

Los enlaces en Europa

El asunto *Svensson* (I): réplica a la opinión de la *European Copyright Society*

Pablo Ramírez Silva

Abogado en Cuatrecasas, Goçalves Pereira

Abstract

El presente trabajo constituye una réplica a la opinión emitida por la European Copyright Society en relación con las cuestiones prejudiciales planteadas en el Asunto C-466/12, en el cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea deberá determinar si el establecimiento de enlaces en el entorno online constituye o no un acto de comunicación al público de obras de acuerdo con la [Directiva 2001/29](#). En el trabajo, su autor trata de rebatir la tesis general y los argumentos de la European Copyright Society y concluye que la categorización del establecimiento de enlaces como acto de comunicación al público es posible de acuerdo con la normativa comunitaria en materia de propiedad intelectual.

This paper contains a reply to the opinion submitted by the European Copyright Society regarding the questions referred for a preliminary ruling in the Case C-466/12, in which the Court of Justice of the European Union will have to determine whether the establishment of hyperlinks in the online environment constitutes an act of communication to the public of works in accordance with the [Directive 2001/29](#). The author of this paper argues against the main thesis and the reasoning of the European Copyright Society and concludes that it is possible to categorize the activity of establishing links as an act of communication to the public under the intellectual property communitarian regulation.

Title: Links in Europe. The Svensson Case (I): Reply to the opinion of the European Copyright Society

Palabras clave: establecimiento de enlaces, comunicación al público, propiedad intelectual

Keywords: establishment of links, communication to the public, copyright

Sumario

1. **Introducción**
2. **La tesis general y los argumentos de la ECS en el Asunto Svensson**
3. **El primer argumento de la ECS: los enlaces no transmiten (y no comunican)**
 - 3.1. **El concepto de derecho de comunicación al público en la Directiva 2001/29: el tenor literal del artículo 3 y sus trabajos preparatorios**
 - 3.2. **La interpretación teleológica y literal del artículo 3 de la Directiva 2001/29**
 - 3.3. **El concepto de derecho de comunicación al público en la jurisprudencia del TJUE**
4. **El segundo argumento de la ECS: los enlaces no comunican la obra**
5. **El tercer argumento de la ECS: los enlaces no comunican a un público nuevo**
6. **El argumento de lege ferenda de la ECS: el establecimiento de enlaces no debe ser considerado un acto de comunicación pública. La solución de la licencia implícita**
7. **Conclusiones**
8. **Tabla de jurisprudencia citada**
9. **Bibliografía**

1. Introducción

En el marco del litigio que enfrenta en Suecia a *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madeleine Sahlman, Pia Gadd* contra *Retriever Sverige AB*, la Corte sueca de apelación de Svea¹ planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) el pasado 18 de octubre de 2012 un conjunto de cuestiones prejudiciales, relativas todas ellas a si el establecimiento de enlaces en Internet debe ser considerado un acto de explotación de derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la normativa comunitaria de derechos de autor y, en particular, si el mismo está incluido dentro del derecho de comunicación al público recogido en el artículo 3 de la [Directiva 2001/29, 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](#) (en adelante, Directiva 2001/29).

Más concretamente, las preguntas que el Tribunal de apelación sueco trasladó al TJUE, y que han pasado a tramitarse bajo el [Asunto C-466/12](#), son las siguientes:

- 1) Si una persona distinta del titular del derecho de propiedad intelectual de una determinada obra ofrece en su página de Internet un enlace –sobre el que se puede hacer clic– a esa obra, ¿realiza una comunicación al público de esa obra en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29?
- 2) ¿Influye en la apreciación de la primera cuestión que la obra a la que remite el enlace se encuentre en una página de Internet a la que puede acceder cualquier persona sin restricciones o cuyo acceso esté limitado de algún modo?
- 3) A la hora de apreciar la primera cuestión, ¿debe realizarse una distinción según que la obra, una vez que el usuario haya hecho clic en el enlace, se presente en otra página de Internet o se presente de modo que parezca que se encuentra en la misma página?
- 4) ¿Están facultados los Estados miembros para otorgar al autor una protección más amplia de su derecho exclusivo permitiendo que la comunicación al público comprenda más actos que los derivados del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29?

A la espera de las conclusiones y pronunciamientos que en torno a las mismas hagan, respectivamente, el Abogado General y el TJUE, la *European Copyright Society* (en adelante, ECS), asociación integrada por académicos europeos de reconocido prestigio en materia de propiedad intelectual, emitió el pasado 15 de febrero de 2013 un informe sobre el caso, la [Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson](#), en el que sus autores proponen una respuesta general a las preguntas planteadas y que acaban de ser transcritas: en síntesis, y con base en los argumentos que luego veremos, que el

¹ La *Svea hovrätt*, en sueco.

establecimiento de enlaces no puede enmarcarse en el concepto comunitario de derecho de comunicación al público del artículo 3 de la Directiva 2001/29.

En las páginas que siguen se analizará si los argumentos utilizados por la ECS para sostener su tesis general son conformes a la regulación comunitaria de los derechos de autor y, por tanto, si realmente el establecimiento de enlaces no *está* ya incluido en el concepto comunitario de derecho de comunicación al público y si, además, *debería* o no estarlo.

Como se verá, este trabajo constituye una réplica a tales argumentos. Por ello, el autor que suscribe estas líneas quiere dejar constancia expresa, ya en este momento, del profundo respeto que le merecen la trayectoria y el prestigio de los autores que suscriben el informe objeto de análisis, así como del único propósito que ha motivado la redacción de este trabajo, coincidente, muy probablemente, con el que inspiró a su vez a los miembros de la ECS: aportar todos los argumentos y puntos de vista posibles a un debate, el que será enjuiciado por el TJUE en los próximos meses, que marcará el devenir y el alcance de la protección de los derechos de autor en el ámbito comunitario.

2. *La tesis general y los argumentos de la ECS en el Asunto Svensson*

En su *Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson*, como decíamos, la ECS asegura que el establecimiento de enlaces en el entorno *online* no forma parte del derecho de comunicación al público reconocido a autores y demás titulares en la Directiva 2001/29 y que, además, en ningún caso tal actividad *debería* quedar comprendida en la armonización que hace más de una década operó esta última en el ámbito de la propiedad intelectual a escala comunitaria.

Antes de hacer mayores consideraciones, conviene detenernos ya inicialmente y de forma breve en la estructura general que sigue el informe de la ECS y la metodología que en él utilizan sus autores, pues estos extremos constituyen en sí mismos una de las críticas a formular a la postura sostenida por aquéllos.

En este sentido, la ECS parece invertir el orden expositivo que, siempre a mi juicio, debiera haber guiado sus pasos: no analiza primero los instrumentos normativos y jurisprudenciales de Derecho comunitario aplicables al supuesto para llegar a una conclusión acorde, sino que parte de una tesis preestablecida —a saber, que un enlace no constituye un acto de comunicación al público— para, sólo después, fijada ya esa conclusión, buscar argumentos para sostenerla.

Así, comienza la ECS su informe destacando la importancia capital que los enlaces revisten en el funcionamiento de Internet tal y como lo conocemos, y considerando aquéllos como elementos imprescindibles y consustanciales a las libertades de información y expresión en el entorno *online*. Es decir, que la ECS inicia su exposición

con un argumento que es, en puridad y en su esencia, de *lege ferenda*: esto es, que subsumir el establecimiento de enlaces en la regulación comunitaria de los derechos de autor supondría una consecuencia indeseable, un ataque frontal y extremadamente dañino al desarrollo de la *World Wide Web* que no *debe* tener cabida en la misma.

De esta forma, en el inicio de su informe (p. 1), la ECS asegura que:

“The ECS wishes to take the opportunity to put on record its views of the issues before the Court in Case C-466/12, Svensson. The importance of this particular reference should be evident to the Court. Although hyperlinking takes many forms and has multiple functions, there can be no doubt that it is the single most important feature that differentiates Internet from other forms of cultural production and dissemination. (...)”

The legal regulation of hyperlinking thus carries with it enormous capacity to interfere with the operation of the Internet, and therefore with access to information, freedom of expression, freedom to conduct business. [...] The Court must not under-estimate the importance of its ruling in this case”.

Para concluir ya, insistimos nada más empezar (p. 2) que:

“Hyperlinking in general should be regarded as an activity that is not covered by the right to communicate the work to the public embodied in Article 3 of Directive 2001/29”.

