

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de septiembre de 2016, asunto C-160/15, GS Media BV vs. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc. y Britt Geertruida Dekker**

**SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE «COMUNICACIÓN PÚBLICA» EN LA DIRECTIVA 2001/29 (DIRECTIVA DE DERECHOS DE AUTOR EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN), O DE CÓMO EL TJUE SIGUE CREANDO DERECHO EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

Siendo la actividad de enlazado la base del funcionamiento de Internet, parece claro que incontables enlaces (hiperenlaces o *links*) remitirán a contenidos cuyos derechos están protegidos por la normativa de Propiedad Intelectual. No hay ningún problema cuando tanto enlaces como contenidos son dispuestos por los titulares de los derechos, pues no supone sino ejercicio de los mismos (reproducción y comunicación pública, al hacerlo a través de Internet). Por su parte, también la subida a Internet de obras de terceros (copias de las mismas) es fácilmente calificable como ejercicio ilícito del derecho de reproducción exclusivo del titular; hasta aquí, el único inconveniente (y no es poco) sería identificar al infractor para pedirle responsabilidades –junto con el intermediario (proveedor de alojamiento), si fuera el caso, ex normativa de prestadores de servicios de la Sociedad de la Información (Directiva 2000/31 y Ley 34/2002)–.

Mas, ¿qué ocurre con los *enlaces no autorizados*, sean éstos hechos a copias lícitas o ilícitas? La simple actividad de enlazado no supone reproducción del contenido al que el *link* se dirige, sea legal o ilegal, por lo que la respuesta jurídica a estos comportamientos, sea para autorizarlos o prohibirlos, ha de venir de la mano de algún otro derecho que tenga reconocido al titular, o como excepción al mismo en beneficio de terceros. Entra aquí en juego el «derecho de comunicación pública», a cuya interpretación contribuye, como última hasta el momento, la Sentencia del caso *Playboy* que nos ocupa.

Los hechos son sencillos y muy habituales (en cuanto a la actividad básica que implican: enlazado a contenidos no autorizados). GS Media explota comercialmente el sitio [GeenStijl](#), en el cual se publican, según indica la propia página, «novedades, revelaciones escandalosas e investigaciones periodísticas sobre asuntos divertidos y en tono jocoso». En la página se incluyeron diferentes y sucesivos enlaces a varios sitios que permitían la visualización de unas fotografías de la Sra. Dekker (habitual de la televisión holandesa) tomadas por el fotógrafo Hermès para la revista *Playboy* (cuya editora es Sanoma), aun cuando en dicha revista no aparecieron publicadas hasta un mes más tarde, junto con vistas parciales de las mismas. Los sitios enlazados y en los que se encontraban las fotografías, y esto es lo relevante, no tenían tampoco autorización para su difusión. Las instancias inferiores estimaron en mayor o menor medida las pretensiones de Sanoma, *Playboy* y Dekker, y cuando GS Media recurrió en casación ante el *Hoge Raad der Nederlanden* (Tribunal Supremo de los Países Bajos), a la misma se

adhirieron también los demandantes, alegando que la demandada, con los enlaces, había hecho actos de comunicación pública, derecho reservado en exclusiva a los titulares de las fotografías. El TS holandés presentó cuestión prejudicial ante el TJUE sobre *si la actividad de enlazado a contenidos publicados anteriormente sin autorización del titular de los derechos constituye o no un acto de «comunicación al público» reservado a la exclusiva de dicho titular, a los efectos del artículo 3.1 de la Directiva de Derechos de Autor en la Sociedad de la Información*. La cuestión procedía porque en los casos resueltos hasta el momento, *Svensson y Bestwater*, no se había dado respuesta clara a este supuesto (enlazado a contenidos que, a su vez, eran ilícitos).

A la luz de lo expuesto, el TJUE dictaminó que a los efectos del mencionado artículo,

para dilucidar si el hecho de colocar en un sitio de Internet hipervínculos que remiten a obras protegidas, disponibles libremente en otro sitio de Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor, constituye una «comunicación al público» en el sentido de la citada disposición, es preciso determinar si dichos vínculos son proporcionados sin ánimo de lucro por una persona que no conocía o no podía conocer razonablemente el carácter ilegal de la publicación de esas obras en este otro sitio de Internet o si, por el contrario, los vínculos se proporcionan con ánimo de lucro, supuesto en el que debe presumirse tal conocimiento.

Así pues, corresponde al Tribunal nacional valorar la concurrencia del conocimiento sobre la ilicitud de los contenidos a los que los enlaces remiten, el cual, a su vez, y según doctrina del TJ, depende de la existencia o no de ánimo de lucro por parte de quien publica el enlace. En un caso como éste, puesto que la página tiene clara finalidad comercial (obtiene beneficios a través de la publicidad), dicho conocimiento habrá de presumirse, por lo que el Tribunal holandés habrá de dictaminar, cuando se pronuncie, que GS Media ha realizado auténticos actos de comunicación pública reservados a los titulares de las fotografías y, por lo tanto, ha infringido sus derechos de exclusiva, procediendo la correspondiente indemnización.

