sintomática de que la Sentencia no ha sido del agrado de quienes apostaban por una resolución más favorable a la actividad de los enlazadores, pues no es difícil imaginar que en otro caso la resonancia mediática que habría conocido el fallo del Tribunal de Justicia habría sido atronadora.

En este sentido, es significativo el silencio de la European Copyright Society,¹⁰ que no tardó en reaccionar a la cuestión prejudicial elaborando un Dictamen que resultó rápida y ampliamente difundido, tratando sin duda de influir en la solución del TJUE, pero que, una vez resuelto el caso, no ha tenido a bien hacerse eco de la Sentencia con un nivel de difusión semejante.

Pero no se trata solo de que a nivel mediático el impacto de la Sentencia se haya diluido, o de que en ciertos ámbitos académicos se haya omitido darle la significación que merece [al menos tanta como su cuestión prejudicial], sino de que tampoco en el nivel de los operadores jurídicos parece estar calando la doctrina que emana de esta resolución. A este propósito, llama la atención que el Gobierno continuara impertérrito con su proyectada reforma de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) y, apenas unos días después de hacerse pública la Sentencia Svensson, presentara en Cortes un Proyecto de Ley en el que el tratamiento de los enlaces distaba de avenirse con la configuración que de ellos hace el TJUE.¹¹

Me refiero a la opción de configurar a los responsables de webs de enlaces únicamente como posibles legitimados pasivos del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual seguido ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, y ello además a condición de que vulneren derechos de propiedad intelectual de forma significativa —en términos de nivel de audiencia en España y número de obras/prestaciones afectadas— y de que desarrollen una labor activa y no de mera intermediación técnica, como sucede —ejemplo que proporciona el propio Proyecto— con quienes ofrecen listados ordenados y clasificados de enlaces a obras/prestaciones, sean o no facilitados inicialmente por los destinatarios del servicio (vid. art. 158 ter.2 LPI).

Limitarse a configurar una tutela administrativa especial frente a las páginas de enlaces con mayor impacto, parece implicar la asunción de que la actividad de enlazado, incluso aquella que se lleva a cabo vulnerando derechos de propiedad intelectual —premisa ésta de la que parte la norma en proyecto—, no constitu-

¹⁰ Organización a cuya naturaleza y composición me referiré en seguida.

¹¹ Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Enjuiciamiento Civil publicado en el BOCG de 21 de febrero de 2014, Serie A, Proyectos de Ley, Núm. 81-1.

ye un acto de explotación. La inconsecuencia de establecer esa clase de tutela administrativa se acentúa si se piensa que, en paralelo, se estaba fraguando una protección sustancialmente similar en el ámbito penal con motivo de la reforma del Código penal.¹² En suma, a pesar de poder contar con dos vías de tutela reforzadas, que en la mayoría de los casos podrían además solaparse, los titulares de propiedad intelectual carecerían de tutela civil explícita frente a la realización de enlaces a obras/prestaciones protegidas hechos en violación de sus derechos, y ello con independencia de si esa vulneración es poco o muy significativa.¹³

Frente a la sensación de que la doctrina Svensson se encuentra enmascarada, o la idea de que esta Sentencia no aporta suficiente certidumbre jurídica en torno a la actividad del enlazado, trataré de mostrar que es relativamente fácil establecer el exacto alcance del fallo y que, en términos generales, tienen más razones para la satisfacción los titulares de derechos que los enlazadores y otros prestadores intermediarios, pues el núcleo de la doctrina sentada por el Tribunal es netamente favorable a los intereses de aquéllos, e incluso el aspecto que pudiera considerarse menos favorable —el relativo al «público nuevo»—, puesto en el contexto del Derecho de la UE y de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación pública, es el que tiene más probabilidades de ser reformulado en cuanto el Tribunal de Justicia tenga ocasión de volver a pronunciarse sobre un conflicto que involucre la realización de enlaces.

¹² Vid. art. 270.1.II CP conforme al Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal publicado en el BOCG de 4 de octubre de 2013, Serie A, Proyectos de Ley, Núm. 66-1. El único matiz diferencial de relieve con respecto al art. 158 ter.2 LPI, es que aquél exige que el sujeto actúe con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio a tercero, pero éste será un factor que estará presente en la mayor parte de los casos y que, naturalmente, no impedirá acudir en busca de tutela ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

¹³ Sólo una enmienda al texto del Proyecto de reforma LPI/LEC captaba la incongruencia de articular una tutela administrativa circunscrita a las páginas de enlaces que comporten una vulneración significativa, y señalaba además el alejamiento de esa fórmula con respecto a lo dictaminado por el TJUE en el asunto Svensson. Se trata de la n° 121, del Grupo Parlamentario Socialista, en virtud de la cual se proponía la supresión de la mención «significativa» y las variables o elementos que integran ese concepto, en el entendimiento de que “la inclusión del carácter significativo implica la restricción, incierta y arbitraria, del ámbito de protección que el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual viene dispensando a los titulares de derechos, introduciendo un elemento cuantitativo que deberá concurrir para que exista una vulneración de derechos de propiedad intelectual que habilite la actuación de la Comisión de Propiedad Intelectual”. La enmienda añadía que “la previsión del Proyecto en cuanto a los enlazadores, que podría considerarse un avance sobre el texto vigente del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual al aclarar definitivamente la posibilidad de actuar contra ellos, lo cierto es que viene a contrariar la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia del TJUE 466/2012, de 13 de febrero de 2014. Esta sentencia zanja el dilema de la consideración de los enlaces como puesta a disposición y acto de comunicación, de ahí que la consideración de la actividad enlazadora deba ser equivalente a la de cualquier otra prestación de servicios en este ámbito. No obstante, parece razonable que la Comisión de Propiedad Intelectual no actúe contra los enlazadores neutrales, a los que se protege con la redacción propuesta en esta enmienda” (vid. BOCG de 9 de julio de 2014, Serie A, Proyectos de Ley, Núm. 81-2, p. 135).

Por lo que hace al plan expositivo, tras describir los antecedentes del caso y los términos de la cuestión prejudicial que dio origen a la STJUE Svensson, estructuraré el análisis en torno a las cuatro preguntas en que se descompone dicha cuestión, aunque sin atenerme perfectamente al orden en el que fueron formuladas, y a sabiendas de que el Tribunal de Justicia responde agrupadamente a las tres primeras preguntas por un lado y a la cuarta por otro. De esta forma, trataré en primer lugar la cuestión de si el establecimiento de un enlace en Internet que conduce a una obra comporta la comunicación al público de esa obra en el sentido del art. 3.1 DDASI; en segundo lugar discutiré la posible influencia, para la calificación del enlace como un acto de comunicación al público, de que el usuario no sea consciente de que ha sido redirigido a otro sitio de Internet; a continuación examinaré la relevancia que, para esa misma calificación, puede tener el que la obra enlazada esté accesible sin restricciones en el sitio original; y por último abordaré el tema de si los Estados miembros pueden conferir a los autores una protección más amplia de su derecho exclusivo, permitiendo que la comunicación al público comprenda más actos que los derivados del art. 3.1 de la Directiva 2001/29.

En cuanto a los elementos para el análisis, deben reseñarse dos materiales o documentos que, publicados durante la fase en que el asunto C-466/12 ha estado pendiente ante el TJUE, versan sobre la problemática central de la cuestión planteada e incluso, en el caso de uno de ellos, tratan de dar respuesta a los interrogantes que esa cuestión suscita. Me refiero, por un lado, al Dictamen hecho público por la European Copyright Society (ECS) el 15 de febrero de 2013,¹⁴ y por otro a la Resolución aprobada por el Comité Ejecutivo de la Asociación Literaria y Artística e Internacional (ALAI), adoptada en Cartagena de Indias el 16 de septiembre de 2013.¹⁵

¹⁴ Está disponible tanto desde la web del Instituut voor Informatierecht (iVIR), de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ámsterdam [http://www.ivir.nl/news/European_Copyright_Society_Opinion_on_Svensson.pdf], como desde el repositorio Social Science Research Network (SSRN) [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220326]. Algunos de sus firmantes son prestigiosos académicos en el ámbito europeo de la propiedad intelectual. La ECS era una perfecta desconocida en el panorama de las redes académicas, foros de discusión, entes sectoriales o grupos de presión del ámbito de la propiedad intelectual. Aunque se presenta a sí misma como una organización fundada en enero de 2012 y con vocación de servir como plataforma para la reflexión académica, crítica e independiente, sobre el Derecho europeo de propiedad intelectual, no me ha sido posible encontrar ningún vestigio de su labor anterior a la emisión del Dictamen sobre el caso Svensson. En http://www.unamur.be/services/sevrex/sevrex/libre_cours/2012/lc-84/lc84-p3 se hace referencia a que la ECS habría sido fundada por el Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS), de la Universidad de Namur, pero lo cierto es que en el sitio web de este Centro [<http://www.crids.eu/>] no aparece ninguna mención a aquella Sociedad. El Dictamen sobre el caso Svensson señala que la ECS no ha sido fundada ni mandatada por ningún titular de derechos en particular (“any particular stakeholder”), aunque no está claro si sólo se refiere a titulares de derechos de propiedad intelectual o a titulares de cualesquiera intereses particulares. Lo que es patente es el ánimo de los firmantes de influir en la decisión del TJUE, no en vano el Dictamen se hizo público antes incluso de que las partes y los gobiernos presentaran alegaciones ante el TJUE y está orientado a ofrecer respuesta específica a las cuatro cuestiones sometidas al TJUE.

¹⁵ Podríamos decir que ALAI es, en un cierto sentido, todo lo contrario de la ECS. De un lado, acerca de ALAI no puede haber el menor grado de sospecha de haber sido *creada para la ocasión*, antes

El Dictamen ECS, titulado “The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson”, parte de la consideración de que la actividad de enlazar en Internet no cae bajo la órbita del derecho de comunicación al público del art. 3 de la Directiva 2001/29, tesis que apoya en tres argumentos que son presentados con carácter subsidiario : (i) establecer un hipervínculo no comporta llevar a cabo la “transmisión” de la obra, y la transmisión —según el Dictamen— es un prerrequisito para que pueda haber un acto de comunicación; (ii) aunque la transmisión no fuera necesaria para la existencia de una comunicación, los derechos de autor se aplican sólo cuando se produce una comunicación al público “de la obra”, y sea lo que sea lo que un enlace provee, no es “una obra”; (iii) incluso aunque quisiera admitirse que el enlace comporta una comunicación de la obra, en cualquier caso esa comunicación no estaría realizada a un nuevo público.

El Dictamen advierte preliminarmente que la no consideración de los enlaces como un caso de comunicación pública no significa que el establecimiento de hipervínculos no pueda dar lugar en ningún caso a responsabilidad, lo que ocurre es que no sería una responsabilidad basada en la realización de un acto de explotación directa, sino una responsabilidad por contribuir o facilitar una infracción ajena, por eludir medidas tecnológicas de protección, por infringir derechos morales o por competencia desleal.

Tras examinar las nociones de “comunicación” y “público” en la jurisprudencia del TJUE, el Dictamen expone, al hilo de la primera pregunta de la cuestión

al revés, fue fundada en 1878 por Víctor Hugo y desde hace más de un siglo viene realizando su aportación al estudio y al debate de los aspectos jurídicos surgidos en relación con la protección de los intereses de los autores y de los artistas. El grado de transparencia de la misión y actividades de ALAI, constatable a través de las informaciones que aparecen en su página web [<http://www.alai.org/>], la mantienen a resguardo de cualquier duda sobre su naturaleza o fines. La organización —leemos en su sitio web— no trabaja por cuenta de ningún autor o grupo de autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, ni de entes que los representen, empresas o industrias de ningún sector. ALAI agrupa en su seno a miembros de variada formación y de las más diversas actividades, desde académicos a abogados especialistas en derechos de autor, pasando por profesionales de medios de comunicación o funcionarios nacionales e internacionales. Sus posiciones se forman a partir de las opiniones que le reportan los miembros de sus más de veinte grupos nacionales —de Europa, América y Asia—, que son invitados a participar por igual en esos debates con plena libertad. Desde la propia página web se puede acceder a la información y documentación de sus numerosos congresos y jornadas, a un largo catálogo de publicaciones y a diversas “resoluciones y posiciones” sobre temas muy diversos. Hasta donde me consta, ALAI nunca ha emitido opiniones en relación con asuntos concretos que se encontrasen *sub iudice*. En rigor, tampoco en este caso lo ha hecho, pues es sintomático que a lo largo de sus once páginas el Informe no haga ni una sola vez referencia al asunto Svensson, aunque es obvio que la temática elegida hace referencia a la cuestión central que el TJUE tenía que resolver en ese asunto. Sin embargo, creo que puede asegurarse sin temor a equivocación que ALAI no hubiera publicado su Informe antes del dictado de la Sentencia del TJUE, si en ese ínterin no se hubiera difundido en primer lugar el Dictamen de la ECS. Como curiosidad, debe señalarse que algunos de los académicos firmantes del Dictamen ECS eran miembros a su vez del Comité Ejecutivo de ALAI para cuando éste adoptó la Resolución de Cartagena de Indias, lo cual no deja de llamar la atención habida cuenta de que, tanto por el contenido sustantivo como por su presentación y la metodología empleada, los dos documentos resultan ser esencialmente opuestos.

prejudicial, sus argumentos sobre que los enlaces no comportan transmisión, no facilitan el acceso a obras y en cualquier caso no comportan una comunicación a un nuevo público, repasando después más sucintamente los aspectos suscitados en las otras tres preguntas.

Aunque, como he dicho, la ECS no ha emitido ningún Dictamen o Nota valorando la Sentencia Svensson, para ser justos debe señalarse que en su respuesta a la Consulta Pública de la Comisión Europea sobre la revisión del Derecho de la UE en materia de Derecho de autor,¹⁶ en concreto a la pregunta 11 del cuestionario (“Should the provision of a hyperlink leading to a work or other subject matter protected under copyright, either in general or under specific circumstances, be subject to the authorisation of the rightholder?”) se desliza un breve comentario sobre la STJUE en el asunto Svensson.¹⁷

Por su parte, la Resolución ALAI, que se titula “Informe y Dictamen relativos a la puesta a disposición y comunicación al público en el entorno de Internet-Análisis de las técnicas de enlace usadas en Internet”, no considera que la puesta a disposición del público requiera una efectiva transmisión de la obra o prestación, bastando con una intervención consciente que cree una posibilidad de acceso público a la misma por cualquier medio técnico. El Informe acepta que el establecimiento de un enlace no tiene por qué estar necesariamente sujeto a las normas que rigen el derecho de autor, siempre que se trate de un enlace de superficie o de referencia que no redirija a obras o prestaciones protegidas. Sin embargo, recuerda que hay enlaces profundos (*deep links*) y ensamblados o automáticos (*inLine links*), los cuales sí conectan de forma directa con un archivo que contiene una obra o prestación

¹⁶ Vid. esa respuesta en <http://www.ivir.nl/nieuws/ECS_EC_consultation_copyright.pdf>. El texto de la Consulta es accesible desde <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document_en.pdf>. El seguimiento de la Consulta Pública puede hacerse desde <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index%5Fen.htm>.

¹⁷ En dicho breve comentario —que a continuación transcribo— se incide, básicamente, en los argumentos del Dictamen emitido con anterioridad a la Sentencia: “*We regard the recent CJEU ruling in Svensson as a lost opportunity to provide the clarity necessary to enable legitimate actors to engage in linking free of uncertainty. It would have been better to decide that the act of hyperlinking does not involve making available “a work”, but rather provides an Internet address or location. There is no difference in this respect between a “clickable link” and one that could be “cut-and-paste” into a browser.// The criterion of the “new public” may prove problematic. Much depends on precisely how the criterion is applied to material that is accessible on the Internet but which has been placed there without the consent of the rightholder. If the concept of the “new public” is interpreted in a way that linking to such material is always making available to a “new public”, then the freedom offered by Svensson become unworkable for individuals and automated systems, neither of which will be able to tell, except in a few cases, whether material on the Internet originated with the relevant rights-holder. If that were the case, the law would inhibit the development of search tools and the progressive evolution of the Web as an information resource. That is not to say that the creation, aggregation of «some» hyperlinks should not be prohibitable, in so far as they knowingly facilitate the exploitation of infringing copies. Perhaps these conducts are better addressed through means outside Copyright (such as unfair competition and secondary liability) rather than turning links into a direct act of exploitation.// In the face of this uncertainty, we ask now that the European legislature ascertains that hyperlinking is not a restricted act, absent knowledge that the material to which a link is being made is infringing.*”.

protegida. Estos enlaces, a diferencia de los anteriores, sí son relevantes para el derecho de autor, pues en la medida en que conduzcan a obras o prestaciones protegidas estarían poniendo en juego el derecho de puesta a disposición del público.

