



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MACIEJ SZPUNAR
presentadas el 10 de septiembre de 2020¹

Asunto C-392/19

**VG Bild-Kunst
contra
Stiftung Preußischer Kulturbesitz**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania)]

«Procedimiento prejudicial — Propiedad intelectual — Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información — Directiva 2001/29/CE — Artículo 3, apartado 1 — Concepto de “comunicación al público” — Inserción de una obra protegida por derechos de autor mediante el procedimiento de transclusión (*framing*) — Obra libremente accesible con la autorización del titular del derecho de autor en el sitio de Internet de un licenciataria — Artículo 6 — Medidas tecnológicas efectivas — Directiva 2014/26/UE — Gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines — Artículo 16 — Condiciones para la concesión de licencias — Cláusula del contrato de explotación por la que se exige al licenciataria que introduzca medidas tecnológicas efectivas contra la transclusión»

Introducción

1. Los protagonistas de la saga cinematográfica de George Lucas *Star Wars* eran capaces de desplazarse por el «hiperespacio» a velocidad superlumínica con ayuda de la «hiperpropulsión». De manera similar, los usuarios de Internet pueden «viajar» por el «ciberespacio» a través de hipervínculos. Aunque no desafían *las leyes* de la física como lo hacía la hiperpropulsión de las naves de *Star Wars*, los hipervínculos presentan, no obstante, una serie de desafíos desde el punto de vista de *la ley* y, concretamente, de los derechos de autor. Estos desafíos ya han sido parcialmente identificados, entre otras, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El presente asunto brindará la ocasión de revisar y completar esta jurisprudencia.

2. Al pensar en Internet, es habitual referirse en realidad a una sola funcionalidad de esta red, probablemente la más utilizada: la *World Wide Web*, en otras palabras, la Red o la «red mundial». Dicha red está formada por unidades de información y de recursos contenidas en páginas web (*web page*). Una página web es un documento escrito en lenguaje HTML (*hypertext markup language*) y que contiene, en su caso, otros recursos anexos, en particular imágenes o archivos audiovisuales o de texto. Un conjunto estructurado de páginas web y de otros posibles recursos publicados por un propietario y alojados en uno o varios servidores constituye un sitio de Internet (*website*).

¹ Lengua original: francés.

3. Cuando se consulta un sitio de Internet, el ordenador establece una conexión con el servidor o los servidores en los que se aloja ese sitio, solicitando la información que lo constituye. A continuación, se envía una copia de dicha información a la memoria intermedia o «memoria caché» del ordenador, donde queda registrada (temporalmente). Esta información puede ser leída y visualizada en la pantalla del ordenador gracias a un programa informático especial, un navegador de Internet.

4. Cada recurso de la Red, es decir, cada archivo, página y sitio de Internet, posee un identificador único denominado URL (*uniform resource locator*), que constituye una especie de «dirección de Internet». ² La página a la que dirige la dirección de un sitio de Internet se denomina página de inicio (*home page*). Existen dos formas de acceder a un recurso de la Red a través de la dirección URL. La primera forma consiste en introducir esta dirección en la barra de direcciones del navegador y, la segunda, controvertida en el presente asunto, en utilizar un hipervínculo.

5. Lo que «teje la Red» (*webbing the Web*) son los hipervínculos o hiperenlaces (*hypertext links*). Estos permiten acceder directamente desde un sitio de Internet a los recursos presentes en otro sitio. En efecto, dichos hipervínculos son lo que constituye la esencia misma de la Red y la diferencian, por ejemplo, de la Biblioteca de Alejandría. El Tribunal de Justicia ha reconocido en su jurisprudencia la importancia de los hipervínculos para el funcionamiento de la Red y la libertad de expresión a la que esta contribuye. ³

6. Un hipervínculo es una instrucción que recibe el navegador para ir a buscar recursos en otro sitio de Internet. El hipervínculo expresa en lenguaje HTML la dirección URL del recurso de destino y el texto o la imagen que simboliza el enlace en la página web de origen, ⁴ así como, en su caso, otros elementos, como la manera de abrir el recurso de destino en la pantalla. Por lo general, un enlace necesita ser activado (es decir, pulsado o clicado) para funcionar.

