

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 OBRAS PROTEGIDAS)

por Antoni RUBÍ PUIG
Profesor Agregado de Derecho Civil
Universitat Pompeu Fabra
y Pablo RAMÍREZ SILVA
Abogado y Profesor Asociado de Derecho Civil
Cuatrecasas / Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN:

Durante los últimos años, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido que pronunciarse en varias ocasiones sobre el concepto del derecho de comunicación al público. En esta jurisprudencia, originada en el asunto *SGAE*, rescatada años más tarde en *Svensson*, consolidada a continuación en *GS Media y Filmspeler*, y expandida en *The Pirate Bay*, el Tribunal ha prescindido de requerir un acto de transmisión técnica de obras como parte indispensable del derecho de comunicación al público, al que concibe como un genuino «derecho de acceso»: así, cualquier intervención que facilite, permita o coadyuve decisivamente a que los usuarios que integran el público accedan a una determinada obra protegida puede llegar a comportar un acto de comunicación. Hay variaciones en los diferentes criterios y elementos empleados para identificar que un determinado acto puede ser controlado por el titular del derecho de comunicación al público y en el entendimiento de cómo interactúan entre ellos: las sentencias del TJUE en los asuntos referidos han ido definiendo los contornos del derecho de un modo asistemático, descoordinado y no siempre coherente. Nuestro objetivo, en este trabajo, es facilitar al lector el acceso a esta jurisprudencia del TJUE. Para ello, intentamos ofrecer una interpretación sistemática de los criterios empleados y de la relación entre ellos, así como una discusión crítica de los problemas que plantea una comprensión del derecho de comunicación al público como un derecho de acceso.

PALABRAS CLAVE: Derecho de comunicación al público, derecho de acceso, TJUE, hiperenlaces, redes p2p.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ORÍGENES DEL DERECHO DE ACCESO: LA STJUE 7.12.2016, ASUNTO C-306/05, *SGAE V. RAFAEL HOTELES S.A.* 1. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO COMO DERECHO DE ACCESO. 2. PRECEDENTES EN EL ENTENDIMIENTO DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO COMO DERECHO DE ACCESO. III. EL RESCATE DEL DERECHO DE ACCESO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE A PROPÓSITO DE LAS ACTIVIDADES DE *LINKING*. 1. STJUE 13.2.2014, ASUNTO C-466/12, *SVENSSON*. 2. STJUE 8.9.2016, ASUNTO C-160/15, *GS MEDIA*. 3. STJUE 26.4.2017, ASUNTO C-527/15, *FILMSPELER*. IV. LA CONSOLIDACIÓN DEFINITIVA DEL NUEVO DERECHO DE ACCESO: LA STJUE 14.6.2017, ASUNTO C-610/15, *THE PIRATE BAY*. 1. INTRODUCCIÓN. 2. HECHOS DEL CASO. 3. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL. 4. LA STJUE 14.6.2017. V. RECOPIACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL NUEVO DERECHO DE ACCESO CONFORME A LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. 1. LAS NOTAS GENERALES DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO Y LA CONFIGURACIÓN DE SUS ELEMENTOS. 2. EL «ACTO DE COMUNICACIÓN». 2.1. *La intervención para proporcionar acceso*. 2.2. *El carácter ineludible (sic) o indispensable de la intervención*. 2.3. *La naturaleza deliberada de la intervención*. 3. EL «PÚBLICO». 3.1. *Número de personas indeterminado pero considerable*. 3.2. *Público nuevo: no considerado por el titular*. 3.3. *Público que accede por medio de una técnica específica*. 4. EL CONOCIMIENTO O LA POSIBILIDAD DE CONOCER EL CARÁCTER ILÍCITO DE LA OBRA. 4.1. *¿Parte del «acto de comunicación», del «público nuevo» o elemento autónomo?* 4.2. *¿Presunto, efectivo o innegable?* VI. CRÍTICAS Y REFLEXIONES EN TORNO AL NUEVO DERECHO DE ACCESO DERIVADO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. 1. EL TJUE COMO LEGISLADOR DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO. 2. EL ESCASO RIGOR TÉCNICO DEL TJUE: CONFUSIÓN ENTRE ACTO DE EXPLOTACIÓN, ILICITUD Y RESPONSABILIDAD (PRIMARIA Y SECUNDARIA). 3. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DEL TJUE A ENLAZADORES MASIVOS Y A OTRAS PLATAFORMAS ONLINE QUE FACILITAN EL ACCESO A GRANDES CANTIDADES DE OBRAS Y OTRAS PRESTACIONES PROTEGIBLES. 4. COMPATIBILIDAD CON LA DIRECTIVA 2000/31. 5. MEDIDAS CONTRA INTERMEDIARIOS. 6. *¿LOS NUEVOS CRITERIOS SENTADOS POR EL TJUE SON APLICABLES A CUALQUIER ACTO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO?* (CUESTIÓN PREJUDICIAL C-161/17).

TITLE: THE NEW RIGHT OF ACCESS (Evolution of the CJEU's case law on the communication to the public right regarding activities that facilitate access to protected works).

ABSTRACT: During the last years, the Court of Justice of the European Union has had to decide on the notion of the right of communication to the public in several occasions. In its case law, originated in the *SGAE* case, reinstated years later in *Svensson*, crystalized in *GS Media* and *Filmspelers*, and finally expanded in *The Pirate Bay*, the Court does not require an act of technical transmission of works as an indispensable element of the right of communication to the public which is now conceived of as a genuine «right of access»: any intervention that facilitates, allows or decisively contributes to facilitate access to a protected work to the public can potentially involve an act of communication. There are variations in the different criteria and elements used to identify that a certain act can be controlled by the right holder and in the understanding of how they interact with each other: the judgments rendered by the CJEU in the referred cases have defined the contours of the right of communication to the public in a non-systematic, uncoordinated and not always coherent way. Our goal, in this article, is to facilitate access to this CJEU's case law to readers. With this aim, we offer a systematic interpretation of the criteria used and their relationships, as well as a critical discussion of the problems that an understanding of the right of communication to the public as a right of access poses.

KEY WORDS: Right of communication to the public, right of access, CJEU, hyperlinking, p2p networks.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. THE ORIGINS OF THE RIGHT OF ACCESS: JCJEU 7.12.2016, CASE C-306/05, *SGAE V. RAFAEL HOTELES S.A.* 1. THE RIGHT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC AS A RIGHT OF ACCESS. 2. PRECEDENTS ON THE UNDERSTANDING OF THE RIGHT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC AS A RIGHT OF ACCESS. III. THE REINSTATEMENT OF THE RIGHT OF ACCESS IN THE CJEU'S CASE LAW CONCERNING LINKING ACTIVITIES. 1. JCJEU 13.2.2014, CASE C-466/12, *SVENSSON*. 2. JCJEU 8.9.2016, CASE C-160/15, *GS MEDIA*. 3. JCJEU 26.4.2017, CASE C-527/15, *FILMSPELER*. IV. THE FINAL CONSOLIDATION OF THE NEW RIGHT OF ACCESS: JCJEU 14.6.2017, CASE C-610/15, *THE PIRATE BAY*. 1. INTRODUCTION. 2. FACTS OF THE CASE. 3. THE OPINION OF THE ADVOCATE GENERAL. 4. JCJEU 14.6.2017 V. REVIEWING THE ELEMENTS OF THE NEW RIGHT OF ACCESS ACCORDING TO THE LAST CJEU'S CASE LAW. 1. GENERAL NOTES ON THE RIGHT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC AND THE CONFIGURATION OF ITS ELEMENTS. 2. THE "ACT OF COMMUNICATION". 2.1. *The*

intervention to provide access. 2.2. The unavoidable (sic) or indispensable role of the intervention. 2.3. The deliberate nature of the intervention. 3. THE “PUBLIC”. 3.1. Undetermined but considerable number of persons. 3.2. New public: not taken into account by the copyright holders. 3.3. Public accessing through specific technical means. 4. KNOWLEDGE OR POSSIBILITY OF KNOWING THE ILLEGAL NATURE OF THE WORK. 4.1. Part of the “act of communication”, of the “new public” or an independent element? 4.2. Constructive, effective or undeniable?. VI. ANALYSIS ON THE NEW RIGHT OF ACCESS ARISING FROM THE CJEU CASE LAW. 1. THE CJEU AS LEGISLATOR OF THE RIGHT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC. 2. THE CJEU’S DEFICIENT TECHNICAL RIGOUR: CONFUSION BETWEEN ACT OF EXPLOITATION, UNLAWFULNESS AND (PRIMARY AND SECONDARY) LIABILITY. 3. APPLICATION OF THE CJEU CRITERIA TO MASSIVE LINKING PROVIDERS AND OTHER ONLINE PLATFORMS THAT FACILITATE THE ACCESS TO LARGE AMOUNTS OF WORKS. 4. COMPATIBILITY WITH DIRECTIVE 2000/31. 5. MEASURES AGAINST INTERMEDIARIES. 6. DO THE NEW CRITERIA LAID DOWN BY THE CJEU APPLY TO ANY ACT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC? (REQUEST FOR A PRELIMINARY RULING C-161/17)

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2014, una media del 51% de la población adulta de la Unión Europea y del 72% de sus menores accedieron ilícitamente a obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual en Internet. El porcentaje fue incluso mayor en dos países de la Unión: Polonia y España¹. Aunque los actos ilícitos de explotación digital de obras y prestaciones protegidas siguen encauzándose en ocasiones por medio de soportes físicos (CDs y DVDs), una amplia mayoría de este tipo de conductas se llevan a cabo en Internet: a veces, mediante el intercambio *online* entre usuarios de obras y prestaciones en plataformas que utilizan tecnología *peer-to-peer* (p2p); en otras ocasiones, por medio de páginas que permiten acceder a la descarga o a la visualización en *streaming* de aquellas².

Desde hace años, una parte relevante de estos actos de explotación de obras y prestaciones en Internet han sido protagonizados por sujetos que, aunque no disponen de los contenidos que son objeto de explotación, llevan a cabo conductas que facilitan o posibilitan el acceso por parte de los usuarios a esas obras y prestaciones, que son sin embargo «materialmente» puestas a disposición de

¹ M. VAN DER ENDE *et alii.*, «Estimating displacement rates of copyrighted content in the EU», Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2014.

² «2017 Situation Report on Counterfeiting and Piracy in the European Union», publicado por EUROPOL y la European Union Intellectual Property Office (EUIPO) y disponible en sus respectivos sitios web (<www.europol.europa.eu> y <www.euipo.europa.eu>), p. 29.

los usuarios —si es que ese adverbio puede utilizarse en un ámbito consustancialmente intangible como Internet— en equipos o servidores de terceros. Ese es el caso, particularmente, de los titulares de sitios web que contienen índices ordenados y sistemáticos de enlaces que, una vez activados por sus usuarios, les remiten a capítulos de series, películas, fonogramas u obras literarias que se ponen a disposición del público en grandes repositorios de contenidos de terceros o por otros internautas desde sus equipos en el seno de plataformas p2p.

Dada la importancia práctica que las conductas de estos facilitadores de acceso tienen en el marco de la explotación ilícita de obras y prestaciones protegidas en Internet, el campo estaba abonado desde hace años para hacer surgir una cuestión que pronto tuvo resonancia en muchos Estados miembros de la Unión, también en España: quienes facilitan el acceso por medio de Internet a una obra o prestación protegida por derechos de propiedad intelectual, sin disponer de ella, ¿realizan un acto de explotación de tales derechos?

La respuesta a esta cuestión debía encontrarse necesariamente en el análisis de los contornos del derecho de propiedad intelectual en cuya órbita cae por antonomasia cualquier acto de explotación *online* de una obra o prestación protegida: el derecho de comunicación al público. En efecto: esas conductas facilitadoras de acceso a obras y prestaciones solo podrían considerarse actos de explotación de derechos de propiedad intelectual (y, en su caso, actos ilícitos) si pueden subsumirse dentro de los márgenes del derecho de comunicación al público.

Aunque el enunciado planteado era sencillo, no lo era tanto su solución, especialmente a la vista de la normativa comunitaria sobre el particular. Ni la Directiva 2001/29³ ni el resto de directivas⁴ que han reconocido a los autores y al resto de titulares el derecho de comunicación al público sobre sus obras y prestaciones lo han definido, ni menos aún han configurado o delimitado con claridad y precisión sus elementos y requisitos, más allá de imponer una interpretación amplia de este derecho acorde con un alto nivel de protección de los titulares.

Así sucede especialmente con el considerando 23 y con el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29, que pese a hacer referencia y reconocer a los autores el derecho de comunicación al público sobre sus obras, no ofrecen una definición exhaustiva de ese derecho:

³ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

⁴ Es el caso, por ejemplo, de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual o de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

Considerando 23:

«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».

Artículo 3.1:

«Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir 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».

La parquedad normativa dio paso a que, a principios de esta década, distintos tribunales de diferentes Estados miembros elevaran al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) un conjunto de cuestiones prejudiciales, agrupadas en diversos casos, que trataban, en esencia, de dilucidar la respuesta a la pregunta anterior y, por tanto, a determinar si el concepto comunitario del derecho de comunicación al público abarca las conductas de quienes facilitan el acceso a obras y prestaciones protegidas aun sin disponer de ellas. Aunque la mayoría de cuestiones, como veremos a lo largo de este trabajo, han pivotado en torno a actividades de establecimiento de enlaces en Internet a obras y prestaciones (*linking*), en los últimos años también se han elevado al TJUE supuestos en los que debían enjuiciarse otras conductas facilitadoras de acceso, como las que tienen lugar en el marco de las plataformas p2p o, incluso, aquellas que tienen lugar en el seno de dispositivos físicos.

En contra de la opinión mayoritaria hasta la resolución de esas cuestiones prejudiciales, y con todos los matices de los que nos ocuparemos en este trabajo, el TJUE ha asegurado que, en efecto, este tipo de conductas pueden suponer un acto de comunicación y, si concurren determinados elementos, un acto de comunicación al público sujeto a la autorización del titular de derechos.

Se esté a favor o en contra de los pronunciamientos del TJUE, la serie de casos que analizamos en este trabajo ha supuesto sin duda un cambio de paradigma: ya no hay duda de que es posible que quien no dispone de una obra en sus servidores o equipos puede comunicarla al público si facilita de algún modo el acceso a ella por parte de los usuarios. Quien no dispone de la obra puede, por tanto, comunicarla.

Ello nos ha llevado a emplear una denominación levemente provocadora para titular este trabajo, y que trata de ilustrar la evolución que la jurisprudencia reciente del TJUE ha provocado en el derecho de comunicación al público: acaso ya no estamos ante ese derecho, sino ante una nueva facultad dominical de los titulares que pueda denominarse como «derecho de acceso», y que se añada junto con los clásicos de distribución, reproducción, transformación y, también, de comunicación al público. Por supuesto, es mera retórica: no decimos seriamente que el TJUE haya creado un nuevo derecho de propiedad intelectual, pues no ha hecho sino interpretar —para algunos, quizás de forma excesivamente amplia— el derecho de comunicación al público y su aplicación e integración en conductas como las descritas.

Precisamente por ello, no conviene menospreciar los pronunciamientos que sobre estas cuestiones y sobre la definición del derecho de comunicación al público ha hecho el TJUE con ocasión de su última jurisprudencia, porque quizás con ella se haya provocado una transformación sin retorno de ese derecho. Ello es sumamente relevante, porque no nos encontramos ante un derecho de explotación de propiedad intelectual más, sino acaso ante el más importante de ellos: no hace falta aportar datos que demuestren que la explotación de obras y prestaciones por medios intangibles, entornos donde el derecho de comunicación al público es casi exclusivo protagonista, se halla cada vez más implantada como método de consumo masivo de contenidos y, con toda probabilidad, se incrementa todavía más en el futuro en detrimento de los medios tangibles y, con ello, de otros derechos de explotación asociados a ellos, como el derecho de distribución.

Todo ello no hace sino justificar la oportunidad de este trabajo: es imprescindible desentrañar y recopilar los nuevos elementos y criterios con los que el TJUE ha definido el derecho de comunicación al público en esta última serie de jurisprudencia, pues no es descabellado pensar que el uso de esos mismos elementos y criterios no se constriña a los supuestos enjuiciados por el TJUE u a otros análogos, sino que se extienda al análisis de cualquier acto susceptible de ser calificado como un acto de comunicación al público, como veremos el propio TJUE tendrá ocasión de decidir próximamente.

II. LOS ORÍGENES DEL DERECHO DE ACCESO: LA STJUE 7.12.2016, ASUNTO C-306/05, SGAE V. RAFAEL HOTELES S.A.

1. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO COMO DERECHO DE ACCESO

Las sentencias dictadas por el TJUE, en especial durante el último lustro, sobre la interpretación del derecho de comunicación al público lo acercan a un derecho a controlar el acceso por parte del público a obras y otras prestaciones protegibles. A pesar de las dudas que suscita la jurisprudencia del Tribunal y

de las que intentamos dar cuenta en este trabajo, resulta evidente que en la interpretación adoptada el derecho de exclusiva permite, además de controlar actos de transmisión de una obra u otro contenido protegido, controlar también intervenciones de un sujeto que proporcionen o faciliten el acceso a un acto de transmisión realizado por otra persona. Esta comprensión del derecho de comunicación al público como un mero derecho de acceso a obras y otras prestaciones protegibles puede encontrarse, en un estado embrionario, en el asunto *SGAE v. Rafael Hoteles*. En esta sentencia, el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) recurrió a diferentes argumentos y elementos que luego irá desarrollando para formar el armazón del que actualmente se sirve para analizar el artículo 3 de la Directiva 2001/29.

El asunto resuelto entonces por el TJCE se refería a la facilitación del acceso a obras del repertorio de SGAE por medio de televisores en habitaciones de hotel en los cuales los clientes del hotel podían recibir y ver emisiones de radiodifusiones. Esto es, el asunto atañía a la facilitación de acceso en un ámbito ajeno a internet, pero, como ya hemos adelantado, en la década siguiente, el TJCE trasladó y adaptó sus criterios a los actos de facilitación al público del acceso online de obras.

Los hechos que motivaron aquella sentencia fueron los siguientes. La sociedad «Rafael Hoteles S.A.» tenía instalados, en un hotel de su propiedad, aparatos de difusión de música ambiental y de televisión tanto en las zonas comunes del establecimiento como en las habitaciones para huéspedes. SGAE reclamó a la sociedad el pago de las cantidades adeudadas por el uso de obras de su repertorio entre los meses de junio de 2002 y marzo de 2003. El Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Barcelona estimó parcialmente la demanda: resolvió que mientras la utilización de los aparatos en las zonas comunes del hotel constituía un acto de comunicación pública, no ocurría lo propio con los aparatos de televisión instalados en las habitaciones. Recurrida la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial de Barcelona suspendió el procedimiento y planteó varias preguntas al TJCE con el objetivo, entre otros, de establecer si la utilización de televisores en las habitaciones del hotel constituía o no un acto de comunicación pública con arreglo al artículo 3 de la Directiva 2001/29.

El TJCE contestó en sentido afirmativo, a diferencia de lo que sostuvo la Abogada General Sharpston en sus conclusiones⁵. Para ello, el TJCE recurrió a una serie de argumentos que permiten prefigurar al derecho de comunicación al público como un derecho de control sobre el acceso que terceros pueden tener sobre una obra protegida por derechos de autor. En este sentido, afirma el Tribunal que: «[...] el establecimiento hotelero interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus huéspedes la posibilidad

⁵ Conclusiones de la Abogada General Sharpston presentadas el 13 de julio de 2006; en el asunto C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) contra Rafael Hoteles SA*.

de acceder a la obra protegida. Si no tuviera lugar esta intervención, los clientes, aun cuando se encontraran dentro de la mencionada zona, no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida»⁶. Además, «... 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 [...] el hecho de que los clientes que no hayan encendido no hayan tenido acceso efectivo a las obras»⁷.

Para llegar a este entendimiento, el Tribunal recurre, por vez primera en su jurisprudencia, a la noción de «público nuevo», entendido como una nueva fracción del público receptor que puede beneficiarse de la escucha o de la visión de la obra, que no fue tenida en consideración por el autor en el momento de autorizar la radiodifusión de su obra⁸. Para el Tribunal, la clientela de un establecimiento hotelero puede considerarse un público nuevo. Además, haciendo uso de otros criterios más tradicionales, este público estaría compuesto por un número indeterminado de personas; que es considerable, pues puede tenerse en cuenta una visión sucesiva o acumulativa del mismo, esto es, los diferentes clientes del establecimiento que van renovándose a menudo⁹. El Tribunal añade además que es irrelevante que las habitaciones del hotel desde la cuales este público nuevo pueda recibir acceso a las obras protegidas puedan considerarse un espacio privado.

También afirma el TJCE que la intervención que lleva a cabo el establecimiento hotelero para facilitar el acceso a sus clientes a las radiodifusiones constituye «una prestación de servicios suplementaria» que «influye en la categoría del hotel y, por tanto, en el precio de las habitaciones»¹⁰.

Por último, señala el TJCE, es necesario distinguir el acto de posibilitar técnicamente por medio de los televisores el acceso a obras protegidas, del acto de puesta a disposición de las instalaciones materiales —la propia instalación física de los aparatos de televisión en las diferentes habitaciones llevada a cabo por un vendedor u otro suministrador—: si bien el primero de los actos constituye una comunicación al público, no ocurre lo mismo con el segundo que queda cubierto por la excepción prevista en el Considerando 27º de la Directiva y el artículo 8 del Tratado de la OMPI¹¹.

⁶ Apartado §42 de la Sentencia.

⁷ Apartado §43 de la Sentencia.

⁸ Apartado §41 de la Sentencia.

⁹ Apartados §37 a 39 de la Sentencia. En este sentido, véanse Sentencias de 2 de junio de 2005, asunto C-89/04, *Mediakabel BV contra Commissariaat voor de Media*, apartado §30; y de 14 de julio de 2005, asunto C-192/04, *Lagardère Active Broadcast contra Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) contra Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)*, apartado §31.

¹⁰ Apartado §44 de la Sentencia.

¹¹ Apartados §45 y 46 de la Sentencia. Véase, especialmente, el texto de las Declaraciones concertadas relativas al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor adoptadas por la Conferencia Diplomática el 20 de diciembre de 1996, en relación con el artículo 8.

Así pues, en *Rafael Hoteles*, elementos tales como el de «público nuevo», «intervención del usuario», «conocimiento de las consecuencias», «indispensabilidad» o «ánimo de lucro» hacen acto de presencia para armar un concepto autónomo, supranacional y armonizado del derecho exclusivo de «comunicación al público»; que luego serán ensayados, con más o menos acierto, en otros supuestos tradicionales de comunicación al público relacionados con la transmisión o retransmisión de obras y otras prestaciones protegibles¹².

2. PRECEDENTES EN EL ENTENDIMIENTO DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO COMO DERECHO DE ACCESO

El concepto de comunicación al público que emplea el TJCE en *Rafael Hoteles* no se construye sobre la nada. Varios antecedentes influyen en su entendimiento, pero uno de ellos destaca sobre el resto: las Conclusiones que el Abogado General Antonio La Pergola presentó en un asunto con hechos prácticamente idénticos a los de *Rafael Hoteles*, antes de la aprobación de la Directiva 2001/29: el caso *EGEDA c. Hostelería Asturiana, SA (HOASA)*¹³. En ellas, La Pergola recurrió a la noción de público nuevo para concluir que la captación por parte de un establecimiento hotelero de obras protegidas radiodifundidas y la ulterior distribución por cable de la señal de los programas recibidos a los televisores instalados en las habitaciones de dicho establecimiento constituían una comunicación pública a efectos del artículo 11 bis del Convenio de Berna.

En sus Conclusiones, La Pergola señala que los materiales de interpretación elaborados por la Oficina Internacional de la OMPI pueden servir para interpretar la noción de «comunicación al público» prevista en el artículo 11 bis, apartado 1, del Convenio de Berna. En particular, resultan de utilidad el Glosario de derecho de autor y derechos de 1980 y la Guía sobre el Convenio de Berna de 1978. Este segundo documento, al referirse a las actividades de radiotelevisión,

¹² Véanse, entre otras, Sentencias del TJUE de 13 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-431/09 y C-432/09, *Airfield NV y Canal Digitaal BV contra Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam)*, y *Airfield NV contra Agicoa Belgium BVBA* (C-432/09); de 5 de marzo de 2012, asunto C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) contra Marco Del Corso*; de 15 de marzo de 2012, asunto C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited contra Irlanda y Attorney General*; de 4 de octubre de 2011; asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, *Football Association Premier League Ltd y otros contra QC Leisure y otros*; y *Karen Murphy contra Media Protection Services Ltd*; de 7 de marzo de 2013, asunto C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd y otros contra TVCatchup Ltd*; de 26 de marzo de 2015, en asunto C-279/13, *C More Entertainment AB c. Linus Sanberg*; y de 31 de mayo de 2016, asunto C-117/15, *Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH contra Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)*; y el auto de 18 de marzo de 2010, asunto C-136/09, *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon contra Divani Akropolis*.

