

Sharemula y sus amigos piratas. La evolución europea y española del concepto de comunicación pública de obras protegidas por la propiedad intelectual

Gemma Minero Alejandre

*Profesora ayudante doctora de Derecho Civil.
Universidad Autónoma de Madrid*

Este trabajo ha obtenido un **Accésit Premio «Estudios Financieros» 2018** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Francisco Gil Durán, doña María José Morillas Jarillo, don José María Segovia Cañadas, don Antonio Serrano Acitores y don Mariano Yzquierdo Tolsada.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

El interés mediático por las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las que se determina la falta de conformidad de una norma española en materia de propiedad intelectual –o de la interpretación o aplicación hecha de esta– con el Derecho de la Unión Europea es innegable. Como también lo es la necesidad de procurar un análisis jurídico coherente del fenómeno de la piratería de obras protegidas por el derecho de autor en internet. El papel que los tribunales españoles han jugado en el planteamiento de algunas de las más relevantes cuestiones prejudiciales sobre la materia debe destacarse, al igual que el esfuerzo por acomodar el ordenamiento nacional a los dictados del Alto Tribunal europeo. En este trabajo se estudia la jurisprudencia europea que interpreta el concepto de comunicación pública para usos *online* y *offline* de obras y la evolución de la jurisprudencia española más reciente, a la vez que se analizan los últimos cambios normativos nacionales y se esbozan las actuales propuestas europeas.

Palabras clave: propiedad intelectual; derecho de comunicación pública; enlaces.

Fecha de entrada: 03-05-2018 / Fecha de aceptación: 04-07-2018

Sharemula and its pirate friends. European and Spanish evolution of the concept of communication to the public of works protected by intellectual property rights

Gemma Minero Alejandre

ABSTRACT

The interest of the judgements in which the Court of Justice of the European Union concludes that the Spanish Law is not in accordance with the European intellectual property Law is undeniable. The main reason is the necessity to create a harmonized framework to fight against piracy of works protected by copyright on the internet. The role of the Spanish judges in some important preliminary questions of the Court of Justice of the European Union is remarkable, as well as the effort made on applying the Spanish Law in accordance with the interpretation given by the Court of Justice of the European Union. This article studies the European judgements on the right of communication to the public of works by online and offline means, the evolution of the Spanish more recent judgments and the modification to the Spanish IP Law and some European proposals.

Keywords: intellectual property; right to communication to the public; hyperlinks.

Sumario

- I. Introducción al objeto de estudio
- II. Primera etapa del camino: La jurisprudencia del TJUE sobre la comunicación pública fuera de línea y el fin del caos jurisprudencial español
- III. Segunda etapa del camino: Los pasos kafkianos de la jurisprudencia del TJUE sobre la comunicación pública en línea y el difícil equilibrio del ordenamiento español desde las perspectivas civil y penal
- IV. Conclusiones: dosis de realidad y espacio para soñar

Referencias bibliográficas

Cómo citar este estudio:

Minero Alejandre, G. (2018). Sharemula y sus amigos piratas. La evolución europea y española del concepto de comunicación pública de obras protegidas por la propiedad intelectual. *Revista Ceflegal*, 213, 5-40.

I. INTRODUCCIÓN AL OBJETO DE ESTUDIO

La propiedad intelectual ha sido en los últimos años, y sigue siendo, uno de los principales frentes de batalla para los jueces españoles, que han encontrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –en adelante, TJUE–, y, en particular, en el instrumento de la cuestión prejudicial, una nueva forma de construcción jurídica, con importantes repercusiones mediáticas. De hecho, los tribunales españoles plantearon las cuestiones prejudiciales que dieron origen a dos de las sentencias europeas más sonadas en materia de propiedad intelectual de la última década: las dictadas por el TJUE con fecha de 21 de octubre de 2010, en el asunto Padawan contra SGAE, y de 9 de junio de 2016, asunto EGEDA y otros contra la Administración General del Estado, que protagonizaron un buen número de páginas jurídicas y periodísticas¹.

Otro importante pronunciamiento europeo comparte con las sentencias citadas anteriormente los rasgos de ser España el país de origen de la cuestión prejudicial y marcar un antes y un después en la interpretación normativa. Me refiero a la STJUE de 7 de diciembre de 2006, asunto SGAE contra Rafael Hoteles². Este caso trata sobre el objeto de este trabajo: el concepto de comunicación pública de obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual.

Si bien el litigio que dio origen a esta última cuestión prejudicial versa sobre la transmisión y retransmisión de obras o prestaciones protegidas en hoteles, en los últimos años el conflicto que ha copado de trabajo a los tribunales europeo y españoles es el relativo al acceso en internet de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual. Y es que la prestación de enlaces es una actividad prácticamente consustancial al funcionamiento de internet, al propiciar la interconexión entre recursos localizados en distintos puntos de la red, y facilitar el acceso a contenidos por los internautas, lo cual, en abstracto, no merece reproche jurídico alguno.

Sin embargo, debe diferenciarse el supuesto del enlace aislado del caso en el que el contenido principal de la página sea la indexación de enlaces, clasificados temáticamente y acompañados

¹ Ambas referidas a la interpretación que se debe dar a la compensación equitativa por el ejercicio de la excepción de copia privada de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual. En las dos resoluciones el TJUE concluye que nuestro ordenamiento no es conforme con el Derecho europeo. No nos detendremos en su análisis, pues han sido muchos los autores españoles que se han pronunciado sobre ello. Por todos, Bercovitz Rodríguez-Cano (2017b, pp. 23 y ss.).

² Asunto C-306/05.

de información adicional, como pueden ser los comentarios sobre la valoración de los usuarios o el número de descargas previas. El carácter ilícito de la actuación se deriva de la inexistencia de consentimiento del titular de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras y prestaciones protegidas para ese tipo de explotaciones y, en algunos casos, incluso, la falta de consentimiento para la propia divulgación. Los gestores de redes *peer-to-peer* y páginas de enlaces del estilo de Megaupload recurren al argumento de que quien provee en su página web enlaces a contenidos protegidos por la propiedad intelectual sin el consentimiento del titular de los derechos de propiedad intelectual no está *per se* explotando dichos contenidos, sino únicamente facilitando una dirección de internet, a modo de cita, y son los usuarios quienes previamente han cargado los contenidos infractores, sin que sea deber del gestor el escrutinio de dichos contenidos. Los tribunales que han analizado la cuestión no siempre han tenido en cuenta el carácter principal o central que la actividad de quien provee el índice de enlaces en su página web tiene en la práctica, como vía de acceso rápida al contenido, hasta el punto de ser dicha actuación incluso más relevante que el propio hecho de cargar el contenido en el servidor, pues dicho almacenamiento de nada sirve en la práctica cuando los archivos son difíciles de localizar.

En sus múltiples resoluciones sobre la materia, el TJUE ha sostenido que el derecho de comunicación pública es un concepto autónomo de Derecho europeo y ha perfilado sus contornos en varias de sus sentencias, descartando con ello que su definición sea susceptible de diferentes interpretaciones por los Estados miembros. Además, con ello pretende articular un derecho amplio, que permita conseguir el objetivo de la búsqueda de un alto nivel de protección de los autores en la Unión Europea³. Con todo, esta última afirmación no se ha cumplido en todos los casos y, en particular, en las últimas sentencias dictadas en relación con el fenómeno de los enlaces de internet. Por ello, estas resoluciones recientes pueden, en cierta medida, contradecir el objetivo fijado en el considerando 29 de la Directiva 2001/29/CE, que señala que el derecho de comunicación pública de los autores nunca se agota con una primera transmisión lícita de la obra, lo que significa que podrán seguir controlando, para autorizar o prohibir, las sucesivas comunicaciones públicas de sus obras que los terceros pretendan realizar⁴. De ahí que Dimita (2017, p. 148) califique el contenido de las resoluciones judiciales europeas que posteriormente serán analizadas en este trabajo como una «pesadilla kafkiana», y Westkamp (2017) sostenga que la actuación llevada a cabo por el TJUE sea más de tipo legislativo que jurisprudencial, con el consiguiente incumplimiento del principio de división de poderes.

Resulta cuando menos curioso que la utilización de obras en internet merezca, con carácter general y sin perjuicio de las matizaciones que realizaremos más adelante, la calificación de

³ Declaración que se contiene, entre otras, en la STJUE de 7 de diciembre de 2006, asunto SGAE contra Rafael Hoteles, fundamento 36.

⁴ Dice este considerando: «El problema del agotamiento no se plantea en el caso de los servicios, y en particular de los servicios en línea [...]. A diferencia del CD-ROM o CD-I, en los que la propiedad intelectual está incorporada a un soporte material, esto es, una mercancía, cada servicio en línea es, de hecho, un acto que debe quedar sujeto a autorización cuando así lo exijan los derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor».

acto de comunicación pública, definido en el artículo 20 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual –en adelante, TRLPI–. Y digo que resulta sorprendente porque este derecho patrimonial del autor, el de comunicación pública de sus obras, constituye la forma más genuina o primaria de explotación de obras del ingenio, esto es, la manera en la que tradicionalmente las obras llegaban desde su creador a sus destinatarios, reunidos en unas mismas coordenadas espaciales y temporales⁵. Sin embargo, como seguidamente se verá, la amplitud del artículo 20 del TRLPI y la diversificación permitida por el avance de las nuevas tecnologías permiten subsumir en esta norma muchas otras formas de explotación que no tienen lugar en vivo, ni se dirigen a un público presente, ni exigen la concurrencia temporal de este. Lo característico del concepto de comunicación pública es que cada destinatario de la comunicación no puede impedir que otros sujetos accedan y disfruten del mismo acto de comunicación de esa obra. Por tanto, el derecho de comunicación pública es el paradigma de la explotación incorporeal de obras protegidas por la propiedad intelectual.

El derecho de comunicación pública se reconoce en el ordenamiento jurídico español en los artículos 20, 108, 116, 122 y 126 del TRLPI⁶, que corresponde cada uno de ellos, respectivamente, a los autores, a los artistas, a los productores de fonogramas, a los productores de grabaciones audiovisuales y a las entidades de radiodifusión. Tiene a su vez cabida en la tutela proporcionada por el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE⁷. Asimismo, su protección es reconocida por el principal tratado de propiedad intelectual auspiciado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el Tratado de Derecho de Autor de 1996 (artículo 8)⁸.

Las disposiciones citadas articulan el derecho de comunicación pública como el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimien-

⁵ De hecho, originariamente se hablaba del derecho de representación para subsumir las facultades de control del autor. Término antiguo pero que actualmente sigue siendo manejado en el *Code de la Propriété Intellectuelle* francés (artículos L 122 y siguientes). En palabras de Sánchez Aristi (2017, p. 377), «merced de esta forma de expresión –la comunicación pública– la obra es objeto de conocimiento por el público convocado al efecto para su disfrute en forma incorporal, sin que los miembros del público accedan a un ejemplar de la obra sino a un acto en el que esta es puesta en escena o en ejecución, sin necesidad por tanto siquiera de que la obra esté previamente plasmada en un soporte tangible o material». Para distinguir el ámbito que abarca el derecho de comunicación pública y el terreno comprendido en el derecho de distribución, que exige la existencia de ejemplares físicos de la obra, se han acuñado los términos «Galaxia Marconi», empleado para el primero, y «Galaxia Gutenberg», referido al segundo. Véase Rivero Hernández (2007, p. 332).

⁶ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, BOE núm. 97, de 22 de abril de 1996.

⁷ 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, Diario Oficial de la Unión Europea de 22 de junio de 2001.

⁸ Adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. El tratado fue firmado por España en la fecha de adopción, si bien no adquiere vigencia en nuestro país hasta el 14 de marzo de 2010.

tos alámbricos o inalámbricos, y en las citadas normas se destaca que ello incluye la facultad de decidir sobre la subida a internet del contenido, esto es, la puesta a disposición del público de sus obras o prestaciones protegidas de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija. Esta última apreciación, aunque no se diga expresamente, alude implícitamente a toda utilización de obras en internet.

Ninguna de las normas citadas hace referencia expresa a la provisión de enlaces en internet, pero dicha referencia, por otro lado, sería antagónica a la finalidad de regular una protección abstracta y atemporal que el legislador buscó con la aprobación de las disposiciones citadas, tal y como se infiere del propio artículo 17 del TRLPI⁹. En todo caso, para que la utilización de obras en línea sea una comunicación pública deben cumplirse los tres requisitos exigidos por el artículo 20 del TRLPI: a) que el acto permita la posibilidad de acceso a la obra, b) que esté dirigido a un público, como pluralidad de personas, c) la falta de distribución de ejemplares físicos entre los miembros del público.