Sólo a continuación, como decíamos, se encarga la ECS de buscar los argumentos, esta vez sí de *lege lata*, que amparan y fundamentan su posición. Tres son los que encuentran sus autores y a cuyo desarrollo se entregan a lo largo de su escrito:

- a) Que los enlaces no dan lugar a una *comunicación al público* porque el establecimiento de hipervínculos no implica una *transmisión* de la obra, siendo dicha transmisión un requisito previo y necesario para que exista un acto de comunicación al público en el sentido de la Directiva 2001/29;
- b) Que, aunque de conformidad con la Directiva 2001/29 la transmisión no fuera necesaria para que existiera un acto de comunicación al público, de acuerdo con la Directiva 2001/29 los derechos de los titulares sólo cubren la comunicación al público *de la obra* y, justamente, aquéllo que un hipervínculo proporciona no es *la obra*; y
- c) Que, aunque el establecimiento de enlaces fuera considerado una comunicación en el sentido de la Directiva 2001/29, dicha comunicación no se realiza a un público nuevo, por lo que con base en este argumento tampoco existiría un acto de comunicación al público siguiendo la regulación de la propia Directiva 2001/29.

Cree conveniente el autor de este trabajo centrar primero el debate analizando, antes que nada, si los tres argumentos anteriores, puramente jurídicos, utilizados por la ECS para fundamentar su opinión se corresponden con la letra y el espíritu del artículo 3 de la Directiva 2001/29 y la interpretación que de él ha venido dando el TJUE. Una vez alcanzado ese objetivo, y sólo entonces, veremos si la conclusión a la que llegamos entraña las consecuencias negativas que augura la ECS o si, por el contrario, el propio ordenamiento jurídico comunitario y los sistemas jurídico-privados de los distintos Estados Miembros nos ofrecen soluciones adecuadas a las mismas.

3. El primer argumento de la ECS: los enlaces no transmiten (y no comunican)

3.1. El concepto de derecho de comunicación al público en la Directiva 2001/29: el tenor literal del artículo 3 y sus trabajos preparatorios

La ECS, en su primer argumento jurídico, utiliza dos premisas para negar al establecimiento de enlaces la categoría de acto de comunicación al público: por un lado, según la ECS, el derecho de comunicación al público regulado en el artículo 3 de la Directiva 2001/29 implica, en todo caso, que la obra o prestación protegida deba ser *transmitida*, pues de lo contrario no existe dicho acto de explotación; por el otro, y como segunda premisa, que en la actividad propia del establecimiento de enlaces no se produce transmisión alguna de la obra o prestación protegida. Por ende, y completando el silogismo como lo construye la ECS, un enlace no puede dar lugar a un acto de comunicación al público de acuerdo con la Directiva 2001/29 y siguiendo ese razonamiento.

En primer lugar, conviene transcribir aquí y tener en todo momento presente el artículo 3 de la Directiva 2001/29, encargado de recoger y regular el derecho de comunicación al público en la llamada Sociedad de la Información. De este modo, establece dicho precepto que

“Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir **cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, **incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija**” (énfasis añadido)².**

² El artículo 3 de la Directiva 2001/29 está basado en la redacción que, casi en homólogos términos, contiene el artículo 8 del [Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor de 20 de diciembre de 1996](#): “[s]in perjuicio de lo previsto en los [Artículos 11.1\)ii\), 11bis.1\)i\) y ii\), 11ter,1\)ii\), 14.1\)ii\) y 14bis.1\)](#) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán 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”.

Por su parte, el considerando 23 de la Directiva 2001/29, dedicado también al derecho de comunicación al público e igualmente citado por la ECS en su informe, dispone que:

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

El legislador comunitario impuso, así y como es de ver, un concepto de comunicación al público *en sentido amplio*, aglutinador de actos comunicativos de *todo tipo*. La vocación de amplitud del concepto de comunicación al público de obras y prestaciones en sede de Derecho comunitario ha sido resaltada, en varias ocasiones y despejando cualquier duda que al respecto pudiera plantearse, por el propio TJUE. Ya en la [STJUE 7.12.2006](#), el alto Tribunal comunitario aseguró, de forma coherente con el juego que hacen juntos el artículo 3 y el considerando 23 de la Directiva 2001/29, que:

“Del vigesimotercer considerando de la Directiva 2001/29 se desprende que **el concepto de comunicación al público debe entenderse en un sentido amplio. Esta interpretación resulta, además, indispensable para la consecución del objetivo principal de dicha Directiva, que, como se deriva de sus considerandos noveno y décimo, se concreta en lograr un elevado nivel de protección en favor, entre otros, de los autores,** con el fin de que éstos puedan recibir una compensación adecuada por el uso de su obra y, concretamente, en el caso de su comunicación al público” (énfasis añadido).

También, en homólogos términos y siguiendo la línea marcada en la resolución anterior, la [STJUE 7.3.2013](#) señaló que:

“20 **Previamente, procede señalar que la Directiva 2001/29 tiene como principal objetivo la instauración de un nivel elevado de protección en favor de los autores,** que les permita recibir una compensación adecuada por la utilización de sus obras, en particular con motivo de su comunicación al público. De ello se desprende que **el concepto de comunicación al público debe entenderse en un sentido amplio,** como por otra parte establece expresamente el vigesimotercer considerando de dicha Directiva (sentencias SGAE, antes citada, apartado 36, y de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros, C-403/08 y C-429/08, Rec. p. I-0000, apartado 186).

21 En primer lugar, es preciso determinar el contenido del concepto de «comunicación» y responder a la cuestión de si la actividad discutida en el asunto principal está comprendida en el ámbito de aplicación de dicho concepto.

22 A este respecto se ha de recordar que **la Directiva 2001/29 no define de forma exhaustiva el concepto de comunicación**. Así pues, hay que precisar el sentido y el alcance de ese concepto en relación con el contexto en el que se integra y a la luz del objetivo señalado en el apartado 20 de la presente sentencia” (énfasis añadido).

La amplitud del derecho de comunicación al público que recoge la Directiva 2001/29 no sólo se extrae del propio redactado del artículo 3 y de su considerando 23, así como de la interpretación que de ambos ha venido dando la jurisprudencia comunitaria, sino también del texto de los trabajos preparatorios de la propia Directiva. A estos efectos, la ECS transcribe en su informe un fragmento capital de la [Exposición de Motivos de la Propuesta de la Directiva publicada por la Comisión el 10 de diciembre de 1997](#), aunque, a mi entender, sin interpretarlo correctamente:

*“The expression ‘communication to the public’ of a work covers any means or process other than the distribution of physical copies. This includes communication by wire or by wireless means. An act of communication to the public can involve a series of acts of transmissions as well as acts of reproductions, for instance a temporary storage of a work. With respect to the acts of reproduction, such as storage, the reproduction right (cf. Article 2) is of relevance. If, at any point of a transmission or at the end of a transmission the work is communicated to the public, including through public display on screen, each such communication to the public requires authorization of the author. The notion of “communication to the public” has been used as in the *acquis communautaire* and the relevant international provisions, such of the Berne Convention and the WCT. As in the *acquis communautaire*, it is a matter for the national law to define ‘public’”^{3/4} (énfasis añadido).*

³ *The Commission Proposal* [COM (97) 628 final, p. 25].

⁴ La amplitud vocacional del derecho de comunicación al público se remontaba, de hecho, todavía más atrás: en el Libro Verde sobre los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información de 19 de julio de 1995 el análisis del derecho de *communication to the public* (de comunicación al público) se hacía de forma separada del denominado *digital dissemination or transmission right* (difusión digital o derecho de transmisión). También es de ver, por su indudable interés, la Comunicación de Seguimiento al citado Libro Verde de 20 de noviembre de 1996 [COM (96) 568 final], en la que se aseguraba que: “Most Member States and a large majority of parties are against the application of the rental right by extension or the distribution right of which it forms part. A clear preference emerged to protect on-demand transmissions on the basis of the right of communication to the public (or a right belonging to this family), whereas, in the view of some parties, the making available of the work perceptible to the public at large should be the decisive aspect. Along the same lines, some parties stress that the accessibility of the work by any member of the public should be relevant in this context, rather than re-defining the term public based on criteria like personal relationship between the communicating parties or the purpose of the transmission. (...) In view of the outcome of the consultation procedure, it is proposed to protect digital on-demand transmissions on the basis of a further harmonised right of communication to the public. These harmonised rules would be linked as closely as possible to the traditional concept of communication to the public. At the same time, there would be no redefinition of the term public for the new digital environment. As to the nature of the right an indication is given in the submissions made by the Community and its Member States during the present negotiations under the auspices of WIPO (see Chapter 4 below). This would harmonise at a Community level a general right of communication to the public, including making available to members of the public individual access to works and other subject matter. The right would in principle be of an exclusive nature and be granted to authors and to those neighbouring rightholders who enjoy an exclusive right of reproduction in the same digital environment”.