¹³ Conclusiones Generales del Abogado General Antonio La Pergola, presentadas el 9 de septiembre de 1999, asunto C-293/98, *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda) contra Hostelería Asturiana SA (Hoasa)*.

señala que la utilización de altavoces u otros instrumentos análogos permite hacer llegar las emisiones a un público nuevo. En este sentido, señala la Guía:

«En efecto, si bien por definición la radiodifusión puede llegar a un número indeterminado de personas, el autor, al autorizar dicho modo de explotación de su obra, no tiene en cuenta más que a los usuarios directos; es decir, a los poseedores de aparatos de recepción que captan los programas individualmente o en su ámbito privado o familiar. A partir del momento en que se efectúa esta captación para destinarla a un auditorio todavía más vasto (a veces con fines de lucro), es una nueva fracción del público receptor la que puede beneficiarse de la escucha [o de la visión] de la obra, con lo cual la comunicación de la emisión a través de altavoz (o instrumento análogo) no constituye ya la simple recepción de la emisión misma, sino un acto independiente mediante el cual la obra emitida es comunicada a un público nuevo. Y esta recepción pública da lugar al derecho exclusivo de autorización, que corresponde al autor».

III. EL RESCATE DEL DERECHO DE ACCESO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE A PROPÓSITO DE LAS ACTIVIDADES DE *LINKING*

1. STJUE 13.2.2014, ASUNTO C-466/12, *SVENSSON*

El asunto *Svensson* es el primero de los casos en los que el TJUE recurre al derecho de comunicación al público para enjuiciar los actos de hiperenlace a una obra protegida por derechos de autor. *Svensson* y su progenie han dado lugar a un régimen jurídico complejo para una de las herramientas básicas y estructurales del funcionamiento de la web¹⁴.

En el caso en cuestión, un grupo de periodistas del diario sueco *Göteborgs-Posten* demandaron a la sociedad Retriever Sverige, que operaba un sitio web en el que se incluían hiperenlaces a los artículos de prensa publicados por aquellos en la versión online del diario. Para los actores, la facilitación de los enlaces a sus obras constituía un acto de puesta a disposición que invadía sus derechos de exclusiva. Los hipervínculos remitían al sitio web del periódico donde los

¹⁴ La literatura disponible sobre el entendimiento jurídico de los hiperenlaces tanto en España como en la Unión Europea es muy nutrida. Siguen algunas referencias destacables. Véanse, entre otros, M. PEGUERA POCH, «Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas», *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, núm. 42, 2012, pp. 31-84; R. SÁNCHEZ ARISTI, «Enlazadores y seudoenlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales», *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 2, núm. 5, septiembre de 2012, pp. 91-135; EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, «Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson», febrero de 2013, y disponible online en <europeancopyrightsociety.org/opinion-on-the-reference-to-the-cjeu-in-case-c-46612-svensson>; y P. RAMÍREZ SILVA «Los enlaces en Europa. El asunto *Svensson*: réplica a la opinión de la *European Copyright Society*», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2/2013, abril de 2013.

artículos se habían publicado contando con la autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual y eran accesibles libremente por cualquiera.

El Juzgado de Primera Instancia de Estocolmo desestimó la demanda. Recurrida la sentencia en apelación, el Tribunal de apelaciones de Svea suspendió el procedimiento e inquirió al TJUE para conocer si el enlace online al sitio web donde se aloja una obra que ha sido puesta a disposición con autorización del titular de los derechos de autor constituye o no un nuevo acto de comunicación pública o puesta a disposición.

Para el TJUE, el hecho de facilitar hiperenlaces sobre los que se puede pulsar y que permiten el acceso a obras protegidas puede constituir un acto de puesta a disposición, y, en efecto, un acto de comunicación en el sentido del artículo 3 de la Directiva 2001/29, que se realiza a un público, compuesto por un número indeterminado y considerable de usuarios potenciales. Ahora bien, para el Tribunal, dado que el acto de puesta a disposición se lleva a cabo con la misma técnica que el inicialmente autorizado por el titular de derechos, es necesario que se dirija a un público nuevo.

En el caso, puesto que todos los usuarios podían consultar libremente los artículos publicados por los actores en la versión online del *Göteborgs-Posten*, los enlaces de la demandada no ponían las obras a disposición de un nuevo público. Para el TJUE, los usuarios del sitio web de Retriever Sverige son también destinatarios potenciales del acto de comunicación al público realizado en el diario, que ya fueron tomados en consideración por los titulares de los derechos cuando autorizaron esta comunicación. En otros términos, al poner libremente a disposición obras online, el titular de derechos toma en consideración todos los usuarios de internet en el momento de autorizar el acto. Además, no hay una intervención necesaria de Retriever Sverige para que sus propios usuarios puedan acceder a las obras puestas libremente a disposición en internet¹⁵. Sin público nuevo, no se realiza un acto de explotación del derecho de comunicación al público y, por ello, no es necesario obtener la autorización del titular del derecho.

En este asunto, el TJUE adelanta que si el enlace facilitara el acceso a obras que no fueran de libre acceso —porque, por ejemplo, se requiriera de una contraseña o de un pago para disfrutar de ellas— entonces el autor del hiperenlace llevaría a cabo un acto de comunicación de la obra a un nuevo público¹⁶. En estas circunstancias, el autor del hiperenlace llevaría a cabo «una intervención sin la cual dichos usuarios no podrían disfrutar de las obras difundidas»¹⁷. Así

¹⁵ Apartado §27 de la Sentencia.

¹⁶ Apartado §31 de la Sentencia.

¹⁷ Véase Sentencia de 26 de marzo de 2015, en asunto C-279/13, *C More Entertainment AB c. Linus Sanberg*. En el caso, el sitio web del querellado ofrecía enlaces que permitían acceder gratuitamente a retransmisiones en directo de partidos de hockey comercializados por la actora, eludiendo el

pues, la Sentencia del Tribunal en el asunto *Svensson* abre la puerta a poder entender que, en determinadas condiciones, el autor de un enlace podrá infringir el derecho de comunicación al público. Para ello, por supuesto, el enlace debería facilitar el acceso a una obra protegible por derechos de autor a un público nuevo y el acto no debería estar autorizado legalmente por ninguna excepción o limitación prevista en el derecho interno.

El Tribunal no presta atención especial a la modalidad concreta de hiperenlace que se emplee. En particular, señala que la misma solución jurídica se aplicaría a supuestos en los cuales, tras pulsar sobre un enlace, la obra aparecería dando la impresión de que se muestra en la propia página donde se encuentra el *link* (*framing, embedding*). Esta conclusión ha sido confirmada luego por el Tribunal en otra resolución¹⁸.

2. STJUE 8.9.2016, ASUNTO C-160/15, *GS MEDIA*

Svensson no aclaraba si un hiperenlace a un contenido puesto libremente a disposición de cualquiera en un sitio web pero sin contar con la autorización del titular de los derechos podía constituir un acto de comunicación al público que invadiera los derechos de exclusiva del titular. El asunto *GS Media* ofreció la posibilidad al TJUE para resolver esta cuestión y reelaborar el derecho sobre el control del acceso del público y el test a emplear para decidir acerca de su infracción¹⁹.

Los hechos del caso fueron los siguientes. «Sanoma Media Netherlands BV», la sociedad editora de la versión holandesa de la revista *Playboy*, encargó al fotógrafo C. Hermès un reportaje de Doña Britt Geertruida Dekker, una conocida participante de programas de telerrealidad en los Países Bajos. Antes de la publicación de las fotografías, un portal de internet dedicado a la prensa rosa, *GeenStijl*, operado por «GS Media BV», publicó un artículo en el que se incluía un hiperenlace que permitía el acceso al sitio web de Filefactory, alojado en Australia, y desde allí la descarga de un archivo con las obras fotográficas en

muro de pago (*paywall*) operado por esta. El Tribunal supremo sueco decidió retirar las cuestiones preliminares relativas a la calificación de estos enlaces como actos de comunicación al público.

¹⁸ Auto de 21 de octubre de 2014, en asunto C-348/13, *BestWater International GmbH c. Michael Mebes y Stefan Potsch* (enlace en el sitio web de los demandados que permitía el acceso mediante la técnica de la transclusión o *framing* a un video titularidad de la actora que, según esta, se había puesto libremente a disposición en la plataforma YouTube sin su consentimiento. El Tribunal señala que la obra en cuestión había sido puesta a disposición libremente en internet por su titular, y no entra a valorar si el enlace concreto remitía a una copia infractora o no del mismo).

¹⁹ Para un comentario de la sentencia, véanse B. HANUZ, «Linking to unauthorized content after the CJEU *GS Media* decision», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Volume 11, Issue 12, 2016, pp. 879-881; y E. ROSATI, «*GS Media* and Its Implications for the Construction of the Right of Communication to the Public within EU Copyright Architecture», *Common Market Law Review*, núm. 54, 2017, pp. 1221-1242.

cuestión. A pesar de las peticiones de retirada realizadas por Sanoma, GS Media no eliminó los enlaces, sino que además publicó otros enlaces a otros repositorios de archivos y permitió que los usuarios publicaran en los foros del portal otros enlaces desde donde podían descargarse las fotografías de la Sra. Dekker.

En el procedimiento civil que siguió, el Tribunal Supremo holandés planteó diversas cuestiones prejudiciales al TJUE para determinar si los referidos enlaces que facilitaban el acceso a copias infractoras de las obras constituían una infracción del derecho de comunicación al público; especialmente, teniendo en cuenta que el sitio web donde se almacenaban las copias infractoras podía accederse libremente por cualquier usuario de internet. Las obras sobre las que Sonoma tenía derechos no se habían puesto a disposición por esta en ningún momento y este hecho es el que distingue este asunto de los casos *Svensson* y *BestWater International*.

Para el tribunal, los dos casos citados no ofrecen una respuesta jurídica a las circunstancias planteadas en *GS Media*. El hecho de que los enlaces remitan a copias de las obras que no habían sido puestas a disposición de cualquiera con autorización del titular de los derechos obliga a adoptar una solución diferente que tenga en cuenta tanto los intereses de los titulares en proteger de forma eficaz su propiedad intelectual como los intereses generales en no restringir en exceso la libertad de expresión e información y el correcto funcionamiento de la red en Internet^{20 21}.

En la búsqueda de este equilibrio, el Tribunal propone tener en cuenta que el autor de un enlace puede ignorar si los contenidos a los que remite están protegidos o no por derechos de autor; y puede ignorar también si se han puesto a disposición con el consentimiento del titular de los derechos. Además, la página web enlazada puede cambiar: si bien el autor del enlace puede asegurarse en el momento de realizarlo de que remitiera únicamente a obras puestas a disposición con autorización de sus titulares, esta condición podría cambiar posteriormente. En consecuencia, esta persona «no actúa, por lo general, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento para dar a clientes acceso a una obra publicada ilegalmente en Internet»²².

Pero, en otras ocasiones, el autor de un enlace podrá conocer que estaría facilitando el acceso a una obra que habría sido puesta a disposición en internet

²⁰ Apartado §44 de la Sentencia.

²¹ Véanse, entre otras, Sentencias de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) contra Telefónica de España SAU*; y de 27 de marzo de 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH contra Constantin Film Verleih GmbH y Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*. En la literatura, véase C. GEIGER y E. IZYUMENKO, «Copyright on the Human Rights' Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression», *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 45(3), 2014, pp. 316 y ss.

²² Apartado §48 de la Sentencia.

con infracción de los derechos. Tal es el caso de un enlazador que, como GS Media, hubiera sido advertido varias veces de este extremo por los titulares de los derechos de propiedad intelectual o por sus representantes. También habrá una intervención deliberada, con pleno conocimiento, si el enlace permitiera eludir medidas de restricción del acceso a la obra —muy probablemente en este supuesto, puesta a disposición online con autorización del titular—. Y, además, en otros supuestos el conocimiento podrá presumirse: «cuando la colocación de hipervínculos se efectúa con ánimo de lucro, cabe esperar del que efectúa la colocación que realice las comprobaciones necesarias para asegurarse de que la obra de que se trate no se publica ilegalmente en el sitio al que lleven dichos hipervínculos, de modo que se ha de presumir [*iuris tantum*] que la colocación ha tenido lugar con pleno conocimiento de la naturaleza protegida de dicha obra y de la eventual falta de autorización de publicación en Internet por el titular de los derechos de autor»²³.

Para el TJUE, los hechos del caso ponen de manifiesto que GS Media conocía que mediante los hipervínculos estaba facilitando el acceso a una obra que había sido puesta a disposición con infracción de los derechos y, en consecuencia, GS Media estaba realizando un acto de comunicación al público; sin que fuera necesario recurrir a la presunción de conocimiento derivado de la existencia de un ánimo de lucro; y sin que fuera tampoco necesario examinar otras circunstancias como el hecho de que los enlaces facilitaban en gran medida la localización de las obras en repositorios generales como Filefactory, Imageshack u otros sitios o plataformas similares.

Por otra parte, la comunicación se realiza a un público, que, por esencia, es nuevo: puesto que Sanoma jamás autorizó la puesta a disposición de las obras en internet, no pudo tomar en consideración los usuarios que podrían acceder a las copias infractoras²⁴. La Sentencia no aclara si se habría realizado una comunicación a un público nuevo cuando la obra se hubiera puesto libremente a disposición con el consentimiento del titular en otro sitio web diferente de los enlazados. De hecho, la Sentencia es ambigua en relación con la obligación del autor del hiperenlace de asegurarse de que la puesta a disposición en el sitio web enlazado ha sido consentida por el titular o si basta asegurarse que la obra se puso a disposición en cualquier otro sitio web pero con autorización de aquel.

En definitiva, para el TJUE la facilitación de un hiperenlace a una obra protegida que ha sido puesta libremente a disposición en internet sin autorización del titular de los derechos no infringirá el derecho exclusivo a comunicar públicamente la obra si el enlazador ignorara que las obras se habían puesto a disposición de forma ilícita y no persiguiera un ánimo de lucro. En los demás supuestos, el enlazador podría llegar a realizar un acto de comunicación al

²³ Apartado §51 de la Sentencia.

²⁴ Apartados § 42 y 43 de la Sentencia.

público: si de forma deliberada facilitara —o probablemente en los más de los casos, persistiera en facilitar— el acceso a obras o demás prestaciones protegibles sabiendo o no pudiendo ignorar que se habían puesto a disposición de forma ilícita invadiría un acto de explotación reservado a los titulares de derechos de propiedad intelectual.

La utilización de los criterios anteriores, particularmente un criterio de imputación subjetiva —la intención o la negligencia en la conducta del enlazador— para determinar la realización de un acto de comunicación pública, modifica los criterios utilizados hasta la fecha y los permea de un entendimiento que, en algunos ordenamientos nacionales, era más propio de la responsabilidad secundaria o contributiva. Así, el requisito del conocimiento del carácter infractor de la actuación de un tercero al que de algún modo se contribuye facilitando el acceso y la existencia de un ánimo de lucro habían sido hasta la fecha categorías ajenas a la valoración de una infracción primaria de derechos de autor.

3. STJUE 26.4.2017, ASUNTO C-527/15, *FILMSPELER*

En el asunto *Filmspeler*, el Tribunal reitera los mismos criterios empleados en *GS Media* para ampliar el alcance del derecho de comunicación al público a otro supuesto relacionado con la comercialización de aparatos que tenían preinstalados menús de hiperenlaces que permitían acceder a sus usuarios a contenidos puestos a disposición en internet sin consentimiento del titular para visualizarlos en los televisores de aquellos.

El sr. Jack Frederick Wullems ofrecía para la venta, por medio de su sitio web y de otras páginas, aparatos bajo el nombre «Filmspeler», que permitían la recepción de imágenes y sonidos por medio de internet y su reproducción en un aparato de televisión. Estos aparatos periféricos conocidos popularmente como «Kodi Boxes», muy populares en algunos países, incorporan un software de fuentes libres que ofrece una interfaz de usuario de navegación por diferentes contenidos de internet, al que pueden añadirse varias extensiones (*ad-ons*) desarrolladas por terceros consistentes en un menú de hipervínculos, que remiten habitualmente a sitios webs donde se ponen a disposición obras protegidas por derechos de autor y otras prestaciones sin el consentimiento de sus titulares. El software en cuestión permite que las obras puedan verse instantáneamente en el televisor simplemente apretando sobre uno de los hiperenlaces facilitados en el menú.

Una fundación holandesa en defensa de los derechos de autor, Sitching Brein, demandó al Sr. Wullems, al considerar que la comercialización de los aparatos que incorporaban los menús de enlaces a obras protegidas constituía un acto de comunicación al público de estas. El juzgado de primera instancia de Midden-Nederland suspendió el procedimiento y formuló varias preguntas al TJUE.

A lo que interesa al objeto de este trabajo, el TJUE resolvió que el concepto de «comunicación al público» incluye la venta de un reproductor multimedia en que se han preinstalado extensiones, disponibles en Internet, que contienen hipervínculos que reenvían a sitios de Internet libremente accesibles al público en los que se ponen a su disposición obras protegidas por derechos de autor sin la autorización de sus titulares.

Recurriendo a la doctrina establecida en *Rafael Hoteles*, el Tribunal entiende que la comercialización de los aparatos no constituye una «mera» puesta a disposición de las instalaciones materiales destinada a permitir o a realizar una comunicación; sino que el Sr. Wullems iba más allá y preinstalaba las extensiones en el reproductor, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento. Los enlaces disponibles en estas extensiones permiten establecer una conexión directa con los sitios web que almacenan de forma ilícita obras protegidas y, por ello, han de distinguirse de la mera puesta a disposición de instalaciones materiales²⁵.

El Tribunal señala que, en el caso, el Sr. Wullems comercializaba los aparatos con pleno conocimiento del hecho de que los hiperenlaces en las extensiones permitían acceder a obras puestas a disposición de forma ilícita en internet. Como había quedado acreditado en el caso, “la publicidad relativa a dicho reproductor multimedia [realizada por el Sr. Wullems] menciona específicamente que este permite, en particular, ver gratuita y fácilmente, en una pantalla de televisión, material audiovisual disponible en Internet sin la autorización de los titulares de los derechos de autor”²⁶. Aunque el comportamiento del demandado perseguía un ánimo de lucro, no resulta necesario considerarlo para presumir el conocimiento acerca de la naturaleza protegida de la obra y de la eventual falta de autorización por el titular.

IV. LA CONSOLIDACIÓN DEFINITIVA DEL NUEVO DERECHO DE ACCESO: LA STJUE 14.6.2017, ASUNTO C-610/15, *THE PIRATE BAY*

1. INTRODUCCIÓN

Hasta la aparición de las llamadas plataformas *peer-to-peer*, también conocidas como redes p2p o, en su traducción al castellano, redes entre pares, la comunicación y transmisión de datos en Internet era unidireccional: una relación entre un servidor y sus clientes, en la que el primero, quien disponía de los datos o contenidos correspondientes, los ponía a disposición de los segundos para que éstos, si así lo deseaban, los descargaran.

²⁵ Apartados §40 y 41 de la Sentencia.

²⁶ Apartado §50 de la Sentencia.

Este tipo de comunicación o transmisión unidireccional, aún vigente en la actualidad, tiene muchos ejemplos bien conocidos por cualquier internauta: cualquier sitio web que permita a sus usuarios la descarga de archivos o información sigue el esquema anterior, pues en ellas es el servidor central —del titular de la página— quien ofrece los datos y el cliente quien los descarga a su equipo, sin que haya respuesta o inversión entre ambos papeles. Los casos *Svensson*, *GS Media* y *Filmspeler* antes analizados se enmarcan en ese sistema tradicional de comunicación unidireccional de datos e información en Internet.

El desarrollo y la consolidación de redes p2p al inicio del siglo XXI propuso, desde su creación, un enfoque distinto a esa relación unidireccional, convirtiéndola en bidireccional o, más aún, en multidireccional: en una red p2p ninguno de sus participantes tiene un rol fijo como servidor o cliente, sino que todos ellos pueden desempeñar ambos papeles de forma *paritaria*, de ahí su denominación, y de modo simultáneo.

Más en particular, una red p2p, que usualmente es operada por medio de una plataforma informática previamente instalada en los equipos o sistemas de sus usuarios, permite a estos compartir entre ellos y directamente desde sus respectivos equipos (usualmente por medio de carpetas compartidas) datos, información o contenidos. Hay, así, un flujo directo y continuo entre usuarios, que en ocasiones actúan como servidores respecto al resto de usuarios (cuando ofrecen contenidos desde su equipo) y en otras como clientes (cuando descargan contenidos desde los equipos de otros usuarios).

Debido a la extensión y magnitud de usuarios de las redes p2p y a la multiplicidad de contenidos que se comparten en ellas, estas plataformas habitualmente incorporan un buscador interno que permite a sus usuarios localizar, a partir del nombre de los respectivos archivos compartidos, los contenidos que el resto de usuarios se intercambian por medio de la red.

Como consecuencia de sus características y de las posibilidades técnicas que ofrecen, y aunque por medio de ellas pueden compartirse archivos e información de cualquier naturaleza, las redes p2p constituyen un medio idóneo para que sus usuarios intercambien obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual sin autorización de sus titulares. Ello ha servido para identificar recurrentemente esta tecnología como un catalizador de la explotación *online* infractora de obras y prestaciones protegidas. Además, y precisamente a resultas de su grado de descentralización actual, la persecución de las infracciones de derechos cometidas en el seno de este tipo de redes ha venido siendo ciertamente compleja, como lo demuestra la litigación acaecida en torno a ellas tanto a nivel nacional como internacional²⁷.

²⁷ La obra de referencia sobre la materia en España es la de R. SÁNCHEZ ARISTI, *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008,

Es precisamente en el marco del uso de la tecnología p2p donde se encuadra el último caso objeto de análisis, que recopila y consolida la jurisprudencia recaída, entre otros, en los casos *Svensson*, *Gs Media* y *Filmspelers*: el caso ya popularmente conocido por el nombre de la plataforma que lo protagonizó, *The Pirate Bay*.

2. HECHOS DEL CASO

The Pirate Bay («TPB») era un sitio web esencialmente utilizado por sus usuarios para intercambiar obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual y, señaladamente, obras musicales y cinematográficas. En particular, en TPB se indexaban y clasificaban ficheros *torrent*, esto es, archivos creados por los usuarios mediante un software específico que opera por medio del conocido protocolo p2p *BitTorrent*. Los usuarios que desean compartir contenidos albergados en sus equipos —entre ellos, obras y prestaciones protegidas— generan ficheros *torrent* con la ayuda de ese software. Una vez creados, los ficheros *torrent* remiten a un servidor centralizado que identifica los usuarios disponibles para intercambiar los ficheros *torrent* correspondientes y los contenidos multimedia subyacentes a ellos. Así, los ficheros *torrent* indexados en TPB permitían a los usuarios localizar y descargar obras y prestaciones que el resto de usuarios compartían por medio de tecnología p2p.

Conviene destacar que las obras y prestaciones protegidas compartidas por los usuarios no se hallaban a disposición del público en TPB, sino que se encontraban únicamente en los equipos de los usuarios que las compartían desde allí con el resto. TPB únicamente albergaba los archivos *torrent* que conducían a aquellas. Además, los archivos *torrent* que albergaba TPB eran subidos o cargados a la plataforma por los propios usuarios.

Gráficamente, y en palabras del juez australiano Justice Cowdroy²⁸, «[e]l fichero compartido es el tesoro, el cliente *bittorrent* es el navío, el fichero *torrent* es el mapa que indica dónde se encuentra el tesoro, *The Pirate Bay* proporciona los

que da cuenta sobre la evolución de este tipo de tecnología y sobre los primeros casos litigados, especialmente en los EE.UU., en torno a ella. La posibilidad de catalogar la creación y difusión de esta tecnología como un acto de explotación ilícito de derechos de propiedad intelectual conforme a Derecho español fue enjuiciada —y descartada— en el caso resuelto por la Sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 103/2014, de 31 de marzo de 2014. Con posterioridad a esa sentencia, la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, incorporó un nuevo párrafo segundo en el artículo 138 del TRLPI mediante el cual se introdujo por primera vez en España un régimen de responsabilidad secundaria en el derecho español de propiedad intelectual tendente, con toda probabilidad, a tratar de regular y permitir la persecución de conductas como las que fueron objeto de esa resolución.

²⁸ Sentencia de primera instancia de la Federal Court of Australia, de 4 de febrero de 2010, *Roadshow Films Pty Ltd v iiNet Limited* (No. 3) [2010] FCA 24, apartado 70. Traducción de la cita original en inglés «[...] the file being shared in the swarm is the treasure, the Bittorrent client is the ship, the torrent file is the treasure map, The Pirate Bay provides treasure maps free of charge and the tracker is the wise old man that needs to be consulted to understand the treasure map».

mapas gratuitamente y el *tracker* es el anciano sabio al que hay que consultar para entender el mapa».

Entre el 90 y el 95% de los contenidos a los que remitían los archivos *torrent* disponibles en TPB contenían obras protegidas por derechos de propiedad intelectual que eran compartidas sin autorización de sus titulares.

Aunque los archivos *torrent* eran cargados por los usuarios de la plataforma, los administradores de TPB tenían una participación activa que sobrepasaba el mero mantenimiento del sitio: ofrecían un motor de búsqueda para encontrar las obras contenidas en los ficheros compartidos, las clasificaban en índices por categorías («100 best», «los más nuevos»), ponían a disposición información complementaria sobre la duración estimada de descarga o sobre el número de usuarios que compartían un fichero determinado e, incluso, suprimían archivos obsoletos o erróneos y filtraban de forma activa algunos contenidos.

Stichting Brein, fundación neerlandesa que protege a los titulares de derechos de propiedad intelectual, demandó a Ziggo BV y XS4ALL Internet BV, los dos proveedores mayoritarios de acceso a Internet de Holanda, con el objetivo de que se les ordenara bloquear el acceso a los destinatarios de sus servicios a las direcciones de Internet de TPB.