Según el Informe ALAI, es indiferente que el enlace conduzca de forma explícita a determinado contenido situado en el sitio web de un tercero o que el usuario no sea consciente de que está accediendo a contenidos ubicados fuera de la página enlazadora. En cambio, sí considera relevante el respeto a la decisión del titular de los derechos por lo que respecta a si la obra se pone a disposición en Internet y en qué condiciones. En este sentido, entiende que se producirá infracción del derecho de puesta a disposición del público cuando: (i) el contenido se haya puesto inicialmente a disposición sin el consentimiento del titular de los derechos, o (ii) se hayan eludido medidas tecnológicas de protección, o (iii) la disponibilidad del contenido, incluso si hubiera sido difundido inicialmente por Internet de forma consentida, colisionase de cualquier modo con la voluntad del titular de los derechos. Para ALAI, no puede sentarse la presunción general de que el consentimiento dado por el titular para poner una obra en Internet envuelve el permiso para que se lleven a cabo posteriores comunicaciones al público de ese mismo contenido, pues eso equivaldría a introducir una excepción o limitación y requeriría de una intervención legislativa.

Veremos que el TJUE acoge sólo el último de los postulados defendidos en el Dictamen ECS, el relativo a la inexistencia de un público nuevo, mientras que asume casi todos los argumentos del Informe ALAI, empezando por que los enlaces pueden comportar un acto de puesta a disposición del público, siguiendo por que es irrelevante si hacen o no explícito para el usuario que se le está redirigiendo a otro sitio de Internet, y terminando por la importancia de respetar la existencia de medidas técnicas de protección y de verificar que el contenido haya sido libremente puesto en la red con consentimiento del titular. El único punto en el que la Sentencia se distancia del Informe ALAI es el relativo a la asunción de que, una vez que el titular de una obra o prestación ha aceptado subirla a la red sin aplicar ninguna medida de restricción, resulta posible efectuar determinados actos posteriores de comunicación al público por entenderse implícitamente autorizados por aquél.

II. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN EL ASUNTO C-466/12.

Como narra el propio TJUE, el asunto Svensson proviene en origen de una demanda interpuesta por varios periodistas, autores de artículos de prensa que se habían publicado en el diario Göteborgs-Posten, tanto en su versión impresa como digital, frente al titular de una página de Internet (Retriever Sverige) que facilita a sus clientes, según sus necesidades, listas de enlaces de Internet *sobre los que se puede pulsar* y que conducen a *artículos publicados en otras páginas de Internet*, entre ellos los de los demandantes en el procedimiento principal.

Según el Tribunal, las partes no discutían que dichos artículos podían consultarse libremente en la página de Internet del Göteborgs-Posten —si bien esto no parecía ser del todo exacto respecto de uno de los artículos, el de la demandante Pia Gadd—, pero en cambio disientían en otro punto: mientras que para los demandantes si el cliente de Retriever pulsa sobre uno de los enlaces que se le ofrecen no percibe con claridad que se ha desplazado a otra página de Internet para acceder a la obra solicitada, la demandada afirmaba que para sus clientes es evidente que, cuando pulsán sobre uno de los enlaces que se le ofrecen, han sido remitidos a otra página de Internet.

La demanda, que comportaba una pretensión indemnizatoria contra Retriever por utilización no consentida de los artículos poniéndolos a disposición de sus clientes, fue desestimada por el Tribunal de Primera Instancia de Estocolmo mediante resolución de 11 de junio de 2010. Los demandantes interpusieron entonces recurso de apelación ante el Tribunal de apelación de Svea, alegando que Retriever había vulnerado su derecho exclusivo a poner sus obras a disposición del público, puesto que, gracias a los servicios ofrecidos por la página de Internet de dicha sociedad, los clientes de ésta habían tenido acceso a sus obras. Se trataba de la imputación de una responsabilidad directa, propia de un explotador usurpatorio, no de una responsabilidad indirecta por contribución, inducción o aprovechamiento de una explotación ajena. Por su parte, Retriever sostenía que la presentación de listas con enlaces de Internet hacia obras comunicadas al público en otras páginas de Internet no es un acto que vulnere los derechos de autor, al tiempo que negaba haber realizado transmisión alguna de obras protegidas, pues su actividad se limitaba a indicar a sus clientes las páginas de Internet en las que se encontraban las obras que les interesaban.

El tribunal de apelación de Svea decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

1^a. Si una persona distinta del titular del derecho de propiedad intelectual de una determinada obra ofrece en su página de Internet un enlace sobre el que se puede pulsar y que conduce a esa obra, ¿realiza una comunicación al público de esa obra en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva [2001/29]?

2^a. ¿Influye en la apreciación de la primera cuestión que la obra a la que conduce el enlace se encuentre en una página de Internet a la que puede acceder cualquier persona sin restricciones o cuyo acceso esté limitado de algún modo?

3^a. A la hora de apreciar la primera cuestión, ¿debe realizarse una distinción según que la obra, una vez que el usuario ha pulsado sobre el enlace, se presente en otra página de Internet o se presente de modo que parezca que se encuentra en la misma página de Internet?

4ª. ¿Están facultados los Estados miembros para otorgar al autor una protección más amplia de su derecho exclusivo permitiendo que la comunicación al público comprenda más actos que los derivados del artículo 3, apartado 1, de la Directiva [2001/29]?

Observemos algunos aspectos fácticos relevantes. En primer lugar, la cuestión se refiere a [y el TJUE se pronuncia sobre] *enlaces sobre los que se puede pulsar*, que son, por así decirlo, el tipo de enlace más rudimentario que existe, en el que el internauta ha de clicar para activar el vínculo. Frente a ellos, la técnica del enlazado se puede emplear para redirigir automáticamente a contenidos localizados en otro sitio de la red, de tal forma que el enlace está ya activado cuando se visita la página en la que se establece y el contenido enlazado aparece como formando parte de ella (así sucede con muchos enlaces ensamblados o *inLine links*).

Si bien la Sentencia se pronuncia específicamente sobre los hipervínculos que requieren del usuario la acción de clicar sobre el enlace para activarlo, lo dictaminado a propósito de que los enlaces constituyen un caso de puesta a disposición del público —aunque en determinadas circunstancias, según el TJUE, no quepa estimar que ese público es nuevo—, servirá *a fortiori* para aquellas páginas que, por el mero hecho de visitarlas, dan lugar a la activación automática de hipervínculos que conectan con otros sitios de la red, pues en ellos la facilitación de acceso al contenido enlazado es mucho más explícita.

El TJUE, como veremos, resta importancia al dato de si para el internauta es o no evidente que para disfrutar del contenido está siendo dirigido mediante su navegador a otro lugar de la red. En principio, si se asume que la clave está en la facilitación del acceso a un contenido, puede estarse de acuerdo en que no tiene por qué tener trascendencia, desde la óptica de los derechos de autor de la obra enlazada, la diferente técnica empleada. Ahora bien, puesto que el TJUE acaba desestimando la necesidad de contar con autorización de los titulares de las obras enlazadas por no apreciar la existencia de público nuevo en una puesta a disposición de obras como la controvertida en el asunto principal, las diferencias entre uno y otro tipo de enlaces cobran relevancia, pues no deja de ser cierto que la intervención del enlazador es de mayor intensidad en los enlaces ensamblados que en los que redirigen explícitamente a otro sitio de la red.

En segundo lugar, es importante resaltar que la cuestión prejudicial da por sentado, y el TJUE así lo admite en todo momento, que los enlaces en liza eran *enlaces que conducían a obras*, en concreto artículos periodísticos. Es decir, se trataría de enlaces profundos, directamente conducentes a obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, no de enlaces de superficie que redirigen a la página inicial de un sitio web en el que acaso puedan encontrarse obras o prestaciones protegidas.

Así las cosas, carece de relevancia en relación con el asunto Svensson observar —no lo hace el TJUE pero sí el Dictamen ECS— que los enlaces son simples elementos referenciales que indican al internauta dónde puede encontrar cierta información en Internet. Esta descripción podría servir para los enlaces meramente superficiales, pero no para los que se anclan directamente en una obra o prestación albergada en un sitio web ajeno, los cuales, obviamente, no son una referencia acerca del lugar en el que poder hallar un contenido sino que “capturan” el contenido en cuestión haciéndolo accesible de forma inmediata.¹⁸ Dado que la cuestión que se formula ante el TJUE y los consiguientes razonamientos de éste se apoyan en el presupuesto fáctico de que los enlaces en juego eran enlaces que dirigían a obras y no enlaces de superficie, el planteamiento íntegro del apartado del Dictamen ECS titulado “Access to the Work” (§§ 40-45) descansa sobre lo que podríamos denominar un “falso problema”.¹⁹

En tercer lugar, el contenido enlazado se encontraba puesto en la página web originaria sin restricciones de acceso, esto es, disponible para cualquier visitante. El TJUE sitúa esta circunstancia en el eje de su decisión, como después veremos, pues es la que permite decir que el primer acto de comunicación tenía capacidad para absorber la totalidad del público potencial. Sin embargo, discutiremos si por el hecho de que una obra se ponga a disposición del público en un sitio de Internet sin especiales restricciones de acceso, cabe sostener que ha sido voluntad del titular dirigirse a la totalidad del público potencial de la red; y si el único modo de que no se desprenda esta voluntad es establecer barreras técnicas o restricciones materiales de acceso.

Naturalmente, el dato de la restricción o no de acceso debe combinarse con el factor de si la colocación de los contenidos en la web de origen ha sido hecha

¹⁸ Como dice P. RAMÍREZ SILVA, “Los enlaces en Europa”, InDret 2/2013, p. 16, “la función desempeñada por los enlaces no puede llevarse al absurdo y compararse, como hace la ECS y como han hecho otros tantos tantas veces, a la realizada, por ejemplo, por las referencias bibliográficas en una nota al pie de un trabajo o a los índices de los catálogos de las bibliotecas, en los que se dan detalles de la ubicación exacta de una obra literaria determinada. Y la comparación no es posible justamente por la función propia de los enlaces en el entorno online y por lo automático de su funcionamiento, pues los mismos permiten al usuario el acceso instantáneo, inmediato, sin requerir ningún acto ulterior, al contenido enlazado”. También A. TSOUTSANIS, “Why copyright and linking can tango”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, vol. 9/6, quien se muestra muy crítico con el Dictamen de la ECS, señala (p. 498), “Even today links are not solely operated through manual clicks, but can also be activated automatically. (...) Consequently, links are set to move even further away from the stodgy example of a ‘footnote’, and instead evolve form ‘press&play’ buttons to activate mechanisms seamlessly making content available from different servers or clouds”.

¹⁹ En efecto, haciendo caso omiso de que la petición de decisión prejudicial se asienta, desde la primera pregunta, en que “una persona distinta del titular del derecho de propiedad intelectual de una determinada obra ofrece en su página de Internet un enlace sobre el que se puede pulsar y que conduce a esa obra”, el Dictamen de la ECS se afana —inútilmente— en argumentar que “providing a hyperlink is not an intervention which gives access to the work or a communication of the work. As we have explained, a hyperlink is a location tool, allowing a user to find where a work is”.

con consentimiento o no de los titulares concernidos. El adverbio “libremente”, que el TJUE usa en su conclusión, aunque aparentemente está referido al primer extremo (se habla de “obras que pueden consultarse libremente en otra página de Internet”), capta no sólo el matiz técnico, relativo a posibles restricciones de acceso, sino también jurídico, relativo a restricciones procedentes de la voluntad del titular, como lo demuestra el razonamiento más detenido que el TJUE hace en algunos apartados de la Sentencia. En suma, si el titular no ha dado su autorización —restricción de acceso máxima— para que se coloque la obra en el sitio web hacia el que se dirige el enlace, difícilmente podrá decirse que la obra es “libremente consultable”, pues sólo quien es su legítimo titular puede válidamente “liberar” el acceso a una obra.²⁰ De otro modo no tendría sentido valerse de ese factor diferencial, ya que es obvio que cualquier contenido, al margen de lo decidido por su titular, es fácticamente susceptible de ser puesto en Internet por un tercero para su *libre* consulta por cualquiera.

Como tendremos ocasión de comprobar, así se desprende de algunas de las afirmaciones de la Sentencia, si bien la conclusión final sobre este punto (el art. 3.1 de la DDASI “*debe interpretarse en el sentido de que no constituye un acto de comunicación al público, a efectos de dicha disposición, la presentación en una página de Internet de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras que pueden consultarse libremente en otra página de Internet*”) es seguramente demasiado sucinta, y no refleja todos los matices que en el cuerpo de la Sentencia se realizan a propósito de esta cuestión. Esa brevedad de la conclusión primera resulta aún más excesiva si tenemos en cuenta que con ella el TJUE está dando respuesta a las tres primeras preguntas de la cuestión prejudicial, las cuales en efecto conformaban un bloque unitario, la segunda y la tercera tratando de captar algunos matices respecto de lo planteado en el interrogante inicial.

Por su parte, podemos adelantar que, respecto de la última pregunta, el TJUE concluye que “*el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro pueda proteger más ampliamente a los titulares de derechos de autor estableciendo que el concepto de comunicación al público incluya más actos que los previstos en dicha disposición*”. La conclusión final aquí no resulta desproporcionada con relación a los razonamientos de la resolución que la sustentan.

²⁰ Más atinadamente, la versión francesa de la Sentencia (recuérdese que el francés es la lengua de trabajo del TJUE) habla de: “*liens cliquables vers des œuvres librement disponibles sur un autre site Internet*”.

III. SOBRE SI EL ESTABLECIMIENTO DE UN ENLACE EN INTERNET QUE CONDUCE A UNA OBRA COMPORTA LA COMUNICACIÓN AL PÚBLICO DE ESA OBRA EN EL SENTIDO DEL ART. 3.1 DDASI

En respuesta a la primera cuestión, sobre la calificación que merece el establecimiento de enlaces en las condiciones descritas en el asunto principal, el TJUE efectúa tres apreciaciones graduales. En primer lugar, considera que el establecimiento de ese tipo de enlaces comporta un caso de *puesta a disposición*. En segundo lugar, entiende que se trata de un caso de *puesta a disposición del público*. En tercer lugar, sin embargo, concluye que no constituye un caso de *puesta a disposición de un público nuevo*.

El punto de partida es el art. 3.1 de la Directiva 2001/29, en virtud del cual todo acto de comunicación al público de una obra debe ser autorizado por el titular de los derechos de autor. Según el TJUE, de dicha disposición se desprende que el concepto de comunicación al público surge de la asociación de dos elementos cumulativos: un «acto de comunicación» de una obra y la comunicación de ésta a un «público».²¹

1. EL ACTO DE COMUNICACIÓN

Por lo que se refiere al primero, la existencia de un «acto de comunicación», el TJUE afirma, como ha hecho en otras resoluciones, que ese concepto debe interpretarse de modo amplio “con el fin de garantizar, como establecen los considerandos 4 y 9 de la Directiva 2001/29, un elevado grado de protección de los titulares de derechos de autor”.²² Hasta el punto de que, como recuerda el Tribunal, “*para que exista un «acto de comunicación» basta 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*” (para. 19).

En el presente asunto, eso le lleva a considerar 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*” (para. 18). De ahí que, en circunstancias como las del litigio

²¹ El Tribunal se remite aquí a su Sentencia de 7 de marzo de 2013, dictada en el caso TV Catchup (asunto C-607/11), apartados 21 y 31.

²² El Tribunal se remite a su Sentencia de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, concretamente al apartado 193. En él, el TJUE señala que, debido a esa indicación de interpretación amplia, ha de entenderse que la noción de comunicación pública “*tiene por objeto toda transmisión de las obras protegidas, con independencia del medio o del proceso técnico utilizados*”.

principal, el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas deba calificarse de «puesta a disposición» y, en consecuencia, de «acto de comunicación» en el sentido del art. 3.1 de la Directiva 2001/29.