7. Un enlace simple únicamente contiene la dirección URL del sitio al que redirige, es decir, de su página de inicio. Tras pulsar sobre el enlace, esta página se abre bien en el lugar de la página en que se encontraba el enlace, bien en una ventana nueva. La dirección URL del nuevo sitio aparece en la barra de direcciones del navegador, por lo que el usuario es consciente de haber cambiado de sitio. Sin embargo, existen otros tipos de enlaces.

8. El enlace denominado «profundo» (*deep link*) no dirige a la página de inicio del sitio de destino, sino a otra página de ese sitio, o incluso a un recurso específico contenido en dicha página, por ejemplo, un archivo gráfico o de texto. ⁵ En efecto, cada página y cada recurso cuenta con una dirección URL que puede utilizarse en el enlace en lugar de la dirección principal del sitio únicamente. Un enlace profundo, al eludir la página de inicio del sitio de destino, ignora el orden que supuestamente se debe seguir al navegar en dicho sitio. No obstante, puesto que la dirección URL de una página web normalmente contiene el nombre del sitio, el usuario está constantemente informado del sitio que está consultando.

9. Una página web puede contener otros recursos distintos del texto, en particular archivos gráficos o audiovisuales. Dichos archivos no forman parte integrante del documento HTML que constituye la página, sino que están vinculados al mismo. Estos recursos se insertan (*embedding*) mediante instrucciones específicas que existen en el lenguaje HTML a tal fin. Por ejemplo, para insertar una

2 Para encontrar los recursos en Internet, estas direcciones URL deben convertirse, utilizando los servidores DNS (*domain name server*), en direcciones IP (*Internet protocol*) de los servidores que alojan dichos recursos. Esta operación carece de importancia desde el punto de vista de los derechos de autor.

3 Sentencia de 8 de septiembre de 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644), apartado 45.

4 Un hipervínculo se formula habitualmente del siguiente modo: «[la descripción del enlace en la página de origen]». La etiqueta («tag») <a> indica que se trata de un enlace y el lugar de la página al que el enlace está «anclado».

5 Las referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se efectúan en las presentes conclusiones (en versión electrónica) son ejemplos de enlaces profundos.

imagen, existe la etiqueta «imagen» («»).⁶ Por lo general, esta etiqueta se utiliza para insertar en una página web un archivo gráfico almacenado en el mismo servidor que dicha página (archivo local). Sin embargo, basta con sustituir en el atributo «fuente» de la etiqueta «imagen» la dirección de un archivo local («URL relativa») por la de un archivo que figure en otro sitio de Internet («URL absoluta») para insertarlo, sin que sea necesario reproducirlo, en su propia página web.⁷

10. Esta técnica utiliza la funcionalidad de un hipervínculo, es decir, el elemento, por ejemplo, una imagen, se muestra en el navegador desde su ubicación de origen (el sitio de Internet de destino), por lo que no se reproduce en el servidor del sitio en el que aparece. No obstante, el elemento insertado se muestra automáticamente, sin que sea necesario pulsar sobre ningún enlace. Desde el punto de vista del usuario, el efecto es idéntico al de un archivo contenido en la misma página en la que aparece. Esta práctica se conoce como «*inline linking*» o «*hotlinking*».

11. El *framing* es una técnica que permite dividir la pantalla en varias partes, de manera que cada una de ellas puede mostrar, de manera autónoma, una página web o un recurso de Internet diferente. De este modo, en una parte de la pantalla se puede visualizar la página web de origen y, en otra, una página u otro recurso procedente de otro sitio. Esta otra página no se reproduce en el servidor del sitio en el que se visualiza, sino que se consulta directamente a través de un enlace profundo. Con frecuencia, la dirección URL de la página de destino está oculta, por lo que el usuario puede tener la impresión de consultar una única página web, cuando en realidad está consultando dos (o más).