El juez de primera instancia estimó esa petición, que fue rechazada en segunda instancia. Cuando el procedimiento llegó al Tribunal Supremo holandés (*Hoge Raad der Nederlanden*), este lanzó dos cuestiones prejudiciales al TJUE:

«1) ¿Existe una comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 por parte del administrador de un sitio web si en dicho sitio de Internet no se encuentra ninguna obra protegida, pero existe un sistema [...] en virtud del cual se indexan y clasifican los metadatos relativos a obras protegidas que se encuentran en los ordenadores de los usuarios, de manera que los usuarios puedan localizar las obras protegidas a través de dichos metadatos y puedan cargar y descargar tales obras?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

¿Ofrecen margen el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 y el artículo 11 de la Directiva 2004/48 para que se dicte una orden dirigida a un intermediario en el sentido de las citadas disposiciones, si tal intermediario facilita las infracciones de terceros del modo expuesto en la primera cuestión?»

La primera de las cuestiones trasladadas por el tribunal holandés, en la cual nos centraremos en exclusiva por entroncar con el objeto de este trabajo, planteaba

una dimensión del derecho de comunicación al público distinta de la que había analizado ya el TJUE en los casos *Svensson*, *GS Media* y *Filmspeler*, y que tenía que ver, precisamente, con las particulares circunstancias fácticas que rodeaban a TPB.

Si en aquellos casos se había enjuiciado la conducta de quien facilitaba un enlace a una obra protegida, el análisis y las decisiones resultantes de esa problemática eran insuficientes para la que ahora se planteaba: en TPB, según decíamos, no solo eran los usuarios quienes compartían las obras protegidas mediante ficheros *torrent*, sino también quienes cargaban a la plataforma los metadatos que permitían el acceso a ellos. TPB *únicamente* llevaba a cabo una labor de indexación y filtrado de los metadatos que cargaban los usuarios en la plataforma.

Ello podía suponer, como finalmente ha supuesto, un paso adicional en la concepción y consolidación del derecho de comunicación al público como un genuino derecho de mero acceso, alejado definitivamente de cualquier posible noción de transmisión: en TPB ya no se enjuiciaba solo la conducta de quien facilita el acceso a obras protegidas, sino de quien, valga el juego de palabras, facilita el acceso —mediante la gestión de una plataforma— a quien facilita el acceso —los usuarios que subían los archivos *torrent* a la plataforma— a obras protegidas —compartidas, a su vez, desde los equipos o sistemas de los usuarios—.

3. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

El 8 de febrero de 2017, el Abogado General Maciej Szpunar presentó sus conclusiones sobre las cuestiones prejudiciales planteadas.

Lo hizo consciente de la importancia del caso y de sus diferencias con los anteriores ya estudiados por el TJUE. Ello le llevó a partir, ya en el inicio de su análisis, de dos premisas que probablemente marcaron su opinión sobre el caso.

Por un lado, se apresuró a descartar, en contra de la opinión de la Comisión Europea y el Reino Unido y de otras tantas voces²⁹, que la actividad de sitios web como TPB únicamente pueda analizarse conforme a normas propias de la responsabilidad indirecta o secundaria, esto es, por la mera contribución a la infracción de un tercero, y no enjuiciarse, sin embargo, conforme a las reglas de la responsabilidad primaria, es decir, por la infracción directa de derechos de propiedad intelectual y, en particular, del derecho de comunicación al público³⁰.

²⁹ Véase, en este sentido, E. ROSATI, «The CJEU *Pirate Bay* judgment and its impact on the liability of online platforms», *European Intellectual Property Review* (Forthcoming), 2017, p. 11.

³⁰ Apartado §3 de las conclusiones del Abogado General.

La razón ofrecida no pareció ser estrictamente jurídica, sino más bien práctica: según el Abogado General, tal conclusión dejaría el debate sobre la actividad de plataformas como TPB extramuros del Derecho de la Unión, que no regula la responsabilidad secundaria o indirecta en ilícitos en materia de propiedad intelectual, y lo haría depender exclusivamente de los ordenamientos nacionales. Ello, al fin, supondría frustrar el objetivo de la legislación comunitaria en materia de derechos de autor, que no es otro que armonizar el alcance de tales derechos en el marco del mercado único.

Por otro lado, también al comienzo de sus conclusiones, el Abogado General advirtió que el caso objeto de disputa era distinto a los que el TJUE ya había tenido ocasión de resolver, justamente por las particulares fácticas de la plataforma de TPB que antes destacábamos³¹.

Tras esa doble premisa, y después de hacer un recorrido sobre la evolución de la tecnología p2p y la concepción del derecho de comunicación al público en la reciente jurisprudencia del TJUE, el Abogado General se centró en analizar si la actividad que se produce en las redes p2p cuando los usuarios comparten en ellas obras y prestaciones protegidas es susceptible de ser calificada como un acto de puesta a disposición del público a los efectos del artículo 3 de la Directiva 2001/29.

La respuesta del Abogado General fue necesariamente afirmativa. En primer lugar, porque los usuarios de redes p2p ponen a disposición del resto de usuarios desde sus ordenadores obras protegidas, para lo cual es irrelevante que, desde un punto de vista técnico, los ficheros que contienen esas obras sean fragmentados y descargados desde distintos equipos³². En segundo, porque hay un público —los usuarios de una red son un número indeterminado e importante de personas—, ese público es nuevo —en la medida en que se comparten obras que no han sido puestas a disposición previamente con el consentimiento de sus titulares— y, en todo caso, tales redes constituyen un medio técnico de comunicación específico³³.

Con esa asunción, la cuestión principal del pleito residía en determinar, según el Abogado General, si los actos de puesta a disposición de obras que tienen lugar en redes p2p son protagonizados únicamente por sus usuarios o, también y junto con ellos, por plataformas como TPB³⁴. Para responder a este interrogante, el Abogado General aplicó a la actividad de TPB los filtros y requisitos construidos por el TJUE en los casos *Svensson*, *GS Media* y *Filmspeler*.

³¹ Apartado §4 de las conclusiones del Abogado General.

³² Apartados §44 y 45 de las conclusiones del Abogado General.

³³ Apartados §46 y 47 de las conclusiones del Abogado General.

³⁴ Apartados §48 y 49 de las conclusiones del Abogado General.

Por un lado, a pesar de su aparente rol de mero intermediario, el Abogado General entendió que TPB proporcionaba *acceso* a obras protegidas a los usuarios, y que su intervención era además *necesaria*: aunque técnicamente sería posible que los usuarios intercambiaran tales obras sin la participación de TPB, sin la plataforma ese intercambio y el acceso subsiguiente sería mucho más complejo y menos eficaz³⁵.

Por otro lado, el Abogado General consideró que para que la intervención de TPB fuera *deliberada* y, por tanto y conforme a los criterios sentados por el TJUE, un acto de comunicación al público, es necesario que este tipo de plataformas tengan conocimiento de que las obras están siendo compartidas ilícitamente por los usuarios: así, dado su rol como intermediarios, no es hasta que tienen conocimiento de la ilicitud de los contenidos que se comparten en ellas que puede considerarse que su papel es *deliberado* y que, por tanto, están protagonizando un acto de comunicación al público³⁶.

En este punto se sitúa, acaso, la mayor aportación del Abogado General sobre el caso, que fue luego, como veremos, deliberadamente ignorada por el TJUE. Así, el Abogado General aseguró que para alcanzar el conocimiento al que nos referíamos, precisamente por el rol pasivo de este tipo de plataformas en el acto de comunicación, no es posible aplicar a estos casos la presunción de conocimiento y de diligencia configurada por el TJUE en el caso *GS Media* para los casos en los que el facilitador de acceso a una obra actúa con ánimo de lucro.

El Abogado General, con cita expresa a este último caso, propuso desmarcarse de esa doctrina en supuestos como el que nos ocupa, y sustituir la presunción de conocimiento por el *conocimiento efectivo*: así las cosas, la intervención de plataformas como TPB solo sería *deliberada* y, a la postre, constitutiva de un acto de comunicación al público, cuando el operador ha sido advertido expresamente por el titular de derechos del carácter ilícito de los contenidos que se comparten y no actúa para impedir el acceso a la obra³⁷. Nunca antes y nunca de forma presunta.

Las precauciones del Abogado General en ese extremo de su análisis parecen del todo punto lógicas, como expondremos luego, pues engarzan con la (posible falta de) compatibilidad de la última jurisprudencia del TJUE en torno al derecho de comunicación al público, donde se ha configurado como requisito para contraer responsabilidad primaria un conocimiento laxo y presunto del infractor que actúa con ánimo de lucro, con las normas de exclusión de responsabilidad y puerto seguro propias de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos

³⁵ Apartado §50 de las conclusiones del Abogado General.

³⁶ Apartado §51 de las conclusiones del Abogado General.

³⁷ Apartado §52 de las conclusiones del Abogado General.

de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en adelante, Directiva 2000/31). En estas solo se permite atribuir responsabilidad a los intermediarios de la sociedad de la información cuando tienen conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos que albergan³⁸. Además, y como apuntó el Abogado General, una interpretación contraria podría entrañar, en lógica consecuencia, una obligación de supervisión por parte de plataformas posiblemente neutras que chocaría frontalmente con el artículo 15 y con el considerando 47 de la Directiva 2000/31³⁹.

Por todo ello, el Abogado General propuso contestar afirmativamente a la primera de las cuestiones elevadas por el Tribunal Supremo holandés, aunque con matices: plataformas como TPB llevan a cabo actos de puesta a disposición de obras protegidas si el operador de la plataforma tiene conocimiento de que tales actos se están llevando a cabo sin consentimiento de los titulares y no actúa para impedir el acceso a dicha obra.

4. LA STJUE 14.6.2017

La decisión alcanzada por el TJUE es coincidente con la conclusión del Abogado General en su resultado final, aunque parcialmente divergente en su razonamiento.

Para resolver el caso, el TJUE recopila su propia jurisprudencia y los criterios expuestos en los casos *Svensson*, *GS Media* y *Filmspeler* y, por ello, analiza la actividad de TPB bajo el prisma de los dos elementos que, conforme a tal jurisprudencia, conforman su noción del derecho de comunicación al público: el «acto de comunicación», por un lado, y la existencia de un «público» al que se dirige ese acto, por el otro⁴⁰.

En cuanto al primero de los elementos, y de forma coincidente con el Abogado General en este punto, el TJUE concluye que la actividad de TPB supone un acto de comunicación, en la medida en que la plataforma permite a los usuarios *acceder* a las obras que el resto comparte y que la participación de la plataforma en esa facilitación de acceso es *necesaria*: de no existir, el intercambio de obras entre usuarios no sería posible o, cuando menos, sería mucho más

³⁸ E. ROSATI, «The CJEU *Pirate Bay* judgment and its impact...», *cit.*, p. 7, coincide en apuntar que los temores y las precauciones del Abogado General en relación con ello, aun no explicitados, se relacionan con la Directiva 2000/31 y sus normas sobre responsabilidad y puerto seguro.

³⁹ En relación con la compatibilidad de la última jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público y la Directiva 2000/31 véase de J. C. GINSBURG, «The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on *Brein v. Filmspeler* [C-527/15] (2017) and *Brein v. Ziggo* [C-610/15] (2017)», *Columbia Law and Economics Working Paper*, núm. 572, pp. 10 y siguientes.

⁴⁰ Apartados §24 y siguientes de la Sentencia.

complejo⁴¹. Como en casos anteriores, nótese que el TJUE no exige en realidad una intervención necesaria en sentido estricto: no requiere una intervención imprescindible —en el sentido de que la misma constituya una *conditio sine qua non* para el acceso a la obra o prestación protegida—, sino meramente relevante o que maximice en gran medida la posibilidad de acceder a la obra, sin perjuicio de que ese acceso sea fáctica y técnicamente posible sin esa intervención.

Pudiera parecer que el razonamiento del TJUE es idéntico al expuesto en los casos anteriores, y sin duda lo es en lo principal. Sin embargo, en este punto el TJUE no solo consolida su doctrina anterior, que permite entender que actividades como la provisión de enlaces a obras y prestaciones protegidas suponen genuinos actos de comunicación (al público), sino que parece extenderla todavía más, y ello por dos motivos.

En particular, en el apartado §34 el TJUE afirma a estos efectos que puede considerarse como un acto de comunicación, integrador, por tanto, del derecho de comunicación al público, «cualquier acto mediante el que un usuario proporcione a sus clientes, con pleno conocimiento de causa, acceso a obras protegidas».

La definición anterior es susceptible de ser interpretada y aplicada de forma extraordinariamente amplia, de tal modo que caigan bajo su influjo y, por tanto, bajo el influjo del derecho de comunicación al público, cualquier conducta que suponga la mera facilitación de acceso a una obra protegible, por remota que sea la conexión física o técnica con la obra y su *posesión*. Con esa concepción tan amplia, las posibles conductas de facilitación de acceso son exponenciales, propias de un juego de *matrioshkas*.

Ello conecta, como hemos visto y como defenderemos luego, con la conversión del derecho de comunicación al público en un derecho, en puridad, de acceso: conforme a la jurisprudencia del TJUE es posible afirmar, ahora ya sin dudas ni complejos posibles, que no es necesario transmitir una obra para comunicarla al público, ni tampoco albergarla de modo alguno ni tener ningún control sobre ella; basta con proporcionar o facilitar el acceso a un acto de transmisión de un tercero para que esa primera conducta, sin perjuicio del acto transmisor, suponga un «acto de comunicación» autónomo a los efectos del derecho de comunicación al público⁴².

En segundo lugar, el TJUE considera que, así configurado, el acto de comunicación protagonizado por TPB se dirigía a un público, pues el acto se dirige a

⁴¹ Apartados §36 y siguientes de la Sentencia.

⁴² J. GROOM, «The Pirate Bay: CJEU rules that operating a torrent file indexing site is communication to the public», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 12, núm. 12, diciembre de 2017, pp. 965-968 concuerda en que la interpretación que ofrece el TJUE del derecho de comunicación al público en esta Sentencia es la más amplia hasta la fecha, y alerta de las perniciosas consecuencias que esa interpretación puede suponer en el futuro.

un número indeterminado de destinatarios potenciales que implica un número considerable de personas —como mínimo, a todos los usuarios de la plataforma—, y que ese público es nuevo, en la medida en que no fue tomado en consideración por los titulares cuando autorizaron la comunicación inicial⁴³.

Para analizar la concurrencia de esta segunda circunstancia, la existencia de un «público nuevo», el TJUE utiliza las concretas circunstancias fácticas de TPB y de la actividad de sus administradores, y en particular que: (i) los administradores de TPB fueron informados por los titulares de derechos sobre el intercambio ilícito de obras que llevaban a cabo los usuarios de la plataforma; (ii) en los blogs y foros de la plataforma, los mismos administradores manifestaban la existencia de obras protegidas e inducían a los usuarios a compartirlas; (iii) una gran parte de las obras compartidas se intercambiaban sin autorización de sus titulares; y (iv) que la gestión de TPB se realizaba con el fin de obtener un beneficio mediante ingresos publicitarios.

Dos cuestiones merecen ser destacadas en relación con el análisis de la concurrencia de un «público nuevo» que lleva a cabo el TJUE con los criterios anteriores.

Por un lado, como ya ocurría en la Sentencia del caso *Filmspeler*⁴⁴, parte de los elementos considerados al enjuiciar —y afirmar— la existencia de un «público nuevo» no parecen propios de este elemento del derecho de comunicación al público, sino del elemento «acto de comunicación» y, en particular, del carácter *deliberado* que debe predicarse de aquél, conforme a la última jurisprudencia del TJUE, para afirmar su concurrencia⁴⁵. Así, en las primeras Sentencias del TJUE de esta serie y, en particular, en el asunto *Svensson*, el elemento del «público nuevo» era puramente objetivo, y se relacionaba también exclusivamente con el origen lícito o ilícito de la obra.

El comportamiento del pretendido infractor, su conocimiento y su diligencia en relación con esa ilicitud no se relacionaban, así, con ese elemento, sino que se configuraban como parte del elemento del «acto de comunicación» y, señaladamente, como la necesidad de que ese acto sea *deliberado*, es decir, una intervención con pleno conocimiento de sus consecuencias.

⁴³ Apartados §42 y siguientes de la Sentencia.

⁴⁴ Apartados §49 y siguientes de la Sentencia del TJUE en el caso *Filmspeler*.

⁴⁵ En la Sentencia del TJUE en el caso *GS Media*, primera en introducir el elemento del conocimiento y la diligencia como configuradores del derecho de comunicación al público, el TJUE sitúa ese elemento claramente como parte del análisis del «acto de comunicación»: así sucede en especial en los apartados §51 y 54 de esa Sentencia, en los que el TJUE analiza ese elemento como parte del requisito de que el facilitador de acceso intervenga «con pleno conocimiento de la naturaleza protegida de dicha obra y de la eventual falta de autorización de publicación en Internet por el titular de los derechos de autor», formulación propia de la naturaleza *deliberada* que se exige a todo «acto de comunicación», como demuestra la conexión de esos apartados con el apartado §35 de la misma Sentencia.

En esta ocasión, sin embargo, el TJUE vuelve a no situar el conocimiento o la diligencia de los administradores de TPB para enjuiciar el carácter *deliberado* de su «acto de comunicación», sino que traslada el análisis de esos elementos, como veíamos, al concepto de «público nuevo»⁴⁶.

Ello parece claramente erróneo: si el elemento nuclear para decidir sobre la existencia de un público nuevo es el público que tuvo en consideración el titular de derechos al realizar la comunicación inicial, es evidente que carece de cualquier trascendencia o relevancia para ello el análisis de elementos subjetivos o de cualquier otro tipo del pretendido infractor, que además se sitúan en un momento temporal (la supuesta infracción) del todo distinto al que es relevante para analizar la existencia de un «público nuevo» (la comunicación primigenia realizada con consentimiento del titular de derechos).

Por otro lado, al listar los elementos fácticos anteriores y utilizarlos decisivamente para enjuiciar el caso, el TJUE parece querer soslayar deliberadamente la cuestión principal que, según veíamos, puso de manifiesto el Abogado General para diferenciar el caso de TPB respecto a los anteriores: el grado de conocimiento exigible a este tipo de plataformas para considerar que realizan actos de comunicación al público. Así, el TJUE no tiene a bien analizar si, en casos como el de TPB, es exigible a este tipo de operadores un *conocimiento efectivo* de la ilicitud de las obras que comparten sus usuarios, como defendía el Abogado General, o si, por el contrario, puede trabarse una *presunción de conocimiento* basada en el ánimo de lucro y la diligencia como la configurada en el caso *GS Media*.

Ello constituía acaso el elemento más importante del caso TPB en comparación con los asuntos anteriores, y el TJUE no ofrece ninguna respuesta o pauta al respecto, al menos ninguna homologable o extrapolable a otros supuestos: el TJUE evidencia que los hechos del caso prueban indubitadamente que los administradores de TPB conocían el carácter ilícito de las obras que se compartían, pero no establece, de forma abstracta, cuál es el umbral de conocimiento o diligencia exigibles para estos casos, ni deja entrever tampoco cómo hubiera resuelto este punto si los elementos de hecho del caso —todos o parte de ellos— no hubiesen sido tan claros.

⁴⁶ Destaca esta unión del criterio de «público nuevo» con el del «conocimiento de la infracción», tanto en *Filmspeler* como en *TPB*, R. EVANGELIO LLORCA, «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 J.A. MORENO MARTÍNEZ (Coordinador), *Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual*, Editorial Dykinson, Madrid, 2017, pp. 119-120. Otros autores parecen interpretar esta cuestión de forma plenamente contraria. Es el caso de J. C. GINSBURG, «The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability...», *cit.*, pp. 4 y 5, quien asegura que el requisito de conocimiento se analiza en *GS Media* como parte del elemento de «público nuevo», mientras que en *Filmspeler* y *TPB* forma parte del análisis del elemento de «acto de comunicación».

Aunque el TJUE no ofrece respuesta concluyente al respecto, sí es cierto, no obstante, que en la medida en que utiliza tales circunstancias fácticas para afirmar que los administradores de TPB «no podían ignorar» la ilicitud de las obras que los usuarios compartían, el TJUE parece desmarcarse de la noción de conocimiento efectivo que exigía el Abogado General para aproximarse a una noción de conocimiento más laxa y que se relaciona con la diligencia de este tipo de plataformas⁴⁷.

De este modo, el TJUE considera que concurren los elementos de acto de comunicación y de público nuevo en la actividad de TPB.

Sin perjuicio de ello, para apreciar la existencia de un acto de comunicación al público derivado de la gestión de la plataforma el TJUE hace un razonamiento ulterior, que podría haber excluido esa calificación, como también hizo en el asunto *Filmspeler*⁴⁸. En este sentido, el TJUE analiza si la actividad de TPB podría subsumirse en el considerando 27 de la Directiva 2001/29, en cuya virtud «[I]a 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 la presente Directiva».

El TJUE descarta finalmente la posibilidad de considerar que los administradores de TPB realizan una «mera puesta a disposición» de instalaciones necesarias para llevar a cabo un acto de comunicación al público, pero no lo hace, de nuevo, por razones abstractas, sino por las concretas circunstancias del caso: las labores de indexación de la plataforma, la existencia de un motor de búsqueda, la clasificación de obras y las labores activas que realizan los administradores de TPB excluye, según el TJUE, la posibilidad de aplicar el considerando 27 de la Directiva.

Una vez más, el TJUE no proporciona pautas para enjuiciar esa cuestión desde un punto de vista general, sino que se limita a descartar la aplicación del considerando 27 de la Directiva 2001/29 por las características de TPB. Es difícil saber qué hubiera sucedido si la actividad de los administradores de TPB hubiese sido más neutral o si, en general, no hubiera reunido las características del TPB. Sí parece claro, no obstante, que el TJUE no descarta la posibilidad de analizar la aplicación del referido considerando a plataformas de esa naturaleza,

⁴⁷ Profundiza en este sentido E. ROSATI, «The CJEU *Pirate Bay* judgment and its impact...», *cit.*, pp. 9 y 10, quien asegura que el silencio del TJUE en este punto es aparente, en la medida en que sí sigue las presunciones de conocimiento configuradas en los casos *GS Media* y *Filmspeler*. Por el contrario, J. A. CUERVA DE CAÑAS, «Sentencia del TJUE de la Unión Europea de 14 de junio de 2017 (C-610/15): the *Pirate Bay* es en realidad el arrecife en que ha escollado el barco pirata», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 82, septiembre-diciembre 2017, p. 122, opina que el TJUE asume, aun sin explicitarla, la exigencia de conocimiento efectivo demandada por el Abogado General.

⁴⁸ Apartados §39 y siguientes de la Sentencia *Filmspeler*.

aun cuando aquel se introdujo, muy probablemente, para eximir a instalaciones físicas donde tienen lugar actos de comunicación al público, y no sitios web o plataformas de Internet⁴⁹.

Ello podría resultar relevante en futuros casos que se enjuicien, ya sea en el seno del TJUE o de los tribunales de los Estados Miembros, y en los que es probable que plataformas neutrales o grandes intermediarios que facilitan el acceso de obras protegidas invoquen el considerando 27 de la Directiva 2001/29 para evitar que su actividad sea calificada como un acto de comunicación al público.

De este modo, dado que el TJUE aprecia la concurrencia de un acto de comunicación y de un público nuevo, y dado que no considera aplicable el considerando 27 de la Directiva, el tribunal acaba decidiendo que la puesta a disposición y la gestión de una plataforma como TPB constituye un acto de comunicación al público en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29.

V. RECOPIACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL NUEVO DERECHO DE ACCESO CONFORME A LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

1. LAS NOTAS GENERALES DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO Y LA CONFIGURACIÓN DE SUS ELEMENTOS

La serie de casos *Svensson*, *GS Media*, *Filmspeler* y *TPB* planteaba un indudable y relevante dilema al TJUE: resolverse entre encuadrar conductas que facilitan el acceso *online* a obras y prestaciones protegidas dentro de los contornos del derecho de comunicación al público o, por el contrario, decidir considerar tales actividades *atípicas* desde el punto de vista de la normativa comunitaria en materia de derechos de autor.

El posicionamiento del TJUE ante esa disyuntiva ha sido claro en favor de la primera opción. No es momento ahora para abordar la oportunidad o el acierto de esa decisión. Sí para hacer recapitulación y abstracción de las consideraciones que esta última jurisprudencia ha dejado en relación con el análisis del derecho de comunicación al público y sus elementos.

Ello es claramente pertinente: con independencia de la opinión de cada cual sobre las sentencias comentadas y sobre su compatibilidad con una noción —llamémosla— clásica del derecho de comunicación al público, es evidente que tales resoluciones han introducido un conjunto de requisitos y elementos

⁴⁹ Así parece desprenderse claramente del término «physical facilities» utilizado en la versión inglesa de la Directiva. Lo mismo ocurre en el texto de la declaración concertada al artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, y que constituyó el antecedente normativo del considerando 27 de la Directiva 2001/29.

inéditos hasta el momento o, por lo menos, ocultos y dispersos en resoluciones puntuales anteriores y que habían pasado casi desapercibidos hasta hoy. Buena muestra de ello es que pocos autores acertaron al intentar adivinar o anticipar las decisiones que iba a adoptar el TJUE en los casos objeto de este trabajo y, cuando lo hicieron, no desarrollaron un razonamiento idéntico al que finalmente siguió el TJUE.

