

EL CONCEPTO AUTÓNOMO DE «COMUNICACIÓN AL PÚBLICO» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

Por Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ
Profesor Titular de Derecho Civil (Acreditado a CU)
Universidad Autónoma de Madrid

Fecha de recepción: 14.02.2019

Fecha de aceptación: 14.03.2019

RESUMEN:

El concepto autónomo de «comunicación al público» mencionado en las Directivas 2001/29 y 2006/115 ha sido objeto de desarrollo por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en casi una treintena de resoluciones judiciales que lo han perfilado de manera casuística a partir de la combinación de una serie de criterios que interactúan de manera diferente según las circunstancias del caso. En este trabajo se examina la evolución de dicho concepto autónomo en la jurisprudencia del TJUE tratando de sistematizarlo dogmáticamente mediante la diferenciación entre sus características generales y sus elementos esenciales y accidentales.

PALABRAS CLAVE:

Propiedad intelectual, derechos de autor, conceptos autónomos de Derecho europeo, concepto de comunicación al público, Directiva 2001/29, Directiva 2006/115.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL CONCEPTO AUTÓNOMO DE «COMUNICACIÓN AL PÚBLICO». 1. CONCEPTO UNIFORME EN CUANTO A SUS ELEMENTOS INTEGRANTES, PERO NO EN CUANTO A SU FUERZA ARMONIZADORA. 2. PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS. III. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL CONCEPTO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. 1. ACTO DE COMUNICACIÓN. 1.1. *Las tres iteraciones del concepto de «acto de comunicación» en la jurisprudencia del TJUE.* 1.2. *Recapitulación.* 2. EL CONCEPTO DE PÚBLICO: DESTINATARIOS POTENCIALES «INDETERMINADOS» Y «CONSIDERABLES EN NÚMERO». 3. EL «PÚBLICO NUEVO» O LA «TÉCNICA ESPECÍFICA». 3.1. *El «público nuevo».* a) El público nuevo en la jurisprudencia previa a *Svensson*. b) *Svensson* y su crítica. c) Aplicación posterior del concepto de «público nuevo». 3.2. *La «técnica específica».* IV. ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL CONCEPTO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. 1. EL CARÁCTER LUCRATIVO (FINALIDAD COMERCIAL) DE LA

COMUNICACIÓN. 2. EL GRADO DE CONOCIMIENTO DE QUIEN REALIZA EL ACTO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO. 2.1. *La «intermediación deliberada» en la comunicación.* 2.2. *El conocimiento de la ilicitud del contenido enlazado: GS Media y su crítica.* 2.3. *Evolución posterior de la jurisprudencia.* V. LA COORDINACIÓN DEL «CONCEPTO EXPANDIDO» DE COMUNICACIÓN PÚBLICA CON LAS REGLAS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD A PRESTADORES DE ALOJAMIENTO Y PROVEEDORES DE ENLACES. VI. CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA

TITLE: The Autonomous Concept of «communication to the public» in the EUCJ Case Law.

ABSTRACT: The autonomous concept of «communication to the public» mentioned in various EU Directives has been developed by the case-law of the Court of Justice in almost thirty judicial decisions that have outlined it casuistically out of the combination of a series of criteria that interact in different ways according to the circumstances of the case. This paper examines the evolution of this autonomous concept in the jurisprudence of the CJEU trying to systematize it dogmatically through the differentiation between its general characteristics and its essential and accidental elements.

KEY WORDS: Intellectual Property, Copyright, autonomous concepts of European Law, concept of communication to the public, Directive 29/2001, Directive 115/2006.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. GENERAL CHARACTERISTICS OF THE AUTONOMOUS CONCEPT OF «COMMUNICATION TO THE PUBLIC». 1. UNIFORM CONCEPT AS TO ITS INTEGRATING ELEMENTS BUT NOT IN ITS HARMONIZING EFFECT. 2. INTERPRETATIVE PRINCIPLES. III. FOUNDING ELEMENTS OF THE CONCEPT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC IN THE EUCJ'S CASE LAW. 1. THE ACT OF COMMUNICATION. 2. THE CONCEPT OF AUDIENCE: POTENTIAL RECIPIENTS «UNDETERMINED» AND «CONSIDERABLE IN NUMBER». 3. THE «NEW PUBLIC» OR THE «SPECIFIC TECHNIQUE». 3.1. *The «new public».* a) The new public prior to *Svensson*. b) *Svensson* and its criticism. c) Subsequent application of the concept of «new public». 3.2. *The «specific technique».* IV. ACCIDENTAL ELEMENTS OF THE CONCEPT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUCJ. 1. THE PROFIT-MAKING NATURE OF THE COMMUNICATION. 2. KNOWLEDGE. 2.1. *«Deliberate intermediation».* 2.2. *Knowledge about the illegality of linked content: GS Media and its criticism.* 2.3. *Later evolution of the case law.*

VI. THE COORDINATION OF THE «EXPANDED CONCEPT»
OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC WITH LIABILITY
RULES REGARDING HOSTING AND LINK PROVIDERS.
VI. CONCLUSION. VII. BIBLIOGRAPHY

I. INTRODUCCIÓN¹

El concepto autónomo de comunicación pública (o mejor, «comunicación al público») de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual ha sido perfilado en casi una treintena de sentencias y autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en un proceso de interpretación cuyos inicios podemos ubicar en el año 2006, con el caso *Rafael Hoteles*².

En un primer momento el Tribunal de Justicia dio solución a conflictos que implicaban fundamentalmente modalidades de comunicación pública «tradicionales», es decir, a partir de actos de emisión, transmisión o retransmisión primarios o secundarios³ de señales de radio o televisión por distintos medios. Sin embargo, a partir de la sentencia del caso *Svensson*⁴, los debates giraron fundamentalmente en torno a la modalidad de puesta a disposición en redes digitales interactivas, especialmente cuando dicha puesta a disposición se hacía a través del establecimiento de un hipervínculo o enlace.

En este trabajo se examina la evolución del concepto autónomo de comunicación pública en la jurisprudencia del TJUE tratando de sistematizarlo dogmáticamente mediante la diferenciación entre sus características generales y sus elementos esenciales y accidentales.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-64821-R: *La unificación del Derecho de la Propiedad Intelectual en la UE a través de los conceptos autónomos de Derecho de la Unión elaborados por la jurisprudencia del TJUE*.

² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006, *Rafael Hoteles* (llamado oficialmente caso SGAE), asunto C-306/05, EU:C:2006:76. Se trata de una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en la que se discute si la instalación en las habitaciones de un hotel de televisiones en las que se distribuía a través de una red de cable interna la señal de televisión terrestre captada por una antena constituye un acto de comunicación pública en el sentido del art. 3 de la Directiva 2001/29 CE.

³ Tradicionalmente se llama comunicación pública secundaria a los supuestos de retransmisión de una emisión o transmisión por parte de otra organización o cuando se utiliza un medio técnico, como un altavoz o una televisión, fuera del ámbito privado o familiar; esto es, en un establecimiento abierto al público, lo que se corresponde con las modalidades previstas en los arts. 11 bis.1, apartado ii) y iii) del Convenio de Berna. Por oposición, se denomina comunicación al público primaria a la radiodifusión de obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes, lo que reconduce el apartado i) de este artículo 11.1 bis del Convenio de Berna. El Tratado de Derecho de Autor de la OMPI añadió posteriormente la idea de que para el concepto de comunicación pública primaria la posibilidad era irrelevante que se acudiera a medios alámbricos o inalámbricos (*vid.*, el art. 8 de dicho Tratado).

⁴ Es la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Cuarta) de 13 de febrero de 2014, *Svensson y otros*, asunto C-466/12, EU:C:2014:76.

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL CONCEPTO AUTÓNOMO DE «COMUNICACIÓN AL PÚBLICO»

El art. 3.1 de la Directiva 2001/29 no contiene una definición del concepto de «comunicación al público», se limita a garantizar que los Estados miembros establezcan un derecho exclusivo respecto de **«cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija»** (el énfasis es propio).

Lo mismo ocurre en el caso del derecho de remuneración del art. 8.2 de la Directiva 2006/115 (versión codificada de la 92/100) para los artistas intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas, respecto de la comunicación al público de dichos fonogramas, y con el derecho exclusivo del art. 8.3 de esta misma Directiva para las entidades de radiodifusión, respecto de la comunicación pública de sus emisiones.

Ante la ausencia de una definición concreta por parte de las mencionadas Directivas, el Tribunal de Justicia determinó ya en la sentencia del caso *Rafael Hoteles*⁵ que estamos ante un concepto autónomo de Derecho comunitario, es decir, una norma que tiene que ser objeto de interpretación autónoma y uniforme en toda la UE al no existir en ella una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido.

A partir de ahí, el Tribunal de Justicia ha señalado a través de sus respuestas a distintas cuestiones prejudiciales una serie de características generales de dicho concepto autónomo, como se señala a continuación.

1. CONCEPTO UNIFORME EN CUANTO A SUS ELEMENTOS INTEGRANTES, PERO NO EN CUANTO A SU FUERZA ARMONIZADORA

El concepto autónomo de «comunicación al público» es único, para hacer posible una interpretación uniforme del art. 3.1 de la Directiva 2001/29 y de los arts. 8.2 y 8.3 de la Directiva 2006/115. La «comunicación pública» del art. 3.1 de la Directiva 2001/29 es por tanto la misma que la del art. 8.2 de la Directiva 2006/115⁶, aunque en ocasiones el TJUE ha matizado de manera un tanto indeterminada que son conceptos similares, pero no idénticos, al estar

⁵ *Cit., vid.*, el apartado 31 de la sentencia.

⁶ *Vid.*, en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2012, *PPI*, asunto C-162/10, EU:C:2012:141, apartado 29, la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 31 de mayo de 2016, *Reha Training*, asunto C-117/15, EU:C:2016:379, apartado 33 y la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2016, *GS Media*, asunto C-160/15, EU:C:2016:644, apartado 33.

configurado el primero como un derecho exclusivo (un *ius prohibendi* eficaz *erga omnes*)⁷ y el segundo como un derecho de mera remuneración que únicamente permite al productor del fonograma reclamar una remuneración económica al «usuario» de dicho fonograma⁸.

Recientemente el Tribunal ha añadido que el concepto autónomo también se extiende al derecho exclusivo de comunicación al público de emisiones de organismos de radiodifusión a los efectos del art. 8.3 de la Directiva 2006/115 (caso *Hotel Edelweiss*⁹).

El Tribunal también ha afirmado que el concepto de «puesta a disposición» del art. 3.2 de la Directiva 2001/29 se encuentra armonizado para esta modalidad específica de comunicación pública, y para todos los titulares de derechos mencionados en dicha norma (caso *C More Entertainment*¹⁰).

Esta armonización parece que también debería extenderse al art. 2 de la Directiva 93/83/CEE sobre emisión de obras al público vía satélite, puesto que el TJUE ya ha declarado que el considerando 27 de la Directiva 2001/29 (que señala que «la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de dicha Directiva») también se debe aplicar a la comunicación pública mencionada en el art. 2 de la Directiva 93/83 (*Airfield y Canal Digitaal*¹¹).

Que el concepto sea único significa que los distintos elementos que tienen que verificarse para determinar si hay comunicación al público (acto de comunicación, «público», conocimiento, etc.) son los mismos. Ello no significa, sin embargo, que la extensión de la armonización sea idéntica, puesto que la armonización en el caso de los arts. 3.1 de la Directiva 2001/29 (para el derecho de autor) y 3.2 (para los derechos afines) es total (de máximos) mientras que en el art. 8.3 de la Directiva 2006/115 la armonización es únicamente de mínimos.

⁷ Vid., la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2012, *Del Corso* (el caso se denomina oficialmente *SFC*), asunto C 135/10, EU:C:2012:140, apartados 74 y 75, sentencia de 31 de mayo de 2016, *Reha Training*, cit., apartado 30 y sentencia de 8 de septiembre de 2016, *GS Media*, cit., apartado 28.

⁸ Critica dicha distinción, a la que por lo demás no se le da ninguna trascendencia concreta, RIVAS PRIETO, P., «El concepto de comunicación al público del TJUE: los criterios que informan los asuntos *Del Corso* y *Phonographic Performance*», en *Pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 43, 2013, p. 68.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 16 de febrero de 2017, *Hotel Edelweiss*, (llamado oficialmente *Verwertungsgesellschaft Rundfunk*), asunto C-641/1 EU:C:2017:131, apartado 19 de la sentencia.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 25 de marzo de 2015, *C More Entertainment*, asunto C-279/13, EU:C:2015:199. Vid el apartado 30 de dicha sentencia.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-431/09 y C-432/09, *Airfield y Canal Digitaal*, EU:C:2011:648. Vid., el apartado 79 de la sentencia.

En efecto, el TJUE ha declarado en *Svensson*¹² que el concepto autónomo de comunicación al público en el ámbito del derecho exclusivo del autor del art. 3.1 de la Directiva es un concepto cerrado, que no admite matizaciones o interpretaciones por parte de los Estados miembros porque ello sería contrario al objetivo armonizador de la Directiva¹³. Ello impide que un Estado miembro proteja al autor menos de lo establecido por la Directiva, pero también más.

Naturalmente, ello sólo se extiende al ámbito armonizado, el de la comunicación pública a distancia (emisión, transmisión, retransmisión y puesta a disposición en Internet). En los ámbitos no armonizados (en especial, comunicación de la obra en directo) los Estados mantienen su libertad de actuación, como luego se señalará con mayor detenimiento.

La situación es sin embargo diferente para el derecho exclusivo de comunicación al público de las entidades de radiodifusión. En efecto, en la sentencia de *C More Entertainment*¹⁴, el TJUE ha entendido que el considerando 16 de la Directiva 2006/115 faculta a los Estados miembros para establecer una protección mayor que la prevista en el art. 8.3 de dicha Directiva en relación con los actos de comunicación al público *no interactivos* de los organismos de radiodifusión. La armonización comunitaria se limita por tanto para el derecho exclusivo de las entidades de radiodifusión únicamente a la facultad de puesta a disposición en Internet del art. 3.2 g) la Directiva 2001/29¹⁵.

Los Estados miembros pueden así ampliar el ámbito del derecho de comunicación al público del art. 8.3 de la Directiva 2006/115, en especial para aplicarlo a casos en los que no se exige el pago de una entrada, siempre que con ello no perjudiquen a los derechos del autor. Así ocurre, por ejemplo, con las transmisiones en directo, sin interactividad, de acontecimientos deportivos a través de Internet¹⁶, que pueden ser consideradas en el Derecho nacional un acto de comunicación al público sin infringir el art. 8.3 de la mencionada Directiva.

¹² *Vid.*, el apartado 37 de la sentencia de *Svensson* (*cit.*).

¹³ *Vid.*, el apartado 40 de la sentencia de *Svensson* (*cit.*) en donde se señala que los Estados miembros deben abstenerse de ejercer la facultad que les confiere el artículo 20 del Convenio de Berna respecto de la posibilidad de llegar a arreglos particulares para que el concepto de comunicación al público incluya más actos que los previstos en el art. 3.1 de la Directiva 2001/29.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 25 de marzo de 2015, *cit.* En el caso la cadena de televisión de pago *C More Entertainment* transmite en directo a través de Internet partidos de hockey sobre hielo a cambio del pago de una cantidad. El Sr. Sandberg crea enlaces en Internet que permite acceder a la obra igualmente en directo, pero sin necesidad de pago. Dado que no estamos ante transmisiones interactivas o a la carta no resulta de aplicación al supuesto el art. 3.2 de la Directiva 2001/29. Sin embargo, el Tribunal Supremo sueco pregunta si dicha norma impide que el Derecho sueco reconozca un derecho de comunicación pública (no interactivo) respecto de las transmisiones de encuentros deportivos.

¹⁵ *Vid.*, el apartado 31 de la sentencia de *C More Entertainment*.

¹⁶ *Vid.*, el apartado 37 de la sentencia de *C More Entertainment*.

En el ámbito del art. 8.2 de la Directiva 2006/115, respecto de los productores de fonogramas, parece que la conclusión debe ser la misma, dado que el considerando 16 de dicha Directiva se refiere de manera genérica a la «radio-difusión». Y no creo que sea obstáculo para ello la naturaleza de derecho de mera remuneración. Los casos en los que debe aplicarse dicha remuneración son según el art. 8.2 los de «cualquier tipo» de comunicación pública (siempre que no sea interactiva, porque entonces entraríamos en el ámbito del art. 3.2 de la Directiva 2001/29 y su fuerza armonizadora de máximos) por lo que parece que existe una mayor flexibilidad para los Estados miembros en este punto.

Por último, debe tenerse en cuenta que el único concepto autónomo definido por la jurisprudencia es el de «comunicación al público» mencionado en las Directivas 2001/29 y 2006/115. No deben considerarse, por tanto, tales algunos de sus componentes esenciales como el «acto de comunicación» o el «público nuevo», que son de creación jurisprudencial. De hecho, como veremos, estos ingredientes del concepto se han caracterizado por mutar, a veces sustancialmente, a lo largo del tiempo.

2. PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS

El TJUE ha afirmado que de acuerdo con los considerandos 9, 10 y 23 de la Directiva 2001/29, la interpretación del derecho de comunicación al público debe garantizar un nivel elevado de protección a favor de los autores que les permita recibir una compensación adecuada por la utilización de sus obras. Este principio de protección elevada de los autores no sólo debe jugar según el TJUE en el ámbito específico de la Directiva 2001/29, donde está expresamente mencionado, sino que se extiende también al resto de Directivas que tratan de armonizar los derechos de propiedad intelectual (caso *Vereniging Openbare Bibliotheken*¹⁷).

Sin embargo, la protección del autor no es el único principio interpretativo del concepto autónomo. El Tribunal ha señalado también que de los considerandos 3 y 31 de la Directiva 2001/29 se desprende que la armonización efectuada por ésta pretende garantizar un justo equilibrio entre, por una parte, el interés de los titulares de los derechos de autor y de los derechos afines que garantiza el artículo 17.2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y, por otra la protección de los intereses y de los derechos fundamentales de los usuarios de las obras y prestaciones protegidas, en particular, de su libertad de expresión y de información, que garantiza el artículo 11 de la Carta.

El Tribunal ha dejado claro de esta manera que el derecho de autor no es el único interés legítimo que debe tomarse en consideración, existe también un

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, (Sala Tercera), de 10 de noviembre de 2016, asunto C-174/15, EU:C:2016:856, apartado 47.

interés digno de tutela (y en pie de igualdad con el anterior) que es el derecho a la libertad de expresión e información de los usuarios de obras y prestaciones protegidas. Dicha libertad de expresión e información tendrá un papel especialmente relevante en el caso de la comunicación al público mediante enlaces, como se explicará con mayor detenimiento después.

Del principio de garantía de una protección elevada de los autores el TJUE ha derivado la consecuencia de que el concepto de «comunicación al público» debe entenderse en sentido amplio (ya en *Rafael Hoteles*¹⁸, y después en muchas otras sentencias, como *F.A. Premier League y otros*¹⁹ e *ITV Broadcasting/TVCatchup*²⁰). No cabe por tanto la interpretación restrictiva del concepto, aunque sí cabrá limitar su alcance para proteger otros derechos fundamentales, en especial, el derecho a la libertad de expresión, como ya se ha señalado.

Que el TJUE entienda que estamos ante un concepto que deba interpretarse en sentido amplio no significa, sin embargo, que carezca de límites, puesto que únicamente alcanza a las modalidades de comunicación pública mencionadas en las Directivas 2001/29 y 2006/115.

En especial, el TJUE ha declarado que la mención que hace el art. 3.1 de la Directiva 2001/29 a que la comunicación debe hacerse por medios «alámbricos o inalámbricos», leído junto a la mención que hace el considerando 23 de esta misma Directiva²¹ a la «transmisión de la obra», significa que el concepto armonizado de «comunicación al público» no se extiende a las modalidades de ejecución o representación directa de la obra (*F.A. Premier League y otros*²² y *Circul Globus Bucuresti*²³). Esta facultad se encuentra extramuros del concepto autónomo, y no está por tanto sujeta a la armonización de máximos del art. 3.1 de la Directiva 2001/29.