12. En la actualidad, el *framing* se considera obsoleto y no se utiliza en la última versión del lenguaje HTML (HTML5). Se ha sustituido por el *inline frame*,⁸ que permite insertar un recurso externo, como un sitio de Internet, una página o incluso un elemento de una página web procedente de otro sitio en un marco cuyas dimensiones y ubicación son libremente definidas por el autor de la página web en cuestión. El *inline frame* actúa como un elemento integrante de esa página, puesto que esta técnica, a diferencia del *framing* clásico, no es una técnica de división de la pantalla, sino una forma de insertar (*embedding*) recursos externos en una página web.

13. Para complicar aún más las cosas, el *inline frame* puede definirse como ubicación de apertura de un hipervínculo.⁹ De este modo, tras la activación del enlace (al pulsar sobre él), el recurso de destino se abre en un marco (cuyos bordes pueden ser o no visibles en la pantalla), en la ubicación definida por el autor de la página que contiene el enlace.¹⁰

14. Puede parecer que estas operaciones son complejas y que exigen tener amplios conocimientos de informática, pero los numerosos servicios de creación de sitios de Internet y las plataformas de intercambio de contenido automatizan estos procedimientos, permitiendo fácilmente crear páginas web, insertar contenidos en las mismas y crear hipervínculos sin tener esos conocimientos.

15. De reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los hipervínculos que dirigen a prestaciones protegidas por derechos de autor que se han puesto a disposición del público en un sitio de Internet de acceso libre con la autorización del titular de esos derechos no constituyen actos que requieran la autorización de dicho titular.¹¹ Sin embargo, una jurisprudencia más reciente postula que este acervo jurisprudencial se examine desde un punto de vista ligeramente diferente. Así, es preciso determinar si el hecho de que un titular de derechos de autor recurra a medios tecnológicos dirigidos

6 Existen otras etiquetas para insertar otros tipos de archivos, como «<audio>», «<video>», «<object>» o «<embed>».

7 En este caso, la instrucción tiene la siguiente forma: «».

8 Etiqueta «<iframe>».

9 Al dar el nombre del *inline frame* como valor del atributo «de destino» (*target*) en la descripción del enlace en el lenguaje HTML («[descripción visible del enlace]»).

10 Para las informaciones técnicas relativas a las diferentes funcionalidades del lenguaje HTML, me he remitido, en particular, a los sitios <https://developer.mozilla.org> y <https://www.w3schools.com/html>.

11 Véase, en particular, la sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), punto 1 del fallo.

a evitar la utilización de su obra en forma de hipervínculos y mediante el *framing* cambia la apreciación desde el punto de vista de los derechos de autor. En mi opinión, también será necesario revisar el problema relacionado con la inserción en las páginas web de obras procedentes de otros sitios (*inline linking*).

Marco jurídico

Derecho de la Unión

16. El artículo 3, apartados 1 y 3, 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 derechos de autor en la sociedad de la información,¹² dispone que:

«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.

[...]

3. Ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2.»

17. Con arreglo al artículo 6, apartados 1 y 3, de la Directiva 2001/29:

«1. Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo.

[...]

3. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por “medidas tecnológicas” toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE.^[13] Las medidas tecnológicas se considerarán “eficaces” cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección.»

¹² DO 2001, L 167, p. 10.

¹³ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DO 1996, L 77, p. 20).

18. El artículo 16, apartados 1 y 2, párrafo primero, de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior,¹⁴ tiene el siguiente tenor:

«1. Los Estados miembros velarán por que las entidades de gestión colectiva y los usuarios negocien de buena fe la concesión de licencias de derechos. Las entidades de gestión colectiva y los usuarios intercambiarán toda la información necesaria.

2. Las condiciones de concesión de licencias se basarán en criterios objetivos y no discriminatorios. Cuando concedan licencias sobre derechos, las entidades de gestión colectiva no estarán obligadas a basarse, para otros servicios en línea, en las condiciones de concesión de licencias acordadas con un usuario, cuando dicho usuario preste un nuevo tipo de servicio en línea que lleve a disposición del público en la Unión menos de tres años.