En todos los casos analizados, el TJUE parte de una realidad incontestable: el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29 no define el derecho de comunicación al público, con lo que es preciso que sea el propio TJUE quien precise su sentido y alcance en coherencia con los objetivos de la Directiva 2001/29 y el contexto de esa disposición⁵⁰.

Esa interpretación, además, debe ser siempre necesariamente amplia, pues así lo imponen los considerandos 9, 10 y 23 de la Directiva 2001/29, que promueven un nivel elevado de protección en favor de los autores, especialmente en el caso del derecho de comunicación al público, que «debe entenderse en un sentido amplio»⁵¹.

En los casos objeto de este trabajo y con esas dos premisas en mente —indefinición e interpretación amplia—, el TJUE ha configurado los concretos elementos cuya concurrencia cumulativa es necesaria para apreciar la existencia de un acto de comunicación al público a los efectos del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29. Dos son, en esencia, tales elementos: por un lado, la existencia de un «acto de comunicación»; por el otro, la concurrencia de «un público» al que se dirige aquélla⁵².

El TJUE ha señalado que el análisis de la concurrencia de tales elementos es esencialmente casuístico, pues requiere de una apreciación individualizada y del análisis de distintos criterios complementarios, de naturaleza no autónoma y dependiente unos de otros⁵³. Es la concurrencia de esos criterios en un caso concreto la que provoca, a su vez y respectivamente, la existencia de un «acto de comunicación» y de «un público» y, con la fusión de ambos y al fin, la presencia de un acto de comunicación al público que se sitúa dentro de la órbita de ese derecho de explotación.

La jurisprudencia del TJUE en esta última oleada de casos ha distado mucho de ser sistemática. El orden y la intensidad en el análisis y la apreciación de los criterios que conforman los elementos de «acto de comunicación» y de «un

⁵⁰ Apartados §21 de la Sentencia *TPB*, §26 de la Sentencia *Filmspeler*, §29 de la Sentencia *GS Media* y §33 y 34 de la Sentencia *SGAE*.

⁵¹ Apartados §22 de la Sentencia *TPB*, §27 de la Sentencia *Filmspeler* y §30 de la Sentencia *GS Media* y §33.

⁵² Apartados §24 de la Sentencia *TPB*, §29 de la Sentencia *Filmspeler*, §32 de la Sentencia *GS Media* y §16 de la Sentencia *Svensson*.

⁵³ Apartados §23 y 25 de la Sentencia *TPB*, §28 y 30 de la Sentencia *Filmspeler* y §33 y 34 de la Sentencia *GS Media*.

público» se reproducen en las últimas resoluciones de forma confusa y con intensidad y desparpajo expositivos muy cambiantes y desiguales. Esta consecuencia deriva, probablemente, de que el TJUE no parece haber configurado tales criterios tras una reflexión pausada, previa y abstracta, sino de forma concreta e improvisada: tras la lectura de esta serie de resoluciones no puede evitarse la sensación que el TJUE ha ido tratando de encontrar soluciones espontáneas a los distintos casos que los tribunales de los Estados Miembros han ido planteando en torno a esta cuestión, construyendo criterios nuevos a cada dificultad u obstáculo, como una suerte de parches que han ido recosiendo el alcance y los límites del derecho de comunicación al público.

Ello hace que sea ciertamente complejo establecer, de un modo natural, una mínima sistemática de los elementos y criterios empleados por el TJUE para configurar el derecho moderno de comunicación al público. Tanto es así que, en una lectura conjunta de la sentencias objeto de este trabajo, es difícil asegurar a estas alturas si alguno de esos criterios, que en un principio configuraban el análisis de los elementos de «acto de comunicación» y de «un público», siguen integrando estos o, por el contrario, si han sufrido una emancipación propia que les ha alejado de ellos y convertido en nuevos elementos autónomos cuya concurrencia debe analizarse al mismo nivel que el «acto de comunicación» y el «público».

En las siguientes páginas trataremos de hacer ese ejercicio y, por ello, intentaremos clasificar y ordenar los distintos criterios cuya apreciación ha exigido el TJUE en los casos *Svensson*, *GS Media*, *Filmspeler* y *TPB*, entre otros, para afirmar la existencia de un acto de comunicación al público.

En particular, en los siguientes apartados analizaremos:

- El elemento de «acto de comunicación», que el TJUE ha venido entendiendo como: 1) una intervención para proporcionar acceso; 2) indispensable a ese propósito; y 3) deliberada.
- El elemento de «público», que el TJUE ha identificado como 1) un número indeterminado pero considerable de personas; 2) nuevo, en el sentido de no considerado por el titular de derechos en la comunicación inicial; o 3) que ha tenido acceso a la obra por medio de una técnica específica.
- El elemento del conocimiento y la diligencia del pretendido infractor en relación con el carácter ilícito de la obra a la que se permite acceder, algunas veces integrado dentro del análisis del «acto de comunicación» (como parte de la intervención «deliberada»), a veces como parte del «público» (en su requisito de «nuevo»), y quizás a estas alturas con sustantividad propia y autónoma como tercer elemento integrador del derecho de comunicación al público.

2. EL «ACTO DE COMUNICACIÓN»

El primer elemento del derecho de comunicación al público, según esta serie de jurisprudencia del TJUE, es el «acto de comunicación». El TJUE ha ofrecido una definición de partida prácticamente homogénea de este elemento en las resoluciones comentadas, según la cual un 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».

De esta definición, repetida en varias ocasiones⁵⁴, se desprende que para que concurra este elemento deban apreciarse positivamente, a su vez, tres criterios que lo integran: 1) una intervención para proporcionar acceso a una obra protegida; 2) el carácter indispensable de esa intervención; y 3) su naturaleza deliberada. A continuación desgranamos estos criterios y las consideraciones que sobre ellos ha hecho el TJUE en la serie de resoluciones analizadas.

2.1. La intervención para proporcionar acceso

Según veíamos, los casos *Svensson*, *GS Media*, *Filmspeler* y *TPB* tenían una nota fáctica común muy relevante: los protagonistas de las conductas que allí se enjuiciaban no disponían, poseían ni albergaban ninguna obra o prestación protegida, sino que se *limitaban* a facilitar que determinados usuarios accedieran a una obra que era transmitida por un tercero, bien por medio de enlaces (*Svensson*, *GS Media*), de extensiones preinstaladas en un dispositivo físico (*Filmspeler*) o de la indexación de metadatos de ficheros *torrent* (*TPB*). Ante ello, como igualmente apuntábamos, el TJUE tenía dos alternativas.

La primera, considerar, como muchos autores habían propuesto antes de decidirse el caso *Svensson*, que este tipo de actividades no podían caer, por definición, bajo el influjo del derecho de comunicación al público⁵⁵. Según estas voces, ello se fundamentaría en dos premisas claras.

Por un lado, con base en el considerando 23 de la Directiva 2001/29 y en los trabajos preparatorios de la norma, en que todo acto de comunicación al público requiere la «transmisión» o «retransmisión» técnica de una obra, y que cualquier otra conducta no comprendida en ninguno de esos dos actos debe quedar automáticamente fuera del derecho de comunicación al público. Por el

⁵⁴ Apartados §31 de Sentencia *Filmspeler* y §35 de la Sentencia *GS Media*.

⁵⁵ Por todas, véase la opinión emitida al respecto y con anterioridad de decidirse el asunto *Svensson* por la autodenominada EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, «Opinion on the Reference to the CJEU...», *cit.*

otro, y en estrecha relación con ello, en que dado que actividades como las enjuiciadas no consisten en ninguna transmisión o retransmisión de obras —pues quienes las realizan no disponen de las obras y, por tanto, difícilmente pueden transmitir las o retransmitirlas en un sentido técnico de tales conductas—, no puede considerarse que aquellas caigan dentro del derecho de comunicación al público. Algunas resoluciones del TJUE anteriores a esta serie podían, en efecto, fundamentar esta posición⁵⁶.

Esta interpretación, ciertamente restrictiva del derecho de comunicación al público y de conceptos como «transmisión» o «retransmisión», fue, durante años y dicho sea de paso, la imperante de forma ampliamente mayoritaria en la jurisprudencia española que analizó la provisión de enlaces en Internet a obras y prestaciones protegidas, tanto en sede penal como en sede civil⁵⁷. También en la doctrina española⁵⁸.

La segunda alternativa de la que disponía el TJUE entroncaba acaso mejor con la interpretación amplia que los considerandos 9, 10 y 23 la Directiva 2001/29 imponen en la protección del derecho de autor en el entorno *online*, en general, y del derecho de comunicación al público, en particular. Pasaba por negar que un acto de comunicación al público se agotara o limitara a los actos técnicos de «transmisión» o «retransmisión» de obras o, aunque ello fuera así, por manejar una concepción amplia de tales conceptos, en ambos casos para englobar dentro de este derecho cualquier conducta que trasladara a un usuario hasta la obra o facilitara su acceso a ella, aun cuando no se dispusiera *físicamente* de la obra objeto de comunicación. La posición, defendida por algunos autores⁵⁹, era minoritaria entre los españoles⁶⁰.

⁵⁶ Sentencias del TJUE de 24 de noviembre de 2011, asunto C-283/10, *Circul Globus Bucuresti*, apartado §40; de 4 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, *Premier League*, apartados §190 y 193; o de 27 de febrero de 2014, asunto C-351/12, *OSA*, apartado §25.

⁵⁷ Véanse, por ejemplo, la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de julio de 2011 (AC 2011\1505), el Auto de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Álava de 3 de febrero de 2012 (ARP 2012\219), el Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de abril de 2010 (ARP 2010\732), el Auto de la Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2010 (JUR 2010\298807). Una recopilación exhaustiva de estas resoluciones puede encontrarse en el trabajo de referencia en la materia, M. PEGUERA POCH, «Tratamiento jurisprudencial de los sitios web...», *cit.*, pp. 31-84.

⁵⁸ Un buen resumen de esta posición puede encontrarse en R. CASAS VALLÉS y R. XALABARDER PLANTADA, *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, M. PEGUERA POCH (Coord.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 487.

⁵⁹ Por todas, véase la opinión emitida por la *Association Littéraire et Artistique Internationale*, «Report and Opinion on the making available and communication to the public in the internet environment — focus on linking techniques on the Internet», septiembre de 2013, disponible *online* en <www.alai.org/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf>.

⁶⁰ Destacaba entre ellos, con anterioridad a la Sentencia *Svensson*, R. SÁNCHEZ ARISTI, «Enlazadores y seudoenlazadores en Internet...», *cit.* También con anterioridad a la Sentencia *Svensson* y a modo de réplica a la opinión de la *European Copyright Society*, puede verse a P. RAMÍREZ SILVA «Los enlaces en Europa...», *cit.*

Esta segunda alternativa no solo se basaba en la interpretación necesariamente amplia que impone el derecho de comunicación al público comunitario, sino también en la jurisprudencia del TJUE anterior a la serie de casos analizados. En particular, esta alternativa partía de la definición pionera y del todo relevante que el Tribunal ofreció en el caso *SGAE* del derecho de comunicación al público, donde el tribunal pareció desligar ese derecho de la transmisión física de obras y prestaciones para aproximarlo a cualquier intervención apta para proporcionar acceso a aquéllas. Así se desprende del apartado §42 de esa resolución, del todo inspirador y vigente más de una década después de su redacción:

«42. La distribución de la obra radiodifundida a esta clientela a través de aparatos de televisión no constituye un simple medio técnico para garantizar o mejorar la recepción de la emisión de origen en su zona de cobertura. Por el contrario, **el establecimiento hotelero interviene**, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, **para dar a sus huéspedes la posibilidad de acceder a la obra protegida**. Si no tuviera lugar esta intervención, los clientes, aun cuando se encontraran dentro de la mencionada zona, no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida» (énfasis añadido).

El anterior no fue un pronunciamiento aislado, sino que fue recogido luego por otras sentencias del TJUE⁶¹, que abrieron así la posibilidad de interpretar que el derecho de comunicación al público del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29 cubría cualquier intervención apta para proporcionar el acceso del público a una obra o prestación protegida sin la existencia de un soporte tangible que contenga aquélla.

En este punto de nuestro trabajo es superfluo tener que decir que el TJUE, en los casos objeto de análisis, optó por la segunda de las alternativas resumidas. Lo hizo por primera vez en la Sentencia *Svensson* a propósito de la provisión de enlaces en Internet a obras protegidas:

«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 comunicación» basta con que la obra

⁶¹ Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2011 en los asuntos acumulados C403/08 y C429/08, *Premier League*, apartado §195; Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-162/10, *Phonographic Performance*, apartado §31; o Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10, *Del Corso*, apartado §82, entre otras.

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, C306/05, Rec. p. I11519, 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».

Ni en esta ni en las siguientes resoluciones, sin embargo, el TJUE ha ofrecido una explicación detallada o completa en la que afronte el debate entre las dos alternativas mencionadas, ni tampoco en la que se detallen argumentos decisivos para negar que todo acto de comunicación al público, para ser tal conforme a la Directiva 2001/29, exija una transmisión de una obra en un sentido técnico de la expresión.

El TJUE más bien ha parecido asumir con naturalidad que cualquier conducta que suponga facilitar el acceso a una obra tiene cabida bajo ese paraguas, sin especificar si es por tanto innecesario que se produzca una transmisión técnica para caer dentro del influjo del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29 o si, por el contrario, esas conductas también deben ser consideradas como una transmisión de la obra, entendida tal transmisión en un sentido léxico del término «transmisión» suficientemente amplio⁶².

Tampoco el TJUE ha dedicado excesivos esfuerzos a justificar por qué conductas como las enjuiciadas suponen, en efecto, una intervención para permitir el acceso a obras protegidas o, al menos, una de suficiente entidad como para ser consideradas jurídicamente relevantes en relación con el derecho de comunicación al público. El resultado, en cualquier caso, no parece descabellado: el funcionamiento automático o casi automático de los enlaces que redirigen a obras y prestaciones protegidas, así como de extensiones preinstaladas en dispositivos o de la indexación de metadatos que hacen lo propio, hace extremadamente difícil negar que tales conductas supongan, en efecto, una intervención que permite a un usuario acceder a obras y prestaciones protegidas. Ello tiene que ver, probablemente, con el acceso inmediato y sin requerir ulteriores actos o esfuerzos que proporcionan este tipo de actos: por medio de este tipo de conductas, y usualmente con un único clic de ratón, el usuario es reconducido con carácter

⁶² Ni en lengua española ni en lengua inglesa todas las acepciones o significados del verbo «transmitir» o «*transmit*», siquiera los principales, equiparan aquel con la conducción técnica de señales: «transmitir» es también y antes que nada trasladar y transferir (DRAE: «transmitir», 1ª acepción) o, incluso, más concretamente, pasar o permitir el traslado de un sitio o persona a otro (diccionario Collins: «*transmit*», 1ª acepción).

casi instantáneo e inmediato, en fragmentos de segundo, a la obra, de la que el usuario puede disfrutar ya en ese momento sin necesidad de realizar acto técnico o físico adicional alguno⁶³.

La concepción del derecho de comunicación al público como un derecho de acceso, originada en *SGAE*, rescatada años más tarde en *Svensson*, y consolidada a continuación en *GS Media* y *Filmspelers*, se ha expandido más si cabe en *TPB*, donde esa transformación de ese derecho ha cristalizado definitivamente. En efecto: como veíamos antes, en el apartado §34 de la Sentencia *TPB* el TJUE ya asume, de forma natural y absoluta, que «cualquier acto mediante el que un usuario proporcione a sus clientes [...] acceso a obras protegidas» constituye un «acto de comunicación» y, potencialmente si concurren el resto de requisitos, un acto de comunicación al público.

Ello supone, insistimos, abandonar definitivamente cualquier concepción de la transmisión técnica de obras como parte indispensable del derecho de comunicación al público, y la consideración de este derecho como un genuino derecho de acceso: con esa noción, parecería que cualquier intervención que facilite, permita o coadyuve —decisivamente— a que los usuarios accedan a una determinada obra protegida puede suponer un «acto de comunicación», con independencia de dónde se halle la obra o quién la transmita desde un punto de vista estrictamente técnico⁶⁴.

La amplitud con la que el TJUE ha construido este concepto, con toda probabilidad, no solo no reducirá la litigiosidad en torno a actividades como las descritas, sino que la aumentará, especialmente si tenemos en cuenta que, con sus respuestas esencialmente casuísticas y construidas *ad hoc*, el TJUE no ha dado todas las pautas generales o abstractas que debiera para dilucidar cualquier caso similar pero no idéntico a los ya enjuiciados. Ello también ocurre con el criterio de la «intervención para dar acceso» a una obra, respecto al que surgen dudas interpretativas razonables que no han sido solucionadas.

Por ejemplo, no es claro cuántas intervenciones para proporcionar acceso a una obra pueden superponerse en relación con una misma obra o un mismo acto de transmisión primigenio: en *Svensson*, *Gs Media* y *Filmspelers* solo existía

⁶³ Se mostró ya inicialmente favorable a esta postura R. SÁNCHEZ ARISTI, «La provisión de enlaces en internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentario a la Sentencia del TJUE 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, pp. 58 y siguientes. En el mismo sentido pueden verse A. TSOUTSANIS, «Why copyright and linking can tango», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 9, núm. 6, 2014, pp. 495-509, así como P. RAMÍREZ SILVA «Los enlaces en Europa...», *cit.*, p. 16.

⁶⁴ Se muestra crítica con esta noción del derecho de comunicación al público como un verdadero «derecho de acceso», como ella coincide en calificarlo, R. TARKIAINEN, «Tipping the scale in *GS Media*: a proposal to restore the balance between rightholders and internet users», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 12, núm. 6, 2017, pp. 502 a 509.

una intervención (la del enlazador o la de quien preinstalaba las extensiones, que ya redirigían al usuario a la obra o a la transmisión originaria directamente sin ninguna intervención incardinada adicional); en *TPB*, sin embargo, existían como mínimo dos intervenciones para dar acceso, tres si incluimos la transmisión originaria (la de los usuarios que compartían entre sí las obras, la de los usuarios que subían a la plataforma los archivos *torrent* y, en fin, la de los administradores de la plataforma que indexaban, clasificaban y filtraban esos archivos *torrent*)⁶⁵.

La pregunta es evidente, como ya apuntábamos al analizar la Sentencia *TPB*: ¿caben infinitas y superpuestas intervenciones para dar acceso a una misma obra o transmisión a los efectos del derecho de comunicación al público, o las intervenciones más lejanas al acto de transmisión o a la obra no gozarán de relevancia suficiente ni tendrán sustantividad propia para conformar un «acto de comunicación»? Parece claro que para dilucidar estos extremos el número de intervenciones no es relevante, sino únicamente la intensidad con la que un determinado acto permite en efecto y en la práctica a los usuarios acceder a una obra protegida⁶⁶.

En este sentido, la anterior no es la única duda posible, sino que surgen otros interrogantes relacionados nada desdeñables ni exóticos: ¿a estos efectos, es necesario que la intervención dé acceso a la obra, o es suficiente con que dé acceso a una ubicación cercana a la obra desde donde sea sumamente sencillo hallarla para el usuario? Piénsese, solo por ejemplo, en un enlace de superficie que, a diferencia de un enlace profundo, no dé acceso a una obra, sino que dirija al usuario a la página inicial de un repositorio *online* donde aquel pueda encontrar fácilmente una determinada obra, y que además se acompañe de indicaciones suficientes para hallar aquella⁶⁷.

⁶⁵ En relación con la posibilidad que ofrece esta serie de jurisprudencia de TJUE de considerar como actos de comunicación pública distintos actos de comunicación que se concatenan entre sí, M. LEISTNER, «Is the CJEU outperforming the Commission? An analysis of the recent developments of the concept of communication to the public in the CJEU's case law and in the Commission's Copyright in the Digital Single Market Directive Proposal with particular regard to online content services», 2017 (disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3077615> [consultado el 25.3.2018]), p.4.

⁶⁶ En torno a estas dudas interpretativas y el alcance de la intervención para proporcionar acceso, puede verse a P. SAVOLA, «EU Copyright Liability for Internet Linking», *JIPITEC (Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law)*, núm. 8 (2), 2017, pp. 144 y siguientes.

⁶⁷ Parece mostrarse en contra de esta interpretación en relación con los enlaces de superficies R. SÁNCHEZ ARISTI, «La provisión de enlaces en internet...», *cit.*, p. 58. También en contra de considerar como acto de comunicación al público la provisión de enlaces de superficie, a pesar de la última serie de resoluciones del TJUE, R. EVANGELIO LLORCA, «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva...», *cit.*, p. 121.

2.2. El carácter ineludible (sic) o indispensable de la intervención

El segundo criterio para analizar si una intervención para proporcionar acceso a una obra constituye o no un «acto de comunicación» se identifica con el carácter «ineludible»⁶⁸ (sic) de esa intervención. Probablemente el uso de ese término, de significado en lengua española distinto al que se pretende, sea fruto de un error de traducción, y sea más apropiado referirse a este criterio, como ocurre en la versión inglesa de tales resoluciones, como «indispensable»⁶⁹.

Más allá de cuestiones terminológicas, el TJUE ha configurado este requisito como la necesidad de que la intervención que proporciona acceso a una obra sea indispensable para que el usuario pueda acceder efectivamente a ella, de tal forma que ese acceso no pudiera haberse producido sin aquella intervención o, aunque ese acceso fuera igualmente posible por otras vías, tal intervención facilite en gran medida el acceso del usuario.

Así, la intervención no debe ser necesariamente *conditio sine qua non* para el acceso, ni por ello el único camino posible para disfrutar de la obra: conforme a la jurisprudencia del TJUE en los casos analizados, basta con que sin esa intervención el acceso de los usuarios a las obras hubiese sido mucho más complejo o difícil para entender que la intervención es «indispensable»⁷⁰. Esta nota es común en todos los casos objeto de análisis, en los que los usuarios podrían haber accedido técnicamente a las obras sin necesidad de los enlaces, las extensiones o la plataforma enjuiciados, pero en los que esas intervenciones facilitaron en gran medida las posibilidades de acceso, su éxito y su eficiencia.

Con ello el TJUE ha superado una de las principales objeciones que los operadores a considerar la provisión de enlaces a obras protegidas habían puesto de manifiesto antes de enjuiciarse el caso *Svensson*: dado que este tipo de conductas suponen siempre la existencia de un acceso alternativo a la obra (la obra o la transmisión originarias a la que tales conductas facilitan el acceso), esas voces aseguraban que ello impide considerar estas actividades como actos autónomos de comunicación al público, especialmente si se tiene en cuenta la

⁶⁸ Apartado §26 de la Sentencia *TPB*, §31 de la Sentencia *Filmspeler* y §35 de *GS Media*.

⁶⁹ Ninguna de las tres acepciones ofrecidas por el DRAE en relación con el verbo «eludir» («1. Evitar con astucia una dificultad o una obligación»; «2. tr. Esquivar el encuentro con alguien o con algo»; «3. tr. No tener en cuenta algo, por inadvertencia o intencionadamente») parece corresponderse con el significado que parece querer atribuir el TJUE al término «ineludible» como «indispensable» o «necesario».

⁷⁰ En la Sentencia *Filmspeler*, el TJUE aseguró que sin la intervención del demandado los usuarios «*difícilmente* podrían disfrutar de las obras protegidas» (apartado §41; énfasis añadido). Más claramente aún fue al respecto el TJUE en la Sentencia *TPB*, en la que aseguró que «de no existir la puesta a disposición y la gestión de esos administradores, dichas obras no podrían ser compartidas por los usuarios o, al menos, su intercambio en Internet resultaría mucho más complejo» (apartado §36).

falta de control que quienes las protagonizan tienen sobre las obras o sobre los actos de transmisión originarios a los que permiten acceder⁷¹.

Aunque el TJUE no ha abordado ni descartado expresamente estas posiciones, estas no parecían excesivamente sólidas, y ello por dos motivos.

En primer lugar, porque parece claro que las intervenciones para proporcionar acceso que ha enjuiciado el TJUE en el seno de los asuntos *Svensson*, *GS Media*, *Filmspeler* y *TPB* eran capitales para proporcionar un acceso efectivo, en la práctica, a los usuarios. Como apuntaron algunos autores antes y después de esta serie de casos, la naturaleza inabarcable y desordenada de Internet y de los contenidos *online* hace que, con frecuencia, sea hartamente complicado para los usuarios encontrar y acceder a un determinado contenido sin la participación de intermediarios que faciliten ese acceso. Se trata, por tanto, de un papel ciertamente indispensable en la práctica, sin el cual el acceso *online* a obras, aun posible desde un punto de vista teórico y técnico, estaría condenado al fracaso o, en el mejor de los casos, se restringiría a usuarios con un nivel de conocimientos técnicos y de pericia en la búsqueda y localización de contenidos muy superiores a los del usuario medio⁷².

Dos argumentos, además, refuerzan esta posición. Por un lado, porque como han coincidido en afirmar incluso las voces críticas con esta interpretación, el papel de estas intervenciones y, en particular, de los enlaces, es fundamental para el correcto funcionamiento de Internet y se relaciona e incardina, por ello, con las libertades de información y expresión⁷³. En tal caso, parece contradictorio afirmar la importancia comunicativa autónoma de este tipo de intervenciones, señaladamente la de los enlaces, para negar inmediatamente a renglón seguido esa relevancia al enjuiciar su relación con el derecho de comunicación al público. Por otro lado, buena prueba del carácter indispensable de las intervenciones que ha analizado el TJUE en los casos referidos es el uso y el éxito que tenían: aun pudiendo técnicamente los usuarios acceder a las obras directamente o por otros medios, acudían con frecuencia y en masa a las intervenciones enjuiciadas, muestra de que estas actúan como medios catalizadores o propagadores de la comunicación inicial⁷⁴.

