



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 25 de abril de 2018¹

Asunto C-161/17

**Land Nordrhein-Westfalen
contra
Dirk Renckhoff**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo civil y penal, Alemania)]

«Cuestión prejudicial — Derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información — Concepto de comunicación al público — Puesta a disposición en un portal de internet de una obra protegida accesible a todos los internautas en otro portal de internet — Situación en la que la obra se ha copiado en un servidor sin el consentimiento del titular del derecho de autor»

1. En tiempos no muy remotos, los trabajos temáticos realizados en la escuela sobre cartulinas se solían ilustrar con fotografías, grabados y dibujos publicados en libros y revistas. Una vez terminados, se exponían en los centros docentes (para deleite de los progenitores), sin que los autores de aquellas imágenes acostumbraran a reclamar indemnizaciones por su utilización.
2. Adaptados a la tecnología actual, los alumnos de hoy también insertan fotografías o dibujos en sus trabajos, con la diferencia de que tanto estos como las imágenes que para su elaboración emplean son digitales. En internet hay millones de posibilidades gráficas con las que completar un trabajo escolar y es relativamente fácil *subir* ese trabajo, ya acabado, a una página web accesible a cualquier internauta.
3. Así sucedió en este asunto. Una alumna de la Gesamtschule de Waltrop (escuela integrada de Waltrop), en el Land Nordrhein-Westfalen (Estado Federado de Renania del Norte-Westfalia)² de la República Federal de Alemania, encontró en internet una fotografía de la ciudad española de Córdoba, que insertó en un trabajo para la asignatura de español. Finalizada su tarea, la *colgó* en la página web del centro escolar y el fotógrafo profesional que hizo la toma, al entender que la imagen se había usado sin su consentimiento, considera vulnerado su derecho de autor (pidiendo el cese de la conducta y una indemnización por daños y perjuicios).

¹ Lengua original: español.

² En lo sucesivo lo denominaré, indistintamente, el «Land» o el «Estado de Renania del Norte-Westfalia».

4. En ese contexto, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo civil y penal, Alemania) requiere al Tribunal de Justicia que precise los contornos de la «puesta a disposición del público» (en la red), presupuesto de la violación aludida. Como la *puesta a disposición* constituye en el mundo digital la expresión homóloga del «acto de comunicación» en el analógico,³ cabe aplicarle *mutatis mutandis* la jurisprudencia desarrollada en relación con el «acto de comunicación»⁴ al que alude el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE.⁵

5. El órgano judicial de reenvío quiere saber si encaja en esa noción la descarga de la fotografía de Córdoba, seguida de su inserción en un trabajo que se incorpora a la página web del centro escolar. Aunque la interpretación de la perífrasis «acto de comunicación al público» ya ha sido objeto de no pocas sentencias del Tribunal de Justicia, dictadas a medida que se le interroga sobre nuevas técnicas y métodos de publicación de obras protegidas, esta remisión demuestra que no se han colmado las necesidades hermenéuticas de los tribunales nacionales.⁶

6. El tribunal *a quo* alberga dudas sobre uno de los criterios desarrollados por el Tribunal de Justicia: pregunta, en concreto, si la fotografía colocada en el trabajo subido al sitio web del centro escolar se ha puesto a disposición de un público «nuevo». Creo, no obstante, que, para la solución del litigio, quizás sea adecuado atender también a otros elementos de la técnica y a las circunstancias en las que se utilizó la obra fotográfica, contrastando unos y otras con el resto de los mencionados criterios jurisprudenciales.

I. Marco jurídico

A. Derecho internacional

1. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor

7. El 20 de diciembre de 1996, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) adoptó en Ginebra el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, que entró en vigor el 6 de marzo de 2002 y fue aprobado en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2000/278/CE del Consejo.⁷

8. Su artículo 1, apartado 4, obliga a las Partes contratantes a dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna.⁸

3 Sentencia de 11 de septiembre de 2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196), apartado 42. Véanse las explicaciones de cómo surgió la expresión «puesta a disposición» en el derecho internacional de autor, del que pasó a la Directiva 2001/29, en Walter, M.M., «Article 3 — Right of communication to the public», en Walter, M.M./Von Lewinski, S., *European Copyright Law — A Commentary*, Oxford, 2010, p. 978.

4 Quienes han presentado observaciones en este procedimiento prejudicial también lo entienden así, ya que basan sus respectivas alegaciones en la jurisprudencia sobre el acto de comunicación.

5 Directiva 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 (DO 2001, L 167, p. 10).

6 La frase «no hay nada peor que la imagen nítida de un concepto difuso», atribuida al fotógrafo estadounidense Ansel Adams, quizás ayude a comprender esta secuencia de litigios.

7 De 16 de marzo de 2000 (DO 2000, L 89, p. 6).

8 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París de 24 de julio de 1971), en su versión modificada el 28 de septiembre de 1979 (en lo sucesivo, «Convenio de Berna»).

2. Convenio de Berna

9. A tenor del artículo 2, apartado 1, del Convenio de Berna:

«Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como [...] las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; [...]».

10. El artículo 11 *bis*, apartado 1, punto 2, del mismo Convenio señala:

«1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:

[...]

2.º toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen».

B. Derecho de la Unión. Directiva 2001/29

11. La aproximación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en materia de propiedad intelectual se ha llevado a cabo principalmente a través de la Directiva 93/98/CEE,⁹ modificada después y derogada por la Directiva 2006/116/CE,¹⁰ que codifica las versiones precedentes. Una de esas modificaciones tuvo como objetivo regular la protección de los derechos de autor y afines en la llamada sociedad de la información, mediante la Directiva 2001/29.

12. Con arreglo al considerando vigésimo tercero:

«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.»

13. Según el considerando trigésimo primero:

«Debe garantizarse un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos, así como entre las distintas categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas. Las actuales excepciones y limitaciones a los derechos previstas en los Estados miembros deben reevaluarse a la luz de los avances logrados en la electrónica. [...]»

14. El considerando trigésimo cuarto reza así:

«Debe ofrecerse a los Estados miembros la posibilidad de establecer determinadas excepciones o limitaciones en casos tales como aquellos en que se persiga una finalidad educativa o científica, en beneficio de organismos públicos, tales como bibliotecas y archivos, con fines de información periodística, para citas, para uso por personas minusválidas, para usos relacionados con la seguridad pública y para uso en procedimientos administrativos y judiciales.»

⁹ Directiva del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO 1993, L 290, p. 9; en lo sucesivo, «Directiva 93/98»).

¹⁰ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 (DO 2006, L 372, p. 12).

15. El artículo 2 («Derecho de reproducción») prescribe:

«Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

a) los autores, de sus obras;

[...]».

16. El artículo 3 («Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas»), apartado 1, recoge:

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

17. El artículo 5 («Excepciones y limitaciones»), apartados 3 y 5, tiene este tenor:

«3. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos:

a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida;

[...]

5. Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.»

C. Derecho nacional. Urheberrechtsgesetz (Ley de propiedad intelectual)¹¹

18. El artículo 2, relativo al ámbito de aplicación, incluye expresamente tanto las obras fotográficas (Lichtbildwerke), como las creadas de manera similar.

19. En la versión vigente en el momento de los hechos, el artículo 52 preveía:

«La comunicación al público de una obra publicada estará autorizada siempre que el organizador actúe sin ánimo de lucro, el público participe sin cargo y en el caso de una conferencia o de una representación de la obra ninguno de los artistas representantes reciba una remuneración particular. Por la comunicación se abonará una remuneración razonable. La remuneración no será exigible por los eventos en el marco de [...] ni de eventos escolares, en la medida en que por el carácter social o educativo a que se destinan solo sean accesibles para un número restringido y determinado de personas.»

¹¹ Ley de 9 de septiembre de 1965 (BGBl. I p. 1273), modificada por última vez el 1 de septiembre de 2017 (BGBl. I p. 3346). En lo sucesivo, «UrhG».

