

Sentencia del TJUE (Gran Sala), Asunto C-392/2019, VG Bild-Kunst c. Stiftung Preußischer Kulturbesitz (procedimiento prejudicial), de 9 de marzo de 2021 [ECLI:EU:C: 2021:181]

LA LUCHA POR EL CONTROL DE INTERNET. EL DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL ANTE LA INSERCIÓN DE OBRAS PROTEGIDAS MEDIANTE TRANSLUCIÓN (FRAMING) EN SITIOS WEB

Internet es un lugar que, como diría Melisandre de Asshai, es oscuro y alberga horrores. Este temor por las casi infinitas posibilidades que permite un entorno digital descentralizado y alejado del control del sector público ha dado lugar a una serie de pronunciamientos del TJUE que son, cuando menos, desconcertantes. El último ejemplo de esta tendencia lo encontramos en la sentencia que aquí nos ocupa, en la que se intenta hacer una fusión, algo desencaminada, entra la doctrina establecida en la Sentencia de 13 de febrero de 2014 (As. C-466/12, «Svensson») y la Sentencia de 7 de agosto de 2018 (As. C-161/17, «Renckhoff») para dar a los titulares de derechos un control más intenso sobre el uso de sus obras originales en internet, algo que, ya adelantamos, es complicado.

Los hechos que dan lugar a esta cuestión prejudicial son los siguientes. SPK es la institución encargada de gestionar la Deutsche Digitale Bibliothek que, entre otras posibilidades, ofrece hipervínculos a los contenidos de las instituciones colaboradoras para fomentar así el intercambio cultural. Para ello, incluye *thumbnails* que sirven de enlace para el contenido, mostrando en miniatura lo que el usuario se va a encontrar. Para poder llevar a cabo esta tarea tiene un contrato de licencia, entre otras instituciones, con VG Bild-Kunst, quien a cambio de la licencia les exige que tomen medidas para evitar el *framing* o *inline linking* de las imágenes licenciadas. Sin embargo, SPK se negó a tomar esas medidas al considerarlas excesivas y ajenas al objeto del contrato. Ante esta situación, la propia SPK acudió a los tribunales alemanes para que obligaran a VG Bild-Kunst a conceder la licencia sin esta condición. El asunto llegó al TS Federal de Alemania, que elevó cuestión prejudicial al TJUE para saber si el *framing* o *inline linking* podía considerarse un acto de comunicación al público que requiere el consentimiento del titular de los derechos, algo esencial para saber si la medida era o no razonable.

Esta resolución, como señalábamos al inicio, tiene como objetivo garantizar un elevado nivel de protección a los titulares de derechos y, especialmente, un control preventivo sobre el uso de las obras en el entorno digital. A estos efectos, el TJUE hace una curiosa interpretación de la Sentencia Svensson al afirmar que como el titular de derechos ha indicado que deben tomarse medidas para evitar el *framing* del contenido licenciado, esta situación debe asimilarse a una restricción de acceso en origen. De esta forma, estaríamos llegando a un público nuevo que no fue previsto por el titular al autorizar el acto de comunicación inicial y, en consecuencia, se requiere su consentimiento para realizar el nuevo acto de comunicación.

Como podemos apreciar, la asimilación realizada por el Tribunal es bastante sorprendente. En el caso de las Conclusiones del Abogado General Szpunar encontramos una justificación que tampoco termina de convencer porque, de nuevo, hace una asimilación de conceptos difícilmente entendible. El Sr. Szpunar, haciendo una interpretación ortodoxa de la doctrina Svensson, afirma que estamos ante un acto de comunicación, pero no requiere de la autorización del titular de los derechos porque se ha publicado el contenido en abierto y sin ninguna restricción de acceso en origen. Sin embargo, considera que esta doctrina jurisprudencial solamente se puede aplicar a los enlaces «tradicionales», aquellos sobre los que el usuario tiene que clicar para acceder al contenido. De esta forma, el *framing* o el *inline linking* quedan al margen dado que utilizan la técnica del enlace automático o *hot linking*. La principal diferencia es que el usuario no tiene que clicar en el enlace para visualizar el contenido, sino que aparece ante él como si no hubiera cambiado de página, aunque sigue tratándose de un enlace. Por lo tanto, la inclusión de un enlace automático debe asimilarse a una nueva reproducción y, en consecuencia, a un nuevo acto de comunicación al público que sí requiere de autorización del titular de los derechos, como si estuviéramos en las circunstancias de la Sentencia Renckhoff.