El fragmento que acabamos de transcribir, decíamos, es particularmente importante por dos motivos. Por un lado, porque en dicho fragmento, redundando una vez más en la idea de amplitud del concepto de comunicación al público, se asegura de forma tajante que el mismo cubre cualquier medio o proceso distinto a la distribución de copias físicas. Por otro lado, porque conviene tener presente que el legislador comunitario, desde los primeros trabajos de la Directiva, tuvo muy presente que los actos de comunicación al público podían ramificarse también en el entorno *online*, dando lugar a distintos actos de explotación derivados de, aparentemente, un único acto comunicativo.

De esta forma, y aunque esta cuestión será abordada con más profundidad luego, conforme a la Directiva 2001/29 es posible que de un solo acto de comunicación al público se deriven y concatenen otros tantos actos, cada uno de los cuales requerirá, por ser un acto autónomo de explotación, autorización individualizada del autor (*“each such communication to the public requires authorization of the author”*). Ello, por tanto y como conclusión preliminar, permite que actos que en realidad suponen sólo una intervención en un acto preexistente de comunicación al público realizado por un tercero puedan ser, a su vez, nuevos –y cumulativos– actos de comunicación al público que se añadan a los anteriores.

3.2. La interpretación teleológica y literal del artículo 3 de la Directiva 2001/29

De todo lo anterior se extrae de manera muy evidente que los textos comunitarios plasmaron la necesidad, desde un principio y como se expresa en la letra de la propia Directiva 2001/29, que el derecho de comunicación al público fuera interpretado de forma amplia. Ahora bien, en este punto es menester contestar dos preguntas nucleares, a las que trataremos de dar respuesta en este apartado: ¿cuáles son los elementos característicos de la definición de derecho de comunicación al público en sede de la Directiva 2001/29 conforme a la redacción de ésta? Y, más concretamente, ¿qué parte de la definición *tradicional* del derecho de comunicación al público, plasmada en tratados internacionales y en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, está contemplada en el artículo 3 de la Directiva 2001/29?

En este sentido, y con el objetivo de hallar una definición que podríamos denominar *tradicional* del derecho de comunicación al público, conviene destacar que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, OMPI) publicó ya en 1980 un Glosario de conceptos de Derecho de Autor y Derechos Afines⁵, cuya definición del derecho de comunicación pública es la siguiente:

“Making a work, performance, phonogram or broadcast, perceptible in any appropriate manner to persons in general, that is, not restricted to specific individuals belonging to a private group. This notion is broader than publication and also covers, among others, forms of uses such as public performance, broadcasting, communication

⁵ WIPO Glossary of terms of the Law of Copyright and Neighboring rights (publication n° 816, 1980).

to the public by wire, or direct communication to the public of the reception of a broadcast” (énfasis añadido).

De este modo, de conformidad con dicha definición *tradicional* y sin perjuicio de lo que enseguida veremos, el derecho de comunicación pública está compuesto por una constelación de actos muy diferentes pero que guardan entre sí una nota definitoria común: comunicar al público es hacer perceptible a un grupo de personas una obra o prestación de cualquier forma, siempre que la misma no implique, como paso previo y en contraposición al derecho de distribución, la incorporación de la creación a un soporte tangible.

Nótese que no todos los actos y supuestos que conforman el derecho de comunicación al público y que se recogen en la anterior definición de la OMPI son regulados por el artículo 3 de la Directiva 2001/29: sólo cayeron bajo el *paraguas* de éste aquellos actos de comunicación al público que podían afectar a la libre circulación de bienes y servicios, esto es, aquéllos que podían producirse de forma simultánea en distintos Estados Miembros, quedando fuera de la definición armonizada del derecho actos como los de representación o recitación *in situ*, que por su naturaleza no requerían de dicha armonización y cuya regulación se dejó al arbitrio de los Estados Miembros⁶.

En este sentido, reconociendo las limitaciones propias de la definición del concepto de comunicación al público de la Directiva 2001/29 y como no podía ser de otra forma, se ha pronunciado el TJUE en la [STJUE 24.11.2011](#):

“35. Basándose en la génesis de la Directiva 2001/29, especialmente en la Posición común (CE) n° 48/2000, aprobada por el Consejo el 28 de septiembre de 2000 con vistas a la adopción de la Directiva 2001/29 (DO C 344, p. 1), el Tribunal de Justicia recordó que el vigésimo tercer considerando de dicha Directiva se incorporó a raíz de la Propuesta del Parlamento Europeo, que deseaba precisar en ese considerando que **la comunicación al público en el sentido de dicha Directiva no engloba «la representación o ejecución directa», concepto que remite al de «representación y ejecución pública» del artículo 11, párrafo primero, del Convenio de Berna, que comprende la interpretación de las obras ante el público que se encuentra en contacto físico y directo con el intérprete o ejecutante de dichas obras** (véase la sentencia Football Association Premier League y otros, antes citada, apartado 201).

36. Así, con el fin de excluir tal representación y ejecución pública directa del ámbito de aplicación del concepto de «comunicación al público» en el marco de la Directiva 2001/29, el citado considerando puntualizó que **la comunicación al público incluye todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación** (véase la sentencia Football Association Premier League y otros, antes citada, apartado 202). (...)

⁶ Véase GARROTE (2003, pp. 231 y ss.)

39. De ello se deduce que la armonización que se propone la Directiva 2001/29, a la que se refiere la primera frase del vigésimo tercer considerando, **no pretende extenderse a las formas «convencionales» de comunicación al público, como la representación o ejecución directa de una obra**” (énfasis añadido).

No obstante, y si bien numerosos actos *tradicionales* de comunicación pública fueron excluidos de la regulación de la Directiva 2001/29, no lo fueron aquéllos que, justamente por su potencialidad de afectar la explotación de obras y prestaciones en distintos Estados Miembros, constituían precisamente el objetivo principal que motivó la promulgación del texto comunitario: las comunicaciones al público realizadas en el entorno *online* y todas aquellas que, en palabras del TJUE, permitían una comunicación al público “no presente en el lugar en el que se origina la comunicación”.

En su informe, la ECS asegura con rotundidad, como hemos visto, que los enlaces no implican una transmisión de la obra, siendo dicha transmisión el único acto que tiene cabida en el derecho de comunicación al público contemplado en el artículo 3 de la Directiva 2001/29. Al hacerlo, a mi juicio, la ECS obvia y contradice dos elementos que deben tenerse en cuenta en cualquier interpretación normativa: en primer lugar, la interpretación teleológica y literal de la norma; en segundo lugar, la interpretación que de la misma han venido dando los tribunales competentes a tal efecto, es decir y aplicándolo a lo que nos ocupa, la construcción que del derecho de comunicación al público ha venido realizando en diversos pronunciamientos el TJUE y que trataremos en el apartado siguiente.

Así, en primer lugar y como decíamos, aquello que originó la aprobación de la Directiva 2001/29 por parte de la Unión Europea fue, justamente, la necesidad de regular los actos de explotación de obras y prestaciones que pudieran tener implicaciones en más de un Estado Miembro y, por ende, en el consabido principio de libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio comunitario. Ese fue el motivo de que no se incluyeran en la regulación de la Directiva 2001/29 actos de representación o ejecución escénicas realizados en directo, esto es, llevados a cabo ante el mismo público presente en el origen de la comunicación. Ahora bien, la ECS se vale de esa exclusión lógica y limitada del artículo 3 de la Directiva 2001/29 para excluir, también y esta vez sin justificación, el establecimiento de enlaces, cuando éstos sí que tienen repercusión en la explotación de obras y prestaciones a escala comunitaria y, por tanto, si atendemos a los objetivos del texto comunitario y si llegáramos a considerar que constituyen un supuesto de comunicación pública, deberían estar cubiertos por la regulación de la propia Directiva 2001/29. Así, el establecimiento de enlaces sí que implica, al menos potencialmente, a un público distinto al presente en la comunicación originaria, por lo que dicha actividad entra de lleno en la esfera de actos que el legislador comunitario se propuso armonizar.