20. De conformidad con el artículo 64, aplicable a las obras fotográficas, el derecho de autor se extenderá setenta años después de la muerte del autor. En cambio, las «demás» fotografías, aunque gozan *mutatis mutandis* de la protección otorgada a las obras fotográficas en virtud del artículo 72, apartados 1 y 2, tienen una duración reducida a cincuenta años desde su publicación o, si fuese anterior, su primera comunicación (apartado 3 del mismo artículo).

II. Hechos que originaron el litigio y cuestión prejudicial

A. Hechos

21. El Sr. Renckhoff, fotógrafo de profesión, demandó a la ciudad de Waltrop y al Land¹² por la publicación en la página web de la Gesamtschule Waltrop, desde el 25 de marzo de 2009, de una ponencia elaborada por una alumna de la clase de español, en la que, según el auto de revivio, estaba la fotografía de Córdoba que en él se reproduce:



22. Al pie de la imagen, obtenida del portal «www.schwarztaufweiss.de» (que corresponde a una revista digital de viajes del mismo nombre), la alumna incluyó la referencia a ese sitio internet, en el que no figuraba ninguna indicación sobre el autor de la fotografía.¹³

23. El Sr. Renckhoff alega que había concedido un derecho simple de uso de la fotografía solo a los operadores del portal *online* de la revista. Entiende, pues, que la aparición de la imagen en la página web de la escuela viola sus derechos (de autor) a autorizar la reproducción y la comunicación pública de la mencionada fotografía.

B. Procedimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales

24. La demanda del Sr. Renckhoff ante el tribunal de primera instancia fue acogida parcialmente, condenándose al Land a retirar la fotografía, así como al pago de 300 euros, más intereses.

25. Recurrida la sentencia de instancia por ambas partes, el tribunal de apelación la reformó únicamente en el sentido de prohibir la reproducción de la fotografía para su inserción en internet. Según aquel tribunal, al demandante le asistía una acción de cesación frente al Land, con arreglo al artículo 97, apartado 1, de la UrhG y en virtud de la responsabilidad indirecta (Störerhaftung).

26. Contra la sentencia de apelación interpusieron recurso ante el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo civil y penal) tanto el Land (que insiste en la desestimación total de la demanda) como el Sr. Renckhoff (que pide el acogimiento íntegro de sus pretensiones).

¹² El Estado de Renania del Norte Westfalia ejerce la inspección escolar sobre la corporación municipal de la que depende la escuela, de cuyo personal docente es empleador.

¹³ En la vista, el representante del Sr. Renckhoff señaló que en el «impressum» de la revista de viajes en línea se encontraba una advertencia sobre la protección del copyright de sus contenidos. Sin embargo, en los hechos del auto de remisión no se lee nada al respecto. Corresponderá al tribunal *a quo*, en su caso, valorar esos elementos de hecho.

27. El órgano jurisdiccional remitente duda de si copiar la obra protegida en un ordenador y cargarla en la página web de la escuela tiene cabida en el concepto de «comunicación al público», en el sentido dado al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

28. Cree el tribunal *a quo* que se cumplirían buena parte de los requisitos necesarios para calificar el hecho controvertido de «comunicación al público». En particular, sobre la *comunicación*:

- la publicación en la página web no supone un contacto físico y directo entre las personas que ejecutan la obra y el público destinatario;¹⁴
- tampoco se realizó con un medio técnico específico distinto de la primera colocación de la fotografía en la red; y
- al ofrecer a los usuarios de la página web de la escuela un acceso a la ponencia, con la fotografía, que no habrían tenido sin su intervención, la alumna y su profesor actuaron con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento.¹⁵

29. En cuanto al otro elemento, el *público*, el tribunal remitente comienza aceptando que «no está claro si en las actuales circunstancias la fotografía [...] fue comunicada a un público nuevo en la página web de la escuela, es decir, a un público que no fue tomado en consideración por el titular de los derechos de autor cuando autorizó la comunicación inicial de su obra al público».¹⁶

30. Su apreciación final, sin embargo, es que «no se puede considerar que el titular de los derechos de autor que preste su consentimiento para la inserción de su obra en una página web libremente accesible no esté pensando únicamente, como público, en los internautas que visiten dicha página web directamente o por medio de un enlace colocado en otra página web, sino también en los internautas que visiten otras páginas web en las cuales ha sido insertada su obra sin su consentimiento. Por lo tanto, a juicio de esta Sala estos últimos internautas son un nuevo público en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia».

31. Estima, asimismo, que la falta de consentimiento del titular del derecho de autor sobre la copia de la fotografía en el servidor de la escuela y su posterior publicación en internet diferencia este asunto de aquellos en los que se usaron hipervínculos o el «framing».¹⁷ Por eso, el derecho de autor del artículo 17 apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión («Carta») prevalecería sobre el derecho de los usuarios a la libertad de expresión y de información de su artículo 11.

32. Incide asimismo en el papel ineludible del usuario en la comunicación, al incorporar y mantener la obra en su propia página web, ya que decide sobre la puesta a disposición del público de la obra y durante cuánto tiempo, en contra del derecho de reproducción del autor. En cambio, en el caso de un hipervínculo que remite a un sitio internet, el enlace quedaría sin objeto a causa de la retirada de la obra del sitio originario.

14 Por referencia a la sentencia de 24 de noviembre de 2011, *Circul Globus București*, (C-283/10, EU:C:2011:772), apartados 35 y 36 y la jurisprudencia citada.

15 Alude, entre otras, a la sentencia de 13 de febrero de 2014, *Svensson y otros* (C-466/12, EU:C:2014:76), apartado 19 y jurisprudencia citada.

16 Se remite, entre otras, a la sentencia de 8 de septiembre de 2016, *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644; en lo sucesivo, indistintamente, «sentencia GS Media» o «asunto GS Media»), apartado 37 y jurisprudencia citada. Interpreta el órgano jurisdiccional que, en todo caso, la comunicación se hizo mediante una técnica idéntica, por lo que debe indagarse si la comunicación se efectuó o no a ese público nuevo, ya que este aspecto es subsidiario del primero.

17 Señala la sentencia *GS Media*, apartados 31 y 45.

33. Por último, entiende que el uso de la fotografía mediante su colocación en la página web de la escuela sin fines lucrativos no resulta concluyente.¹⁸

34. En esa tesitura, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo civil y penal) resolvió elevar al Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, la siguiente cuestión:

«¿Constituye una puesta a disposición del público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 la inserción en un sitio internet propio de libre acceso de una obra que ya podía ser consultada libremente por todos los internautas y con la autorización del titular de los derechos de autor en un sitio web ajeno, cuando dicha obra haya sido copiada primero en un servidor y desde ahí haya sido cargada en la página web propia?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y alegaciones de las partes

A. Procedimiento

35. El auto de remisión tuvo entrada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 31 de marzo de 2017.

36. Han depositado observaciones escritas el Estado de Renania del Norte-Westfalia, el Gobierno italiano y la Comisión.

37. Se celebró una vista el 7 de febrero de 2018, a la que asistieron los representantes del Land, del Sr. Renckhoff, del Gobierno italiano, del Gobierno francés y de la Comisión.

38. El Tribunal de Justicia invitó a las partes a que, en el acto de la vista, se pronunciaran sobre la incidencia de la sentencia GS Media, así como sobre la interpretación del artículo 5, apartado 3, letra a), de la Directiva 2001/29.