⁷¹ Abogaba por esta interpretación la EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, «Opinion on the Reference to the CJEU...», *cit.*

⁷² P. RAMÍREZ SILVA «Los enlaces en Europa...», *cit.*, p. 16.

⁷³ Así lo resaltaba la EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, «Opinion on the Reference to the CJEU...», *cit.*, p. 1. La importancia de los enlaces para las referidas libertades de expresión e información fue también reseñada por el TJUE en el apartado §45 de la Sentencia *GS Media*, a partir de la cual, dicho sea de paso, construyó su razonamiento y el equilibrio que pareció querer encontrar con él.

⁷⁴ R. SÁNCHEZ ARISTI, «La provisión de enlaces en internet...», *cit.*, pp. 71 y 72, en relación con el asunto *Svensson* y la provisión de enlaces a obras en Internet: «De hecho, la necesidad de que existan sitios dedicados a centralizar la información sobre dónde hallar determinados recursos en la red desmentiría ese silogismo. Esos sitios, como es el caso de *Retriever*, funcionan a modo de

En segundo lugar, no parece decisivo, para apreciar la existencia de un acto de comunicación al público, que quien comunica la obra sea el único que haga tal cosa ni que su comunicación sea por tanto originaria —es decir, que no haya otros actos de comunicación que se proyectan sobre la misma obra o, incluso, sobre un acto previo y originario de comunicación de forma concatenada—, ni que quien comunica deba tener ninguna capacidad de control sobre la obra o sobre el acto de comunicación preexistente sobre el que se proyecta y superpone.

Muchos ejemplos, fácilmente imaginables y claros en su conclusión como indiscutibles actos de comunicación al público, desacreditan estos supuestos obstáculos: ese es el caso de una ópera representada en un teatro, que igualmente es emitida en directo por una entidad de radiodifusión y que es disfrutada por un huésped de un hotel en el aparato de televisión ubicado en su habitación. En dos de esos tres innegables actos de comunicación —el que realiza la entidad de radiodifusión y el que efectúa el titular del establecimiento hotelero— quienes los llevan a cabo no tienen control alguno sobre la obra ni sobre el acto de comunicación primigenio en el que basan sus respectivos actos de comunicación subsiguientes: la entidad de radiodifusión no puede controlar una repentina y desafortunada afonía de la soprano que representa la ópera, ni el establecimiento hotelero puede hacer lo propio respecto a un súbito fallo técnico de la entidad de radiodifusión que interrumpa la señal mediante la que se emite la ópera.

Con todo, más allá de las consideraciones anteriores y como ocurre con el resto de criterios empleados por el TJUE en los casos analizados, las últimas resoluciones no ofrecen pautas generales para determinar, en abstracto, en qué grado una determinada intervención para proporcionar acceso reviste el carácter de «indispensable» ni, por tanto, cuán complejo o difícil —y con qué criterios— debe ser el acceso del usuario por otros medios para entender concurrente este criterio.

2.3. La naturaleza deliberada de la intervención

El último de los criterios cuya concurrencia ha venido exigiendo el TJUE para integrar el elemento del «acto de comunicación» es el carácter «deliberado» de la intervención indispensable para proporcionar acceso a una obra protegida. Más en particular, el TJUE exige que esa intervención se produzca «con pleno conocimiento de las consecuencias» del comportamiento que da lugar al acto de comunicación al público⁷⁵.

potenciadores o aceleradores de accesibilidad, haciendo que la pasiva o abstracta accesibilidad que tiene un contenido en Internet no indexado o referenciado, se transforme en una accesibilidad dinámica o efectiva. En este sentido, las páginas que contienen enlaces podrían compararse con las retransmisiones que multiplican el alcance de una señal de radiodifusión originaria».

⁷⁵ Apartados §35 de la STJUE *Gs Media*, §31 de la Sentencia *Filmspeler* y §45 y 46 de la Sentencia *TPB*.

La primera vez que el TJUE dio carta de naturaleza y empleó de forma relevante este criterio fue, como hemos tenido ocasión de ver, en el caso *GS Media*. En esa Sentencia el TJUE equiparó el carácter «deliberado» del acto de comunicación con el conocimiento o la diligencia de quien lo protagoniza en relación con el carácter ilícito de las obras a las que su intervención permite acceder. Así se deduce claramente de los apartados §48 a 51 de la Sentencia *GS Media*, donde se utilizan formulaciones propias de este requisito del «acto de comunicación».

Con posterioridad a esa resolución, el TJUE parece haber desligado el análisis de esos extremos del carácter «deliberado» del «acto de comunicación» para analizarlos, en su lugar, al tratar la concurrencia del criterio del «público nuevo». Eso es lo que ocurrió en las sentencias *Filmspeler* o *TPB*, donde el TJUE no integró el carácter «deliberado» de todo «acto de comunicación» con ninguna circunstancia fáctica del caso —se limitó a enunciar en abstracto este requisito—, y en donde reservó el conocimiento o la diligencia respecto a la naturaleza ilícita de las obras a las que se permitía acceder al analizar la concurrencia de un «público nuevo»⁷⁶. Esta deficiencia sistemática del TJUE en torno a esta cuestión ha motivado que analicemos este extremo en este apartado de forma separada a los elementos de «acto de comunicación» y de «público nuevo»⁷⁷.

A estas alturas, por tanto, no parece claro qué conceptos o pautas deben integrar el carácter «deliberado» de todo «acto de comunicación», o si este tercer y último criterio ha quedado vacío de contenido y debe enunciarse de forma meramente discursiva, sin ninguna conexión con los hechos que deban enjuiciarse. Existen, sin embargo, dos opciones interpretativas para rellenar de nuevo este criterio.

La primera pasa por volver a los orígenes de *GS Media* y reintegrar el conocimiento y la diligencia sobre la naturaleza lícita o ilícita de las obras a las que se permite acceder dentro del análisis del carácter «deliberado» de la intervención, lo cual haría recobrar cierta lógica sistemática a los pronunciamientos del TJUE.

La segunda pasa por integrar este concepto con un nuevo y autónomo requisito de conocimiento de quien protagoniza el acto de comunicación. Así, podría defenderse que el carácter «deliberado» que se exige a todo «acto de comunicación» no se refiere, en realidad, al conocimiento o la diligencia sobre la ilicitud de las obras a las que se permite acceder, sino a la consciencia y voluntad sobre el propio «acto de comunicación».

Dicho de otra forma: una intervención indispensable para proporcionar acceso a una obra solo sería un «acto de comunicación» si se ha producido esa intervención de forma consciente, esto es, si quien la protagoniza ha decidido de forma activa y voluntaria llevar a cabo una acción que, en efecto, posibilita ese acceso.

⁷⁶ Apartados §47 a 49 de la Sentencia *Filmspeler* y §44 a 46 de la Sentencia *TPB*.

⁷⁷ Véase *infra* apartado V.4.

Esta interpretación, inédita en esta última serie de sentencias del TJUE, excluiría la condición de «acto de comunicación» de intervenciones no conscientes o puramente pasivas —por ejemplo, las realizadas por medio de procedimientos automatizados no completamente controlados— que no permitieran prever o evitar que terceros las aprovecharan para acceder a una obra protegible⁷⁸.

Esta noción podría servir para excluir del derecho de comunicación al público las conductas de prestadores de servicios de la sociedad de la información que facilitan el acceso a obras y prestaciones protegidas, bien porque sus intervenciones son automatizadas —y, por tanto, no deliberadas—, bien porque quienes realizan las mismas son en muchos casos los usuarios de esos servicios, circunstancia que podría excluir por tanto y en principio una intervención «deliberada» del prestador.

Las siguientes sentencias del TJUE que hayan de venir clarificarán si el análisis del carácter deliberado del acto de comunicación debe reintegrarse en línea con lo establecido en el caso *GS Media*, si se continúa dejando este criterio huérfano de contenido (como ha ocurrido en *Filmspeler* o *TPB*) o si, no sin cierta sorpresa, se acoge una nueva interpretación como la última propuesta.

3. EL «PÚBLICO»

El segundo elemento para que exista un acto de comunicación al público, es, en efecto, la existencia de un «público». La apreciación de este elemento, conforme a la jurisprudencia analizada, está compuesta de tres criterios: 1) la existencia de un número indeterminado pero considerable de personas; 2) que ese público sea nuevo, en el sentido de no considerado por el titular de derechos en la comunicación inicial; o 3) que haya tenido acceso a la obra por medio de una técnica específica.

3.1. Número de personas indeterminado pero considerable

No existe criterio más indeterminado que aquel que se enuncia directamente como tal. El análisis de este primer criterio, no obstante, carece prácticamente de relevancia en los casos analizados: es indudable que las intervenciones enjuiciadas se dirigían a un número de personas considerable, pues esa condición merecen los potenciales adquirentes del dispositivo *Filmspeler* (todos los

⁷⁸ J.C. GINSBURG, «The Court of Justice of the European Union Creates...», *cit.*, pp. 7 y siguientes, apunta, como nosotros, a que es posible que el uso que hace el TJUE del elemento del conocimiento tanto en sede del «acto de comunicación» como para analizar la existencia de «público nuevo» no sea casual y responda a la necesidad de llevar a cabo un doble análisis de este requisito desde sendos distintos puntos de vista.

ciudadanos con capacidad de obrar de los territorios donde el dispositivo se comercializaba) y, en mayor grado aún, todos los usuarios potenciales de Internet en relación con *Svensson*, *GS Media* y *TPB* (todos los seres humanos con acceso a una conexión a Internet y, en el caso de *TPB*, que tuviesen instalado un programa cliente p2p).

Y es que ya no cabe ninguna duda, desde hace años y, en particular, desde el mencionado asunto *SGAE*⁷⁹, de que el público cuya concurrencia exige el TJUE es un público potencial (no necesariamente efectivo) y acumulativo (no necesariamente simultáneo): salvo puntuales y ya abandonadas excepciones⁸⁰, el TJUE ha admitido que no es necesario, para que concurra un público, demostrar que las personas acceden *efectivamente* a la obra o que lo hacen a la vez o en cierta concurrencia, sino que es suficiente con que exista esa posibilidad y, además, de forma diferida o dispersa en el tiempo.

Más dudas pueden plantearse, no obstante, en relación con el número de usuarios potenciales que se exige para atribuir a ese grupo la condición de «público». La cuestión no es teórica ni irrelevante, sino que se producirá necesariamente en la práctica: las soluciones tecnológicas utilizadas por los usuarios para compartir contenidos, también obras protegibles, tienden cada vez más a compartimentar a los usuarios por grupos, de tal modo que estos puedan conectarse únicamente con sus familiares, amigos o conocidos por medio de una invitación previa.

No es claro, o al menos no lo es para los autores de este trabajo, si el intercambio de obras protegidas que pueda producirse en esos pequeños grupos digitales deba o no considerarse hecho a un «público», o si este concepto debe determinarse por el mayor o menor número de personas presentes en ese grupo y por la intensidad o proximidad de sus lazos (¿los grados de consanguinidad son relevantes? ¿un grupo formado por miembros más o menos lejanos de una familia jamás debe ser considerado público y sí debe serlo, por el contrario, un grupo voluminoso formado por compañeros de trabajo alejados de cualquier lazo afectivo o íntimo?)⁸¹.

⁷⁹ Apartado §43 de la Sentencia en cuanto al carácter potencial del público («[a]demás, 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») y §39 sobre su naturaleza acumulativa («[a]demás, si se tienen en cuenta los efectos acumulativos que provoca, la posibilidad que se concede a tales telespectadores potenciales de acceder a la obra puede adquirir en este contexto una importancia significativa. Por lo tanto, poco importa que los únicos destinatarios sean los ocupantes de las habitaciones y que éstos, individualmente considerados, no tengan más que una trascendencia económica limitada para el propio hotel»).

⁸⁰ Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-135/10, *Del Corso*.

⁸¹ A favor de tener en cuenta la relación que existe entre quien lleva a cabo el acto de comunicación y su audiencia, véase S. KARAPAPA, «The Requirement for a “New Public” in EU Copyright Law», *European Law Review*, núm. 1, 2017, pp. 66 y pp. 78 y siguientes. De hecho, estas relaciones íntimas

3.2. Público nuevo: no considerado por el titular

Al resolver el asunto *Svensson*, el TJUE pareció enfrentarse a un dilema aparentemente irresoluble: por un lado, la conveniencia de encuadrar dentro del derecho de comunicación al público la provisión de enlaces en Internet a obras protegibles puestas a disposición sin autorización de sus titulares, por medio de los cuales se ha venido articulando una parte nada desdeñable de la explotación ilícita de obras en la red; por el otro, el peligro de que tal categorización provocara que cayeran bajo el paraguas del derecho de comunicación al público enlaces beneficiosos para la sociedad de la información, como lo son aquellos que remiten a obras protegidas libremente accesibles *online* por deseo de sus titulares.

Por ello, y tras concluir que la provisión de enlaces en Internet a obras protegidas constituye un «acto de comunicación» a un número indeterminado pero considerable de personas, el TJUE añadió un requisito adicional para considerar esa práctica como un acto de comunicación al público: que el público al que se dirige el acto de comunicación sea «nuevo»⁸².

Es cierto que la exigencia de un «público nuevo» como parte de todo acto de comunicación al público podía encontrarse puntualmente en algunas resoluciones anteriores a *Svensson*⁸³, pero no y en ningún caso con el significado y peso específico que el TJUE le dio en este primer caso de la serie y en todos los que se le han seguido.

En *Svensson* el TJUE definió «público nuevo» como el público no considerado por el titular de derechos cuando este autorizó la comunicación inicial de la obra al público⁸⁴. De este modo, conforme a esa resolución, existiría un público nuevo cuando la obra no se hallaba ya «libremente» disponible en Internet sin ninguna restricción de acceso, pues en tal caso el público potencial de la primera comunicación (el tomado en consideración por los titulares) ya englobaba a los usuarios que acceden a la obra mediante el segundo acto de comunicación⁸⁵. Evidentemente, si el segundo acto de comunicación permitiera eludir medidas de restricción adoptadas en la primera comunicación, sí concurriría en tal caso un «público nuevo»⁸⁶.

de parentesco, amistad o complacencia han desempeñado un papel relevante en las jurisprudencias de tribunales nacionales para distinguir aquellos actos de comunicación a un público de los meramente privados. Sobre las relaciones de complacencia, véase P. SALVADOR CODERCH, «Relaciones de complacencia en el entorno digital», *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 114, N° 4, 2015, pp. 953-985.

⁸² Apartados §24 y siguientes de la Sentencia *Svensson*. Desde su introducción en *Svensson*, este criterio ha sido luego invariablemente utilizado por el STJUE en los casos *GS Media* (§42 y 43), *Filmspeler* (§47) o *TPB* (§44).

⁸³ Véase la Sentencia *SGAE*, apartados §40 y 42, o la Sentencia *ITV Broadcasting*, apartado §39.

⁸⁴ Apartado §24 de la Sentencia *Svensson*.

⁸⁵ Apartados §25 a 27 de la Sentencia *Svensson*.

⁸⁶ Apartado §31 de la Sentencia *Svensson*.

Ante las dudas suscitadas, el TJUE perfiló el elemento de «público nuevo» en el caso *GS Media* y, en particular, el concepto «libremente», especialmente problemático en aquellos casos en los que, a diferencia de lo que ocurría en *Svensson*, la obra se hallaba disponible previamente en Internet pero sin autorización de sus titulares. El TJUE añadió para estos supuestos, como era lógico, que para que no exista un público nuevo es necesario que sea el titular o un tercero con su consentimiento (no, por tanto, cualquiera sin autorización) el que haya puesto a disposición previa y libremente en Internet la obra a la que se permite acceder mediante el enlace o por medio de cualquier otra intervención. De modo contrario, existirá siempre un público nuevo si la obra a la que se permite acceder ha sido comunicada sin la autorización del titular de derechos o, incluso, si la intervención permite eludir medidas de restricción de acceso impuestas por el titular⁸⁷. La respuesta en este punto es ciertamente sensata: si el «público nuevo» se corresponde con el público considerado por el titular de derechos, y si la obra no se comunicó previamente sin su consentimiento, toda comunicación que permita acceder a ella se dirige por definición a un público no considerado por el titular.

Sin perjuicio de esta última lógica interna, el requisito de «público nuevo» como presupuesto de todo acto de comunicación al público, al menos según ha sido configurado por el TJUE en las resoluciones anteriores, no parece del todo razonable, y ello por varios motivos.

El primero es su escaso o nulo reflejo en la Directiva 2001/29 y, en especial, en su artículo 3.1: nada en el tenor de ese precepto, en el de otros artículos de la norma o de sus considerandos parece justificar la existencia de este requisito como parte del derecho de comunicación al público, sino que más bien parece responder a una creación *ex novo* del TJUE no amparada normativamente⁸⁸.

El segundo es su difícil encaje en la noción clásica del derecho de comunicación al público y, en especial, en comparación con otros actos que indiscutiblemente deben considerarse como actos de comunicación al público: jamás hasta ahora se había planteado que cuando el titular de derechos autoriza una comunicación de su obra, de modo que esta sea libremente accesible por los usuarios —ya sea en el contexto *online* o fuera de él—, no quepan más actos de comunicación al público con la misma tecnología que se proyecten sobre la misma obra⁸⁹, como si se produjese una suerte de agotamiento del derecho

⁸⁷ Apartado §43 de la Sentencia *GS Media*.

⁸⁸ En relación con el origen de este requisito en la jurisprudencia del TJUE y del probable malentendido interpretativo de la Guía de la OMPI sobre el Convenio de Berna del que deriva, véase la clara exposición que hace al respecto R. EVANGELIO LLORCA, «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva...», *cit.*, pp. 129 y ss.

⁸⁹ Antes de *Svensson* se pronunciaba en ese sentido M. PEGUERA POCH, «Tratamiento jurisprudencial de los sitios web...», *cit.*, p. 77.

de comunicación al público⁹⁰, explícitamente prohibida por el artículo 3.3 de la Directiva 2001/29⁹¹.

Hay muchos ejemplos, algunos muy ilustrativos, de actos de comunicación al público donde no parece concurrir público nuevo alguno, en especial conforme a la última concepción ofrecida por el TJUE desde *Svensson*, pero que tienen indudablemente esa naturaleza: parecería quedar extramuros de tal derecho, por ejemplo, la comunicación al público de una obra —una película, pongamos por caso— realizada por medio de Internet si esa misma obra está siendo en ese momento comunicada también online y libremente con consentimiento del titular —por ejemplo, por medio de una entidad de radiodifusión que ofrece sus emisiones en abierto en Internet—. En tal caso, la comunicación no autorizada no parece añadir ningún público nuevo respecto al público potencial que puede acceder a la comunicación realizada por la entidad de radiodifusión con consentimiento del titular (pues ambas comunicaciones se proyectarían sobre cualquier usuario con conexión Internet) ni, por tanto y conforme a la última jurisprudencia del TJUE, conllevar un acto de comunicación al público. Ello carece de sentido, pues es indudable que en el supuesto planteado la comunicación inconsentida debería calificarse como un acto de comunicación al público —ilícito, por lo demás—.

Es más, este nuevo concepto de «público nuevo» no parece casar tampoco con el alcance que el TJUE había dado a este elemento en los —pocos— casos anteriores a *Svensson* donde lo había empleado y, en particular, en el asunto *SGAE*: allí el TJUE consideró que las personas que disfrutaban de obras emitidas desde las televisiones instaladas en las habitaciones de un hotel constituían un «público nuevo», y ello a pesar de que tales emisiones eran emitidas por las entidades de radiodifusión libremente y en abierto y, por tanto y potencialmente, los huéspedes de un hotel —que podrían haber accedido a las mismas, por ejemplo, mediante pequeños aparatos de televisión portátil, tan en boga años atrás— ya formaban parte del público considerado por el titular de los derechos en la comunicación originaria⁹².

⁹⁰ En relación con las implicaciones del requisito del «público nuevo» como una suerte de agotamiento del derecho de comunicación al público se pronuncian P.B. HUGENHOLZ y S. VAN VELZE, «Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a 'New Public'», *IIC*, vol. 47, núm. 7, 2016, pp. 797 a 816. En contra, véase S. KARAPAPA, «The Requirement for a "New Public"...», *cit.*, pp. 63-81.

⁹¹ R. SÁNCHEZ ARISTI, «La provisión de enlaces en internet...», *cit.*, p. 75, ya apuntaba este problema en el razonamiento del TJUE.

⁹² Desarrolla con suma precisión la aparente contradicción entre la concepción de «público nuevo» de *Svensson* y de *SGAE*, R. SÁNCHEZ ARISTI, «La provisión de enlaces en internet...», *cit.*, pp. 69 y siguientes. Señala este autor que «[L]o indicado en los apartados 26 y 27 de la Sentencia *Svensson* parece significar que, en cualquier caso, aunque el acto inicial de puesta a disposición no tuviera un público potencial universal, los reimpulsos efectuados dentro de la zona de cobertura de dicho acto son irrelevantes. Ello contrasta con la jurisprudencia anterior del TJUE, la cual, como hemos visto, admite que actos de retransmisión (asunto *SGAE*) o de transmisión por internet (asunto *TV*

Por último en lo tocante al criterio del «público nuevo», y como hemos visto en otros apartados de este trabajo, el TJUE ha integrado en este criterio elementos que inicialmente y, en particular, en los casos *Svensson* y *GS Media*, no habían sido empleados para analizarlo. Nos referimos al giro que en el estudio de este criterio han supuesto las Sentencias *Filmspeler* y *TPB*, en las cuales el TJUE ha afirmado la existencia de un público nuevo no solo porque las obras que se comunicaban no se encontrasen a disposición libremente con consentimiento de sus titulares, sino también por el conocimiento y la diligencia que sobre esa ilicitud tenía quien protagonizaba el acto de comunicación⁹³, a pesar de que estos últimos elementos habían sido utilizados antes por el TJUE exclusivamente para enjuiciar el carácter deliberado que requiere todo acto de comunicación.

Como apuntábamos, este cambio de ubicación de los criterios de conocimiento y diligencia y su encuadre en el criterio de público nuevo no parecen lógicos ni acertados. Si el público nuevo se define como el público considerado por el titular de derechos al realizar la comunicación inicial, y si por tanto se relaciona y proyecta exclusivamente sobre las expectativas que dicho titular tenía al realizar la primera comunicación, parece claro que carecen de pertinencia o utilidad para valorar este extremo elementos subjetivos que se proyectan sobre un sujeto distinto (el infractor, no el titular) y en un momento distinto (el momento en que se produce la comunicación supuestamente infractora, no el momento en el que se produjo la comunicación inicial).

En cualquier caso, y vista la confusión sistemática del TJUE en cuanto a tales elementos, reservaremos su análisis, como anunciábamos, a un apartado autónomo.

3.3. *Público que accede por medio de una técnica específica*

No es necesaria la presencia de un público nuevo para constatar un acto de comunicación al público si este se realiza con una técnica específica distinta de las utilizadas anteriormente. Así lo ha asegurado el TJUE desde la sentencia *Svensson*⁹⁴, pronunciamiento que ha mantenido y ampliado luego, siquiera a efectos discursivos, en *GS Media*⁹⁵, *Filmspeler*⁹⁶, y *TPB*⁹⁷.

Catchup) realizados dentro de la zona de cobertura de la emisión original, pueden dar lugar a una nueva comunicación al público, sin que el acto de radiodifusión inicial absorba indefectiblemente la totalidad del público potencial que se halle localizado dentro de dicha zona. La pregunta es por qué esto puede suceder con la radiodifusión convencional y en cambio no con la puesta a disposición en internet; por qué la retransmisión efectuada por el hotelero determina la comunicación a un nuevo público, en tanto no va dirigida a la simple mejora técnica de la recepción de la emisión originaria, y por el contrario ello no ocurre con la puesta a disposición realizada por un enlazador».

⁹³ Apartados §47 a 49 de la Sentencia *Filmspeler* y §44 a 46 de la Sentencia *TPB*.

⁹⁴ Apartado §24 de la Sentencia *Svensson*.

⁹⁵ Apartado §37 de la Sentencia *GS Media*.

⁹⁶ Apartado §33 de la Sentencia *Filmspeler*.

⁹⁷ Apartado §28 de la Sentencia *TPB*.

En realidad, y en favor de la precisión expositiva, más que prescindir en estos casos del requisito del «público nuevo», el TJUE parece presumir su presencia, dado que la comunicación de la obra por medio de una técnica específica y nueva —no utilizada por el titular— probablemente lleve ínsita siempre y en todo caso —sin necesidad de ninguna constatación ulterior— la presencia de un público nuevo, en la medida en que permite el acceso por parte de un público (o por medio de un canal) no considerado(s) por el titular de derechos⁹⁸.

En cualquier caso y aunque ello es ya estéril, cabe discutir de nuevo este criterio, en la medida en que tampoco parece contemplarse ni fundarse, al menos explícitamente, en el texto de la Directiva 2001/29.

Más atención merece, sin embargo, su interpretación y alcance. Ello es particularmente complejo si tenemos en cuenta que el TJUE no ha apreciado en ninguno de los casos objeto de este trabajo la existencia de una técnica específica en los actos de comunicación analizados que hiciera superflua la exigencia de un público nuevo.