Aquello que a mi juicio carece de sentido es valerse de un argumento meramente terminológico –que no literal, como ahora veremos– para excluir del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/29 el establecimiento de enlaces, cuando éstos se insertan plenamente dentro de su ámbito de aplicación, el de explotación de obras y prestaciones protegidas en Internet, que justamente fue el que el legislador comunitario pretendió regular en aquella Directiva.

A estos efectos, y por lo demás, la interpretación restrictiva que la ECS propone en su informe casa poco y mal con el concepto amplio que, sin dudas posibles, se deriva del tenor literal de la Directiva 2001/29, de sus textos preparatorios y de la interpretación que de aquél ha dado en numerosas ocasiones el TJUE. Así, la interpretación que propone la ECS en su informe es doblemente restrictiva: no sólo se centra en la necesidad de que, a efectos de la Directiva 2001/29, cualquier acto de comunicación al público, para ser tal, tenga que conllevar una transmisión o retransmisión de la obra, sino que además parece centrarse en una definición también sumamente limitativa de los propios conceptos de *transmisión* y *comunicación*.

De este modo, debe tenerse en cuenta que, ahora sí desde el punto de vista literal, los conceptos de *comunicación* y *transmisión* permiten sin problema alguno la subsunción en ellos de la actividad propia que realizan los enlaces. En este sentido, nótese que comunicar puede abarcar una multiplicidad muy diferente de actos, que van desde hacer a otro partícipe de lo que uno tiene⁷ a establecer medios de acceso entre lugares⁸, pasando por compartir⁹ o conectar¹⁰ ideas, pensamientos o contenidos, actos todos ellos protagonizados por los enlaces. Lo mismo cabe decir respecto al significado del verbo *transmitir*, concepto éste tan cerrado a ojos de la ECS: *transmitir* es trasladar, transferir¹¹ o, incluso, más concretamente y de forma plenamente aplicable a la función de los enlaces, pasar o permitir el traslado de un sitio o persona a otro¹².

Por todo ello, y aunque se aceptara el argumento de la ECS relativo a que los actos de comunicación al público de la Directiva 2001/29 deben conllevar necesariamente una transmisión –lo cual, como hemos visto, sería contrario a la vocación expansiva de tal derecho que se deriva de la propia Directiva, al propósito que persiguió su aprobación y, como veremos a continuación, al concepto que del mismo ha dado el TJUE–, resultaría perfectamente posible incardinar el establecimiento de enlaces dentro del verbo *transmitir*, interpretado éste con la amplitud que requiere y pregona la propia Directiva 2001/29 y, en particular, su considerando 23.

Asimismo, a modo de cierre de este apartado y a los efectos anteriores, resulta necesario volver a traer a colación la cita de la [STJUE 7.3.2013](#), en la que, insistimos una

⁷ DRAE: Comunicar, 1ª acepción.

⁸ DRAE: Comunicar, 5ª acepción.

⁹ Diccionario Collins: *communicate*, 2ª acepción.

¹⁰ Diccionario Collins: *communicate*, 4ª acepción.

¹¹ DRAE: transmitir, 1ª acepción.

¹² Diccionario Collins: *transmit*, 1ª acepción.

vez más, el propio TJUE ha asegurado que la Directiva 2001/29 no contiene una definición limitativa y cerrada del derecho de comunicación al público, al contrario de lo que parece pretender la ECS:

“21 En primer lugar, es preciso determinar el contenido del concepto de «comunicación» y responder a la cuestión de si la actividad discutida en el asunto principal está comprendida en el ámbito de aplicación de dicho concepto.

22 A este respecto se ha de recordar que **la Directiva 2001/29 no define de forma exhaustiva el concepto de comunicación**. Así pues, hay que precisar el sentido y el alcance de ese concepto en relación con el contexto en el que se integra y a la luz del objetivo señalado en el apartado 20 de la presente sentencia” (énfasis añadido).

3.3. El concepto de derecho de comunicación al público en la jurisprudencia del TJUE

En segundo lugar, la ECS cita, aunque sin detenerse en exceso¹³, el concepto de *comunicación al público* que se deriva de la jurisprudencia del TJUE y, en particular, la definición que este último ha dado de aquél: en síntesis, y como pasamos a analizar, de la jurisprudencia del alto Tribunal comunitario se extrae con claridad que el derecho de comunicación al público contenido en la Directiva 2001/29 cubre cualquier intervención que permite el acceso a una obra o prestación por parte del público sin la existencia de un soporte tangible que contenga la misma¹⁴. La equiparación del derecho de comunicación al público como *intervención para permitir el acceso* fue acuñada por primera vez en la célebre y antes ya citada [STJUE 7.12.2006](#):

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

El anterior no fue un pronunciamiento aislado del TJUE: detrás de él han venido otros muchos, que han vinculado en todo caso el derecho de comunicación al público del artículo 3 de la Directiva 2001/29 a la intervención del usuario que permite el acceso del público a la obra protegida. Son de ver, así, las siguientes SSTJUE:

- a) [STJUE 4.10.2011](#): “195. En el asunto C-403/08, **el propietario** de un establecimiento de restauración **permite deliberadamente a los clientes presentes en dicho establecimiento**

¹³ Informe de la ECS, pp. 5 y 6.

¹⁴ En contra de considerar el derecho de comunicación al público de la Directiva 2001/29 como un derecho de acceso (*access right*) a la obra, véase, por todos, WESTKAMP (2004, pp. 1074 y ss.).

acceder a una emisión difundida, que contiene obras protegidas, mediante una pantalla de televisión y altavoces, teniendo en cuenta que, sin la intervención de dicho propietario, estos clientes no podrían disfrutar de las obras difundidas, aun cuando se encontrasen en el interior de la zona de cobertura de dicha emisión” (énfasis añadido).

- b) [STJUE 15.3.2012](#): “31. Entre estos criterios, el Tribunal de Justicia ha hecho hincapié, en primer lugar, en el papel ineludible del usuario, señalando que éste lleva a cabo un acto de comunicación **cuando interviene con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus clientes acceso** a una emisión radiodifundida que contiene una obra protegida, pues si no tuviera lugar esta intervención, los clientes, aun cuando se encontraran dentro de la zona de cobertura de dicha emisión, no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida (véase la sentencia SCF, antes citada, apartado 82). (...)
67. En efecto, en la medida en que **el establecimiento hotelero** que instala en las habitaciones tal equipo y tales fonogramas **proporciona, de esta forma, a los clientes los dos elementos necesarios que les permiten disfrutar de las obras de que se trata, resulta que, sin su intervención, los clientes no tendrían acceso a ellas**. Por consiguiente, **su papel es ineludible**” (énfasis añadido).
- c) [STJUE 15.3.2012](#): “82. En primer lugar, el Tribunal de Justicia ya ha hecho hincapié en el papel ineludible del usuario. Así, en el caso del gestor de un establecimiento hotelero y de un café restaurante, ha declarado que éste realiza un acto de comunicación en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 cuando interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, **para dar a sus clientes acceso** a una emisión radiodifundida que contiene una obra protegida. En efecto, si no tuviera lugar esta intervención, los clientes, aun cuando se encontraran dentro de la zona de cobertura de dicha emisión, no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida (en este sentido, véanse las sentencias SGAE, antes citada, apartado 42, y de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros, C-403/08 y C-429/08, Rec. p. I-0000, apartado 195)” (énfasis añadido).

De lo anterior se extrae una premisa evidente y que encaja con la definición que hemos dado antes: el derecho de comunicación al público ha sido formulado por el TJUE como toda intervención de un sujeto para dar acceso al público a la obra o prestación protegida. Así, sólo —y nada menos— si el establecimiento de enlaces puede considerarse una intervención de tal calibre que permite el acceso a la obra por parte del público, los enlaces podrán incluirse, sin dificultad interpretativa de ningún tipo de acuerdo con el TJUE, dentro de la concepción comunitaria del derecho de comunicación al público recogida en el artículo 3 de la Directiva 2001/29.

Para dar respuesta a esta cuestión, conviene traer a colación aquí y ahora una reflexión que la propia ECS hace al inicio de su trabajo:

“Although hyperlinking takes many forms and has multiple functions, there can be no doubt that it is the single most important feature that differentiates the Internet from other forms of cultural production and dissemination. Hyperlinking is intimately bound to the conception of the Internet as a network, and hyperlinks constitute paths leading users from one location to another”¹⁵ (énfasis añadido).