B. Síntesis de las alegaciones de las partes

39. Para el Estado de Renania del Norte-Westfalia y para el Gobierno italiano, en este asunto no se produce ninguna comunicación al público, pues faltan los elementos que demanda la jurisprudencia. En particular, la alumna y su profesor no actuaron de manera deliberada y con pleno conocimiento de las repercusiones de su comportamiento.¹⁹ Además, dado que la fotografía ya estaba al alcance de los internautas en el portal de la revista de viajes, su colocación en la página web de la escuela no ofrecía ninguna posibilidad de acceso (a la foto) de la que no disfrutaran ya. Por eso, tampoco habría tenido lugar una comunicación a un público *nuevo*, según la jurisprudencia.²⁰

18 En su opinión, «si bien el carácter lucrativo de la difusión de una obra protegida no es irrelevante para que dicha difusión se califique o no como “comunicación al público”, en particular, a la hora de determinar la cuantía de la posible compensación por dicha difusión (véase la sentencia de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros, C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631, apartados 204 a 206), sin duda tampoco es esencial a este respecto (véase la sentencia [...] de 31 de mayo de 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, apartado 49, pero también la [sentencia GS Media], apartado 55)».

19 En contra de lo exigido en la sentencia GS Media, apartado 35 y jurisprudencia allí citada.

20 A diferencia del tribunal remitente, el Land encuentra aplicable al caso de autos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los hipervínculos y el «framing», citando las sentencias GS Media, apartado 52; y de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartado 18; así como el auto de 21 de octubre de 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), apartado 15.

40. El Land aduce que, junto a los artículos 17, apartado 2, sobre la defensa de la propiedad intelectual, y 11, relativo a la libertad de expresión y de información, ambos de la Carta, la evaluación de los intereses en conflicto ha de sopesar el derecho a la educación, consagrado en su artículo 14, a cuyo amparo la alumna incluyó la foto como ilustración de su trabajo. A su juicio, el derecho a crear portales también contribuye, al igual que los vínculos, al buen funcionamiento de internet, por lo menos cuando las obras se encuentran ya en libre disposición en la red.

41. Por último, el Land discrepa del tribunal remitente respecto del papel que atribuye al usuario. En este caso, la obra se ha desacoplado de su autor, quien permitió su publicación, accesible a todo internauta, en un portal de internet gestionado por un tercero. Al proceder así, se habría desprendido voluntariamente de su poder de decisión sobre la utilización de la fotografía. Además, la renuncia del dueño de la obra a publicar una referencia a su derecho de autor implicaría su consentimiento para que el usuario comprendiera que la obra no estaba protegida por ningún derecho especial. Señala, finalmente, que la alumna indicó en su trabajo la fuente de la fotografía y subraya la falta de ánimo de lucro.

42. El Gobierno italiano mantiene que la obra no estaba protegida por ningún tipo de acceso restringido en internet, por lo que era ilimitadamente accesible. No se podía pedir a la alumna y a su profesor la plena consciencia de la ilicitud de sus actos, ya que estos no eran ilegales.

43. Para el Gobierno italiano, falta, pues, la comunicación a un público «nuevo» en el sentido de la jurisprudencia²¹ y la técnica de la que se valió la estudiante no difería de la que originariamente se empleó. Por último, afirma que la autorización inicial incluía el acceso a la fotografía en la revista de viajes en línea, sin limitarlo a ciertas categorías de internautas.

44. La Comisión, en cambio, estima que la publicación de la fotografía en el portal de internet de la escuela es una comunicación al público, pues reúne los requisitos exigidos por la jurisprudencia: a) se transmitió una obra protegida;²² b) la noción de comunicación ha de interpretarse de manera amplia, comprendiendo toda transmisión con independencia del medio o del proceso técnico;²³ c) el medio técnico puede ser diferente²⁴ o idéntico;²⁵ d) no es preciso que el público a cuya disposición quede la obra acceda realmente a ella;²⁶ y e) el público está compuesto por un número indeterminado pero considerable de destinatarios potenciales y no por un grupo reducido de personas interesadas.²⁷

45. La Comisión, que en sus observaciones escritas negaba la aplicación a este asunto de la jurisprudencia sobre los hipervínculos,²⁸ presentó en la vista oral una postura mucho más matizada. No insistió en su afirmación de que, en los supuestos de redirección mediante hipervínculos, el titular del derecho de autor conserva su poder de disposición, como diferencia relevante con este caso. En cambio, propugnó la necesidad de proceder, al igual que en la sentencia GS Media, a una apreciación individualizada del acto de comunicación, que tenga en cuenta aspectos relativos a la plena consciencia del comportamiento de la alumna, en particular, al hecho de que podía presumir que la fotografía estaba a la libre disposición del público.

21 Cita, en particular, las sentencias de 26 de abril de 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300), apartado 31 y la jurisprudencia allí mencionada; y de 14 de junio de 2017, Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:456; en adelante, «sentencia Stichting Brein II»), apartados 31 y 44.

22 Por referencia a la sentencia de 31 de mayo de 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379), apartado 38.

23 Invoca la sentencia de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros (C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631), apartado 193.

24 Sentencia de 7 de marzo de 2013, ITV Broadcasting y otros (C-607/11, EU:C:2013:147), apartado 26.

25 Auto de 21 de octubre de 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), apartado 15.

26 Sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartado 19.

27 Sentencia de 31 de mayo de 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379), apartados 41 a 44.

28 En especial, las sentencias de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartado 26; y GS Media, apartados 41 y 47 a 51.

46. Como el Gobierno italiano, la Comisión llama la atención sobre la eventual aplicación al asunto de autos de la excepción del artículo 5, apartado 3, letra a), de la Directiva 2001/29, que la República Federal de Alemania habría introducido en el artículo 52 de la UrhG.²⁹

47. En la vista, el Sr. Renckhoff defendió la inaplicabilidad a este asunto de los criterios de la sentencia GS Media. La inserción de la fotografía en el sitio internet de la escuela carecía del consentimiento del autor, a quien se habría privado de su derecho a controlar el uso de su obra. Además, el público internauta visitante de aquel sitio sería distinto del de la revista de viajes en línea.

48. El Sr. Renckhoff rechaza, al igual que el Gobierno francés, la aplicación del artículo 5, apartado 3, letra a), de la Directiva 2001/29, pues el empleo de la fotografía no era obligado ni imprescindible y su inclusión en la página web del centro docente desbordaría el marco estrictamente escolar. El Gobierno francés añade que la conducta sería contraria al apartado 5 del mismo artículo, en virtud de su carácter de explotación desproporcionada de la obra.

49. Además, para el Gobierno francés, este asunto trata, ante todo, del derecho de reproducción, por la copia de la imagen en el servidor de la escuela (artículo 2 de la Directiva 2001/29), y solo en un segundo momento de la comunicación al público. La aplicación de los postulados de la sentencia GS Media chocaría con el propósito de asegurar un alto grado de protección a los derechos de autor.

IV. Análisis de la cuestión prejudicial

A. Observaciones preliminares y planteamiento

50. En los términos en los que está formulada, la pregunta del tribunal de reenvío se circunscribe al examen de los elementos constitutivos de la *comunicación al público*, tal como se han definido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.³⁰ Es más, de las consideraciones hechas por aquel órgano jurisdiccional podría deducirse que, en realidad, solo duda de si la fotografía se puso a disposición de un público *nuevo*, en el sentido de la mencionada jurisprudencia.³¹

51. En concreto, la pregunta al Tribunal de Justicia no versa sobre la acción de copiar la fotografía en el ordenador, o en el servidor, de la escuela y su eventual encaje en el artículo 2 de la Directiva 2001/29. Limitando así su interrogante, opino que el órgano judicial asume, de manera correcta, una visión unitaria de la conducta enjuiciada, antes que descomponerla en dos nociones (la reproducción y la comunicación al público) yuxtapuestas.

52. No obstante, dada la relevancia del caso para la vida cotidiana de millones de escolares en Europa, creo conveniente analizar otros factores útiles para enmarcar la respuesta prejudicial. Me propongo, pues, atenerme a este esquema: a) en primer lugar, examinaré la alusión de la Comisión sobre la calificación de la fotografía de Córdoba como *obra protegida*;³² b) en segundo lugar, pasaré revista a los rasgos de la «comunicación al público», conforme los ha fijado el Tribunal de Justicia, para dilucidar su eventual aplicación a este litigio; y c) estudiaré, por último, la excepción que admite el artículo 5, apartado 3, letra a), de la Directiva 2001/29, para cuando se use una obra protegida con fines meramente educativos.