Expuestos ya los hechos que dan lugar a la sentencia y las distintas posiciones del Tribunal y del Abogado General Szpunar, a continuación, analizaremos una serie de preguntas que deberían haberse planteado. En primer lugar, antes de ampliar el ámbito objeto del derecho de comunicación al público, deberíamos estudiar si el sector público puede garantizar un control del entorno digital suficiente como para implementar este control preventivo. El Tribunal y el Abogado General asumen que el *Imperium* del Estado permite un control del mundo digital equivalente al que puede tenerse en el mundo analógico, asunción poco realista. Quizás es momento de analizar esta cuestión con más profundidad y observar que el entorno digital es un espacio altamente descentralizado donde el sector público tiene un poder bastante restringido que le impide controlar lo que ocurre. Tampoco podemos olvidar que estamos ante bienes inmateriales que, en este caso, se explotan mediante archivos digitales, también inmateriales, motivo por el cual el coste asociado a esta actividad ilícita es ínfimo. De esta forma, cometer la infracción está al alcance de cualquiera que tenga un dispositivo con acceso a internet. En consecuencia, seguir aumentando el derecho exclusivo para garantizar un control preventivo cuando este no es posible es un propósito que difícilmente se podrá conseguir. El TJUE y distintos Estados miembros siguen aplicando la normativa de derechos de autor como si siguiéramos en un mundo analógico o, al menos, como si estuviéramos en un estadio primigenio de internet más reducido donde controlar la actividad existente era más sencillo o donde los infractores tenían que asumir más dificultades para cometer la infracción, situación que no existe. La única alternativa viable en este momento es que el sector público se apoye en los intermediarios de la sociedad de la información o «gigantes tecnológicos» que controlan el entorno digital para implementar la normativa. No obstante, este es un escenario poco deseable, dado que estaríamos dejando en manos de sujetos privados, que no tienen obligación de someterse a las normas del debido proceso, la decisión de si una actuación es conforme a derecho o no.

Una segunda cuestión ausente en la sentencia tiene que ver con la aplicación del «elevado nivel de protección» que recoge el Considerando 9 de la Directiva 2001/29. El Tribunal parece entender que los derechos de autor son una institución jurídica que tiene como fin último proteger a los autores de los «malvados» usuarios que quieren «piratear» su obra y crear un mercado paralelo para que no pueda recuperar los costes en que incurrió. Sin embargo, los derechos de autor protegen a los autores como un simple medio para conseguir el tan ansiado, como abstracto, progreso cultural y económico, que es el verdadero fin de este derecho de propiedad *sui generis*. Así, el TJUE lleva casi dos décadas ampliando el ámbito objetivo de los derechos de propiedad intelectual, sin que podamos ver el punto en el que el proceso de expansión termine. El Tribunal parte de la base de que la ampliación de derechos siempre beneficiará al mercado porque a más protección siempre, más incentivos a los autores; como si hubiera una correlación automática entre los intereses de los autores y los del mercado. Lo que es seguro es que esto será positivo para los titulares de derechos, especialmente para los titulares derivativos, pero no se analizan los posibles efectos para el resto de los participantes de este sistema, que merecen el mismo respeto que los autores porque sin ellos tampoco existiría un mercado. Por el contrario, cuando se ha estudiado esta cuestión, se ha afirmado que con el nivel actual de protección estamos haciendo daño al resto de participantes del mercado y sobreincentivando a los autores (*vid.* entre otros *Gowers Review of Intellectual Property*, diciembre de 2006, y *Digital Opportunity A Review of Intellectual Property and Growth* también conocida como *Hargreaves Review*, mayo de 2011). Por lo tanto, debemos ser conscientes de que hay un punto a partir del cual un ámbito objetivo del derecho exclusivo demasiado amplio puede ser perjudicial para el mercado porque desincentiva la innovación subsiguiente. En consecuencia, si, según los estudios antes citados ya hemos pasado el punto óptimo de protección, con esta sentencia estamos ahondando en ese daño al mercado.