Quiere esto decir que para el TJUE, sin perjuicio de otros matices que más adelante se examinarán, la técnica del enlazado resulta apta para generar una suficiente posibilidad de acceso en el sentido del art. 3.1 de la Directiva 2001/29, y por tanto la posibilidad de brindar el acceso a un contenido no se hace depender de la propia disponibilidad del mismo, o de que éste haya sido cargado en la red por quien lo pone a disposición mediante el enlace. Por ello mismo, tampoco es relevante que la actividad del enlazador pueda verse interrumpida si los contenidos dejan de estar albergados en el servidor al que el enlace redirige: mientras la interconexión entre la web donde se ofrece el enlace y la página en que se aloja el contenido se mantenga activa, es claro que el enlace se convertirá en un itinerario de acceso a ese contenido.²³

Pues bien, frente a la tesis, acogida por el TJUE, de que en Internet —como fuera de ella— el comunicador no necesita “disponer” de un contenido para comunicarlo, se había sostenido, y el Dictamen ECS es el ejemplo más inmediato, que toda comunicación necesita apoyarse en una transmisión generada por el comunicador, quien tiene necesariamente que disponer en primer lugar del contenido, de tal forma que el flujo de la transmisión opere desde un poste o servidor en el que el comunicador inyecta o carga el contenido.²⁴

Para fundamentar su posición, el Dictamen ECS se basa en el Considerando (23) de la Directiva 2001/29, según el cual el derecho de comunicación al público debería cubrir toda transmisión o retransmisión de la obra al público, por

²³ En realidad, este tipo de situaciones no son ajenas al ámbito de la comunicación pública tradicional: el dueño de un bar que emplaza en su establecimiento un receptor de radio con altavoz para que su clientela disfrute de las obras radiodifundidas, tampoco “dispone” del contenido objeto de comunicación, antes bien su acto de explotación es plenamente tributario del que le precede, hasta el punto de que si la cadena de radio, debido a un fallo técnico, dejase de emitir, ello implicaría la interrupción del acto de comunicación *in situ* efectuado por el propietario del bar; pese a lo cual, es pacíficamente asumido que éste realiza un acto de explotación encadenado al de la emisora de radio, no siendo obstáculo para ello el hecho de que no disponga por sí mismo de las obras/prestaciones objeto de comunicación.

²⁴ En efecto, el Dictamen ECS dice (p. 8): “*the act of communication rather is to be understood as equivalent to electronic “transmission” of the work, or placing the work into an electronic network or system from which it can be accessed*”. En España han sostenido esta tesis M. PEGUERA POCH, “Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P”, Diario La Ley, nº 7462, 7 de septiembre de 2010, p. 4; del mismo autor, “Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas”, *pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 42 [septiembre-diciembre 2012], p. 76; y P. RAMÍREZ SILVA, “Webs de enlaces y propiedad intelectual”, *InDret*, 2/2012, p. 16. No obstante, este último autor parece haber reconsiderado su postura, pues entiende que puede haber muchos modos de propiciar una comunicación, no estrictamente por medio de una transmisión. Vid. P. RAMÍREZ SILVA, “Los enlaces en Europa”, *InDret*, 2/2013, p. 12.

hilo o sin hilo, incluida la radiodifusión, y no debería cubrir ningún otro acto diferente.²⁵ También dice basarse en los trabajos preparatorios de la DDASI (y en la Propuesta Básica del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 [TODA]), que a su entender indicarían que la noción de comunicación al público se concebía como un procedimiento que indefectiblemente envolvía una transmisión.

Junto a ello, tras citar un nutrido elenco de la jurisprudencia del TJUE, la ECS observa (para. 24 a 26 del Dictamen) que *en la mayoría de esos casos se aceptó como parte de los presupuestos fácticos* que el sujeto concernido había llevado a cabo una transmisión.²⁶ La ECS no ignora que en el caso SGAE v. Rafael Hoteles, el TJUE vino a afirmar que la comunicación al público requiere una *intervención* que permita dar acceso a la obra a terceras personas, las cuales sin dicha intervención no habrían tenido esa oportunidad de acceso. Pero, si bien admite que esto podría llevar a interpretar la comunicación en un sentido más amplio que el de la mera transmisión, descarta esta interpretación al entender que el hecho de que toda comunicación inevitablemente envuelva una intervención, no significa que toda intervención comporte una comunicación.²⁷ De otra forma —sostiene— el derecho de comunicación se convertiría en un derecho de fronteras indefinidas que cubriría toda forma de proveer acceso a una obra, con gran dificultad para distinguirlo del derecho de distribución.²⁸

²⁵ A priori, la expresión “*toda transmisión*” parece denotar una vocación omnicompreensiva, lo que debe permitir abarcar también las transmisiones propiciadas a distancia por el comunicador, si éste es capaz de articularlas aun sin disponer por sí mismo del contenido transmitido.

²⁶ Lo cual tampoco resulta ser una observación demasiado concluyente en términos de razonamiento jurídico. ¿Podría ocurrir que no hayan llegado a conocimiento del TJUE casos con otro tipo de *factual background*? el propio Dictamen así lo reconoce, paladinamente, en el para. 44.

²⁷ Tal vez, pero al menos sabemos que una intervención de esa índole [retransmisión consciente de obras radiodifundidas a sujetos que se encuentran dentro del área de cobertura de la primera emisión] sí implica comunicación. La clave no será determinar si “cualquier intervención” comporta una comunicación, sino si la de *Retrieve* es asimilable a la efectuada por Rafael Hoteles. Por otro lado, el TJUE ha descendido todavía más en la escala de la *intervención*: en el caso PPL [STJUE de 15 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-162/10], el Tribunal ha calificado como un caso de comunicación al público la puesta a disposición de los clientes de un hotel, en las habitaciones del mismo, de un aparato de reproducción de música junto con una serie de ejemplares de fonogramas para la escucha de los mismos, equiparándolo a la instalación de un receptor de radio/TV.

²⁸ En realidad, las definiciones de comunicación, en los ordenamientos en los que existen, se aproximan mucho a esa fórmula. En España, como sabemos, la comunicación pública se define como el acto por el cual una obra se hace accesible a una pluralidad de personas sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Los riesgos de solapamiento con el derecho de distribución de los que alerta el Dictamen, parecen relacionarse con ejemplos del “mundo físico”. Sin perjuicio de otras objeciones, ese supuesto solapamiento difícilmente se daría en un entorno, como el de la puesta a disposición del público en redes digitales, en el que por definición nos movemos con explotaciones incorporales, de forma que ninguna confusión conceptual puede darse ahí con derechos como el de alquiler o préstamo. En cuanto a la referencia que se hace en el Dictamen al asunto C-456/06 (caso Peek & Cloppenburg v. Cassina), resuelto por STJUE de 17 de abril de 2008, el hecho de que el Tribunal de Justicia descartara la existencia de distribución sin plantearse la posibilidad de que pudiera haber una comunicación al público se debe, sencillamente, a que no había sido interrogado más que sobre la primera cuestión.

En suma, según la ECS, dado que el tipo de intervención en que consisten los enlaces no constituye una transmisión, enlazar no puede encuadrarse en el ámbito de la comunicación: el enlace se limita a proporcionar al destinatario información en cuanto a la ubicación de una página a la que el usuario puede elegir acceder o no, mientras que la comunicación requiere que se coloque la obra en una red o sistema informático al que se pueda acceder remotamente.

Como decía, la Sentencia Svensson rechaza con buen criterio sumarse a esta postura, aunque ni siquiera la refute de manera explícita. Simplemente, da por descontado que se puede poner a disposición de terceros una obra sin necesidad de disponer de ella, es decir, sin necesidad de que se encuentre almacenada en el propio ordenador del comunicador o en un servidor cuyo coste sea sufragado por él. Basta con dar a ese recurso una nueva ruta de acceso o localización. Recursos tecnológicos como el hipervínculo precisamente sirven para que alguien pueda facilitar a otro el acceso a un contenido favoreciéndose de que un tercero lo tiene ya subido en la red, y por tanto pudiendo prescindir del paso previo consistente en la carga del contenido (acto de reproducción instrumental que precede a la puesta a disposición propiamente dicha).²⁹

Frente lo sostenido en el Dictamen ECS, la “transmisión” —término que está reflejado en muchos ordenamientos (entre ellos el español) como un subtipo de comunicación pública— no agota todo el espectro de la comunicación.³⁰

²⁹ En “Enlazadores y seudoenlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2012/5 [Westlaw BIB 2012\1269], pp. 130-131, he explicado que cuando se establece un enlace a un contenido puesto a disposición del público en Internet, el enlazador se ahorra el primer tramo de ese proceso de explotación complejo en el que la puesta a disposición del público se inserta, el consistente en la reproducción inicial del contenido, pues por definición éste ya ha sido cargado en la red por el operador de la web hacia la que se traba el enlace. Viene por tanto a protagonizar el enlazador exclusivamente ese tramo central de la explotación, lo que puede considerarse una puesta a disposición del público pura, a diferencia del proveedor original del contenido, que al acto de puesta a disposición del público une el previo de reproducción instrumental. Como decía en ese trabajo, MASSAGUER FUENTES, “La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y a los derechos conexos en el ámbito digital”, *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 13 (enero-abril 2003), p. 30, ya había sostenido que “no parece aventurado sostener que el *linking*, en principio, puede comprenderse como un supuesto de comunicación al público, en la medida en que a estos efectos es suficiente con que se permita al público acceder al contenido protegido sin necesidad de contar con un ejemplar del mismo (...). El *link*, de hecho, pone el contenido vinculado a disposición del público de modo que resulta posible acceder al mismo en el momento en que los usuarios de Internet decidan activarlo”.

³⁰ Precisamente por ello, como dice la Propuesta Básica del TODA en el pasaje citado por el Dictamen ECS (para. 21), se eligió el término comunicación y no el de transmisión, que no se descartó por ser equivalente al anterior y resultar indiferente elegir uno u otro, sino por entender que sólo con el primero se conseguía cubrir todos los casos que en los ordenamientos nacionales se reconducen a esa noción o a la de transmisión; añadiéndose en la Propuesta Básica que mientras éste tiene la connotación de transferencia técnica, el otro (que fue el elegido) pone el acento en que “algo es comunicado”. La clave pues es que se produzca la comunicación, con independencia de la vía técnica que se emplee. Se observa muy claramente en la s. 101 del Copyright Act USA: “*to perform or display a work “publicly” means: (...) to transmit or otherwise communicate a performance*

Se trata de una modalidad concebida en la era de la comunicación al público a distancia convencional, a la que resulta inadecuado pretender reconducir a ultranza la puesta a disposición del público. Las nuevas tecnologías permiten que el acto de hacer accesible la obra al público sin distribución de ejemplares se pueda llevar a cabo por cauces que no necesariamente encajan en la noción de “transmitir”, o mejor dicho que no necesariamente requieren que la transmisión se produzca entre el *locus retis* desde el que opera el comunicador y aquel otro en que se encuentren los miembros del público receptores de la misma.³¹

El Dictamen —y las opiniones doctrinales con él coincidentes— revela una incapacidad para relativizar el dato de quién carga el contenido en la red. Asumiendo que para que se produzca una transmisión en Internet alguien ha tenido que subir a la red previamente la obra o prestación, la cuestión es que merced a esta acción y a la comunicación al público propiciada a partir de ella, otros sujetos pueden articular nuevos actos de comunicación prescindiendo de la fase de carga. Pero esto, si se piensa, no tiene nada de novedoso. Siempre se han distinguido dos tipos de actos de comunicación al público: los basados en un previo acto de reproducción y los basados en un previo acto de comunicación pública. Mientras que los primeros se apoyan en el empleo de un soporte de la obra/prestación manipulado por el propio comunicador, los segundos se apoyan en el empleo de un soporte de la obra/prestación manipulado por un primer comunicador. En rigor, en la medida en que se acepte que pueden propiciarse actos de comunicación pública basados en otros actos previos de la misma naturaleza, no cabe sostener al mismo tiempo que para efectuar un acto de comunicación o puesta a disposición del público, es requisito *sine que non* disponer del contenido de que se trate.

Por lo demás, frente a lo afirmado por el Dictamen ECS, existen numerosas pruebas de que, en el marco del Derecho UE, basta un cierto grado de intervención en el proceso comunicativo para poder imputar a quien la realiza la condición de comunicador. Esas pruebas se encuentran tanto en el ámbito legislativo como jurisprudencial.

Comenzando por este último, son varias las sentencias del TJUE que indican que la clave para que haya una comunicación al público es que el sujeto haga la obra accesible al público, sin que necesariamente deba transmitirla o propiciar

or display of the work (...), by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times”. Éste es el correcto entendimiento de lo que significa comunicar una obra al público, que envuelve pero no agota el supuesto de la transmisión.

³¹ Siguiendo el razonamiento del Dictamen ECS no sería posible ordenar transferencias de dinero a través de Internet porque el ordenante no *dispone* del dinero en su propio servidor y por tanto no puede transmitirlo *proprio sensu* al destinatario de la operación. Una de las grandes ventajas de Internet es que se pueden ordenar transmisiones remotamente sin disponer directamente del objeto a transmitir.

una transmisión. Esa facilitación de acceso puede producirse en ocasiones a través de intervenciones aparentemente auxiliares o accesorias, cuyo efecto sin embargo es el de aumentar el radio de alcance de una comunicación anterior, por vía de impulsarla hacia un nuevo público o de agregarle un valor añadido.

Así, en el caso *Airfield*, resuelto por la Sentencia de 13 de octubre de 2011 (asuntos acumulados C-431/09 y C-432/09), el TJUE consideró que el proveedor de paquetes codificados de canales de televisión vía satélite que se sirve, mediante acuerdo, de las señales portadoras de programas emitidos previamente hacia el satélite por diversos organismos de radiodifusión, se introduce por ese hecho en el área de control y responsabilidad del acto de comunicación, en tanto su intervención resulta esencial para que un nuevo espectro de público acceda a los programas emitidos. El Tribunal descarta que el papel de esos proveedores de paquetes vía satélite pueda reducirse al de un mero proveedor de instalaciones materiales destinadas a garantizar o mejorar la recepción de la emisión de origen dentro de su zona de cobertura, entre otras cosas porque tales proveedores deciden la configuración de esos paquetes y los confeccionan mediante el reagrupamiento de emisiones procedentes de distintos organismos de radiodifusión.³²

Pero incluso intervenciones aparentemente más tangenciales, aun no conectadas con un acto de comunicación anterior, han merecido ser calificadas por el TJUE como actos de comunicación al público. Es el caso —ya aludido— de la facilitación de un aparato reproductor de música, junto con diversos ejemplares de fonogramas que pueden ser escuchados en dicho equipo, a los clientes de un hotel en las habitaciones. La STJUE de 15 de marzo de 2012 dictada en el caso *PPL* (asunto C-162/10), considera que esa acción constituye un caso de comunicación al público en el sentido del art. 8.2 de la Directiva 2006/115/CE, antes Directiva 92/100/CEE, que es la que armoniza el derecho de comunicación al público para los titulares de derechos afines.

Esta amplia interpretación del derecho de comunicación al público concuerda —pasando ahora al ámbito legislativo— con la concepción que la Directiva 2001/29 maneja de los derechos de explotación en ella reconocidos. Que esta concepción es expansiva y no restrictiva lo muestra la excepción obligatoria establecida en el art. 5.1, que todos los Estados miembros deben incorporar en sus legislaciones. En virtud de este precepto los actos de reproducción provisional transitorios o accesorios, que formen parte integrante de un proceso tecnológico, carezcan de significación económica independiente y ten-

³² La intervención de un enlazador que indexa los contenidos enlazados desde su página no es muy diferente de la de un configurador de paquetes provistos vía satélite que reagrupa diversas emisiones de radiodifusión. En ambos casos, el valor añadido está en la selección y reagrupamiento de diversos contenidos que son accesibles, de forma dispersa, a los destinatarios de la comunicación, pero que acceden a ellos a través del servicio prestado por el “empaquetador”.

gan por única finalidad facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario o una utilización lícita de una obra protegida, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 de la Directiva.

Es obvio que si este derecho no tuviera un alcance tan extenso, el legislador comunitario no se vería obligado a puntualizar que determinados actos de reproducción provisional que, sobre ser transitorios o accesorios y formar parte de un proceso tecnológico dirigido a facilitar la transmisión en red o la utilización de una obra, carecen de significación económica independiente, quedan fuera de su órbita. *Sensu contrario*, debemos colegir que, de no ser por ese límite, las citadas reproducciones quedarían comprendidas por la definición del art. 2 de la Directiva. Extrapolando este enfoque al resto de derechos que la Directiva reconoce, como el de comunicación al público, y a falta de una excepción similar que se refiera a ellos, tenemos que entender que los actos de naturaleza técnica, accesorios, dirigidos a completar o facilitar un proceso de transmisión en red impulsado por otro sujeto, aun carentes de significado económico independiente, pueden caer dentro de la órbita de exclusiva del autor o titular.