¹⁵ Informe de la ECS, p.1.

El autor de este trabajo no puede estar más de acuerdo con las anteriores manifestaciones, aunque no con las conclusiones que de ellas infiere la ECS. En efecto, los enlaces desempeñan en la red un papel nuclear, hasta el punto de que nuestra concepción y uso de Internet no sería el que es sin la existencia de los enlaces. Éstos permiten a los usuarios *acceder* —y sólo eso, pues no tienen otra función— de un lugar a otro del inacabable e inmenso mundo *online*. Pero, al menos a mi juicio, ese protagonismo indiscutible de los enlaces en Internet, la importancia capital de la función de aquéllos en el desarrollo y funcionamiento de ésta, no puede sólo ensalzarse para inmediatamente a continuación obviar sus implicaciones desde la perspectiva de la regulación comunitaria en materia de derechos de autor. Dicho de otro modo: resulta a mi entender una incoherencia destacar el papel comunicativo autónomo y principal de los enlaces, hasta el punto de vincularlo, como hace la ECS, a las libertades de información y expresión, para luego negar cualquier implicación de los mismos en la normativa comunitaria de la propiedad intelectual.

En relación con lo anterior y como decíamos, la finalidad de los enlaces en la realidad *online* es, principalmente, una y muy concreta: permitir a los usuarios el *acceso* a lugares determinados de la *World Wide Web* —o, en su caso, de servidores o equipos de terceros—. Y si bien es cierto que, desde un punto de vista netamente teórico, dichos usuarios podrían acceder a esos lugares aun sin contar con el link correspondiente, es indiscutible que el enlace les facilita un acceso que les resultaría prácticamente imposible sin contar con el mismo.

A estos efectos, veamos un ejemplo práctico y sencillo que sirva para reflejar fielmente la importancia comunicativa independiente y autónoma de los enlaces en el ámbito *online*. Como han podido comprobar, al comienzo de estas líneas el autor de este trabajo ha asociado un enlace al texto del informe de la ECS, justamente para *facilitar el acceso* al mismo por parte de los lectores. Pues bien: ¿qué hubiera ocurrido si el establecimiento de ese enlace no se hubiera producido? Contestarán algunos, y lo harán bien, que aun sin mi intervención hubieran podido acceder al texto del informe, que se encuentra actualmente puesto a disposición del público en Internet, introduciendo las palabras adecuadas en cualquier buscador y accediendo al resultado correcto que éste les proporcionara. Ahora bien, de nuevo habrían accedido así a la obra, al informe de la ECS, mediante un enlace, en este último caso el que les proporciona un prestador de servicios de búsqueda en Internet.

¿Qué hubieran hecho, entonces, sin un enlace mío o de ese motor de búsqueda para acceder al texto de la ECS? Hasta donde alcanzo, la ECS no dispone de sitio web propio y, por tanto, la búsqueda del informe en la inmensidad de la *World Wide Web* hubiera sido una tarea ardua y, en algunos casos, inabordable. El enlace le ha comunicado la obra, le ha permitido el acceso inmediato a la misma sin requerir después ningún acto ulterior suyo, más allá de la sencilla y automática activación del mismo. Piensen, por favor, cómo tuvieron noticia del informe, cómo accedieron a él por primera vez, y cómo

el enlace, sea cual fuera éste, resultó imprescindible en esa tarea. Piensen si *realmente* hubieran *podido acceder* a la obra sin valerse para ello de un hipervínculo.

Internet es un contenedor inmenso de contenidos e información y, por su propia naturaleza, un contenedor desordenado. Aunque un determinado contenido ya esté puesto a disposición del público en la red, sin la existencia de los enlaces sería enormemente difícil acceder de forma efectiva al mismo. Los enlaces dan un acceso a la obra que de otra forma sería imposible –o muy dificultoso– para los internautas que se produjera. Los enlaces tienen, en resumen, un papel comunicativo independiente en el entorno *online*.

Por lo demás, la función desempeñada por los enlaces no puede llevarse al absurdo y compararse, como hace la ECS y como han hecho otros tantas veces, a la realizada, por ejemplo, por las referencias bibliográficas en una nota al pie de un trabajo o a los índices de los catálogos de las bibliotecas, en los que se dan detalles de la ubicación exacta de una obra literaria determinada. Y la comparación no es posible justamente por la función propia de los enlaces en el entorno *online* y por lo automático de su funcionamiento, pues los mismos permiten al usuario el acceso instantáneo, inmediato, sin requerir ningún acto ulterior, al contenido enlazado.

La diferencia es evidente por intuitiva: por mucho que alguien proporcione una referencia bibliográfica, el sujeto deseoso de acceder al contenido referenciado deberá realizar una concatenación de actos (a saber, y en nuestro ejemplo, localizar una biblioteca cercana, desplazarse hasta ella, buscar allí entre sus estanterías la obra en cuestión, etc.) que demuestran que la referencia bibliográfica no *da acceso* a la obra. Los enlaces sí lo hacen, porque al contrario de lo sostenido en tantas ocasiones, no sólo constituyen una indicación de la ubicación de una determina obra o prestación en Internet, sino que remiten al usuario a la misma realizando un simple clic con el ratón, *dando acceso* a aquél a la propia obra y eliminando así la necesidad de realizar cualesquiera actos ulteriores.

4. El segundo argumento de la ECS: los enlaces no comunican la obra

Para sostener el segundo argumento que la ECS plantea en su informe –a saber, que un enlace no comunica *la obra*–, sus autores exponen un conjunto de justificaciones que, también en relación exclusivamente con los enlaces y a mi juicio de forma sorprendente, ya han sido expuestas con anterioridad en muchas ocasiones:

“Indeed, as was noted in the German Paperboy case, it is clear that the creation of a hyperlink does not communicate the work because, in many circumstances, works can be removed from the Internet while the hyperlinks remain intact”¹⁶.

¹⁶ Informe de la ECS, p. 11.

El argumento anterior resulta sorprendente porque es contrario a fundamentos propios y básicos de la regulación nacional y comunitaria de los derechos de autor y que, en otros ámbitos distintos al propio del establecimiento de enlaces, son asumidos pacíficamente de forma unánime e indiscutida. Así, para que se produzca un acto de explotación de derechos de propiedad intelectual –y, señaladamente para lo que aquí interesa, un acto de comunicación al público– no es requisito necesario que el sujeto tenga facultad de control alguna sobre la obra. La facultad de control sobre la obra o prestación no constituye, como norma general y a estos efectos, un requisito para que tenga lugar un acto de explotación de derechos de propiedad intelectual de conformidad con la normativa comunitaria.

En este sentido, y utilizando otro ejemplo ilustrativo, imaginemos el caso del huésped de un hotel que, después de un largo día de trabajo, decide relajarse viendo en la televisión de su habitación la ópera que en ese momento está emitiendo una determinada entidad de radiodifusión. A efectos del artículo 3 de la Directiva 2001/29, dos serían los actos de comunicación al público presentes en tal conducta: primero, la emisión de la ópera realizada por la propia entidad de radiodifusión; segundo, la concreta comunicación al público realizada por el hotel, que interviene para que sus huéspedes puedan tener acceso a dicha emisión desde los aparatos de televisión ubicados en sus habitaciones^{17/18}. Pues bien, en lo relativo a este segundo acto de comunicación pública, el hotel no tiene ningún tipo de poder de control sobre la obra: en ningún caso el establecimiento hotelero podrá impedir que la soprano protagonista de la ópera que está viendo nuestro huésped padezca una repentina afonía y se suspenda la función –y, con ella, su acto de comunicación al público–, ni tampoco que se produzca un error en la señal de emisión de la entidad de radiodifusión correspondiente, que impida que la señal llegue al aparato televisivo de la habitación de nuestro huésped y, con ello, impidiendo también la comunicación pública que realiza el hotel. De esta forma, el establecimiento hotelero no tiene capacidad de control sobre ninguno de los dos actos de explotación en los que trae causa su propio acto de comunicación al público, sin que ello determine, ni mucho menos, la inexistencia de este último.