29 Alude a la sentencia de 11 de septiembre de 2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196), apartado 55.

30 Los principales hitos de esa jurisprudencia se encuentran en la sentencia Stichting Brein II, apartados 19 a 34.

31 *Ibidem*, apartado 28. El tribunal remitente da por sentado, en el punto 38 del auto de reenvío, que la fotografía colgada en internet en el marco del trabajo de la alumna se ofrece a un público nuevo.

32 Punto 4 de su escrito de observaciones.

B. Sobre la protección de las «meras fotografías»

53. Según la Comisión, es pacífico entre las partes del litigio nacional que la fotografía en liza reúne los requisitos de la jurisprudencia Painer.³³ En virtud de esta sentencia, un retrato fotográfico puede protegerse por el derecho de autor, «siempre que sea una creación intelectual del autor que refleje su personalidad y que se manifieste por las decisiones libres y creativas del mismo al realizarlo».³⁴

54. Me parece dudoso, sin embargo, que una simple toma de la ciudad de Córdoba, con el puente romano en primer plano, se atenga a los aludidos requisitos de la sentencia Painer (dicho sea sin ánimo de desmerecer sus cualidades). En aquel caso se dilucidaba si, para publicar un retrato-robot elaborado a partir de la fotografía de una persona, realizada por la Sra. Painer, las editoras de prensa demandadas precisaban de la autorización de la autora, «por ser reducida o incluso nula la protección que se concede a tal fotografía, debido a las escasas posibilidades de creación que permitía».³⁵

55. Del artículo 6 de la Directiva 93/98,³⁶ el Tribunal de Justicia extrajo los criterios necesarios para que la fotografía del asunto Painer gozara de la protección más prolongada (setenta años *post mortem auctoris*) de tal Directiva.

56. Pero que las «meras fotografías» no reúnan las exigencias de creatividad inferidas de la Directiva 93/98 no significa que estén desprovistas del amparo inherente a los derechos de autor. Así es porque el mencionado artículo 6 admite la protección, a cargo de la legislación nacional, de las «demás fotografías».

57. Pues bien, según el auto de remisión, el artículo 72, apartados 1 y 2, de la UrhG protege las fotografías (Lichtbilder) aplicándoles las disposiciones que tutelan las «obras fotográficas» (Lichtbildwerke). Por consiguiente, es irrelevante que la imagen de Córdoba plasmada por el Sr. Renckhoff tuviera o no los atributos pedidos a las obras fotográficas en el sentido del Convenio de Berna y de la Directiva 93/98, ya que, según el derecho alemán, todas las fotografías gozan de la tutela de la UrhG.³⁷

58. Aunque este factor hubiera podido tener importancia para el desenlace del litigio, si se ventilara ante los tribunales de un Estado miembro que no amparase las meras fotografías, en Alemania disfrutaran de esa protección. Por lo tanto, no cabe desviar la atención hacia la calidad artística y creativa de la foto del Sr. Renckhoff. Así se entiende mejor el silencio del tribunal remitente a este respecto.

C. Sobre el concepto de «comunicación al público»

59. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha desarrollado una serie de criterios interpretativos³⁸ sobre los dos componentes de este concepto («acto de comunicación» y «público» destinatario). Los analizaré a continuación, deteniéndome en los que puedan resultar más polémicos en relación con los hechos del litigio principal.

³³ Sentencia de 1 de diciembre de 2011 (C-145/10, EU:C:2011:798).

³⁴ *Ibidem*, apartado 99.

³⁵ *Ibidem*, apartado 85.

³⁶ A tenor de dicho artículo, «las fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor serán protegidas con arreglo al artículo 1. No se aplicará ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección. Los Estados miembros podrán establecer la protección de las demás fotografías».

³⁷ La diferencia, a efectos prácticos, radica, según se aclaró en la vista, en el período de protección: para las obras fotográficas rigen los setenta años *post mortem auctoris* (artículo 64 de la UrhG), mientras que para las meras fotografías el plazo se reduce a cincuenta años desde su primera publicación (artículo 72, apartado 3, de la UrhG).

³⁸ Véase su exposición en la sentencia Stichting Brein II, apartados 19 a 29.

1. Acto de comunicación

60. Ninguna de las partes discute realmente (ni en el litigio ante los tribunales nacionales ni en este incidente prejudicial) que, con la colocación en el portal de la Gesamtschule Waltrop del trabajo escolar, que incluye la foto de Córdoba, se ha llevado a cabo la transmisión de una obra protegida, independientemente de la técnica empleada,³⁹ a un público que no estaba presente en el lugar de origen de la comunicación.

61. Tal como afirma el tribunal de reenvío, cuya opinión comparto en este punto, «la comunicación de la fotografía en la página web de la escuela no supone un contacto físico directo entre las personas que interpretan o ejecutan la obra y el público destinatario de dicha comunicación. Por lo tanto [...] tal comunicación está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29». Las personas que integran ese público tenían, pues, acceso a la obra, siendo indiferente que utilizaran tal posibilidad.⁴⁰

a) Papel del usuario y elementos subjetivos

62. El primer criterio jurisprudencial para determinar la existencia de un acto de comunicación atañe al «papel ineludible del usuario y al carácter deliberado de su intervención».⁴¹ Este criterio⁴² aúna tanto *factores subjetivos* del comportamiento de la persona que realiza una transmisión (de quien se exige que intervenga con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos), como *circunstancias objetivas*, ya que la acción ha de dar acceso a una obra protegida (de forma que, a falta de tal intervención, los «clientes» no podrían disfrutar de la obra difundida o solo lo harían con dificultad).⁴³

63. El Tribunal de Justicia ha examinado, en algunas ocasiones, el «papel del usuario» desde un punto de vista meramente objetivo, esto es, cerciorándose solo de que, a falta de la intervención de dicho usuario, el público nuevo no habría tenido acceso al disfrute de la obra difundida.⁴⁴

64. La sentencia GS Media, sin embargo, aludió a ciertos elementos subjetivos que reputó adecuados para dilucidar si, en la apreciación individualizada del acto de comunicación, se cumplía el requisito del «papel ineludible del usuario y [d]el carácter deliberado de su intervención». De ahí que se puedan traer a colación en esta etapa del análisis.

65. El tribunal *a quo* afirma, desde esta perspectiva, que la alumna y el profesor actuaron con pleno conocimiento de las consecuencias que se derivarían de su comportamiento, pues querían dar acceso a la ponencia, incluida la fotografía, a los usuarios de la página web de la escuela, que sin su intervención no habrían tenido.⁴⁵

39 Sentencia de 29 de noviembre de 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913), apartado 42 y jurisprudencia citada.

40 Condiciones de aplicación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, según la sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300), apartados 35 y 36.

41 Sentencia GS Media, apartado 35.

42 Su origen puede rastrearse en la Guía sobre el Convenio de Berna para establecer en qué tesitura era relevante la intervención del transmisor de una obra a un público con el que el autor no había contado inicialmente.

43 Sentencia Stichting Brein II, apartado 26.

44 Sentencia de 31 de mayo de 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379), apartados 45 y 46, en la que no se acometió el análisis separado de los elementos subjetivos, que parecen asociarse de modo indisoluble a los objetivos.

45 Véase el punto 24 del auto de remisión.

66. Sin embargo, ese enfoque no ahonda de modo suficiente en el estudio de la conducta supuestamente vulneradora del derecho de autor. En especial, no valora debidamente: a) el carácter accesorio de la fotografía, como integrante de un trabajo escolar; b) la facilidad de acceso «universal» a aquella imagen, que había sido *subida* a la red con el consentimiento de su autor, de manera que cualquier internauta podía contemplarla; y c) el contexto escolar en el que se producía la transmisión, sin «clientes» ni ánimo de lucro. Conviene indagar sobre cada uno de estos tres factores.