Al análisis del concepto de comunicación pública estudiado por la jurisprudencia de los tribunales españoles y por el máximo órgano europeo se dedican el resto de páginas de este trabajo. En efecto, este estudio trata de condensar la jurisprudencia dictada por los tribunales españoles en la última década y la interpretación correctora ofrecida por el TJUE, con el fin de realizar un recorrido que permita contraponer el punto de partida de la discusión y el estado actual de la cuestión. Si bien la doctrina interpretativa del concepto de comunicación pública es abundante, no siempre resulta sencilla de entender y aplicar y no siempre ha sido uniforme, lo que ha generado importantes problemas prácticos. La falta de criterio interpretativo único ha contribuido a la creación del caldo de cultivo idóneo para la proliferación de actividades que afectan de manera innegable al funcionamiento del mercado de explotación lícita de obras y prestaciones protegidas. Las sentencias que se estudian en este trabajo son prueba de ello y permiten afirmar que, en función del periodo temporal en el que el litigio se desarrolle, la calificación jurídica del acto puede variar de forma considerable. Afirmación que equivale a concluir que hasta tiempos muy recientes no ha

⁹ Esta última norma, al indicar cuál es la razón de ser de la propiedad intelectual, señala que esta otorga al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación sobre su obra «en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación». La definición de comunicación pública contenida en el artículo 20.1 del TRLPI se ha mantenido intacta en nuestro ordenamiento desde la aprobación de la LPI de 1987. Sin embargo, las alteraciones de este precepto sí se aprecian en las modificaciones realizadas en la enumeración de actos de comunicación pública del apartado segundo de este artículo. En relación con el apartado segundo, la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica la LPI, incorpora una nueva letra i), y, con ello, introduce el novedoso derecho de puesta a disposición del público, previsto en el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE y en el artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996. Esta última norma habla del «derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija». Una redacción equivalente se contiene en el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE.

existido un nivel mínimo de seguridad jurídica en este campo, con las consiguientes consecuencias económicas negativas para la industria cultural.

Antes de iniciar el estudio jurídico debemos realizar algunas indicaciones técnicas del fenómeno del *hyperlinking*. La primera de ellas es la relativa al origen del archivo. Salvo que se trate de enlaces internos a otras subpáginas de la página web, el sujeto que enlaza no es quien provee originalmente el contenido al que el enlace dirige. Por definición, el enlace reconduce a otra página administrada por un sujeto diferente a quien proporciona el enlace en su página y es el *webmaster* de la página enlazada quien generalmente almacena en su correspondiente servidor el archivo en cuestión. En segundo lugar, ello no es óbice para calificar al enlazador como proveedor de contenidos por el acto de la prestación del enlace¹⁰. En tercer lugar, debemos hacer alusión a la apariencia proporcionada por el enlace. En ocasiones, se deja claro al internauta que está siendo transportado a otro sitio web, mientras que en otros casos se genera la impresión, tras pulsar en el enlace de que se trata, de que la obra o prestación protegida se encuentra en la propia página en la que se contiene el enlace. En la actualidad no cabe duda de que la impresión generada por el sujeto que presta el enlace no es relevante a la hora de calificar jurídicamente el acto de enlazar. Por el contrario, en el análisis jurídico sí ha de tenerse en cuenta el hecho de si el titular del derecho de propiedad intelectual había concedido o no su autorización para la subida de la obra a internet. También será relevante si el acceso autorizado por el titular es abierto o libre o si, por el contrario, se somete a un control, esto es, a la necesidad de contar con un usuario y contraseña, conferidos por el titular de la página web.

Al igual que sucede con otras formas de explotación, a la hora de calificar el acto en cuestión como una comunicación pública de la obra bastará con que el sujeto comunicador haya hecho accesible la obra al público, esto es, haya creado las condiciones adecuadas para dicho acceso por parte del público, con independencia de que el acceso se haya realizado efectivamente o no¹¹. No

¹⁰ Por todos, Garrote Fernández-Díez (2004, pp. 103 y ss.) y R. Sánchez Arísti (2012).

¹¹ Así se ha determinado, entre otras, en las SSTJUE de 26 de abril de 2017, asunto C527/15 (NCJ062258), y de 14 de junio de 2017, asunto C-610/15. Basta con que una pluralidad de sujetos pueda tener acceso a la obra, aunque únicamente uno de ellos o eventualmente ninguno acceda *de facto* a la obra. Una emisora de radio comunica una obra musical con independencia de que ningún radioyente esté sintonizando su frecuencia en un momento determinado, al igual que una página web que comunica una obra fotográfica con la reproducción de esta en su servidor y su sitio web, aun cuando aún no haya recibido visitas, realizan actos de comunicación pública. No existe comunicación pública, sin embargo, cuando estemos ante la prueba de sonido antes de un programa radiofónico o cuando la página web en cuestión se encuentre en fase de pruebas. Tampoco constituiría un acto de comunicación pública el envío de un fichero infractor por correo electrónico a un único destinatario o a un conjunto de destinatarios que formen parte de la esfera privada o familiar del remitente. Las comunicaciones de obras que se realicen en la esfera privada no se subsumen en la categoría de actos de comunicación pública, tal y como señala el artículo 20.1. *in fine* del TRLPI. Acerca de las dificultades para determinar cuándo una pluralidad de sujetos ha de ser considerada público a los efectos de este precepto, véase Rivero Hernández (2007, p. 334). Este último autor definía el concepto de público asemejándolo a la «idea de grupo indeterminado, cualitativa y cuantitativamente, de personas sin especial vínculo personal o relación jurídica, y que sea relativamente abierto» (p. 335).

es necesario que el acto de comunicación esté dirigido hacia la totalidad de personas que habitan el planeta, sino que esta magnitud puede ser fragmentada y cada una de esas porciones podrá ser considerada asimismo un público relevante. El grado de acceso a la obra sí será relevante en un segundo nivel del análisis, relativo a la fijación de la remuneración a satisfacer al titular del derecho de comunicación pública por la explotación de su obra¹². Esta misma lógica se aplica a la búsqueda del ánimo de lucro por parte del sujeto comunicador. El provecho económico no es un rasgo definitorio del derecho de comunicación pública, de manera que pueden subsumirse en la esfera de control de su titular utilidades de su obra de carácter gratuito. Sin embargo, la ausencia de ánimo de lucro suele ser tenida en cuenta a la hora de determinar la remuneración a pagar al titular del derecho para permitir la explotación de la obra.

II. PRIMERA ETAPA DEL CAMINO: LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE LA COMUNICACIÓN PÚBLICA FUERA DE LÍNEA Y EL FIN DEL CAOS JURISPRUDENCIAL ESPAÑOL

Para un correcto estudio sobre el concepto de comunicación pública en línea es importante empezar haciendo una recapitulación de los pronunciamientos del TJUE en relación con el concepto de comunicación pública fuera de línea, dentro del concepto de las emisiones o transmisiones y de las retransmisiones. La máxima a aplicar por el TJUE en abstracto –si bien no cumplida de manera efectiva en alguno de los supuestos, como posteriormente se verá– pasa por entender el concepto de «comunicación al público» en un sentido amplio, tal como indica expresamente los considerandos 9 y 23 de la Directiva 2001/29/CE¹³. Asimismo, el TJUE ha realizado un análisis ponderado entre ese objetivo de máxima tutela de la propiedad intelectual, y la búsqueda del equilibrio con la libertad de expresión e información, prevista en el artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales.

La primera STJUE relevante data de 7 de diciembre de 2006, planteada en el seno del célebre litigio entre la SGAE y la cadena Rafael Hoteles (C-306/05), en relación con el pago de una

¹² Ello es así cuando la autorización para la comunicación pública de la obra es concedida por el titular del derecho y cuando es otorgada por una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual. Así, el artículo 157.1 b) del TRLPI ordena que las entidades de gestión tengan en cuenta, en la fijación de sus tarifas generales, el criterio del grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario y los ingresos económicos obtenidos por el usuario para la explotación comercial del repertorio.

¹³ De acuerdo con el citado considerando 9 de la Directiva 2001/29/CE: «Toda armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor debe basarse en un elevado nivel de protección, dado que tales derechos son primordiales para la creación intelectual». Por su parte, el considerando 23 de esta directiva dicta: «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».

compensación económica por la recepción de emisiones de televisión en habitaciones de hotel. El TJUE concluyó que, con independencia de la técnica empleada, la distribución de señales por el establecimiento hotelero a las televisiones instaladas en las habitaciones de los clientes debía considerarse un acto de comunicación pública de acuerdo con el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE. El carácter privado de las habitaciones del hotel no hace variar esta consideración¹⁴. Sostiene el Alto Tribunal europeo que la actividad del establecimiento hotelero es una retransmisión realizada por un organismo distinto al de origen, y que por tanto se dirige a un público nuevo o adicional, que no coincide con el público destinatario del acto de radiodifusión originario¹⁵. Tenga en cuenta el lector que el TJUE no hace mención alguna de la intencionalidad del sujeto que realiza la comunicación o del conocimiento del carácter ilícito de su actuación como elementos a tener en cuenta en el análisis de la existencia de un acto de comunicación pública¹⁶.

En una sentencia posterior, de 4 de octubre de 2011, el TJUE no duda en considerar comparable al supuesto de las habitaciones de hotel el del dueño de un establecimiento de restauración que instala en él una pantalla de televisión y altavoces, con el fin de dar acceso a su clientela a la emisión de obras protegidas por la propiedad intelectual¹⁷. Entiende el TJUE que sin la intervención del propietario del bar sus clientes no podrían disfrutar de las citadas obras, incluso en el supuesto en el que se encuentren dentro de la zona de cobertura de la emisión difundida por la entidad de radiodifusión. Por tanto, la clientela de ese bar se trata de «un público nuevo, es decir, un público que no tuvieron en cuenta los autores de las obras protegidas cuando autorizaron su utilización para la comunicación al público de origen»¹⁸.

El acatamiento por los tribunales españoles de esta doctrina interpretativa europea produjo un importante viraje en la que hasta entonces había sido la interpretación conferida por los tribunales españoles, en algunos casos partidarios y en otros detractores de la subsunción de este tipo de supuestos en el concepto de comunicación pública, lo que generaba un clima de total inseguridad

¹⁴ En su sentencia, el TJUE afirma: «En un contexto como el del asunto principal [...] hay que tomar en consideración la circunstancia de que normalmente la clientela de un establecimiento de este tipo se renueva con rapidez. Por lo general, se trata de un número considerable de personas, por lo que debe estimarse que forman un público a los efectos del objetivo principal de la Directiva 2001/29 [...]. 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» (fundamentos 38 y 39).

¹⁵ «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» (fundamento 42).

¹⁶ Sobre este dato han hecho especial hincapié Brison y Depreeuw (2017, p. 102).

¹⁷ Asuntos C-403/08 y C-429/08, casos Football Association Premier League Ltd. y otros contra QC Leisure y otros y Karen Murphy contra Media Protection Services Ltd.

¹⁸ Fundamento 197 de la STJUE de 4 de octubre de 2011.

jurídica¹⁹. Entre las sentencias españolas que implementan la doctrina europea expuesta podemos citar la dictada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de abril de 2007, cuya doctrina queda ratificada, entre otras, por las posteriores SSTs de 6 de julio de 2007 y de 15 de enero, 10 de julio y 14 de noviembre de 2008 y de 22 y 26 de enero y de 18 de mayo de 2009²⁰. En estas y otras sentencias posteriores se realiza una aplicación uniforme del concepto de comunicación al público a todo supuesto en el que un número indeterminado de personas puede disfrutar de una comunicación de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, tanto cuando la comunicación se lleva a cabo a partir de una emisión originaria como cuando proviene de una retransmisión o distribución secundaria de la señal, sin que el ánimo de lucro o la falta de este sea un elemento a tener en cuenta en este análisis²¹. Estas resoluciones españolas, que en muchos casos

¹⁹ La sentencia europea asume la tesis contraria a la que había adoptado el Tribunal Supremo, constituido en Pleno, para dictar la Sentencia de 10 de mayo de 2003. Esta sentencia de 2003 vino a sentar la postura de la jurisprudencia española ante una serie de previas resoluciones contradictorias. Así, la Sentencia de 11 de marzo de 1996, que considera que la comunicación en habitaciones de hotel es comunicación pública; la Sentencia de 24 de septiembre de 2002 concluyó lo contrario, si bien fue posteriormente anulada por motivos procedimentales; y la Sentencia de 31 de enero de 2003, que nuevamente se muestra partidaria de calificar esta forma de explotación de comunicación pública. Si bien es sabido que la existencia de una sola sentencia del Tribunal Supremo no crea jurisprudencia, por aplicación del artículo 1.6 CC, es importante tener en cuenta el origen de la STS de 10 de mayo de 2003, el objetivo de poner término al debate jurisprudencial existente, en votación de unificación doctrinal, y el propio hecho de que la sentencia en cuestión sea dictada por el pleno de la Sala de lo Civil, además por unanimidad. Véase en este punto Bercovitz Rodríguez-Cano (2006) y Rivero Hernández (2007, pp. 352-354).

²⁰ SSTs núm. 428/2007 (NCJ042058), 844/2007 (NCJ040319), 1394/2008 (NCJ042371), 700/2008 (RJ 2008\3358), 1081/2008 (RJ 2008\6047), 9/2009 (RJ 2009\264), 36/2009 (RJ 2009\1273) y 314/2009 (NCJ050207). En todas ellas se rechaza la tesis de que debe diferenciarse entre las comunicaciones realizadas en las zonas comunes del hotel y las que se desarrollan en el interior de las comunicaciones. Por el contrario, se afirma que el carácter público o privado del espacio en el que se recibe la comunicación carece de relevancia a la hora de calificar el acto de utilización de la obra, que en ambos casos se trata de una comunicación al público no consentida por el titular del derecho.