Por tanto, a esos efectos y situándonos de nuevo en el análisis de los enlaces, resulta irrelevante si quien establece el enlace tiene o no facultad de control sobre la obra o la prestación a la cual aquél se remite: mientras la obra o prestación siga a disposición del público en Internet –o, en su caso, en los equipos o servidores de terceros– el enlace estará realizando un acto de comunicación al público, en tanto que permitirá el acceso del público a la misma. Como ocurría anteriormente en nuestro ejemplo, cuando el contenido al que se remite el enlace desaparezca –esto es, cuando la soprano se quede

¹⁷ En este sentido, véase la STJUE 7.12.2006 antes citada.

¹⁸ Conforme a Derecho nacional español (artículo 20 del [Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual](#)), existiría un tercer –y previo a los dos anteriores– acto de comunicación pública: el que se realiza *in situ* en el teatro en el que se interpreta la ópera en cuestión. Sin embargo, dado que dicho acto queda fuera, como hemos visto, del artículo 3 de la Directiva 2001/29, obviamos aquí hacer mención al mismo en el cuerpo principal del texto.

sin voz o la televisión interrumpa la emisión—, sólo entonces el enlace —el hotel— dejará de realizar un acto de comunicación al público de conformidad con la Directiva 2001/29.

La ausencia de facultad de control sobre la obra no determina, así, la existencia o inexistencia de un acto de comunicación al público, sino sólo y exclusivamente la duración del mismo: el enlace sólo realizará tal acto de explotación mientras la obra siga a disposición del público *online*, y ello sin perjuicio alguno de que, una vez dicha obra ya no esté disponible, el enlace ya nada comunique ni ningún acto de explotación de derechos de propiedad intelectual tenga lugar a través de él.

5. *El tercer argumento de la ECS: los enlaces no comunican a un público nuevo*

Como tercer y último argumento principal para negar a los enlaces la naturaleza de acto de comunicación al público, la ECS asegura que los hipervínculos no comunican a un público nuevo, y ello con base en dos argumentos que transcribimos a continuación:

“(a) It is well-known that material placed on the Internet without e.g. firewalls can be accessed from anywhere, and can be located using a range of search tools. Consequently, the copyright holder who authorises or permits such making available, must be assumed to contemplate the Access to the work from anywhere. The creation of a hyperlink will thus not normally add to the public, as the targeted public is universal.

(b) Equally, adding a hyperlink will not normally provide the possibility of Access to users that they would not have in the absence of the hyperlink. The CJEU requires the intervention to be a sine qua non for that public to get Access to the work, which is not the case with hyperlinks. The hyperlink will merely draw the potential user’s attention to the existence of the material and provide an easy-to-use tool for requesting the material to be sent” (énfasis añadido).

Como ya hemos visto en anteriores apartados de este trabajo, la afirmación que pregona que sin un enlace es igualmente posible el acceso a los contenidos que se hallan puestos a disposición del público en Internet es sólo correcta desde el plano teórico y, por ello, es una verdad a medias: según se defiende en este artículo, y como resulta evidente para todo usuario de la *World Wide Web*, el acceso efectivo a lugares de la red se produce, las más de las veces, mediante la activación de enlaces, sin los cuales en la práctica el acceso a dichos contenidos se antojaría casi imposible.

Además, y como ocurría con el requisito de la facultad de control, que los usuarios puedan acceder de otras formas a obras protegidas y no sólo a través del enlace correspondiente no es óbice, de nuevo en la lógica comunitaria y nacional de la

regulación de los derechos de autor, para considerar que el establecimiento de enlaces es un acto de explotación y, más concretamente, un acto de comunicación al público. De otra manera: no es cierto, como es obvio y a renglón seguido veremos en otro ejemplo sencillo, que para que concurra un acto de comunicación al público éste deba ser el único modo de acceder a una obra o prestación protegida.

Imagínense, en este sentido, que el huésped que hemos dejado en el ejemplo anterior, cansado de estar encerrado en su minúscula habitación de hotel, opta por esparcirse y salir en búsqueda de algún bar cercano donde cenar. E imagínense a nuestro huésped, ya cenando en el bar, sin otra cosa que hacer que contemplar distraído la película que, en ese momento, está emitiendo el canal televisivo que está sintonizado en el aparato televisor que preside el bar donde cena. Como ya le ocurría en el hotel, el huésped es fiel testigo de dos actos de comunicación al público: el que realiza la cadena televisiva emitiendo la película y el que realiza el titular del bar donde cena ubicando una televisión para el mayor disfrute de sus clientes durante las consumiciones que éstos realizan en su establecimiento. Sin embargo, como decíamos, y por ello el ejemplo, el indiscutible acto de comunicación al público que realiza el titular del establecimiento no constituye el único modo potencial de sus clientes para acceder a la obra —nuestro huésped podría haberse quedado en el hotel o en su casa mirando la película—, y ni siquiera y tampoco el único que tienen sus clientes para acceder en ese momento, en ese bar, a la obra: es probable, en los tiempos que corren, que alguno de los clientes del establecimiento, tapada su línea de visión al televisor o víctima de severa miopía, colocara encima de su mesa una tableta y procediera a acceder a la emisión televisiva y con ello a la película a través Internet.

Así las cosas, para que concurra un acto de comunicación al público, éste no tiene que ser el único modo de que el público acceda a la obra y, por ello mismo, el tercer argumento de la ECS tampoco se corresponde con la naturaleza ni con el funcionamiento del derecho de comunicación al público en sede comunitaria.

Por lo demás, los enlaces sí comunican a un público distinto. De hecho, ello es justamente lo que demuestra su extendida utilización y proliferación en la red: el público que no accede directamente a la fuente en la que se halla el contenido protegido utiliza el enlace para acceder a la misma, con lo cual se generan dos públicos distintos, el que accede directamente al lugar *online* en el que se encuentra la obra y el que accede a éste mediante el enlace correspondiente. Y, a estos efectos y como se demuestra en los ejemplos anteriores, resulta irrelevante que el acto de comunicación al público que realiza el enlace desemboque o se inserte en otro acto de comunicación pública del que aquél trae causa y sin el cual el primero no existiría.

Por último, y acaso como mero apunte sin importancia, conviene destacar la siguiente afirmación que aparece en el informe de la ECS (p. 12):

“(a) It is well-known that material placed on the Internet without e.g. firewalls can be accessed from anywhere, and can be located using a range of search tools” (énfasis añadido).

De este modo, asegura la ECS para reforzar su último argumento y rechazar la consideración del enlace como acto de comunicación al público conforme a la Directiva 2001/29 que los contenidos en Internet pueden ser localizados usando diferentes herramientas de búsqueda, esto es, buscadores de Internet. Y así, parece olvidar la ECS que justamente lo que proporcionan tales motores de búsqueda, en efecto nucleares para el acceso al contenido disperso de la red, son, nada menos, que enlaces¹⁹.

6. El argumento de lege ferenda de la ECS: el establecimiento de enlaces no debe ser considerado un acto de comunicación pública. La solución de la licencia implícita

Hemos empezado este trabajo destacando el argumento por el que empieza su Informe la ECS y que, por orden metodológico, hemos dejado para el final: en síntesis, que dar carta de acto de explotación de derechos de propiedad intelectual en el ámbito comunitario al establecimiento de enlaces supondría prácticamente acabar con el funcionamiento de Internet como lo conocemos y, por derivación, con la Sociedad de la Información.

Bajo ese temor hay, a juicio de quien escribe, un sustrato más profundo y más concreto, que muy probablemente ha determinado la opinión de la ECS como ha marcado igualmente la opinión que en parecido sentido han dado muchos órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros y, señaladamente, los españoles. Dicho rápido y mal, en el sustrato de estas opiniones hay el que podríamos denominar el temor Google, que puede resumirse como sigue: si consideramos que un enlace es un acto de comunicación al público, ¿podrían subsistir los motores de búsqueda? ¿Tendremos entonces que enfrentarnos solos, desamparados y sin sherpas a la inmensidad de la red?