1) *Carácter accesorio de la obra respecto del trabajo de la alumna*

67. Aunque pueda resultar obvio, cuando la alumna y su profesor incorporan a la página web de la escuela alemana un trabajo para la asignatura de lengua española, su intención no se dirige de manera directa a publicitar la fotografía en cuanto tal, sino la ponencia en su conjunto, de la que forma parte la imagen controvertida de Córdoba.

68. Con ese empeño, pues, aspiran a mostrar su trabajo al público interesado por la enseñanza del español en el ámbito (forzosamente reducido) de su escuela o de las familias, los compañeros y los amigos en su entorno. No percibo, pues, ningún propósito de expandir la visión de la fotografía de Córdoba mucho más allá de lo que llevaba consigo su inserción en el portal de la revista de viajes (cuyos destinatarios potenciales exceden, probablemente, de los visitantes de una modesta página escolar).

2) *Aquiescencia del titular de la obra*

69. La colocación de la fotografía en la página web de la escuela implica, ciertamente, una publicación *sin* el consentimiento de su titular. De no examinar los elementos complementarios de esta conducta, se podría deducir que concurre el primer requisito para apreciar una violación del derecho de autor.⁴⁶

70. A diferencia de lo sucedido en el asunto GS Media, aquí no es relevante si los autores de la conducta reprochada (la alumna y su profesor) conocían la ilicitud de la publicación de la obra en internet por un tercero. No es relevante, digo, porque la fotografía tomada por el Sr. Renckhoff aparecía en la red lícitamente, es decir, *con* su aquiescencia. La pregunta adecuada es, ahora, si cabía exigirles la consciencia de que, para reproducir la imagen en su página escolar, necesitaban inexorablemente el consentimiento del fotógrafo. De ser así, podría presuponerse que comprendían las consecuencias de su comportamiento.

71. El Tribunal de Justicia ha declarado que, «especialmente para particulares», puede resultar difícil comprobar si los titulares de los derechos sobre las obras que se hallan en la red han consentido su publicación en los respectivos sitios.⁴⁷

72. Aunque las circunstancias de este litigio, como he expuesto, difieren de las del asunto GS Media (en el que se trataba de hipervínculos que remitían a obras protegidas, disponibles libremente en otro sitio internet sin la autorización del titular de los derechos de autor), creo que los razonamientos de esa sentencia sobre el componente subjetivo de la conducta de personas sin ánimo de lucro⁴⁸ son extrapolables, *mutatis mutandis*, a este reenvío prejudicial.⁴⁹

⁴⁶ Sentencia de 16 de noviembre de 2016, Soulier y Doke (C-301/15, EU:C:2016:878), apartado 34.

⁴⁷ Sentencia GS Media, apartado 46.

⁴⁸ Aunque de la incidencia del ánimo de lucro me ocuparé ulteriormente, debe ser subrayada desde ahora.

⁴⁹ La tesis opuesta a la extrapolación insiste en que la jurisprudencia GS Media solo se refiere a los enlaces que redirigen hacia un sitio internet donde ya está la obra, mientras que aquí se carga la imagen en una página propia, haciéndola directamente accesible a terceros. Opino, sin embargo, que esa disparidad no es relevante para apreciar los componentes subjetivos y las demás circunstancias del comportamiento a las que apela la sentencia GS Media. Así lo reconoció la Comisión en el acto de la vista.

73. De esos razonamientos son destacables, en lo que aquí interesa, dos:

- El que remarca que una persona sin ánimo de lucro, aun cuando ponga a disposición del público una obra protegida, brindando a los demás internautas un acceso directo a ella, «no actúa, por lo general, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento para dar a clientes acceso a una obra publicada ilegalmente en internet».
- El que insiste en la importancia de que esa obra estuviera «ya disponible sin ninguna restricción de acceso en el sitio de Internet al que permite acceder el hipervínculo», esto es, en una tesitura en la que «todos los internautas podían, en principio, tener acceso a ella incluso sin esa intervención».⁵⁰

74. Si concurren los factores a los que aluden esos dos razonamientos, se puede inferir, en circunstancias como las de autos, la ausencia de un acto de comunicación al público. Tal efecto no se desplegará, sin embargo: a) cuando los titulares del derecho de autor adviertan de que la obra a la que se da acceso está «publicada ilegalmente en internet»;⁵¹ o b) cuando, al facilitar el acceso a esa obra, se haga de modo que los usuarios del sitio internet en el que se halla puedan «eludir medidas de restricción adoptadas por el sitio donde se encuentra la obra protegida».⁵² Tampoco entrará en juego este efecto cuando el autor haya notificado a quien intenta publicar su fotografía en la red que no lo autoriza.

75. Aplicando estas pautas al asunto de autos, se observa que:

- No había una mención a la autoría de la fotografía en la página específica de la revista de viajes en la que aquella figuraba.⁵³ Podría, pues, legítimamente, pensarse que se trataba de la mera imagen de la ciudad de Córdoba utilizada como reclamo turístico y ayuna de la tutela debida a las obras protegidas.
- La fotografía era fácilmente asequible (pues no iba acompañada de ningún tipo de restricciones o de advertencias)⁵⁴ en dicha página web. Este dato contribuiría, junto con el precedente, a que la alumna y su profesor pudieran presumir, de nuevo legítimamente, sin necesidad de ulteriores pesquisas, que la fotografía estaba a la libre disposición del público.

76. No me parece que este discurso conduzca, como propugna el Land, a la idea de un abandono del derecho por parte de su autor ni a sugerir que la obra se hallaba en el dominio público.

77. ¿Podría pensarse, no obstante, que el autor de la fotografía consentía implícitamente su utilización por terceros?⁵⁵ Tampoco me parece que sea indispensable llegar a este resultado, cuando es posible, a mi juicio, empleando la técnica de las presunciones, anudar otro (similar en su desenlace) a la conducta del fotógrafo que autoriza, en los términos en los que se ha expuesto, la difusión de su obra en internet.

⁵⁰ Sentencia GS Media, apartado 48.

⁵¹ *Ibidem*, apartado 49.

⁵² *Ibidem*, apartado 50.

⁵³ Me remito a la nota 13 de estas conclusiones.

⁵⁴ Su titular podría haber adoptado medidas para impedir la copia de la fotografía, acudiendo a alguno de los métodos técnicos de seguridad existentes.

⁵⁵ La sentencia de 16 de noviembre de 2016, Soulier y Doke (C-301/15; EU:C:2016:878), apartado 35, admite la posibilidad de un consentimiento implícito. Sin embargo, parte de que el usuario que quiere utilizar una obra conoce o puede conocer al autor y, por tanto, prescribe su obligación de informarle de manera efectiva y previa, lo que no ocurre en este caso. Véanse los apartados 38 y 39 de aquella sentencia.

78. El reparto de responsabilidades entre el *normal* usuario de internet, carente de un interés profesional, y el titular del derecho de autor no puede abocar, por sistema y de modo generalizado, a que se demande al primero más diligencia que al segundo,⁵⁶ cuando de tutelar los derechos de autor se trata.⁵⁷ En concreto, no considero lógico que haya de imponerse a un usuario de aquellas características la carga de indagar si las imágenes que, sin restricciones ni advertencias, se hallan en internet están protegidas por un derecho de autor, cuando quiera hacer uso de ellas para propósitos como los relacionados con la enseñanza. En estas circunstancias, aquel usuario puede *presumir* que el autor no pone inconvenientes a la utilización restringida de esas imágenes, para propósitos docentes.