[...]»

Derecho alemán

19. El derecho de comunicación al público, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, está regulado en el Derecho alemán por los artículos 19 *bis* («puesta a disposición») y 15, apartado 2 («derecho no definido» de comunicación al público), de la Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte — Urheberrechtsgesetz (Ley de derechos de autor y derechos afines), de 9 de septiembre de 1965¹⁵ (en lo sucesivo, «UrhG»).

20. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/29 fue transpuesto en el Derecho alemán por el artículo 95 *bis* de la UrhG.

21. Por último, de conformidad con el artículo 34, apartado 1, primera frase, de la Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften — Verwertungsgesellschaftengesetz (Ley sobre la gestión de los derechos de autor y derechos afines por sociedades de gestión colectiva), de 24 de mayo de 2016¹⁶ (en lo sucesivo, «VGG»), que transpuso el artículo 16, apartados 1 y 2, de la Directiva 2014/26, las sociedades de gestión colectiva están obligadas a conceder en condiciones razonables y a cualquier persona que lo solicite una licencia de uso de los derechos cuya gestión se les hubiera confiado.

Hechos del litigio principal, procedimiento y cuestión prejudicial

22. Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst (en lo sucesivo, «VG Bild-Kunst») es una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor en el ámbito de las artes visuales en Alemania. Stiftung Preußischer Kulturbesitz (en lo sucesivo, «SPK») es una fundación de Derecho alemán.

23. SPK se encarga de la gestión de la Deutsche Digitale Bibliothek (en lo sucesivo, «DDB»), una biblioteca digital dedicada a la cultura y al conocimiento que conecta a instituciones culturales y científicas alemanas entre sí.

14 DO 2014, L 84, p. 72.

15 BGBl. 1965 I, p. 1273.

16 BGBl. 2016 I, p. 1190.

24. El sitio de Internet de la DDB contiene enlaces que dirigen a los contenidos digitalizados que se almacenan en los portales web de las instituciones participantes. La DDB, como «escaparate digital», únicamente almacena miniaturas (*thumbnails*), es decir, versiones de imágenes cuyo tamaño es inferior al original. Cuando el usuario pulsa sobre uno de los resultados de la búsqueda, se le redirige a la página del objeto en el sitio de la DDB, que contiene una versión ampliada de la imagen (440 × 330 píxeles). Al pulsar sobre dicha imagen o al utilizar la función de lupa, una versión ampliada de la miniatura, de una resolución máxima de 800 × 600 píxeles, se muestra en una *lightbox*. Además, el botón «Mostrar el objeto en el sitio de origen» contiene un enlace directo al sitio de Internet de la institución que pone a disposición dicho objeto (bien un enlace simple que dirige a su página de inicio, bien un enlace profundo que dirige a la página del objeto). La DDB utiliza las obras con la autorización de los titulares de los derechos de autor sobre dichas obras.

25. VG Bild-Kunst supedita la celebración con SPK de un contrato de licencia de uso de su repertorio de obras en forma de miniaturas a la condición de que se incluya una cláusula en virtud de la cual la licenciataria se comprometa a aplicar, durante el uso de las obras y de las prestaciones protegidas a las que se refiere el contrato, medidas tecnológicas efectivas contra el *framing* por parte de terceros de las miniaturas de estas obras o prestaciones protegidas que se muestren en el sitio de Internet de la DDB.

26. Al considerar que dicha cláusula no era razonable desde el punto de vista de los derechos de autor, SPK presentó una demanda ante el Landgericht (Tribunal Regional de lo Civil y Penal, Alemania) con objeto de que se declarara que VG Bild-Kunst estaba obligada a concederle la licencia en cuestión sin que dicha licencia estuviera supeditada a la aplicación tales medidas tecnológicas. Esta demanda fue desestimada en un primer momento por el Landgericht (Tribunal Regional de lo Civil y Penal). SPK presentó recurso de apelación contra la sentencia dictada por este último, que fue revocada por el Kammergericht (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal, Alemania). Con su recurso de casación, VG Bild-Kunst solicita que se desestime la demanda de SPK.