Así las cosas, incluso aunque se quisiera ver a los enlazadores como sujetos que realizan meras operaciones técnicas y accesorias, de mero soporte a la transmisión protagonizada por un tercer sujeto (como parece hacer la ECS), no por ello debiera considerarse que su conducta queda fuera del alcance del derecho de comunicación al público del art. 3 de la Directiva. Ello si cabe con mayor razón, dado que a diferencia de las reproducciones a las que se refiere el art. 5.1, el acto que realiza un enlazador sí posee en muchas ocasiones significación económica independiente, como lo muestra la gran cantidad de publicidad que se realiza en las páginas que contienen índices de enlaces.³³

En fin, sobre el carácter amplio y omnicompreensivo con que se definen los derechos de comunicación al público y puesta a disposición del público, tanto en los Tratados OMPI 1996 como en la DDASI, llama acertadamente la atención el Informe ALAI. Para ALAI, tales actos no requieren que se produzca una efectiva transmisión de la obra al público, sino que basta la creación de una mera posibilidad de acceso, siendo indiferente el medio técnico empleado, siempre que quepa detectar una intervención consciente de un sujeto que tenga

³³ El único contrapunto a ese criterio amplio de comunicación al público, lo pone el Considerando (27) de la Directiva 2001/29, conforme al cual no equivale a una comunicación "la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación". Es decir, quien se limita a ceder a otro un espacio, físico o virtual (v. gr. sala de conciertos, estudio de radio, zona donde repetir las ondas dentro de un satélite, servidor informático), para que éste lo emplee de cara a realizar un acto de comunicación, no está, por la sola causa del suministro de ese elemento, realizando por su parte un acto de comunicación.

el efecto inequívoco, directo o indirecto, de propiciar el acceso del público a una obra o prestación protegidas.³⁴

2. LA EXISTENCIA DE UN «PÚBLICO». EL REQUISITO DEL PÚBLICO NUEVO.

Por lo que se refiere al segundo de los elementos antes mencionados, es decir, que la obra protegida debe ser comunicada efectivamente a un «público», este término debe entenderse referido a un número indeterminado de destinatarios potenciales,³⁵ que constituya, a su vez, un número considerable de personas.³⁶ A juicio del TJUE, un acto de comunicación como el realizado por el gestor de una página de Internet basada en el ofrecimiento de enlaces sobre los que se puede pulsar, se dirige al conjunto de usuarios potenciales de esa página, lo que constituye un número indeterminado y considerable de destinatarios, razón por la cual debe entenderse que dicho gestor realiza un acto de comunicación al público.³⁷

³⁴ Según los términos del propio Informe ALAI: “el derecho exclusivo de puesta a disposición previsto en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT) y en la legislación europea por la que se implementa dicho Tratado cubre el acto de ofrecer al público una obra para su difusión en flujo (streaming) o descarga individualizados; asimismo, cuando se produce, se encuentra igualmente cubierta la transmisión en sí de una obra al público, independientemente, en ambos casos, de los medios técnicos empleados para la puesta a disposición. Básicamente, lo que importa es que el acto (i) sea realizado por una persona, (ii) tenga directa o indirectamente el efecto inequívoco de dirigirse al público, con independencia de la herramienta empleada por dicha persona, y (iii) se refiera a obras o prestaciones protegidas por derechos de autor o derechos afines”.

³⁵ La cita es aquí para la Sentencia SGAE, de 7 de diciembre de 2006 (asunto C-306/05), apartados 37 y 38, y para la Sentencia TV Catchup, de 7 de marzo de 2013, apartado 32. La doctrina ya estaba esbozada en las Sentencias Mediakabel y Lagardère, de 2 de junio y 14 de julio de 2005 respectivamente, a las que se remite la Sentencia SGAE. En ésta el TJUE razonó que teniendo en cuenta no sólo a los clientes en las habitaciones sino también a los presentes en otras zonas del hotel —que pueden acceder allí a un aparato de televisión—, así como el hecho de que los clientes de las habitaciones se renuevan con rapidez, debía estimarse que la comunicación impulsada por el hotelero tenía como destinatario un número considerable de personas. En la Sentencia TV Catchup se valora igualmente el efecto acumulativo derivado de poner la obra a disposición de los destinatarios potenciales. En este sentido, resta relevancia al dato de si éstos acceden a la obra comunicada a través de una conexión individualizada, pues el resultado es en cualquier caso que un gran número de personas tenga acceso paralelamente a la misma obra.

³⁶ Este requisito, que implica exigir un cierto umbral de *minimis* para aceptar la existencia de un público, proviene de la Sentencia Del Corso, de 15 de marzo de 2012, asunto C-135/10, apartado 86. En él se explica que la finalidad de este criterio es excluir de la noción de público los casos en la pluralidad de personas concernidas por el acto comunicativo es “demasiado pequeña o incluso insignificante”. No obstante, el criterio estaría apuntado en la Sentencia SGAE, apartado 38, cuando el TJUE observa que la clientela del hotel “por lo general, se trata de un número considerable de personas, por lo que debe estimarse que forman un público”. Sobre el requisito del número considerable de personas y su crítica, vid. P. RIVAS PRIETO, “El concepto de comunicación al público del TJUE: los criterios que informan los asuntos Del Corso y Phonographic Performance”, *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 43 (enero-abril 2013), pp. 72-73 y 83-84.

³⁷ No es óbice, por tanto, que la página de Retriever se dirigiera a un público restringido compuesto por suscriptores. Como bien dice A. TSOUTSANIS, “Why copyright and linking can tango”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, vol. 9/6, p. 506, “Further, ‘restricted’ access, for example with aggregator sites or link farms requiring users to register first, does not preclude a finding of making available ‘to the public’, as it still involves an indeterminate number of potential persons which may access the works offered by such aggregator site”.

Ahora bien, después de concluir que el enlace comporta un acto de comunicación al público y en concreto de puesta a disposición del público, el TJUE reflexiona que, para poder ser incluida en el concepto de «comunicación al público», en el sentido del art. 3.1 de la Directiva 2001/29, también se necesita que una comunicación como la del litigio principal, “que se refiere a las mismas obras que la comunicación inicial y que ha sido realizada a través de Internet como la comunicación inicial, es decir, con la misma técnica”, se dirija a un *público nuevo*, entendido como un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público (para. 24).

La frase entrecomillada sugiere, *sensu contrario*, que cuando la comunicación no se refiere a las mismas obras, o no ha sido realizada a través de la misma técnica o medio, no es necesario verificar el requisito del público nuevo, pero no porque en tales casos ese requisito no sea exigible, sino porque se supone que en ellos la existencia de un público nuevo se da por descontada. En efecto, si leemos la Sentencia TV Catchup, apartado 39:

“(…) el asunto principal en este procedimiento se refiere a la transmisión de las obras incluidas en una emisión de televisión terrestre y a la puesta a disposición en Internet de tales obras. (...), cada una de esas dos transmisiones debe ser autorizada individual y separadamente por los autores interesados, ya que cada una de ellas se realiza en condiciones técnicas específicas, utilizando un diferente modo de transmisión de las obras protegidas, y cada una de ellas está destinada a un público. En esas circunstancias, ya no es preciso examinar, en una fase posterior, el requisito del público nuevo, que sólo es pertinente en las situaciones sobre las que tuvo que pronunciarse el Tribunal de Justicia en los asuntos que dieron lugar a las sentencias antes citadas SGAE, Football Association Premier League y otros, y Airfield y Canal Digitaal”.

Este razonamiento parte de una premisa que el propio TJUE expone en el apartado 24 de esa misma Sentencia, a saber, que del art. 3.3 de la Directiva 2001/29 “se deduce que el legislador de la Unión, al regular los supuestos en los que una obra concreta es objeto de múltiples utilizaciones, ha querido que cada transmisión o retransmisión de una obra que utilice un medio técnico específico sea autorizada de manera individualizada, en principio, por el autor de esa obra”.

Sin embargo, ha de quedar claro que el hecho de que un cambio de medio motive de forma necesaria que la segunda comunicación se dirija a un público nuevo, no significa en modo alguno que dicho nuevo público no pueda también existir aunque el cambio de medio comunicativo no se produzca.³⁸ En ese

³⁸ Ello sea dicho sin perjuicio de que, como sostiene A. TSOUTSANIS, “Why copyright and linking can tango”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, vol. 9/6, p. 507, determinadas clases de enlaces, como los enlaces-marco y los enlaces ensamblados, podrían comportar el empleo de

sentido, debe prevenirse frente a una interpretación del art. 3.3 de la Directiva 2001/29, según la cual, la falta de agotamiento del derecho de puesta a disposición del público y de comunicación al público en general está subordinada al dato de que los actos de puesta a disposición o comunicación en liza se apoyen en medios técnicos diferentes.

Si observamos la Sentencia SGAE —citada también en el apartado 24 de la Sentencia Svensson para apoyar la afirmación que ahora estamos analizando—, la clave parece estar en la interposición del sujeto que impulsa la segunda comunicación mediante la realización consciente de una actividad del suficiente alcance como para seleccionar o generar un propio segmento de público, a pesar incluso de que éste se encuentre dentro de la zona de cobertura de la primera comunicación. Esa interposición hace que, aunque no haya propiamente un salto de medio técnico entre la comunicación inicial y la secundaria, el TJUE no dude en admitir que la segunda comunicación puede dirigirse —y de hecho concluye que se dirige— a un público que no coincide con el tenido en cuenta por el autor al autorizar la comunicación originaria. En los términos literales del TJUE:

“40. Asimismo, procede considerar que las comunicaciones que se efectúan en circunstancias como las del asunto principal son comunicaciones realizadas por un organismo de retransmisión distinto al de origen, en el sentido del artículo 11 bis, apartado 1, inciso ii), del Convenio de Berna. Por lo tanto, estas transmisiones se dirigen a un público que no coincide con el previsto para el acto de comunicación original de la obra, es decir, a un público nuevo.

41. Como se explica en la Guía sobre el Convenio de Berna, (...), el autor, al autorizar la radiodifusión de su obra, sólo tiene en cuenta a los usuarios directos, es decir, a los poseedores de aparatos receptores que captan los programas individualmente o en un ámbito privado o familiar. (...), a partir del momento en que se efectúa esta captación para destinarla a un auditorio todavía más vasto, a veces con fines de lucro, es una nueva fracción del público receptor la que puede beneficiarse de la escucha o de la visión de la obra, (...).

42. A este respecto, la clientela de un establecimiento hotelero es efectivamente un público nuevo. La distribución de la obra radiodifundida a esta clientela a través de aparatos de televisión no constituye un simple medio técnico para garantizar o mejorar la recepción de la emisión de origen en su zona de cobertura. Por el contrario, el establecimiento hotelero interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus huéspedes la posibilidad de acceder a la obra protegida. Si no tuviera lugar esta intervención, los clientes, aun

un medio técnico diferente, y por ende dar lugar a un acto autónomo de comunicación al público en atención a ese solo hecho.

cuando se encontraran dentro de la mencionada zona, no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida”.

Como puede verse, de la Sentencia SGAE parece desprenderse que el único caso en el que una comunicación secundaria que se realiza por un organismo distinto del de origen dentro de la zona de cobertura de la primera comunicación, no se entiende dirigida a un público nuevo, es aquél en el que la segunda comunicación constituye un simple medio técnico para garantizar o mejorar la recepción de la emisión de origen dentro de su zona de cobertura. El estándar resultante es, a fin de cuentas, muy similar a aquél en el que el nuevo público viene dado de forma automática por la heterogeneidad de los medios técnicos de comunicación empleados.

Por otro lado, es importante retener que en la Sentencia SGAE el TJUE aprecia que el público tenido en cuenta por el autor al autorizar la emisión originaria no absorbía por completo al público que pudiera tener la retransmisión de esa emisión efectuado dentro de la misma zona de cobertura, sin que ello se haga depender del dato de que el acto inicial de emisión no estuviera sujeto a medidas de restricción de acceso. De este modo, la intervención consciente del hotelero, interponiéndose en la cadena de comunicación entre el emisor original y el público, es determinante para provocar el surgimiento de un público nuevo, aunque éste estuviera hipotéticamente abarcado por la comunicación original.

Frente a este entendimiento, en el asunto Svensson el TJUE señala que una puesta a disposición de obras efectuada mediante enlaces sobre los que se puede pulsar, como la controvertida en el litigio principal, no conduce a comunicar dichas obras a un público nuevo (para. 25). Y la razón para llegar a esta conclusión es que *“el público destinatario de la comunicación inicial era el conjunto de los usuarios potenciales de la página en la que se realizó, porque, sabiendo que el acceso a las obras en esa página no estaba sujeta a ninguna medida restrictiva, todos los internautas podían consultarla libremente”* (para. 26). En consecuencia, *“cuando el conjunto de los usuarios de otra página, a los que se han comunicado las obras de que se trata mediante un enlace sobre el que se puede pulsar, podía acceder directamente a esas obras en la página en la que éstas fueron comunicadas inicialmente, sin intervención del gestor de esa otra página, debe estimarse que los usuarios de la página gestionada por este último son destinatarios potenciales de la comunicación inicial y forman, por tanto, parte del público tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando éstos autorizaron la comunicación inicial”* (para. 27).

Es decir, como los artículos periodísticos eran susceptibles de libre consulta a través de la página del Göteborgs-Posten, el espectro de público tomado en consideración por los titulares de los derechos era el conjunto potencial de los internautas que podían entrar en la web de ese diario, lo que incluía a los

usuarios de Retriever, quienes en principio podían acceder igualmente a los artículos en cuestión sin intervención de Retriever.

El TJUE parece detectar en Internet unas características que, en cambio, no aprecia en el éter o en las redes de telecomunicación por los que viajan las señales de los programas objeto de emisión o transmisión por radiodifusión convencional. En primer lugar porque asume que los destinatarios de un acto de puesta a disposición en Internet son “todos los internautas”, lo que no ocurriría con un acto de comunicación al público efectuado por otro medio de transmisión a distancia.³⁹ Sin embargo, aparte otras consideraciones que podrían hacerse,⁴⁰ puede constituir un espejismo creer que porque Internet es una red universalmente accesible —apreciación ésta que, a su vez, admitiría algunos matices—, todo contenido colocado en algún lugar de ella goza automáticamente de esa misma universal accesibilidad.⁴¹

De hecho, la necesidad de que existan sitios dedicados a centralizar la información sobre dónde hallar determinados recursos en la red desmentiría ese silogismo. Esos sitios, como es el caso de Retriever, funcionan 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,

³⁹ En esto —y ciertamente en nada más— hay coincidencia del TJUE con el Dictamen ECS, según el cual establecer un enlace normalmente no otorga la posibilidad de acceso a usuarios que no la habrían tenido en ausencia del enlace, ya que todo contenido subido a Internet puede ser localizado usando herramientas de búsqueda, y puesto que el alcance de Internet es universal la creación del enlace no es capaz de añadir un público adicional (p. 12). R. IGLESIAS POSSE, “Provisión de enlaces electrónicos a contenidos protegidos por el derecho de autor”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 32 (2012), pp. 151-156 y 169-170 comparte el criterio de que, tratándose de contenidos puestos en abierto en Internet y con permiso del titular, el público que accede a la obra merced al hipervínculo es potencialmente el mismo que lo hace a través de la web original: la audiencia general de todos los usuarios de Internet.

⁴⁰ Por ejemplo, de índole económica. ¿De verdad cree el TJUE que cuando un colaborador de un medio de prensa acuerda que su artículo se publique en la versión digital del mismo, las partes del contrato se están representando como audiencia potencial del medio la totalidad de los internautas de los cinco continentes, y negocian las condiciones económicas de ese acuerdo con base en esa premisa? De ser así, una colaboración en el Heraldo de Aragón tendría igual impacto y valor de mercado que una colaboración en el New York Times, lo que no es necesario decir que no se corresponde con la realidad.