De esta manera quedan fuera de la órbita del concepto autónomo comunitario los supuestos definidos en el art. 11.1 del Convenio de Berna, en los que el público se encuentra en contacto físico y directo con el intérprete y ejecutante de dichas obras. El motivo, como apunta la doctrina, es que estas modalida-

¹⁸ *Cit., vid.*, el apartado 36 de la sentencia.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 4 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, *F.A. Premier League*, EU:C:2011:631. *Vid.*, el apartado 186 de la sentencia.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 7 de marzo de 2013, *ITV Broadcasting*, asunto C-607/11, EU:C:2013:147. *Vid* el apartado 20 de la sentencia.

²¹ Dicho considerando dice que: *La presente Directiva debe armonizar en mayor medida el derecho de autor de la comunicación al público. Este derecho debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación. Este derecho debe abarcar cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión. Este derecho no debe abarcar ningún otro tipo de actos.*

²² *Cit., vid.*, el apartado 201 de la sentencia.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) 24 de noviembre de 2011, *Circul Globus Bucuresti*, asunto C-283/10, EU:C:2011:772, apartado 41.

des de comunicación tienen carácter local, y no tiene grandes efectos a nivel intracomunitario, por lo que no era necesario imponer a los Estados miembros una armonización²⁴.

Ello no quiere decir, naturalmente, que los Estados miembros no puedan reconocer en la legislación nacional un derecho de comunicación al público cuando éste se encuentra en el mismo espacio y tiempo que donde se interpreta o ejecuta la obra (en directo). De hecho, de acuerdo con el art. 11.1 i) del Convenio de Berna, *deben* hacerlo.

La cuestión es si la UE también debería extender el derecho de comunicación al público del art. 3.1 de la Directiva 2001/29 a los eventos en directo. A estos efectos, debe precisarse que, aunque que la UE no es parte contratante del Convenio de Berna, el TJUE ya señaló en *Rafael Hoteles*²⁵ que «los textos de derecho comunitario deben interpretarse, en la medida de lo posible, a la luz del Derecho internacional, en particular cuando dichos textos tengan por objeto precisamente la aplicación de un acuerdo internacional celebrado por la Comunidad».

Posteriormente, el TJUE ha señalado con toda claridad (*Luksan*²⁶, *DR y TV2 Danmark*²⁷ y *Levola Hengelo*²⁸) que la Unión Europea sí es parte contratante del Tratado de Derecho de Autor de la OMPI²⁹, de manera que dicho Tratado ha quedado integrado en el Ordenamiento jurídico comunitario. Y el Tratado obliga a dar cumplimiento a lo previsto en los arts. 1 a 21 del Convenio (art. 1.4), de donde se sigue que también las normas del Convenio de Berna se deben aplicar en el Derecho de la UE.

Parece por tanto que esta exclusión de la comunicación al público en directo del art. 3.1 de la Directiva 2001/29 que hace el considerando 23 de la misma es incompatible con la aplicación del Convenio de Berna en el ordenamiento comunitario que prevé el mencionado art. 1.4 del TODA.

²⁴ *Vid.*, SIRINELLI, P., «The Right of communication to the public», *RIDA*, núm. 256, 04-2018, p. 74.

²⁵ *Cit.*, *vid.*, el apartado 35 de la sentencia.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de febrero de 2012, *Luksan*, asunto C-277/10, EU:C:2012:65. *Vid* el apartado 59 de la sentencia.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 26 de abril de 2012, *DR y TV2 Danmark*, asunto C-510/10, EU:C:2012:244. *Vid.*, el apartado 29 de la sentencia.

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo*, asunto C-310/17, EU:C:2018:899. *Vid.*, el apartado 38 de la sentencia.

²⁹ Según el TJUE, sin embargo, la situación es diferente respecto de la «comunicación al público» de fonogramas mencionada en el art. 8.2 de la Directiva 2006/115. En este caso, ni las disposiciones del acuerdo sobre los ADPIC, ni el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución o Fonogramas ni la Convención de Roma se pueden invocar de forma directa por los particulares ante las instituciones de la Unión. Su labor se reduce a ser un marco de referencia para el concepto de «comunicación pública», de manera que dicho concepto se interprete de manera compatible con los conceptos equivalentes contenidos en los tres tratados citados (*vid* la sentencia de 15 de marzo de 2015, *cit.*, *Del Corso*, apartado 56 de la sentencia).

III. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL CONCEPTO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA EL TJUE

El Tribunal de Justicia ha establecido mediante su jurisprudencia, en un lento proceso de aluvión no exento de importantes contradicciones, que el concepto de comunicación pública debe construirse a partir de distintos elementos o ingredientes que podemos llamar esenciales o *estructurales*³⁰, porque tienen que estar siempre presentes. Dichos elementos son además *acumulativos*, todos ellos tienen que estar presentes de manera simultánea para poder estar en presencia de un acto de comunicación al público en el sentido del art. 3 de la Directiva 2001/29 o de los arts. 8.2 y 8.3 de la Directiva 2006/115.

Así, en primer lugar, el concepto de comunicación pública requiere que se produzca un *acto de comunicación* de la obra. También es necesario, en segundo lugar, que dicho acto de comunicación se dirija (por lo menos de manera hipotética o potencial) a un número de personas indeterminado y considerable (*al público*).

Además, al hilo de la solución del caso de los enlaces en Internet (en especial, a partir de *Svensson*) el Tribunal ha añadido un tercer elemento que debe acumularse a los dos anteriores, aunque dicho elemento puede adoptar dos modalidades diferentes: o el acto de comunicación pública se ha llevado a cabo través de una *técnica específica*, distinta de las utilizadas anteriormente por el titular del derecho para comunicar la obra; o dicho acto ha hecho accesible la obra a un *público nuevo*, esto es, un público que el autor no tuvo en cuenta a la hora de conceder una autorización previa para comunicar al público la obra.

1. ACTO DE COMUNICACIÓN

El Tribunal de Justicia ha ido definiendo el concepto de «acto de comunicación» de manera sucesiva, ampliando poco a poco su ámbito de actuación. Y lo ha hecho señalando que debe configurarse a través de la interacción de criterios complementarios, de naturaleza no autónoma y dependientes unos de otros³¹. En principio es posible aplicarlos individualmente en el caso concreto, pero también en sus interacciones recíprocas, porque, según el TJUE, en cada caso pueden darse con intensidad muy variable³². Ello tiene como resultado

³⁰ El TJUE se refiere a elementos «inherentes al concepto». *Vid.*, por ejemplo la sentencia de 15 de marzo de 2012, *PPI*, *cit.*, apartado 32, o la sentencia, de la misma fecha, *Del Corso*, *cit.*, apartado 83.

³¹ *Vid.*, en ese sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2012, *Del Corso*, *cit.*, apartado 79; 15 de marzo de 2012, *PPI*, *cit.*, apartado 30; 31 de mayo de 2016, *Reha Training*, *cit.*, apartado 35 y 8 de septiembre de 2016, *GS Media*, *cit.*, apartado 34.

³² Esta posibilidad de mezclar y contrapesar distintos criterios complementarios sólo se señala por el TJUE expresamente respecto del primer componente del concepto, el «acto de comunicación». No parece por tanto que ello sea posible en el segundo de los componentes del concepto,

que para la definición del «acto de comunicación» el TJUE haya utilizado una gran variedad de fórmulas, que un informe del *Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique* francés eleva a once hasta el año 2017³³.

Sin embargo, muchas de las versiones tienen diferencias que son sólo de matiz, y creo posible afirmar que en realidad existen tres iteraciones del concepto de «acto de comunicación» que el TJUE ha ido entremezclando en sus sentencias de manera poco sistemática.

1.1. Las tres iteraciones del concepto de «acto de comunicación» en la jurisprudencia del TJUE

Una primera aproximación, todavía muy rudimentaria, al concepto de «acto de comunicación» en la jurisprudencia del TJUE la encontramos en la sentencia de *Rafael Hoteles* (2006). En ella el Tribunal de Justicia afirma que el hecho de poner a disposición del público los televisores en las habitaciones de los hoteles supone comunicar la obra³⁴, para concluir después que, como hay también público, y dicho público es un «público nuevo» se ha producido un acto de comunicación pública³⁵.

Donde sí encontramos ya de manera acabada una primera iteración del concepto de «acto de comunicación» es en *F.A. Premier League League* (2011) en donde el Tribunal señala que la comunicación de una obra incluye «toda transmisión de las obras protegidas, con independencia del medio o de proceso técnico utilizados»³⁶.

Esta formulación se repite después (a veces con ligeras variaciones) en la sentencia del caso *ITV Broadcasting/TVCatchup*³⁷ (2013), para un supuesto de retransmisión

el de «público». Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha utilizado y mezclado *de facto* también en este segundo ingrediente diversos criterios, ajustando la composición final de la fórmula a las necesidades del caso.

³³ El informe, citado en SIRINELLI, P., «The Right of communication to the public», *cit.*, p. 89, está disponible en <http://www.culture.gouv.fr/Thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-le-droit-de-communication-au-public>, y es obra del propio Sirinelli y las profesoras Benazeraf y Bensaumon.

³⁴ Señala el apartado 43 de dicha sentencia que: «Además, se desprende de los artículos 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y 8 del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor que para que haya comunicación al público basta con que la obra se ponga a disposición del público, de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella. Por consiguiente, no es decisivo a este respecto, en contra de lo afirmado por *Rafael Hoteles* e Irlanda, el hecho de que los clientes que no hayan encendido el televisor no hayan tenido acceso efectivo a las obras».

³⁵ *Vid.*, el apartado 47 de la sentencia.

³⁶ *Vid.*, el apartado 193 de la sentencia.

³⁷ *Vid.*, los apartados 24 y 25 de la sentencia. En el caso la empresa demandada, *TVCatchup Ltd*, (TVC) ofrece a sus abonados servicios de difusión de emisiones de televisión a través de *streaming* en Internet, de modo que puedan disfrutar de ellas en sus dispositivos portátiles. TVC comprueba que sus abonados sólo puedan acceder al contenido si ya disponen legalmente del derecho a verlo

de señales de radiodifusión terrestre y por satélite a través de Internet, en la del caso *Osa* (año 2014³⁸) para aparatos de televisión en las habitaciones de un balneario; en el auto del caso *Douro Bar*³⁹ (2015) para la emisión por radio con altavoz en un bar; en la sentencia del caso *SBS Belgium*⁴⁰ (2015), para la transmisión de señales de televisión terrestre, en la del caso *Reha Training*⁴¹ (año 2016), para un supuesto de comunicación pública en un centro de fisioterapia; en la del caso *AKM*⁴² (año 2017), para la difusión por cable de un programa televisivo y, por último, hasta el momento, en la del caso *VCAST*⁴³ (año 2017), para un servicio de retransmisión y grabación de emisiones en la nube.

Se construye así un concepto tecnológicamente neutro que podemos etiquetar como «comunicación por transmisión», que se basa en la idea de que la obra tiene que ser *transmitida* al público potencial, siendo indiferente a estos efectos la técnica, modalidad o mecanismo tecnológico empleado para ello.

Sin embargo, *medio tempore* surge una segunda versión de la definición de «acto de comunicación» en las sentencias 15 de marzo de 2012 (*PPI*⁴⁴ y *Del*

en el Reino Unido. Además, emplea una restricción de uso de sus servicios mediante técnicas de *geo-blocking*, de manera que los contenidos no son accesibles si el usuario se encuentra en el extranjero.

³⁸ Vid., el apartado 25 de la sentencia, en donde se señala que «En efecto, el concepto de “comunicación” debe interpretarse de manera amplia, en el sentido de que tiene por objeto toda transmisión de las obras protegidas, con independencia del medio o del proceso técnico utilizados (sentencia de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League* y otros, C-403/08 y C-429/08, Rec. p. I-9083, apartado 193)».

³⁹ Auto del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2014, *Douro Bar* (oficialmente, caso *Sociedade Portuguesa de Autores*), asunto C-151/15. Vid el apartado 13 del auto.

⁴⁰ Vid., el apartado 16 de dicha sentencia, en donde se señala que «Por lo que respecta, en primer lugar, al “acto de comunicación”, éste incluye toda transmisión de las obras protegidas, con independencia del medio o del proceso técnico utilizado (sentencia *Football Association Premier League* y otros, C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631, apartado 193)».

⁴¹ Señala el apartado 38 de dicha sentencia que «Precisado lo anterior, ha de subrayarse, por lo que respecta en primer lugar al concepto de “acto de comunicación”, que éste incluye toda transmisión de las obras protegidas, con independencia del medio o del proceso técnico utilizado (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de noviembre de 2015, *SBS Belgium*, C-325/14, EU:C:2015:764, apartado 16 y jurisprudencia citada)».

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de marzo de 2017, *AKM*, asunto C-138, EU:C:2017:218. Vid., el apartado 23 de la sentencia, en donde se señala que «Más concretamente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta, por una parte, que el acto de comunicación incluye toda transmisión de obras protegidas, con independencia del medio o del proceso técnico utilizado, y que cada transmisión que utilice un medio técnico específico debe ser autorizada de manera individualizada, en principio, por el autor de esa obra (véase la sentencia de 31 de mayo de 2016, *Reha Training*, C-117/15, EU:C:2016:379, apartados 38 y 39)».

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de noviembre 2017, asunto C-265/16, *VCAST*, EU:C:2017:913. Vid., el apartado 42 de la sentencia, en donde se señala que «Precisado lo anterior, ha de subrayarse, por lo que respecta en primer lugar al concepto de “acto de comunicación”, que éste incluye toda transmisión de las obras protegidas, con independencia del medio o del proceso técnico utilizado (sentencia de 31 de mayo de 2016, *Reha Training*, C-117/15, EU:C:2016:379, apartado 38)».

⁴⁴ Vid., el apartado 31 de la sentencia. En el caso la entidad de gestión de los productores de fonogramas en Irlanda cuestionaba la compatibilidad con la Directiva 2006/115 de una exención que permitía a los hoteles no abonar remuneración alguna por comunicación en sus habitaciones de fonogramas o grabaciones audiovisuales.

Corso⁴⁵) en las que el TJUE entiende que el acto de comunicación se produce cuando el impulsor de la comunicación «*interviene con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus clientes acceso a una emisión radiodifundida que contiene una obra protegida, pues si no tuviera lugar esta intervención, los clientes, aun cuando se encontraran dentro de la zona de cobertura de dicha emisión, no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida*».

En esta segunda versión, para que exista un «acto de comunicación» tienen que darse tres elementos: que se dé acceso a la obra protegida; que dicho acceso se proporcione de manera deliberada («con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento») y que la intervención del impulsor de la comunicación sea *indispensable*, de manera que, si faltara, la comunicación no se produciría o sería mucho más difícil.

El primer elemento implica únicamente facilitar el acceso potencial del público a la obra, sin mencionar ya el hecho de que sea «transmitida». El segundo implica incluir en el concepto de «acto de comunicación» un elemento puramente subjetivo, el grado de conocimiento que tiene el impulsor de la comunicación sobre si está haciendo o no accesible la obra al público. En tercer lugar, es necesario que el impulsor tenga un papel activo en la comunicación, siendo un factor decisivo en la propagación de la obra.

La tercera versión del concepto de «acto de comunicación» nace en 2014, cuando el TJUE se tuvo que enfrentar al caso de los enlaces a contenidos puestos de manera legal y en abierto en Internet. Para solucionar esta cuestión el TJUE decide crear una nueva iteración del concepto (que podemos etiquetar de manera convencional como «comunicación por puesta a disposición») que resulta mucho más amplia e imprecisa que las dos anteriores.

Para ello, el TJUE recurre a la vieja sentencia de *Rafael Hoteles*, omitiendo toda la jurisprudencia posterior a ésta⁴⁶ y reformulando el concepto mediante la concatenación de tres apartados claves, que merecen ser transcritos:

⁴⁵ *Vid.*, el apartado 78 la sentencia. SCF es una sociedad dedicada a la recaudación de derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas asociados a ella. Tras una serie de negociaciones con la Asociación Nacional de Dentistas italianos que no llegaron a buen puerto, decide demandar a uno de ellos, el Sr. Del Corso, ante los Tribunales de Turín. En primera instancia el *Tribunale di Torino* desestimó la demanda de SFC, por entender que no había acto de comunicación al público. La sociedad apela, y la Corte *d'appello de Torino* suspende el procedimiento y plantea distintas cuestiones prejudiciales. En la cuarta de ellas invoca incorrectamente el art. 3.2 de la Directiva 2001/29 (derecho de puesta a disposición en Internet), pero el TJUE reconduce correctamente la cuestión a la interpretación del art. 8.2 de la Directiva 2006/115.

⁴⁶ El TJUE es sin duda consciente de que está creando una nueva iteración del concepto, por lo que aclara que la lectura que hace del caso *Rafael Hoteles* es «por analogía», aunque no proporciona argumentos que justifiquen un cambio de tanta trascendencia.

«(18) En el presente asunto debe señalarse 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.**

(19) Pues bien, como se deriva del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, **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** (véase, por analogía, la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE, C-306/05, Rec. p. I-11519, apartado 43).

(20) De lo anterior se deduce que, en circunstancias como las del litigio principal, **el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de “puesta a disposición” y, en consecuencia, de “acto de comunicación” en el sentido de la referida disposición.**

(el énfasis es mío).

Lo que ocurre en *Svensson*, por tanto, es que se prescinde de cualquier mención a la «transmisión» de la obra, lo que era imprescindible para abordar el caso de los enlaces, donde no hay comunicación física de la obra. El TJUE señala ahora que existe un «acto de comunicación» en cualquier supuesto de acceso potencial a la obra, dejando así claro que se puede producir sin necesidad de que quien lo realice disponga de una copia de la misma.

Ello fue recibido favorablemente por un sector de la doctrina, que señaló que en casos como *Svensson* el enlace funciona como un potenciador o acelerador de la accesibilidad a la página, de manera análoga a como lo hace una retransmisión de una señal de un organismo de radiodifusión por otro diferente⁴⁷. Encajaría así sin problemas en un concepto amplio de *facilitar* la obra a su público potencial⁴⁸.

Otro sector doctrinal, sin embargo, no veía en el enlace fuerza facilitadora suficiente, se señalaba que el enlace se limita a dirigir al lugar en el que se

⁴⁷ Vid., SÁNCHEZ ARISTI, R., «La provisión de enlaces en Internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 [caso *Svensson*]). *Pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 46, 2014, pp. 71-72.

⁴⁸ Vid., SÁNCHEZ ARISTI, R., «La provisión de enlaces en Internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 [caso *Svensson*]), *cit.*, p. 66. En el mismo sentido, RUBÍ PUIG, A., y RAMÍREZ SILVA, P., «El nuevo derecho de acceso (evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público en relación con las actividades que facilitan el acceso a la obra protegida», *Pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 58, 2018, p. 48.

encuentra la obra, dando una mera indicación de acceso y sin transmitirla físicamente⁴⁹. Se señalaba también que en realidad lo que ocurre en el caso de los enlaces es que un tercero colabora en la comunicación al público de la obra, más que comunicarla él mismo⁵⁰.

Como ya señalé en alguna ocasión⁵¹, creo que esta segunda opinión doctrinal era la más correcta. Desde mi punto de vista, establecer un enlace normal a una página web (o, siendo más preciso, un enlace de superficie⁵² a la página principal de un sitio web o a una obra situada en dicha página) no debería ser considerado como un acto de comunicación al público de la obra o página enlazada⁵³.

Es cierto que los enlaces «facilitan» de alguna manera el acceso potencial a la obra, y por ello es lógico que parte de la doctrina considerara que encajan en el tenor literal del art. 3.1 de Directiva, en especial si se lee a la luz del art. 8 del TODA⁵⁴. Sin embargo, en mi opinión dicha facilitación del acceso es marginal en el caso de los enlaces de superficie: los usuarios podrían igualmente acceder a ella tecleando la URL de la página principal.

Como es obvio, *Svensson* ha zanjado el debate a favor de la doctrina que ve en los enlaces un medio para comunicar al público la obra, ampliando así notablemente el concepto de «comunicación por transmisión» que el propio TJUE había utilizado con anterioridad.