²¹ En la citada STS de 16 de abril de 2007, el Alto Tribunal español aplica la regla de la interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho comunitario, con independencia de que la norma nacional sea anterior o posterior a la directiva, y que esta hubiera sido transpuesta o no mediante ley interna en la fecha en la que se produjo el acto de explotación que dio origen al litigio. El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Provincial –confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia, y ambas desestimatorias de la demanda– y estima lo solicitado por la parte demandante, y consecuentemente dicta la inmediata suspensión de las actividades de retransmisión de obras audiovisuales contenidas en las emisiones de televisión, llevadas a cabo por el hotel mediante una antena parabólica y una red de difusión de las emisiones a cada uno de los espacios comunes y privados. Asimismo, la sentencia comentada declara la prohibición de reanudación de la actividad infractora y reconoce el derecho de la demandante a ser indemnizada. Por su parte, en las ulteriores SSTs de 15 de enero y 10 de julio de 2008, antes citadas, se estiman los recursos interpuestos por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual EGEDA y AIE, en nombre y representación de los productores de grabaciones audiovisuales y los artistas y en las SSTs de 14 de noviembre de 2008 y de 22 de enero de 2009, también citadas previamente, se desestiman los recursos interpuestos por las entidades mercantiles propietarias de los hoteles demandados contra las sentencias de instancia que reiteraban el criterio mantenido por los juzgados, acorde con la sentencia europea, al subsumir en el concepto de comunicación al público la actividad de transmisión de las emisiones de televisión en las habitaciones del hotel. A esta misma conclusión llegan las citadas SSTs de 26 de enero y de 18 de mayo de 2009, que revocan las correspondientes sentencias de segunda instancia dictadas en 2003 y 2004, en las que se estimaban los recursos interpuestos por las empresas titulares de los

citan el propio texto de la STJUE de 7 de diciembre de 2006, tienen un rasgo común con esta última: en todas ellas se concluye que existe un público nuevo al que se dirige la retransmisión y se produce una nueva comunicación pública al captar el hotel la señal televisiva originaria y transmitirla –retransmitirla (mediante una radiodifusión secundaria)– a los televisores instalados en las habitaciones, siendo que dicho público nuevo está integrado por la pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable, que constituyen la clientela, cuya pluralidad se contempla en las perspectivas acumulativas espacial (conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel) y temporal (huéspedes sucesivos que pueden acceder a la señal), que tiene la posibilidad de acceder a esa señal difundida por el hotel.

El criterio interpretativo empleado por el TJUE en su sentencia SGAE contra Rafael Hoteles ha sido acogido igualmente por la jurisprudencia menor española para aplicarlo a los actos de comunicación al público de obras y prestaciones protegidas llevadas a cabo en habitaciones de establecimientos hospitalarios, previo pago del importe establecido por el centro sanitario²².

Igualmente resulta interesante el estudio de sentencias dictadas por las audiencias provinciales en el curso de litigios entre los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas, representados por entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, y los titulares de locales destinados a la celebración de banquetes de bodas y otros eventos, cuyo acceso no está ligado de manera directa al pago del precio de una entrada. En estos eventos es habitual la contratación de un *disk jockey* (DJ) o de un grupo de música que se ocupe de difundir fonogramas de terceros o de interpretar obras musicales de autoría ajena, sirviéndose de aparatos electrónicos y de las instalaciones del propio local²³. Habitualmente, el sujeto demandado por la entidad de gestión es el titular del local del evento. El argumento para la defensa empleado por el dueño del local para tratar de esquivar la condena por infracción de derechos de propiedad intelectual se basa en el hecho de que sean los sujetos que contratan el *catering* y demás servicios quienes directamente arriendan los servicios del grupo musical o del DJ, siendo estos últimos quienes efectivamente ejecutan el repertorio de obras protegidas y, por tanto, quienes deberían solicitar o haber solicitado autorización a los titulares de derechos de propiedad intelectual para llevar a cabo dicha comunicación pública. En definitiva, los demandados habitualmente argumentan que el local es un tercero ajeno a ese servicio musical, al no mediar una vinculación laboral o mercantil entre el local y los sujetos que ejecutan las obras y prestaciones protegidas. Los tribunales españoles han venido entendiendo que, si bien quien lleva a cabo de manera material la interpretación, ejecución o explotación de la obra o prestación protegida no es el local, este último sí es

hoteles contra las sentencias de primera instancia partidarias de la calificación de las actuaciones de las demandadas de actos de comunicación pública.

²² Entre otras, en las SSAP de Alicante, Sección 8.ª, de 30 de mayo de 2013 (Sentencia núm. 229/2013, JUR 2013\266374) y de Lleida, Sección 2.ª, de 4 de julio de 2014 (Sentencia núm. 272/2014).

²³ La interpretación de obras de autoría propia no plantea problema, pero sí la realización de versiones de obras ajenas sin consentimiento expreso de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

responsable de la infracción, pues aporta los medios técnicos y materiales –como es la energía eléctrica, la instalación de sonido y seguridad, las medidas de insonorización, etc.–, necesarios para que la utilización pueda realizarse, y que dicho aporte se lleva a cabo con ánimo de lucro, con la finalidad de obtener un beneficio económico directo o indirecto –así, por ejemplo, el incremento del precio de los menús o la posibilidad de contratar otros servicios accesorios a la música, como puede ser la barra libre–²⁴.

En una sentencia posterior del TJUE –de fecha de 15 de marzo de 2012–, dictada en el seno de un litigio que enfrentaba a la entidad italiana de gestión de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y un dentista –el célebre Sr. Del Corso– que se negaba a satisfacer a la entidad la correspondiente remuneración en concepto de utilización de los fonogramas protegidos en la sala de espera de la consulta dental²⁵, el TJUE excluyó este supuesto de hecho del concepto de comunicación pública y, con ello, denegó la remuneración a los productores de fonogramas.

Dicha conclusión se basa en tres motivos. El primero de ellos es la inexistencia de un público en el sentido jurídico del término. Por un lado, el TJUE subraya que el público es indeterminado cuando la obra puede ser perceptible de cualquier forma idónea, para las personas en general, es decir, sin restringirla a determinados individuos pertenecientes a un grupo privado²⁶. Por otro lado, a la hora de concluir que existe un público suficiente, en el sentido de un número considerable de personas, el TJUE precisa que tal número supone un cierto umbral *de minimis*, lo que le ha llevado a excluir de la calificación de público una pluralidad de personas interesadas demasiado pequeña o incluso insignificante. Sostiene el Alto Tribunal europeo que el colectivo destinatario de la comunicación en el asunto litigioso estaba integrado por un número muy reducido de personas²⁷. Como complemento de lo anterior, se afirma que el grupo de clientes de la consulta

²⁴ Véanse las SSAP de Barcelona (Sección 15.ª) de 16 de noviembre de 2006 (Sentencia núm. 537/2006, AC 2009\380); de A Coruña (Sección 4.ª) de 28 de marzo y de 11 de diciembre de 2008 (Sentencia núm. 126/2011, AC 2011\475, y Sentencia núm. 556/2008, JUR 2009\241020); y de Madrid (Sección 28.ª) de 16 de octubre de 2009 (Sentencia núm. 244/2009, AC 2010\227). La condena al titular del local se entiende sin perjuicio de la posibilidad de este de ejercer la correspondiente acción de repetición contra sus clientes o contra los concretos grupos musicales o *disk jockeys* que explotaron los contenidos protegidos sin previa autorización por los titulares de los derechos. En ningún caso se entiende que este tipo de utilización se lleve a cabo en el ámbito doméstico y la calificación de actos de comunicación pública es, por ello, pacífica. Véanse asimismo las SSAP de Madrid, Sección 28.ª, de 16 de septiembre de 2013 (Sentencia núm. 251/2013); de Alicante, Sección 8.ª, de 28 de octubre de 2011 (Sentencia núm. 435/2011), y de Barcelona, Sección 15.ª, de 25 de febrero de 2010 (Sentencia núm. 49/2010).

²⁵ Asunto C-135/10 (NCJ056505).

²⁶ Se dice, en este sentido, que el acto debe estar dirigido al público en general o «en globo». Véanse Brison y Depreuw (2017, p. 104).

²⁷ El TJUE sostiene que la clientela de la consulta odontológica se trata de una magnitud de personas muy pequeña, tanto si se considera el círculo de los sujetos presentes simultáneamente en la consulta, como si se tiene en cuenta el número de pacientes que se va sucediendo por turnos. Para una crítica sobre esta argumentación, véase Rivas Prieto (2013, pp. 72-74). Este autor entiende que, teniendo en cuenta un lapso temporal prolongado, la clientela de la clínica

dental no puede ser considerado un conjunto de sujetos indeterminados, pues estos no acuden a la consulta –y acceden a los fonogramas– de manera casual o aleatoria, sino únicamente con cita previa y, por ello, perfectamente identificados²⁸. Finalmente, el TJUE toma en consideración la inexistencia de ánimo de lucro de la forma de difusión de música llevada a cabo por el sujeto demandado, que no busca conseguir con ello una mayor clientela, a diferencia de lo que sucede en hoteles y restaurantes, en cuyo caso la difusión de contenidos musicales o audiovisuales es un servicio complementario al servicio prestado con carácter principal. En definitiva, el cliente que acude a una clínica dental no lo hace por oír música, ni dicha difusión permite elevar las tarifas de los servicios odontológicos prestados²⁹. Por tanto, el TJUE añade un nuevo parámetro en su análisis: el hecho de que los pacientes concedan o no importancia a esa difusión, de tal modo que esta acreciente el atractivo y, por tanto, la frecuentación de dicha consulta.

De esta última sentencia puede criticarse el no haber tomado en consideración la necesidad de analizar el concepto de público desde dos perspectivas acumulativas, la temporal y la espacial, como un conjunto de sucesivas personas que a lo largo del tiempo desfilan por ese lugar³⁰. No es fácil mantener de manera consistente que los clientes de la cadena Rafael Hoteles merecen la consideración de público del acto de comunicación, mientras que los clientes que se suceden a lo largo del tiempo en una consulta médica no lo son. Además, en nada puedo compartir la afirmación sobre la indeterminación del colectivo de clientes de la clínica, pues la clientela de un hotel opera sobre la misma base de la reserva previa y a nadie se le ocurre cuestionar que esta forma de control *ex ante* de la identidad del sujeto que pueda tener acceso a las obras difundidas en ese establecimiento transforma a los clientes en un colectivo determinado, excluido del concepto de público. Asimismo, de la lectura de la resolución de 2012 resulta llamativo el parámetro del ánimo de lucro, pues hasta entonces el carácter gratuito u oneroso del servicio no era relevante a la hora de considerar pública o no la comunicación de obras o prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual. Cosa distinta es que, una vez calificada de comunicación al público la utilización, el titular de los derechos de propiedad intelectual tome en consideración el carácter gratuito de esa comunicación para reducir el precio de la licencia para la explotación lícita y, a la inversa, eleve la remuneración exigida cuando se trate de un acto de explotación oneroso.

ca sí debió considerarse público a los efectos de calificar la comunicación en cuestión de acto de comunicación pública. Además, el citado autor se permite dudar sobre el carácter estable de la clientela de la clínica. Esta misma idea es apuntada por Bercovitz Rodríguez-Cano (2012, p. 585), que aboga por no extender esta conclusión a otro tipo de consultas médicas de clientela no tan reducida como la del litigio principal.

²⁸ Además del criterio cuantitativo antes señalado, el TJUE también emplea un análisis cualitativo y por ello subraya que el concepto de público se refiere a un número indeterminado de destinatarios potenciales, de «personas en general», en contraposición a lo que sería el grupo privado de sujetos, que estaría excluido del concepto de público. En el caso de la clientela de la clínica odontológica, al ser esta un grupo de composición estable de sujetos, este se trataría de un conjunto determinado de personas y, por ello, tampoco podría afirmarse que se trata de un público relevante desde el punto de vista cualitativo (fundamento 95 de la sentencia).

²⁹ Párrafos 97 y 98.

³⁰ En este sentido, véase Bercovitz Rodríguez-Cano (2016, p. 2).

Estas críticas se refuerzan si atendemos al hecho de que también con fecha de 15 de marzo de 2012 el TJUE dicta una segunda sentencia, en parte contradictoria con la anterior³¹. La cuestión prejudicial se plantea en el marco de un litigio que enfrentaba a la entidad de gestión colectiva irlandesa de derechos de propiedad intelectual de productores de fonogramas y el Estado de Irlanda, cuestionando la entidad de gestión el carácter conforme con el Derecho europeo de la norma irlandesa por la que se exoneraba de responsabilidad a los establecimientos hoteleros que facilitarían el acceso a contenidos musicales o audiovisuales en las habitaciones. Siguiendo la doctrina presente en la sentencia SGAE contra Rafael Hoteles, el TJUE declara que el hotel que ofrece en sus habitaciones equipos de reproducción y fonogramas en soporte físico o digital que pueden reproducirse en dichos equipos realiza una comunicación al público, que para ser lícita necesita de la autorización de los titulares del derecho de comunicación pública.

Esta misma línea interpretativa se sigue asimismo en la STJUE de 27 de febrero de 2014, en la que se señala que el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE se opondría a una norma nacional que excluyera el derecho del autor de autorizar o prohibir la comunicación de sus obras en un establecimiento termal, en particular, mediante la difusión de una señal a través de receptores de televisión y radio ubicados en las habitaciones, pues es la intervención del gestor del establecimiento la que permite a sus clientes el acceso a las obras³².