Y es que, al incorporar este criterio, el TJUE parece referirse, en realidad, no tanto a la técnica utilizada al realizar el acto de comunicación, sino más bien al medio en que se produce este acto. En este sentido, para el TJUE cualquier acto de comunicación que tenga lugar en Internet parece ser considerado como

⁹⁸ Esta interpretación parece desprenderse claramente del apartado §39 de la *Sentencia ITV Broadcasting*: «[e]n cambio, el asunto principal en este procedimiento se refiere a la transmisión de las obras incluidas en una emisión de televisión terrestre y a la puesta a disposición en Internet de tales obras. Según resulta de los apartados 24 a 26 de la presente sentencia, cada una de esas dos transmisiones debe ser autorizada individual y separadamente por los autores interesados, ya que cada una de ellas se realiza en condiciones técnicas específicas, utilizando un diferente modo de transmisión de las obras protegidas, y cada una de ellas está destinada a un público. En esas circunstancias, ya no es preciso examinar, en una fase posterior, el requisito del público nuevo, que solo es pertinente en las situaciones sobre las que tuvo que pronunciarse el Tribunal de Justicia en los asuntos que dieron lugar a las sentencias antes citadas SGAE, Football Association Premier League y otros, y Airfield y Canal Digitaal». En el mismo sentido, aunque de forma más clara y reciente, se ha pronunciado el TJUE en la Sentencia de 29 de noviembre de 2017, asunto C-265/16, *VCAST*, apartados § 48 a 50: «48. En segundo lugar, la transmisión original efectuada por el organismo de radiodifusión, por un lado, y la realizada por el prestador de servicios de que se trata en el litigio principal, por otro, se realizan en condiciones técnicas específicas, utilizando un diferente modo de transmisión de las obras protegidas, y cada una de ellas está destinada a su público (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de marzo de 2013, *ITV Broadcasting* y otros, C-607/11, EU:C:2013:147, apartado 39). 49. Las transmisiones mencionadas constituyen, por tanto, comunicaciones al público diferentes, y cada una de ellas debe recibir, en consecuencia, la autorización de los titulares de los derechos en cuestión. 50. En esas circunstancias, ya no es preciso examinar, en una fase posterior, si los públicos a los que se dirigen estas comunicaciones son idénticos o si, en su caso, el público al que se dirige el prestador de servicios de que se trata en el litigio principal constituye un público nuevo (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de marzo de 2013, *ITV Broadcasting* y otros, C-607/11, EU:C:2013:147, apartado 39)». Para un comentario reciente de esta última sentencia, véase A. MUÑOZ VICO, «VCAST contra RTI: ¿Hacia una copia privada en la nube? Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2017 en el asunto C-265/16», *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, núm. 57, 2017, pp. 37-82.

realizado por medio de una misma técnica: buena muestra de ello es que en la Sentencia *Svensson* el TJUE descartó que pudiera aplicarse este criterio al caso, dado que la actividad enlazadora «ha sido realizada a través de Internet como la comunicación inicial, es decir, con la misma técnica»⁹⁹. La misma interpretación parece haber aplicado en el resto de casos, en los que nunca ha destacado que el acto que se enjuiciaba se hubiese realizado por medio de una técnica específica, y ello a pesar de que había buenas razones para considerarlo, con especial intensidad en el caso *Filmspelers*.

La noción que maneja el TJUE de «técnica específica» parece por tanto sumamente restrictiva, de concurrencia casi imposible en el entorno *online*: si dos comunicaciones tienen lugar en Internet, y aunque la técnica empleada para cada una sea en realidad distinta (el ofrecimiento de un contenido almacenado para su descarga, la provisión de enlaces, la presinstalación de extensiones, la indexación en una plataforma) difícilmente concurrirá este criterio, salvo que se produzca un súbito cambio interpretativo del TJUE.

Esta interpretación restrictiva del concepto «técnica específica» que se desprende de la jurisprudencia del TJUE contrasta con la opinión que deslizó al respecto, casi de soslayo, el Abogado General en sus conclusiones en el caso *TPB*. En ellas, sorprendentemente y en contradicción con la tesis del TJUE, el Abogado General afirmó que, con independencia de la existencia de un público nuevo, los actos de comunicación de obras que tienen lugar en las redes p2p se producen en «un medio técnico específico»¹⁰⁰. Aunque el TJUE no abordó esta cuestión explícitamente en su Sentencia, no parece que esta interpretación del Abogado General, plenamente plausible por los motivos que veíamos, sea compartida por el TJUE ni acorde con su jurisprudencia.

4. EL CONOCIMIENTO O LA POSIBILIDAD DE CONOCER EL CARÁCTER ILÍCITO DE LA OBRA

A partir de la sentencia *GS Media*, el TJUE añadió un nuevo filtro al análisis del derecho de comunicación al público: para que nos encontremos ante un acto subsumible en ese derecho, al menos en conductas del tipo de las analizadas, ya no es suficiente con que las obras a las que se facilita el acceso no hayan sido puestas a disposición del público previa y libremente con consentimiento del titular, sino que también es necesario que quien interviene para proporcionar el acceso a ellas conozca o pueda conocer el carácter ilícito de las obras a las que su intervención permite acceder.

Parecidamente a lo que ocurrió con la introducción del requisito del «público nuevo» en la sentencia *Svensson*, difícilmente este último criterio puede ha-

⁹⁹ Apartado §24 de la Sentencia *Svensson*.

¹⁰⁰ Apartado §47 de las conclusiones del Abogado General.

llarse en el redactado de la Directiva 2001/29. Ese requisito responde, por ello y también, a una nueva creación del TJUE inspirada por la necesidad de diferenciar conductas beneficiosas para la sociedad de la información de aquellas que contribuyen decisivamente a la explotación ilícita de obras y prestaciones en el entorno *online*. Esta última no es una elucubración de los autores de este trabajo: el TJUE reconoció explícitamente la búsqueda de este equilibrio al introducir por primera vez este requisito en el asunto *GS Media*¹⁰¹.

4.1. ¿Parte del «acto de comunicación», del «público nuevo» o elemento autónomo?

Como antes apuntábamos al analizar cada uno de los casos que han dado lugar a los nuevos requisitos del moderno derecho de comunicación al público, la ubicación sistemática de este último no es evidente ni clara en la jurisprudencia del TJUE.

En la sentencia *GS Media*, primera que introdujo este elemento, pareció quedar claro que este requisito se integraba en el análisis del «acto de comunicación» y, más en particular, en el examen del carácter «deliberado» que debe existir para dar lugar a aquél¹⁰². Esa ubicación sistemática del conocimiento sobre la ilicitud de quien facilita el acceso a una obra parece haber sido definitivamente abandonada por el TJUE¹⁰³ en el caso *TPB*¹⁰⁴, donde el TJUE, como veíamos y con escasa fortuna, encuadra este criterio como parte del análisis del elemento del «público nuevo», en línea con la exposición que ya llevó a cabo el mismo tribunal en el caso *Filmspeler*¹⁰⁵. Sea como fuere y acaso por estos vaivenes sistemáticos, quizás tenga sentido abordar el análisis de este último requisito como un elemento autónomo, y ello por dos motivos.

Primero, por la suma y creciente importancia que ha desempeñado el mismo en el análisis de los casos enjuiciados y que, con toda probabilidad, revista aún en mayor medida en el futuro.

Segundo, por su naturaleza, del todo distinta al del resto de criterios propios del «acto de comunicación» y del «público»: mientras todos los criterios que integran

¹⁰¹ Apartados §44 y siguientes de la Sentencia *GS Media*.

¹⁰² Así sucede en especial en los apartados §51 y 54 de esa Sentencia, en los que el TJUE analiza ese elemento como parte del requisito de que el facilitador de acceso intervenga «con pleno conocimiento de la naturaleza protegida de dicha obra y de la eventual falta de autorización de publicación en Internet por el titular de los derechos de autor», formulación propia de la naturaleza *deliberada* que se exige a todo «acto de comunicación», como demuestra la conexión de esos apartados con el apartado §35 de la misma Sentencia.

¹⁰³ Como decíamos, otros autores parecen interpretar esta cuestión de forma plenamente contraria. En particular, J. C. GINSBURG, «The Court of Justice of the European Union Creates...», *cit.*, pp. 4 y 5.

¹⁰⁴ Véanse los apartados §44 a 46 de la Sentencia *TPB*.

¹⁰⁵ Apartados §49 y siguientes de la Sentencia del TJUE en el caso *Filmspeler*.

estos elementos tienen carácter objetivo —pues su análisis se circunscribe y se agota en la constatación de la concurrencia de determinados requisitos sobre la intervención que proporciona acceso o sobre la disponibilidad previa y lícita de la obra—, este último tiene carácter indudablemente subjetivo, pues se dirige a analizar el conocimiento que tenía el pretendido infractor sobre esa ilicitud o, en el mejor de los casos, su diligencia al constatar o poder constatar ese extremo.

Precisamente el carácter puramente subjetivo de este último requisito demuestra el error que supone su integración como parte de los criterios necesarios para definir un acto de explotación como el de comunicación al público, pues ello no casa en absoluto con la naturaleza y la lógica propia de los actos de explotación de derechos de propiedad intelectual. Los actos de explotación de cualquier derecho de propiedad intelectual son puramente objetivos: una conducta tiene la consideración de acto de explotación de derechos de propiedad intelectual si reviste los elementos objetivos que definen un determinado derecho de propiedad intelectual.

Quien reproduce una obra la fija o la multiplica, con independencia de su intención o su *animus*. Quien la distribuye es porque la pone a disposición por medio de un soporte tangible, sin ulteriores consideraciones sobre elementos volitivos. Quien la comunica al público es porque la hace accesible a una pluralidad de personas, también sin aditamentos subjetivos adicionales. Todos estos actos son, así, puramente objetivos, pues su constatación depende única y exclusivamente de que se produzcan esas conductas, con independencia de la voluntad, el conocimiento o la diligencia de quienes las protagonizan¹⁰⁶.

4.2. *¿Presunto, efectivo o innegable?*

Desde un punto de vista abstracto, era posible establecer tres grados de exigencia distintos en relación con la concurrencia del requisito de conocimiento o de diligencia sobre la ilicitud de las obras respecto de las cuales se realiza una intervención para proporcionar acceso.

El primero, establecer un «conocimiento presunto» de quien realiza el acto de comunicación al público, especialmente si reúne determinadas características: conforme a este nivel de exigencia, puede presumirse que quien interviene para dar acceso a una obra protegible que ha sido puesta a disposición del público ilícitamente conoce ese carácter infractor. La presunción debe ser, por supuesto, *iuris tantum*: quien proporciona el acceso a la obra debe estar legitimado a demostrar que no conocía ni podía conocer, conforme al umbral de diligencia aplicable, la naturaleza ilícita de la obra a la que se permite acceder.

¹⁰⁶ En este sentido, M. LEISTNER, «Is the CJEU outperforming the Commission?... », *cit.*, p. 8.

El segundo grado puede pasar por exigir un nivel de conocimiento equivalente al «conocimiento efectivo» propio de la Directiva 2000/31 en relación con los prestadores de servicios de la sociedad de la información¹⁰⁷: así, solo existiría un acto de comunicación al público si quien lo protagoniza tiene conocimiento efectivo del carácter ilícito de la obra a la que permite acceder, lo cual tendría lugar en el caso de que aquel hubiese sido advertido expresamente y de un modo apropiado por el titular de los derechos sobre esta cuestión, le hubiera sido notificada una resolución en este sentido, o que las circunstancias del caso así lo revelasen claramente.

El tercer nivel de exigencia se situaría a medio camino de los dos anteriores, y pasaría por requerir un «conocimiento innegable» basado en un análisis casuístico que tuviera en cuenta las particulares circunstancias fácticas de cada supuesto: si conforme a tales circunstancias resulta innegable que quien facilita el acceso a una obra conocía o podía conocer su carácter ilícito, nos encontraríamos entonces ante un acto de comunicación al público.

En los casos analizados pueden encontrarse pronunciamientos tanto del TJUE como Abogado General favorables a cada uno de los tres niveles anteriores en función del caso analizado.

En *GS Media*, el TJUE construyó un conocimiento presunto para aquellos casos en los que quien facilita el acceso a una obra ilícita actúa con ánimo de lucro: en estos supuestos, el TJUE aseguró que debía presumirse que quien facilita el acceso ha actuado con la suficiente diligencia para realizar las comprobaciones necesarias tendentes a asegurar que la obra no es ilícita. En tales supuestos, debe presumirse el conocimiento de quien facilita el acceso a la obra sobre la ilicitud de esta y, por tanto y a la postre, debe presumirse el acto de comunicación al público. Esa presunción, como presunción *iuris tantum*, es destruible mediante prueba en contra del sujeto que facilita el acceso a la obra¹⁰⁸.

Con todo, el TJUE no aclaró hacia dónde debía proyectarse el ánimo de lucro de quien comunica para que entre en juego esa presunción y, en particular, si basta con que ese ánimo se predique de la actividad general de quien comunica o si, por el contrario, debe anudarse al concreto acto de comunicación al público objeto de análisis¹⁰⁹. Con todo, la diferencia es relativa: la contrapres-

¹⁰⁷ Considerando 46 y artículo 14 de la Directiva 2000/31.

¹⁰⁸ Apartados §51 y ss. de la Sentencia *GS Media*.

¹⁰⁹ E. ROSATI, «GS Media and its implications for the construction...», *cit.*, pp. 1221-1242 destaca esta ambigüedad en el razonamiento del TJUE, aunque aventura que probablemente el TJUE se refiera a la primera opción. También se plantea esta cuestión P. SAVOLA, «EU Copyright Liability for Internet Linking», *cit.*, p. 146. R. EVANGELIO LLORCA, «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva...», *cit.*, pp. 137 y siguientes asegura que ha habido una suerte de modificación interpretativa del TJUE en relación con esta cuestión. Según la autora, si bien en la Sentencia *GS Media* el ánimo de lucro parecía predicarse de la actividad de colocación del enlace,

tación por los servicios que recibe el comunicador consistente en la obtención y tratamiento de datos personales y de otros de otra índole relativos al acto en cuestión ya bastarían para acreditar el ánimo de lucro.

Al margen de ello, la traslación de esta postura a otros casos puede ser problemática, especialmente en aquellos en los que quien interviene para proporcionar acceso a una obra juega un papel más pasivo o, directamente, el propio de un intermediario: piénsese en plataformas como *TPB*, donde quien proporcionaba y subía a la plataforma los metadatos que permitían acceder a las obras eran sus usuarios. O más claramente aún: repárese en la actividad de genuinos intermediarios de la sociedad de la información, como grandes y conocidos motores de búsqueda, que ofrecen millones de accesos a obras y prestaciones protegidas mediante la indexación de enlaces que dirigen a ellas, y que difícilmente pueden saber de antemano si tales obras se hallan a disposición del público con consentimiento o no de sus titulares.

En tales casos, donde los gestores de la plataforma o del intermediario actúan habitualmente con ánimo de lucro, establecer una presunción de conocimiento como la configurada en *GS Media* puede ser excesivamente gravosa para ellos o directamente contraria al artículo 15 y al considerando 47 de la Directiva 2000/31, que impiden imponer una obligación general de supervisión a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Es precisamente por ello que, en sus conclusiones para el caso *TPB*, el Abogado General Szpunar recomendó no aplicar el criterio de *GS Media* a este tipo de supuestos y, en su lugar, optar por el segundo grado de exigencia que antes resumíamos: exigir a tales operadores tener un conocimiento efectivo de la ilicitud de las obras a las que permiten acceder y, en particular, exigir que aquellos hayan sido advertidos previa y expresamente por los titulares de derechos correspondientes y, una vez requeridos, no hayan actuado de modo alguno para impedir los accesos que facilitan¹¹⁰. Este nivel de exigencia iría en línea con lo establecido precisamente por la Directiva 2000/31.

El TJUE, aunque no abordó esta cuestión expresamente en su sentencia en el caso *TPB*, pareció situarse en un punto medio entre ambas posturas —la expuesta en *GS Media* y la propuesta por el Abogado General—, en línea con el tercer nivel que antes exponíamos: aunque el TJUE citó de soslayo el ánimo de lucro que movía a los administradores de *TPB*¹¹¹, utilizó los elementos del caso para asegurar que, a la vista de ellos, los administradores de la plataforma no podían

en la Sentencia *Filmpeleer* y, en particular, en la Sentencia *TPB*, el TJUE parece haber ampliado el alcance del requisito de ánimo de lucro para extenderlo, en general, a la actividad general del enlazador o de quien facilita el acceso a las obras.

¹¹⁰ Apartados §51 a 54 de las conclusiones del Abogado General.

¹¹¹ Apartado §46 de la Sentencia *TPB*.

desconocer la ilicitud de obras y prestaciones a las que permitan acceder¹¹². Se trataría, por tanto, de un conocimiento innegable y puramente casuístico: existiría un acto de comunicación en estos supuestos si de los hechos del caso se desprendera que los administradores de este tipo de plataformas o servicios no podían desconocer que las obras cuyo acceso facilitaban eran ilícitas.

Queda aún por saber qué nivel de exigencia de conocimiento o diligencia en relación con el carácter ilícito de las obras a las que se permite acceder impondrá el TJUE en caso que deba enjuiciar en el futuro la actividad de un auténtico intermediario de la sociedad de la información. Creemos que es difícil que en tales casos el TJUE siga aplicando el estándar configurado en *TPB*, pues ello podría suponer una infracción de las disposiciones de la Directiva 2000/31, como bien observó el Abogado General Szpunar¹¹³.

Por ello, es posible que en estos casos, si es que llegan a plantearse, el TJUE exija el conocimiento efectivo del prestador para calificar el acto de comunicación al público y, por tanto, aplique los tres niveles a los que hacíamos referencia para tres situaciones igualmente distintas: el «conocimiento presunto» para aquellos que faciliten el acceso con ánimo de lucro y realizando una conducta activa e impropia de un intermediario; el «conocimiento innegable» para plataformas que, aun sin protagonizar todos los actos que provocan el acceso a la obra, participan en algún grado de esa actividad mediante actos conscientes; y, finalmente, el «conocimiento efectivo» para aquellos operadores que reúnan puramente la calificación de servicios de intermediación propios de la sociedad de la información.

VI. CRÍTICAS Y REFLEXIONES EN TORNO AL NUEVO DERECHO DE ACCESO DERIVADO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

1. EL TJUE COMO LEGISLADOR DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO

La evolución jurisprudencial que hemos expuesto en los apartados anteriores muestra cómo el TJUE, a partir de unos materiales legales escasos, ha recurrido a una combinación compleja de criterios para determinar qué actos forman parte del ámbito de exclusividad del derecho de comunicación al público. La identificación de estos criterios —básicamente, un público nuevo y el conocimiento

¹¹² Apartado §45 de la Sentencia *TPB*

¹¹³ En este sentido se pronuncia E. ROSATI, «The CJEU *Pirate Bay* judgment and its impact...», *cit.*, p. 12. Parece restar importancia a esta cuestión J.C. GINSBURG, «The Court of Justice of the European Union Creates...», *cit.*, pp. 10 y siguientes, quien afirma que tanto si es de aplicación a estos casos la Directiva 2000/31 como la presunción establecida en el caso *GS Media*, su resultado será parecido: el deber del demandado de probar su falta de conocimiento sobre la ilicitud, carga que también le correspondería en aplicación de la Directiva 2000/31 en su condición de demandado que invoca esta excepción.

del carácter ilícito del ejemplar de la obra al que se facilita el acceso— y de la interacción entre ellos muestra, además, un papel proactivo del Tribunal para ir avanzado en el desarrollo y armonización de un derecho europeo de autor¹¹⁴.

Dicha actitud proactiva es perceptible en muchos ámbitos del derecho de autor¹¹⁵. El Tribunal se ha convertido, de hecho, en un agente muy significativo del desarrollo del derecho de propiedad intelectual. Ello no es necesariamente negativo: en ocasiones, el legislador, al emplear términos ambiguos o estándares generales en las normas, defiere a los jueces y tribunales su concreción¹¹⁶. Ello permite una mayor flexibilidad y adaptabilidad de las reglas al desarrollo tecnológico o a la aparición de nuevas circunstancias y reduce los costes de elaboración de las normas. También sirve para desencallar las negociaciones necesarias para aprobar una nueva norma: llegar a un acuerdo sobre un estándar abierto podrá ser, en muchas ocasiones, menos arduo que dar con una regulación específica. En el ámbito del derecho de autor en la Unión Europea, esta delegación de poderes al TJUE ha sido ya apuntada y le ha dotado de un protagonismo especial en la elaboración de nuevas reglas y en el avance de la agenda armonizadora en el sector¹¹⁷.

También un desarrollo del derecho como el que percibimos en la jurisprudencia del TJUE sobre derecho de comunicación al público puede responder a la influencia de metodologías y tradiciones jurídicas que, al menos hasta la fecha, han tenido que ser incorporadas en el hacer de sus jueces. Así, la identificación

¹¹⁴ Entre otros, han destacado el papel proactivo del Tribunal Justicia en el desarrollo y armonización del derecho de autor, E. ROSATI, *Originality in EU Copyright. Full Harmonization through Case Law*, Edward Elgar, 2013; y M. FAVALE, M. KRETSCHMER y P. L.C. TORREMANS, «Is There a EU Copyright Jurisprudence? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice», *Modern Law Review* 79(1), enero de 2016, pp. 31-75.

¹¹⁵ Son ejemplo de ello la armonización mediante la identificación de conceptos autónomos que el Tribunal realiza en las Sentencias de 16 de julio de 2009, asunto C-5/08, *Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening*; de 3 de julio de 2012, asunto C-128/11, *UsedSoft GmbH contra Oracle International Corp.*; y de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/13, *Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW contra Helena Vandersteen y otros*.

¹¹⁶ La literatura teórica y empírica sobre esta cuestión es muy abundante. Un ejemplo sobre el caso del TJUE y su rol como agente de las instituciones europeas en el proceso de integración es C.J. CARRUBBA, M. GABEL y C. HANKLA, «Understanding the Role of the European Court of Justice in European Integration», *American Political Science Review* 106(1), 2012, pp. 214-223.

¹¹⁷ Sobre el papel armonizador del TJUE, véanse R. XALABARDER, «The Role of the CJEU in Harmonizing EU Copyright Law», *IIC* (2016) 47, pp. 635-639; y L. BENTLY, «Harmonization by Stealth: Copyright and the ECJ», Presentation at 20th Annual Intellectual Property Law & Policy Conference, Fordham University School of Law, Abril 2012, disponible en http://fordhamipconference.com/wp-content/uploads/2010/08/Bently_Harm_onization.pdf (consultado en 25 de marzo de 2018). Sobre el debate general acerca de la armonización del derecho de autor en la UE, pueden consultarse P.B. HUGENHOLTZ, «Is Harmonizing a good thing? The case of copyright acquis», en A. OHLY y J. PILA, *The Europeanization of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013, p. 57-73; R. HILTY, «Reflections on a European Copyright Codification», en T. SYNODINOU, *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Kluwer Law International, 2012, pp. 355-372; A. LUCAS, «European Copyright Codification», en T. SYNODINOU, *Codification of European Copyright Law, Challenges and Perspectives*, Kluwer Law International, 2012, pp.373-379; y otras contribuciones en el libro coordinado por la Prof. Synodinou.

de criterios y la elaboración de reglas específicas a partir de precedentes generales y de las características de los casos que han de resolver han constituido el enfoque principal en el desarrollo del derecho en el *common law*. Por ello, no puede rechazarse de entrada una labor creativa como la reflejada por el TJUE para una identificación progresiva de los contornos del derecho de comunicación al público, especialmente si se considera la escasez y parquedad de los materiales legales a los que puede recurrir.

Sin embargo, un desarrollo judicial como el analizado aquí también presenta puntos negativos. Primero, dadas las características de los derechos de propiedad intelectual, que, han de acomodar intereses diversos, muchos de ellos generales, parece que el legislador habría de tener un protagonismo superior en su definición. Ello puede ser especialmente relevante en normas que tengan una incidencia estructural en tecnologías sensibles o utilizadas de forma masiva. El entendimiento jurídico sobre los hiperenlaces y de otros rasgos básicos en la arquitectura de internet no debería dejarse en manos únicamente de los jueces del TJUE, a partir de las cuestiones prejudiciales que puedan plantear tribunales nacionales de un modo fragmentario y descoordinado. Sería recomendable que el legislador comunitario regulara de una forma más detallada el derecho de comunicación al público y que, con ello, pudiera elevar los niveles de seguridad jurídica y mitigar la incertidumbre acerca del entendimiento de este derecho¹¹⁸. De hecho, un repaso a la bibliografía que citamos en este trabajo pone de relieve la imposibilidad de sus autores de anticipar los fallos que ha venido dictando el Tribunal y de ofrecer una misma comprensión y sistematización de su jurisprudencia.

Segundo, el papel proactivo del TJUE va más allá, en nuestra opinión, de la concreción de conceptos generales contenidos en las Directivas europeas en materia de propiedad intelectual y alcanza a armonizar de forma indirecta aspectos sobre los que la Unión Europea carece de competencia normativa. La jurisprudencia analizada en este trabajo pone de manifiesto cómo en la concreción del derecho de facilitación del acceso a obras y otras prestaciones el Tribunal ha invadido ámbitos que, en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, forman parte de la denominada responsabilidad secundaria. Esto es, el recurso a nociones como las de conocimiento o las de facilitación o contribución es, en muchas ocasiones, propio de la discusión jurídica de la responsabilidad secundaria, un ámbito para cuya regulación la Unión Europea carece de competencias normativas¹¹⁹. Además, una interpretación del dere-

¹¹⁸ La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital (COM(2016) 593 final — 2016/0280 (COD)), presentada por la Comisión el 14 de septiembre de 2016, podría haber sido una buena ocasión para proporcionar una regulación del derecho de comunicación al público.