Dicha ampliación se observa con claridad si pensamos que los tres requisitos de la segunda iteración se reducen ahora a uno sólo: facilitar el acceso a las

⁴⁹ Vid., en este sentido CASAS VALLÉS, R., «La comunicación pública en el entorno digital: el derecho de puesta a disposición», en VV.AA., *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 92, citado por PEGUERA POCH, M., «Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas», *Pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 42, 2012, p. 76 y EVANGELIO LLORCA, R., «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva de los proveedores de enlaces a los efectos de la Ley española de propiedad intelectual», en *Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual* (Moreno Martínez, J.A., Coord), Dykinson, Madrid, 2017, p. 121.

⁵⁰ Vid., en ese sentido PEGUERA POCH, M., «Hyperlinking under the lens of the revamped right of communication to the public», *Computer Law and Security Review*, núm. 34, 2018, p. 1103.

⁵¹ Vid., GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor en Internet*, Comares, Granada, 2ª edición, pp. 360 y 361.

⁵² Vid., esta denominación en RAMÍREZ SILVA, P., «Webs de enlaces y propiedad intelectual», *InDret*, núm. 2/2012, p. 54.

⁵³ Vid., en ese mismo sentido ALAI Report and Opinion on a Berne-compatible reconciliation and the communication to the public right on the Internet, aprobado por el Comité Ejecutivo de la ALAI el 17 de junio de 2015, p. 2. El informe está disponible en <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/201503-hyperlinking-report-and-opinion-2.pdf>. Vid., también en ese sentido EVANGELIO LLORCA, R., «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva de los proveedores de enlaces a los efectos de la Ley española de propiedad intelectual», *cit.*, p. 121.

⁵⁴ Vid., en ese sentido SIRINELLI, P., «The Right of communication to the public», *cit.*, p. 98.

obras mediante su puesta a disposición a través de enlaces. De este modo se está prescindiendo en esta tercera versión del concepto tanto del carácter *deliberado* del acto de comunicación («pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento») como del requisito de que la intervención del impulsor de la comunicación sea *indispensable* para que los destinatarios finales disfruten de ella. También se prescinde de la utilización del término «transmisión» de la obra de la primera iteración, sustituyéndolo por un concepto mucho más amplio como es «facilitar la puesta a disposición» de la obra.

Es precisamente esta fuerza expansiva de la tercera iteración del concepto la que obliga al Tribunal de Justicia a introducir un nuevo requisito para que exista un acto de comunicación en *Svensson*, el del «público nuevo», que funciona en la práctica como un mecanismo para excluir de dicho concepto supuestos que el Tribunal entiende que no deben quedar sujetos a la autorización del autor por razones prácticas, como luego explicaré con mayor detalle.

Después de *Svensson* el Tribunal de Justicia ha resuelto otros tres casos relacionados con la comunicación pública a través de enlaces, utilizando distintos conceptos de «acto de comunicación» de manera asistemática y en función de las peculiaridades de cada caso.

Así, en la sentencia inmediatamente posterior a *Svensson* en materia de enlaces, la de *GS Media*, el Tribunal aplica la segunda iteración del concepto, la de *PPI* y *Del Corso*⁵⁵. Ello se explica porque el objetivo fundamental de *GS Media* era diferenciar entre los casos de enlaces a contenidos puestos en la red originalmente con licencia del autor y los casos en los que se enlaza a un contenido ilegal. Y para lograr dicho objetivo era mejor «rescatar» el concepto de «acto de comunicación» de *PPI/Del Corso*, que pone el acento en lo que más le interesaba al Tribunal en ese momento: la cuestión del conocimiento de quien está estableciendo el enlace (el «pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento», en las sentencias de 2012).

Sin embargo, el Tribunal de Justicia parte también de la idea de que establecer un enlace es *prima facie* un acto de comunicación («comunicación por puesta a disposición»), utilizando así también *de facto* parcialmente la doctrina de *Svensson*. Lo que ocurre es que luego el TJUE añade ulteriores restricciones a la idea de comunicación por puesta a disposición mediante el «reciclaje» de

⁵⁵ Vid., el apartado 35 de la sentencia: «Entre estos criterios, el Tribunal de Justicia ha subrayado, en primer lugar, el papel ineludible del usuario y el carácter deliberado de su intervención. En efecto, este usuario lleva a cabo un acto de comunicación cuando interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus clientes acceso a una obra protegida, especialmente cuando, si no tuviera lugar tal intervención, los clientes no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida [véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de marzo de 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, apartado 82 y jurisprudencia citada, y de 15 de marzo de 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, apartado 31]».

dos elementos tradicionales del análisis (el ánimo de lucro y el conocimiento), a los que se les da un nuevo significado en la sentencia, como luego se explicará con más detalle.

En *Filmspeler* (2017) se cita formalmente como jurisprudencia vigente para la definición de acto de comunicación la de las sentencias de 15 de marzo 2012⁵⁶, pero se aplica sin embargo después a los hechos del caso la tercera iteración, la de *Svensson* con cita expresa de dicha sentencia⁵⁷.

Por último, en *The Pirate Bay/Ziggo*⁵⁸ se retoma como elemento esencial del acto de comunicación el grado de conocimiento de quien está estableciendo enlaces a contenidos ilícitos en Internet, cuestión sobre la que volveré más adelante al referirme a cómo el Tribunal ha utilizado el requisito del grado de conocimiento del impulsor de la comunicación en su jurisprudencia.

En todo caso, interesa ahora resaltar que tanto en *Filmspeler* como en *The Pirate Bay/Ziggo* hay un salto cualitativo en la jurisprudencia del TJUE que amplía de manera muy notable el concepto de «acto de comunicación».

Así, en *Filmspeler* el TJUE afirma que el derecho de comunicación pública del art. 3.1 de la Directiva 2001/29 incluye (como dice literalmente el fallo): «(...) la venta de un reproductor multimedia, como el controvertido en el litigio principal (...)». Lo que ocurre, por tanto, es que la idea de «acto de comunicación», pensada en principio para formas inmateriales de explotación de la obra, se extiende ahora a un acto que tradicionalmente se ha considerado de distribución, como es la venta de un reproductor, siempre que dicho reproductor tenga las características descritas por el TJUE en el fallo de la sentencia. El suministro de un instrumento destinado a realizar una comunicación pública de la obra implica para el Tribunal de Justicia llevar a cabo dicha comunicación pública⁵⁹.

En *The Pirate Bay/Ziggo*, el TJUE aborda el caso de *The Pirate Bay (TPB)*, una de las más famosas páginas de suministro de enlaces que utilizan el protocolo

⁵⁶ Vid., el apartado 31 de la sentencia.

⁵⁷ Vid., el apartado 36 de la sentencia: «Además, como se deriva del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, 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 (véase, la sentencia de 13 de febrero de 2014, *Svensson* y otros, C-466/12, EU:C:2014:76, apartado 19 y jurisprudencia citada)».

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de junio de 2017, asunto C-610/15, *The Pirate Bay*, llamado oficialmente caso *Stichting Brein*, EU:C:2017:456. La doctrina también ha etiquetado en ocasiones este caso como «caso Ziggo», por el primer demandado.

⁵⁹ Vid., en ese sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Más sobre el derecho de comunicación pública», *cit.*, p. 2 del documento en formato PDF. No estamos sin embargo ante una novedad absoluta, ya antes en el caso *Divani Palace Akropolis* el Tribunal había señalado que la mera instalación de televisores conectados a una antena implica la realización de un acto de comunicación pública (*vid.*, el auto de Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 10 de marzo de 2010, *cit.*, apartado 43).

torrent. Dicha página es considerada por el TJUE desde un punto de vista funcional como un auténtico sistema complejo de intercambio que incluye no sólo el sitio web donde se suministran los enlaces, sino también a todos los usuarios del mismo. De ahí que el Tribunal se refiera a la página en su sentencia como «plataforma de intercambio en línea TPB».

A la vista de los hechos del caso el TJUE concluye que los administradores de *TPB* intervienen para proporcionar acceso a las obras, indexando y catalogando en dicha plataforma los ficheros *torrents* que permiten a los usuarios de ésta localizar esas obras y compartirlas en redes P2P, desempeñando así un papel ineludible en la puesta a disposición de tales obras⁶⁰. El Tribunal señala que estamos ante una conducta activa que supera con mucho el mero suministro de instalaciones técnicas: *TPB* no sólo indexa las obras, también las clasifica por categorías, comprueba que cada una esté en la categoría adecuada, suprime ficheros *torrent* obsoletos y filtra activamente algunos contenidos⁶¹, facilitando con ello acceso a las obras. De todo ello concluye el Tribunal que «la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de intercambio en línea como la controvertida en el litigio principal debe considerarse un acto de comunicación»⁶².

Por tanto, en la sentencia de *The Pirate Bay/Ziggo* se califica de «acto de comunicación» una conducta que no encaja en modo alguno con el concepto tradicional: la *puesta a disposición* en Internet y la *gestión* de una plataforma de intercambio en línea, ampliando de manera muy sustancial dicho concepto. Es claro por tanto que la intervención directa y personal en la transmisión de la obra ya no es considerada como un elemento determinante por el TJUE para definir la existencia de un acto de comunicación: también comunica la obra quien vende un reproductor o quien gestiona una página de enlaces⁶³.

Finalmente, en el último de los casos que tenemos disponibles hasta el momento, *Renckhoff*⁶⁴ (año 2018), el Tribunal aborda el caso de una obra publicada en abierto y con consentimiento del autor que es posteriormente incluida en otro sitio web sin su autorización. El Tribunal se limita a mencionar en *Renckhoff* como jurisprudencia consolidada sobre el concepto de «acto de comunicación» lo siguiente: «En cuanto al primero de estos elementos, a saber, la existencia de un “acto de comunicación”, como se deriva del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, **para que exista tal acto basta, en particular, con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo**

⁶⁰ *Vid.*, los apartados 36 y 38 de la sentencia.

⁶¹ *Vid.*, el apartado 38 de la sentencia.

⁶² *Vid.*, el apartado 39 de la sentencia.

⁶³ *Vid.*, en ese sentido PEGUERA POCH, M., «Hyperlinking under the lens of the revamped right of communication to the public», *cit.*, p. 1103.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 7 de agosto de 2018, asunto C-116/17, *Renckhoff*, EU:C:2018:634. *Vid.*, el apartado 20 de la sentencia.

compongan puedan acceder a ella, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad (sentencias de 13 de febrero de 2014, *Svensson y otros*, C-466/12, EU:C:2014:76, apartado 19, y de 14 de junio de 2017, *Stichting Brein*, C-610/15, EU:C:2017:456, apartado 31 y jurisprudencia citada (el énfasis es mío).

De esta manera el Tribunal señala que considera como jurisprudencia vigente respecto de la definición de «acto de comunicación» la de la tercera iteración (la de *Svensson/Filmspeler*) y no la de la segunda, que ha utilizado en casos como *GS Media* y *The Pirate Bay/Ziggo*. Ello ocurre porque, como se señalará después, parece que la segunda iteración va a reservarse en el futuro por el Tribunal para los supuestos de enlaces a contenidos ilícitos en la red.

1.2. Recapitulación

Como acabamos de ver, el Tribunal no ha sido consistente en el manejo de las diferentes versiones del concepto de «acto de comunicación», y ha utilizado los diferentes «ingredientes» del concepto de manera profundamente casuística.

Sin embargo, si analizamos los distintos supuestos fácticos a los que el TJUE se ha enfrentado, observamos que en la actualidad hay tres versiones principales del concepto de «acto de comunicación» en la jurisprudencia. Así, en primer lugar, el concepto de «comunicación por transmisión» se utiliza en casos que lo que tienen en común es la ausencia de interactividad. En segundo lugar, el TJUE se inclina por el concepto de «comunicación por puesta a disposición»⁶⁵ para casos de puesta a disposición interactiva, en la modalidad a la carta. Por último, el TJUE utiliza el elemento del grado de conocimiento de quien comunica la obra de manera oportunista, tanto en casos de «transmisión» como en casos de «puesta a disposición».

La versión de «comunicación por transmisión» (cuyo origen puede ubicarse en *F.A. Premier League*) se utiliza para los supuestos de explotación no interactiva de las obras o prestaciones protegidas, es decir, cuando hay una *transmisión* de la obra a una pluralidad de usuarios potenciales, con independencia del medio técnico empleado para ello (vía terrestre, cable, por satélite, por Internet, etc.). Ello incluye las modalidades de comunicación que pueden reconducirse a la emisión o transmisión de la obra por cualquier medio, retransmisión por entidad o medio distinto del de origen y comunicación pública secundaria en

⁶⁵ Debe tenerse en cuenta a estos efectos que en *VCAST* la actividad principal del demandado, como luego se explicará, es la retransmisión de emisiones de radiodifusión, supuesto en el que no hay interactividad, sin perjuicio de que luego los usuarios pudieran almacenar dichas grabaciones un repositorio digital en la nube y acceder a dichas reproducciones desde el lugar y el momento que ellos mismos eligieran.

establecimientos públicos. Se trataría, en definitiva, de las modalidades mencionadas en las letras c), d), e) f) g), j) y k) del art. 20.2 LPI⁶⁶.

En casos como estos el TJUE define el acto de comunicación como *toda transmisión de las obras protegidas, con independencia del medio o del proceso técnico utilizado*. Se trata de un concepto que el TJUE ha utilizado de manera consistente cuando falta interactividad, y que tiene en la actualidad su versión canónica en la sentencia de *Reha Training*, que es de la Gran Sala y ha servido *de facto* al Tribunal para «poner orden» y recapitular toda su doctrina en el campo de la transmisión no interactiva de obras y prestaciones protegidas.

La versión de «comunicación por puesta a disposición» (con origen en *Svensson*) ha sido utilizada por el TJUE para los supuestos de puesta a disposición interactiva o a la carta, en donde basta con que se verifique un único requisito: que se proporcione acceso potencial del público a la obra (de manera similar a lo previsto en el art. 20.1 i) de la LPI española). Es lo que ocurre, señaladamente, cuando se proporcionan enlaces a obras o cuando la obra se pone a disposición del público en una página web distinta de la autorizada originariamente.

Dicha versión tiene su formulación más reciente y acabada en *Renckhoff*, en donde se señala que «*para que exista tal acto [de comunicación] basta, en particular, 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*».

En distintas ocasiones, por último, el TJUE ha señalado que es relevante para la existencia o no de un acto de comunicación el grado de conocimiento de quien hace accesible la obra al público, y ello se ha aplicado tanto a supuestos no interactivos de transmisión (*PPI* y *Del Corso*) como para casos de puesta a disposición a la carta (*Gs Media* y *The Pirate Bay/Ziggo*). La función que tiene el conocimiento es distinta sin embargo en uno y otro ámbito, como se explicará más adelante.

2. EL CONCEPTO DE «PÚBLICO»: DESTINATARIOS POTENCIALES «INDETERMINADOS» Y «CONSIDERABLES EN NÚMERO»

El concepto de «público» se basa en una noción teórica sencilla, aunque resulta luego difícil de precisar en la práctica. Para que la comunicación se entienda hecha «al público» el TJUE ha señalado que es necesario que la obra se haga potencialmente accesible a un número *indeterminado* y *considerable* de personas.

⁶⁶ No estamos sin embargo ante una «transmisión» incluida en el concepto autónomo, como ya hemos explicado, en el caso de las modalidades de comunicación al público en directo, con o sin pago de entrada (letras a), b) y h) del art. 20.2 LPI, que quedan fuera del ámbito armonizador de la Directiva 2001/29.

Así, ya desde las primeras sentencias que se encargaron de la interpretación del art. 3.1 de la Directiva 2001/29 (*Mediakabel*⁶⁷, *Lagardère*⁶⁸ y *Rafael Hoteles*⁶⁹) el TJUE declaró que para que se considere hecho «al público» el acto de comunicación debe tener como destinatarios potenciales a un número *indeterminado* de personas. Se trata de un requisito que hunde sus raíces en el Convenio de Berna y que originariamente se construyó por oposición a los supuestos en los que la comunicación se lleva a cabo en el ámbito privado o doméstico⁷⁰.

La comunicación debe ir dirigida por tanto de manera abstracta al público, y no a un grupo específico de destinatarios en un círculo privado. Naturalmente, no hay acto de comunicación cuando la obra no es accesible ni siquiera potencialmente por los miembros del público, como ocurre, por ejemplo, cuando una entidad de radiodifusión se limita a transportar una señal de televisión terrestre para otros distribuidores de la misma, sin que los destinatarios finales de la señal tengan acceso a ella (caso *SBS Belgium*⁷¹).

Pero para que haya «público» los destinatarios potenciales no sólo tienen que ser indeterminados, también deben superar un umbral mínimo desde el punto de vista cuantitativo. Así, el TJUE ha señalado de manera constante que debe de haber un número *considerable* de destinatarios potenciales (vid, por ejemplo, *Rafael Hoteles*⁷², *PPI*⁷³, *ITV Broadcasting/TVCatchup*⁷⁴, *GS Media*⁷⁵ o *The Pirate Bay/Ziggo*⁷⁶). Para llegar a la conclusión de que estamos ante un número de personas *considerable* debemos incluir no solo a quienes pueden acceder a la

⁶⁷ El germen de la doctrina de que el público lo forman un número de destinatarios indeterminados y potenciales lo encontramos en la sentencia el caso *Mediakabel* (sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 2 de junio de 2005, *Mediakabel*, asunto C-89/04, ECLI:EU:C:2005:348), al definir la relevancia jurídica de un servicio de vídeo «cuasi a la carta» (apartado 30). La doctrina apunta también a las Conclusiones del Abogado General La Pergola en el caso *EGEDA vs. HOASA*, aunque dicho caso versaba sobre la interpretación del art. 1 de la Directiva 93/83/CEE (vid., en este sentido RUBÍ PUIG, A., y RAMÍREZ SILVA, P., «El nuevo derecho de acceso: evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público en relación con las actividades que facilitan el acceso a la obra protegida», cit., p. 22).

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de julio de 2005, *Lagardère Active Broadcast*, asunto C-192/04, apartado 31.

⁶⁹ Cit., vid., el apartado 37 de la sentencia.

⁷⁰ Vid., la sentencia del caso *PPI*, cit., apartado 34.

⁷¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 19 de noviembre de 2015, *SBS Belgium*, asunto C-325/14, EU:C:2015:764, apartado 24 de la sentencia. *SBS* es una entidad de radiodifusión belga que produce y explota distintos canales comerciales de televisión. Para ello, *SBS* envía las señales portadoras de programa a distintos distribuidores, que, a su vez, las transmiten a sus abonados a través de diversos medios técnicos (satélite, cable o líneas ADSL). El TJUE considera que la obras únicamente se comunican por parte de *SBS* a «profesionales individuales y determinados», siendo los distribuidores los que llevan a cabo el acto de comunicación pública cuando posteriormente dan acceso a las obras a sus abonados.

⁷² Cit., vid., los apartados 57 y 38 de la sentencia.

⁷³ Cit., vid., el apartado 32 de la sentencia.

⁷⁴ Cit., vid., el apartado 32 de la sentencia.

⁷⁵ Cit., vid., el apartado 36 de la sentencia.

⁷⁶ Cit., vid., el apartado 42 de la sentencia.

obra de manera simultánea en el tiempo, sino también a quienes lo hacen de manera sucesiva o acumulada⁷⁷.

El número de personas que hay que tener en cuenta para que podamos decir que es *indeterminado* y *considerable* ha sido especialmente tratado por el TJUE en los casos de comunicación secundaria en establecimientos abiertos al público a través de altavoces de radio o aparatos de televisión.

Así, en *Rafael Hoteles* el TJUE señaló que la comunicación efectuada en las habitaciones de un hotel por medio de televisores constituye un acto de comunicación «pública» porque dichos televisores hacen accesibles las obras a un número indeterminado y considerable de telespectadores potenciales⁷⁸. Y ello, con independencia de que los miembros del público accedan a la obra de manera simultánea o de manera sucesiva o acumulativa⁷⁹. Y ello con independencia, también, de que luego los miembros del público decidan efectivamente acceder a las obras encendiendo el televisor o no⁸⁰, de la técnica que hubiera empleado el hotel para la transmisión de la señal⁸¹, de si el acceso a las obras es gratuito para los destinatarios de la comunicación (los clientes del hotel)⁸² y del carácter privado de las habitaciones del hotel⁸³.