El supuesto de hecho que dio origen a la STJUE de 31 de mayo de 2016 –dictada esta vez por la Gran Sala, a diferencia de las anteriores– tiene importantes similitudes con el célebre caso Del Corso, pues enfrenta a la sociedad que explota un centro de rehabilitación –Reha Training– y a la principal entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual alemana –GEMA–, por el pago de la remuneración referida a las emisiones de televisión que la empresa de rehabilitación lleva a cabo en los televisores instalados en sus dependencias³³. El TJUE concluye que ha existido una comunicación pública de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual y trata de omitir cualquier referencia a la contradicción que esta nueva resolución supone con respecto a la sentencia Del Corso, primando en su pronunciamiento la idea de la conformidad con la STJUE de 2006, en el asunto SGAE contra Rafael Hoteles. Entiende el TJUE que los clientes de la compañía rehabilitadora sí deben calificarse de público, por constituir un nú-

³¹ Asunto C-162/10 (NCJ056496).

³² Caso C-351/12, OSA contra Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s. En su fundamento 32, el TJUE afirma: «Al igual que los clientes de un hotel, los pacientes de un establecimiento termal constituyen ese público nuevo. En efecto, el establecimiento termal interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar acceso a la obra protegida a sus pacientes. Sin esta intervención, los pacientes no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida».

³³ En primera instancia se estimó la demanda de GEMA, pero el Landgericht de Colonia, al conocer del recurso de apelación, entendió que se trataba de un supuesto de hecho equivalente al que dio origen a la STJUE de 15 de marzo de 2012, asunto Del Corso, pues también en este caso los clientes de la empresa dedicada a la rehabilitación acceden a las emisiones de televisión involuntariamente, sin previa elección, en las salas de espera y de ejercicio. En su sentencia, el TJUE no especifica por qué, a pesar de la similitud de los litigios, la clientela del dentista Del Corso no era considerada un público suficiente, mientras que los clientes de Reha Training sí lo son.

mero indeterminado y considerable de personas, en atención al número de sujetos que acceden al contenido de manera simultánea y de forma sucesiva, por lo que concluye que la utilización realizada por dicha empresa que permite el disfrute de emisiones en sus dependencias merece la calificación de comunicación pública³⁴. De ello se infiere la esencialidad del efecto acumulativo de la comunicación a destinatarios que no tienen acceso a la obra de manera simultánea, de manera que, para determinar si el número de destinatarios de la comunicación es o no considerable se debe ampliar el espectro temporal del análisis y tomar en consideración la suma de todos los potenciales ocupantes de ese espacio durante esa horquilla de tiempo.

Tal y como ha señalado Bercovitz Rodríguez-Cano, en una crítica que se acoge plenamente en este trabajo, la falta de referencia en la sentencia de 2016 a las diferencias decisivas para calificar el alto de comunicación pública, sirve para difuminar la posible contradicción entre la doctrina interpretativa mantenida en esta sentencia y la que se contenía en la sentencia *Del Corso*, pero supuso a su vez una importante confusión doctrinal y jurisprudencial en el análisis de cuándo la comunicación de obras y prestaciones protegidas es pública y exige autorización del titular del derecho de propiedad intelectual y cuándo no lo es³⁵. Igualmente debe llamarse la atención sobre la falta de concordancia de la razón del ser del pronunciamiento del TJUE en el caso *Reha Training* y el ofrecido en el asunto *Svensson*, que se estudiará posteriormente. De las diferencias encontradas en estos pronunciamientos y la centralidad de ambos quizás puede inferirse el deseo del TJUE de mantener dos parámetros de análisis diferenciados, en función de si se trata de una transmisión o retransmisión o si estamos ante un uso de obras mediante enlaces de internet³⁶.

En paralelo, el TJUE llama la atención sobre la naturaleza lucrativa de la utilización. Entiende que la empresa demandada obtiene un beneficio potencial de dicha comunicación, al suponer esta un atractivo para sus potenciales clientes, pero sostiene que dicho carácter oneroso no es determinante para la calificación del acto como comunicación al público, sino únicamente en la específica cuantificación de la remuneración a pagar al titular del derecho de comunicación pública³⁷.

Un último detalle es importante a la hora de entender la evolución jurisprudencial del TJUE: el parámetro de la existencia de un público nuevo, presente en la STJUE de 31 de mayo de 2016, entendido como el «público que no tuvieron en cuenta los titulares de derechos sobre las obras protegidas cuando autorizaron su utilización para la comunicación al público de origen». Añade

³⁴ El TJUE hace hincapié en el hecho de que las obras difundidas podían disfrutarse, de manera simultánea, en diferentes lugares del establecimiento de rehabilitación –dos salas de espera y una sala de ejercicios–.

³⁵ Véase Bercovitz Rodríguez-Cano (2016, p. 4).

³⁶ Esta postura ha sido defendida por Dimita (2017, p.152), que señala: «En este punto, *Reha* y *Svensson* tienen una difícil reconciliación».

³⁷ Fundamento 64 de la sentencia. El TJUE considera que la difusión de obras protegidas reviste un carácter lucrativo cuando el usuario puede obtener de ella un beneficio económico ligado al atractivo y, por tanto, a la mayor frecuencia del establecimiento en el que realiza la difusión. Véase STJUE de 31 de mayo de 2016, fundamento 51.

el TJUE un componente nuevo en su análisis: para valorar si existe este público nuevo, el sujeto que hace uso de la obra o prestación protegida ha de tener conocimiento de las consecuencias de su actuación y realizarla de manera deliberada, pues «para que exista comunicación al público, es necesario que el usuario dé, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, acceso a la emisión difundida [...] a un público suplementario y que resulte así que, a falta de tal intervención, las personas que constituyen ese público nuevo, aun encontrándose en el interior de la zona de cobertura de dicha emisión, no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida»³⁸. «Se sobreentiende que el público al que se destina la comunicación en tales establecimientos no es captado por azar, sino contemplado como objetivo por los que explotan esos establecimientos»³⁹.

La jurisprudencia dictada por tribunales españoles referidas a centros comerciales, consultas médicas y establecimientos de ocio y deportivos no es tan voluminosa como la citada anteriormente en relación con hoteles y establecimientos similares. Con todo, las sentencias dictadas por audiencias provinciales y juzgados de lo Mercantil merecen ser estudiadas. Son varias las sentencias referidas a la comunicación pública de fonogramas y obras musicales, mediante aparatos de radio o hilo musical o de obras audiovisuales en aparatos de televisión en las que se condena a los titulares de las instalaciones en las que se realizaron las conductas de explotación de obras y prestaciones protegidas sin contar con autorización previa de los titulares de derechos de propiedad intelectual y sin haber satisfecho remuneración alguna en concepto de ambientación de carácter secundario o incidental, en unos casos, y por explotación con valor añadido y de carácter necesario para el desarrollo de actividad física, en otros⁴⁰.

Las demandas que dieron origen a las sentencias condenatorias fueron interpuestas por las entidades de gestión que representan a los distintos titulares de derechos afectados. En algunos casos, existían contratos entre los locales y las citadas entidades de gestión, siendo el origen del litigio la falta de pago de las cantidades estipuladas en las tarifas generales de las entidades, contenidas en los citados contratos, que son calculadas en función de la superficie de los locales. Un argumento recurrente de defensa de los sujetos demandados es la utilización por parte de obras o prestaciones protegidas no pertenecientes a los repertorios administrados por las entidades de gestión demandantes. A su vez, la tesis utilizada habitualmente por las entidades de gestión demandantes –y estimada frecuentemente por los órganos de primera y segunda instancia– se re-

³⁸ Fundamento 46.

³⁹ Fundamento 48.

⁴⁰ Entre otras, podemos citar las SSAP de Alicante, Sección 8.ª, de 18 de junio de 2010 (Sentencia núm. 276/2010, JUR 2010\321131); de Madrid, Sección 28.ª, de 15 de octubre de 2010 (Sentencia núm. 229/2010, JUR 2011\37155) y de 28 de octubre de 2011 (sentencia núm. 312/2011, AC 2011\2272) y de Valencia, Sección 9.ª, de 4 de octubre de 2011 (Sentencia núm. 372/2011, JUR 2011\416250). Asimismo, debemos hacer mención de las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón, de 25 de mayo de 2015 (Sentencia núm. 99/2015, JUR 2015\269806) y de 10 de mayo de 2016 (sentencia núm. 120/2016, JUR 2016\140218), del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de 21 de mayo de 2015 (Sentencia núm. 117/2015, JUR 2015\274413) y del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza de 18 de junio de 2014 (Sentencia núm. 137/2014, JUR 2015\285042).

fiere al propio contrato firmado entre los demandados y las entidades, en el que habitualmente se reconoce que el contrato no queda afectado por el hecho de que algunas de las obras o prestaciones protegidas utilizadas no pertenezcan al repertorio administrado por la entidad de gestión. Las entidades demandantes son conscientes de la dificultad de los demandados para probar la efectiva utilización únicamente de música o material audiovisual libre de derechos de propiedad intelectual, el ser beneficiarios de licencias *creative commons* no gestionadas por las entidades de gestión o el hecho de contar con la efectiva autorización directa de los titulares de derechos.

También en el ámbito *offline* podemos destacar la jurisprudencia relativa al uso de obras y prestaciones protegidas –en su mayoría, de naturaleza musical o audiovisual– por parte de ayuntamientos o instituciones públicas en fiestas patronales y otras celebraciones o actos sociales. Este tipo de usos no pueden subsumir en la excepción al derecho de propiedad intelectual regulada en el artículo 38 el TRLPI, que permite la utilización de obras para actos oficiales sin necesidad de contar con la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual. En efecto, esta disposición únicamente permite la «ejecución de obras musicales en el curso de actos oficiales del Estado, de las Administraciones públicas y ceremonias religiosas», «siempre que el público pueda asistir a ellas gratuitamente y los artistas que en las mismas intervengan no perciban remuneración específica por su interpretación o ejecución en dichos actos». Por tanto, toda explotación onerosa queda fuera del supuesto de hecho de la norma y necesita del consentimiento del titular del derecho de comunicación pública⁴¹. Además, en muchos casos, incluso cuando existe autorización para la ejecución o interpretación de obras, esta resulta insuficiente, por haber sido otorgada únicamente por alguno de los titulares de derechos afectados –por ejemplo, los autores de la música o de la letra– pero no así del resto de sujetos cuyos derechos se han visto afectados –piénsese en el resto de artistas cuyas ejecuciones han podido ser empleadas y en los productores fonográficos, por ejemplo–⁴².

III. SEGUNDA ETAPA DEL CAMINO: LOS PASOS KAFKIANOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE LA COMUNICACIÓN PÚBLICA EN LÍNEA Y EL DIFÍCIL EQUILIBRIO DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DESDE LAS PERSPECTIVAS CIVIL Y PENAL

El concepto de comunicación al público en línea también ha sido objeto de interpretación por el TJUE. También para esta forma de acceso o explotación se aprecia una evolución en la

⁴¹ Entre otras, SAP de Málaga (Sección 6.ª), de 11 de febrero de 2015, Sentencia núm. 86/2015 (AC 2015\1393).

⁴² A excepción hecha del supuesto de obras que hubieran sido interpretadas por los propios titulares de los derechos afectados, como artistas y, en algunos casos, como autores, en cuyo caso se presumirá, como se declaró en la STS, Sala de lo Civil, de 12 de julio de 2016 (Sentencia núm. 470/2016 [NCJ061593]), que existe autorización de estos sujetos para el uso de sus obras y prestaciones y cumplimiento de los correspondientes contratos que hubieran firmado con los titulares de otros derechos afines o, en caso de no ser las interpretadas obras de su autoría, con los correspondientes autores.

doctrina interpretativa europea y una importante proliferación de sentencias interpretativas, dada la generalización de este fenómeno. Sin embargo, la calificación que dichos enlaces tienen, cuando permiten el acceso a obras y prestaciones protegidas sin autorización de los titulares de derechos, no ha sido una cuestión pacífica ni para la doctrina ni para la jurisprudencia española. El papel más o menos limitado del TJUE en el inicio de la senda de la uniformidad interpretativa se aprecia en las sentencias dictadas en los casos *Svensson*, *BestWater*, *GS Media*, *Wullems* y *The Pirate Bay*.

La primera de estas sentencias, dictada el 13 de febrero de 2014, marca un antes y un después para los estudiosos de la propiedad intelectual⁴³. En realidad, parte de un parámetro que no es novedoso, pues ya había sido empleado por el TJUE en resoluciones previas, anteriormente citadas. Hablamos del canon del público tenido en cuenta por el titular del derecho de comunicación pública cuando autorizó la comunicación inicial de su obra. Es importante no perder de vista dos datos que caracterizan el supuesto litigioso: en la página web del sujeto demandado se contenían enlaces que conducían a obras protegidas publicadas sin ninguna restricción de acceso en otra página de internet y los autores habían autorizado esa primera subida. Por tanto, no existían en la primera página medidas tecnológicas de control de la identidad de los usuarios, que impidieran el acceso a sujetos no identificados o no registrados previamente. Los periodistas demandantes en el litigio principal redactaron artículos de prensa que se publicaron en el periódico *Göteborgs-Posten* y en la página de internet del *Göteborgs-Posten*, accesible de manera libre y gratuita por los usuarios de internet. La empresa demandada, *Retriever Sverige*, gestiona una página de internet que facilita a sus clientes, según sus necesidades, listas de enlaces a artículos publicados en otras páginas. Mientras que los demandantes sostenían que con ello se había producido una comunicación al público ilícita, la empresa demandada alegaba, en su defensa, que su actividad se limitaba a indicar a sus clientes las páginas de internet en las que se encontraban las obras.