79. De no ser así, se restringiría el uso de la información que la red proporciona en cantidades ingentes. Esta restricción podría conllevar un menoscabo para las libertades de expresión y de información, consagradas en el artículo 11 de la Carta. En el caso de autos, además, afectaría negativamente al derecho a la educación del artículo 14, apartado 1, de la Carta.

3) Falta de ánimo de lucro e inexistencia de «clientes»

80. El tercer factor relativo a la evaluación del comportamiento de la alumna y su profesor es su actuación sin ánimo de lucro.⁵⁸ Aunque el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo civil y penal) le reste valor hermenéutico,⁵⁹ pienso que tiene más relevancia de la que se le otorga.

81. El Tribunal de Justicia ha unido la existencia del ánimo de lucro a la presunción de conducirse con pleno conocimiento del carácter protegido de la obra y la falta de consentimiento para su publicación en internet.⁶⁰ Aunque no lo diga explícitamente, entiende que, en los supuestos de actuación sin ánimo de lucro, habrá de probarse el conocimiento del carácter ilícito de la colocación de la obra en internet, para lo que se deberá atender a todas las circunstancias y los elementos propios de cada caso.

82. En el litigio principal, según acabo de exponer, la ausencia, en la página web de la revista de viajes, de cualquier advertencia o restricción del uso de la fotografía podría hacer creer a la alumna que nada obstaba a su inserción en el sitio internet de la escuela. Tal presunción no sería equiparable con el agotamiento del derecho, prohibido por el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/29, pues cabría rebatirla sin dificultad. Permitiría, además, equilibrar el derecho de autor con el «buen funcionamiento y [e] intercambio de opiniones y de información en esa red».⁶¹

83. La falta de indicaciones no refuerza, antes al contrario, la hipótesis de que alumna y profesor tenían pleno conocimiento de la naturaleza protegida de la obra y de la necesidad de requerir una autorización del titular de los derechos de autor.

56 Se favorecería en exceso una actitud acomodaticia del titular del derecho de autor, quien podría desatenderlo reposando en una protección desproporcionada. Esa actitud contribuiría, además, a un eventual aumento de los conflictos con los usuarios que confían (y quieren creer) en la transparencia y en la libre accesibilidad de la información existente en la red. Al titular del derecho le es exigible, pues, una cierta diligencia en su protección.

57 Véase un vigoroso alegato en favor de este reequilibrio en Elkin-Koren, N., «Copyright in a Digital Ecosystem», Okediji, R.L. (ed.), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, Cambridge University press, Nueva York, 2017, pp. 132 y ss., especialmente, p. 159.

58 En recientes sentencias del Tribunal de Justicia se ha tomado en cuenta este elemento subjetivo; véanse las de 26 de abril de 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300), apartado 49; y Stichting Brein II, apartado 46.

59 Punto 39 del auto de remisión.

60 Sentencia GS Media, apartado 51: «cuando la colocación de hipervínculos se efectúa con ánimo de lucro, cabe esperar del que efectúa la colocación que realice las comprobaciones necesarias para asegurarse de que la obra de que se trate no se publica ilegalmente en el sitio al que lleven dichos hipervínculos, de modo que se ha de presumir que la colocación ha tenido lugar con pleno conocimiento de la naturaleza protegida de dicha obra y de la eventual falta de autorización de publicación en internet por el titular de los derechos de autor».

61 *Ibidem*, apartado 45.

84. Además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre esta materia se ha desarrollado en un ámbito comercial, como prueba la frecuente mención a los «clientes». Se presupone que una determinada empresa (o un profesional) brinda a sus clientes la posibilidad de acceder a ciertos contenidos digitales protegidos, prescindiendo del consentimiento de su titular. En el contexto escolar, por el contrario,⁶² no procede reputar «clientes», en su acepción mercantil, a quienes obtienen acceso a la fotografía gracias al trabajo colocado en la página web del centro docente.

85. En definitiva, la suma de estos tres factores (el carácter accesorio de la imagen en relación con la ponencia escolar; la libre accesibilidad de la fotografía, desprovista de cualquier mención sobre las restricciones de su uso; y la falta de ánimo de lucro en el comportamiento de la alumna y del personal docente) me inducen a pensar que, en este asunto, no se produjo una comunicación al público, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

b) Técnica empleada

86. En el auto de remisión se analiza, acto seguido, si el medio técnico empleado por la alumna y su profesor para subir la fotografía a la página web de la escuela difería del utilizado para reproducir la foto en el portal de la revista de viajes, a la que el autor había otorgado la licencia de uso.

87. Como es sabido, la transmisión de una obra por medios técnicos diferentes de la emisión original da por supuesto su destino a un público *distinto*, mientras que el uso de la misma técnica implica que se debe continuar indagando si, realmente, puede hablarse de un público *nuevo*.⁶³

88. El órgano jurisdiccional remitente, el Land y el Gobierno italiano sostienen que la técnica de la que se valió la alumna era la misma que había empleado la revista de viajes en su página web. La Comisión, que no niega esa identidad, refutaba en sus observaciones escritas la aplicabilidad de la jurisprudencia sobre los hipervínculos al caso de autos, tesis que matizó en la vista.

89. A mi entender, todo apunta a que la reproducción previa de la imagen, por cualquier medio (pudo ser la copia en un lápiz de memoria o en el ordenador), y su posterior descarga en un portal de la red corresponden a la misma técnica adoptada por la revista de viajes para subir dicha fotografía a su página web.

90. Que esa técnica se aplique, en este caso, de un modo dispar al que se utiliza con los hipervínculos (respecto de los que la acción se lleva a cabo solo en la red), no implica alterar los criterios de examen de la condición relativa al «acto de comunicación». Por tanto, habrá que discernir si el público al que se enfoca la obra colocada en la página web de la escuela constituía un público nuevo.⁶⁴

62 La evaluación de este criterio podría resultar distinta si la escuela exigiera el abono de dinero para visitar la página web en la que se da acceso al trabajo que incorpora la fotografía.

63 Sentencia de 29 de noviembre de 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913), apartado 48 y jurisprudencia citada.

64 *Ibidem*, apartado 50, a *contrario sensu*.

2. Público destinatario

a) ¿De minimis?

91. El examen del «público» al que se orienta la comunicación comienza, invariablemente, por el aspecto *cuantitativo*: habrá que precisar, ante todo, si se trata de «un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica, además, un número considerable de personas»; solo en segundo lugar se averigua si es un público «nuevo». ⁶⁵ La lógica de tal jurisprudencia se halla en que no cabe calificar jurídicamente de «público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, a un grupo reducido de personas que recibe la transmisión de una obra.

92. Para establecer si se rebasa el umbral *de minimis* ⁶⁶ ha de atenderse al efecto acumulativo que genera la puesta a disposición de las obras, evaluando cuántas personas tendrán acceso a estas no solo de manera simultánea, sino, también, sucesiva. ⁶⁷

93. El Tribunal de Justicia ha declarado que la comunicación en una página de internet, sin restricciones de acceso, se dirige al conjunto de usuarios potenciales (internautas) de esa página. ⁶⁸ Es clave, pues, el elemento *objetivo*, a saber, el medio de transmisión, más que la voluntad *subjetiva* de quien lo emplea.

94. No consta que la colocación del trabajo de la alumna en la página web del centro educativo se realizase con restricciones de acceso (por ejemplo, limitando este al personal docente, a los padres de los alumnos o a estos últimos). Por consiguiente, si cualquier internauta podía consultar la página y acceder a la obra protegida (la fotografía), la transmisión era apta para llegar a un conjunto de personas *potencialmente* numeroso, esto es, a un «público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

b) Sobre la «novedad» del público

95. Este criterio implica que únicamente ha de reputarse «nuevo» el público hacia el que se proyecta la emisión cuando sea distinto del tenido en cuenta para la transmisión inicial, es decir, cuando se pueda calificar de «más vasto» ⁶⁹ que aquel al que en origen iba destinada.