27. El Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) indica, por una parte, que, con arreglo al artículo 34, apartado 1, primera frase, de la VGG, las sociedades de gestión colectiva están obligadas a conceder en condiciones razonables y a cualquier persona que lo solicite una licencia de uso de los derechos cuya gestión se les hubiera confiado. El órgano jurisdiccional remitente señala, por otra parte, que, según su jurisprudencia aplicable en el presente asunto, las sociedades de gestión colectiva pueden, con carácter excepcional, no atenerse a esta obligación y negarse a conceder una licencia, siempre que esta denegación no constituya un abuso de monopolio y que se puedan oponer a la solicitud de licencia intereses legítimos superiores. A este respecto, para determinar la existencia de una excepción objetivamente justificada, será preciso, según ese órgano jurisdiccional, ponderar los intereses de los interesados teniendo en cuenta la finalidad de la ley y el objetivo que subyace a esta obligación de principio de las sociedades de gestión colectiva.

28. El resultado del recurso de casación dependerá de si la inserción mediante *framing* en el sitio de Internet de un tercero de una obra disponible, con el consentimiento del titular de los derechos, en un sitio de Internet como el de la DDB constituye una comunicación al público de la obra en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 si se produce eludiendo las medidas de protección contra el *framing* adoptadas o impuestas por el titular de los derechos a un licenciataria. Si este fuera el caso, los derechos de los miembros de VG Bild-Kunst se verían afectados y esta podría solicitar válidamente la inclusión de la obligación de aplicar medidas tecnológicas contra el *framing* en el contrato de licencia con SPK.

29. Al albergar dudas sobre la respuesta que se ha de dar a esta cuestión, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la práctica de los hipervínculos en Internet, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿La inserción mediante *framing* en el sitio web de un tercero de una obra que está disponible en un sitio web de acceso libre con el consentimiento del titular constituye una comunicación al público de la obra, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE, si se produce eludiendo las medidas de protección contra el *framing* adoptadas o impuestas por el titular del derecho?»

30. La petición de decisión prejudicial se recibió en el Tribunal de Justicia el 21 de mayo de 2019. Han presentado observaciones escritas las partes del litigio principal, el Gobierno francés y la Comisión Europea. Las mismas partes estuvieron representadas en la vista que tuvo lugar el 25 de mayo de 2020.

Análisis

31. Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que la inserción mediante *framing* en el sitio de Internet de un tercero de una obra que está disponible en un sitio de Internet de acceso libre con el consentimiento del titular de los derechos de autor constituye una comunicación al público de dicha obra, en el sentido de la citada disposición, si tal inserción se produce eludiendo las medidas de protección contra el *framing* adoptadas o impuestas por dicho titular.

32. Tanto el órgano jurisdiccional remitente como las partes que han presentado observaciones sugieren respuestas a esta cuestión que, en su opinión, se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la apreciación de los hipervínculos desde el punto de vista de los derechos de autor. Sin embargo, los análisis que efectúan de esta jurisprudencia les conducen a resultados contradictorios. Aunque, en efecto, el órgano jurisdiccional remitente, VG Bild-Kunst, el Gobierno francés y la Comisión proponen responder afirmativamente a la cuestión prejudicial, SPK expone argumentos sólidos a favor de una respuesta negativa.

33. Estoy de acuerdo con la tesis de que la respuesta a la cuestión prejudicial puede deducirse parcialmente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sin embargo, considero que es necesario precisar esta jurisprudencia tras un análisis que tenga en cuenta la jurisprudencia reciente que no se refiere directamente a los hipervínculos.

Jurisprudencia relativa a los hipervínculos

34. La puesta a disposición del público de obras protegidas por derechos de autor en Internet está comprendida dentro del derecho exclusivo de la comunicación al público previsto en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.¹⁷ Este derecho engloba «cualquier comunicación al público de [las] obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de [las] obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija». Aunque la comunicación «clásica» también está presente,¹⁸ lo que desempeña un papel primordial en Internet es la puesta a disposición del público.