El TJUE concluye que el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE debe interpretarse en el sentido de que no constituye un acto de comunicación al público la presentación en una página web de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras que ya podían consultarse libremente en otros sitios de internet. Para llegar a esta conclusión el TJUE parte de dos exigencias previas: el hecho de que la subida inicial de la obra a internet fuera consentida por el autor y el carácter abierto de ese primer sitio de internet en el que se alberga la obra, es decir, la inexistencia de medidas tecnológicas de protección que controlen el acceso a la obra. Cumplidos estos requisitos, entiende el TJUE que la colocación de enlaces en otros sitios web no supone generar un nuevo segmento de público distinto del que ya fue tenido en cuenta por el titular al autorizar la primera comunicación. Por tanto, los internautas que acceden a la página web de la empresa demandada, en la que se contienen los enlaces, ya habían sido tenidos en cuenta por la demandante al subir las obras a internet en abierto. Al no existir ese público nuevo, no existe un acto

⁴³ STJUE (Sala Cuarta), Asunto C-466/12 (NCJ058230), *Nils Svensson* y otros contra *Retriever Sverige* AB.

diferente de comunicación al público y, por tanto, la provisión de enlaces no necesitaba de la autorización del periódico o de los periodistas⁴⁴.

De la resolución del TJUE en el célebre caso Svensson y de la comparación del supuesto litigioso con otros casos frecuentes de uso de obras en internet se infieren importantes consecuencias. En primer lugar, se deduce que el autor de una obra que permite que esta se comunique al público en internet en una página sin restricciones de acceso no podrá oponerse posteriormente a los enlaces creados por los gestores de otras páginas de internet. Se sostiene, por tanto, que el sujeto que autoriza una vez el uso de su obra en abierto en internet está otorgando licencias indirectas o implícitas para réplicas posteriores de esa obra mediante enlaces⁴⁵. La respuesta del TJUE resulta ciertamente errada o, cuando menos, precipitada, pues no tiene en cuenta el objetivo real del autor al autorizar la primera comunicación pública de su obra en internet, que puede no ser la difusión a la globalidad de usuarios, en función de los casos –así, por ejemplo, habrá autores que, por cuestiones morales u otros motivos diversos, quieran comunicar sus obras en determinados sitios web y no así en otros–. A ello se añade la dificultad de identificar las vías con las que cuenta el autor para demostrar cuál fue el público al que se quiso dirigir y cuál, en su caso, el que quiso excluir. Además, de esta resolución se infiere que el cambio de decisión del autor acerca de los destinatarios de la utilización de su obra en Internet –pasando, por ejemplo, de permitir el acceso abierto y sin restricción a su página web a un acceso limitado, que exija la creación de un perfil de usuario, con contraseña asociada– sería papel mojado, pues carecería de relevancia jurídica a estos efectos. Por todo ello, se corre el riesgo de interpretar la STJUE como una invitación a la implementación generalizada de medidas tecnológicas de protección por parte de los titulares de derechos de propiedad intelectual en toda página web a la que autoricen la subida de su obra, con el fin de retener su derecho de comunicación pública para ulteriores explotaciones en línea. Afirmación esta última que, como bien ha entendido la Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), resulta del todo contraria al objetivo de la Directiva 2001/29/CE y de los tratados internacionales firmados por la Unión Europea sobre la materia⁴⁶.

⁴⁴ Fundamentos 27 y 28.

⁴⁵ «En el presente asunto debe señalarse que una puesta a disposición de obras, mediante un enlace sobre el que se puede pulsar, como la controvertida en el litigio principal, no conduce a comunicar dichas obras a un público nuevo. En efecto, el público destinatario de la comunicación inicial era el conjunto de los usuarios potenciales de la página en la que se realizó, porque, sabiendo que el acceso a las obras en esa página no estaba sujeta a ninguna medida restrictiva, todos los internautas podían consultarla libremente. En consecuencia, dado que no existe un público nuevo, no es necesario que los titulares de los derechos de autor autoricen una comunicación al público como la del litigio principal [...]» (fundamentos 27 y 28).

⁴⁶ En especial del Convenio de Berna para la protección del derecho de autor, en el que se prohíbe la exigencia de formalidades como requisitos para la protección de una obra por el derecho de autor. La ALAI es la principal asociación internacional de académicos de la propiedad intelectual. Véase ALAI. A favor de esta interpretación se han pronunciado, entre otros, Bercovitz Rodríguez-Cano (2016) y Sánchez Aristi (2017). Por el contrario, la European Copyright Society, un grupo emergente de académicos de la propiedad intelectual, se ha pronunciado a favor del criterio seguido por el TJUE. Véase European Copyright Society (2013), y Westkamp (2017). Resulta curioso que el grupo de académicos de la European Copyright Society, a pesar de afirmar que la provisión de enlaces a obras

De la lectura de la STJUE queda claro que cuando la primera página web en la que el autor autoriza la subida de su obra contenga alguna medida tecnológica que permita controlar el acceso, el acto por el que otra página web posteriormente inserte enlaces que permitan esquivar o sortear esa medida tecnológica de la primera página y, con ello, permitan el acceso abierto a la obra, será considerado una comunicación pública necesitada de autorización por el titular del derecho, pues existe un público nuevo. Del mismo modo, tendría que darse esta calificación a la primera subida de una obra a internet sin el consentimiento del autor, y ello con independencia del hecho de si esos mismos contenidos se pueden encontrar en otras páginas web y de la circunstancia de que con posterioridad el autor sí autorice la subida de la obra a internet. Por ello, deberán recibir la misma calificación de acto de comunicación pública ilícito tanto el enlazador que redirige a una página ilícita como el sujeto que gestiona esa primera página en la que se suben por primera vez obras a internet sin el consentimiento del titular del derecho.

Tampoco puede perderse de vista la STJUE de 26 de abril de 2017⁴⁷. En este caso la persona demandada –el señor Wullems– comercializaba a través de internet un reproductor multimedia que permite, gracias a los vínculos contenidos en las extensiones preinstaladas en él, el acceso a obras, en algunos casos sin autorización de los titulares. En la publicidad realizada por el vendedor, este ponía de relieve que el citado reproductor permitía ver de manera gratuita y fácil en la pantalla de televisión obras audiovisuales que estuvieran disponibles en internet sin la autorización de los correspondientes titulares de derechos. La entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual neerlandesa demandante entiende que la venta del reproductor supone *per se* un acto de comunicación pública ilícito. Esta postura es acogida por el TJUE, que sostiene que para que exista comunicación es preciso que el usuario sepa que con su actuación está permitiendo acceder y disfrutar de la obra a personas que sin su intervención carecerían de dicho acceso. Señala el carácter no esencial pero sí significativo que la naturaleza lucrativa del acto de comunicación tiene en este análisis, siendo que la publicidad realizada por el vendedor va encaminada a obtener un beneficio económico del acceso gratuito a sitios de internet que ponen a disposición del público películas protegidas sin la autorización del titular y que son de difícil localización. Por todo ello, el TJUE concluye que la comercialización del reproductor la mera venta del instrumento destinado a la comunicación de obras equivale directamente en la práctica a la comunicación pública de las obras.

hechas accesibles al público en internet con el consentimiento del autor nunca supone una infracción de los derechos patrimoniales de este, si afirman que algunos supuestos pueden afectar a los derechos morales del autor y, en concreto, en el caso del *framing*, reconozcan que este supone una potencial infracción del derecho moral de integridad del autor. Esta última afirmación en efecto, es acertada, pues la descontextualización de obras supone, tanto en el ámbito físico, como en el uso *online*, una posible afectación del sentido de la obra y, con ello, de los intereses protegidos por el derecho moral de integridad, al igual que la eliminación del nombre del autor que el enlace, en su caso, pueda conseguir mediante la técnica del *framing*, supondrá una potencial vulneración del derecho moral de paternidad. Tenga en cuenta el lector que los derechos morales del autor, a pesar de su trascendencia, no han sido objeto de armonización a nivel europeo hasta la fecha.

⁴⁷ Asunto C-527/15 (NCJ062258), Stichting Brein contra Jack Frederik Wullems.

A pesar del escaso hincapié realizado por el Tribunal de Justicia, el lector debe tener en cuenta que en el supuesto de hecho no se cumplía uno de las exigencias centrales previstas en la sentencia Svensson: no estamos ante obras ubicadas en una página web con el consentimiento del titular de derechos, ergo no puede deducirse que no exista un público nuevo de la comunicación. Y es que, con independencia del ánimo de lucro o la ausencia de este, cuando la obra haya sido subida a internet sin la autorización del autor, existe una infracción.

En nada puede compartirse la postura defendida por el TJUE en su posterior auto en el asunto BestWater, de 21 de octubre de 2014⁴⁸. No parece equivalente el supuesto de hecho de este litigio con el caso que dio origen a la sentencia Svensson –recuérdese que no había duda en esta última sentencia de que los contenidos enlazados se incluyeron en la página web del periódico con el consentimiento del titular–. Y es por ello que no parece correcto afirmar con carácter general la posibilidad de inferir la aquiescencia de la falta de oposición expresa del autor, al igual que no puede compararse el consentimiento expreso del autor para la subida de su obra a internet con la falta de reacción de este ante un acto de puesta a disposición de su obra en internet realizado sin su consentimiento, que puede no conocer siquiera. Una conclusión contraria a la aquí defendida supondría imponer a los autores una carga adicional para lograr el respeto de sus derechos, consistente en tener que rastrear internet para conocer si su obra está siendo empleada o no sin su autorización y, en caso afirmativo, reaccionar a esa utilización no consentida a fin de detenerla o establecer las condiciones específicas para permitir su continuación. Dicha carga excesiva difícilmente podrá justificarse enarbolando la bandera de la libertad de expresión en internet y asimilando el enlace a la cita de obras en el ámbito *offline*⁴⁹, y contradice de manera radical no solo el objetivo europeo de máxima protección del autor, sino también la regla sacrosanta de los tres pasos, que exige al legislador y al juez nacional interpretar toda excepción al derecho de autor de manera restrictiva, sin infligir un perjuicio injustificado a los intereses del autor o un conflicto con la explotación normal de la obra (art. 5.5 de la Directiva 2001/29/CE).

En el asunto litigioso en el caso BestWater los enlaces ubicados en la página web de la empresa demandada remitían a vídeos realizados por una empresa competidora en el mercado que habían sido subidos a la plataforma YouTube por un tercero distinto de la demandante. Se infiere del pronunciamiento del TJUE que, en el caso concreto, la actora podría haber obtenido con relativa facilidad la retirada del contenido de YouTube, de manera que su falta de reacción frente a la plataforma ha de equipararse con un consentimiento implícito y, siendo el público potencial de esta plataforma la totalidad de usuarios de internet –al no haberse alojado el vídeo con ningún tipo de restricción de acceso–, los enlaces que provee la empresa demandada no pueden calificarse de nuevo acto de comunicación pública necesitado de la autorización.

De este razonamiento a otros supuestos tendríamos que hablar de una suerte de inversión de la carga de la prueba en los litigios que se planteen por el uso de obras en internet. Piénsese

⁴⁸ Asunto C-348/13, BestWater International GmbH v. Michael Meber y Stefan Potech.

⁴⁹ Argumento este último que sí había sido defendido por Aplin (2005) desde hace más de una década.

en un profesor de universidad cuya imagen ha sido grabada en su exposición de tesis doctoral y colgada a YouTube sin su autorización ni su conocimiento previo. Cuando dicha comunicación pública permita dar visibilidad a su obra –siempre complicada y anhelada por los académicos españoles– no afectará de manera negativa a sus intereses, pero la conclusión no será la misma si la persona se encuentra en visos de publicar su obra, en plena vorágine de negociación con editoriales, y estas comprueban la existencia de dicho vídeo. De aplicarse la misma conclusión que se empleó en el auto BestWater, la editorial que decida no publicar el artículo científico o la monografía del profesor podrá optar por enlazar en su página web dichos vídeos, sin necesidad de solicitar consentimiento al autor. Por su parte, el citado autor, para ver estimada su demanda contra la editorial por infracción de su derecho de comunicación pública habrá de probar que se ha dirigido a YouTube para solicitar la retirada del vídeo y que dicha plataforma no ha atendido su petición. Finalmente, para YouTube carecerá de importancia la comprobación de la identidad de la persona que sube contenidos a su plataforma, y dejará de interesarse por obtener el asentimiento de sus usuarios sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual sobre los contenidos empleados. Piénsese en las consecuencias de este pronunciamiento cuando la obra subida a internet sin el consentimiento expreso y también sin la posterior oposición expresa del autor no es un vídeo de escasos minutos, sino el texto completo de una obra, cuya consulta en abierto cerrará toda posibilidad de negociación con editores e intermediarios para la publicación por canales tradicionalmente reservados a la doctrina y la academia. Ello por no hablar de las consecuencias que la extensión de este pronunciamiento acarreará en el terreno de la protección del derecho a la propia imagen y de la tutela de los datos de carácter personal, materias ligadas o paralelas a la propiedad intelectual cuando hablamos de usos en línea de obras protegidas.