La doctrina de *Rafael Hoteles* para el art. 3.1 de la Directiva 2001/29⁸⁴ se reiteró después en *PPI* respecto de la comunicación pública de fonogramas mediante aparatos de televisión y radio⁸⁵ puestos a disposición de los clientes en establecimientos hoteleros (art. 8.2 de la Directiva 2006/115). Dicha sentencia señala nuevamente que los clientes que ocupan las habitaciones de un hotel son un número de personas *indeterminado* que tienen potencialmente acceso a los fonogramas. Dicho número de personas es además *considerable*.

⁷⁷ *Vid.*, las sentencias de 15 de marzo de 2012 del caso *PPI*, *cit.*, apartado 35 y la de la misma fecha del caso *Del Corso*, *cit.*, apartados 86 y 87.

⁷⁸ *Vid.*, el apartado 37 de la sentencia.

⁷⁹ *Vid.*, el apartado 39 de la sentencia.

⁸⁰ *Vid.*, el apartado 42 de la sentencia. El Tribunal de Justicia ha aclarado después en el caso *Hotel Divani Palace Akropolis* que el mero hecho de instalar en las habitaciones del establecimiento los televisores y conectarlos a la antena receptora del hotel implica que se está llevando a cabo un acto de comunicación al público. *Vid.*, el auto de Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 10 de marzo de 2010, *Divani Palace Akropolis*, asunto C-136/09, EU:C:2010:151.

⁸¹ *Vid.* el apartado 46 de la sentencia.

⁸² *Vid.* el apartado 44 de la sentencia. El Tribunal entiende en todo caso que hay ánimo de lucro, puesto que el hotel obtiene beneficios y mejoras en la categoría del hotel por ofrecer el servicio de televisión en las habitaciones.

⁸³ *Vid.*, el apartado 50 de la sentencia.

⁸⁴ El Tribunal añade que no resulta en este caso aplicable la excepción de «uso para fines privados» prevista en el art. 10.1 a) de la Directiva 2006/115 porque, como se declaró en *Rafael Hoteles*, el carácter privado de la habitación no impide que pueda apreciarse que hay público por la acumulación de clientes sucesivos en las mismas. *Vid.*, los apartados 70 a 77 de la sentencia.

⁸⁵ También en el caso de equipos físicos de reproducción de fonogramas y ejemplares de esos fonogramas, que algunos hoteles de Irlanda ponían a disposición de sus clientes. *Vid.*, los apartados 55 a 69 de la sentencia.

El Tribunal ha considerado igualmente que la obra se comunica al público por estar ante un grupo de destinatarios potenciales indeterminado y de volumen considerable (si se considera de manera sucesiva o acumulativa en el tiempo) cuando los aparatos de televisión o radio permitían acceder a la obra en un café-restaurant (sentencia del caso *F.A. Premier League y otros*⁸⁶ y auto del caso *Douro Bar*⁸⁷).

Sin embargo, de manera sorprendente, el Tribunal de Justicia también ha sostenido que no hay acto de comunicación pública de fonogramas cuando éstos se difunden en la consulta de un odontólogo (*Del Corso*). El TJUE entendió en dicha sentencia que los clientes de la consulta de un dentista constituyen un número de personas *pequeño o incluso insignificante*⁸⁸ y que no es además *indeterminado*, puesto que se concreta en los clientes que tienen cita con el dentista, siendo además dichos clientes relativamente estables.

Esta determinación del concepto de *público* hecha por el TJUE en la sentencia *Del Corso* entraba claramente en contradicción con lo señalado en *PPI*, pese a que ambas sentencias son de la misma fecha y tienen el mismo ponente⁸⁹: no se entiende por qué los clientes sucesivos que pasan por las habitaciones de un hotel son un número *considerable* de personas (siendo, por tanto, un *público*) pero los de la consulta de un dentista son un número *pequeño o incluso insignificante*⁹⁰.

De hecho, el argumento de que estamos ante un número de personas «pequeño» sólo puede tener sentido lógicamente respecto del público que *simultáneamente* tiene acceso a la obra. En el caso de establecimientos comerciales, según el TJUE el público que se debe considerar es siempre el que accede a la obra de manera sucesiva y acumulada en el tiempo, por lo que es evidente que, tras un breve lapso temporal, un número de personas que en principio es pequeño (las que están en la consulta del dentista en un momento dado, por ejemplo) irá creciendo hasta llegar siempre a tener un volumen que ya podemos calificar como *considerable*.

El Tribunal trató de solucionar la contradicción existente entre *PPI* y *Del Corso* en la sentencia de OSA⁹¹, en donde señala con toda claridad que para determinar si el número de personas es *indeterminado y considerable* hay que verificar cuántas personas tienen acceso a la obra de forma paralela (en todas las

⁸⁶ *Vid.*, el apartado 196 de la sentencia.

⁸⁷ *Cit.*, *vid.*, el apartado 20 del auto.

⁸⁸ *Vid.*, el apartado 96 de la sentencia.

⁸⁹ En ambas es ponente el magistrado J. Malenovsky. La sentencia de *PPI* tiene además numerosas referencias a la *Del Corso* (*vid.*, por ejemplo, apartado 33, sobre el concepto de «público»).

⁹⁰ *Vid.*, en ese sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre la comunicación pública: dos pasos adelante y un paso atrás», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2016, BIB 2016/80466, p. 2 del documento en formato PDF.

⁹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 27 de febrero de 2012, OSA, asunto C351/12, EU:C:2014:110. Se trata de un caso en el que el Derecho nacional aplicable, el de la República checa, contiene un límite para autorizar la comunicación pública a favor de establecimientos de asistencia sanitaria.

habitaciones del balneario) y sucesiva en el tiempo⁹². Pero se trata de salvar el pronunciamiento de *Del Corso* señalando que ese caso lo que se estaba interpretando era el art. 8.2 de la Directiva 2006/11 y no el art. 3.1 de la Directiva 2001/29. Argumento poco convincente, a la vista de la jurisprudencia asentada del propio TJUE que señala que el concepto autónomo de «comunicación al público» tiene que ser interpretado igual en ambas Directivas⁹³.

En todo caso, parece que la doctrina de *Del Corso* respecto del concepto de *público* ha sido definitivamente superada por la sentencia de *Reha Training*⁹⁴, referida a un centro de rehabilitación en el que los pacientes disfrutaban las emisiones de televisión en las salas de espera y de ejercicios del centro. La entidad de gestión alemana GEMA entabla demanda reclamando la remuneración por el uso de los fonogramas, y el *Landgericht* de Colonia plantea la cuestión prejudicial preguntando expresamente al TJUE por la contradicción entre las sentencias de *Del Corso* y la de *PPI*.

El TJUE señala que en las instalaciones del centro de rehabilitación las obras son disfrutadas por un número potencial de personas *indeterminado* porque se destina a las «personas en general», es decir, sin restringirla a determinados individuos pertenecientes a un grupo privado. Dicho número de personas es además *considerable* si tenemos en cuenta su acumulación sucesiva en el tiempo, habiendo por tanto *público*⁹⁵. Este mismo criterio acumulativo es el que han sostenido también sentencias ulteriores, como *The Pirate Bay/Ziggo*⁹⁶.

Las dudas que ha habido en el ámbito de la comunicación pública secundaria en relación a si el número de destinatarios del acto de comunicación es *considerable* en determinados supuestos es muy probable que se trasladen en un futuro a los distintos grupos de receptores digitales (listas de correo electrónico, grupos en las aplicaciones de mensajería móvil, personas que tienen acceso a publicaciones en una red social cerrada, etc.)⁹⁷.

Se trata de casos en los que muchas veces será difícil hablar de acumulación sucesiva de personas. Los miembros del grupo pueden ser más o menos estables,

⁹² *Vid.*, el apartado 28 de la sentencia.

⁹³ Señala con acierto Rodrigo Bercovitz que tal afirmación necesitaría, cuanto menos, de explicaciones adicionales. *Vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Lecciones de Derecho Comunitario al hilo de la propiedad intelectual», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2014, BIB 2014/967, p. 3 del documento en formato PDF.

⁹⁴ *Cit.*, La sentencia tiene el mismo ponente que *Del Corso* y *PPI*, el juez J. Malenovsky, y parece que dicho magistrado intenta reconciliar ambas resoluciones por indicación de la Gran Sala, pero sin desdecirse abiertamente de ninguna de ellas.

⁹⁵ *Vid.*, el apartado 44 de la sentencia.

⁹⁶ *Vid.*, el apartado 41 de la sentencia.

⁹⁷ Así lo apuntan RUBÍ PUIG, A., y RAMÍREZ SILVA, P., «El nuevo derecho de acceso (evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público en relación con las actividades que facilitan el acceso a la obra protegida», *cit.*, p. 55.

y dicho número puede incluso menguar con el tiempo, el grupo no aumenta en número de manera inexorable. Además, el TJUE se encontrará en estos casos con la limitación de que el número exacto de personas que tienen acceso a la obra es una cuestión de hecho, que no puede ser por tanto, en principio, resuelta en el seno de una cuestión prejudicial⁹⁸.

En estos grupos digitales también funciona mal el criterio del carácter *indeterminado* del público, que, como ya vimos, se ha construido por la jurisprudencia del TJUE por oposición a un grupo de personas concreto en la esfera privada del impulsor de la comunicación. Dicha idea es muchas veces difícil de aplicar en la práctica en los grupos de destinatarios digitales, en donde las fronteras entre lo público lo privado se difuminan.

Parece por tanto que el TJUE tendría que hacer evolucionar (una vez más) el concepto de público, quizá para entender (como hace la Ley española en el art. 21.1 párrafo segundo) que siempre que la comunicación se hace en red salimos del ámbito de lo privado, para entrar en el ámbito de lo público. Como en realidad puede que eso no sea así en todos los casos (el chat de los miembros de la familia en una aplicación de móvil, por ejemplo), quizá lo sensato sería presumir que cuando la obra se comunica en red hay una presunción *iuris tantum* de que se está superando el ámbito meramente privado, presunción que cabrá sin embargo enervar mediante la prueba adecuada en caso de conflicto.

3. EL «PÚBLICO NUEVO» O LA «TÉCNICA ESPECÍFICA»

De acuerdo con la jurisprudencia tradicional del Tribunal de Justicia, para que una obra o prestación protegida se entienda comunicada al público hacía falta que concurrieran únicamente dos requisitos: que se produzca un *acto de comunicación* y que dicho acto se haga al *público*, es decir, que los destinatarios de la comunicación sean *indeterminados* y en número *considerable*.

Sin embargo, a partir de la sentencia del caso *Svensson* el TJUE señala que para que haya comunicación pública es necesario que concorra, además, un tercer elemento, que toma a partir de dicha sentencia carácter esencial o estructural: que la obra se comunique con una *técnica específica*, diferente de las utilizadas anteriormente, o, en su defecto, que se dirija a un *público nuevo*, entendido como un público que el titular no tuvo en cuenta cuando autorizó un acto de comunicación al público anterior.

⁹⁸ Pese a ello, el TJUE no ha dudado en considerar en muchas ocasiones que dispone de información suficiente para decidir si el número de personas es o no suficiente en el litigio principal, estableciendo criterios que sean válidos para determinados establecimientos. Se supera así claramente la función interpretadora de la normativa de la UE que en principio le asignan los Tratados. *Vid.*, por ejemplo, la sentencia del caso *PPI*, *cit.*, apartados 39 a 44, aplicando dichos criterios al supuesto de los hoteles, o la sentencia *Del Corso*, *cit.*, apartados 93 a 102, para la consulta de un dentista.

En un principio la «técnica específica» y el «público nuevo» funcionan como criterios alternativos en la jurisprudencia del Tribunal: si está presente uno de ellos no hace falta analizar el otro. Sin embargo, en la práctica, como se verá a continuación, el TJUE ha exigido en algún caso la presencia de ambos.

3.1. El «público nuevo»

a) El «público nuevo» en la jurisprudencia previa a *Svensson*

El concepto de *público nuevo* es en principio sencillo de definir: se trata de un público que el titular no tuvo en cuenta cuando autorizó un acto de comunicación al público anterior.

Sin embargo, esta idea del *público nuevo* ha sufrido una mutación muy notable en la jurisprudencia del TJUE a lo largo de los años: de ser una justificación o argumento de refuerzo del carácter público de la comunicación ha pasado a partir de la sentencia del caso *Svensson* a ser un criterio de exclusión del concepto autónomo que funciona de manera independiente.

Así, en un primer momento la idea de un «público nuevo» se vinculaba con el público destinatario de una comunicación secundaria, subrayándose por el TJUE que era distinto del que había sido tenido en cuenta por el titular del derecho cuando autorizó su comunicación pública a través de radiodifusión.

Así ocurre, por ejemplo, en *Rafael Hoteles*⁹⁹, en donde el Tribunal de Justicia apunta que los huéspedes del hotel no fueron tenidos en cuenta por el titular del derecho cuando autorizó la comunicación pública a través de radiodifusión¹⁰⁰. Señala el TJUE que de acuerdo con el art. 11 bis.1 (ii) del Convenio de Berna en estos casos es necesario una licencia del titular, porque la obra se está transmitiendo a público nuevo o adicional. La idea del público nuevo se utiliza por tanto como argumento para calificar un acto de comunicación como comunicación hecha «al público».

Posteriormente, el TJUE volvió a utilizar el criterio del «público nuevo» en el auto del caso *Hotel Divani Palace Akropolis*¹⁰¹, en la sentencia de *F.A. Premier League*¹⁰² y en la sentencia del caso *PPI*¹⁰³ para reforzar el carácter público de la comunicación, ya que quienes disfrutan de la obra en las habitaciones de los hoteles o como clientes de un café-restaurant son un público que el titular del

⁹⁹ *Vid.*, el apartado 40 de la sentencia.

¹⁰⁰ *Vid.*, los apartados 40 y 42 de la sentencia.

¹⁰¹ *Vid.*, el apartado 38 del auto.

¹⁰² *Vid.*, el apartado 197 de la sentencia.

¹⁰³ *Vid.*, el apartado 49 de la sentencia.

derecho no consideró al conceder la licencia para la radiodifusión de la obra. En *Del Corso*, sin embargo, se omite cualquier referencia al criterio, seguramente por considerar el TJUE que no es necesario entrar en él por no haber en la consulta del odontólogo un número indeterminado y considerable de personas.

El criterio del público nuevo se aplicó también al ámbito de la radiodifusión vía satélite¹⁰⁴ en *Airfield y Canal Digitaal*¹⁰⁵, caso en el que se agrupaban las señales portadoras de programa vía satélite en distintos paquetes, dando acceso a dichos paquetes a un número indeterminado de abonados. En este caso el TJUE señala que mediante dicha conducta se da acceso a las obras a un público más amplio que el contemplado por el organismo de radiodifusión vía satélite originario¹⁰⁶, lo que hace necesaria la autorización del titular del derecho. También en *ITV Broadcasting/TVCatchup* se menciona el «público nuevo» como requisito del concepto autónomo, aunque no se entra en su análisis¹⁰⁷.

b) *Svensson* y su crítica

Como ya hemos avanzado, la idea del «público nuevo» cambia radicalmente su función en el esquema argumental del TJUE en *Svensson*, en donde el Tribunal de Justicia lo utiliza en la práctica como criterio de exclusión para dejar fuera del ámbito del derecho de comunicación pública la provisión de enlaces a obras que ya se encuentran en Internet de manera legal (con autorización del titular el derecho) y en abierto, es decir, sin quedar sujetas a restricciones de acceso contractuales o tecnológicas.

En el caso de *Svensson* un agregador de noticias suministra enlaces a una serie de artículos publicados en un periódico digital en abierto, de manera que eran accesibles por cualquier usuario de la Red. El Tribunal, como ya hemos adelantado, parte de un concepto de «comunicación por puesta a disposición» muy amplio, y entiende que el acto de enlazar constituye *prima facie* un «acto de comunicación» porque facilita el acceso potencial de los usuarios a las obras¹⁰⁸. Además, de manera un poco rudimentaria, entiende que la técnica empleada para comunicar la obra por parte del agregador de noticias a través del enlace es la misma que la que utilizó el periódico *on-line*: en ambos caso se utilizó como canal de comunicación Internet¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Téngase en cuenta, sin embargo, que en este caso el Tribunal no se está refiriendo de manera específica al concepto autónomo de los arts. 3.1 de la Directiva 2001/29 y 8.2 de la Directiva 2006/115, sino al mencionado en el art. 1.2 a) de la Directiva 93/83.

¹⁰⁵ *Vid.*, el apartado 72 de la sentencia.

¹⁰⁶ Señala el Tribunal además que en este caso se reorganizan las señales procedentes de diversos organismos de radiodifusión en un nuevo producto audiovisual, decidiendo el proveedor de paquetes la composición del paquete así creado. *Vid.*, el apartado 81 de la sentencia.

¹⁰⁷ *Vid.*, el apartado 39 de la sentencia.

¹⁰⁸ *Vid.*, el apartado 18 de la sentencia.

¹⁰⁹ *Vid.*, el apartado 24 de la sentencia.

Sin embargo, el TJUE señala que este acto de comunicación no tiene como efecto hacer la obra accesible a un «público nuevo». Todos los usuarios de Internet pueden acceder a los artículos periodísticos simplemente entrando en la página web del periódico, por lo que el enlace no añade público adicional que justifique la concesión de una nueva licencia.

Lo que ha ocurrido por tanto en *Svensson* es que la presencia de un «público nuevo» pasa a tener una función distinta en el esquema argumental del TJUE: de ser un argumento de refuerzo del carácter público de un acto de comunicación pasa a ser un requisito más que tiene que estar presente para poder calificar una comunicación como hecha «al público»¹¹⁰.

La doctrina se ha mostrado en general crítica a la hora de valorar esta mutación. Así, se ha señalado que introducir el requisito del «público nuevo» como un nuevo elemento del concepto autónomo de «comunicación al público» no tiene apoyo en las Directivas en materia de propiedad intelectual¹¹¹ (en especial, en la Directiva 2001/29¹¹²) y que carece de fundamento a la luz del Convenio de Berna y del Tratado de Derecho de Autor de la OMPI de 1996¹¹³, que en ningún momento lo mencionan.

¹¹⁰ Este cambio se produce en el apartado 24 de la sentencia, donde el Tribunal señala que «*tal como se deriva de reiterada jurisprudencia, para poder ser incluida en el concepto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, también es necesario que una comunicación como la controvertida en el 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, a saber, un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público (véanse, por analogía, la sentencia SGAE, antes citada, apartados 40 y 42; el auto de 18 de marzo de 2010, Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon, C-136/09, apartado 38, y la sentencia ITV Broadcasting y otros, antes citada, apartado 39). El énfasis es propio.*

¹¹¹ Es un buen ejemplo de la misma el *Dictamen aprobado por el Comité Ejecutivo de la ALAI el 17 de septiembre de 2014*, al hilo del caso *Svensson*, disponible en la página web de la asociación en la dirección <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/2014-opinion-new-public.pdf>. *Vid.*, también en España RUBÍ PUIG, A., y RAMÍREZ SILVA, P., «El nuevo derecho de acceso (evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público en relación con las actividades que facilitan el acceso a la obra protegida)», *cit.*, p. 57 y EVANGELIO LLORCA, R., «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva de los proveedores de enlaces a los efectos de la Ley española de propiedad intelectual», *cit.*, p. 128.

¹¹² En mi opinión, sin embargo, no es especialmente relevante que el criterio no tenga apoyo literal en la Directiva 2001/29. Prácticamente ninguno de los criterios utilizados por el Tribunal lo tiene, más allá de la mención a la «transmisión» que hace el considerando 23.