¹¹⁹ Véanse A. RAMALHO, *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking: A Normative Perspective of EU Powers for Copyright Harmonization*, Springer, Switzerland, 2016; C. ANGELOPOULOS, *European Intermediary Liability in Copyright. A Tort-Based Analysis*, Wolters Kluwer,

cho de comunicación al público como un derecho a controlar actos de mera facilitación del acceso a obras plantea diversas dudas sobre la posición de los intermediarios que contribuyen a facilitar el acceso.

Un primer problema se refiere a las consecuencias que puede tener este régimen jurídico del derecho de comunicación al público sobre los derechos nacionales que prevén un sistema de responsabilidad secundaria para la infracción de derechos de autor. La ampliación del derecho de comunicación al público para alcanzar actos de facilitación de acceso a obras y otras prestaciones protegibles implicará una reducción del ámbito de aplicación de un sistema de responsabilidad como el previsto en el artículo 138 párrafo 2º TRLPI. Así pues, los tribunales nacionales habrán de compaginar las reglas y doctrinas en sus ordenamientos con la jurisprudencia del TJUE y ello puede dejar poco margen de aplicación a la responsabilidad secundaria en el ámbito del derecho exclusivo de comunicación al público. Además, de forma indirecta, habrá de influir al entendimiento de la infracción secundaria de otros derechos: por ejemplo, no parece que deban mantenerse criterios jurídicos muy diferentes para la infracción secundaria del derecho de comunicación al público y del derecho de reproducción.

Un segundo problema atañe al alcance de este nuevo régimen de responsabilidad primaria para la infracción del derecho de comunicación al público sobre intermediarios cuyos servicios se utilizan en la comisión de la infracción. Se deberá valorar el papel que habrá de darse a las exclusiones de responsabilidad previstas en la Directiva 2000/31 para los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información. Asimismo, deberán valorarse posibles afectaciones al régimen de las medidas que puedan utilizarse contra intermediarios neutros, tales como medidas dirigidas a prestadores de servicios de telecomunicaciones para impedir el acceso a sitios web¹²⁰. También, puesto que la infracción del derecho de comunicación al público podrá llevarse a cabo por varios sujetos independientes a la vez —esto es, el autor «originario» de la infracción y el intermediario pueden ambos intervenir de forma indispensable en la facilitación del acceso¹²¹—, deberá decidirse acerca de la organización de esta pluralidad de deudores en la obligación de responder frente al titular y, acaso, si ha de articularse un régimen de responsabilidad solidaria.

2016; C. ANGELOPOULOS, «Beyond the Safe Harbours: Harmonising Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe», 3 *Intellectual Property Quarterly* 253 (2013); y T. SYNODINOU, «Intermediaries' Liability for Online Copyright Infringement in the EU: Evolutions and Confusions», 31 *Computer Law and Security Review* 57 (2015).

¹²⁰ Véanse artículos 138 párrafo 4º y 139.1 h) TRLPI; artículos 9.1 a) y 11 de la Directiva 2004/48/CE y artículo 8.3 de la Directiva 2001/29/CE. Véanse asimismo STJUE de 27 de marzo de 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH contra Constantin Film Verleih GmbH y Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*; y Sentencia núm. 115/2018 de 20 de febrero de la AP Barcelona, Sección 15ª (asunto *exvagos*).

¹²¹ Sentencia *TPB*, Apartados § 36-37.

2- EL ESCASO RIGOR TÉCNICO DEL TJUE: CONFUSIÓN ENTRE ACTO DE EXPLOTACIÓN, ILICITUD Y RESPONSABILIDAD (PRIMARIA Y SECUNDARIA)

El TJUE no solo ha ocupado el papel propio del legislador comunitario al introducir dos elementos para definir el derecho de comunicación al público no presentes en la Directiva 2001/29 —el del público nuevo y el de conocimiento del carácter ilícito de la obra—, sino que los ha incorporado con falta de rigor técnico-jurídico.

Y es que, al incorporar estos dos elementos como parte del moderno derecho de comunicación al público, el TJUE parece confundir, a nuestro entender, tres conceptos íntimamente relacionados pero claramente distintos desde un punto de vista conceptual: el de acto de explotación (de comunicación al público, en los casos que nos ocupan), el de ilicitud y el de responsabilidad.

En primer lugar, la existencia de un acto de comunicación al público depende o debería depender exclusivamente de la comisión de una conducta que reúna las notas objetivas que hacen que aquella pueda ser catalogada como tal: en el caso del derecho de comunicación al público, para que un acto de explotación sea calificado como tal debería ser condición necesaria y suficiente que ese acto permita a una pluralidad de personas acceder a una obra sin una previa distribución de ejemplares físicos. Para definir un acto de comunicación al público como tal, por tanto, es o debería ser indiferente analizar la concurrencia de elementos o circunstancias que son ajenas al análisis de esa conducta objetiva, como lo son el consentimiento del titular de los derechos, la voluntad de quien protagoniza la conducta o el carácter lícito o ilícito de la obra que se comunica¹²².

Y es que, en segundo lugar, la existencia de una conducta que deba ser tipificada como un acto de comunicación al público (porque reúne los requisitos objetivos que la integran) no conlleva automáticamente que esa conducta sea ilícita: tal catalogación dependerá de si la conducta ha sido autorizada o consentida por el titular de derechos o, incluso y de no ser así, de si está amparada por algún límite o excepción a los derechos de autor. Es más: quien lleva a cabo un acto de explotación de una obra protegida por derechos de propiedad intelectual con expresa autorización del titular —esto es, del todo lícitamente— sigue protagonizando el acto objetivo de comunicación al público a pesar de contar con ese consentimiento.

Superada la barrera de ilicitud anterior, y en tercer lugar, tampoco la existencia de un acto de comunicación ilícito supone siempre e incondicionalmente el nacimiento de una responsabilidad —un deber de indemnizar— para quien lo protagoniza: para que ello ocurra, deberán concurrir, ahora sí, los elementos

¹²² Véase, en este sentido, M. LEISTNER, «Is the CJEU outperforming the Commission?... », *cit.*, p. 8.

subjetivos —el dolo o la negligencia— que determinan esa responsabilidad tras la ilicitud o, si la responsabilidad es de carácter objetivo o cuasiobjetivo, la inexistencia de causas de exoneración de responsabilidad previstas normativamente.

Como avanzábamos, con la exigencia de los requisitos de público nuevo y de conocimiento el TJUE parece haber rebajado al primer escalón del análisis (si existe o no objetivamente un acto de comunicación al público) elementos que son propios, respectivamente, de los dos siguientes escalones: su carácter ilícito o no (que tiene que ver con el requisito de público nuevo, en la medida en que se refiere al público considerado —autorizado implícitamente— por el titular al hacer la primera comunicación)¹²³, y la derivación de responsabilidad y del deber de indemnizar de ese acto ilícito para quien lo protagoniza (que tiene que ver con el requisito del conocimiento y la diligencia).

Con lo anterior no queremos decir que la autorización o los actos propios del titular de derechos y el conocimiento o la diligencia del infractor sean irrelevantes para enjuiciar esas conductas, pero no en el nivel de análisis en que los sitúa el TJUE: no como definidores del acto objetivo de explotación de comunicación al público¹²⁴, sino, respectivamente, como configuradores de la licitud o ilicitud de ese acto (en el caso del público nuevo, al relacionarse con el público autorizado o comprendido por el titular, siquiera de forma implícita) y de la responsabilidad derivada de esa potencial ilicitud (en el caso del conocimiento de quien lleva a cabo el acto en relación con la ilicitud de la obra a la que permite acceder).

Más correcto hubiese sido asegurar, si así lo creía el TJUE y por tanto, que todas las conductas objeto de análisis en los casos *Svensson*, *GS Media*, *Filmspeler* y

¹²³ En parecido sentido se pronuncia R. EVANGELIO LLORCA, «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva...», *cit.*, pp. 138-139, quien asegura que el TJUE debió considerar que cualquier enlace que permite acceder a una obra protegida (esto es, todos salvo los enlaces de superficie) supone un acto de comunicación al público, pero que ello no implica que esa actividad requiera necesariamente la autorización expresa de los titulares de derechos en todos los casos. A tal efecto, la autora propone como vías para evitar esa autorización la figura de la licencia implícita (para los casos en que el establecimiento de hipervínculos no se haya prohibido por el titular o este no haya aplicado medidas técnicas de restricción de acceso), o la aplicación o la creación de un límite a los derechos de autor en este ámbito.

¹²⁴ Comparte parcialmente este análisis P. SAVOLA, «EU Copyright Liability for Internet Linking», *cit.*, p. 143: «The doctrinal consequence of *GS Media* and *Filmspeler* seems to be that the “volition” or “act” (understood widely to encompass the whole communication to the public) disappears if the knowledge standard is not met. The implications remain to be explored. This is a somewhat unexpected doctrinal situation, because typically the lack of knowledge may result in the person not being liable, and not nullify the illegality of the deed». No parece compartir completamente esta interpretación E. ROSATI, «The CJEU *Pirate Bay* judgment and its impact...», *cit.*, p. 11, quien asegura que algunos de los criterios empleados por el TJUE en su última jurisprudencia (particularmente, el de conocimiento sobre la ilicitud) no son propios de la responsabilidad primaria, sino solo de la responsabilidad secundaria.

TPB constituían actos de comunicación al público, pues objetivamente todas ellas tienen la misma característica: suponían una intervención decisiva para facilitar a una pluralidad de personas el acceso a obras protegidas.

A renglón seguido, sin embargo, el TJUE debió asegurar que, aunque todas esas conductas son objetivamente actos de comunicación al público que se integran en el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29, ello no implica que se trate siempre de conductas ilícitas o, incluso en tal caso, que de ellas derive necesariamente un deber de indemnizar al titular de derechos: para lo primero (el carácter lícito o ilícito del acto de explotación) es necesario analizar los actos propios del titular o el consentimiento —implícito o explícito— que haya podido dar para explotar sus obras (ese sería el caso del asunto *Svensson*¹²⁵); para lo segundo (la responsabilidad y el correlativo deber de indemnizar) es necesario atender a la conducta del infractor, especialmente si su papel es aparentemente el de un intermediario, y si conocía o podía conocer, con la diligencia que le sea aplicable, el carácter ilícito de las obras a las que permite acceder (ese sería el caso del asunto *TPB*).

Es cierto que si hubiera optado por este camino, probablemente más correcto desde el punto de vista de la construcción del análisis dogmático, el TJUE hubiera afrontado un obstáculo insalvable, lo cual le condujo quizás ya de entrada a abandonar esta senda: dado que ni los actos propios o la prestación de consentimiento ni los elementos subjetivos para exigir responsabilidad a un infractor de derechos de propiedad intelectual están regulados en la Directiva 2001/29, ni forman parte en general de la armonización de los derechos de autor en el marco comunitario, ello habría obligado al TJUE a encomendar su análisis a los tribunales de los Estados Miembros y al derecho aplicable en cada uno de ellos.

En efecto: aunque algunas voces¹²⁶, algunas muy cualificadas¹²⁷, han asegurado en repetidas ocasiones que la responsabilidad primaria en el ámbito de los derechos de autor y de su infracción sí está armonizada a escala comunitaria (en contraposición a la responsabilidad secundaria), esa asunción parece en el mejor de los casos excesiva o directamente errónea.

Por un lado, ni la Directiva 2001/29 ni ninguna de las que se han ocupado de esta armonización definen o tratan de definir el consentimiento que puede otorgar el titular de derechos para descartar una conducta ilícita, ni tampoco si ese consentimiento puede inferirse implícitamente por los actos del titular

¹²⁵ En este sentido, diversos autores han identificado el elemento de «público nuevo» configurado desde *Svensson* como una suerte de licencia implícita del titular de derechos sobre la obra, que al publicarla libremente *online* estaría consintiendo —implícitamente— cualquier acceso por parte del público. En tal sentido, S. KARAPAPA, «The Requirement for a “New Public”...», *cit.*, pp. 63-81.

¹²⁶ M. LEISTNER, «Is the CJEU outperforming the Commission?...», *cit.*, p. 5; E. ROSATI, «The CJEU *Pirate Bay* judgment and its impact...», *cit.*, p. 11.

¹²⁷ Así parece desprenderse del apartado §3 de las conclusiones del Abogado General en el caso *TPB*.

o complementarse con instituciones como la de los actos propios, cuestiones todas ellas que dependen de la legislación propia de los Estados Miembros.

Por otro lado, tampoco los requisitos de la responsabilidad primaria en sentido estricto (esto es, el deber de indemnizar) derivada de un acto de infracción ilícito parecen estar completamente armonizados: aunque tanto la Directiva 2001/29¹²⁸ como la Directiva 2004/48¹²⁹, establecen la obligación de los Estados Miembros de establecer remedios indemnizatorios en favor de los titulares que vean infringidos sus derechos, esa armonización superficial no parece impedir que los Estados Miembros puedan exigir la concurrencia de elementos de imputación subjetiva (precisamente, como el conocimiento o la diligencia del infractor) para apreciar una responsabilidad derivada de una conducta ilícita o, cuando menos, supuestos de exclusión de responsabilidad derivada de este tipo de conductas. Es más, la Directiva 2004/48 así lo parece posibilitar directamente cuando obliga a los Estados Miembros a garantizar sistemas de indemnización en favor de los titulares cuando el infractor haya cometido el acto infractor «a sabiendas o con motivos razonables para saberlo» (artículo 13).

De este modo, con su última jurisprudencia el TJUE no solo ha incorporado elementos ajenos a la definición de un acto de comunicación al público, sino que al integrar tales elementos en esa definición ha llevado a cabo, en realidad, una armonización transversal comunitaria sobre cuestiones (en esencia, el consentimiento y el deber de indemnizar) cuya regulación competía únicamente a los Estados Miembros.

En cualquier caso, la confusión entre acto de explotación, ilicitud y responsabilidad que trasluce de la última jurisprudencia del TJUE no tiene únicamente efectos dogmáticos o sistemáticos, ni tampoco la crítica más importante que puede hacerse en torno a esta cuestión tiene que ver con el papel legislador que se ha arrogado indebidamente el tribunal.

En este sentido, si con la aplicación de estos nuevos elementos se entiende que en un caso concreto no existe un público nuevo o que un sujeto que facilita ilícitamente el acceso a obras no conocía ni debía conocer ese carácter infractor,

¹²⁸ Artículo 8.2 de la Directiva 2001/29: «[c]ada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar que los titulares de los derechos cuyos intereses se vean perjudicados por una actividad ilícita llevada a cabo en su territorio puedan interponer una acción de resarcimiento de daños y perjuicios y/o solicitar medidas cautelares y, en su caso, que se incaute el material ilícito y los dispositivos, productos o componentes a que se refiere el apartado 2 del artículo 6».

¹²⁹ Artículo 13 de la *Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual*: «[l]os Estados miembros garantizarán que las autoridades judiciales competentes ordenen, a instancia de la parte perjudicada, al infractor que, a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, haya intervenido en una actividad infractora, el pago al titular del derecho de una indemnización adecuada a los daños y perjuicios efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción».

el titular de derechos no dispondrá de las acciones o remedios prototípicos (en esencia, ni la cesación, ni la remoción ni la indemnización de daños y perjuicios) para impedir o mitigar los efectos de esa conducta. De este modo, dado que, conforme al TJUE, el público nuevo y el conocimiento integran y forman parte del acto objetivo de explotación de comunicación al público (y no, como proponíamos, de la ilicitud del acto y de la responsabilidad —el deber de indemnizar— dimanante de esa ilicitud), su falta de concurrencia determinará la falta de concurrencia en sí del acto de explotación y, con ella, que la conducta se halle fuera de la órbita del *ius prohibendi* del titular de derechos y, por tanto, de los remedios prototípicos que los ordenamientos nacionales y el comunitario le conceden¹³⁰.

Si el TJUE hubiese abogado por una interpretación como la propuesta en este trabajo (a saber, la que distingue acto de explotación, acto de explotación ilícito y acto de explotación ilícito que genera una responsabilidad —entendida esta última como un deber de indemnizar—), ello habría permitido que el titular dispusiese de un número creciente y proporcionado de acciones y remedios en función, precisamente, de esa triple gradación, y que conseguiría —a nuestro juicio— un equilibrio más adecuado de los derechos e intereses en juego. Veámoslo en cada uno de los tres niveles de análisis que antes sugeríamos.

Como decíamos, el primer escalón que encontraríamos en este análisis sería el formado por aquellos casos en que un tercero lleva a cabo un acto de comunicación de una obra sin que concorra un «público nuevo». Ese sería prototípicamente el supuesto de hecho del asunto *Svensson*. Dado que la situación fáctica que rodea estos casos suele permitir inferir una suerte de autorización implícita del titular de derechos para que el tercero lleve a cabo el acto de explotación, no podría predicarse ninguna ilicitud de esta conducta, por lo menos hasta que el titular manifestase o llevase a cabo alguna actuación que contraviniese y destruyese ese consentimiento implícito o las expectativas de licitud generadas en el tercero. Por ello, en estos supuestos y conforme a nuestra propuesta, los titulares de derechos no dispondrían de ningún remedio o acción: dado que habrían autorizado (por lo menos implícitamente) el acto de explotación protagonizado por el tercero, no podrían solicitar su cesación, su remoción o, menos aún, una indemnización de daños y perjuicios. Ello cambiaría, claro está, desde el momento en que el titular manifestase o llevase a cabo alguna

¹³⁰ Ese efecto podrá paliarse parcialmente por medio de la acción de cesación contemplada en el artículo 8.3 de la Directiva, que permite a un titular actuar contra intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos, reconocida en España en el artículo 139.1.h del TRLPI. No obstante, ello no será suficiente en todos los casos: primero, porque el presupuesto para que esa acción opere es que un tercero infrinja los derechos del titular, extremo que no ocurrirá siempre (piénsese, por ejemplo, en el caso *Svensson*); segundo, porque otras acciones (y, señaladamente, la acción indemnizatoria) seguirán quedando vedadas al titular en todo caso. Véase sobre ello M. HUSOVEC, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union. Accountable But Not Liable?*, Cambridge University Press, 2017.

actuación que contraviniese o destruyese su consentimiento implícito, momento a partir del cual nos situaríamos en el segundo nivel.

En este sentido, el segundo escalón lo integrarían aquellos supuestos en los que existe un acto de comunicación por parte de un tercero y un «público nuevo». En estos supuestos, según apuntábamos, sí podría predicarse la ilicitud del acto de comunicación protagonizado por el tercero, pues este no contaría con el consentimiento (siquiera implícito) del titular ni, previsiblemente, con ningún límite o excepción que amparara su actividad. No obstante, en este segundo escalón de análisis el tercero no conocería (ni la diligencia que le fuera aplicable le impondría conocer) la ilicitud del acto que está protagonizando. Ese sería el caso, por ejemplo, de los enlazadores masivos, como los grandes buscadores de Internet. En estos supuestos, el titular solo dispondría contra el tercero que protagoniza el acto de explotación ilícito de remedios no esencialmente monetarios: en particular, la cesación y la remoción de la conducta infractora. El titular, por tanto, podría exigir al enlazador la cesación y la remoción de su conducta o, en su caso, el pago de un precio como contraprestación por continuar con esa actividad. No podría el titular, sin embargo y en este segundo escenario, solicitar al enlazador una indemnización por los daños y perjuicios ya sufridos y derivados de esa conducta hasta el momento de solicitar su cesación: dado que no existiría un título de imputación subjetiva del tercero (el dolo o la culpa —el conocimiento o la posibilidad de conocer la ilicitud—), el titular no podría promover este remedio contra el tercero.

El tercer escalón de análisis lo conformarían los casos en los que no solo existe un acto de comunicación ilícito (no consentido —siquiera implícitamente— por el titular), sino en los que el tercero que lo protagoniza conoce o debe conocer ese carácter ilícito. Este sería el caso, al menos en opinión del TJUE, de los asuntos *GS Media*, *Filmspeler* y *TPB*. En estos supuestos, en nuestra propuesta, el titular dispondría de todos los remedios propios de su *ius prohibendi*, también del indemnizatorio: no solo podría pedir al enlazador la cesación y remoción de esa conducta o un precio por continuarla (como en el escalón anterior), sino también una indemnización por los daños ya ocasionados a resultas de ella, pues ahora sí existiría un título de imputación subjetiva con el que atribuir tales perjuicios al enlazador.

Al no hacer el análisis y la triple diferenciación anterior (en la que, obsérvese, siempre nos encontramos ante un acto de explotación, y las únicas variaciones residen en su ilicitud y en la responsabilidad dimanante de ella, que determinan a su vez los remedios de los que dispondría el titular), el TJUE ha tratado los casos de facilitación relevante de acceso a obras y prestaciones en Internet como supuestos de todo o nada. Ello muestra las costuras de esta última jurisprudencia del TJUE, y la incorrección manifiesta de utilizar elementos subjetivos para definir el alcance y los contornos de un acto objetivo de explotación de derechos de propiedad intelectual.

3. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DEL TJUE A ENLAZADORES MASIVOS Y A OTRAS PLATAFORMAS ONLINE QUE FACILITAN EL ACCESO A GRANDES CANTIDADES DE OBRAS Y OTRAS PRESTACIONES PROTEGIBLES

La jurisprudencia analizada en este artículo —y, en particular, el enfoque adoptado en el asunto *TPB*— no aclara si el régimen jurídico previsto para el derecho de facilitación de acceso puede aplicarse a determinados proveedores de servicios, y, en caso de aplicarse, cuáles son las adaptaciones necesarias o nuevas condiciones que la jurisprudencia del TJUE exigirá a estos sujetos para evitar infringir los derechos de comunicación al público titularidad de terceros. En particular, resulta preciso analizar en qué circunstancias los prestadores de servicios de intermediación consistentes en la facilitación masiva de hiperenlaces (ej.: Google, Bing) o en el alojamiento y facilitación de acceso a grandes cantidades de obras y otras prestaciones cargadas por sus usuarios (ej.: YouTube, Soundcloud, Instagram, Pinterest) pueden llegar a infringir el derecho de comunicación al público de forma primaria junto con terceros responsables de la transmisión o puesta a disposición de la obra o usuarios que han hecho accesible la obra u otra prestación de forma ilícita en la plataforma o en otro sitio web.

La cuestión principal, en nuestra opinión, es si tales prestadores de servicios intervienen de una forma deliberada y necesaria para permitir a sus usuarios acceder a las obras o a las prestaciones protegidas, o para facilitar de algún modo el acceso, conociendo que están disponibles *online* sin contar con la autorización de los titulares; esto es, según la jurisprudencia del TJUE, si intervienen de un modo relevante o incrementando significativamente las facilidades de acceder a ellas y conocer su carácter ilícito. En muchos supuestos, la conducta del intermediario será neutra y no irá más allá de la provisión de instalaciones materiales o de una infraestructura técnica necesarias para facilitar o efectuar una comunicación, especialmente en aquellos supuestos en que las obras y demás prestaciones protegibles no se hallen en posesión del intermediario o en su esfera de control¹³¹. En otros supuestos, en cambio, el intermediario podrá asumir un rol más activo y llevar a cabo, en aplicación de la doctrina del TJUE, actos de comunicación al público mediante una intervención deliberada y consciente que facilite el acceso a obras y otros contenidos protegidos por derechos de autor.

La realización de actos de comunicación pública tendrá lugar, en nuestra comprensión de la jurisprudencia del Tribunal, cuando concurren las circunstancias siguientes: primero, que el intermediario preste una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de la información que aloja o a la que remita mediante hiperenlaces (o por medio de instrumentos análogos) de un modo tal que facilite mucho el acceso mediante operaciones no exclusiva-

¹³¹ Véase Considerando 27 de la Directiva 2011/29.

mente automatizadas; y, segundo, que, a partir de dicha asistencia o, en su caso, mediante otras formas de adquisición del conocimiento, pueda llegar a saber que los contenidos cuyo acceso facilita a un público nuevo son ilícitos. Esto es, deben concurrir, además de un público nuevo, dos elementos más que están íntimamente relacionados: una intervención necesaria y deliberada; y un conocimiento del carácter ilícito de las obras.

El primero de los elementos implica que la infraestructura técnica proporcionada por el intermediario ofrezca herramientas que faciliten de un modo significativo a sus usuarios acceder a obras y prestaciones protegidas. Esta intervención deliberada para facilitar el acceso a obras podrá consistir, por ejemplo, en tareas de categorización, optimización de contenidos, estructuración de la información, de jerarquización, de priorización o de promoción de resultados, no exclusivamente automatizadas. De hecho, cuando el prestador de servicios ofrece tal asistencia dejará de ser considerado un intermediario en el marco de la Directiva 2000/31 y pasa a desempeñar un papel activo¹³². En cambio, si la actuación del prestador de servicios se limita al almacenaje en su servidor de obras cargadas por sus usuarios, a proporcionar hiperenlaces de un modo exclusivamente automático sin jerarquización de resultados, a determinar las condiciones de su servicio, a recibir una remuneración por los servicios o a proporcionar información general a sus clientes, difícilmente podrá hablarse de una intervención deliberada.