96. En la medida en que, en este asunto, tanto la publicación de la fotografía por la revista de viajes en línea, como su subida a la página web en el marco del trabajo escolar, se pusieron a disposición de cualquier navegante de internet, sin restricciones, ese público, al que una y otra página web brindaban un potencial acceso, era el mismo en ambos casos (la comunidad de internautas).

97. El tribunal remitente, sin embargo, alberga dudas respecto de esta deducción por entender que: a) cuando el usuario inserta y mantiene la obra en su propia página web, desempeña un papel ineludible en la comunicación; b) el titular de los derechos de autor que presta su consentimiento para que su obra figure en una página web libremente accesible solo piensa en el público que visita dicha página web, directamente o por medio de un enlace; y c) aceptar la hipótesis contraria provocaría el agotamiento del derecho de autor, expresamente prohibido por el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/29.

⁶⁵ Sentencias de 31 de mayo de 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379), apartado 41; de 29 de noviembre de 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913), apartado 45; y Stichting Brein II, apartado 41.

⁶⁶ Así lo califica la sentencia de 15 de marzo de 2012, SCF (C-135/10, EU:C:2012:140), apartado 86.

⁶⁷ *Ibidem*, apartado 87.

⁶⁸ Sentencias de 29 de noviembre de 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913), apartados 46 y 47; y de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartado 22.

⁶⁹ Adjetivo empleado en la Guía sobre el Convenio de Berna,

98. No me parece que esas reservas permitan mantener la calificación de público «nuevo» en este asunto.⁷⁰ El Tribunal de Justicia ha utilizado al respecto unos criterios, que aplica invariablemente, tanto para las transmisiones de obras mediante señales de radio y televisión,⁷¹ como para las transmisiones mediante hipervínculos en la red,⁷² es decir, independientemente del soporte técnico. Tal público existirá cuando, por un lado, sin la intervención del usuario no podría disfrutar de la obra y, por otro lado, no se tuvo en cuenta al concederse la autorización para la puesta a disposición de origen.⁷³

99. Por lo que atañe a la intervención de la alumna y de su profesor, resulta difícil pensar que quienes accedían al portal de internet de la escuela no podían hacerlo del mismo modo (y sin grandes dificultades) dirigiéndose a la página web de la revista de viajes, en la que se publicó originalmente la fotografía de Córdoba. El público internauta general es, pues, el mismo cuando visita la página web de la revista de viajes y cuando se interesa por el portal del centro escolar.

100. Encontrándose la imagen fácil y lícitamente (es decir, con el consentimiento del titular del derecho de autor) al alcance de *todos* los internautas, no se advierte cómo la intervención de la alumna y de su profesor podría ser *decisiva* para facilitar el acceso a un número *mayor* de personas.

101. La lógica de internet es que, cuando el acceso a las imágenes volcadas en la red con el consentimiento de su autor es libre y gratuito, sin indicaciones ni cautelas en sentido contrario, deviene imposible segmentar el número o las categorías de los potenciales visitantes, o prever que solo unos, y no otros, gozarán de su contemplación.

102. Hasta ahora, ciñéndonos al ámbito de internet, que es el pertinente en este asunto, la novedad del público se ha relacionado, más bien, con la circunstancia de que a un determinado conjunto de usuarios se les facilitara el acceso a una obra protegida, permitiéndoles eludir las medidas de restricción adoptadas en la página original. En esa hipótesis, ciertamente se trataría de «un público nuevo que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial».⁷⁴

103. Pues bien, en este asunto, no se quebró ninguna (inexistente) medida de protección ni se dio acceso a una obra que se encontrara en internet sin el permiso del titular. La carencia de esos dos elementos objetivos, unida a la continuidad sustancial en el número de posibles visitantes de las dos páginas web que contenían la imagen fotográfica, posibilitan afirmar que no hubo una comunicación a un público nuevo, en el sentido ya expuesto.

104. Este resultado, como ya he avanzado, no supone incorporar una suerte de *agotamiento* del derecho de autor, en contra del tenor del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/29. Representa, más bien, la consecuencia lógica de la manera en la que el titular del derecho sobre la fotografía cedió su uso, sabiendo o debiendo haber sabido que la falta de toda medida de protección contra la copia de la imagen podía inducir a los navegantes de internet a creer que se hallaba a la libre disposición del público.

105. En este orden de cosas, no creo que fuera excesivo reclamar que un profesional, cuando publique una obra en internet, por sí mismo o por mediación de terceros, tome las medidas adecuadas, también de naturaleza técnica, para, al menos, dejar constancia de su derecho de autor y de la voluntad de controlar la difusión de su obra, evitando la apariencia contraria.

70 Quizás en este contexto sea preferible emplear la noción de «público suplementario».

71 Sentencia de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros (C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631), apartados 197 y 198.

72 Sentencia Stichting Brein II, apartados 44 y 45.

73 Sentencia de 31 de mayo de 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379), apartado 60.

74 Sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartados 31.

106. Estimo, además, que demandar esa diligencia no reduce el alto nivel de protección debida a los titulares de los derechos sobre las imágenes (que quedan incólumes si se añaden las advertencias necesarias) y contribuye a mantener el equilibrio entre aquellos y los legítimos intereses de los usuarios de la red, sin desvirtuar la lógica propia de internet.

107. Por último, el titular del derecho no pierde el control de la copia de la fotografía utilizada en la página web de la escuela, cuya retirada puede instar, si juzga que le causa perjuicio.

108. En suma, por todas estas razones, considero que la contestación a la pregunta del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo civil y penal) debe ser negativa.

D. Sobre la excepción del uso con fines educativos

109. En puridad, la respuesta que sugiero no requiere recurrir a las posibles excepciones a los derechos de autor, recogidas en el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2001/29, ni el órgano jurisdiccional remitente pregunta al respecto.

110. Es posible que el silencio de dicho tribunal se deba a su convicción de que la norma mediante la que el legislador alemán incorporó, en su derecho interno, aquellas excepciones no permite acoger un supuesto como este.⁷⁵

111. Ahora bien, tanto para completar mi exposición como para la hipótesis de que el Tribunal de Justicia no siguiese mi propuesta, es pertinente analizar la aplicación del artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2001/29 a este litigio, ya que, en la sentencia que dicte, puede facilitar al órgano de reenvío precisiones adicionales que le sean útiles, más allá de las estrictamente relativas a su pregunta, sobre la interpretación de un precepto del derecho de la Unión.⁷⁶

112. En virtud del artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2001/29, los Estados miembros pueden establecer excepciones a los derechos de reproducción, de comunicación y de puesta a disposición del público. Entre ellas figura que el uso de las obras protegidas tenga únicamente por objeto «la ilustración con fines educativos».⁷⁷ El Gobierno italiano llama la atención sobre la necesidad de acudir, con carácter subsidiario, a esa excepción y la Comisión señala que Alemania la habría introducido en el artículo 52 de la UrhG.

⁷⁵ El artículo 52a de la UrhG distingue entre las obras de pequeño formato («Werke geringen Umfangs») del apartado 1, cuya comunicación se circunscribe al círculo de los alumnos participantes en cada lección, y las obras («Werke») del apartado 2, que han de contar con el consentimiento del autor en todo caso. Este artículo ha sido derogado por el artículo 1, apartado 7, de la Ley para la adaptación del derecho de autor a las exigencias actuales de la sociedad del conocimiento, de 1 de septiembre de 2017 («Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft»); última reforma de la UrhG que entró en vigor el 1 de marzo de 2018). Lo ha sustituido el nuevo artículo 60a, sobre los usos legalmente autorizados para la educación, la ciencia y las instituciones, cuyo apartado 1 ha desplazado el formato de las obras como criterio para determinar el ámbito del uso autorizado, cambiándolo por el del porcentaje máximo de la obra (15%) que cabe copiar, poner a disposición o comunicar al público. Esta modificación no afecta *ratione temporis* al caso de autos.