17 En las presentes conclusiones me referiré, en aras de la simplicidad, al derecho que tienen los autores sobre sus obras. No obstante, el mismo análisis se aplica *mutatis mutandis* a las demás prestaciones protegidas, en particular a las enumeradas en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2001/29.

18 Este es el caso, en particular, de las radios en línea (*web radio*).

35. En consecuencia, la cuestión que se plantea en relación con los hipervínculos es si el hecho de insertar en una página web un enlace a una obra de un tercero que está disponible en Internet (en la Red, más concretamente) constituye una comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, es decir, si la inserción de dicho enlace está comprendida dentro del derecho exclusivo del titular de los derechos de autor sobre esa obra.

36. En la sentencia Svensson y otros,¹⁹ el Tribunal de Justicia dio, en principio, una respuesta negativa a esta cuestión. El Tribunal de Justicia observó, en primer lugar, que un hipervínculo constituye, en efecto, un acto de comunicación, puesto que ofrece a los usuarios un acceso directo a la obra.²⁰ Esta comunicación se dirige a un público formado por un número indeterminado y considerable de personas, es decir, un público.²¹

37. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia declaró no obstante que, en el caso de una obra que ya está disponible en un sitio de Internet de acceso libre, el público al que se dirigía el hipervínculo colocado en otro sitio de Internet no constituía un público nuevo con respecto al público de la comunicación inicial. En efecto, el Tribunal de Justicia consideró que el público destinatario de la comunicación inicial estaba formado por el conjunto de usuarios potenciales de un sitio de Internet de acceso libre, es decir, todos los usuarios de Internet. En consecuencia, el titular de los derechos de autor debía tomar en consideración a todos estos usuarios al efectuar la comunicación inicial.²² Lógicamente, el hipervínculo no podía dar acceso a la obra a un círculo más amplio de usuarios.

38. Pues bien, en el caso de una comunicación secundaria efectuada con la misma técnica que la comunicación inicial (lo que sucede en todas las comunicaciones en la Red), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia exige la existencia de un público nuevo para que dicha comunicación secundaria esté comprendida en el derecho exclusivo de comunicación al público previsto en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.²³

39. A resultas de ello, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que el hecho de facilitar en un sitio de Internet un hipervínculo (un «enlace sobre el que se puede pulsar», en los propios términos de dicha sentencia) que dirige a una obra protegida por derechos de autor que ya está disponible en un sitio de Internet de acceso libre no requiere una autorización del titular de los derechos de autor sobre dicha obra.²⁴ Tan solo podría afirmarse lo contrario si el enlace permitiera eludir las medidas de restricción del acceso a la obra existentes en el sitio de origen de esta, en cuyo caso dicho enlace tendría por efecto ampliar el público de la comunicación inicial y facilitar el acceso de un público nuevo a la misma.²⁵

40. Este análisis fue confirmado rápidamente por lo que se refiere a los hipervínculos que utilizan el *framing*.²⁶

41. Posteriormente, el Tribunal de Justicia precisó que el análisis que se acaba de exponer únicamente se aplicaba si la comunicación inicial de la obra se había efectuado con la autorización del titular de los derechos de autor.²⁷

19 Sentencia de 13 de febrero de 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

20 Sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartados 18 a 20.

21 Sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartado 22.

22 Sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartados 25 a 27.

23 Sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartado 24 y jurisprudencia citada.

24 Sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartado 27.

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

26 Auto de 21 de octubre de 2014, BestWater International (C-348/13, no publicado, EU:C:2014:2315), fallo.

27 Sentencia de 8 de septiembre de 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644), apartado 43.

42. En lo que atañe a los enlaces que dirigen a sitios de Internet en los que se ponen a disposición del público obras sin la autorización de los titulares de los derechos de autor, el Tribunal de Justicia consideró que constituyen una comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 si el usuario que colocó el enlace sabía o debía saber que dicho enlace da acceso a una obra que se ha puesto a disposición del público sin la autorización exigida por el derecho de autor.²⁸ Cuando este usuario actúe con ánimo de lucro, este conocimiento de causa debe presumirse *iuris tantum*.²⁹