Con posterioridad, el TJUE ha tratado de matizar o limitar la vis atractiva de esta interpretación jurisprudencial, y lo ha hecho en la sentencia de 8 de septiembre de 2016, en el asunto GS Media contra Sanoma y Playboy⁵⁰, en la que señala que el enlace a una reproducción ilícita de una obra o prestación protegida no constituye *per se* un acto de comunicación pública ilícito cuando se cumplan tres condiciones de forma simultánea. A saber: a) que la actividad de enlazar se efectúe sin ánimo de lucro; b) que quien inserte el enlace en su página web no sepa y no pueda saber razonablemente que se trata de una copia pirata; c) que el hipervínculo no permita eludir medidas tecnológicas de protección. Por tanto, el TJUE toma en consideración dos parámetros que no estaban presentes en las resoluciones previas, como son el conocimiento del sujeto que provee el enlace sobre el carácter infractor y la búsqueda de ánimo de lucro.

La doctrina interpretativa contemplada en esta sentencia permite dirigirse contra el *webmaster* de una página web de enlaces que actúe con ánimo de lucro o, en caso de carecer de ánimo

⁵⁰ Asunto C-160/15 (NCJ061515), GS Media BV contra Sanoma Media Netherlands BV y otros. El contenido controvertido es un conjunto de fotografías de una actriz pendientes de publicarse por *Playboy*. Con anterioridad a la fecha en la que estaba prevista la publicación, las fotos se pusieron a disposición del público mediante enlaces en la página web de la entidad demandada –uno de los diez sitios de Internet más frecuentados en los Países Bajos en materia de actualidad y sociedad–, conduciendo dichos enlaces a servidores de alojamiento masivo sitios en una jurisdicción no europea.

de lucro, que supiera o debiera saber del carácter infractor de la copia o que permitiera eludir sus medidas de protección. Doctrina que, a contrario, impediría al autor dirigirse contra sujetos carentes de ánimo de lucro o de conocimiento del carácter infractor del acto. Esta última circunstancia es ciertamente sorprendente, pues la acción civil en materia de propiedad intelectual, por antonomasia, excluye del análisis toda consideración acerca del conocimiento o no de la naturaleza sobre la naturaleza infractora del acto litigioso⁵¹. Una segunda crítica se refiere a la falta de toma en consideración del carácter infractor que la actuación litigiosa supone para el derecho moral de divulgación de la obra, pues las fotografías litigiosas aún no se habían hecho accesibles al público con el consentimiento del autor. Aun a falta de armonización europea de este último, siendo muchos los ordenamientos nacionales que lo protegen, se hubiera agradecido la advertencia en la sentencia comentada acerca de la posible afectación del derecho moral por la actuación llevada a cabo por la compañía demandada.

El TJUE parte de la base de la dificultad del internauta de comprobar si el sitio web originario al que dirige el enlace contiene obras protegidas o no y si existe o no consentimiento del titular. Entiende que el grado de dificultad no es igual para el usuario no profesional que para el sujeto que actúa con ánimo de lucro, de forma que los parámetros del análisis jurídico no pueden ser equivalentes. Esta distinción supone una enorme reducción del ámbito de protección del autor y cambia la lógica o razón de ser de sus derechos, que poco o nada tenía que ver hasta entonces con el tipo de página web en la que se contenían los enlaces. Además, este razonamiento no era una necesaria extensión de la sentencia Svensson, pues mientras que en este último la primera subida a internet de la obra sin limitación de acceso se había realizado con el consentimiento del autor, en el caso GS Media, por el contrario, este consentimiento no existió.

Según el TJUE, en el caso del usuario que no busca un fin lucrativo, la presunción de ignorancia de la ilicitud del acto de enlazar realizado desaparece cuando hubiese constancia de que el internauta sabía o debía saber que el enlace da acceso a una obra publicada ilegalmente en internet, como sucede cuando el titular de los derechos de propiedad intelectual le advirtió expresamente de ello y le solicitó la retirada⁵². Un segundo supuesto en el que la presunción de ignorancia

⁵¹ La argumentación contenida en esta sentencia resulta ciertamente errada, si bien el TJUE aprovecha esta resolución para hacer una aclaración que sí es acertada: «Por lo tanto, no cabe deducir ni de la Sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson, ni del auto de 21 de octubre de 2014, BestWater, que la colocación en un sitio de internet de hipervínculos que remiten a obras protegidas que se encuentran disponibles libremente en otro sitio de internet, pero sin la autorización de los titulares de los derechos de autor de tales obras, esté excluida, en principio, del concepto de "comunicación al público" en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. Antes al contrario, aquellas resoluciones confirman la importancia de tal autorización respecto a dicha disposición, al prever esta precisamente que cada acto de comunicación de una obra al público debe ser autorizado por el titular de los derechos de autor» (fundamento 43). A pesar de esta introducción, los párrafos posteriores contradicen esta lógica.

⁵² En palabras del TJUE «cuando la colocación del hipervínculo que remite a una obra disponible libremente en otro sitio de internet la realiza una persona sin ánimo de lucro, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que esta persona no sepa, y no pueda saber razonablemente, que dicha obra había sido publicada en internet sin la autorización del titular de los derechos de autor. En efecto, tal persona [...] no actúa, por lo general, con pleno conocimiento de las

no funciona es aquel en el que el enlace permite eludir las medias de restricción del acceso a la obra. En ambos casos, la provisión del enlace merece la calificación de acto de comunicación pública necesitado de la autorización del titular del derecho. En el caso litigioso, tratándose de las fotos de una famosa modelo que se van a publicar con carácter inminente en una conocida revista, parece dudoso poder afirmar la falta de conocimiento tanto del usuario profesional como del usuario *amateur* acerca de la tutela de las fotografías por la propiedad intelectual y acerca de la falta de divulgación por el titular de este derecho. Por tanto, ambas conductas serán un acto de comunicación pública. Cosa distinta es que en el caso concreto al titular del derecho de comunicación pública infringido no le compense demandar a quien no actúa con ánimo de lucro y solamente dirige su reclamación contra quien enlaza a su obra buscando un beneficio económico⁵³.

Tampoco puede perderse de vista el pronunciamiento contenido en la STJUE de 7 de marzo de 2013⁵⁴. El supuesto litigioso se trata de la difusión simultánea por internet de programas televisivos procedentes de emisiones de televisión terrestre en abierto. Los destinatarios de la difusión por internet de los programas eran los residentes en Reino Unido que dispusieran de una conexión a internet y hubieran manifestado poseer una licencia para visualizar la televisión en ese país, luego se correspondía con el público que podía asimismo captar las señales televisivas procedentes de las emisoras demandadas. A pesar de no existir en sentido estricto un público nuevo del acto de transmisión de las obras, el TJUE concluye que sí ha existido un nuevo acto de comunicación pública necesitado de autorización porque existe un salto técnico, dado que el segundo acto de comunicación —la subida a Internet de los programas— necesita de un nuevo canal de transmisión de las obras diferente del primer acto de comunicación —la difusión terrestre—⁵⁵.

consecuencias de su comportamiento para dar a clientes acceso a una obra publicada ilegalmente en internet» (fundamentos 47 y 48).

⁵³ La existencia de ánimo de lucro permite al TJUE calificar la utilización de acto de comunicación pública de la obra, necesitado, para ser lícito, de la autorización del titular de este derecho. Doctrina interpretativa que ha sido confirmada posteriormente en la STJUE de 26 de abril de 2017, asunto C-527/15 (NCJ062258), anteriormente citada, y en la STJUE de 14 de junio de 2017, asunto C-610/15. En la STJUE GS Media se afirma: «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 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. En tales circunstancias, y siempre que esta presunción *iuris tantum* no sea enervada, el acto consistente en colocar un hipervínculo que remita a una obra publicada ilegalmente en internet constituye una "comunicación al público"» (fundamento 51).

⁵⁴ Asunto C-607/11, ITV Broadcasting Ltd. y otros contra TV Catchup Ltd.

⁵⁵ Fundamentos 24 a 39. Para ser calificada de comunicación al público, una obra protegida debe ser comunicada con una técnica específica, diferente de las utilizadas anteriormente, o, en su defecto, ante un público nuevo, es decir, un público que no fue tomado en consideración por el titular del derecho de autor cuando autorizó la comunicación inicial. En palabras de Dimita (2017, p. 147), «cuando en la comunicación se emplee un nuevo medio técnico diferente del de la comunicación originaria, no es necesario considerar si ha existido un público nuevo». En opinión de la ALAI (p. 20), en estos supuestos la evaluación de la existencia de medios técnicos diferentes en la comunicación

Finalmente, las redes *peer-to-peer* o BitTorrent merecen asimismo un estudio detallado. Este tipo de plataformas permiten a sus usuarios subir contenidos a la red con el fin de ser compartidos a su vez por otros usuarios de la plataforma sin solicitar autorización previa o posterior para el uso de las obras a los titulares de los derechos de propiedad intelectual⁵⁶. En este caso existen dos tipos de sujetos que llevan a cabo la comunicación. Por un lado, los usuarios que comparten los archivos infractores con el resto de usuarios de la plataforma⁵⁷. Y, por otro lado, el propio gestor de la plataforma, cuya conducta va más allá del mero suministro o control de los medios materiales para la comunicación, e implica la ayuda en la localización de los contenidos, su clasificación y su jerarquización⁵⁸.

El TJUE trata esta cuestión –en concreto, la actividad realizada en la plataforma The Pirate Bay– en su reciente Sentencia de 14 de junio de 2017, en el caso C-610/15, *Stichting Brein v. Ziggo BV y XS4ALL*⁵⁹. Sostiene que la gestión en internet de redes *peer-to-peer* es un acto de comunicación pública que necesita de la autorización del titular de este derecho para llevarse a cabo de manera lícita (fundamentos 39 y 48). En palabras del TJUE los «administradores, mediante la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de intercambio en línea como la controvertida en el litigio principal, intervienen, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para proporcionar acceso a las obras protegidas, indexando y catalogando en dicha plataforma los ficheros *torrents* que permiten a los usuarios de esta localizar esas obras y compartirlas

pública es positiva, pues neutraliza la condición de la existencia de un público nuevo, en el erróneo sentido previsto en la sentencia dictada en el caso *Svensson*.

- ⁵⁶ El BitTorrent es un protocolo en virtud del cual los usuarios (llamados «pares», «*peers*») si se utiliza el término anglosajón) pueden intercambiar ficheros, que remiten, en su mayoría, a obras protegidas por derechos de autor, sin que los titulares de dichos derechos hayan concedido autorización a los administradores de la plataforma *peer-to-peer* o a sus usuarios para realizar los actos de intercambio. Los ficheros se dividen en pequeñas partes, de manera que no es necesario disponer de un servidor centralizado para su almacenamiento. Para poder intercambiar ficheros desde los usuarios llamados «sembradores» («*seeders*») a los usuarios «sanguijuelas» («*leechers*»), todos ellos deben descargar un *software* específico. La plataforma indexa los ficheros para que sus usuarios puedan encontrarlos e identifica a los usuarios disponibles para el intercambio de un fichero determinado. Aunque los archivos son subidos por los usuarios, la intervención de los administradores es decisiva para permitir la búsqueda de los contenidos, pues proponen, además de un motor de búsqueda, un índice que clasifica las obras en diferentes categorías, basadas en su naturaleza, género o popularidad, y suprimen los ficheros obsoletos o erróneos.
- ⁵⁷ A la hora de calificar de infractor al sujeto que sube el archivo a la red *peer-to-peer* sin autorización del titular, la doctrina es unánime en España y en Derecho comparado. Véanse, por todos, Ginsburg y Gaubiac (2006) y Sánchez Aristi (2007, pp. 163 y ss.).
- ⁵⁸ En este sentido, entre otros, Aparicio Vaquero (2005).
- ⁵⁹ La entidad demandante, *Stichting Brein*, es una fundación neerlandesa que defiende los intereses de los titulares de derechos de autor. Las compañías demandadas, *Ziggo* y *XS4ALL*, son proveedores de acceso a internet. Una parte importante de sus abonados utiliza la plataforma de intercambio en línea *peer-to-peer* TPB, un índice BitTorrent. La demandante solicita, con carácter principal, que se ordene a *Ziggo* y a *XS4ALL* bloquear los nombres de dominio y las direcciones IP de la plataforma de intercambio, con el fin de evitar que los servicios de esos proveedores de acceso a internet puedan utilizarse para infringir los derechos de autor. El juez de primera instancia estimó las pretensiones de la demandante, que, sin embargo, fueron desestimadas en apelación. El Tribunal Supremo neerlandés plantea la cuestión prejudicial.

en una red entre pares (*peer-to-peer*). A este respecto, como ha señalado en esencia el Abogado General en el punto 50 de sus conclusiones, «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». «En consecuencia, debe considerarse que, mediante la puesta a disposición y la gestión de la plataforma de intercambio en línea TBP, los administradores de esta ofrecen a sus usuarios un acceso a las obras de que se trata. Por ello, puede entenderse que desempeñan un papel ineludible en la puesta a disposición de tales obras» (fundamentos 36 y 37). Los administradores conocen el carácter infractor de su actividad, pues fueron informados por la demandante y los propios gestores en su plataforma manifiestan expresamente su objetivo de poner a disposición copias piratas e incitan a ello a sus usuarios (fundamento 45). Tenga en cuenta el lector un dato curioso: en el litigio principal la demanda no se dirigía contra los administradores de la plataforma de intercambio de archivos, sino contra las compañías proveedoras de acceso a internet, que, a los ojos del TJUE, también se subsumen en el acto de comunicación pública, toda vez que «de la resolución de remisión se desprende que una parte importante de los abonados de Ziggo y de XS4ALL ha descargado ficheros multimedia a través de la plataforma de intercambio en línea TPB» (fundamento 42).