⁷⁶ Esas precisiones pueden contribuir, llegado el momento, a interpretar las normas nacionales a la luz de las del derecho de la Unión que transponen.

⁷⁷ Artículo 5, apartado 3, letra a), de la Directiva 2001/29.

113. Salvo error por mi parte, es la primera vez que el Tribunal de Justicia ha de afrontar la excepción de la letra a). Aunque su jurisprudencia requiere interpretar de manera restrictiva el alcance de las excepciones y limitaciones, en cuanto pudieran afectar al derecho de propiedad sobre las creaciones intelectuales,⁷⁸ no ha de olvidarse que también el derecho a la educación está consagrado en el artículo 14, apartado 1, de la Carta.⁷⁹ En consecuencia, la interpretación deberá respetar el equilibrio razonable entre ambos derechos.

1. Fines educativos

114. La excepción a los derechos de autor, cuando el uso de las obras protegidas tenga únicamente fines educativos, no puede reducirse a su mínima expresión, lo que sucedería si se circunscribiera a permitir que los profesores acompañen con ilustraciones el contenido de sus cursos o lecciones.

115. Una interpretación que valore más el derecho a la educación, en el sentido del artículo 14, apartado 1, de la Carta, puede subrayar el papel activo, y no meramente pasivo, de los alumnos, permitiéndoles utilizar, también ellos y con el mismo propósito docente (discente, en su caso), imágenes protegidas por derechos de autor. Así se contribuye a que la educación lleve a cabo su principal tarea, el pleno desarrollo de la personalidad humana.⁸⁰

116. La excepción no se otorga solo para la reproducción de materiales protegidos y para su puesta a disposición en internet con vistas a la *investigación científica*. El precepto coloca al mismo nivel este designio y el de impulsar la *educación*, por lo que sus beneficiarios han de ser tanto los alumnos como los profesores de la enseñanza no universitaria, cuando concurren el resto de condiciones de aplicación.

117. De hecho, en la vista, hubo una cierta coincidencia en que no habría habido comunicación al público (en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29) si el trabajo de la alumna se hubiese subido a una página web de la escuela cuyo acceso estuviera restringido al entorno escolar. Sin perjuicio de que esta interpretación la entiendo en exceso reduccionista,⁸¹ pienso que refleja la conexión entre la finalidad docente y la incorporación de la fotografía a la página web del centro.

2. Indicación de la fuente y del nombre del autor

118. El artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2001/29 subordina la excepción con fines educativos a que, «salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor».

119. Pues bien, el trabajo subido al portal del centro escolar añadía a la inserción de la fotografía el nombre de la revista (*Schwarzaufweiss*), en la que figuraba. La alumna y el profesor actuaron de manera cuidadosa, sin que se les pueda reprochar no haber mencionado el nombre del fotógrafo, que no constaba en el pie de la imagen.

⁷⁸ Sentencia de 10 de abril de 2014, ACI Adam y otros (C-435/12, EU:C:2014:254), apartado 22 y jurisprudencia citada.

⁷⁹ En definitiva, subyace en estos casos la función social de la propiedad privada reconocida en la jurisprudencia, que permite restringir este derecho, siempre y cuando las restricciones respondan a objetivos de interés general perseguidos por la Unión y no constituyan una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia del derecho garantizado. Véanse las sentencias de 15 de enero de 2013, Krížan y otros (C-416/10, EU:C:2013:8), apartado 113; y de 12 de mayo 2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia y ERSA (C-347/03, EU:C:2005:285), apartado 119 y jurisprudencia citada.

⁸⁰ Así se recoge en el artículo 26, apartado 2, de Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 y en el artículo 13, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de 1976, de conformidad con su artículo 27.

⁸¹ Dadas las características de una página web escolar, no creo que haya gran diferencia entre mostrar la foto en la *intranet*, en la *extranet* o en el portal de internet del centro: el público que navegará por dicha página será, con toda probabilidad, idéntico en los tres casos, esto es, los alumnos y sus familiares o amigos, además del profesorado.

3. Finalidad no comercial

120. Asimismo, el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2001/29 exige que el uso, con propósitos educativos, de la obra protegida «esté justificado por la finalidad no comercial perseguida».

121. No cabe duda, como ya he remarcado, que la colocación del trabajo de la asignatura de español en el portal web de la escuela del colegio no tenía ninguna finalidad comercial. Respecto de la justificación, el uso de imágenes extraídas de internet, cuando se trata de trabajos digitales, es hoy imprescindible para ciertas actividades docentes.

4. El test del artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29

122. Pudiendo acogerse el empleo de la fotografía a la excepción del artículo 5, apartado 3, letra a), de la Directiva 2001/29, aún habría de superar el *test* del apartado 5 de ese mismo precepto, lo que precisa analizar sus condiciones de aplicación.⁸² Seguiré para ello el mismo método que en mis conclusiones del asunto *Stichting Brein*.⁸³

123. En primer lugar, al ser un uso en el marco de la enseñanza carente de ánimo de lucro, me parece claro que no entra en conflicto con la explotación normal de la obra (segundo paso del test). Con su inserción en el sitio internet de la escuela, ni la alumna ni el profesor (tampoco el centro docente o el Land) detraen los eventuales beneficios económicos derivados de la presencia de la fotografía en la red ni obtienen un provecho comercial, en perjuicio del autor.

124. Otro interés legítimo (tercer paso del test) podría ser la constancia del nombre del autor, a efectos de la tutela de sus derechos morales. Pero los derechos morales no encajan en el ámbito de la Directiva 2001/29, como asegura su considerando décimo noveno.

125. El punto más delicado correspondería al primer paso del test, el que demanda que las excepciones solo se apliquen a *determinados casos concretos*.

126. Si bien este asunto es único, la solución que se le dé podría tener consecuencias relevantes para una multiplicidad de estudiantes y de profesores (y también para los fotógrafos) en tesis análogas. De hecho, no es aventurado suponer que conductas como la aquí descrita se repiten a diario en los Estados miembros.

127. Ahora bien, si en todos esos casos concurren las circunstancias ahora analizadas, una exégesis equilibrada de este último paso del test, que pondere simultáneamente otros legítimos intereses (en este asunto, los derivados del derecho a la educación), permitiría deducir que no importa tanto la cantidad de actos idénticos o similares, sino que sus contornos estén suficientemente especificados para no colisionar con la explotación normal de las obras y no perjudicar de modo injustificado los intereses legítimos del titular de los derechos sobre esta. Se trataría, pues, bajo esa reserva, del mismo caso concreto.⁸⁴

128. En suma, sería aplicable, en último extremo, la excepción del artículo 5, apartado 3, letra a), de la Directiva 2001/29.

⁸² Sin embargo, encuentro acertada la sugerencia de huir de una aplicación mecánica de dicho test, basada en el carácter acumulativo de los tres criterios, prefiriendo ponderar la importancia de cada uno de esos elementos. Véase Hilty, R.M./Geiger, Ch./Griffiths, J., «Declaration: A balanced interpretation of the “three-step test” in copyright law», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 6/2008, pp. 707 a 713, especialmente, p. 709.

⁸³ Asunto C-527/15, EU:C:2016:938, puntos 73 a 81.

⁸⁴ Véase un proceder similar en la sentencia de 11 de septiembre de 2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196), apartado 34.

V. Conclusión

129. En atención a lo expuesto, sugiero al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo civil y penal, Alemania) de la siguiente manera:

«No constituye una puesta a disposición del público, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los de autor en la sociedad de la información, la inserción en la página web de un centro escolar, sin ánimo de lucro y con cita de la fuente de origen, de un trabajo docente que incluye una imagen fotográfica a la que cualquier internauta tenía acceso libre y gratuito, cuando esa imagen ya figuraba, sin advertencias sobre sus restricciones de uso, en el portal de internet de una revista de viajes.»