Lo cierto es que la interpretación del concepto de «comunicación al público» del artículo 3.1 de la Directiva ha resultado conflictiva, incluida la que viene haciendo el Tribunal europeo. Parecía un acierto recoger como parte de los derechos de exclusiva, allá por el año 2001, la puesta a disposición del público de obras por parte de sus titulares, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de manera que cualquier persona pudiera acceder a ellas desde cualquier lugar y en cualquier momento (en el mismo sentido, e incorporándolo a nuestro ordenamiento, art. 20.2.i TRLPI). No obstante, la tecnología y el desarrollo de Internet pronto pusieron a prueba los límites de tal derecho.

En primer lugar, el TJ dejó sentado que, para que haya un acto de comunicación pública que requiera de autorización del titular de una obra ya comunicada, tiene que realizarse mediante un método técnico *distinto* de los ya utilizados y/o dirigirse a un público *nuevo*; esta doctrina, que implica que no hay comunicación pública si se

redifunden obras a través de la misma tecnología y al mismo público originario (no hay, a los efectos de la Directiva, un acto reservado a la exclusiva del titular y, por lo tanto, puede realizarse por cualquiera), se desarrolló, en general, al hilo de casos como [Mediakabel](#) (STJUE de 02-VI-2005, asunto C-89/04), [Lagardère](#) (STJUE de 14-VII-2005, asunto C-192/04), [SGAE](#) (STJUE de 07-XII-2006, asunto C-306/05), [Football Association](#) (STJUE de 04-X-2011, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08), [Airfield y Canal Digitaal](#) (STJUE de 13-X-2011, asuntos acumulados C-431/09 y C-432/09), e [ITV Broadcasting](#) (STJUE de 07-III-2013, asunto C-607/11). Obsérvese, no obstante, que frente a la descripción legal, el TJ exige en estas sentencias un requisito no contemplado en ella, cual es la cualidad de «nuevo» del público (en cuanto número indeterminado de destinatarios potenciales) al que se dirija la comunicación. He ahí un primer aparente exceso del Tribunal.

La anterior doctrina se aplicó en concreto a los *enlaces* en los casos *Svensson* y *Bestwater*. En Internet, la cuestión del enlazado era problemática, y un mismo tribunal pudo llegar a considerar en una resolución que cuando un tercero distinto del titular o autorizado enlazaba a contenidos protegidos sí había comunicación pública, y en otra, unos meses después, que no y, por lo tanto, que no infringía los derechos del titular (así, SSAP Barcelona de 24-II-2011 y 7-VII-2011, casos [El Rincón de Jesús](#) e [Índice-web](#), respectivamente; ambas sentencias, sin votos particulares, comparten dos magistrados, siendo uno de ellos ponente de la primera). En [Svensson](#) (STJUE 13-II-2014, asunto C-466/12) nos encontrábamos con una página *web* donde se incluían *hipervínculos que daban acceso a los artículos publicados en un periódico de forma lícita y con acceso permitido a todo el público*. Se cumplía así, en esos enlaces de cuya legalidad se dudaba, el primero de los requerimientos legamente exigidos para apreciar un acto de «comunicación pública» a los efectos de la Directiva (había un acto de puesta a disposición de una pluralidad indeterminada de individuos mediante un enlace a un contenido), pero no se encontraba cumplido el segundo: el enlace dudoso permitía el acceso al contenido al *mismo público* que el original, no a un público «nuevo», por cuanto ya en su origen los artículos estaban abiertos a todos los internautas. Así pues, cualquier otro enlace desde cualquier otra página *web* a esos contenidos en las mismas condiciones que la divulgación original «no exige la autorización de los titulares de los derechos de autor». Lo mismo sucedió con [Bestwater](#) (Auto TJUE 21-X-2014, asunto C-348/13), en que el TJ resolvió en forma de auto al estimar que ya había sentado su doctrina en *Svensson*; la única especialidad era que el enlace había sido hecho usando la técnica del enmarcado o *framing*, que permite el visionado desde la propia página que contiene el *link* al contenido, lo cual el juzgador europeo estimó irrelevante a estos efectos.