⁴¹ Ciertamente que en hipótesis cualquiera puede visitar una página web en Internet, pero las páginas compiten unas con otras por captar audiencia entre el vasto volumen de público en Internet, y por tanto éste se reparte entre toda la oferta disponible, exactamente igual que sucede en otros medios. En Internet, por tanto, también hay diferentes capas o segmentos de público. Como dice M. PEGUERA POCH, “Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas”, *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 42 (septiembre-diciembre 2012), p. 77, nota a pie n° 151: “no creo que el mero hecho de que el contenido al que se facilita el acceso ya esté accesible por otras vías sea argumento suficiente para afirmar que el segundo acto que permite tal acceso queda necesariamente fuera de la noción de comunicación pública, en especial a la vista de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación pública, y habida cuenta de la posibilidad de distinguir segmentos diversos de público”.

se transforme en una accesibilidad dinámica o efectiva.⁴² En este sentido, las páginas que contienen enlaces podrían compararse con las retransmisiones que multiplican el alcance de una señal de radiodifusión originaria. En hipótesis, un radioyente de cualquier parte del mundo podría captar una señal cualquiera de radiodifusión a condición de tener un sistema de recepción lo bastante potente. Pero, en la práctica, organismos intermediarios reimpulsan la emisión original para facilitar la captación de la señal por grupos de destinatarios más numerosos. Algo parecido hace un enlazador: reimpulsa la puesta a disposición del contenido enlazado facilitando el acceso al mismo por un mayor volumen de público. Es decir, tanto en Internet como en el éter, el reimpulso de los actos iniciales de comunicación es básico y genera nuevos segmentos de público. Si además el enlazador presta un servicio de pago, como hace Retriever, resulta aún más obvio que la vía de acceso por él proporcionada comporta un valor añadido, pues nadie estaría dispuesto a pagar sólo por acceder a un recurso que está ya libremente disponible en Internet.⁴³

En segundo lugar, lo indicado en los apartados 26 y 27 de la Sentencia Svensson parece significar que, en cualquier caso, aunque el acto inicial de puesta a disposición no tuviera un público potencial universal, los reimpulsos efectuados dentro de la zona de cobertura de dicho acto son irrelevantes. Ello contrasta con la jurisprudencia anterior del TJUE, la cual, como hemos visto, admite que actos de retransmisión (asunto SGAE) o de transmisión por Internet (asunto TV Catchup) realizados dentro de la zona de cobertura de la emisión original, pueden dar lugar a una nueva comunicación al público, sin que el acto de radiodifusión inicial absorba indefectiblemente la totalidad del público potencial que se halle localizado dentro de dicha zona.⁴⁴ La pregunta es por qué esto

⁴² Debe considerarse que hay páginas muy difícilmente hallables, a las que no hay modo de acceder si se ignora su dirección electrónica. Puede ocurrir que esas páginas no sean referenciadas por los motores de búsqueda al uso, ya que éstos operan en función de los términos de búsqueda que se les proporcionen, y en cualquier caso pueden aparecer referenciadas tan abajo en la lista de resultados que ello en la práctica equivalga a una imposibilidad de localización. El anclaje de un contenido dentro de una web de enlaces, garantiza una mayor propagación de los mismos, y de hecho para eso se construyen este tipo de páginas, para amplificar la difusión de los contenidos enlazados, para acelerar la accesibilidad de los contenidos en sus sitios originales. En palabras de P. RAMÍREZ SILVA, “Los enlaces en Europa”, InDret 2/2013, p. 16, “Internet es un contenedor inmenso de contenidos e información y, por su propia naturaleza, un contenedor desordenado. Aunque un determinado contenido ya esté puesto a disposición del público en la red, sin la existencia de los enlaces sería enormemente difícil acceder de forma efectiva al mismo. Los enlaces dan un acceso a la obra que de otra forma sería imposible —muy dificultoso— para los internautas que se produjera. Los enlaces tienen, en resumen, un papel comunicativo independiente en el entorno *online*”.

⁴³ Llama la atención que el TJUE no efectuase ninguna reflexión en torno a la naturaleza restringida del servicio de Retriever; si bien en último extremo el razonamiento debería ser el mismo aunque la página de enlaces se financiase con publicidad en lugar de mediante suscripción, pues también en ese caso estaría presente una finalidad lucrativa. En ambos supuestos se aprecia con nitidez que la audiencia de la página del enlazador no se solapa ni queda absorbida por la de la página enlazada.

⁴⁴ El primer punto del fallo de la Sentencia TV Catchup dice literalmente: “El concepto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE (...), comprende una retransmisión de las obras incluidas en una emisión de televisión terrestre: -realizada

puede suceder con la radiodifusión convencional y en cambio no con la puesta a disposición en Internet; por qué la retransmisión efectuada por el hotelero determina la comunicación a un nuevo público, en tanto no va dirigida a la simple mejora técnica de la recepción de la emisión originaria, y por el contrario ello no ocurre con la puesta a disposición realizada por un enlazador.

En definitiva, la tesis acogida por el TJUE en la Sentencia Svensson viene a convertir en inocuos los actos de reimpulso de la puesta a disposición original, aun protagonizados por un organismo distinto del de origen, siempre que se realicen mediante la técnica del enlazado y el contenido en origen no se hallase sujeto a medidas de restricción de acceso; o, si se prefiere, los coloca al nivel de las meras intervenciones de carácter técnico, no aptas para generar un segmento de público propio.

Al descartar la existencia de un público nuevo, el Tribunal no ve necesario que los titulares de los derechos de autor autorizaran la comunicación al público efectuada por Retriever, la cual quedaba absorbida o neutralizada por la comunicación pública inicial. Literalmente, el apartado 28 de la Sentencia dice *“dado que no existe público nuevo, no es necesario que los titulares de los derechos de autor autoricen una comunicación al público como la del litigio principal”*.

Lo interesante de este apartado es que el TJUE no duda en asumir que en el litigio principal se ha producido una comunicación al público, si bien se trataría de una comunicación al público *que no es necesario autorizar*. Ello sólo puede significar que, o bien existe una excepción legal que habilita el enlazador para realizar su actividad, o bien ésta ha sido autorizada por el titular de los derechos. Dado que no hay un límite específico que permita entender cubierta la actividad de enlazar, ni tampoco consta la existencia de una autorización expresa del titular, todo indica que lo concebido por el TJUE es que el titular habría autorizado *implícitamente* la realización de enlaces dirigidos hacia su obra. Lo cual nos retrotrae a la doctrina de la licencia implícita, tan empleada en los primeros compases de expansión de la técnica del *linking* para justificar la libre realización de los hipervínculos.⁴⁵

por un organismo distinto del emisor original; - mediante un flujo de Internet puesto a disposición de los abonados de ese organismo que pueden recibir esa retransmisión conectándose al servidor de éste; - aun cuando esos abonados se hallen en la zona de recepción de esa emisión de televisión terrestre y puedan recibirla legalmente en un receptor de televisión”. Como resalta el Informe ALAI, “es evidente que, incluso según los criterios expuestos por el TJUE, el público no tiene por qué ser «nuevo» en el sentido de ser el destinatario de un único comunicador que difunde un contenido concreto. Lo que importa es que esta agrupación también constituya un público en cada contexto de comunicación, como cuando las obras puestas a su disposición por radiodifusión le son simultáneamente accesibles a través de Internet o por cualquier otro medio técnico”.

⁴⁵ Al respecto puede verse J. F. ORTEGA DÍAZ, *Los enlaces en Internet*, Aranzadi, 2006; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Propiedad intelectual en Internet: el derecho a establecer enlaces en la W.W.W.», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 1 (enero-abril 1999), pp. 67-93; B. RIBERA

El aspecto entonces más discutido en torno al fenómeno del *linking* era si el enlazador se aprovecha del esfuerzo/reputación del sujeto que crea/explota la página enlazada, o si comete una infracción de los derechos sobre la propia página, suponiendo que ésta fuera en todo o en parte protegible como creación intelectual. La explicación recurrente —y que ha hecho fortuna— era que, en principio, quien opera una página web, dado el carácter abierto de la red y los usos imperantes en Internet, otorga una suerte de licencia implícita para que los demás operadores tracen un enlace a dicha página.

Dicho lo cual, es necesario delimitar con precisión el ámbito de aplicación de la doctrina de la licencia implícita, pues así como tiene sentido que dicha licencia alcance al enlazado de la página web tomada como continente, en tanto las páginas web son —si llegan a serlo— creaciones propias de Internet, no lo tiene proyectar esa clase de licencia sobre una obra o prestación, de la naturaleza que sea —fotográfica, musical, literaria, audiovisual—, que es objeto de utilización en una página web, ya que respecto de aquella la página web es sólo un receptáculo, un medio o canal más, entre otros posibles, de explotación. Con relación a esos contenidos el titular de la página web no es, o no cabe presumir que sea, más que un mero explotador, sin facultades para licenciar —explícita o implícitamente— su uso a terceros. En suma, una cosa es redirigir hacia una página web donde se albergan obras y prestaciones, y otra muy distinta redirigir hacia determinadas obras y prestaciones albergadas en una página web.

Con buen criterio, los autores que han estudiado el fenómeno del *linking* han constreñido el ámbito de aplicación de la doctrina de la licencia implícita a los enlaces ordinarios, descartando en cambio que los enlaces que dirigen al interior de la página (*deep links*) o que enmarcan la página ajena dentro de la propia (*frames*), así como los enlaces ensamblados (*Inline links*) puedan entenderse autorizados sobre la base de una licencia implícita.⁴⁶ Recientemente lo ha recordado también la ya citada Resolución del Comité Ejecutivo de ALAI de 16 de septiembre de 2013, la cual subraya que no debe partirse de la existencia de una presunción general de consentimiento del titular a la ulterior comunicación al público de aquello que inicialmente se ha puesto en Internet con su consentimiento, pues ello comportaría introducir una excepción o limitación al derecho de puesta a disposición del público y eso es algo que requeriría, en su caso, de una intervención legislativa.⁴⁷

BLANES, «Hipervínculos y *frames* desde la perspectiva del derecho de reproducción del autor», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 13 (enero-abril 2003), pp. 49-65.

⁴⁶ Vid. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Propiedad intelectual en Internet: el derecho a establecer enlaces en la W.W.W.», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 1 (enero-abril 1999), pp. 84-85 y 89-91.

⁴⁷ Lo cual no obsta —dice la citada Resolución— para que, en virtud de las concretas circunstancias del caso, un tribunal pueda inclinarse a inferir que el titular ha consentido implícitamente el establecimiento de un hipervínculo a su contenido. Pero se tratará de una inferencia excepcional y particular, nunca de una presunción o principio de carácter general.

Como es lógico, y quizás innecesario advertir, la doctrina de la licencia implícita se topa con un obstáculo insalvable cuando el enlace redirige hacia un contenido que ha sido ilícitamente puesto en una web, habiendo indicios racionales que ponen suficientemente de manifiesto esa ilicitud. En tales casos, es completamente inútil apelar a la hipotética licencia implícita otorgada por el operador de dicha página web, pues por definición su consentimiento al respecto será irrelevante: si alguien puede conferir una licencia, sea ésta de naturaleza implícita o explícita, es aquél que ostente los derechos sobre el objeto cuya utilización está pretendidamente licenciada, no desde luego el sujeto que ha efectuado una previa utilización no consentida de ese objeto.

Volviendo a la Sentencia Svensson, no parece que hubiera problema en aceptar que, con base en la doctrina de la licencia implícita, Retriever podía trazar un enlace a la página principal del Göteborgs-Posten. Sin embargo, ese mismo principio o uso general de Internet no le permitiría establecer un enlace que dirigiera directamente a los concretos artículos ofrecidos en dicha página.

La debilidad del razonamiento del TJUE en este punto es palmaria, y a mi entender se agudiza si se tiene presente que, más allá de la inexistencia tanto de una excepción legal como de una licencia implícita que amparasen el establecimiento de enlaces en las condiciones en que lo había hecho Retriever, la Directiva 2001/29 contiene un precepto específico que apunta justamente en dirección opuesta a dicho razonamiento. Se trata del art. 3.3, según el cual *“ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2”*.

Esta norma impide constatar la existencia de dos actos encadenados de puesta a disposición del público —como sucede en el asunto Svensson, tal y como el propio TJUE admite— y, pese a todo, concluir que los efectos del primero absorben por completo los del segundo, pues ello en definitiva vendría a suponer la producción de un agotamiento del derecho, impidiendo al titular hacerlo valer frente al segundo comunicador. Habida cuenta de la presencia en la propia Directiva 2001/29 de un precepto de esta naturaleza, habría sido necesario que el TJUE se detuviera a precisar las razones por las que no lo consideraba aplicable al asunto de referencia. Sin embargo, no hay ni una sola alusión a ese artículo y apartado a lo largo de toda la resolución.

Sea como fuere, y para concluir este epígrafe, es preciso situar las afirmaciones de la Sentencia en sus justos términos. El supuesto agotamiento, o los efectos de esa licencia implícita que el TJUE viene a apreciar y que declinarían a partir de la puesta a disposición de una obra en Internet con permiso de su titular, ampararían únicamente el establecimiento de un enlace que redirija concretamente hacia el sitio de Internet en el que la obra esté ubicada con autorización del titular. El derecho en cambio no decaería respecto de otros actos de puesta a disposición distintos de la creación de un hipervínculo (v. gr. nueva carga de

la obra en red desde otra página web), ni respecto de esa misma clase de actos de puesta a disposición cuando no redirijan hacia el sitio web controlado por el titular (v. gr. enlaces a la obra establecidos hacia páginas web donde aquélla ha sido puesta sin contar con las debidas autorizaciones). Queda pues fuera de toda duda la ilicitud de los enlaces que redirigen a contenidos alojados en los llamados ‘cyberlockers’ o transmitidos a través de servidores de *streaming*, donde obviamente no han sido cargados por los titulares de derechos.⁴⁸

IV. SOBRE LA INFLUENCIA DE QUE EL USUARIO NO SEA CONSCIENTE DE QUE HA SIDO REDIRIGIDO A OTRO SITIO DE INTERNET PARA LA CALIFICACIÓN DEL ENLACE COMO UN ACTO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO.

La conclusión alcanzada a propósito de la falta de público nuevo adquiere tal relieve en el razonamiento del TJUE que, incluso la existencia de otros factores que modulan de forma significativa la actividad del enlazador, se muestran inhábiles para provocar un cambio en su dictamen. En concreto, para el Tribunal carece de influencia, a los efectos de calificar la actividad del enlazador, que los hipervínculos ofrecidos sean del tipo que no causan en el internauta la sensación de ser redirigido a otro sitio de la red, por presentar el contenido enlazado embebido, o enmarcado, dentro de la propia página de enlace.

En rigor, el TJUE presenta esta variante, dentro de su hilo argumental, como una suerte de hipótesis, pues no da completamente por acreditado que en el litigio principal los enlaces fueran del tipo que causa esa impresión de que la obra enlazada se encuentra albergada en la página enlazadora. Literalmente, dice el apartado 29 de la Sentencia:

“Esta conclusión no se vería afectada por el hecho de que el tribunal remitente comprobase —extremo que no se deduce claramente de los autos— que, cuando los internautas pulsan sobre el enlace de que se trata, la obra aparece dando la impresión de que se muestra en la página en la que se encuentra el enlace mientras que dicha obra procede en realidad de otra página”.

Sea como fuere, el TJUE dictamina que, aunque se tratara de esa clase de enlaces, ello no alteraría la conclusión previamente alcanzada, según la cual, si bien *“la presentación en una página de Internet de un enlace sobre el que se puede pulsar y que conduce a una obra protegida publicada y libremente accesible en otra página de Internet tiene por efecto poner dicha obra a disposición de los usuarios de la primera página mencionada y constituye, por tanto, una comunicación al público”*,

⁴⁸ La constatación de que éste es el estricto alcance del fallo, como anticipaba *supra*, puede estar detrás de la escasa repercusión mediática de la Sentencia Svensson. Sin embargo, esta falta de impacto mediático no nos debe confundir acerca de la importante relevancia jurídica del fallo.

no obstante, “*dado que no existe un público nuevo, en todo caso tal comunicación al público no exige la autorización de los titulares de los derechos de autor*” (para. 30).

Al considerar que tampoco en esos casos el enlace generaría la aparición de un público nuevo, el TJUE está indicando que el público tomado en consideración por los titulares de derechos cuando éstos autorizan una puesta a disposición inicial en Internet es no sólo el público directo de la página donde el contenido se ubica, así como el público de las páginas de enlaces que redirijan ostensiblemente a aquélla, sino también el de aquellas otras páginas que establezcan enlaces los cuales no causen la impresión al internauta de estar visitando la página de origen del contenido.

Esta última conclusión parece algo excesiva, por lo que hemos apuntado: el titular de la obra enlazada, y el cesionario al que aquél autorice a colocarla en un determinado sitio de Internet, dado que gran parte de la financiación de los servicios de puesta a disposición del público en la red depende del valor económico que alcance la página en función del número de visitantes, y más en concreto de visitantes que sean conscientes de que están visitando la página en cuestión, pueden esperar razonablemente que los internautas que accedan a su contenido computen a todos los efectos como formando parte de la audiencia de la página de origen, incluso aceptando que lleguen a ella a través de un enlace. Pero si el enlazador articula el hipervínculo de forma que captura el contenido de la página inicial causando a los internautas que activen el enlace la sensación de que tal contenido forma parte de la página enlazadora, esta circunstancia debería influir en la calificación del enlace. Y ello con base en el propio razonamiento del TJUE, porque es difícil de aceptar entonces que también el público de ese segundo tipo de páginas de enlaces ha sido tomado en cuenta por los titulares de derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial.