Aun defendiéndose, como se defiende en este trabajo, que el establecimiento de enlaces es un acto de comunicación al público de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 2001/29, el ordenamiento comunitario y, especialmente los ordenamientos nacionales de los Estados Miembros, disponen de herramientas suficientes para dar a las anteriores preguntas una respuesta menos fatalista de lo que pudiera parecer. En

¹⁹ Cabría apuntar otro argumento adicional a los utilizados en este trabajo, y que ha sido elaborado recientemente en la doctrina española por SÁNCHEZ ARISTI (2012, p. 132). A estos efectos, el citado autor asegura que la inexistencia de agotamiento de derechos en el ámbito del derecho de comunicación al público de la Directiva 2001/29 “está principal si no exclusivamente concebido para abarcar la conducta de los prestadores de enlaces; porque no se ve mediante qué otro procedimiento podrían encadenarse dos actos de puesta a disposición del público sin solución de continuidad, es decir, sin mediar entre ellos un acto de reproducción que los interrumpa”. Se muestra contrario a esta interpretación PEGUERA POCH (2013, pp. 38 y ss).

particular, nos centraremos en lo que sigue y brevemente en una de esas soluciones: la de la licencia implícita (*implied license*)²⁰.

En este sentido, como es sabido, existen en la actualidad diversas herramientas tecnológicas a disposición de titulares de sitios web y de sus *webmasters*, convertidas ya en estándares en la industria y de uso generalizado en el sector, que permiten a aquéllos evitar que los contenidos de sus sitios web sean indexados por los robots de los motores de búsqueda y luego enlazados por éstos. En particular, nos referimos al llamado estándar de exclusión de robots y a la metaetiqueta *robots.txt*, cuya inclusión en el código fuente de un determinado sitio web en principio permite a su titular impedir que un buscador indexe dicha página en sus resultados de búsqueda y establezca enlaces que remitan a los usuarios a sus contenidos. Así, conviene tener presente que los robots de los distintos buscadores de Internet simplemente exploran, como lo hace cualquier usuario, la globalidad de sitios web existentes en la red, solicitando información a los equipos correspondientes. Si estos últimos, mediante la mencionada metaetiqueta *robots.txt*, le deniegan esa información, el buscador no debe indexar ese sitio web ni sus contenidos ni, por tanto, establecer enlaces a los mismos.

Por otro lado, y al margen del supuesto concreto de los motores de búsqueda, los titulares de sitios web pueden optar por incluir dentro de los términos y condiciones generales de navegación dirigidos a los usuarios la prohibición de que éstos establezcan enlaces a sus contenidos e, incluso, graduar tal prohibición según el tipo de enlace que los usuarios se propongan utilizar: el titular de un sitio web puede optar, así, por prohibir el establecimiento de enlaces profundos (*deep links*) que remitan a cualesquiera páginas de su sitio web y permitir los enlaces de superficie (*surface links*) a la página inicial del mismo o, por el contrario, decidirse por prohibir unos y otros. De esta forma, mediante una inclusión muy sencilla en el clausulado de los términos y condiciones generales de navegación, el titular de un sitio web puede oponerse expresamente a que los usuarios enlacen sus contenidos.

La existencia de este tipo de herramientas, tecnológicas y jurídicas, permitiría aplicar, en el caso del establecimiento de enlaces que remiten a sitios web, la denominada doctrina de la licencia implícita. Así, y sin ánimo de ser exhaustivo, podría defenderse que si un titular de un sitio web no hace uso de los mecanismos tecnológicos disponibles para evitar que terceros establezcan enlaces al mismo, o no prohíbe tales conductas en el articulado de sus condiciones generales —esto es, no emplea sistemas de *opt-out* que tiene al alcance—, en realidad está otorgando una licencia implícita a favor de terceros para que éstos establezcan enlaces a su sitio web²¹. Dicho de otro

²⁰ Para ver un buen resumen sobre los orígenes de la aplicación de la doctrina de la licencia implícita en este ámbito, véase GARROTE (2003, pp. 360 y ss.). Asimismo, y como referencias más recientes con tratamientos enfocados también en el entorno *online*, pueden consultarse FISCHMAN (2008) y JASIEWICZ (2012). En Derecho español y también en relación con el establecimiento de enlaces, véanse CASAS VALLÉS/XALABARDER (2010, p. 488) y SÁNCHEZ ARISTI (2012, p. 132).

²¹ En mi opinión, y dado que los dos mecanismos de autotutela descritos —el tecnológico y el legal— operan en dos tipos distintos de establecimiento de enlaces —respectivamente, en el de los motores de búsqueda y en el de establecimiento de enlaces individuales—, si el titular desea prohibir unos y

modo: el titular de un sitio web habrá realizado –por omisión– actos concluyentes de suficiente calado para considerar que ha prestado su consentimiento para ser enlazado²².

Por lo demás, el anterior argumento y la solución de la licencia implícita se refuerzan si atendemos al propósito que persigue cualquier titular de un sitio web cuando *lanza* éste al ciberespacio: por definición, quien crea y pone a disposición del público un sitio web de contenido abierto, esto es, no sometido a registro o acceso condicionado de ningún tipo, lo hace para que el mismo tenga la máxima difusión posible, difusión que se multiplica exponencialmente con el establecimiento de enlaces realizado por terceros. Por ello, sólo si el titular de un sitio web realiza actos concluyentes para eliminar esa presunción volitiva de difusión –ya sea mediante la utilización de las herramientas tecnológicas referidas y/o a través de la inclusión de una prohibición expresa en las condiciones generales de navegación de la web–, la cobertura que asiste a los usuarios derivada de la licencia implícita decaería y, por tanto, aquéllos deberían solicitar autorización expresa al titular del sitio web para establecer enlaces a éste.

Contra el uso de las condiciones generales de sitios web como mecanismo de *opt-out* para excluir la operatividad de la doctrina de la licencia implícita alguien podría considerar aplicable las recientes consideraciones en materia de *screen scraping* contenidas en la STS, 1ª, 9.10.2012 (RJ 2012\11059), en la que nuestro Alto Tribunal ha negado en un supuesto particular que las condiciones generales de un sitio web hagan nacer una relación contractual entre el titular del mismo y el usuario de la página que no sólo no ha aceptado aquéllas, sino que *navega* por la página precisamente para realizar una conducta expresamente prohibida por tales condiciones. No obstante, entiende el autor de este trabajo que el contenido del pronunciamiento anterior se aparta de lo defendido en este trabajo y del supuesto de hecho del que el mismo trae causa: el uso de la doctrina de la licencia implícita en el marco del establecimiento de enlaces no se encamina a defender la existencia de una relación contractual entre el titular del sitio web y su usuario en virtud de las condiciones generales de la página correspondiente, sino que utiliza el contenido de tales condiciones como una declaración unilateral de voluntad del titular del sitio web que rompe y evita la presunción de consentimiento que configura la licencia implícita. En otras palabras: las condiciones de navegación de un sitio web no se emplean aquí como vínculo

otros deberá utilizar los dos mecanismos de forma cumulativa. En este sentido, parecería desproporcionado –además de tecnológicamente inviable en el primer caso– exigir a los motores de búsqueda que comprobaran si en las condiciones de navegación de los sitios web se prohíbe el establecimiento de enlaces, así como requerir al resto de usuarios que fiscalizaran el código fuente de los sitios web en búsqueda de la etiqueta *robots.txt*.

²² A juicio de quien escribe, en caso de silencio del titular del sitio web en sus condiciones generales en este punto, la licencia implícita ampararía a los usuarios a establecer tanto enlaces de superficies como enlaces profundos. El argumento para llegar a esta conclusión es el mismo que el defendido para sostener la tesis general: si pudiendo hacerlo, el titular de un sitio web no prohíbe el establecimiento de enlaces en su clausulado de condiciones generales, estará permitiendo tal conducta tanto en lo relativo a los enlaces de profundidad como a los enlaces de superficie. En contra de esta postura, y ya en los inicios de la construcción de la doctrina de la licencia implícita en sede de establecimiento de enlaces, KO (1998, p. 387) y GARROTE (1999, p. 85). A favor, véase O'ROURKE (1998, p. 660).

contractual entre el titular del sitio web y el usuario, sino como declaración de voluntad que expresa el primero de forma unilateral –para que el usuario la reciba pero no necesariamente para que la acepte– y que se contrapone a una presunción volitiva en sentido contrario, razón por la cual se superpone a ésta y la elimina.

Por otro lado, existen otras instituciones y principios en los distintos sistemas jurídico-privados de los Estados Miembros que permitirían sostener la licitud del establecimiento de enlaces en este tipo de casos. Nos referimos, en particular, a la doctrina de los actos propios: de nuevo y en parecidos términos, el titular de un sitio web que no ha evitado ni prohibido, pudiendo hacerlo, que terceros indexen sus contenidos, no puede contradecir, tarde y mal, las legítimas expectativas creadas con su conducta, pues ello iría en contra de sus propios actos. Ello conecta con la institución del abuso de derecho, arraigada igualmente en los ordenamientos de los Estados Miembros y que ha sido reconocida por el propio TJUE en otros ámbitos del Derecho comunitario^{23/24}.