En el ordenamiento español, la responsabilidad del gestor de la plataforma *peer-to-peer* igualmente puede apreciarse –además de por entenderlo infractor directo del derecho de comunión pública, en el sentido de la STJUE del asunto *The Pirate Bay*– por aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad concurrente por la participación activa en una conducta infractora de un tercero, previstas en el nuevo artículo 138.II del TRLPI, que permite considerar responsable de la infracción «a quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor»⁶⁰.

Más allá de esta primera reflexión, resulta complicado analizar el grado de seguimiento de la difusa y caótica jurisprudencia europea por los tribunales españoles. Al igual que sucede en el ámbito supranacional, en nuestro ordenamiento se han dictado sentencias de contenido diverso y aún es pronto para atreverse a construir conclusiones sobre qué parámetro o tendencia interpretativa del TJUE ha resultado más convincente para el juez nacional. De lo que no cabe duda es del conocimiento por parte de los tribunales españoles de la doctrina interpretativa europea.

La Sección 28.ª de la Audiencia Provincial (AP) de Madrid lo ha demostrado en su Sentencia de 4 de diciembre de 2017⁶¹, en la que estima parcialmente el recurso de apelación interpues-

⁶⁰ Esta disposición fue añadida por la Ley 21/2014 y permite dirigir contra el sujeto pasivo la acción de indemnización por daños y perjuicios, pero no así la acción de cesación. En este sentido véase Sánchez Arísti (2017, p. 394), con el que coincido al tener que lamentar que esta segunda opción interpretativa tenga que pasar por afirmar que quien responde por esta forma de participación en la conducta infractora no protagoniza por sí mismo el acto infractor en sentido estricto.

⁶¹ Sentencia núm. 550/2017 (NCJ062899).

to contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid de 22 de julio de 2013⁶². La sentencia apelada desestimaba la demanda interpuesta por varias compañías productoras musicales –Sony, Emi, Universal, Warner y Wea– y la asociación de defensa de los intereses de los productores musicales Promusicae, contra la persona titular o responsable de la web <www.sharemula.org>, desde la que se gestionaba un sistema de intercambio de archivos *peer-to-peer*, con cuantiosos ingresos publicitarios. El juez de primera instancia entendió que las actividades de favorecimiento o facilitación de enlaces a otros servidores en los que se producen los intercambios de archivos, la orientación a los usuarios para la descarga, la creación de índices de descarga y la retirada de las direcciones erróneas no podían considerarse un acto de reproducción o de comunicación pública de obras⁶³.

La AP de Madrid sostiene que la actividad de Sharemula no se trata de una lesión indirecta, sino de una infracción directa de los derechos de propiedad intelectual, pues su actuación merece la calificación de acto de comunicación pública. Para llegar a esa conclusión, hace un repaso de las SSTJUE dictadas en los casos *Svensson*, *BestWater*, *GS Media*, *Stichting Brein* contra *Jack Frederik Wullems* y *Stichting Brein v. Ziggo BV* y *XS4ALL (The Pirate Bay)*. En particular, se centra en el razonamiento contenido en esta última resolución, para sostener que, al igual que sucedía con la plataforma *The Pirate Bay*, también la actividad llevada a cabo por quien gestiona Sharemula como sitio intermedio de enlaces que permite a los usuarios localizar los archivos con los contenidos que desean en los ordenadores de otros usuarios constituye un acto de comunicación pública (fundamento 22). Además, esa actividad se dirige a un público nuevo, porque la subida a internet no estaba autorizada por los titulares de los derechos sobre las obras, y los operadores de Sharemula no podían ignorar este hecho, pues la propia página web se jactaba del carácter pirata o infractor de los archivos, y había sido advertida para que cesara su actividad (fundamento 23). Dicho conocimiento pleno del carácter infractor impide aplicar cualquier suerte de exención de la responsabilidad prevista en el artículo 17 de la Ley de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. Por todo ello, la AP declara que la demanda es responsable de la infracción del derecho de comunicación pública y la condena a esta al pago de la correspondiente indemnización de los daños y gastos acreditados y a la publicación del fallo de la sentencia en los sitios web <www.elpais.com> y <www.elmundo.es>⁶⁴.

⁶² Autos de juicio ordinario sustanciados con el número 793/2011.

⁶³ Ello se une al Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid de 28 de septiembre de 2007, por el que se decretaba el sobreseimiento libre y archivo de las diligencias previas 1089/06 y el Auto de la Sección 2.ª de la AP de Madrid de 11 de septiembre de 2008 (Auto núm. 582/08), que acordó desestimar los recursos de apelación interpuestos, al entender que el servidor de la página web no alojaba los ficheros infractores.

⁶⁴ La AP acoge la acción indemnizatoria, con cuyo ejercicio los demandantes reclamaban la cantidad que como remuneración hubieran percibido las compañías discográficas si se hubiera autorizado la explotación de sus fonogramas, tomando en consideración dos parámetros: el beneficio medio que perciben las compañías discográficas por la venta en línea de un álbum y el número total de descargas efectuadas de Sharemula, lo que suma un total de 2.354.350,48 euros, así como el pago de los gastos de investigación incurridos (31.406,32 euros). Sobre la acción de cesación ejercitada por las compañías recurrentes, sostiene la AP que la demanda se interpone cuando ya había cesado la conducta

Hasta fechas recientes puede decirse que escaseaban las resoluciones civiles españolas condenatorias de los responsables de sitios webs de enlaces. Podemos citar las dictadas en los casos El Rincón de Jesús e Índice-web, resueltos por la AP de Barcelona, sección 15.^a, en sentencias de 24 de febrero de 2011 y 7 de julio de 2011, respectivamente⁶⁵. Se trata, por tanto, de sentencias previas al estudio realizado por el TJUE en las cuestiones prejudiciales clave, aquí reseñadas en las páginas previas. En la primera sentencia, la AP de Barcelona concluye que el comportamiento del titular de la página que permite la descarga directa y el *streaming* es un acto de comunicación pública, con independencia de quién haya subido los contenidos comunicados en esa página. Sin embargo, de manera desacertada, por establecer una diferenciación errada y sin motivación suficiente, respecto a la conducta del demandado de facilitar el enlace a archivos susceptibles de ser compartidos en redes P2P, la AP concluye que esta actividad no suponía un acto directo de infracción de los derechos de propiedad intelectual, si bien sí contribuye indirectamente a la infracción protagonizada por los usuarios de ese tipo de redes.

Por su parte, el pronunciamiento contenido en su posterior sentencia relativa al asunto Índice-web, antes citada, es igualmente criticable, pues la AP de Barcelona, en lugar de asimilar la calificación de los enlaces que redirigen a obras descargables desde redes *peer-to-peer* a la de los enlaces que redirigen a servidores que propician la descarga directa, hace justamente lo contrario: asimila la calificación de los enlaces a páginas de servidores diferentes y de gran capacidad, como Megaupload y otros a la de aquellos que dirigen a contenidos intercambiables en redes P2P, entendiéndolo que no existió en el caso concreto infracción civil.

En este punto también debe citarse la SAP de Madrid, Sección 28.^a, de 14 de enero de 2014, en el asunto que enfrentó a Telecinco y YouTube⁶⁶. YouTube utilizaba grabaciones audiovisuales cuyos derechos de propiedad intelectual pertenecían a Telecinco, sin su autorización. La AP no estimó ninguna de las pretensiones de Telecinco, de manera que ni declaró a YouTube infractora directa, ni acogió la acción de cesación, y ello porque entendió que suspender el servicio de intermediación respecto de las grabaciones titularidad de Telecinco equivaldría a imponer a esta plataforma una obligación general de supervisar todos los datos que almacena y a realizar búsquedas activas de datos que indiquen actividades infractoras de los derechos de propiedad intelectual.

infractora, por lo que no es posible ordenar el cese. Este mismo dato conduce a la AP a denegar la condena de publicación de la sentencia en la página web <www.sharemula.org>.

⁶⁵ Sentencias núm. 83/2011 (NCJ054462) y 301/2011 (NCJ055333).

⁶⁶ Sentencia núm. 11/2014 (JUR 2014\36900). Por el contrario, esta no ha sido la tendencia jurisprudencial seguida por los tribunales del Reino Unido. Entre las resoluciones británicas en las que se declara expresamente la responsabilidad tanto del operador de la red P2P como del usuario individual podemos citar las sentencias de la High Court of Justice (Chancery Division) de 28 de noviembre de 2005, asunto Polydor Ltd. y otros contra Brown y otros [2005] EWHC 3191 (Ch); de 29 de marzo de 2010, asunto Twentieth Century Fox Film Corp. contra Newzbin Ltd. [2010] EWHC 608 (Ch); de 28 de julio de 2011, asunto Twentieth Century Fox Film Corp. contra British Telecommunications Plc [2011] EWHC 1981 (Ch); y de 20 de febrero de 2012, asunto Dramatico Entertainment Ltd. y otros contra British Broadcasting Ltd. y otros [2012] EWHC 268 (Ch).

tual, lo que no se corresponde con la doctrina interpretativa fijada por el TJUE en sus sentencias de 24 de noviembre de 2011⁶⁷ y de 12 de febrero de 2012⁶⁸.

La citada escasez de sentencias civiles españolas sobre uso de obras en línea llama la atención si se tiene en cuenta cuál era el estado de la cuestión desde el punto de vista del Derecho penal anterior a 2015. En este sentido, la Circular 8/2015 de la Fiscalía General del Estado, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información es un hito a destacar. En ella se explica la modificación realizada en 2015 en el Código Penal, para la tipificación expresa de la provisión de enlaces a contenidos infractores de los derechos de propiedad intelectual⁶⁹. Con ello se salva la falta de referencia en el texto anterior a la conducta de facilitar el acceso no autorizado a contenidos protegidos. Además, la actual redacción del tipo penal permite incluir la actividad del *webmaster* de una página de enlaces tanto si este cobra una cantidad por cada visualización de contenidos –ánimo de lucro directo– como si permite su visualización gratuita, pero obtiene con ello ingresos indirectos, a través de la instalación de *banners* publicitarios –ánimo de lucro indirecto–. Esta visión supera la limitación contenida en la anterior redacción del artículo 270 del Código Penal, dirigido únicamente a perseguir conductas con ánimo de lucro directo e interpretado de manera restrictiva en la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, que únicamente subsumía las actividades infractoras de dere-

⁶⁷ Asunto C-70/10 (NCJ055895), Scarlet Extended SA contra SABAM. Según el TJUE, el Derecho europeo se opone a un requerimiento judicial por el que se ordena a un proveedor de acceso a internet a establecer un sistema de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas que circulen a través de sus servicios, que se aplique con carácter preventivo, exclusivamente a sus expensas y sin limitación en el tiempo, con el fin de bloquear la transmisión de los archivos infractores. Este sería contrario al artículo 3.3 de la Directiva 2004/48/CE, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, que exige que las medidas adoptadas no sean inútilmente complejas o gravosas.

⁶⁸ Asunto C-360/10 (NCJ056307), SABAM contra Netlog NV. El TJUE entiende que una orden judicial de cesación ordenada por un juez de un Estado miembro, a instancia de un titular de derechos de propiedad intelectual y dirigida contra el gestor de una red social que imponga la obligación de filtrar las comunicaciones llevadas a cabo a través de los perfiles de los usuarios sería contraria al citado artículo 3 de la Directiva 2004/48/CE y vulneraría los derechos fundamentales de los clientes del prestador a la protección de datos de carácter personal y a la libertad de recibir y comunicar informaciones, previstos en los artículos 8 y 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por su parte, en la STJUE de 15 de septiembre de 2016, en el asunto Tobias Mc Fadden contra Sony Music Entertainment, el Alto Tribunal europeo niega la responsabilidad de la persona que explota una red inalámbrica no protegida con contraseña de acceso en su negocio por las infracciones cometidas por sus clientes a través de dicha red. Sin embargo, el TJUE sí admite la posibilidad de solicitar al sujeto que provee esa red *wifi* la inclusión de una contraseña de acceso.

⁶⁹ Ley Orgánica 1/2015, por la que se modifica el Código Penal, introdujo importantes cambios en el régimen de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. El texto actual del artículo 270.2 del Código Penal es el siguiente: «La misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios». Este párrafo segundo no se preveía en la anterior redacción.

chos de propiedad intelectual que generasen la obligación del usuario del pago de una contraprestación directa por la copia pirata.

La circunstancia de que los enlaces que ofrece un sitio web hayan sido facilitados inicialmente por los usuarios o destinatarios de sus servicios no hace variar la naturaleza de la actividad de intermediación realizada por el responsable de la página al facilitar el acceso ilícito a contenidos con la finalidad de beneficiarse económicamente en perjuicio de tercero. Cuando los usuarios actúen de manera concertada con el prestador de servicios, y en consecuencia obtengan una contraprestación económica por su actividad, ha de entenderse que participan activamente en la actuación criminal tipificada, por lo que habrán de ser condenados si concurren el resto de los requisitos del tipo penal. Por el contrario, la mera subida de contenidos protegidos por el usuario sin previa o posterior búsqueda de beneficio económico quedará fuera del ámbito de aplicación del tipo penal.