Expuestas las preguntas ausentes, a continuación, haremos una crítica de los argumentos utilizados por el Tribunal y por el Abogado General Szpunar para construir sus resoluciones. En primer lugar, comenzaremos con la sentencia del Tribunal, que hace una aplicación, cuando menos, peculiar de la Sentencia Svensson para garantizar a los titulares de derechos un mayor control sobre sus obras, pese a las reservas al respecto que ya hemos planteado en párrafos anteriores.

En el caso que aquí nos ocupa, el titular de los derechos, al autorizar el acto de comunicación al público en la web de la DDB, no había impuesto ninguna restricción de acceso al contenido licenciado, sino que cualquier usuario de internet que entrara en el sitio web podía verlo. Lo que sí había hecho era imponer por vía contractual a DDB que estableciera medidas contra el *framing* o el *inline linking*. Según el TJUE es lo mismo imponer restricciones de acceso que tomar medidas para que no se haga *framing*. No obstante, esta asimilación es bastante difícil de entender porque ninguno de los dos elementos tiene nada que ver entre sí. Si el titular de los derechos ha autorizado libre y conscientemente la publicación en abierto de sus obras, sin ninguna restricción para su acceso de tal forma que cualquier usuario pueda acceder a ellas, lo hace con todas las consecuencias. Podemos entender que los enlaces automáticos puedan ser molestos para el titular, pero debe saber cómo funciona internet, un funcionamiento que

actualmente el sector público no está en condiciones de cambiar. La construcción de internet se hizo sin un control estrecho del sector público y eso ha llevado a que parte de su funcionamiento no sea el deseado para una parte de la sociedad, sino que sea el que más beneficiaba a quienes participaron en su construcción. Ahora mismo, solucionar estos problemas tiene difícil arreglo, pese a los continuos esfuerzos del TJUE por condicionar su desarrollo, aunque está por ver el efecto que tendrán. En consecuencia, el titular debe ser consciente de que una posibilidad, en absoluto remota, es que alguien enlace dicho contenido en su propia página web porque es algo difícilmente evitable.

Además, es importante recordar que un enlace al contenido, del tipo que sea, no es tan problemático porque el titular de los derechos sigue controlando dicho acto de comunicación (*vid.* <https://html.com/attributes/img-src/>, en particular apartado 2.1.1). Recordemos que el hecho de controlar o no la publicación inicial de la obra fue el motivo por el que se dictó la Sentencia Renckhoff (*vid.* párrafo 30). Así, es difícil de entender que un acto que habría sido legal haciendo una interpretación conjunta de las doctrinas Svensson y Renckhoff, tras este cambio de jurisprudencia, poco justificado, de repente sea contrario al derecho de la UE.

En segundo lugar, los argumentos del Abogado General Szpunar son distintos, pero no más fáciles de comprender, al afirmar que como los usuarios tienen la impresión de estar viendo la imagen sin haberse cambiado de página web, debe entenderse que, efectivamente, estamos ante una nueva reproducción y un acto de comunicación al público.

De nuevo, estamos ante un claro absurdo al hacer una asimilación que carece de sustento lógico. El hecho de que una cosa parezca algo no significa que lo sea. Quizás deberíamos transformar el dicho que dice «las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son» por «las cosas son lo que son y no lo que parece que son». No es posible afirmar que estamos ante un nuevo acto de reproducción y de comunicación al público precisamente porque es un enlace, una técnica totalmente distinta, en la que no existe una nueva reproducción de la obra en la red ni, por lo tanto, un nuevo acto de comunicación al público al no existir restricciones de acceso en origen. Por el contrario, el titular de los derechos sigue manteniendo el dominio al controlar el acto de comunicación inicial, como ya indicamos anteriormente.

En conclusión, estamos ante una sentencia desconcertante y, además, difícilmente ejecutable puesto que pretende dar a los usuarios un control preventivo sobre la explotación de sus obras que difícilmente van a poder tener de forma efectiva. Como decíamos al principio, internet es un lugar oscuro y alberga horrores y ante esta situación podemos adoptar la posición de Don Quijote frente a los molinos e intentar cambiarlo o tratar de adaptarnos. El TJUE parece que ha decidido cuál va a ser su línea de actuación.

Antonio ALONSO-BARTOL BUSTOS
Investigador Predoctoral en Formación (FPU)
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Salamanca
antonioabartol@usal.es