Lo anterior, por tanto, no sólo permitiría encontrar un justo equilibrio entre el correcto funcionamiento de la Sociedad de la Información y la debida protección de los derechos de autor en relación con la actividad de los motores de búsqueda, sino que podría ser aplicable al establecimiento de cualquier enlace por cualquier tercero que remita a un determinado sitio web. Pero, a la vez y demostrando su relevancia práctica para el caso que nos ocupa, la aplicación de la doctrina de la licencia implícita no ampararía al establecimiento de aquellos enlaces que remiten a los usuarios que lo activan a contenidos que han sido puestos a disposición del público de forma ilícita por terceros, que siguiendo lo defendido en este trabajo constituiría un acto de comunicación al

²³ Véase, entre otras, la STJUE 14.12.2000.

²⁴ Sería adecuado, además, explorar la posibilidad de aplicar otras dos instituciones alternativas a las enumeradas para paliar los efectos negativos que pudieran derivarse de la consideración del establecimiento de enlaces como acto de comunicación al público.

Por un lado, a escala comunitaria, podría valorarse la posible subsunción del establecimiento de enlaces en alguna de las categorías de actividades de intermediación cuya realización, en determinadas condiciones, permite a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información gozar de exclusiones de responsabilidad, en los términos recogidos en la [Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior](#). En este sentido, nótese que algunas de las leyes de los Estados Miembros que han transpuesto dicha Directiva han incluido como actividad de intermediación, además de las expresamente previstas en el texto comunitario, el establecimiento de enlaces, aunque ésta no esté contemplada específicamente en la regulación comunitaria (como es sabido, éste es el caso de la [Ley española 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico](#), y de su artículo 17).

Por otro lado, y en estrecha relación con la propia figura de la licencia implícita y de la doctrina de los actos propios, cabría también la posibilidad de valorar la importación de la institución del *fair use* a determinados tipos de establecimiento de enlaces. En este sentido, si bien tradicionalmente la regulación continental del derecho de autor se ha mostrado alérgica a la aplicación de dicha institución, lo cierto es que cada vez más voces abogan, siquiera todavía de forma incipiente, por su adopción y aplicación también en nuestro sistema, señaladamente mediante una reinterpretación o reconfiguración de la llamada regla de los tres pasos (*three steps test*) propia, ésta sí, de la regulación continental. Buen ejemplo de ello a nivel español lo constituye la STS, 1ª, 3.4.2012 (RJ 2012\5272). A nivel doctrinal, véase HUGENHOLTZ/SENFLEBEN (2011).

público no consentido –ni expresa ni implícitamente– por el titular de derechos de propiedad intelectual correspondiente²⁵.

7. Conclusiones

En las páginas anteriores hemos intentado dar respuesta a los tres argumentos jurídicos que la ECS utiliza en su informe para negar que la actividad consistente en establecer enlaces a obras protegidas en Internet pueda considerarse un acto de comunicación al público incardinable en el artículo 3 de la Directiva 2001/29. Asimismo, y una vez categorizada tal subsunción como posible, acabamos de ver que las consecuencias que podría tener un fallo del TJUE en el asunto *Svensson* en ese sentido no serían, aplicando principios e instituciones propias de derecho comunitario y de los sistemas jurídico-privados de los Estados Miembros, tan catastróficas como en un principio podría parecer.

No conviene menospreciar el valor y el papel protagonista de los enlaces en el funcionamiento de Internet ni en el desarrollo de la Sociedad de la Información, ni tal desprecio era el propósito ni lo que ha inspirado este trabajo, sino todo lo contrario: lo que se ha pretendido destacar en las líneas anteriores es que es justamente esa preponderancia de los enlaces en el entorno *online*, la función comunicativa independiente y propia que aquéllos desarrollan en éste, lo que hace necesario su regulación por la normativa comunitaria en materia de derechos de autor.

Cualquier habitante del entorno *online* sabe y es perfecto conocedor de que el acceso a contenidos protegidos, hayan sido éstos puestos a disposición del público con consentimiento de los titulares o no, sería impensable o muy costoso sin la existencia un enlace que les remitiera a los mismos. Y es justamente esa posibilidad de acceso, esa intervención teóricamente prescindible pero en la práctica necesaria y capital, la que aplicando la propia jurisprudencia del TJUE determina el encuadre del establecimiento de enlaces en el artículo 3 de la Directiva 29/2001. Así, hemos visto, además, muchos ejemplos, bien conocidos e interiorizados por todo aquél que esté familiarizado con la lógica y las instituciones del derecho de autor a nivel nacional y comunitario, en los que los argumentos de la ECS se ven claramente negados.

Conviene, como reflexión de cierre, hacer un apunte final, sin duda necesario: aquellos, pocos, que abogamos por la calificación del establecimiento de enlaces como un acto de comunicación al público no lo hacemos con el propósito de contradecir el funcionamiento de Internet tal y como lo conocemos, sino con el objetivo de buscar un equilibrio, que consideramos perdido, entre las herramientas propias de la Sociedad de la Información y la protección necesaria de los derechos de autor en el entorno *online*, pues sólo así podrán generarse los incentivos necesarios y el contexto adecuado para que pueda tener lugar la creación artística libre y de calidad en Europa.

²⁵ En este sentido, SÁNCHEZ ARISTI (2012, p. 133).

8. *Tabla de jurisprudencia citada*

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Sala y fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
14.12.2000	C-110/99	L. Seven	<i>Emsland Stärke y otros</i>
3ª, 7.12.2006	C-306/05	J. Malenovský	<i>SGAE c. Rafael Hoteles</i>
Gran Sala, 4.10.2011	C-403/08	J. Malenovský	<i>Football Association Premier League Ltd y otros c. QC Leisure y otros</i>
3ª, 24.11.2011	C-283/10	J. Malenovský	<i>Circul Globus București c. Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România y otros</i>
3ª, 15.3.2012	C-162/10	J. Malenovský	<i>Phonographic Performance (Ireland) Limited c. Irlanda</i>
3ª, 15.3.2012	C-135/10	J. Malenovský	<i>Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco Del Corso</i>
4ª, 7.3.2013	C-607/11	J. Malenovský	<i>ITV Broadcasting Ltd y otros c. TVCatchup Ltd</i>

Tribunal Supremo

<i>Sala, sección y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Civil, Secc. 1ª, 3.4.2012	RJ 2012\5272	<i>Francisco Marín Castán</i>
Civil, Secc. 1ª, 9.10.2012	RJ 2012\11059	<i>Rafael Gimeno-Bayón Cobos</i>

9. *Bibliografía*

Ramón CASAS VALLÉS/Raquel XALABARDER PLANTADA (2010), “Propiedad intelectual”, en Miquel PEGUERA POCH (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Cap. 8, 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.

Orit FISCHMAN AFORI (2008), “Implied License - An emerging new standard in copyright law”, *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, vol. 25, pp. 275 y ss.

Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (1999), “Propiedad Intelectual en Internet: el derecho a establecer enlaces en la W.W.W.”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, núm. 1, pp. 67-94.

---(2003), *El derecho de autor en internet. Los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, 2ª ed., Comares, Granada.

P. Bernt HUGENHOLTZ/Martin SENFTLEBEN (2011), “Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities” (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1959554>).

Monika Isia JASIEWICZ (2012), "Copyright Protection in an opt-out World: implied license doctrine and news aggregators", *Yale Law Journal*, vol. 122, pp. 837 y ss.

Jonathan B. KO (1998), "Para-Sites: The Case for Hyperlinking as Copyright Infringement", *Loy. L.A. Ent. L. Rev.* 361, núm. 18, pp. 361 y ss.

Maureen A. O'ROURKE (1998), "Fencing cyberspace: drawing borders in a virtual World", *Minnesota Law Review*, núm. 82, pp. 610 y ss.

Miquel PEGUERA POCH (2013), "Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas", *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 42, pp. 31-84.

Rafael SÁNCHEZ ARISTI (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*, vol. 2, núm. 5, pp. 91-135.

Guido WESTKAMP (2004), "Transient copying and public communications: the creeping evolution of use and access rights in European Copyright Law", *George Washington International Law Review*, vol. 36, núm. 5, pp. 1057 y ss.