¹¹³ *Vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Retransmisión de emisiones de programas de radio y televisión a través una red de cable local que permite el acceso a un máximo de 500 abonados: artículos 3.1 y 5.3 o) de la Directiva 2001/29/CE», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 104, 2017, BIB 2017/12570, p. 4 del documento en PDF. En el mismo sentido, *vid.*, SIRINELLI, P., «The Right of Communication to the Public», *cit.*, p. 86. Señala Sirinelli que durante las discusiones del Convenio de Berna se propuso su inclusión como criterio relevante para definir un acto de comunicación pública, prefiriéndose sin embargo la idea del «organismo diferente» en los supuestos de comunicación pública secundaria.

Se añade también que tiene como efecto principal producir un cierto agotamiento del derecho de comunicación pública que está expresamente prohibido en el art. 3.3 de la Directiva¹¹⁴ y que es contradictorio con el carácter *erga omnes* del derecho de comunicación pública: la primera comunicación pública de la obra hecha con autorización del titular no implica que ulteriores actos de explotación se encuentren igualmente autorizados, cada uno de ellos tiene que ser licenciado de manera individual.

Se trata sin duda de críticas fundadas, y es claro que el TJUE modificó en *Svensson* la función del «público nuevo» por motivos eminentemente prácticos, como recurso para limitar la amplísima definición de «acto de comunicación» que se contiene en dicha sentencia, que hubiera provocado importantes problemas en la práctica en casos como este, en donde se enlaza a obras ya puestas en red en abierto y con el permiso de los derechohabientes. El «público nuevo» es, por tanto, simplemente un mecanismo para lograr un cierto equilibrio entre la protección del derecho de autor y el normal funcionamiento de la red a través de enlaces.

Esta concepción puramente instrumental y oportunista se revela con toda claridad cuanto el propio TJUE alude en *Renckhoff* al carácter *erga omnes* del derecho de comunicación pública («carácter preventivo», en la jerga del Tribunal¹¹⁵) y al principio de agotamiento del art. 3.3 de la Directiva para justificar su decisión de entender que en este caso la obra sí se hace accesible a un público nuevo¹¹⁶. Es claro por tanto que en *Svensson* el Tribunal tiene en mente el resultado al que quiere llegar y busca una vía instrumental para llegar a dicho resultado sin importarle la retorsión del concepto dogmático que ello supone.

Con todo, el Tribunal de Justicia trató de dar cierta cobertura dogmática a la solución de *Svensson* en un caso posterior, el de *GS Media*¹¹⁷, en donde el TJUE afirmó que los enlaces «*contribuyen al buen funcionamiento de Internet permitiendo la difusión de información en esta red caracterizada por la disponibilidad de cantidades ingentes de información*», por lo que quedan dentro del ámbito de aplicación del derecho a la libertad de expresión del art. 11 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales¹¹⁸.

¹¹⁴ *Vid.*, en ese sentido SÁNCHEZ ARISTI, R., «La provisión de enlaces en Internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 [caso *Svensson*])», *cit.*, p. 85.

¹¹⁵ *Vid.*, el apartado 44 de la sentencia.

¹¹⁶ *Vid.*, los apartados 32 y 33 de la sentencia. En el apartado 33 el TJUE dice literalmente que «*Pues bien, considerar que la puesta en línea en un sitio de Internet de una obra previamente comunicada en otro sitio de Internet con la autorización del titular de los derechos de autor no constituye una puesta a disposición de dicha obra a un público nuevo equivaldría a establecer una regla de agotamiento del derecho de comunicación*». Se trata de una conclusión que es perfectamente aplicable también, *mutatis mutandis*, al caso de *Svensson*.

¹¹⁷ *Vid.*, el apartado 45 de la sentencia.

¹¹⁸ Desde esta misma perspectiva de los Derechos Fundamentales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado en su sentencia de 4 de diciembre de 2018 (caso *Magyar Jeti*

El mecanismo del «público nuevo» sirve por tanto en la jurisprudencia del TJUE como mecanismo para equilibrar dos derechos fundamentales, el derecho a la libertad de expresión e información de los usuarios de Internet (art. 11 de la Carta) y el derecho a la propiedad intelectual, como manifestación del más general derecho a la propiedad privada del art. 17.2 de la Carta¹¹⁹.

Este argumento del enlace como instrumento de ejercicio de la libertad de expresión e información ha hecho fortuna posteriormente en la jurisprudencia del TJUE. En *Renckhoff*¹²⁰, en especial, se argumenta que la obra se ha utilizado a través de su inclusión en otro sitio web, y no a través del establecimiento de un enlace, por lo que derecho a la libertad de expresión en este caso no entra en juego y no resulta justificado el agotamiento del derecho de comunicación pública del autor.

En mi opinión, hubiera sido preferible de *lege ferenda* entender que cuando se coloca una obra en Internet en abierto y con permiso del autor¹²¹, éste ha

ZRT contra Hungría, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187930>) que los enlaces que se establecen en un portal de noticias de Internet tienen el amparo del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se trata de un supuesto en el que el portal de internet *444.hu* publica una noticia sobre un grupo de hinchas húngaras que, durante un viaje para animar a su selección en un encuentro contra Rumanía, y, en evidente estado de embriaguez, insultaron con cánticos racistas a unos niños gitanos a la salida de su escuela, en la ciudad húngara de Konyár, cerca de la frontera rumana. Unos días después un líder de la minoría romaní local afirmó en una entrevista publicada en YouTube que los atacantes pertenecían a al partido político *Jobbik*, incluyendo la noticia un enlace a dicho vídeo. El partido político demanda por infracción de su derecho al honor, lo que deriva en una condena al portal por parte de un Tribunal de apelación húngaro, confirmada por el Tribunal Supremo húngaro (*Kúria*), condena que motiva la denuncia del portal ante el TEDH.

¹¹⁹ Se prescinde así una vez más por parte del TJUE de la literalidad de las Directivas para sublimar la cuestión en un problema de equilibrio entre derechos fundamentales en juego. Equilibrio que, sin embargo, en el campo del derecho de autor, corresponde al legislador mediante el juego de los derechos patrimoniales y sus excepciones, excepciones que se basan en la mayoría de los casos precisamente en la protección de distintos derechos fundamentales. *Vid.*, en ese sentido RAMÍREZ SILVA, P., «Los últimos retales del derecho de comunicación al público de obras protegidas en Internet», *La Ley Mercantil*, núm. 51, octubre 2018, p. 11 del documento en PDF.

¹²⁰ Dice literalmente el TJUE (apartado 40 de la sentencia) que «Sin embargo, a diferencia de los enlaces, que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, contribuyen, en particular, al buen funcionamiento de Internet permitiendo la difusión de información en esta red caracterizada por la disponibilidad de cantidades ingentes de información (sentencia de 8 de septiembre de 2016, *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644, apartado 45), la puesta en línea en un sitio de Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor de una obra previamente comunicada en otro sitio de Internet con el consentimiento de dicho titular no contribuye, en la misma medida, a la consecución de tal objetivo».

¹²¹ Señala con acierto SÁNCHEZ ARISTI que la locución «libremente accesible» que utiliza el TJUE en el fallo de la sentencia *Svensson* incluye también un cierto matiz jurídico que no es coherente con la solución adoptada por el tribunal, puesto sólo el titular puede «liberar» el acceso a la obra (SÁNCHEZ ARISTI, R., «La provisión de enlaces en Internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 [caso *Svensson*])», *cit.*, p. 59. En mi opinión lo que ocurre es que de manera implícita el autor ha liberado la facultad de establecer enlaces superficiales a dicha obra cuando la publica en abierto.

proporcionado al resto de usuarios de la red una autorización implícita para establecer enlaces de superficie a dicha obra¹²².

Es cierto que dicha idea no encaja bien con el principio de no agotamiento del derecho de comunicación pública. Sin embargo, creo que dicho principio debe ser matizado para el caso concreto de los enlaces de superficie a obras ya puestas en abierto en la Red con autorización del autor¹²³. Y ello porque en este supuesto los terceros pueden razonablemente presumir (al menos *iuris tantum*) que tienen autorización para establecer dichos enlaces. Me parece, por tanto, que existe un cierto elemento de *venire contra factum proprium* cuando se pretende combatir el establecimiento posterior de un enlace en estos casos, sorprendiendo así la confianza legítima del enlazador. Naturalmente, el autor siempre podrá excluir el juego de la presunción requiriendo que se elimine algún enlace o grupos de enlaces concretos que no desee autorizar.

Merece una consideración particular sin embargo la situación de los enlaces a obras o prestaciones protegidas ubicadas en páginas secundarias o profundas de un sitio web (enlaces profundos o *deep linking*)¹²⁴.

El *deep linking* hace posible el acceso a la obra de manera diferente a como ha sido autorizado por el titular del derecho¹²⁵. Y a dicho titular no le es indiferente que el público acceda a la obra *indirectamente*, pasando por la página principal o *directamente* mediante un enlace profundo a una localización concreta del sitio web. Ello puede suponer pérdida de visitas y, por tanto, de ingresos en la página principal, recortando así indebidamente el derecho del autor¹²⁶. Aplicar aquí la idea de una licencia implícita sí entraña a mi juicio un cierto agotamiento del derecho de comunicación pública que proscribe el art. 3.3 de la Directiva 2001/29.

¹²² Vid., en el mismo sentido RAMÍREZ SILVA, P., «Webs de enlaces y propiedad intelectual», *InDret*, núm. 2/2012, pp. 11-12. En un sentido similar, vid., EVANGELIO LLORCA, R., «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva de los proveedores de enlaces a los efectos de la Ley española de propiedad intelectual», *cit.*, p. 133. Señalando que quizá hubiera sido preferible que el TJUE adoptara esta solución, CARBAJO CASCÓN, F., «Enlaces de prensa (press linking): entre la flexibilización y la regulación del derecho de autor en la era digital», *Pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 47, 2014, p. 43.

¹²³ Naturalmente, esta presunción a la que me refiero nunca sería aplicable en los casos en los que las obras o prestaciones protegidas hayan sido publicadas en la Red sin el consentimiento del derechohabiente. Vid., GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor en Internet*, *cit.*, 301, nota 108 y p. 361. Vid., en este mismo sentido SÁNCHEZ ARISTI, R., «La provisión de enlaces en Internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 [caso Svensson])», *cit.*, pp. 75-76.

¹²⁴ Vid., GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor en Internet*, *cit.*, pp. 300 y 301.

¹²⁵ Señala Sánchez Aristi que este tipo de enlaces no son una mera referencia, sino que «capturan» el contenido, haciéndolo accesible de manera inmediata. Vid., SÁNCHEZ ARISTI, R., «La provisión de enlaces en Internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 [caso Svensson])», *cit.*, p. 58.

¹²⁶ Vid., GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor en Internet*, *cit.*, p. 371.

Me parece por tanto que el TJUE no acierta en el caso concreto de *Svensson*, en donde el enlace no se había realizado a los artículos situados en la página principal del periódico, sino a una ubicación concreta en las capas profundas del sitio web¹²⁷. La aplicación a este tipo de casos de la idea del «público nuevo» (que tiene efectos prácticos similares a la presunción de autorización) implica un recorte indebido en las facultades del titular del derecho de comunicación al público, que ve cómo, sin su autorización, la obra se hace accesible al público de una manera distinta a la inicialmente planeada.

c) Aplicación posterior del concepto de «público nuevo»

La doctrina establecida por el TJUE en *Svensson* de que la existencia de un «público nuevo» es un requisito esencial del acto de comunicación pública (junto con su alternativa, la «técnica específica»), se ha hecho fuerte en la jurisprudencia posterior, que la ha aplicado en situaciones diversas, a veces muy alejadas de la provisión de enlaces en Internet.

Así, muy pocos días después de *Svensson*, el Tribunal aplicó el nuevo requisito en el caso *OSA* al supuesto de comunicación pública secundaria a partir de aparatos de televisión ubicados en las habitaciones de un balneario. El Tribunal señala que no sólo es relevante que exista un acto de comunicación y que ésta se dirija a un número indeterminado y considerable de personas «*es necesario, además, que la obra difundida se transmita a un público nuevo*»¹²⁸ (énfasis propio). Y en el supuesto de hecho de *OSA* el TJUE entiende que los pacientes del balneario son un «público nuevo», porque no fue tenido en cuenta cuando los autores autorizaron la comunicación al público de origen. Lo mismo ocurre a juicio del Tribunal en *Reha Training*: los pacientes de un centro de fisioterapia son un «público nuevo»¹²⁹.

En el ámbito específico de Internet, el TJUE aplicó la idea del «público nuevo» esbozada en *Svensson* en el auto de *BestWater Internacional*, para un supuesto de enlaces de enmarcado¹³⁰. El TJUE señala que cuando un usuario suministra un enlace sobre el que se puede pulsar que permite visualizar un video que aparece «enmarcado» en una página web distinta de aquella en donde el vídeo se publicó originalmente no hace accesible la obra a un *público nuevo*: los destinatarios del video siguen siendo todos los internautas.

¹²⁷ En realidad, la sentencia no señala expresamente que se trata de un enlace profundo, pero queda claro a partir del relato de los hechos que es así, como señala SÁNCHEZ ARISTI, R., «La provisión de enlaces en Internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 [caso *Svensson*]), *cit.*, p. 57.

¹²⁸ *Vid.*, el apartado 31 de la sentencia.

¹²⁹ *Vid.*, el apartado 61 de la sentencia.

¹³⁰ Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 14 de octubre de 2014, asunto C-348/13, EU:C:2014:2315.

En mi opinión, sin embargo, el TJUE no acierta al excluir el caso de los marcos o *frames* del concepto autónomo de comunicación al público. Los marcos hacen visualmente accesible al público la obra desde un sitio web distinto al inicialmente previsto por el titular del derecho (en el supuesto de hecho, además, el de una empresa competidora), haciendo posible así una cierta apropiación del contenido ajeno¹³¹. Entender en casos como estos que no hay acto de comunicación al público o que hay una presunción de autorización implica *de facto* el agotamiento parcial del derecho de comunicación al público sin que exista una justificación suficiente para admitir dicho agotamiento.

La idea del «público nuevo» se aplicó también después al resto de casos relacionados con la utilización de enlaces, como *GS Media*, *Filmspeler*¹³² y *The Pirate Bay/Ziggo*¹³³, siempre como tercer elemento que caracteriza (junto con su alternativa, la técnica específica) el concepto autónomo de comunicación al público, aunque en el caso de *GS Media* se utiliza una restricción al mismo basada en un juego de presunciones al que luego me referiré.

En el último caso disponible hasta el momento, el de *Renckhoff*, el TJUE tiene que aplicar el requisito del «público nuevo» a un supuesto en el que una fotografía se pone inicialmente a disposición del público en Internet en una página web con autorización del autor, y es posteriormente reproducida en un trabajo escolar alojado en la página web de un centro de educación secundaria en Alemania.

Se trata de un supuesto que, en principio, parecería que debe recibir mismo tratamiento que *Svensson*: se trata de una primera puesta a disposición en abierto y autorizada que es seguida por una segunda, también en abierto, pero sin permiso del titular del derecho. Dado que en ambos casos el público de referencia parece que es el mismo (los usuarios de Internet) parece que habría concluir que en este caso el público del segundo sitio web ya ha sido tenido en cuenta al conceder la autorización al primero.

Sin embargo, el Tribunal concluye (de manera poco convincente) que cuando el fotógrafo autorizó la comunicación al público en el primer sitio web sólo estaba teniendo en cuenta a los usuarios de dicho sitio, y no a los que luego pudieran acceder a la obra en un sitio diferente, que deben ser a estos efectos considerados con un público nuevo¹³⁴.

¹³¹ *Vid.*, en este sentido SÁNCHEZ ARISTI, R., «La provisión de enlaces en Internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 [caso *Svensson*])», *cit.*, p. 77 y EVANGELIO LLORCA, R., «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva de los proveedores de enlaces a los efectos de la Ley española de propiedad intelectual», *cit.*, p. 126.

¹³² *Vid.*, el apartado 48 de la sentencia.

¹³³ *Vid.*, el apartado 44 de la sentencia.

¹³⁴ *Vid.*, el apartado 35 de la sentencia.

Para justificar su decisión el TJUE hace hincapié en que, a diferencia de lo que ocurre con un enlace, si el autor retira del sitio web originario la fotografía, ésta todavía seguiría siendo accesible por el público desde el sitio web de la escuela y en el «papel decisivo» de la usuaria (la profesora que sube la fotografía a la web) respecto de la comunicación pública de la obra. También se argumenta (como ya se avanzó) en base al «carácter preventivo» del derecho de comunicación pública y al agotamiento de dicho derecho, argumentos que, sin embargo, son igualmente aplicables en el supuesto de *Svensson*, sin que entonces fueran tenidos en cuenta¹³⁵.

Resulta muy llamativo que el TJUE renuncie a establecer la diferencia entre ambos casos a partir de la reproducción que se hace en el sitio web de la escuela alemana¹³⁶, y prefiera analizar la cuestión únicamente desde la perspectiva del derecho de comunicación pública. Ello genera una contradicción con la jurisprudencia del propio TJUE (en especial, con *Svensson*) que hubiera sido perfectamente evitable¹³⁷. Pero lo interesante a nuestros efectos es que el TJUE señala que es ya «reiterada jurisprudencia» que el *público nuevo* es un requisito imprescindible para que podamos hablar de una comunicación hecha al público¹³⁸.

Por tanto, cuando estamos en el caso de obras puestas en la red en abierto, y con el consentimiento del autor, hay que diferenciar entre si se facilitó el acceso a la obra estableciendo un enlace a ella o mediante su almacenamiento en una segunda página web.

En el primer caso el TJUE entiende que la obra no se hace accesible a un público nuevo, y por tanto no se perfecciona un acto de comunicación pública. En el segundo, el TJUE señala, sin embargo, que la obra se ha hecho accesible a un público nuevo al alojarla en una página web diferente, por lo que se está llevando a cabo un acto de comunicación al público que tiene que ser autorizado por el titular del derecho.

¹³⁵ Ello genera una contradicción entre ambas sentencias que resulta difícil de solventar. *Vid.*, en ese sentido RAMÍREZ SILVA, P., «Los últimos retales del derecho de comunicación al público de obras protegidas en Internet», *cit.*, p. 12 del documento en PDF.

¹³⁶ Señalan que hubiera sido sin embargo adecuado proceder así RUBÍ PUIG, A., y RAMÍREZ SILVA, P., «El nuevo derecho de acceso (evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público en relación con las actividades que facilitan el acceso a la obra protegida)», *cit.*, p. 84.

¹³⁷ *Vid.*, a estos efectos mi crítica en GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «La puesta a disposición de obras y prestaciones protegidas por quien no tiene la autorización de los titulares de derechos de propiedad cuando previamente se ha hecho accesible dicha obra en Internet», *La Ley Unión Europea*, Núm. 64, 2018, pp. 12-13.

¹³⁸ *Vid.*, el apartado 24 de la sentencia.

3.2. La «técnica específica»

Como alternativa a la idea del «público nuevo», el TJUE entiende que se puede calificar una comunicación como pública cuando, además de proporcionar acceso potencial a un número indeterminado y considerable de personas, dicho acto se lleva a cabo a través de una *técnica específica*, distinta de las utilizadas anteriormente por el titular del derecho.

La idea de que cuando la comunicación al público se realiza por una técnica específica o modalidad de transmisión diferente necesita de la autorización el autor se encuentra originariamente en *Rafael Hoteles*¹³⁹, aunque en dicha sentencia sólo era utilizada por el Tribunal para reforzar la idea de que la comunicación secundaria a través de los televisores ubicados en las habitaciones de un hotel es «pública»¹⁴⁰.

Esta misma idea es la que está todavía presente en sentencias más recientes, como la del caso *ITV Broadcasting/TVCatchup*¹⁴¹. Se trata de los abonados de un servicio de televisión terrestre a quienes se les retransmiten esas mismas emisiones a través de *streaming* en Internet. El demandado entendía que en la medida en la que se está limitando a dar acceso mediante *streaming* en directo a emisiones de televisión terrestre solo a los abonados a dicho servicio y en el mismo ámbito geográfico no era necesaria una licencia o autorización separada por parte del autor. El Tribunal afirma, sin embargo, que la retransmisión de televisión terrestre a través de su puesta a disposición en Internet implica la utilización un medio técnico específico y diferente del originalmente autorizado por el autor, que tiene que ser por tanto objeto de una autorización separada¹⁴².