43. Para resumir la jurisprudencia relativa a los hipervínculos: cuando el enlace dirija a una obra que ya se ha puesto a disposición del público con la autorización del titular de los derechos de autor y de manera libremente accesible, dicho enlace no se considera una comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 puesto que, aunque constituye un acto de comunicación, ese enlace se dirige a un público que ya fue tomado en consideración por el titular de los derechos de autor durante la puesta a disposición inicial, a saber, el conjunto de los usuarios de Internet.

Análisis crítico de la jurisprudencia relativa a los hipervínculos

44. Las soluciones jurisprudenciales que se acaban de recordar no siempre son evidentes a primera vista y pueden suscitar dudas, en particular sobre tres puntos importantes: la calificación de los enlaces de «actos de comunicación» (de puesta a disposición), la introducción del criterio subjetivo del conocimiento de causa en la definición del concepto de «comunicación al público» y la aplicación a Internet del criterio del público nuevo.³⁰

Calificación de los hipervínculos de «actos de comunicación»

45. Como ya se ha recordado en el punto 36 de las presentes conclusiones, el Tribunal de Justicia consideró, en la sentencia *Svensson y otros*,³¹ que un hipervínculo que dirige a una obra protegida que está disponible en Internet constituía un acto de comunicación de dicha obra a efectos de la aplicación del derecho de comunicación al público regulado en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. Sin embargo, desde un punto de vista técnico, esta afirmación dista de ser evidente.³²

46. En efecto, no comparto la opinión manifestada a este respecto de que cada acto de comunicación debe implicar necesariamente una transmisión o una retransmisión de la obra.³³ En particular, la forma más extendida de comunicación en la Red, que consiste en la puesta a disposición del público de obras de manera que sea posible elegir individualmente dónde y cuándo acceder a las mismas, no implica transmisión alguna. En esta situación, la obra se pone a disposición del público, es decir, se

28 Sentencia de 8 de septiembre de 2016, *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644), apartado 49.

29 Sentencia de 8 de septiembre de 2016, *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644), apartado 51.

30 Esta jurisprudencia ha sido asimismo objeto de numerosísimos comentarios doctrinales, más o menos críticos. No obstante, dicha doctrina dista de ser unánime, sobre todo en lo que se refiere al tratamiento adecuado que deben recibir los hipervínculos en el marco del Derecho de autor de la Unión. A modo de ejemplo, mencionaré las posiciones adoptadas a este respecto por tres asociaciones de derechos de autor: Association littéraire et artistique internationale, *ALAI Report and Opinion on a Berne-compatible reconciliation of hyperlinking and the communication to the public right on the internet*, adoptada el 17 de junio de 2015 (por la que se modifica la posición sobre la misma cuestión adoptada el 15 de septiembre de 2013); European Copyright Society, *Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson*, de 18 de febrero de 2013, e International Association for the Protection of Intellectual Property, *Resolution on Linking and Making Available on the Internet*, de 20 de septiembre de 2016. Las conclusiones divergentes de estas posiciones ponen de relieve que el problema de la calificación de los hipervínculos desde el punto de vista del derecho de la comunicación de obras al público no tiene una solución única y evidente.

31 Sentencia de 13 de febrero de 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

32 Para un análisis exhaustivo de este aspecto, véanse las conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:221), puntos 48 a 60.

33 European Copyright Society, *op. cit.*

almacena en el servidor que aloja el sitio de Internet en cuestión, de modo que el público puede acceder a dicho sitio a través de su dirección URL. Solo se produce una forma de transmisión de la obra cuando un miembro del público accede a dicho servidor, puesto que dicho acceso pone en marcha una reproducción temporal de la página web consultada en su ordenador cliente.

47. No obstante, el Tribunal de Justicia ha recordado que para que exista un acto de comunicación basta con que la obra se ponga a disposición del público, sin que sea decisivo que quienes lo compongan accedan a ella de manera efectiva.³⁴ En otras palabras, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 entra en juego desde que una obra se pone a disposición del público, antes incluso de que se produzca una transmisión efectiva de la misma.