Si se prefiere, acudiendo a la doctrina del propio TJUE sobre las “intervenciones” que son lo bastante relevantes como para, protagonizadas por sujetos u organismos que se interponen en una cadena comunicativa entre el comunicador inicial y el público, dar lugar a un acto independiente de comunicación a un nuevo público, no parece irrelevante que el enlazador disponga el enlace de la forma en que describe la Sentencia en su apartado 29. Un enlace marco o un enlace ensamblado dan lugar a una suerte de apropiación del contenido enlazado, produciendo al visitante de la página enlazadora la percepción de no estar realmente clicando sobre un enlace sino sobre un contenido descargable o disfrutable desde la propia página visitada.⁴⁹ No parece que esta acción sea

⁴⁹ En palabras de I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Propiedad intelectual en Internet: el derecho a establecer enlaces en la W.W.W.”, pe. i. revista de propiedad intelectual, nº 1 [enero-abril 1999], p. 72, “el enlace ensamblado, también llamado por otros «enlace en línea» (Inline link) o «enlace IMG-enlace de imagen» (IMG link o image link) es un proceso electrónico que se activa automáticamente cuando la página web que lo contiene es cargada. Los creadores de páginas web (webmasters) usan este tipo de enlace para «llamar» a una imagen gráfica, texto, vídeo o sonidos que en realidad

equiparable a la del enlazador que mantiene la visibilidad del enlace, causando en todo momento la impresión de que el internauta está siendo redirigido a otro sitio de la red.⁵⁰ Si esta segunda acción podría no ser lo bastante relevante como para generar un segmento de público propio, no puede afirmarse lo mismo de la primera, que sí resulta apta para seleccionar o atraer un público específico, al modo en que lo hace el retransmisor que inyecta la señal radiodifundida a través del sistema de cable de un hotel, o quien transmite por Internet unos programas que están siendo radiodifundidos simultáneamente por televisión convencional, y ello aunque se trate de un público que en potencia podía haber accedido directamente a la fuente original de comunicación.

Pero, más allá de eso, cabe detectar en el razonamiento del TJUE un error de concepto que, a la postre, podría invalidarlo. Si se observa, en el apartado 29 de la Sentencia, a pesar de estar considerando la circunstancia en la cual *“la obra aparece dando la impresión de que se muestra en la página en la que se encuentra el enlace mientras que dicha obra procede en realidad de otra página”*, el Tribunal no deja de referirse a *“cuando los internautas pulsan sobre el enlace de que se trata”*, y de hecho en la parte del fallo correspondiente a las tres primeras cuestiones prejudiciales se habla en todo momento de *“enlaces sobre los que se puede pulsar”*. Sin embargo, puesto que por definición estamos examinando ahora enlaces que, aunque lo sean, no parecen serlo, es decir, enlaces no explícitos para el visitante de la página, no tiene sentido hablar en términos de internautas que *pulsan sobre enlaces*. El visitante de la página en cuestión, a lo sumo, lo que hará será clicar sobre un botón, deslizador, texto, imagen o vídeo, pero no —conscientemente— sobre un enlace o algo que aparente serlo.

Pues bien, si la existencia de un hipervínculo es oculta para quien lo activa, quizás no sea posible considerar que tal hipervínculo existe propiamente.⁵¹ O,

son partes integrantes de otro sitio web, pero que aparecen en la pantalla como «ensamblados» o insertados en el sitio web donde reside el enlace IMG. Aunque el archivo «llamado» aparentemente está incluido en el primer sitio web, en realidad está almacenado en otra página, en otro lugar de la red, y probablemente su propiedad intelectual pertenece a una persona distinta a aquella que establece el enlace ensamblado”. Por lo que hace a los enlaces marco o *frames*, dice este mismo autor que “el usuario ve el contenido de una página web (que en muchos casos contiene obras susceptibles de ser protegidas por el derecho de autor) enmarcado por otra distinta de la original, con la URL de esta última escrita en la barra de direcciones. El enmarcado permite al creador de una página web original incorporar contenidos de otras páginas manteniendo su propia publicidad y logotipo en pantalla” (p. 73).

⁵⁰ Como suele decirse, mientras que el link ordinario hace viajar al internauta de manera consciente a otro lugar de la red, el link ensamblado hace que sean los recursos los que viajan por la red hasta hacerlos disponibles desde la página de enlace, permaneciendo el internauta como visitante de esta última. Así lo recuerda A. TSOUTSANIS, “Why copyright and linking can tango”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, vol. 9/6, p. 497.

⁵¹ En otro caso el concepto de enlace correría el riesgo de ser hipertrofiado, pues no hay otra forma de mostrar contenido en una página web que mediante la técnica del *linking*: el código fuente no hace sino “llamar” mediante vínculos a los recursos de los que se trate, ya estén en el mismo servidor en que se aloja el archivo principal de la página o en otro lugar.

dicho de otra forma, no obstante la existencia técnica de un enlace, o el empleo de la técnica del enlazado para ofrecer un determinado contenido, desde el punto de vista jurídico tal vez no podamos seguir hablando en tales casos de enlaces, o de *enlaces sobre los que se puede pulsar*. En suma, a los efectos de su calificación jurídica, tiene sentido distinguir entre el establecimiento explícito de enlaces y el empleo oculto de la técnica del hipervínculo.

Así las cosas, la conclusión del TJUE en este punto podría perder toda su fuerza al estar fundada en un elemento fáctico discutible, ya que en rigor en estos casos los internautas no pulsan en sentido propio sobre un enlace. Debido a ello, el sujeto que se sirve de la técnica del enlazado en esas condiciones podría generar una nueva capa de público específico para su página, lo que impediría trasladar sin más la apreciación relativa a la inexistencia de un público nuevo.

La doctrina que ha estudiado el tema traza desde luego una diferenciación, a efectos de su calificación jurídica, entre los enlaces ordinarios por un lado y los ensamblados y enmarcados por otro, en el entendimiento de que puede considerarse que los segundos, a diferencia de los primeros, envuelven un acto de explotación.⁵² Asimismo, es ésta la posición sostenida por el Comité Ejecutivo de la ALAI en su Resolución de 16 de septiembre de 2013.⁵³

⁵² Así, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet*, 2ª ed., Comares, Granada, 2003, p. 374, observa: “En el caso de un enlace ensamblado, sin duda la obra se hace accesible al público por medio de su inclusión en una página web distinta de la de origen. Puede argumentarse que el que comunica al público es el primero que pone la obra en Internet. Sin embargo, también el que se apropia de una obra ajena utilizando un enlace ensamblado está a su vez comunicando de nuevo la obra —el caso sería similar al de una emisión de una entidad de radiodifusión que fuera retransmitida sin autorización—. En la misma línea, R. CASAS VALLÉS/ R. XALABARDER, en *Principios de Derecho de la sociedad de la información* (coord. M. Peguera), Aranzadi, 2010, pp. 487-488, no dudan en conferir la calificación de acto de comunicación pública a los enlaces que ellos denominan “acoplados” [junto a los enmarcados], en el entendimiento de que, si bien se basan en la misma técnica que los enlaces normales (copiar la dirección URL del contenido o página enlazados), el significado jurídico de ese acto resulta en su caso diferente. Más recientemente, A. TSOUTSANIS, “Why copyright and linking can tango”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, vol. 9/6, p. 507, considera que: “in situations involving framed and embedded linking, it is also generally not necessary to determine whether the content made available addresses a ‘new’ public as the content is made available under different technical conditions, displayed in a different frame or environment than it was initially made available in”. Por su parte, P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, 4ª ed., Cívitas, 2011, pp. 724-725, aunque parece relacionar la técnica del ensamblado con el derecho de reproducción, deja claro que no puede tratarse igual un *Inline link* o un *frame* y un hipervínculo puramente referencial, puesto que “en el establecimiento de enlaces IMG y en el uso de marcos es claro que no se trata de una simple remisión al contenido de páginas web ajenas, sino del empleo de las mismas para uso propio, como integrantes del sitio web que incorpora el enlace”.

⁵³ En efecto, una de sus conclusiones es que: “(i) el derecho de puesta a disposición cubre los enlaces que permiten a los miembros del público acceder a obras o prestaciones protegidas determinadas; (ii) el derecho de puesta a disposición no cubre aquellos enlaces que simplemente remiten a una fuente desde la que es posible acceder a una obra”.

V. SOBRE LA INFLUENCIA DE QUE LA OBRA ENLAZADA ESTÉ ACCESIBLE SIN RESTRICCIONES EN EL SITIO ORIGINAL PARA LA CALIFICACIÓN DEL ENLACE COMO UN ACTO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO.

Así como el TJUE descarta que la circunstancia de que el enlace no resulte visible para el internauta que lo acciona —causando la sensación de que el contenido enlazado se halla albergado en la página enlazadora—, sea relevante a los efectos de determinar que el enlazador esté comunicando la obra enlazada a un público nuevo, no hace lo propio con el dato de que el contenido esté puesto en el sitio web inicial sujeto a determinadas medidas de restricción de acceso.⁵⁴

A la postre, éste parece ser el único elemento al que el Tribunal confiere algún valor de cara a admitir que los enlaces pueden servir para poner la obra a disposición de un público nuevo. Se trata de un factor que está, a mi juicio, pobremente reflejado en el fallo —hay que inferirlo del giro “obras que pueden consultarse libremente”— y que debe reconstruirse a partir de los distintos elementos desplegados en el apartado 31 de la Sentencia.

Señala el TJUE en ese apartado 31 que *“en el caso de que el enlace sobre el que se puede pulsar permitiera a los usuarios de la página en la que se encuentra dicho enlace eludir las medidas de restricción adoptadas en la página en la que se encuentra la obra protegida para limitar el acceso a ésta a los abonados y constituyera, de este modo, una intervención sin la cual dichos usuarios no podrían disfrutar de las obras difundidas, habría que considerar que el conjunto de esos usuarios es 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 tal comunicación al público exigiría la autorización de los titulares”*.

Como puede verse, el Tribunal plantea aquí un escenario en el que la obra enlazada está ubicada en una página de Internet en la que se han adoptado medidas de restricción para limitar el acceso a la obra a abonados, de tal manera que el enlace permite a los usuarios de la página enlazadora eludir las medidas de restricción adoptadas y acceder a un contenido del cual no podrían disfrutar sin la intervención del enlazador. Dadas estas condiciones, el TJUE admite que el enlace estaría dando acceso a la obra a un nuevo público, pues esos usuarios no abonados no habrían sido tomados en consideración por el autor cuando autorizó la comunicación inicial en esas condiciones restringidas.

⁵⁴ Puede llamar la atención que el Tribunal considere la circunstancia de que la obra se encuentre puesta a disposición del público en el sitio original sometida a medidas de restricción de acceso, ya que en ningún momento la Sentencia expresa que en el litigio principal se diera esa circunstancia. En este sentido, el razonamiento efectuado en este párrafo tendría un alcance similar al de los dos apartados anteriores, en donde el Tribunal aborda el tema de los enlaces que causan la sensación de estar sirviendo las obras enlazadas desde la propia página enlazadora, pese a afirmar que no se deducía claramente de los autos el dato de que los enlaces de Retriever causarían dicha sensación.

En este caso, por tanto, se acepta que la intervención del enlazador es de tal calibre que viene a generar un público propio, no absorbido por el acto de comunicación inicial.

Esto significa que —a juicio del TJUE— el único modo que tiene el titular que pone una obra a disposición del público en Internet de lograr que el establecimiento de enlaces dirigidos a la misma determine el surgimiento de un acto de puesta a disposición del público independiente, y por ende necesitado de una autorización propia, en suma el único modo de fragmentar el público potencial de Internet, es recurriendo a la adopción de medidas de restricción que limiten el acceso a la obra a abonados o suscriptores.

Por la terminología que emplea la Sentencia en este apartado (*elusión de medidas de restricción* que permiten *limitar el acceso a la obra*), parece que nos movemos en el ámbito del art. 6 de la Directiva 2001/29, dedicado a la protección de las medidas tecnológicas de protección (MTP), entendiéndose por tales los dispositivos, técnicas o componentes destinados a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones que no cuenten con la autorización del titular. Más en concreto, las MTP se considerarán «eficaces» —dice el art. 6.3 de la Directiva— “*cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, (...), que logre este objetivo de protección*”. La Directiva ordena a los Estados miembros establecer una protección jurídica adecuada tanto frente a la elusión de cualquier MTP eficaz, cometida por una persona a sabiendas o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo, como frente a los actos preparatorios de la misma, tales como la prestación de un servicio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la medida, que tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o que simplemente sea objeto de comercialización con la finalidad de eludir la protección.

De este modo, el enlazador que proporciona acceso a un contenido emplazado en el sitio original bajo medidas de restricción, no sólo estaría facilitando la elusión de esas medidas a los usuarios de su página, y por consiguiente infringiendo los preceptos correspondientes en materia de elusión de MTP (art. 160.1 y 2 LPI), sino que de manera concomitante estaría efectuando un acto de puesta a disposición de un nuevo público, por hacer accesible la obra a un grupo de destinatarios que no fueron tenidos en consideración por los titulares de derechos que autorizaron el acto inicial de puesta a disposición.

Para ser exactos, la elusión de la MTP sería un acto previo al establecimiento en sí del enlace. En ese sentido, la frase “*en el caso de que el enlace sobre el que se puede pulsar permitiera a los usuarios de la página en la que se encuentra dicho enlace eludir las medidas de restricción adoptadas*”, no es del todo afortunada,

porque no es el enlace el que permite la elusión, sino la acción desarrollada inmediatamente antes del establecimiento del enlace —aunque combinada con él— dirigida a romper o quebrar el mecanismo de control o protección.

Continúa el apartado 31 de la Sentencia especificando algunos casos en los que cabe apreciar que la intervención del enlazador es de tal magnitud que los usuarios a los que el enlace da acceso constituyen un nuevo público no tomado en consideración por los titulares de derechos cuando autorizaron la comunicación inicial. *“Así sucede —dice—, en particular, cuando la obra ya no está a disposición del público en la página en la que fue comunicada inicialmente o cuando ya sólo lo está para un público limitado, mientras que es accesible en otra página de Internet sin la autorización de los titulares de los derechos de autor”*.

Estas cuatro líneas condensan probablemente el núcleo de doctrina más trascendental que, para los titulares de derechos de propiedad intelectual, puede extraerse de la Sentencia Svensson. En ellas se amplía el elenco de casos en los que, a juicio del TJUE, es posible admitir que el enlace propicia el acceso de la obra enlazada a un nuevo público, más allá del supuesto —al que se refiere la primera parte del apartado 31—, en el que el contenido esté puesto en el sitio original bajo medidas de restricción de acceso.

Uno de esos casos, en realidad una variante del acabado de mencionar, sería aquél en el que la obra, que inicialmente había sido puesta a disposición del público para su libre consulta, pasa a estar disponible sólo para un público restringido. El Tribunal confiere valor al hecho de que la voluntad del titular sea la de dejar de permitir el libre acceso a la obra para pasar a ofrecerla únicamente a abonados, suscriptores o compradores. 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. El TJUE podría haber considerado que, una vez que el titular decide dar acceso libre a su obra a través de Internet, no es posible revocar el estado de cosas creado e impedir que se sigan trabando enlaces a la misma, hacia otros lugares de la red en los que se halle, aunque desde el sitio original el titular haya pasado a restringir el acceso a un público limitado. Frente a ello, entiende que ese cambio de voluntad sobrevenido es relevante y se cuida de restar importancia, como se desprende de la última frase del apartado, al hecho de que la obra sea “accesible en otra página de Internet sin la autorización de los titulares de los derechos de autor”.

En segundo lugar, el Tribunal contempla la hipótesis de que la obra haya dejado de estar a disposición del público en el sitio de Internet en el que fue comunicada inicialmente, es decir, no ya que el titular decida pasar a comunicarla a un público restringido, sino que decida dejar por completo de comunicarla a público alguno. De nuevo, por tanto, tiene relevancia que la obra ya no esté libremente consultable desde la página web inicial. En tales circunstancias, si el titular ha dejado de hacer accesible la obra desde el sitio original, es obvio

que el enlace dejaría de estar activo, a menos que el enlazador redirija el hipervínculo a otro lugar de la red desde donde acaso esté disponible ese mismo contenido, se entiende sin autorización del titular. La conclusión es la misma que en el caso anterior: el dato de que la obra siga estando accesible desde una página de Internet sin la autorización de los titulares hace que no pueda estimarse que el espectro de público al que el enlazador dé acceso haya sido tomado en consideración por dichos titulares. Si el enlazador, pese a haber sido retirada la obra del sitio donde cuenta con permiso del titular, mantiene activo el enlace redirigiendo a sus usuarios a otro sitio de Internet donde la puesta a disposición no la ha autorizado el titular, entonces estará realizando un acto de puesta a disposición del público a un público nuevo.