Posteriormente, al configurarse como alternativa al requisito del «público nuevo» en la jurisprudencia del Tribunal, al cambiar éste último de naturaleza también lo hace el de la «técnica específica». De una justificación o argumento para caracterizar un acto de comunicación como «público» (como se utiliza una nueva técnica, otra parte del público tiene acceso a la obra y hace falta una nueva autorización) pasa a ser un requisito adicional y necesario para configurar el concepto autónomo de «comunicación al público».

Esta naturaleza del requisito de la técnica específica como «tercer elemento» del concepto de acto de comunicación se aprecia ya en *Reha Training*¹⁴³ y *GS*

¹³⁹ *Vid.*, el apartado 40 de la sentencia.

¹⁴⁰ La doctrina ha señalado que ello ocurre porque en este caso se entiende que la utilización de un nuevo medio técnico en la transmisión hace accesible la obra, por definición, a un público nuevo (*vid.*, en ese sentido, SANJUÁN RODRIGUEZ, N., «El network PVR. Un nuevo reto para la propiedad intelectual», en *Pe.I (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 52, 2016, p. 61).

¹⁴¹ *Vid.*, el apartado 26 de la sentencia.

¹⁴² *Vid.*, el apartado 40 de la sentencia.

¹⁴³ *Vid.*, el apartado 45 de la sentencia.

*Media*¹⁴⁴, y su relación con el concepto de público nuevo parece clara. El TJUE entiende que el público al que se dirige el segundo acto de comunicación mediante una técnica diferente a las ya autorizadas será siempre por definición un público nuevo, que no fue tenido en cuenta por el derechohabiente que licencia la comunicación pública de una obra a través de una modalidad técnica concreta¹⁴⁵. Así, por ejemplo, cuando se licencia la radiodifusión de la obra por vía terrestre no se está teniendo en cuenta por definición a quien luego puede recibir esa misma emisión a través de Internet. De ahí que, verificado el requisito de la «técnica específica» no sea necesario analizar la existencia de un público nuevo, y viceversa.

El Tribunal, sin embargo, da un nuevo giro a su doctrina en el caso *AKM* en donde, de manera sorprendente, se considera que la técnica específica no es una *alternativa* al «público nuevo», sino un requisito que se debe acumular a dicho público nuevo.

Se trata de una empresa austríaca (*Züirs.net*) que retransmite por una red de cable a sus 130 abonados programas de radio y televisión que capta a través de una antena colectiva. La entidad de gestión austríaca reclama en nombre los autores de ese país el pago de una licencia, pero *Züirs.net* alega que la Ley austríaca contiene un límite al derecho de comunicación al público que permite la retransmisión de programas a través de una antena colectiva si se hace a menos de 500 abonados y otro que permite la retransmisión por cable en todo el territorio de las emisiones de la cadena pública ORF.

El TJUE señala que la captación de la señal por la antena colectiva y su transmisión a los 150 abonados implica la existencia de un acto de comunicación pública porque el impulsor de la comunicación ha empleado un medio técnico diferente (cable) del empleado en la transmisión inicial (televisión terrestre, es decir, por ondas hertzianas).

Sin embargo, el TJUE concluye en paralelo que en el caso específico de la retransmisión de las emisiones de la cadena pública ORF no hay acto de comunicación, al faltar el requisito del público nuevo. El argumento es que ORF emite en abierto para todo el territorio austríaco, y por tanto todos sus habitantes son destinatarios potenciales de las emisiones. La retransmisión por cable no ampliaría así (según el Tribunal) el círculo de dichos destinatarios potenciales, por lo que no debe abonarse remuneración adicional alguna a los autores austríacos. Estos saben, cuando conceden la licencia a ORF, que sus emisiones son en principio accesibles en todo el país, es un público que ya se ha tenido en cuenta en ese momento.

¹⁴⁴ *Vid.*, el apartado 37 de la sentencia.

¹⁴⁵ *Vid.*, en ese sentido PEGUERA POCH, M., «Hyperlinking under the lens of the revamped right of communication to the public», *cit.*, p. 1.105.

La contradicción en la sentencia es evidente cuando se señala que en el caso de la retransmisión por cable la existencia de una técnica específica es suficiente para dar por cumplido el tercer requisito del test que permite calificar un acto de comunicación como pública¹⁴⁶, para a renglón seguido afirmar que en el caso de ORF es indiferente la nueva técnica porque no tiene acceso a la obra un público nuevo¹⁴⁷, lo que implica afirmar, en realidad, que ambos requisitos tienen que estar presentes¹⁴⁸.

La doctrina se mostró muy crítica con esta acumulación de ambos requisitos, señalando que de acuerdo con los Convenios internacionales no es necesario en rigor ninguno de ellos¹⁴⁹. En efecto, debe tenerse en cuenta que es perfectamente posible que un segundo organismo de difusión retransmita la obra mediante la misma técnica y al mismo público (una emisora de televisión que «piratea» los contenidos de una televisión terrestre, y los retransmite con su propia antena en la misma zona geográfica)¹⁵⁰.

En casos como estos el art. 11 bis.1 (ii) del convenio de Berna exige el permiso del autor: basta por tanto con que la retransmisión la realice un *organismo distinto al de origen*¹⁵¹. Lo mismo ocurre en el art. 8 del TODA: lo único que hace falta para estar ante un acto de comunicación pública es que un organismo distinto del de origen realice una nueva transmisión de la emisión originaria. Estemos o no ante una técnica diferente. Estemos o no ante un público nuevo¹⁵².

¹⁴⁶ *Vid.*, el apartado 26 de la sentencia.

¹⁴⁷ *Vid.*, el apartado 30 de la sentencia.

¹⁴⁸ *Vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Retransmisión de emisiones de programas de radio y televisión a través una red de cable local que permite el acceso a un máximo de 500 abonados: artículos 3.1 y 5.3 o) de la Directiva 2001/29/CE», *cit.*, p. 4 del documento en PDF.

¹⁴⁹ *Vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Retransmisión de emisiones de programas de radio y televisión a través una red de cable local que permite el acceso a un máximo de 500 abonados: artículos 3.1 y 5.3 o) de la Directiva 2001/29/CE», *cit.*, p. 4 del documento en PDF. *Vid.*, en ese sentido también el *Dictamen aprobado por el Comité Ejecutivo de la ALAI el 17 de septiembre de 2014*, *cit.*, p. 19 y MUÑOZ VICO, A., «VCAST contra RTI: ¿Hacia una copia privada en la nube? (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2017, en el asunto C-256/16)», *Pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 57, 2017, p. 56.

¹⁵⁰ *Vid.*, sobre esta cuestión el *Dictamen aprobado por el Comité Ejecutivo de la ALAI el 17 de septiembre de 2014*, p.11.

¹⁵¹ *Vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Retransmisión de emisiones de programas de radio y televisión a través una red de cable local que permite el acceso a un máximo de 500 abonados: artículos 3.1 y 5.3 o) de la Directiva 2001/29/CE», *cit.*, p. 4 del documento en PDF. En el mismo sentido, MUÑOZ VICO, A., «VCAST contra RTI: ¿Hacia una copia privada en la nube? (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2017, en el asunto C-256/16)», *cit.*, p. 55.

¹⁵² No se entiende, en efecto, por qué el autor debe perder el derecho a autorizar la comunicación al público de su obra por un medio técnico específico y diferente, aunque el acto de comunicación se dirija al mismo grupo de destinatarios potenciales. El mero hecho de que un organismo de difusión diferente esté llevando a cabo la explotación de esa nueva modalidad a cambio de un precio es la mejor prueba de que se trata de un posible mercado de explotación de la obra.

Estas críticas parece que han tenido un cierto eco en el Tribunal, que ha dado marcha atrás en cuanto a la exigencia de acumular la «técnica específica» y el «público nuevo» en la sentencia sobre el caso *VCAST*¹⁵³, que corrige tácitamente lo dispuesto en *AKM*.

VCAST pone a disposición de sus clientes través de Internet un sistema de grabación de vídeo en la nube de emisiones de organismos de televisión italianos transmitidas por vía terrestre, entre las que figuran las de la demandante en la instancia, *RTI*. El usuario elige la emisión que quiere grabar en la web de *VCAST* y el sistema capta la señal de televisión mediante sus propias antenas y graba la franja horaria de la emisión seleccionada en el espacio de almacenamiento en la nube indicado por el usuario (*Dropbox*, *Google Drive* o similar)¹⁵⁴.

El TJUE entiende en este caso que hay un acto de comunicación pública por el mero hecho de que la obra se retransmita a través de una técnica específica, de manera que no resulta necesario analizar si también se dirige a un público nuevo¹⁵⁵. Ambos requisitos, por tanto, vuelven a ser alternativos a juicio del Tribunal, dejando *AKM* como una excepción (si se quiere, una más) dentro del aparato conceptual del TJUE en la materia.

IV. ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL CONCEPTO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

1. EL CARÁCTER LUCRATIVO (FINALIDAD COMERCIAL) DE LA COMUNICACIÓN

Junto con los tres elementos que definen de manera esencial el concepto de comunicación pública el Tribunal ha citado en ocasiones también como parte integrante del mismo el «carácter lucrativo» de la comunicación efectuada. Estamos ante un elemento accidental, porque que no es imprescindible para definir el acto de comunicación pública (*Rafael Hoteles*¹⁵⁶, *ITV Broadcasting/TVCatchup*¹⁵⁷), sólo es un elemento más que el Tribunal tiene en cuenta a veces en su análisis de manera muy casuística y poco clara.

Para empezar, la propia terminología utilizada por el Tribunal de Justicia para referirse a él no es totalmente precisa, al menos en español. Así, el TJUE se

¹⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de noviembre 2017, *cít.*

¹⁵⁴ *VCAST* solicita una acción para que se declare que su conducta se ajusta al límite de copia privada del art. 5.2 b) de la Directiva 2001/29. El tribunal señala sin embargo que la aplicación del límite no puede dar cobertura a infracciones de los derechos de autor, y en este caso se está produciendo un acto de comunicación al público de las emisiones de *RTI* en el sentido de art. 3.1 de la Directiva 2001/29.

¹⁵⁵ *Vid.*, los apartados 48 a 50 de la sentencia.

¹⁵⁶ *Vid.*, el apartado 44 de la sentencia.

¹⁵⁷ *Vid.*, el apartado 44 de la sentencia.

refiere en sus sentencias literalmente a si la comunicación tiene «carácter lucrativo», cuando sería más preciso quizá decir, como ocurre en otros idiomas, si la conducta tiene «finalidad comercial»¹⁵⁸.

En todo caso, esta finalidad comercial o lucrativa se basa para el TJUE en elementos puramente objetivos, no depende del *animus* o intención del impulsor de la comunicación. Así, el TJUE ha entendido que concurre la finalidad comercial cuando la comunicación pública se configura como una prestación de servicios adicionales en un establecimiento abierto al público que tiene un impacto favorable en la categoría del mismo (hoteles) o en el atractivo de éste para los clientes (cafés-restaurantes, establecimientos termales, centros de rehabilitación¹⁵⁹), permitiéndoles así atraer a más o mejores clientes. Si la comunicación al público de las obras no funciona como polo de atracción de la clientela, no debe sin embargo ser caracterizada como tal (*Del Corso*¹⁶⁰). Naturalmente, también existe finalidad comercial cuando se paga directamente por el servicio de comunicación por parte de los abonados al mismo (*Airfiel y Canal Digitaal*¹⁶¹).

En cuanto a la valoración que se hace de este elemento por parte del Tribunal de Justicia, puede apreciarse una clara evolución en la jurisprudencia. En un principio el carácter lucrativo era mencionado en los supuestos de comunicación secundaria a través de radio o televisión, o en el caso del establecimiento de enlaces en Internet (*Svensson*), aunque para señalar de manera muy vaga que dicho elemento, aunque no es *determinante* (es decir, no es un elemento esencial del concepto) *no carece de pertinencia*¹⁶² o *no es irrelevante*¹⁶³. Estábamos por tanto ante un indicio más que el TJUE utilizaba cuando lo consideraba conveniente para reforzar la idea de que en una situación concreta se está produciendo un acto de comunicación al público.

Sin embargo, la doctrina advirtió que la finalidad lucrativa de la comunicación no debería servir para definir el concepto, sólo debería ser tenida en cuenta

¹⁵⁸ Así, la expresión «Gewerblicher Charakter» que es la utilizada por el TJUE en alemán (lengua oficial de la mayoría de los procedimientos relacionados con esta cuestión), se ha traducido como «carácter lucrativo» en español o «caractère lucratif», en francés, pero en la versión inglesa se traduce como «profit-making nature». *Vid.*, por ejemplo, la comparativa entre los apartados 63 de las versiones alemana, española, francesa e inglesa de la sentencia de 31 de mayo de 2016, *Reha Training*, *cit.*

¹⁵⁹ *Vid.*, el apartado 63 de la sentencia de 31 de mayo de 2016, *Reha Training*, *cit.*

¹⁶⁰ El Tribunal entiende que en el caso de la consulta del señor *Del Corso* la utilización de las obras no es un servicio complementario encaminado a conseguir mayor clientela, porque los pacientes de dentista «por lo general, no son receptivos a los fonogramas, y no conceden ninguna importancia a esa difusión, de tal modo que ésta no acrecienta el atractivo ni, por tanto, la frecuentación de dicha consulta». *Vid.*, el apartado 99 de la sentencia. Se trata de una conclusión ciertamente discutible y, en todo caso, contradictoria con las sentencias anteriores y posteriores al respecto.

¹⁶¹ *Vid.*, el apartado 80 de la sentencia.

¹⁶² *Vid.*, por ejemplo, las sentencias de *F.A. Premier League y otros* (apartado 204), *Del Corso* (apartado 88); *PPI* (apartado 36), *ITV Broadcasting/TVCatchup* (apartado 42), *GS Media* (apartado 38) y *Filmspeler* (apartado 34).

¹⁶³ *Vid.*, el apartado 49 de la sentencia de *Reha Training*.

para fijar la indemnización o remuneración que debía corresponder al titular del Derecho¹⁶⁴. Estas críticas han sido parcialmente recibidas en el TJUE, que a partir de la sentencia de *Reha Training* señala que el carácter lucrativo del acto de comunicación no sólo es relevante como «prestación de servicios adicional que, si bien carece de todo interés médico, tiene un impacto favorable en la categoría y el atractivo del establecimiento, proporcionándoles así una ventaja competitiva¹⁶⁵», también se debe tener en cuenta para determinar la cuantía de la remuneración asociada al acto de difusión de la obra¹⁶⁶.

Posteriormente, el Tribunal de Justicia añadió en *GS Media* una tercera función a la finalidad comercial del acto de comunicación: determinar el nivel de diligencia exigible a quien enlaza a obras y prestaciones protegidas puestas a disposición del público en Internet sin autorización del titular de los derechos. En este caso la finalidad comercial se integra en el análisis del grado de conocimiento de quien realiza el acto de comunicación al público, como se explica a continuación.

2. EL GRADO DE CONOCIMIENTO DE QUIEN REALIZA EL ACTO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO

Existe un segundo elemento del concepto autónomo de comunicación al público que puede calificarse como accidental, porque aparece en algunos de los supuestos resueltos por el Tribunal de Justicia, pero no en todos. Me estoy refiriendo al grado de conocimiento de quien hace accesible la obra al público, elemento que el TJUE ha utilizado como criterio relevante para definir si hay un acto de comunicación al público en dos niveles distintos del análisis.

2.1. La «intermediación deliberada» en la comunicación

El Tribunal de Justicia ha mencionado en diversas ocasiones que resulta importante verificar si quien realiza el acto de comunicación interviene en dicho proceso de forma *deliberada*, es decir, *con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento*¹⁶⁷ para dar acceso al público a las obras.

En estos casos el TJUE está utilizando el grado de conocimiento de quien comunica como un elemento más de la segunda iteración del concepto de «acto

¹⁶⁴ Vid., en ese sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre la comunicación pública: dos pasos adelante y un paso atrás», *cit.*, p. 3 del documento en formato PDF.

¹⁶⁵ Vid., el apartado 63 de la sentencia.

¹⁶⁶ Vid., el apartado 64 de la sentencia.

¹⁶⁷ Vid., por ejemplo las sentencias de 15 de marzo de 2012, *PPI*, *cit.*, apartados 31 y 36 y *Del Corso*, *cit.*, apartado 82. En ambas sentencias se señala la importancia del «papel ineludible del usuario» cuando interviene con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento para dar a sus clientes acceso a una emisión radiodifundida.

de comunicación» junto con la facilitación del acceso y el papel *ineludible* del impulsor de la comunicación.

Cuando aparece en la jurisprudencia con esta forma el grado de conocimiento del impulsor de la comunicación funciona en la práctica como una especie de *condictio sine qua non*: sin la intervención consciente de quien realiza el acto de comunicación al público los clientes no hubieran podido tener acceso a la obra difundida, o dicho aceseso hubiera sido mucho más difícil¹⁶⁸.

La utilización por parte del TJUE de un elemento puramente subjetivo como es el grado de conocimiento del impulsor de la comunicación para calificar algo que en principio es objetivo (la existencia de un acto de comunicación) tuvo desde el principio dificultades para ser explicado por la doctrina. Lo habitual era señalar que en este caso el requisito buscaba simplemente deslindar conductas activas, conscientes o voluntarias de comunicar la obra al público de actos inconscientes, automáticos o involuntarios¹⁶⁹. Si faltaba esa voluntad *consciente* o intencionada de transmitir la obra a los demás no habría acto de comunicación pública¹⁷⁰.

Es claro por tanto que en esta forma primitiva el conocimiento sólo implica que el impulsor de la comunicación está haciendo la obra accesible al público de manera intencional o voluntaria.

2.2. El conocimiento de la ilicitud del contenido enlazado: GS Media y su crítica

El grado de conocimiento que tiene el impulsor de la comunicación funciona sin embargo de manera muy distinta en los casos sobre enlaces en Internet¹⁷¹, en los que el concepto amplísimo de «acto de comunicación» que maneja el TJUE desde *Svensson* hace necesario introducir ulteriores restricciones para no obstaculizar el normal funcionamiento de la Red. De ahí que el Tribunal de

¹⁶⁸ *Vid.*, las sentencias de los casos *Rafael Hoteles*, *cit.*, apartado 43, *F.A. Premier League*, *cit.*, apartado 195, *Del Corso*, *cit.*, apartado 82.

¹⁶⁹ *Vid.*, en ese sentido RUBÍ PUIG, A., y RAMÍREZ SILVA, P., «El nuevo derecho de acceso (evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público en relación con las actividades que facilitan el acceso a la obra protegida)», *cit.*, p. 53.

¹⁷⁰ Así, por ejemplo, no habría acto de comunicación cuando una persona circula con la radio de su coche a todo volumen, de modo que se pueda escuchar la música a varios metros a su alrededor. No hay en este caso voluntad orientada a hacer la obra accesible al público en el impulsor de la comunicación, aunque efectivamente suceda así.

¹⁷¹ En este tipo de casos el Tribunal ha analizado el requisito del conocimiento en relación con la existencia de un «público nuevo», y no dentro del concepto de «acto de comunicación», lo que resulta ciertamente discutible. En todo caso, en la práctica puede considerarse ya como un elemento con sustantividad propia por la importancia que ha adquirido en los casos de enlaces a contenidos ilícitos en Internet. *Vid.*, también en este sentido RUBÍ PUIG, A., y RAMÍREZ SILVA, P., «El nuevo derecho de acceso (evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público en relación con las actividades que facilitan el acceso a la obra protegida)», *cit.*, p. 43.

Justicia haya decidido «importar» la idea del conocimiento probable o efectivo de la doctrina de la infracción indirecta¹⁷² para aplicarlo al caso de los enlaces a contenidos ilícitos en Internet, utilizando para ello el anclaje (un tanto artificial¹⁷³) que le proporcionaba la referencia al «pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento» en su jurisprudencia anterior.