Realmente, en estos casos, el Tribunal no declaró la «licitud» de *cualquier tipo* de enlace, sino sólo de aquel que se dirigiera a obras que hubieran sido publicadas de forma «abierta», sin restricciones de acceso. Pero aun cuando de *Svensson* y

*Bestwater* fuera posible deducir, *a sensu contrario*, que cuando existen restricciones o limitaciones de acceso (p. ej., cuando se tiene acceso a contenidos sólo tras pagarlos, o introducir una contraseña), los enlaces no autorizados (es decir, que permitan el acceso a personas a las que inicialmente no se lo ha concedido el titular: no han pagado, no tienen contraseña...) serían ilegales (por dirigirse a un público «nuevo» distinto del inicialmente autorizado), el TJUE no llegó a afirmarlo expresamente (no era objeto de lo que se le preguntó), por lo que el Tribunal Supremo holandés no consideró resuelta su duda y planteó la prejudicial que aquél resolvió con la resolución que nos ocupa, en el sentido ya indicado: la actuación de quien enlaza será o no constitutiva de infracción de la propiedad intelectual (una «comunicación pública» lícita o no) según conozca o no el carácter ilícito de la previa puesta a disposición del contenido al que se remite, cuestión que, a su vez, cabe deducir de la concurrencia o no de ánimo de lucro al realizar dicho enlace. Esta circunstancia habrá de ser apreciada en cada caso por el juzgador nacional, a partir de la presunción que le facilita el propio Tribunal europeo: si hay ánimo de lucro, se presume el conocimiento del carácter ilícito. Si no, no. ¿Por qué? Por una mera cuestión de «razonabilidad» (párrafos 47 y 55), vinculada al hecho de que «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» (párrafo 51).

La sentencia del caso *Playboy* es, por tanto, la última de una serie de resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en su intento de aclarar el concepto de «comunicación pública» como derecho exclusivo del titular, van realmente más allá, a mi juicio, de las competencias que tiene atribuidas, trascendiendo la simple interpretación para acabar creando Derecho (en este caso, el nuevo requisito del «conocimiento de la previa difusión (i)lícita»). Ciertamente, el concepto de «comunicación pública» es propio del Derecho europeo (una vez asume las competencias sobre propiedad intelectual) y, como tal, puede (debe) ser objeto de interpretación (única) por el Tribunal de Justicia, pero no cabe, por parte de éste, el establecimiento de requisitos que sólo el legislador puede imponer, o la realización de presunciones más o menos artificiosas como la que realiza en el caso que nos ocupa, al amparo de lo que es pretendidamente «razonable»: ¿Por qué el ánimo de lucro en quien enlaza permite, *per se*, suponer (y, por lo tanto, en cierta medida, le «obliga» a ello) que ha realizado comprobaciones que en muchas ocasiones pueden estar más allá de sus propias posibilidades técnicas? ¿Cuál es el anclaje normativo de dicha presunción?

Para el propio Abogado General, en sus [Conclusiones](#) del caso (presentadas el 7 de abril), bajo la *actual* normativa no cabría exigir a quien enlaza («no es relevante», en su terminología) conocimiento (o deber de tenerlo) sobre la licitud del acto previo de puesta a disposición; que tal solución no sea deseable, añadido yo, es cuestión que ha de importar al legislador, para cambiarla (en su caso), no al juzgador. Aun cuando no

comparta (de fondo) la posición del Abogado General, su posición es técnicamente más correcta, pues el conocimiento de la ilicitud de la puesta a disposición previa del contenido al que se remite el enlace no forma realmente parte del concepto de «comunicación pública», siendo un requisito creado *ex novo* por el Tribunal, el cual rápidamente se ve en la necesidad de acotarlo y ligarlo a una *presunción* «razonable» so pena de obstaculizar gravemente el funcionamiento de la Red. Y puede que, efectivamente, lo sea («razonable», digo): comunicado, por parte del titular de la obra, a un sitio que incluye (o ha hecho) enlaces a contenidos que son copias no autorizadas de aquélla, ya hay base para suponer un conocimiento de tal circunstancia que haga responsable a dicho sitio *web*, a la manera de la responsabilidad por intermediarios contenida en el artículo 14 de la Directiva 2000/31. Mas, ¿es ello parte del concepto de «comunicación al público»? Creo que no.

En todo caso, las mencionadas presunciones (tanto para quien tiene ánimo de lucro como para quien no) habrán de ser *iuris tantum*, a pesar de los términos empleados por el juzgador europeo («debe presumirse»; realmente, también para propio TJ cabe prueba en contrario, párrafo 51). Ello así por cuanto, realmente, no hay ningún nexo causal material distinto de la mera oportunidad y «razonabilidad», entre el *ánimo de lucro* y el *conocimiento presunto*.

Se trata, en definitiva, de realizar una distribución de los riesgos derivados del funcionamiento mismo de Internet, y hallar un punto de equilibrio entre las posibles vulneraciones que en ella puedan cometerse y su propia utilidad (y esencia). Pero encontrar ese punto no es tarea de los órganos judiciales. Efectivamente, puede que las soluciones avanzadas por el Tribunal de Justicia sean acertadas bajo la perspectiva de los intereses en juego y la necesaria protección de los titulares de obras protegidas, pero no le corresponde a él tomarlas (vía desarrollo de requisitos no contemplados legalmente o presunciones más que discutibles), sino al legislador (europeo). Y va siendo hora de que éste se pronuncie...

Juan Pablo APARICIO VAQUERO  
*Profesor Titular de Derecho Civil*  
Universidad de Salamanca  
[juanpa@usal.es](mailto:juanpa@usal.es)