Como es lógico, esta misma conclusión debe alcanzarse cuando la situación de falta de autorización del titular no es sobrevenida sino originaria. Si el enlace tiene la virtud de propiciar una comunicación a un nuevo público cuando sigue facilitando el acceso a una determinada obra aunque ésta haya dejado de estar puesta a disposición del público en un sitio de Internet con permiso del titular, tanto más se producirá dicho efecto cuando la obra nunca hubiera estado puesta en un sitio de Internet con autorización de su titular. La frase *“ya no está a disposición del público en la página en la que fue comunicada inicialmente (...) mientras que es accesible en otra página de Internet sin la autorización de los titulares”*, es comprensiva de aquella situación en la que la obra no ha estado nunca a disposición del público en una página con permiso de los titulares aunque sí lo haya estado en otras páginas sin contar con tal permiso. En semejante tesitura es obvio que el enlace siempre habrá estado comunicando la obra a un público nuevo desde el punto de vista de los titulares de los derechos, pues por definición todo público será un público que no ha sido tomado en cuenta por ellos, en la medida en que ni siquiera permitieron una comunicación inicial.

Podría pensarse que, siguiendo el razonamiento del TJUE, en tales supuestos el único responsable de toda la comunicación es el operador de la página en la que se pone a disposición del público el contenido inicialmente sin contar con la autorización de los titulares, y que el enlazador no estaría propiciando una puesta a disposición de un nuevo público con relación a él. Sin embargo, esta interpretación es incorrecta. El único modo de entender que el público del enlazador no es “nuevo” es que hubiera sido contemplado por aquél a quien legítimamente corresponde hacerlo —el titular—. Por el contrario, es irrelevante que los usuarios de la página donde el enlace se establece pudieran haber sido objeto de contemplación por el operador —no titular— del sitio enlazado, en tanto carece completamente de valor lo que este sujeto pudiera haber tenido o no en consideración. A falta de una licencia implícita que provenga de quien legítimamente puede otorgarla, se produce la fragmentación del público potencial, de modo que cada interviniente en la cadena comunicativa responde del tramo de explotación por él protagonizado sin permiso. Esto demuestra, por

cierto, que al TJUE no se le oculta que las páginas de enlaces tienen su propio público, si bien sólo le da relieve cuando se trate de un público que no pueda haber sido tenido en cuenta por el titular.

Como precipitado del apartado 31 de la Sentencia, en combinación con lo dispuesto en el apartado 27, debe concluirse en fin que sólo los enlaces que dirigen al sitio de Internet donde la obra haya sido puesta a disposición del público con permiso del titular tienen un público que cabe calificar como destinatario potencial de la comunicación inicial y, por tanto, tomado en consideración por el titular de los derechos cuando éste la autorizó. Ese efecto, en cambio, no se da cuando el enlace dirige a otro emplazamiento de la obra, en el que no ha sido ubicada con permiso del titular. Puesto que el público directo de este sitio no habrá sido contemplado por el titular de los derechos, resulta obvio que tampoco lo habrá sido el de las hipotéticas páginas de enlaces que redirijan al mismo, y por ende tanto uno como otro deben considerarse un “público nuevo” a los efectos de la comunicación pública efectuada.

Esto es lo que explica que el TJUE indique que, toda vez que el contenido haya sido retirado de la página inicial por voluntad de su legítimo titular, el mantenimiento ulterior del enlace [que tendría que serlo necesariamente hacia otro sitio de Internet], comportará la comunicación de la obra a un público nuevo. Si el enlace pudiera estar y permanecer trabado hacia una página no autorizada por el titular, sin dar lugar por ello a un acto de explotación autónomo, carecería de sentido lo dispuesto en las últimas líneas del apartado 31 de la Sentencia.

El resultado es que sólo hay decaimiento del derecho de puesta a disposición cuando se trate de un enlace dirigido a la página de Internet donde la obra enlazada se haya ubicado contando con la autorización del titular. O si se prefiere, que los enlaces a obras puestas en sitios web sin la autorización de los respectivos titulares, son siempre actos de comunicación a un público nuevo, y por ende pueden ser impedidos por los titulares, exactamente igual que pueden serlo los actos previos de puesta a disposición en los que tales enlaces se sustentan.⁵⁵

Todos estos elementos son por tanto los que dan pleno sentido a la fórmula empleada en el apartado 32 y en la conclusión de la Sentencia relativa a las tres primeras cuestiones prejudiciales: “*obras que pueden consultarse libremente en otra página de Internet*”, y a las que deben “*conducir*” esos “*enlaces sobre los que se puede pulsar*”, son aquéllas puestas en la red a disposición del público sin restricciones de acceso y con la voluntad perenne de los titulares de dere-

⁵⁵ En contra pues de una relativamente extendida opinión, el dato de si el contenido enlazado ha sido puesto en el sitio original con o sin consentimiento del titular es determinante para la calificación jurídica del enlace, ya que en el segundo caso, conforme a la Sentencia Svensson, el enlace implicaría un acto de puesta a disposición de un público nuevo.

chos de que así permanezcan,⁵⁶ no en cambio aquéllas que acaso se encuentren accesibles en algún sitio web sin que el acto de puesta a disposición lo haya autorizado el titular —o habiendo mutado la voluntad de éste acerca de su mantenimiento en la red—, o que estuvieran disponibles, o hayan pasado a estarlo, sólo para un limitado segmento del público compuesto de abonados.⁵⁷

Con todo, a pesar del alcance que la doctrina Svensson cobra al combinar los casos que el TJUE menciona en el apartado 31 de la Sentencia con las consideraciones efectuadas en los apartados anteriores, no puedo dejar de disentir de la apreciación según la cual, el titular que acepta poner una obra a disposición del público en un sitio de Internet, y que no adopta medidas de restricción de acceso, no puede impedir que otros sujetos tracen enlaces dirigidos a ese sitio, logrando así poner a disposición del público la obra desde otras páginas de Internet.

La consideración de que el público de esas otras páginas, que obviamente está bien delimitado —sobre todo cuando, como sucedía con *Retriever Sverige*, se trate a su vez de páginas de suscripción— no es en realidad un público nuevo con relación al de la puesta a disposición inicial, se basa a mi entender en una concepción errónea. No creo que se deba abocar al titular a conformarse con los enlaces a su obra, con la consiguiente sustracción del valor económico y comercial de la misma, como tampoco es exigible que el único medio de evitarlo sea sujetar la puesta a disposición inicial a medidas de restricción de acceso, ni me parece suficiente apreciar la presencia de público nuevo cuando el titular retire la obra de la web inicial o el enlazador redirija a un sitio que no cuente con los permisos adecuados.

Y lo creo así por la sencilla razón, a la que ya he aludido, de que no hay en la Directiva 2001/29 ninguna excepción o limitación legal en ese sentido, 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. Antes al contrario, lo que existe es un precepto (art. 3.3) que establece de forma nítida el principio de no agotamiento del derecho de puesta a disposición del público. A mi parecer, la proclamación de este principio impide considerar que la puesta a disposición del público de una obra en Internet sin adoptar medidas de restricción de acceso sea un acto potencialmente dirigido a la comunidad internauta universal.

⁵⁶ Obras, en suma, “libremente disponibles”, como ya he dicho que puede leerse, más acertadamente, en la versión en francés de la Sentencia.

⁵⁷ Lo decía ya la Resolución aprobada por el Comité Ejecutivo de ALAI el 16 de septiembre de 2013, cuando observaba que “enlazar con un contenido específico infringe el derecho de «puesta a disposición» cuando (i) el contenido se ha puesto inicialmente a disposición sin el consentimiento del titular de los derechos, o (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”.

Sobre este particular ya me manifesté, con anterioridad al fallo del TJUE en el asunto Svensson,⁵⁸ señalando que si se entendiera que una vez puesto un contenido en Internet ya se ha hecho accesible a todo el público posible, carecería de sentido que el art. 3.3 DDASI hablara de la falta de agotamiento del derecho de puesta a disposición. Trazaba además la inferencia de que el principio de no agotamiento del derecho de puesta a disposición del público está principal si no exclusivamente concebido para abarcar la conducta de los prestadores de enlaces, preguntándome retóricamente mediante qué otro procedimiento podrían encadenarse dos actos de puesta a disposición del público sin solución de continuidad, es decir, sin mediar entre ellos un acto de reproducción que los interrumpa. Y concluía que lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Directiva 2001/29 sobre el no agotamiento del derecho de puesta a disposición del público, es tal vez la mejor prueba de que los enlaces constituyen un acto de puesta a disposición del público, y por tanto el mayor obstáculo al postulado de que los enlazadores no llevan a cabo ninguna explotación.

Esta tesis ha sido considerada por M. PEGUERA como “sugerente pero no concluyente”, ya que en su opinión “parece difícil aceptar que la Directiva estuviera pensando en una segunda puesta a disposición «sin solución de continuidad», esto es, a partir de la misma copia. Los antecedentes de la Directiva apuntan más bien a que lo que se quería evitar es que quien obtiene una copia a partir de un acto de puesta a disposición pueda considerarse libre para a su vez poner de nuevo esa copia a disposición del público en la red”.⁵⁹ “Si éste es el motivo al que obedece la declaración de ausencia de agotamiento del art. 3.3 de la Directiva —concluye PEGUERA—, no es claro que tal declaración pueda interpretarse como una confirmación de que quien proporciona un enlace lleva a cabo una nueva puesta a disposición de la obra”.⁶⁰

En mi opinión, con independencia del valor relativo que tiene cualquier interpretación basada en la *voluntas legislatoris*,⁶¹ la información que proporciona

⁵⁸ Vid. “Enlazadores y seudoenlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2012/5 [Westlaw BIB 2012\1269], pp. 131-132.

⁵⁹ Vid. M. PEGUERA POCH, “Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas”, *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 42 [septiembre-diciembre 2012], p. 74. Se remonta este autor a las discusiones que precedieron la elaboración del TODA, tratando de demostrar que la razón de que el derecho de puesta a disposición se ubicara en el marco del derecho de comunicación al público fue porque, a diferencia de lo que ocurre con el de distribución, en el derecho de comunicación pública no hay agotamiento del derecho.

⁶⁰ Vid. M. PEGUERA POCH, “Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas”, *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n° 42 [septiembre-diciembre 2012], p. 76.

⁶¹ El objetivo de la interpretación jurídica es “fijar la finalidad actual de la norma, no en el momento de su origen”, como decía el maestro DE CASTRO, quien sin dejar de admitir el valor de las exposiciones de motivos y de las discusiones parlamentarias y trabajos previos, recordaba que “son sólo un dato, entre los que han de tenerse en cuenta en la interpretación”. Vid. F. DE CASTRO y BRAVO, *Derecho Civil de España*, tomo I, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1949, p. 472.

PEGUERA serviría, a lo sumo, para demostrar por qué se decidió inscribir el derecho de puesta a disposición del público en la órbita del derecho de comunicación al público en lugar del de distribución, no para probar por qué la Directiva, en su art. 3.3, proclama formalmente el principio de falta de agotamiento del derecho, tanto de comunicación al público como de puesta a disposición del público.⁶²

Y es que, dadas las condiciones en que se desarrolla el acto de explotación descrito por PEGUERA, no hace falta apelar al principio del no agotamiento del derecho. La puesta a disposición en Internet de una obra que el sujeto se ha descargado previamente de la red a partir de una transmisión digital, constituye un acto restringido por sí mismo, no en atención al hecho de que no resulte absorbido por un acto de explotación anterior.

El agotamiento o no de un derecho tiene sentido suscitarlo a partir de la existencia de actos encadenados de explotación que sean a su vez del mismo género que el anterior. Es entonces cuando, presupuesta esa homogeneidad, cabe plantear si el acto posterior se ve o no absorbido por el anterior. La interposición de un acto de reproducción rompe el encadenamiento de actos, sean éstos de comunicación o de distribución. Si el sujeto emplea una copia confeccionada a partir de un acto de explotación precedente, dará lugar a una nueva cadena de explotación de la que el suyo pasará a ser el acto inicial.

El propio PEGUERA da la clave de lo que estoy diciendo en el pasaje en el que explica que al ubicarse las transmisiones digitales interactivas en el derecho de comunicación al público, queda más claro que si el receptor de las mismas obtiene una copia de la obra no puede a su vez poner dicha copia a disposición del público sin la correspondiente autorización del derechohabiente, y que en cambio, si se hubiera optado por el derecho de distribución, habría sido necesario aclarar que en relación con las obras distribuidas por medio de transmisión digital no se produciría el agotamiento del derecho; tras lo cual añade: “esto se explica porque la copia que obtiene el destinatario de la transmisión digital no es la misma que antes poseía el transmitente. En efecto, éste no se desprende de su copia para transferirla al receptor, sino que pone en marcha un proceso por el cual la otra parte obtiene una nueva copia, *respecto de la cual no se ha producido todavía ningún acto inicial de distribución*” [énfasis mío].

Puesto que el acto de descarga provoca que el destinatario de la transmisión obtenga una nueva copia de la obra respecto de la cual no se habría producido un acto inicial de distribución, si el sujeto decidiera poner esa copia a disposi-

⁶² De hecho, el TODA, que es en el que fundamentalmente se basa su razonamiento, no contempla el principio de no agotamiento del derecho de comunicación/puesta a disposición. Y el propio PEGUERA admite que la Directiva 2001/29 no necesitaba en realidad advertir que no habría lugar al agotamiento de este derecho (op. cit. p. 75).

ción de terceros, activaría una nueva cadena de explotación. Por consiguiente, aunque el legislador comunitario hubiera optado por inscribir las transmisiones digitales en la órbita del derecho de distribución, si en todo lo que estaba pensando era en la elaboración de copias vía descarga que son puestas de nuevo a disposición del público, no habría hecho falta indicar que en tales casos no se produce el agotamiento del derecho; exactamente igual que tampoco se necesita especificar que el sujeto que adquiere un ejemplar *off-line* de una obra no puede, en virtud del principio de agotamiento, distribuir la(s) copia(s) física(s) que acaso realice a partir de ese ejemplar.

Es decir, tampoco quien adquiere por distribución un ejemplar de una obra, elabora una copia a partir de ese ejemplar y la distribuye después manteniendo en su poder el ejemplar matriz, puede distribuir lícitamente esa copia si no cuenta con permiso del titular. Y esto a pesar de que en el ámbito del derecho de distribución sí se aplica el agotamiento del derecho. Ello sucede porque el agotamiento no sirve para habilitar una *redistribución* que no se efectúa a partir del ejemplar recibido, sino de una copia del mismo. Análogamente, un acto de comunicación pública efectuado empleando una copia elaborada a partir de un acto de comunicación anterior es un acto restringido, pero porque se trata de un acto de explotación completamente autónomo, no porque el derecho no se haya agotado, ya que —como se desprende de lo que acabo de señalar— el efecto sería idéntico aunque el derecho de comunicación, como el de distribución, sí se agotase.

Prueba de lo que vengo diciendo es el dato de que en la regulación del límite de copia privada se tenga que especificar que la reproducción hecha con este fin no puede ser aplicada a ninguna utilización *colectiva* [i. e. facilitación de la misma a una pluralidad de personas, sea con o sin distribución de ejemplares a cada una]. A mi parecer, se trata de un dato indicativo de que estamos ante una explotación ajena a los dominios del principio de no agotamiento del derecho de comunicación al público. De otro modo, al menos para las copias privadas hechas a partir de un previo acto de comunicación pública —que son algunas de las más emblemáticas copias de este tipo, orientadas a favorecer el llamado *time-shifting*—, el precepto no necesitaría especificar nada, pues iría de suyo que, al no agotarse el derecho de comunicación pública, esa copia no puede destinarse a una utilización colectiva que implique acceso a la misma por una pluralidad de personas sin entrega de ejemplares a cada una.

Esa especificación sobre la inviabilidad de destinar la copia a una utilización colectiva sirve también para descartar que en sede de distribución, donde sí hay agotamiento del derecho, el adquirente del ejemplar de una obra pueda ampararse en el límite de copia privada para “redistribuir” copias de la obra. Ello demuestra que la realización de una reproducción viene a igualar el régimen de ambas formas de explotación: distribución y comunicación pública.

Así las cosas, resulta que el motivo al que obedece la declaración de ausencia de agotamiento del art. 3.3 de la Directiva 2001/29, tiene que ir más allá de impedir que quien obtiene una copia a partir de un acto de puesta a disposición pueda considerarse libre para, a su vez, poner de nuevo esa copia a disposición del público en la red. Ello me permite ratificarme en que tal declaración, en tanto está llamada a aplicarse a actos de puesta a disposición encadenados sin solución de continuidad, puede interpretarse, como sostuve en mi anterior trabajo, como una confirmación de que quien proporciona un enlace lleva a cabo una nueva puesta a disposición de la obra.