El *leading case* en este sentido es *GS Media*, en donde por primera vez el Tribunal utiliza el grado de conocimiento de quien establece un enlace a una obra puesta ilegalmente en la red como elemento definidor de si ha llevado a cabo o no un acto de comunicación pública.

En *GS Media* la sociedad demandada (*GS Media BV*) opera un sitio web holandés de «cotilleos» (*GreenStijl*) en el que coloca un enlace a unas fotografías de una sesión que una conocida presentadora de la televisión holandesa (la señora Dekker) hizo para *Playboy*. El enlace dirige a los usuarios a una página web australiana (*Filefactory*) que no cuenta con autorización para llevar a cabo la comunicación al público de la fotografía por parte de los titulares de los derechos en Holanda, una editorial denominada *Sanoma Media Netherlands BV. Sanoma*, junto con la matriz norteamericana de *Playboy* y la propia presentadora a título individual, solicitan la retirada del enlace, a lo que *GS Media* se opone. De hecho, cuando *Filefactory* retira el contenido a petición de *Sanoma*, *GS Media* suministra un segundo enlace a otra página, lo que provoca la interposición de la demanda.

En ella, los actores entendían que el enlace infringía su derecho de comunicación pública en el sentido del art. 3 de la Directiva 2001/29 porque la fotografía estaba en la Red sin el consentimiento de los titulares, a diferencia de lo que ocurría en *Svensson*. Dicha petición es estimada, en lo fundamental, en primera instancia y confirmada en apelación. Interpuesto recurso de casación por *GS Media*, el Tribunal Supremo holandés decide suspender el procedimiento y plantear la correspondiente cuestión prejudicial al TJUE.

El Tribunal de Justicia comienza su sentencia subrayando que estamos ante un supuesto muy distinto al de *Svensson*, puesto que el contenido está disponible en Internet sin la licencia o autorización del titular del derecho de comunicación pública¹⁷⁴. A continuación, se desarrolla un complicado artefacto conceptual que condiciona la existencia del acto de comunicación pública al grado de conocimiento que tiene el proveedor del enlace respecto de la ilegalidad de la

¹⁷² *Vid.*, PEGUERA POCH, M., «Hyperlinking under the lens of the revamped right of communication to the public», *cit.*, p. 1.106.

¹⁷³ Señala Peguera que en *GS Media* el Tribunal se está apartando en realidad de su jurisprudencia anterior, en donde el término «conocimiento» tenía un significado y alcance muy distintos del empleado ahora por el Tribunal. *Vid.*, PEGUERA POCH, M., «Hyperlinking under the lens of the revamped right of communication to the public», *cit.*, p. 1.107.

¹⁷⁴ *Vid.*, el apartado 43 de la sentencia.

puesta a disposición de la obra en Internet: la existencia de un «acto de comunicación» en este caso depende de si quien establece el enlace *sabe o debía saber* que está facilitando el acceso a una obra puesta ilícitamente en la Red.

El Tribunal es consciente de los problemas prácticos que la prueba del conocimiento plantea¹⁷⁵, y decide acudir a un juego de presunciones para determinar qué grado de diligencia es exigible a quien enlaza a un contenido ilegal, diferenciando entre la situación de quien actúa sin ánimo de lucro de la de quien sí tiene dicho ánimo lucrativo.

Así, si estamos ante una persona que actúa sin ánimo de lucro, el Tribunal establece la presunción *iuris tantum* de que dicha persona no conoce que la obra había sido publicada en Internet sin la autorización del titular del derecho de autor¹⁷⁶.

Dicha presunción cesa, sin embargo, cuando se adquiere plena conciencia de que se está dando acceso a una obra puesta en Internet de manera ilícita. Ello ocurrirá, en especial, cuando el titular del derecho ha advertido expresamente a quien está estableciendo el enlace de la ilegalidad de la obra enlazada, como ocurrió en el caso de autos con *GS Media*¹⁷⁷. Así el Tribunal garantiza que los autores tengan siempre la posibilidad de actuar contra quien se niega a eliminar el enlace, tenga o no ánimo de lucro. La mera notificación del titular afectado sirve, por tanto, para poner en conocimiento de quien establece el enlace que está comunicando al público una obra ilícitamente puesta en la red.

La presunción precitada también cesará cuando el vínculo permita a los usuarios eludir medidas de restricción adoptadas por el sitio donde se encuentra la obra protegida con el objetivo de limitar el acceso a la misma únicamente a sus abonados o suscriptores. Entiende el TJUE que en este caso la intervención de quien establece el enlace es esencial para eludir las restricciones impuestas por el titular y facilitar el disfrute de la obra a quienes no podrían, en principio, acceder a ella por no ser abonados¹⁷⁸.

Cuando quien establece el enlace actúa con ánimo de lucro, el Tribunal entiende que debe desplegar las comprobaciones *necesarias* para asegurarse de que la obra no se publicó ilegalmente en la página enlazada¹⁷⁹. Si, tras hacer dichas comprobaciones, aun así decide establecer el enlace, el Tribunal entiende que cabe presumir *iuris tantum* que *sabía o debía saber*¹⁸⁰ que la obra está en la

¹⁷⁵ *Vid.*, el apartado 46 de la sentencia. Señala el Tribunal, por ejemplo, que puede haber una sublicencia, o el contenido del sitio web al que se enlaza puede haber sido modificado después de establecerse el enlace.

¹⁷⁶ *Vid.*, el apartado 47 de la sentencia.

¹⁷⁷ *Vid.*, el apartado 49 de la sentencia.

¹⁷⁸ *Vid.*, el apartado 50 de la sentencia.

¹⁷⁹ *Vid.*, el apartado 51 de la sentencia.

¹⁸⁰ *Vid.*, el apartado 49 de la sentencia.

red de manera no autorizada, concluyendo que en este caso sí existe una comunicación al público en el sentido del art. 3 de la Directiva 2001/29. Parece por tanto que cuando hay ánimo de lucro el TJUE está empleando un criterio de imputación de responsabilidad basado en el dolo o la culpa, lo que implica también establecer un nivel de diligencia mínimo en estos casos¹⁸¹.

La resolución del TJUE en *GS Media* suscitó una fuerte reacción en la doctrina. Una de las primeras objeciones es que la sentencia no proporcionaba instrumentos adecuados para saber qué debe entenderse por «ánimo de lucro»¹⁸². La interpretación más habitual es entender que lo que resulta relevante es si quien establece el enlace lo hace con finalidad comercial o no. Si esto es así, el «ánimo de lucro» es algo puramente objetivo, se trata de determinar si con el establecimiento del enlace se está configurando el sitio web donde está dicho enlace como un polo de atracción de más o mejores clientes, de un modo similar a como ocurre en el caso de la comunicación pública secundaria en establecimientos abiertos al público.

La doctrina ha señalado además que esta finalidad comercial se debe predicar de la actividad económica general de quien enlaza, no de cada uno de los actos individuales de enlazado¹⁸³. Existirá, en especial, cuando el establecimiento de enlaces a contenidos puestos ilegalmente en la Red sea el «modelo de negocio» de la página web en cuestión, utilizándose claramente como mecanismo de atracción de usuarios para generar ingresos de manera indirecta (por ejemplo, a través de publicidad y/o venta de datos personales a terceros). Así lo ha afirmado expresamente el TJUE en el caso *The Pirate Bay/Ziggo* respecto a los ingresos publicitarios.

Con todo, debe advertirse que la realización de una actividad económica o comercial por parte de quien establece un enlace no debe derivar en la aplicación automática de la presunción. Ello será especialmente cierto en los casos de actividades automáticas de enlazado a petición del usuario (buscadores), donde parece más razonable exigir el conocimiento efectivo¹⁸⁴, y no el mero conocimiento presunto, como se hace en *GS Media*¹⁸⁵.

¹⁸¹ *Vid.*, en este sentido PEGUERA POCH, M., «Hyperlinking under the lens of the revamped right of communication to the public», *cit.*, p. 1113.

¹⁸² *Vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Los desnudos de la señora Dekker, Playboy, Internet y la propiedad intelectual». Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 11/2015, p. 3 del documento en formato PDF.

¹⁸³ Así lo señala EVANGELIO LLORCA, R., «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva de los proveedores de enlaces a los efectos de la Ley española de propiedad intelectual», *cit.*, p. 138.

¹⁸⁴ En estos casos en los que resulta irrazonable aplicar de forma automática criterios basados en la existencia de dolo o culpa siempre se tendrá, sin embargo, la obligación de retirar el contenido enlazado tras la notificación del titular afectado, pues desde ese momento el enlazador conoce la ilicitud de dichos contenidos. *Vid.*, en este sentido PEGUERA POCH, M., «Hyperlinking under the lens of the revamped right of communication to the public», *cit.*, p. 1115.

¹⁸⁵ Así lo señalan RUBÍ PUIG, A., y RAMÍREZ SILVA, P., «El nuevo derecho de acceso (evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público en relación con las actividades que facilitan el acceso a la obra protegida)», *cit.*, p. 65.

En segundo lugar, se apunta que el concepto autónomo depende en la práctica de la aplicación de un mecanismo extremadamente casuístico, puesto que habrá que examinar en cada ocasión el juego de tres posibles alternativas: si el contenido está en la red «en abierto» o con algún tipo de medida de restricción de acceso, si el contenido se ha publicado (o no) con el consentimiento del titular del derecho de comunicación al público y si existe o no ánimo de lucro (finalidad comercial). Esto crea un concepto de comunicación al público esencialmente abierto o de «geometría variable», que resulta muy flexible para adaptarse a las circunstancias del caso concreto, pero también muy volátil, en claro perjuicio de la seguridad jurídica en una materia donde pueden derivarse responsabilidades civiles o penales de gran calado¹⁸⁶.

En tercer lugar, se señala¹⁸⁷ que al anudar de manera directa la realización de un acto de comunicación pública con la responsabilidad asociada a la misma se salta un elemento esencial en el diseño legislativo de los derechos de propiedad intelectual en las Directivas comunitarias, y en especial en la Directiva 2001/29, como es la posible presencia de un límite que justifique la conducta de quien establece un enlace¹⁸⁸.

En cuarto lugar, han arreciado las críticas por el hecho de que el Tribunal de Justicia condicione la existencia de un acto de comunicación pública a que se conozca la ilegalidad de los contenidos enlazados¹⁸⁹. Dicho requisito no se encuentra presente en las Directivas existentes en materia de propiedad intelectual¹⁹⁰, ni en ningún Tratado internacional, en donde la infracción de los derechos exclusivos se construye a través de elementos objetivos. Al incluir ahora el elemento subjetivo del conocimiento el Tribunal se estaría arrogando

¹⁸⁶ Así se ha reiterado en múltiples ocasiones en la doctrina. *Vid.*, por ejemplo, SIRINELLI, P., «The Right of communication to the public», *cit.*, p. 91, EVANGELIO LLORCA, R., «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva de los proveedores de enlaces a los efectos de la Ley española de propiedad intelectual», *cit.*, p. 136.

¹⁸⁷ *Vid.*, en ese sentido PEGUERA POCH, M., «Hyperlinking under the lens of the revamped right of communication to the public», *cit.*, p. 1110.

¹⁸⁸ En el apartado 53 de la sentencia el TJUE rechaza la posible aplicación de alguno de los límites al caso sin discutir ni siquiera la cuestión. Señala el Tribunal de Justicia que «A este respecto, debe señalarse en particular que dichos titulares tienen en cualquier circunstancia la posibilidad de informar a tales personas del carácter ilegal de la publicación de su obra en Internet y de actuar contra ellas en el supuesto de que se nieguen a eliminar ese vínculo sin que éstas puedan invocar alguna de las excepciones enumeradas en el mencionado artículo 5, apartado 3».

¹⁸⁹ Ello provoca que parte de la doctrina haya calificado la solución de *GS Media* de «errónea». *Vid.*, en este sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Los desnudos de la señora Dekker, Playboy, Internet y la propiedad intelectual», *cit.*, p. 3 del documento en formato PDF y RUBÍ PUIG, A., y RAMÍREZ SILVA, P., «El nuevo derecho de acceso (evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público en relación con las actividades que facilitan el acceso a la obra protegida)», *cit.*, p. 63.

¹⁹⁰ En la Directiva Antipiratería el art. 13.2 se refiere al grado de conocimiento respecto de la actividad infractora, pero en relación a la cuantía de la indemnización en caso de infracción, no como elemento que defina si hay infracción o no. *Vid.*, en ese sentido PEGUERA POCH, M., «Hyperlinking under the lens of the revamped right of communication to the public», *cit.*, p. 1110.

de forma ilegítima un papel que corresponde según los Tratados al legislador nacional¹⁹¹.

Esta inclusión del grado de conocimiento dentro del concepto autónomo tiene consecuencias de enorme calado, puesto que el TJUE está absorbiendo en el análisis del acto de explotación las consideraciones relativas a si el acto de explotación está autorizado o no (por el autor o por la Ley) y a si existe responsabilidad directa derivada de llevar a cabo dicho acto de explotación¹⁹² o indirecta a través de una mera colaboración en la infracción. Quedan así confundidas y aglutinadas en torno al concepto autónomo de «comunicación al público» como acto de explotación todas las consideraciones relativas a la protección de los autores cuando se establecen enlaces a obras puestas ilícitamente en la Red.

El TJUE es por supuesto consciente de que las reglas generales de atribución de responsabilidad por la infracción directa de derechos de propiedad intelectual no estaban totalmente armonizadas en los distintos Estados miembros. Tampoco lo estaban las reglas de infracción indirecta o por colaboración, que no son competencia en principio de las instituciones de la UE¹⁹³. La armonización del TJUE se hace además a través de un concepto autónomo que no deja margen interpretativo alguno a los tribunales nacionales, y en clara merma de la seguridad jurídica por la utilización de criterios de imputación de responsabilidad que requieren un análisis individualizado de las circunstancias de cada caso.

Con todo, el Tribunal de Justicia ha decidido actuar así por la excepcional importancia de los enlaces para el funcionamiento normal y eficiente de Internet. El TJUE ha querido por tanto evitar posiciones maximalistas en las distintas legislaciones nacionales, que entendieran que todos los enlaces están condicionados a la autorización del autor o que todos ellos se podían hacer

¹⁹¹ *Vid.*, en ese sentido, por ejemplo, EVANGELIO LLORCA, R., «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva de los proveedores de enlaces a los efectos de la Ley española de propiedad intelectual», *cit.*, p. 136. Entendiendo que es el legislador comunitario quien debe llevar a cabo esta tarea, *vid.*, APARICIO VAQUERO, J.P., «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de septiembre de 2016, asunto C-160/15/GS Media BV vs. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc. y Britt Geertruida Dekker», en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, 2017, p. 315. Señalando la invasión de competencias del legislador nacional, RUBÍ PUIG, A., y RAMÍREZ SILVA, P., «El nuevo derecho de acceso (evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público en relación con las actividades que facilitan el acceso a la obra protegida)», *cit.*, p. 68.

¹⁹² *Vid.*, RUBÍ PUIG, A., y RAMÍREZ SILVA, P., «El nuevo derecho de acceso (evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público en relación con las actividades que facilitan el acceso a la obra protegida)», *cit.*, p. 71.

¹⁹³ *Vid.*, en un sentido similar GINSBURG, J.C., «The Court of Justice on the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v. Filmpeeler [C-527/15] (2017) y Brein v. Ziggo [C-610/15] (2017)», *Columbia Public Law & Legal Theory Paper* # 14-557 (2017), disponible en https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2053, p. 1 del documento en formato PDF.

libremente¹⁹⁴, aunque el precio pagado en términos de corrección dogmática y seguridad jurídica haya sido muy elevado.

2.3. Evolución posterior de la jurisprudencia

El TJUE aplicó la idea pergeñada en *GS Media* de que el grado de conocimiento de la ilicitud del contenido es relevante en los casos de enlaces en la sentencia del caso *Filmspeler*, en un supuesto en donde se comercializaba a través de Internet un equipo de reproducción multimedia (que da nombre al caso) que tenía preinstaladas extensiones que incluían enlaces que permitían al comprador que pinchaba en ellos disfrutar de obras y prestaciones protegidas audiovisuales que estaban, en su inmensa mayoría, disponibles ilícitamente en la Red.

El TJUE entiende que el aparato permite el acceso a obras publicadas ilícitamente en Internet a un número indeterminado y considerable de personas (los potenciales compradores) y que la comercialización del mismo se hace con ánimo de lucro y, en consecuencia¹⁹⁵, con pleno conocimiento de las consecuencias de dicho comportamiento para los titulares de derechos¹⁹⁶. Se subraya también que en la propia publicidad del aparato se hacía ostentación de que permitía visualizar contenidos «subidos» a internet de manera ilícita. El Tribunal no analiza sin embargo en esta sentencia el grado de conocimiento dentro del concepto de acto de comunicación, ni aplica estrictamente la presunción de conocimiento en caso de provisión de enlaces con ánimo de lucro, se limita a afirmar sin más que dicho ánimo de lucro existe y que ello implica un pleno conocimiento de las consecuencias de la conducta de vender el reproductor.

En *The Pirate Bay/Ziggo*, como ya se ha adelantado, se analiza el caso la plataforma de intercambio *TPB*, que indexa y suministra enlaces que son utilizados

¹⁹⁴ Se trata ésta de una aproximación que también ha utilizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en ya citado caso de *Magyar Jeti ZRT contra Hungría*, en donde el Tribunal condena a Hungría por utilizar un criterio de imputación objetiva de responsabilidad en el caso de enlaces a contenidos difamatorios. El TEDH señala específicamente que el Convenio exige utilizar en el caso de los enlaces un estándar de responsabilidad subjetivo, de manera que sólo quepa imputar la responsabilidad a quien conozca o deba razonablemente conocer el carácter difamatorio del contenido enlazado. *Vid.*, los apartados 81 y 82 de la sentencia, así como el apartado 20 del voto particular del Juez Pinto de Alburquerque.

¹⁹⁵ *Vid.*, el apartado 50 de la sentencia, en donde se señala que «En el caso de autos, ha quedado acreditado que la venta del reproductor multimedia «filmspeler» se llevó a cabo con pleno conocimiento del hecho de que las extensiones que contenían hipervínculos preinstalados en dicho reproductor permitían acceder a obras ilegalmente publicadas en Internet».

¹⁹⁶ El Tribunal señala también que no cabe entender que el demandado se limitaba a poner en el mercado meras instalaciones materiales para facilitar o efectuar la comunicación al público (considerando 27 de la Directiva 2011/29) porque las extensiones preinstaladas en el reproductor permitían acceder directamente a obras pirateadas en sitios de Internet de difícil localización. También descarta la aplicación del límite del art. 5.1 de la Directiva 2001/29, porque dicho límite sólo puede jugar en el caso de que exista una utilización lícita de la obra, lo que no sucede en el presente caso.

por los usuarios de distintos programas P2P para el intercambio ilícito de obras y prestaciones protegidas¹⁹⁷. El usuario accede al índice que se encuentra en el sitio web de *TPB* y pincha en el enlace de la obra a la que desea acceder. Con ello se inicia automáticamente el proceso de descarga a través del cliente P2P que el usuario tiene instalado en su ordenador. La obra no se encuentra, sin embargo, en los servidores de *TPB*, sino en las carpetas públicas de todos los usuarios conectados a la red P2P en ese momento. Así, los usuarios *suben* y *bajan* archivos de forma simultánea, permitiendo que el sistema de intercambio funcione.

La demandante (*Stichting Brein*) es una fundación encargada de la defensa de los derechos de autor en Holanda, que solicita a dos prestadores de acceso de aquel país (*Ziggo* y *X4ALL*) que bloqueen el acceso a los nombres de dominio y direcciones IP de la «plataforma». No estamos por tanto ante una acción de responsabilidad, sino ante una acción de cesación que se ejercita frente a un intermediario.

El Tribunal Supremo holandés remite la cuestión prejudicial al TJUE para aclarar si el concepto de comunicación pública del art. 3.1 de la Directiva 2001/29 incluye la puesta a disposición en Internet de una plataforma que se limita indexar metadatos (ficheros *torrent*) relativos a obras protegidas y suministrar un motor de búsqueda que permite a los usuarios localizar dichas obras e intercambiarlas a través de programas *peer-to-peer*.