El segundo de los elementos es más complejo: el prestador de servicios deberá conocer o deberá poder conocer el carácter ilícito de las obras u otras prestaciones protegibles a las que facilita su acceso. Como defendemos en este trabajo, a partir del asunto *TPB*, el TJUE ha entendido este último requisito como un elemento autónomo y separado de la intervención deliberada. Ahora bien, en ocasiones, la propia intervención deliberada comportará actos que pondrán de manifiesto que el prestador de servicios puede tener conocimiento acerca del contenido de las obras y de sus condiciones. En la terminología empleada en este trabajo, se trataría de un supuesto de «conocimiento innegable» para plataformas que, aun sin protagonizar todos los actos que provocan el acceso a la obra, participan en algún grado de esa actividad mediante actos conscientes. En otras ocasiones, las más, el conocimiento del carácter ilícito habrá de establecerse por otras vías.

Como hemos apuntado, una primera forma y la principal es la resultante del conocimiento «efectivo» sobre la ilicitud de las obras a las que se proporciona acceso mediante una intervención deliberada¹³³. En este sentido, la infracción

¹³² Véanse Sentencias del TJUE de 23 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, *Google France SARL y otro contra Louis Vuitton Malletier SA y otros*; apartados §112-118; y de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L'Oréal SA y otros contra eBay International AG y otros*; apartados §112-116.

¹³³ Para una interpretación del asunto *L'Oréal* en este sentido, véase P. VAN EECKE, «Online Service Providers and Liability: A Plea for a Balanced Approach», 48(5) *Common Market Law Review* 1455 (2011).

del derecho de comunicación al público del titular de la obra se produciría después de que el prestador de servicios hubiera sido advertido previa y expresamente por los titulares de derechos correspondientes y, una vez requerido, no hubiera actuado de modo alguno para impedir los accesos que facilitare¹³⁴.

Otra forma, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE, es la derivada de un conocimiento «presunto» para aquellos prestadores que faciliten el acceso con ánimo de lucro y realizando una conducta activa e impropia de un intermediario. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de un operador que ofrece servicios de pago para la identificación de contenido especializado, que organiza por categorías —por ejemplo, mediante la provisión de enlaces a videos en plataformas como YouTube—, que permiten la creación de catálogos de cursos ordenados, no únicamente por palabras clave, sino también por idioma de difusión, visualizaciones, suscriptores y otros criterios. La facilitación de identificación, localización y acceso a dichas obras pueden concebirse como suficientes para presumir el conocimiento del prestador de servicios u obligarle a desplegar un determinado nivel de diligencia para asegurarse de que no se están infringiendo derechos de terceros (en el límite, obtener una autorización para llevar a cabo dicha actividad). En el fondo, dicha intervención deliberada puede concebirse como una prestación de servicios adicional que tiene un impacto favorable en la categoría y el atractivo de los servicios que ofrece al mercado, proporcionado así al operador una ventaja competitiva¹³⁵. Esta forma de adquisición del conocimiento —a partir de una presunción basada en el ánimo de lucro— habría de reservarse para aquellos casos en los cuales los prestadores de servicios desempeñan un papel activo que va más allá de una mera jerarquización de resultados. En otros términos, la presunción de conocimiento habría de operar no para cualesquiera intervenciones deliberadas y para cualesquiera finalidades lucrativas, sino cuando se superara un cierto umbral a determinar según las circunstancias del caso: la diligencia desplegada para cerciorarse de que no se está infringiendo el derecho de comunicación al público debería depender del grado de intervención sobre los contenidos y de la ventaja competitiva que esta aporta al prestador.

Así pues, la determinación de si las actividades de un enlazador masivo u otra plataforma online que facilitan el acceso a grandes cantidades de obras y otras prestaciones protegibles pueden calificarse como una realización masiva de actos

¹³⁴ Apartados §51 a 54 de las conclusiones del Abogado General Spuznar en el asunto *TPB*.

¹³⁵ En un sentido similar, para otros propósitos, véase Sentencia de 31 de mayo de 2016, asunto C-117/15, *Reha Training*, Apartado §63. *Un criterio similar también es presente en el Apartado § 51 de la Sentencia Filmsteil. En este, el TJUE señaló que “el precio pagado por [el] reproductor se abona principalmente para poder acceder directamente a las obras protegidas disponibles en sitios de difusión en flujo continuo sin la autorización de los titulares de los derechos de autor. [...] El principal atractivo del referido reproductor multimedia para los potenciales compradores es precisamente que en él están preinstaladas las extensiones que permiten a los usuarios acceder a sitios de Internet en los que se ponen a su disposición películas protegidas por derechos de autor sin la autorización de los titulares de tales derechos”.*

de comunicación pública dependerá, sobre todo, de si el prestador de servicios es o no es un intermediario en el sentido propio empleado en el marco de la Directiva 2000/31.

Aquellos que no puedan calificarse como intermediarios por intervenir deliberadamente en la facilitación del acceso de un modo tal que con tal intervención lleguen a conocer que, de forma masiva, contribuyen a facilitar el acceso a obras puestas a disposición online de forma ilícita realizarán actos de comunicación al público para los cuales deberán contar con la autorización de sus titulares. Aquellos que tampoco puedan calificarse como intermediarios por intervenir deliberadamente, pero cuya intervención no proporcione *per se* conocimiento de que están facilitando el acceso a obras ilícitas, deberán obtener el conocimiento por otras vías para concluir que estén llevando actos de comunicación al público. En función del grado de intervención que desplieguen en relación con las obras y otras prestaciones protegibles para facilitar su acceso, este conocimiento podrá fundarse en una presunción a partir del ánimo de lucro perseguido por el prestador o, en general, deberá basarse en un conocimiento efectivo de la ilicitud de las obras en cuestión. En cambio, a los prestadores de servicios neutrales o intermediarios genuinos habrá de resultarles de aplicación lo previsto en la Directiva 2000/31, que discutimos en el apartado siguiente.

4. COMPATIBILIDAD CON LA DIRECTIVA 2000/31

Uno de los problemas principales que habrá de acabar resolviendo el TJUE afecta a la coordinación de su entendimiento del derecho de comunicación al público y las exclusiones de responsabilidad previstas en la Directiva 2000/31 (reglas de puerto seguro); y la prohibición de imponer una obligación general de supervisión (artículo 15.1).

En general, aquellos prestadores de servicios de intermediación neutros —esto es, que no contribuyan de forma deliberada e indispensable en la facilitación del acceso a obras— podrán aprovecharse de las exclusiones de responsabilidad previstas en los artículos 12 y 13 de la Directiva 2001/31. Así las cosas, podrán recurrir a tales exclusiones los prestadores de servicios de acceso a redes, de transmisión de datos o de memoria tampón (*caching*). De hecho, en tales casos, puede jugar en favor de esta categoría de intermediarios la previsión del Considerando 27 de la Directiva 2001/29 y concluir que su actuación se limita a la provisión de instalaciones materiales o de una infraestructura técnica necesarias para facilitar o efectuar una comunicación; y que, en efecto, no hay realización de actos de comunicación al público.

En cambio, resulta más dudoso si pueden hacer lo propio los prestadores de servicios de alojamiento o de búsqueda de información. En relación a los servicios de almacenaje, como hemos señalado, algunos servicios pueden asumir

un rol más activo y llevar a cabo, en aplicación de la doctrina del TJUE, actos de comunicación al público. Como hemos visto, este es el caso de aquellos prestadores que llevan a cabo tareas de categorización, optimización de resultados, jerarquización, estructuración de la información, priorización o promoción de resultados. A nuestro entender, tales prestadores de servicios dejan de ser intermediarios en el sentido de la Directiva 2000/31. El artículo 14 de la Directiva 2000/31 solamente resulta de aplicación a intermediarios genuinos¹³⁶; esto es, a prestadores de servicios neutros, meramente técnicos o que procesen los contenidos disponibles de un modo automático. El desempeño de un papel activo que permita atribuir un carácter indispensable a la conducta del usuario comporta la inaplicabilidad de la exclusión de responsabilidad¹³⁷.

En otros supuestos, donde la intervención del operador es neutral, la jurisprudencia del TJUE no aclara si estos intermediarios genuinos pueden recurrir a las exclusiones de responsabilidad frente a reclamaciones por infracción del derecho de comunicación al público. A pesar de ser intermediarios genuinos, su actuación que contribuya a facilitar el acceso a obras ha de entenderse que va más allá de la provisión de instalaciones materiales o de una infraestructura técnica necesarias para facilitar o efectuar una comunicación. En efecto, su conducta ha de calificarse como una intervención deliberada para facilitar el acceso a obras y a otras prestaciones protegidas. Y, como hemos visto, es posible que una intervención tal elimine su condición de intermediarios genuinos y, en efecto, no resulten ya aplicables las reglas de puerto seguro.

Pero podrá haber casos en los cuales haya una intervención deliberada llevada a cabo por un intermediario genuino. La jurisprudencia tampoco aclara si en tales supuestos es posible recurrir al criterio del conocimiento presunto elaborado en *GS Media*. En nuestra opinión, la única forma de coordinar la jurisprudencia del TJUE y la Directiva 2000/31, es siguiendo el criterio apuntado por el Abogado General Szpunar, en sus conclusiones para el caso *TPB*: exigir a tales operadores tener un conocimiento efectivo de la ilicitud de las obras a las que permiten acceder y, en particular, exigir que aquellos hayan sido advertidos previa y expresamente por los titulares de derechos correspondientes y, una vez requeridos, no hayan actuado de modo alguno para impedir los accesos que facilitan¹³⁸. Este nivel de exigencia iría en línea con lo establecido precisamente por la Directiva 2000/31.

¹³⁶ M. LEISTNER, «Is the CJEU outperforming the Commission?... », *cit.*, p. 16.

¹³⁷ En este sentido, véase Apartado §116 de la Sentencia de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L'Oréal SA y otros contra eBay International AG y otros*: "Cuando, por el contrario, este operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas. De este modo y por lo que se refiere a esos datos, tal operador no puede acogerse a la excepción en materia de responsabilidad prevista por el artículo 14 de la Directiva 2000/31". Sobre ello, M. LEISTNER, «Is the CJEU outperforming the Commission?... », *cit.*, p. 17.

¹³⁸ Apartados §51 a 54 de las conclusiones del Abogado General.

Consideramos que la utilización del criterio del conocimiento presunto ha de reservarse a intermediarios que desempeñan un papel activo y cuyo grado de intervención supera un determinado umbral, de hecho, de prestadores de servicios no cubiertos por la propia Directiva 2000/31. Una aplicación de este criterio a cualesquiera prestadores de servicios en la sociedad de información y, en particular, a intermediarios genuinos, podría contravenir lo dispuesto en el artículo 15.1 de la Directiva 2000/31:

«Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14».

En consecuencia, la responsabilidad de los intermediarios neutrales y genuinos habría de fundarse exclusivamente en el conocimiento efectivo de que una de las obras o demás prestaciones a las que facilitan el acceso ha sido puesta a disposición online por un tercero sin contar con el consentimiento de los titulares de derechos. Si una vez constatado este conocimiento efectivo —por ejemplo, mediante una comunicación realizada por el titular de los derechos acreditando suficientemente el carácter ilícito de los actos del tercero—, el intermediario no adopta medidas suficientes para impedir el acceso a los contenidos, estaría llevando a cabo un acto de comunicación al público en infracción de los derechos de exclusiva del titular entendido como una intervención deliberada para facilitar el acceso a usuarios no contemplados inicialmente por el titular de los derechos. Obsérvese que esta solución —a efectos prácticos— coincide básicamente con la que creemos aplicable a los prestadores de servicios no neutros pero cuyas tareas de categorización tienen un perfil bajo: la diferencia entre ambos supuestos, a nuestro entender, es que en el caso de prestadores no neutros intervienen de un modo deliberado en la facilitación del acceso desde que permiten el mismo, mientras que en el caso de intermediarios genuinos, la intervención deliberada solamente se produce a partir del momento en que se adquiere conocimiento efectivo.

5. MEDIDAS CONTRA INTERMEDIARIOS

En atención a lo expuesto en los dos subapartados anteriores, es posible concebir que habrá intermediarios que facilitan el acceso a obras y a otras prestaciones protegibles pero cuya actividad no resulte deliberada. En tales casos, dichos intermediarios no estarían llevando a cabo un acto de comunicación al público con arreglo a la doctrina del TJUE. Este sería el supuesto de intermediarios genuinos cuya actuación no va más allá de la provisión de instalaciones materiales o de una infraestructura técnica necesarias para facilitar o efectuar una comunicación, especialmente en aquellos supuestos en los cuales haya un

tercero quien —este sí, deliberadamente y, por tanto, de un modo más relevante— facilite el acceso a las obras y demás prestaciones protegibles puestas a disposición por otro.

En estos supuestos, sin embargo, los titulares del derecho de comunicación al público podrían utilizar las acciones previstas contra los intermediarios cuyos servicios se utilizan para infringir su derecho si se dan los requisitos previstos en el artículo 8.3 de la Directiva 2001/29/CE y en la jurisprudencia dictada al respecto.

6. ¿LOS NUEVOS CRITERIOS SENTADOS POR EL TJUE SON APLICABLES A CUALQUIER ACTO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO? (CUESTIÓN PREJUDICIAL C-161/17)

Una de las cuestiones que ha dejado sin resolver la última jurisprudencia del TJUE en torno al derecho de comunicación al público que hemos analizado en este trabajo es si los nuevos elementos y requisitos que emanan de ella —en particular, los elementos de público nuevo y el conocimiento sobre el carácter ilícito de la obra que se comunica— deben o no ser aplicados al enjuiciar cualquier potencial acto de comunicación al público o si, por el contrario, su aplicación debe quedar reservada a aquellos casos en que se facilita el acceso a una obra sin disponer física o técnicamente de ella, como sucedía en *Svensson*, *GS Media*, *Filmpeleer* o *TPB*.

Una interpretación lógica debería conducir a la primera posibilidad: el alcance de la definición del derecho de comunicación al público debe ser necesariamente homogénea, y no concurre ninguna circunstancia en la redacción del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29 que permita deducir que existen tantas definiciones de ese derecho como potenciales actos puedan encuadrarse en él.

Sin embargo, si el TJUE sigue una exquisita coherencia en la aplicación de los nuevos requisitos y elementos del derecho de comunicación al público y de su última jurisprudencia en el análisis de cualquier acto de esa naturaleza, los resultados pueden suponer, sin miedo a exagerar, un antes y un después en la protección del derecho de autor a escala comunitaria: algunos actos que hasta ahora constituían indiscutibles actos de comunicación al público conforme al artículo 3.1 de la Directiva y conforme a los derechos nacionales de los Estados Miembros pueden dejar de serlo rápidamente.

Además de los ya citados en otros apartados de este trabajo, pueden construirse otros tantos: piénsese en el acto de quien reproduce en su propio sitio web una fotografía titularidad de un tercero, quien la había puesto a disposición del público previamente en Internet de forma plena y libremente accesible. En tal caso, aunque mediará un acto (inconsentido) de reproducción, no existiría un segundo acto de comunicación al público: dado que la técnica utilizada será

la misma (Internet) y dado que el público será igualmente coincidente (todos los internautas ya podían acceder a la imagen comunicada originariamente), difícilmente podrá entenderse que, conforme a la doctrina sentada por el TJUE en el caso *Svensson*, exista un público nuevo y, por tanto, un acto de comunicación al público. Puede suceder lo mismo en casos en que quien comunica o transmite una obra sin autorización de sus titulares no conozca ni pueda exigírsele conocer el carácter ilícito del contenido que comunica.

Los casos anteriores no son hipotéticos, sino bien reales. Ya ha llegado al TJUE una cuestión prejudicial, elevada por el *Bundesgerichtshof*, el Tribunal Supremo alemán, que pregunta específicamente esta cuestión, en un caso parecido al primero de los citados hipotéticamente en el párrafo anterior: una alumna escolar alemana utilizó una fotografía de la ciudad de Córdoba, que se hallaba libremente accesible en Internet con consentimiento de su titular en el sitio web de una revista de viajes, para ilustrar un trabajo para la asignatura de lengua española. La alumna, que indicó la referencia de la página web de la revista, donde no figuraba la indicación sobre el autor de la fotografía, colgó el trabajo que incorporaba la fotografía en el sitio web de su centro escolar. El fotógrafo profesional autor de la imagen interpuso una demanda en la que solicitaba la cesación de la conducta y una indemnización por los daños y perjuicios causados.

En este contexto, la pregunta del tribunal alemán, que ya se tramita bajo el asunto C-161/17, es la misma que lanzábamos antes: «¿constituye un acto de comunicación al público la inserción en un sitio web propio de libre acceso de una obra que ya podía ser consultada libremente por todos los internautas y con la autorización del titular de los derechos de autor en un sitio web ajeno, cuando dicha obra ha sido copiada primero a un servidor y desde ahí ha sido cargada en la página web propia?».

Una respuesta negativa a esta cuestión por parte del TJUE tendría un impacto mayúsculo en el derecho de autor y en su alcance, e implicaría una contradicción con centenares (quizás miles) de sentencias emanadas pacíficamente hasta la fecha por parte de los tribunales de los Estados Miembros y del propio TJUE. Por ello, y a pesar de las dificultades, anticipamos que el TJUE va a resolver que los hechos descritos entrañan un acto de comunicación al público. En este sentido, el TJUE seguramente tendrá que esforzarse por hallar una solución creativa al caso que justifique no aplicar estrictamente el criterio del «público nuevo» en estas constelaciones de casos, y que con toda seguridad contribuirá a alambicar más si cabe la definición del derecho de comunicación. Para una solución tal, el TJUE dispone, como mínimo, de dos alternativas.

La primera, menos sofisticada e inexplicable, pasaría por asegurar que la definición y los requisitos del moderno derecho de comunicación al público pueden y deben modularse atendiendo a las particulares circunstancias del caso. Ello permitiría al TJUE aplicar el criterio del público nuevo en aquellos casos

en los que los actos de comunicación que se enjuicien consisten simplemente en facilitar el acceso a obras protegidas sin disponer de ellas técnicamente, e inaplicar ese mismo criterio en los casos en que sí se produce una transmisión técnica de la obra.

Para ello, el TJUE podría rescatar la configuración que ha hecho del derecho de comunicación al público en los casos analizados en este trabajo como un derecho de apreciación casuística, cuyos elementos integradores presentan y requieren de una intensidad de análisis variable según el supuesto en el que se analice.

La segunda opción, más satisfactoria, supondría completar la definición de «público nuevo» ofrecida hasta ahora. Así, y como es evidente, los casos que ahora nos ocupan presentan una diferencia fundamental con el caso *Svensson* y con el resto de casos que le han seguido: en los primeros, el público que accede a la obra no accede a la misma *copia digital* que la que comunicó originariamente su titular, pues al reproducir la obra (en el caso que habrá de resolver el TJUE, una fotografía) la copia a la que permite acceder el segundo acto de comunicación al público no coincide con la copia que puso a disposición libremente y sin restricciones el titular; ello no ocurría, por ejemplo, en el caso *Svensson*, donde la intervención de *Retriever* permitía acceder a la misma copia digital de las obras, y que era la que había comunicado originariamente su titular.

Esta diferencia puede ser utilizada por el TJUE para asegurar que, a diferencia de *Svensson*, en los casos en los que se permite acceder a una copia digital de la obra distinta de la que puso a disposición el titular sí hay un público nuevo y, por tanto, un acto de comunicación al público: el público considerado por el titular solo sería el que accediera a la copia digital de la obra que él puso a disposición libremente, pero no aquel que pueda acceder a otras copias digitales de la obra no autorizadas por él.

A nuestro juicio, esta interpretación, aunque plausible para desterrar el concepto de público nuevo en actos indiscutibles de comunicación al público, seguiría siendo contradictoria con la jurisprudencia sentada por el TJUE desde *Svensson*, a pesar del matiz que hemos hecho: aunque el público acceda a una copia digital de la obra distinta, aquel público será el mismo que el considerado por el titular al realizar el primer acto de comunicación, esto es, la totalidad de internautas.

En cualquier caso, la resolución que el TJUE dé a la cuestión planteada en el asunto C-161/17 y en los que puedan seguirle demostrará si los nuevos elementos contruidos en relación con el derecho de comunicación al público se consolidan en todos los casos o si, por el contrario, son abandonados y tratados en adelante como criterios residuales para supuestos determinados y muy puntuales.

El TJUE dispone, sin embargo, de otra posibilidad: ofrecer una respuesta negativa a la cuestión planteada por el tribunal alemán y concluir que los hechos

descritos no entrañan un acto de comunicación al público. Esta alternativa, sin duda más traumática y rupturista que las soluciones mencionadas, ha ganado enteros pocos días antes de la publicación de este trabajo: el pasado 25 de abril de 2018, el Abogado General Campos Sánchez-Bordona hizo públicas sus conclusiones sobre el caso. En ellas, el Abogado General emplea extensivamente los criterios aplicados por el TJUE en los casos objeto de este trabajo y añade otros de su propia creación.

En sus sorprendentes conclusiones, el Abogado General asegura que en el caso objeto del procedimiento no concurren ninguno de los dos elementos que, como hemos visto en este trabajo, conforman todo acto de comunicación al público: ni un «acto de comunicación» ni un «público (nuevo)».

En relación con el elemento de «acto de comunicación», el Abogado General aplica de forma analógica y extensiva los criterios construidos por el TJUE en los casos *Svensson*, *Filmspeler*, *TPB* y, sobre todo, *GS Media*, para apreciar su falta de concurrencia en el caso. Además, en su razonamiento, adereza esos criterios con otros nuevos e inéditos hasta la fecha, con los que el Abogado General parece buscar un equilibrio entre los intereses en juego que podrían dar lugar a otro trabajo igual de extenso que el presente. En particular, el Abogado General entiende que no existe un papel ineludible del usuario ni el carácter deliberado de su intervención en el supuesto por tres motivos.

En primer lugar, porque el uso de la fotografía por parte de la alumna tiene carácter accesorio, como integrante de un trabajo escolar, con lo que no hay un «propósito de expandir la visión de la fotografía de Córdoba mucho más allá de lo que llevaba consigo su inserción en el portal de la revista de viajes»¹³⁹.

En segundo lugar, porque la ausencia de mención alguna en la fuente original sobre la autoría de la fotografía, así como su carácter plena y fácilmente accesible, provocaron que la alumna pudiera presumir legítimamente que la fotografía estaba libremente a disposición del público y que podía ser utilizada para propósitos docentes¹⁴⁰.

En tercer lugar, porque la ausencia de ánimo de lucro en el actuar de la alumna refuerzan la hipótesis de que no tenía pleno conocimiento de la naturaleza protegida de la obra y de la necesidad de obtener la autorización del titular. Además, el Abogado General apunta que las presunciones de conocimiento que el TJUE configuró en los casos *GS Media*, *Filmspeler* y *TPB* son de aplicación a «clientes», esto es, a quienes actúan en un ámbito comercial, calificación que es de nuevo ajena al supuesto enjuiciado¹⁴¹.

¹³⁹ Apartados §67 y 68 de las conclusiones del Abogado General.

¹⁴⁰ Apartados §69 y siguientes de las conclusiones del Abogado General.

¹⁴¹ Apartados §80 y siguientes de las conclusiones del Abogado General.

En lo que se refiere al elemento del «público», el Abogado General considera que el uso de la fotografía por parte de la alumna está dirigida a un número indeterminado pero considerable de personas, en la medida en que, al haberse publicado el trabajo en un sitio web que no presenta restricciones de acceso, todos los internautas son usuarios y destinatarios potenciales de la página¹⁴².

Sin embargo, dado que la técnica empleada por la alumna es coincidente con la de la comunicación inicial (la reproducción de la imagen y su posterior descarga en un portal de la red)¹⁴³, es preciso analizar, conforme a los criterios sentados por el TJUE desde *Svensson*, si el uso de la fotografía realizado por la alumna se dirige a un «público nuevo». El Abogado General también descarta esta circunstancia: dado que la fotografía se hallaba en el sitio web de la revista de viajes plenamente accesible sin restricciones, el público considerado por el titular de derechos ya englobaba a la totalidad de internautas y, por tanto, a un público coincidente con el que puede acceder al sitio web del centro escolar¹⁴⁴. El Abogado General se apresura a advertir que esta conclusión no supone un agotamiento del derecho de comunicación al público (que sería contraria, por lo demás, al artículo 3.3 de la Directiva 2001/29), sino la consecuencia de la forma en la que el titular de derechos publicó la imagen y la falta de adopción por su parte de cualquier medida de protección, cosa que podía inducir a los internautas a creer que la fotografía podía ser utilizada libremente. Así, el Abogado General propone atribuir a los profesionales un nivel de diligencia tal que les obligue a tomar las medidas adecuadas (incluyendo aquellas de naturaleza técnica) para dejar constancia de su titularidad y de la voluntad de controlar la difusión de la obra¹⁴⁵.

Como decíamos, en caso de que el TJUE decida confirmar, total o parcialmente, las conclusiones del Abogado General, ello sin duda supondrá un antes y un después para la regulación comunitaria del derecho de comunicación al público y, en general, del derecho de autor en la Unión Europea: el cambio de paradigma sería evidente, pues conductas que hasta ahora suponían incuestionablemente actos de comunicación al público —sin ir más lejos, la de la propia cuestión prejudicial C-161/17— dejarían de serlo.

¹⁴² Apartados §91 y siguientes de las conclusiones del Abogado General.

¹⁴³ Apartados §86 y siguientes de las conclusiones del Abogado General.

¹⁴⁴ Apartados §95 y siguientes de las conclusiones del Abogado General.

¹⁴⁵ Apartados §104 y 105 de las conclusiones del Abogado General.