VI. SOBRE SI LA COMUNICACIÓN AL PÚBLICO PUEDE COMPRENDER MÁS ACTOS QUE LOS DERIVADOS DEL ART. 3.1 DE LA DIRECTIVA 2001/29

En respuesta a la cuarta cuestión prejudicial, como hemos adelantado, el TJUE concluye que el art. 3.1 de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro pueda proteger más ampliamente a los titulares de derechos de autor estableciendo que el concepto de comunicación al público incluya más actos que los previstos en dicha disposición.

El TJUE apela a que la Directiva 2001/29 tiene como finalidad eliminar las diferencias legislativas y la inseguridad jurídica que existen en torno a la protección de los derechos de autor, y apunta que admitir que un Estado miembro pueda proteger más ampliamente a los titulares de derechos por vía de extender el concepto de comunicación al público a actos diferentes de los previstos en el art. 3.1, generaría disparidades legislativas e inseguridad jurídica, repercutiendo negativamente en el funcionamiento del mercado interior.

A ello no obsta —advierte el TJUE— que el art. 20 del Convenio de Berna disponga que los Estados firmantes pueden adoptar entre ellos «arreglos particulares» para conferir a los titulares de derechos de autor derechos más amplios que los concedidas por dicho Convenio. Dado que no podría lograrse el objetivo de la Directiva 2001/29 si se entendiera que el concepto de comunicación al público incluye más actos que los previstos en su art. 3.1, un Estado miembro debe abstenerse de ejercer la facultad que le confiere el art. 20 del Convenio de Berna.⁶³

La respuesta a esta cuarta cuestión implica que la armonización de los derechos de explotación llevada a cabo por la Directiva 2001/29, es una armonización

⁶³ El TJUE se remite a su propia doctrina, sentada en el caso *Luksan* (asunto C-277/12, resuelto por Sentencia de 9 de febrero de 2012), conforme a la cual, cuando un convenio internacional permita a un Estado miembro adoptar una medida que resulte contraria al Derecho UE, pero sin obligarle a ello, el Estado miembro deberá abstenerse de adoptar tal medida.

de máximos, que impide por tanto a los Estados miembros mejorar el estatus de protección brindado a los titulares de derechos de autor por el legislador comunitario; hasta el punto de que no sería posible superar el umbral delimitado por los instrumentos comunitarios ni siquiera en virtud de compromisos alcanzados en el marco de convenios internacionales de carácter sectorial.

Ahora bien, la aproximación de la Directiva está basada en el reconocimiento a favor de los titulares de derechos de autor de una serie de derechos de explotación específicos. El legislador comunitario, a diferencia —entre otros— del legislador español, no ha optado por establecer una cláusula general en virtud de la cual los autores disfruten del derecho exclusivo de controlar la explotación de sus obras en cualquier forma, complementada con la tipificación de un catálogo de actos restringidos en particular, sino que dirige a los Estados miembros el mandato de establecer en sus respectivos ordenamientos una serie de derechos exclusivos, a saber, el de reproducción (art. 2), el de comunicación al público (art. 3) y el de distribución (art. 4).

Análogamente, el TJUE no se pronuncia en el asunto Svensson sobre si el ofrecimiento de enlaces en Internet constituye un acto de explotación sujeto al *ius prohibendi* de los autores —lo que carecería de sentido en el contexto de una legislación que no se apoya en una cláusula general—, sino que se pronuncia, en línea con la cuestión prejudicial planteada, sobre si dicha actividad penetra dentro del ámbito de aplicación del art. 3.1 de la Directiva, y por ende si constituye un acto de comunicación al público.

Por lo tanto, en sentido estricto, la respuesta a la cuarta cuestión prejudicial sólo implica que los contornos del derecho de comunicación al público en el ámbito comunitario no son elásticos, y que los Estados miembros no pueden definir ese derecho de manera que comprenda más actos de los que se desprendan de la DDASI, interpretada por el TJUE.

Esto sin embargo no resuelve qué sucede en aquellos Estados miembros que reconozcan derechos de explotación típicos que vayan más allá del elenco de la Directiva, o incluso incorporen una cláusula general expresiva de que el catálogo legal constituye un *numerus apertus*, y por ende faculden a los autores para hacer valer su *ius prohibendi* frente a la explotación de su obra en cualquier forma.⁶⁴

⁶⁴ Es el caso de España, donde el art. 17 LPI señala: “Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley”. También es el caso de Alemania, cuyo art. 15 (2) de la Ley sobre el Derecho de Autor prevé [traducción al inglés de la Oficina Internacional de la OMPI]: “The author shall further have the exclusive right to communicate his work to the public in non-material form (right of communication to the public); his right shall comprise in particular: (...)”. En Italia, igualmente, el art. 12 de la Legge sul diritto d'autore, dispone que “L'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l'opera. Ha altresì il diritto esclusivo di

Un posible entendimiento es que, a pesar de que la armonización comunitaria no haya alcanzado a esos otros derechos o no haya contemplado una cláusula general, el dato de que el TJUE excluya cierta actividad del radio de acción de uno de los derechos armonizados implicará indirectamente que tampoco ese acto puede entenderse cubierto por los derechos no armonizados que acaso reconozcan algunos Estados miembros.⁶⁵ Eso significaría, en cierto modo, que la armonización comunitaria es de máximos no sólo en lo tocante a los derechos específicamente regulados, sino indirectamente también en lo relativo a los no regulados. Llevado a sus últimas consecuencias, este planteamiento podría conducir a resultados indeseables, como sería impedir que los Estados miembros contemplen la protección de los autores frente a la transformación de sus obras, o que doten a este derecho de determinada amplitud.⁶⁶

Otra interpretación sería que, fuera de los derechos armonizados, el legislador UE ha considerado que no hay por el momento riesgo importante de que surjan divergencias de legislación que ocasionen inseguridad jurídica y afecten al correcto funcionamiento del mercado interior, debiendo aguardarse hasta que tales interferencias se produzcan, en su caso, para llevar a cabo una ulterior intervención. La Directiva 2001/29 ya prevé su revisión precisamente para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior si éste pudiera verse afectado (art. 12.1). En tanto esa revisión no se produzca, es correcto que el TJUE no vaya más allá de lo que le marca el actual Derecho de la UE, pero también lo es que los legisladores de los Estados miembros no se sientan constreñidos por una armonización que aún no se ha producido. La indefinición del legislador UE sobre el estatus de los enlazadores es por otro lado conocida, desde el momento en que la Directiva de Comercio Electrónico ha omitido encuadrarles entre los prestadores de servicios intermediarios, lo cual supone admitir implícitamente su posible configuración como proveedores de contenidos.⁶⁷ En suma, en un contexto de inmovilidad no se puede pretender

utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo, originale o derivato, nei limiti fissati da questa legge, ed in particolare con l'esercizio dei diritti esclusivi indicati negli articoli seguenti".

⁶⁵ Aunque ciertamente, el pronunciamiento del TJUE en el caso Svensson no llega a formular de forma expresa, y ni siquiera a sugerir, esta consecuencia.

⁶⁶ Dice el Informe ALAI que "por lo que respecta a la Unión Europea, es evidente que ha armonizado una serie de utilidades sujetas al derecho de autor, pero no todas. En este sentido, resulta significativo que la Directiva 2001/29 esté dedicada a «determinados aspectos» de los derechos de autor y los derechos afines. Junto con los derechos de adaptación y traducción, el derecho de ejecución pública figura entre los derechos patrimoniales que no han sido armonizados en la Unión Europea". En efecto, la STJUE de 24 de noviembre de 2011, dictada en el caso Circul Globus (asunto C-283/10), confirma que el art. 3.1 DDASI, como se desprende de su Considerando (23), se refiere únicamente a la comunicación a un público no presente en el lugar en el que se origine la comunicación, quedando excluida por tanto la comunicación realizada en forma de ejecución pública ante un público presente.

⁶⁷ El art. 21.2 de la Directiva 2000/31 señala que, al examinar la necesidad de adaptar dicha Directiva conforme a lo preceptuado en el apartado anterior, el Informe periódico de aplicación "analizará especialmente la necesidad de presentar propuestas relativas a la responsabilidad de los proveedores de hipervínculos y servicios de instrumentos de localización".

bloquear la acción del legislador nacional, y menos aún la de los jueces interpretando la eventual cláusula general insertada en la respectiva ley nacional de derecho de autor.

El TJUE puede tener una oportunidad para clarificar algo más esta materia con motivo de la resolución de la cuestión prejudicial planteada por el BGH en el caso BestWater (asunto C-348/13), a la que ya he aludido. En ella el TS alemán pregunta al TJUE si la inserción en una página web propia de una obra ajena puesta a disposición del público en una web ajena, constituye una comunicación al público en el sentido del art. 3.1 DDASI, aunque la obra ajena no se comunique a un público nuevo y la comunicación no se produzca utilizando un medio técnico específico diferente del de la comunicación de origen. En los fundamentos de la resolución que contiene el planteamiento de dicha cuestión,⁶⁸ el BGH contrapone la cláusula general del art. 15 (2) de la Ley alemana del derecho de autor, según la cual el autor tiene el derecho exclusivo de comunicar su obra al público en forma incorporal sin perjuicio del listado abierto de casos de comunicación que a continuación enumera, a la fórmula empleada por la Directiva 2001/29. Con ello, el Alto Tribunal alemán podría estar dejando la puerta abierta a interpretar que, aunque el TJUE responda en sentido negativo a la cuestión sobre la comunicación al público tal y como está armonizada en el art. 3.1 de la Directiva, el establecimiento de enlaces podría ser reconducido a esa cláusula general de explotación de la obra en forma incorporal.

VII. ALGUNOS PRONÓSTICOS

Tal y como he ido señalando, el TJUE acepta en esta Sentencia que es posible poner a disposición de terceros una obra o prestación sin necesidad de *disponer* de ella, es decir, sin necesidad de que se encuentre almacenada en un ordenador o servidor controlado por el sujeto que impulsa la comunicación. Esto implica asumir que es posible encadenar actos de puesta a disposición del público sin solución de continuidad. Sin embargo, a pesar de que en tales circunstancias el derecho en cuestión no debería agotarse a tenor del art. 3.3 DDASI, el TJUE viene a establecer que tal agotamiento sí se produce *en un cierto grado*.

En efecto, para el TJUE, una vez producido un primer acto de puesta a disposición de una obra o prestación en Internet con permiso del titular, ha de aceptarse que éste ha tenido en consideración no sólo el público directo del sitio de Internet desde el que se produce esa puesta a disposición inicial, sino también el de las eventuales páginas web en las que se establezcan enlaces dirigidos hacia ese primer sitio. En opinión del TJUE, el público de esas páginas no sería “nuevo” con respecto al de la página inicial.

⁶⁸ Vid. Auto de 16 de mayo de 2013 (I ZR 46/12).

Eso sí, conforme al estándar Svensson, las obras que pueden ser libremente enlazadas desde otra página de Internet son sólo aquéllas puestas en red a disposición del público sin restricciones de acceso y con la voluntad perenne del titular de que así permanezcan, no en cambio las que se encuentren accesibles en algún sitio web sin autorización del titular —o habiendo mutado la voluntad de éste acerca de su mantenimiento en la red—, o que estuvieran disponibles, o hayan pasado a estarlo, sólo para un limitado segmento del público compuesto de abonados. Es fácil ver que la Sentencia generará nuevos retos interpretativos, ya que a partir de este momento resultará crucial determinar si cierto contenido está puesto en la página enlazada con permiso o no del titular; cuándo puede estimarse que ha cambiado la voluntad de éste con respecto a la puesta a disposición del contenido en abierto, o cómo apreciar si ha introducido medidas de restricción de acceso, y qué debe entenderse exactamente por tales.

En mi opinión, será relativamente fácil que el TJUE tenga que reconsiderar la doctrina en lo tocante a esa suerte de agotamiento parcial del derecho de puesta a disposición del público, o de licencia implícita para enlazar, que dibuja en esta Sentencia, dado que entre la comunidad científica está generalizada la convicción de que la tesis de la licencia implícita es exclusivamente aplicable a los enlaces de referencia o de superficie, no a los enlaces profundos, ni a los marco, ni tampoco a los enlaces ensamblados o automáticos. En concreto el pronunciamiento según el cual es indiferente que el enlace en cuestión sea del tipo que, al ser pulsado o activado por el internauta, da la impresión de que la obra se muestra en la página donde se encuentra el hipervínculo (apartado 29 de la Sentencia) es, con probabilidad, uno de los llamados a sufrir una más pronta revisión.

Sucede además que el Tribunal parte siempre a nivel fáctico de “enlaces sobre los que se puede pulsar”, pero en ciertos tipos de enlaces ensamblados o automáticos no cabe afirmar que el usuario esté realmente clicando de manera consciente sobre un enlace. En estas circunstancias, es difícil sostener que el público de la página de enlace es el mismo que el de la página enlazada y ha sido tenido en cuenta por el titular de los derechos al autorizar el uso inicial, ya que por definición el realizador del enlace está tratando de desviar el público de la primera página hacia la suya, en lugar de canalizar el público de la suya a la página donde reposa el contenido enlazado. No es descartable que el TJUE introduzca una variación en su doctrina, sobre la base de una reconsideración fáctica, en el entendimiento de que hay determinados tipos de enlaces en los que no puede hablarse de que el usuario realmente pulse como tal sobre los mismos para activar de modo consciente el hipervínculo.

Por otro lado, cabe esperar que más temprano que tarde algún tribunal nacional formule una petición de decisión prejudicial interrogando frontalmente al TJUE acerca de cómo encaja la doctrina Svensson con el principio de no agotamiento del derecho de puesta a disposición del público establecido en el

art. 3.3 de la Directiva 2001/29, y como consecuencia de ello es posible que el Tribunal tenga que efectuar alguna innovación en esa doctrina.

En última instancia, más allá de la probable reformulación jurisprudencial del estándar Svensson, me inclino a pensar que el escenario resultante tras la Sentencia va a obligar a actuar, antes o después, al legislador comunitario, a fin de establecer con claridad que la puesta a disposición del público puede llevarse a cabo mediante la realización de hipervínculos,⁶⁹ si bien delimitando al mismo tiempo los casos en los que los enlaces, o determinado tipo de ellos, pueden efectuarse libremente al amparo de una excepción o limitación;⁷⁰ máxime cuando el Tribunal de Justicia tiene dicho que la configuración de los elementos que definen el concepto de comunicación al público no está en manos de los legisladores nacionales, sino del de la UE.⁷¹

A tal efecto, cabe pensar en una aclaración dentro del art. 3.1 de la Directiva 2001/29, mediante la inserción de un último inciso que dijera algo similar a esto:

“(…) con independencia de si esa puesta a disposición se realiza mediante la previa carga de la obra en una red que permita esa forma interactiva de acceso, o mediante el establecimiento de un hipervínculo a un lugar de tal red donde la obra ya estuviera cargada por el mismo o por otro sujeto”.

Junto a ello, sería probablemente necesario establecer una limitación específica a este derecho en el artículo 5 para salvaguardar el establecimiento de enlaces de referencia o de superficie, lo cual podría hacerse mediante la agregación de una nueva letra p) en su apartado segundo, del siguiente tenor:

“p) Cuando se trate de facilitar el acceso a obras o prestaciones lícitamente disponibles desde un sitio o página de Internet o una red análoga de telecomunica-

⁶⁹ Una parte de la —ya aludida— Consulta Pública impulsada por la Comisión Europea sobre la revisión del Derecho de la UE en materia de Derecho de autor, la dedicada a los derechos involucrados en las transmisiones digitales, contiene un apartado titulado *“Linking and browsing”*, en el que, entre otras cosas, se pregunta sobre si la provisión de un hipervínculo que conduce a una obra o prestación protegida es una actividad que debería estar sujeta, en general o bajo determinadas circunstancias, a la autorización de los titulares.

⁷⁰ Como dice la Resolución ALAI, “es cierto que los conceptos básicos de los usos sujetos a derechos exclusivos de autor y derechos afines pueden someter a los agentes comerciales que se sirven de enlaces en Internet como herramienta para comunicar al público obras y prestaciones protegidas, a fin de obtener de los titulares los permisos necesarios. No obstante, si se considerase necesario rebajar tal presión, la interpretación de los conceptos básicos de los actos de utilización sujetos al derecho de autor, tal como aquí se han descrito, no sería una vía adecuada para ello. Tal reajuste debería producirse únicamente sobre la base de las limitaciones y excepciones a los derechos de autor y derechos afines. En este sentido, 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”.

⁷¹ Vid. STJUE de 7 de diciembre de 2006, dictada en el caso SGAE (asunto C-306/05), apartado 31.

ción, mediante el establecimiento de hipervínculos referenciales que redirijan a ese sitio o página tomados como continente, sin causar en el usuario la sensación de que la obra o prestación se encuentra disponible en el sitio o página donde se establece el hipervínculo”.