El TJUE, como ya adelantamos, amplía de manera notable el concepto de «acto de comunicación» para incluir conductas como la puesta a disposición en Internet y ulterior gestión de una plataforma de intercambio de archivos P2P.

Pero lo más relevante de la sentencia de *The Pirate Bay/Ziggo* es que parece que el Tribunal ha decidido volver a incluir el grado de conocimiento de quien lleva el acto de comunicación pública en el análisis de si hay o no «acto de comunicación», volviendo a la rescatar la idea del «pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos» de la segunda iteración del concepto de comunicación pública (*PPI/Del Corso*).

En efecto, en el apartado 34 de la sentencia se señala literalmente que «*Por lo tanto, de esta jurisprudencia cabe deducir que, en principio, cualquier acto mediante*

¹⁹⁷ El TJUE describe con gran precisión el proceso técnico del funcionamiento de la red P2P en el apartado 10 de su sentencia: «Los usuarios (denominados “seeders” o “sembradores”) que deseen poner un fichero que se encuentre en su ordenador a disposición de otros usuarios (denominados “leechers” o “sanguijuelas”) deben crear un fichero torrent con la ayuda de su cliente-BitTorrent. Los ficheros torrents remiten a un servidor centralizado (denominado “tracker” o “rastreador”) que identifica los usuarios disponibles para intercambiar un fichero torrent determinado y el fichero multimedia subyacente. Los seeders suben (upload) esos ficheros torrents a una plataforma de intercambio en línea como *TPB*, que a continuación los indexa para que los usuarios de la plataforma de intercambio en línea puedan encontrarlos y para que las obras a las que reenvían esos ficheros torrents puedan descargarse (download) en los ordenadores de los usuarios en varios fragmentos, a través de su cliente-BitTorrent».

el que un usuario proporcione a sus clientes, con pleno conocimiento de causa, acceso a obras protegidas puede constituir un “acto de comunicación” en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29» (el énfasis es propio).

A partir de dicho concepto de acto de comunicación era claro que los operadores de *TPB* sabían o debían saber que dirigían a los usuarios a obras puestas ilícitamente en Internet: fueron informados de forma fehaciente en numerosas ocasiones por los titulares de la existencia en su sistema de enlaces a obras compartidas ilegalmente en redes P2P¹⁹⁸. El TJUE señala además que los actos de comunicación que lleva a cabo *TPB* se han realizado con finalidad comercial, puesto que se obtienen ingresos publicitarios gracias a los enlaces. De ahí que el Tribunal concluya que los administradores de la plataforma han llevado a cabo un acto de comunicación al público en el sentido del art. 3.1 de la Directiva 2001/29¹⁹⁹.

Si la jurisprudencia de *The Pirate Bay/Ziggo* se consolidara en el futuro, el grado de conocimiento del impulsor de la comunicación volvería ser un elemento central del concepto autónomo de comunicación pública a través de su integración en el concepto de «acto de comunicación». Estaríamos por tanto ante el resurgimiento de la segunda iteración del concepto, como ya apuntamos antes.

Pero, de momento, sólo podemos constatar que en la única sentencia que el TJUE ha dictado después de *TPB*, la del caso *Renckhoff*, el TJUE vuelve a una definición puramente objetiva de «acto de comunicación» como «facilitación del acceso», que no menciona para nada el grado de conocimiento de quien comunica al público la obra.

Es interesante reseñar a estos efectos que el TJUE menciona en *Renckhoff*²⁰⁰ como jurisprudencia vigente acerca del concepto de «acto de comunicación» la de la sentencia de *The Pirate Bay/Ziggo*, pero haciendo referencia al apartado 31 de dicha sentencia (que es donde el TJUE recapitula su jurisprudencia previa en la materia, que no incluye el grado de conocimiento como requisito esencial del concepto de «acto de comunicación»), y no al apartado 34 (que es donde se incluye la referencia al «pleno conocimiento de causa» como elemento esencial del concepto de «acto de comunicación»).

Ello sugiere que la inclusión del grado de conocimiento del impulsor de la comunicación en la definición de si existe o no «acto de comunicación» va a seguir estando confinada a supuestos aislados, en donde el TJUE quiere subrayar que estamos ante conductas claramente dolosas.

¹⁹⁸ *Vid.*, el apartado 45 de la sentencia.

¹⁹⁹ Resulta peculiar que el TJUE analice estos factores al hilo de la presencia o ausencia de un «público nuevo». Se trata de una inconsistencia más del Tribunal con su propia doctrina, pues es evidente que en el caso de enlaces a contenidos ilícitos cualquier público al que se comunica la obra no ha sido tenido en cuenta por el autor cuando suministró la licencia inicial.

²⁰⁰ *Vid.*, el apartado 20 de la sentencia.

V. LA COORDINACIÓN DEL «CONCEPTO EXPANDIDO» DE COMUNICACIÓN PÚBLICA CON LAS REGLAS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD A PRESTADORES DE ALOJAMIENTO Y PROVEEDORES DE ENLACES

Para concluir nuestro trabajo debemos anotar que queda pendiente de resolver la relación de este «concepto expandido» de comunicación al público creado por el TJUE con los distintos mecanismos que hay en la legislación europea y nacional para imputar responsabilidad penal²⁰¹, civil o administrativa²⁰² a quien establece un enlace a contenidos ilegales con base en la doctrina de la responsabilidad indirecta o por colaboración.

A nivel europeo resultan especialmente relevantes los «puertos seguros» de los arts. 12 a 14 de la Directiva de Comercio Electrónico²⁰³, reglas que ahora deberán coordinarse con la armonización que ha hecho el TJUE al señalar que determinadas formas de enlazado, venta de reproductores o gestión de plataformas *on-line* implican llevar a cabo un acto de comunicación pública. Este tipo de conductas llevarían aparejada la calificación de infracción indirecta o por colaboración en muchos Estados miembros²⁰⁴, y sin embargo ahora tienen que tratarse como casos de infracción directa. Ello obligará en el futuro a coordinar las reglas de responsabilidad específicas en materia de propiedad intelectual (incorporadas en el Derecho de la UE por la vía indirecta del concepto autónomo de comunicación pública) no sólo con dichos «puertos seguros», sino también con el art. 15 de la DCE²⁰⁵ y con lo dispuesto en el art. 17 de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital²⁰⁶, si es que ésta es finalmente aprobada.

²⁰¹ Así, desde el punto de vista penal, la reforma introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, modificó el tenor del art. 270.2 del Código Penal para imponer una pena de prisión de seis meses a cuatro años a los operadores de páginas de enlaces que ofrezcan «listados ordenados y clasificados de enlaces» a las obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual siempre que se den ciertas condiciones (que se tenga ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, en perjuicio de tercero, y que el acceso a las obras se facilite de modo activo y no neutral).

²⁰² Se trata del procedimiento de restablecimiento de la legalidad ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual previsto por el art. 195.2 b) de la LPI.

²⁰³ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

²⁰⁴ Así lo señala PEGUERA POCH, M., «Hyperlinking under the lens of the revamped right of communication to the public», *cit.*, p. 1109.

²⁰⁵ Así lo señalan RUBÍ PUIG, A., y RAMÍREZ SILVA, P., «El nuevo derecho de acceso (evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público en relación con las actividades que facilitan el acceso a la obra protegida)», *cit.*, p. 79.

²⁰⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital (COM/2016/0593 final - 2016/0280 (COD). En el momento de publicar estas líneas el Parlamento Europeo había aprobado la Propuesta, quedando pendiente de su aprobación definitiva por el Consejo Europeo.

Así, puede ser una buena oportunidad para ello una cuestión prejudicial planteada por el BGH que actualmente se encuentra pendiente de resolución, la de si la plataforma de intercambio de videos *YouTube* lleva a cabo actos de comunicación al público en el sentido del art. 3 de la Directiva 2001/29²⁰⁷, y si lo hace sabiendo o debiendo saber que con ello se produce en algunos casos la infracción de los derechos de propiedad intelectual de terceros. El BGH ha planteado además una cuestión muy similar respecto de un prestador de alojamiento masivo de datos de terceros (*sharehosting*), en el caso *Elsevier*²⁰⁸.

En España la cuestión será especialmente relevante en el campo civil, donde se produce un cierto solapamiento entre la regla del art. 138.II LPI y la doctrina del TJUE, y, a su vez, entre ambas y la exención de responsabilidad para los intermediarios por el suministro de enlaces a contenidos ilícitos prevista en el art. 17 LSSI.

En un primer momento parece razonable entender que en la medida en que se considere que hay una infracción directa del derecho exclusivo mediante la realización de un acto de comunicación pública carecerá de sentido preguntarse si hay responsabilidad indirecta o por colaboración²⁰⁹, por lo que no serían aplicables los «puertos seguros» de la LSSI.

En el caso concreto del art. 17 LSSI lo que ocurrirá es que quien establece el enlace no es ya un «intermediario» que puede estar infringiendo el derecho de comunicación pública de forma indirecta o por colaboración, sino un «proveedor de contenidos», que está comunicando al público la obra precisamente a través del enlace²¹⁰. Serán situaciones similares a la de *The Pirate Bay/Ziggo*, en donde se lleva a cabo un acto de comunicación pública que impide calificar a la plataforma como un intermediario. Es claro además que en estos casos el enlazador tiene siempre conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos enlazados, ya que precisamente el conocimiento sobre dicha ilicitud es uno de los requisitos que exige el TJUE en este tipo de casos para considerar que se ha perfeccionado un acto de comunicación pública²¹¹.

²⁰⁷ Asunto C-682/2018 (caso *YouTube*).

²⁰⁸ Asunto C-683/18 (caso *Elsevier*)

²⁰⁹ *Vid.*, en ese sentido, EVANGELIO LLORCA, R., «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva de los proveedores de enlaces a los efectos de la Ley española de propiedad intelectual», *cit.*, p. 157.

²¹⁰ Así lo señala EVANGELIO LLORCA, R., «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva de los proveedores de enlaces a los efectos de la Ley española de propiedad intelectual», *cit.*, p. 148.

²¹¹ La doctrina ha señalado, sin embargo, que los «puertos seguros» de la Directiva de Comercio Electrónico aún pueden tener un ámbito de aplicación en el caso de páginas en las que los enlaces sean subidos de forma íntegra por los usuarios. En este caso quienes estarían llevando a cabo los actos de comunicación al público serían los usuarios, y si el titular de la página se comporta de forma pasiva, técnica o neutral (de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva de Comercio Electrónico) podría aún beneficiarse del puerto seguro. *Vid.*, en ese sentido, PEGUERA POCH, M., «Hyperlinking under the lens of the revamped right of communication to the public», *cit.*, p. 1111.

Una situación muy similar a la de *The Pirate Bay/Ziggo* ha sido resuelta en España por la sentencia de la AP de La Coruña (Sección 4ª) de 29 de diciembre de 2018²¹², en donde la AP aplica la doctrina de *GS Media*, *Filmspeler* y *TPB* a la página de enlaces *RojaDirecta.com*. Se señala que estamos ante un acto de comunicación pública, que dicho acto se dirige a un público nuevo (que no está abonado a la plataforma de televisión de pago demandante), que los enlaces se llevan a cabo con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento y que existe ánimo de lucro a través de los ingresos que la página recibía por publicidad de distintas casas de apuestas. La AP señala también que *Rojadirecta.com* no puede beneficiarse de la exención de responsabilidad prevista en el art. 17 LSSI porque no podía razonablemente ignorar que con su conducta estaba lesionando los derechos de terceros.

Así lo ha entendido también la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) 4 de diciembre de 2017²¹³, respecto de la página de enlaces *Sharemula*²¹⁴. La AP de Madrid, citando la doctrina del TJUE sobre la materia, entiende que los administradores de la página actúan con ánimo de lucro, y, por tanto (de acuerdo con la presunción de *GS Media*) con pleno conocimiento de que las obras enlazadas se encuentran ilícitamente en Internet, al menos en la mayoría de los casos.

En todo caso, interesa resaltar que tanto la vía del art. 138.II LPI como la del art. 17 LSSI afrontan el problema en la legislación española desde la perspectiva adecuada, la de la imputación de responsabilidad a quien colabora con su conducta en la generación de un daño extracontractual. Es precisamente la ausencia de normas de responsabilidad por infracción indirecta en las Directivas de propiedad intelectual o en la Directiva de Comercio Electrónico la que ha provocado que el TJUE haya deformado el concepto de comunicación pública para extenderlo al caso de la provisión de enlaces a obras y prestaciones protegidas puestas ilícitamente en la Red.

VI. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, el Tribunal de Justicia de la UE ha construido en su jurisprudencia una definición de «comunicación al público» como concepto autónomo

²¹² La sentencia resuelve el recurso de apelación a la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de La Coruña de 1 de febrero de 2017 (ES:JMC:2017:5). La sentencia de apelación, en el momento de redactar estas líneas, no se había incluido aún en los repertorios jurisprudenciales.

²¹³ ES:APM:2017:14093.

²¹⁴ La página basaba sus ingresos exclusivamente en el suministro de enlaces a obras y prestaciones protegidas, aunque cesó en su actividad en 2011. En este caso la existencia o no de acto de comunicación pública era decisiva en la vía civil, pues no era de aplicación al caso el artículo 138 II LPI en la redacción otorgada por la Ley 21/2014, al resultar su entrada en vigor posterior a la fecha de interposición de la demanda.

de las Directivas 2001/29 y 2006/115 que se caracteriza por ser esencialmente abierta, indeterminada y adaptable a las circunstancias del caso. Pese a ello, dicho concepto sí tiene un «núcleo esencial» que admite ser sistematizado dogmáticamente, como se hace en el presente trabajo, distinguiendo entre sus características generales, sus elementos estructurales y sus elementos accidentales u ocasionales.

En especial, respecto de sus elementos esenciales, hemos visto cómo el concepto de «acto de comunicación» se ha bifurcado en la práctica jurisprudencial en dos versiones o iteraciones fundamentales, la «comunicación por transmisión», que se utiliza por el Tribunal en supuestos de comunicación sin interactividad (sea o no a través de Internet) y la «comunicación por puesta a disposición», que es una versión expansiva o ampliada concebida para los casos de puesta a disposición interactiva, tanto a través de enlaces como en páginas o sitios web. EL TJUE ha recurrido también en ocasiones a una tercera versión del concepto que integra en el análisis del concepto de «acto de comunicación» el grado de conocimiento del impulsor de la misma.

Hemos señalado también cómo el Tribunal de Justicia ha definido el concepto de «público» a través de una referencia a un número de personas *indeterminado y considerable*, no sin algunos vaivenes en las diferentes sentencias. También hemos señalado cómo el concepto de «público nuevo» ha mutado en su función a través del tiempo: de argumento para justificar el carácter público de un acto de comunicación ha pasado a ser, a partir de la sentencia del caso *Svensson*, un tercer requisito que define el propio concepto, de manera alternativa al de la utilización de una técnica específica para llevar a cabo el acto de comunicación.

Por último, hemos visto respecto de lo que hemos denominado como *elementos accidentales* del concepto que el Tribunal ha prestado especial atención al carácter lucrativo o la finalidad comercial del acto de comunicación y al grado de conocimiento que tiene quien realiza el acto de comunicación acerca de la ilicitud de su conducta, elemento especialmente determinante en el caso de la provisión de enlaces a obras ilícitas en Internet. De esta manera se está integrando en el concepto autónomo de forma encubierta un análisis sobre la responsabilidad de quien establece enlaces a contenidos ilegales en Internet.

Ello lleva aparejado necesariamente la necesidad de que, en un futuro, el Tribunal deba coordinar su jurisprudencia sobre las exenciones de responsabilidad de los intermediarios de la Directiva de Comercio Electrónico (basadas en la idea de conocimiento efectivo y reacción diligente) con el concepto autónomo «subjetivo» de comunicación al público que ha definido para las Directivas 2001/29 y 2006/115.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO VAQUERO, J.P., «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de septiembre de 2016, asunto C-160/15/GS Media BV vs. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc. y Britt Geertruida Dekker», en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, 2017.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., «Más sobre el derecho de comunicación pública», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2016, BIB 2017/2107.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Copias privadas en la nube y comunicación pública», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2018, BIB 2018/6530.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre la comunicación pública: dos pasos adelante y un paso atrás», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2016, BIB 2016/80466.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Lecciones de Derecho Comunitario al hilo de la propiedad intelectual», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2014, BIB 2014/967.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Los desnudos de la señora Dekker, Playboy, Internet y la propiedad intelectual», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2015, BIB 2016/85672.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Retransmisión de emisiones de programas de radio y televisión a través una red de cable local que permite el acceso a un máximo de 500 abonados: artículos 3.1 y 5.3 o) de la Directiva 2001/29/CE», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 104, 2017.
- BONDÍA ROMÁN, F., «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, núm. 3, 2006.
- CARBAJO CASCÓN, F., «Enlaces de prensa (press linking): entre la flexibilización y la regulación del derecho de autor en la era digital», *Pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 47, 2014.
- CASAS VALLÉS, R., «La comunicación pública en el entorno digital: el derecho de puesta a disposición», en VV.AA., *La Obra Audiovisual en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson-Aranzadi, 2008.
- EVANGELIO LLORCA, R., «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva de los proveedores de enlaces a los efectos de la Ley española de propiedad intelectual», en *Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual* (Moreno Martínez, J.A., Coord), Dykinson, Madrid, 2017.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Propiedad Intelectual en Internet: el derecho a establecer enlaces en la world wide web», *Pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 1, 1999.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor en Internet*, Comares, Granada, 2ª edición, 2003.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «La puesta a disposición de obras y prestaciones protegidas por quien no tiene la autorización de los titulares de derechos de propiedad cuando previamente se ha hecho accesible dicha obra en Internet», *La Ley Unión Europea*, Núm. 64, 2018.
- GINSBURG, J.C., «The Court of Justice on the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v. Film-speler [C-527/15] (2017) y Brein v. Ziggo [C-610/15] (2017)», *Columbia Public Law & Legal Theory Paper # 14-557* (2017).
- GONZÁLEZ CABRERA, I., «¿Son actos de comunicación pública la emisión de obras protegidas en las clínicas privadas?», *Pe. i. (Revista de propiedad intelectual)*, núm. 37, 2011.

- GOTZEN, F., «Comment mieux harmoniser ou unifier le droit d'auteur dans l'Union Européenne», *Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)*, núm. 252, 2017.
- MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones de derechos de autor y derechos conexos en el ámbito digital», *Pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm., 13, 2003,
- MUÑOZ VICO, A., «VCAST contra RTI: ¿Hacia una copia privada en la nube? (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2017, en el asunto C-256/16)», *Pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 57, 2017.
- PEGUERA POCH, M., «Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas», *Pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 42, 2012.
- PEGUERA POCH, M., «Hyperlinking under the lens of the revamped right of communication to the public», *Computer Law and Security Review*, núm. 34, 2018.
- RAMÍREZ SILVA, P., «Webs de enlaces y propiedad intelectual», *InDret*, núm. 2/2012.
- RAMÍREZ SILVA, P., «Los últimos retales del derecho de comunicación al público de obras protegidas en Internet», *La Ley Mercantil*, núm. 51, octubre 2018.
- RIVAS PRIETO, P., «El concepto de comunicación al público del TJUE: los criterios que informan los asuntos Del Corso y Phonographic Performance», en *Pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 43, 2013.
- RUBÍ PUIG, A., Y RAMÍREZ SILVA, P., «El nuevo derecho de acceso (evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público en relación con las actividades que facilitan el acceso a la obra protegida)», *Pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 58, 2018.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., «Enlazadores y pseudoenlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2012, BIB 2012/1269.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., «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]», *Pe.i, Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 46, 2014.
- SANJUÁN RODRIGUEZ, N., «El network PVR. Un nuevo reto para la propiedad intelectual», en *Pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 52, 2016.
- SIRINELLI, P., «The Right of communication to the public», *RIDA*, núm. 256, 04-2018.