La Circular 8/2015 es asimismo basilar en lo que a la conducta de los motores de búsqueda se refiere. Toda vez que la actuación de estos resulta meramente técnica o neutral, incluso cuando eventualmente pudieran facilitar el acceso a contenidos ilícitos, tal conducta resultaría atípica desde el punto de vista penal. Sin embargo, dada su especial situación, el motor quedará obligado, tan pronto tenga conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido al que redirecciona, a suprimir o inutilizar el enlace a dichos contenidos irregulares, con el fin de subsumirse en la llamada excepción del puerto seguro, esto es, en la exención de responsabilidad regulada en el artículo 17.1 b) de la Ley de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.

Teniendo en cuenta el viraje normativo reciente en el ámbito penal y el giro copernicano existente entre la Circular de la Fiscalía General del Estado de 2006 y la de 2015, bien puede afirmarse que la jurisprudencia recaída en esa horquilla temporal en litigios relativos a páginas de enlaces no es en modo alguno concluyente. Se compone, en su mayor parte, por meros autos penales dictados en fase de instrucción. Muchos de ellos se dictan en aplicación de la norma vigente hasta 2015 y, por ello, son contrarios a la calificación de esta actividad como comunicación pública y, por tanto, a la subsunción del supuesto de hecho en el tipo penal⁷⁰. Sin embargo, también hay resoluciones que ordenan revocar autos de archivo y proseguir las investigaciones o que confirman autos de incoación de procedimientos, en las que las conductas de los gestores de las páginas web de enlaces sí son consideradas actos de comunicación pública no consentida de obras o prestaciones protegidas⁷¹.

⁷⁰ Entre otros, véanse los autos de la AP de Madrid, Sección 1.ª, de 27 de abril de 2010, caso Rojadirecta (Auto núm. 364/2010, ARP 2010/732), y de 15 de marzo de 2011, caso Edonkeymania (Auto núm. 179/2011, JUR 2011/94764); AP de Madrid, Sección 2.ª, de 11 de septiembre de 2008, caso Sharemula (Auto núm. 582/2008, ARP 2008/498), y de 8 de marzo de 2011, caso Spanishshare (Auto núm. 202/2011, JUR 2011/141798); de la AP de Alicante, Sección 2.ª, de 18 de febrero de 2010, caso Naidadonkey; de la AP de Huelva, Sección 1.ª, de 1 de septiembre de 2010, caso Etmusica; y de la AP de Álava, Sección 2.ª, de 3 de febrero de 2012, caso Cinetube (Auto núm. 52/2012, ARP 2012/219).

⁷¹ Así, por ejemplo, el Auto de la AP de Barcelona, Sección 3.ª, de 11 de noviembre de 2009, caso ps2rip (Auto núm. 732/2009, JUR 2010/44802); AP de Madrid, Sección 2.ª, de 28 de junio de 2010, caso Zonaemule (Sentencia núm. 280/2010, JUR

La misma dispersión se aprecia en las resoluciones penales sobre el fondo. Una de las sentencias emblemáticas fue la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valencia de 24 de junio de 2013, condenando al acusado, administrador de las páginas de enlaces <divxonline.es>, <estrenosonline.es> y <seriesonline.es>, desde las que se permite la visualización en *streaming* de obras audiovisuales contenidas en los servidores de Megavideo, como autor de un delito continuado contra la propiedad intelectual⁷². Dicho acusado obtenía caudalosos ingresos en concepto de publicidad, que superaron los 140.000 euros entre agosto de 2007 y febrero de 2009⁷³.

No puede decirse lo mismo de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, de 27 de octubre de 2015, en el caso YouKioske⁷⁴, en la que, por motivos temporales, no aplica la redacción actualmente vigente del artículo 270 del Código Penal, pero sí la doctrina interpretativa contenida en la STJUE en el caso Svensson. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto contra la previa sentencia de la Audiencia Nacional, en la que se condenaba a los demandados, Pascual y Saturnino, por un delito contra la propiedad intelectual. En la sentencia recurrida se concluye que los dos condenados, junto a otras personas no identificadas radicadas en Ucrania, comunicaron públicamente, a través de su página <www.youkioske.com>, publicaciones periódicas y libros sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, con la que obtenían importantes ingresos en concepto de publicidad. El Tribunal Supremo anula la sentencia de instancia, por falta de determinación de los datos identificativos del litigio relevantes –tales como el número de obras utilizadas y el porcentaje de obras piratas–, y hace hincapié en la necesidad de interpretar el concepto de comunicación pública a la luz de la STJUE en el asunto Svensson. Sin embargo, salvados estos escollos, en su posterior sentencia de 5 de febrero de 2016, la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2.ª) sí condena a los titulares de la web como autores criminalmente responsables de un delito contra la propiedad intelectual⁷⁵.

IV. CONCLUSIONES: DOSIS DE REALIDAD Y ESPACIO PARA SOÑAR

En el presente trabajo se ha tratado de hacer un repaso de la más reciente jurisprudencia europea sobre el concepto de comunicación pública de obras protegidas por derechos de propiedad

2010\304353); AP de Alicante, Sección 7.ª, de 20 de septiembre de 2010, caso Todotorrente (Auto núm. 551/2010); y AP de Valencia, Sección 3.ª, de 26 de octubre de 2010, caso Divxonline (Auto núm. 630/2010, ARP 2011\257).

⁷² Sentencia núm. 313/2013 (NCJ057934).

⁷³ El juzgado entiende que con su intervención de indexado, clasificado y comentario de las obras logra el resultado del acceso a la obra en cuestión, lo que merece la calificación de acto de comunicación pública, subsumible en el tipo del artículo 270 del Código Penal. Acerca de la existencia de ánimo de lucro, el juzgado no alberga duda alguna, pues sostiene que los propios acusados siempre han reconocido la obtención de ingresos por número de accesos a las páginas que administraban. Este mismo pronunciamiento se contiene asimismo en una sentencia anterior, la dictada por la AP de Vizcaya, Sección 1.ª, de 27 de septiembre de 2011, en el asunto fenixp2p y mp3-es (Sentencia núm. 530/2011, ARP 2011\1213).

⁷⁴ Sentencia núm. 638/2015 (NCJ060524).

⁷⁵ Sentencia núm. 2/2016 (JUR 2016\28803).

intelectual y de la jurisprudencia española dictada en los últimos años, para analizar el grado de asimilación de la doctrina interpretativa europea. Este estudio se ha realizado desde una doble perspectiva, la de las actividades realizadas en internet y la del uso de obras fuera de línea. Y ello con el fin de demostrar que las varas de medir o los parámetros empleados por el TJUE en ambos casos no son equivalentes, sino más bien antagónicos en algunos de los litigios. De ahí la crítica al carácter caótico de la más reciente jurisprudencia, que contiene conclusiones deslavazadas, más propias de un cuento kafkiano que de una llamada de atención sobre la búsqueda de la ansiada uniformidad europea. Con todo, sentencias españolas como la dictada recientemente en segunda instancia en el caso Sharemula sí dejan, siquiera de manera parcial, un dulce sabor de boca, pero está por ver cuál será la posterior evolución jurisprudencial.

Sin embargo, ese deseo choca con la falta de una completa armonización normativa europea. Una vez más, la realidad se ha adelantado a la norma y en esta ocasión no parece que la solución vaya a ser sencilla, pues la complejidad del uso de obras en Internet y la heterogeneidad de supuestos hacen complicado poder dar una respuesta única. En ausencia de actuación del legislador europeo, el TJUE, enarbolando la bandera del equilibrio entre la propiedad intelectual y la libertad de expresión en internet, ha dictado una serie de resoluciones en las que se contienen declaraciones de principios que se asemejan a disposiciones normativas. Además, es solo cuestión de tiempo que el número de sentencias dictadas vaya en aumento⁷⁶.

Mientras tanto, la Comisión Europea ha presentado, con fecha de 14 de septiembre de 2016, la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de autor en el mercado único digital, en trámite parlamentario y cuya aprobación se prevé para finales de 2018⁷⁷. Esta propuesta normativa parte de una realidad: la complejidad del mercado de contenidos en línea «reduce las posibilidades de que los titulares de derechos averigüen si sus obras y otras prestaciones se están utilizando y en qué condiciones, así como sus posibilidades de obtener una remuneración adecuada por ese uso» (considerando 37) y, en paralelo, toma en consideración algunas de las reflexiones antes apuntadas. En particular, el hecho de que la actividad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información «no se limita a la mera puesta a disposición de instalaciones materiales y constituye un acto de comunicación al público», y, consecuentemente, «están obligados a suscribir acuerdos de licencia con los titulares de derechos» (considerando 38). De ahí que el artículo 13 del texto propuesto regula la obligación de los citados proveedores de adoptar, en cooperación con los titulares de derechos de propiedad intelectual, «las medidas pertinentes para asegurar el correcto funcionamiento de los acuerdos celebrados con los titulares de derechos para el uso de sus obras u otras prestaciones o para impedir que estén disponibles en sus servicios obras u otras prestaciones identificadas por los titulares de los derechos en cooperación con los proveedores de servicios».

⁷⁶ Entre otras, el TJUE tendrá que dar contestación a la cuestión prejudicial planteada mientras se redactada este trabajo por el Tribunal Supremo austriaco, con fecha de 10 de enero de 2018, asunto C-18/18.

⁷⁷ COM (2016) 593 final, recuperado de <<https://ec.europa.eu>> (último acceso: marzo de 2018).

Ello se añade a la comunicación de la Comisión Europea de 29 de noviembre de 2017 sobre la necesidad de adoptar un paquete de medidas dirigido a la lucha contra la piratería física y digital, cuyo objetivo es mejorar la uniformidad de los Estados miembros en la aplicación de la normativa europea y evitar así la actual disparidad de interpretaciones⁷⁸. La Comisión solicita a los ordenamientos nacionales que se intensifique la promoción de la formación judicial en propiedad intelectual y apoya el desarrollo de nuevas iniciativas antipiratería, incluyendo el correcto cálculo de los perjuicios sufridos por el titular de los derechos de propiedad intelectual infringidos, que incluya el daño moral, y haciendo hincapié en la posibilidad de dirigir las acciones no solo contra el infractor directo, sino también contra el intermediario cuya intervención facilita o permite la infracción, siempre que se cumpla la máxima del justo equilibrio prevista en la SJTUE dictada en el asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA contra SABAM*, antes referido⁷⁹.

⁷⁸ Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento, al Consejo y al Comité Económico y Social «[Guidance on certain aspects of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights](#)». COM (2017) 708 final. Recuperado de <<https://ec.europa.eu>> (último acceso: marzo de 2018).

⁷⁹ La Comisión cita expresamente a los proveedores de acceso a internet, administradores de redes sociales y gestores de tiendas en línea y dejando la puerta abierta a la inclusión de nuevos supuestos.

Referencias bibliográficas

- ALAI. [Opinion Proposed to the Executive Committee and adopted at its meeting, 17 September 2014, On the criterion «New Public», developed by the Court of Justice of the European Union, put in the context of making available and communication to the public](#). Recuperado de <<http://www.alai.org>>.
- Aparicio Vaquero, J. P. (2005). El intercambio de archivos en redes de pares a la luz del derecho vigente. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 8.
- Aplin, T. (2005). *Copyright Law in the Digital Society*. Oxford: Hart Publishing.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2006). Televisión en las habitaciones de hotel. *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, 17.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2012). Remuneración por comunicación pública de fonogramas. Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 89.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2016). La doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre la comunicación pública: dos pasos adelante y un paso atrás. *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, 10.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2017a). Más sobre el derecho de comunicación pública. *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, 6.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2017b). Viacrucis, calvario y resurrección de la compensación equitativa por copia privada. *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, 8, 23 y ss.
- Brisson, F. y Depreuw, S. (2017). The right of communication to the public in the European Union. En P. Torremans (Coord.), *Research Handbook on Copyright Law*. Edward Elgar.
- Dimita, G. (2017). The WIPO right of making available. En P. Torremans (Coord.), *Research Handbook on Copyright Law*. Edward Elgar.
- European Copyright Society. (2013). [The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson](#) (NCJ058230). *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, 6. Recuperado de <<https://papers.ssrn.com>>.
- Garrote Fernández-Díez, I. (2004). Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P. *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, 16.
- Garrote Fernández-Díez, I. (2017). Medidas de cesación contra el operador de una red local inalámbrica en caso de infracción de derechos de terceros cometidos desde dicha red. STJUE de 15 de septiembre de 2016. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 103.
- Ginsburg, J. y Gaubiac, Y. (2006). Confreçon, fourniture de moyens et faute: perspectives dans les systèmes de Common Law et civilistes à la suite des arrêts Grokster et Kazaa. *Revue Internationale de Droit d'Auteur*, 207.
- Rivas Prieto, P. (2013). El concepto de comunicación al público del TJUE: Los criterios que informan los asuntos Del Corso y Phonographic. *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, 43.
- Rivero Hernández, F. (2007). Comentario al artículo 20. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos.
- Sánchez Arísti, R. (2007). *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer*. Madrid: Editorial Instituto de Autor.

- Sánchez Aristi, R. (2012). Enlazadores y seudoenlazadores en Internet: Del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales. *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, 5.
- Sánchez Aristi, R. (2017). Comentario al artículo 20. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid: Tecnos.
- Westkamp, W. (2017). *One or Several Super-Rights? The (Subtle) Impact of the Digital Single Market on a Future EU Copyright Architecture*. Berlín: Springer.