48. Dicho esto, en el caso de un hipervínculo que dirige a una obra que ya está disponible en un sitio de Internet de acceso libre, la puesta a disposición del público se efectúa en el sitio de Internet de origen de la obra. El enlace, por su parte, tan solo es una instrucción que se da al navegador de Internet de acceder a dicha obra a través de la dirección URL que forma parte del enlace. Así, el usuario es redirigido a otro sitio de Internet. La conexión (y, por lo tanto, la transmisión de la obra) se efectúa a continuación directamente entre el ordenador cliente del usuario y el servidor (a veces, varios servidores) en el que está alojado el sitio de destino del enlace, sin ninguna intermediación del sitio que contiene este enlace.³⁵ Además, la dirección URL a la que dirige el enlace suele aparecer al pulsar con el botón derecho (*right click*) sobre el enlace. Es entonces posible copiar dicho enlace en la barra de direcciones del navegador para acceder al mismo lugar al que dirige el hipervínculo. El enlace tan solo automatiza este procedimiento, permitiendo acceder a otro sitio de Internet «con un clic».

49. No obstante, el Tribunal de Justicia ha ido más allá de este análisis puramente técnico al considerar que un hipervínculo constituye un acto de comunicación en la medida en que da «acceso directo» a la obra contenida en otro sitio de Internet.³⁶

50. En mi opinión, este enfoque funcional tiene en cuenta otros elementos además de la mera automatización del establecimiento de la conexión con el sitio de Internet de destino. Lo que es mucho más importante, y que refuerza el papel central de los hipervínculos en la arquitectura de la Red, es que el enlace contiene la dirección URL de la página web de destino, permitiendo así que el usuario no tenga que buscar esta dirección (o bien el enlace es el resultado de una búsqueda efectuada por el usuario, como es habitualmente el caso en los motores de búsqueda en Internet). En efecto, aunque un recurso puede estar *disponible* en Internet, tan solo se puede *acceder* al mismo a través de su dirección URL. Si los usuarios no conocen esta dirección, su disponibilidad es puramente teórica. Pues bien, la forma más eficaz de transmitir la dirección URL de una página web es crear un hipervínculo que dirija a esta página. No es casual que las «guías telefónicas» de la Red, que no son otra cosa que los motores de búsqueda, utilicen la técnica de los hipervínculos.

51. Por lo tanto, es esta capacidad técnica de dar acceso directo a una obra específica a través de su dirección URL (o la dirección de la página web que contiene dicha obra) lo que justifica, a mi modo de ver, que los hipervínculos se califiquen de «actos de comunicación» a efectos de la aplicación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

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

35 La apariencia del resultado puede ser diferente para el usuario en función de la forma de apertura de la página web a la que dirige el enlace: en lugar de la página de inicio del enlace, en una nueva ventana del navegador o en un marco en la página de inicio (enlace que utiliza el *framing*). En particular, en esta última situación el usuario puede tener la impresión de estar únicamente conectado a la página de inicio del enlace. Sin embargo, en todos estos casos el funcionamiento técnico es el mismo —se establece una conexión directa con el sitio de destino del enlace—.

36 Sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartado 18.

El elemento subjetivo de la comunicación al público

52. Cabe recordar que la norma jurisprudencial establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia Svensson y otros,³⁷ según la cual un hipervínculo que dirige a una obra que está disponible en un sitio de Internet de acceso libre no constituye una comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, solo es aplicable cuando la obra en cuestión ha sido puesta a disposición del público con la autorización del titular de los derechos de autor.

53. En caso contrario, es decir, cuando la obra ha sido puesta a disposición sin la autorización de dicho titular, la situación jurídica que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es mucho más compleja. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en esa situación, la existencia de una comunicación al público dependía de si el usuario que colocó el enlace sabía o debía saber que la obra a la que dirigía dicho enlace había sido puesta a disposición del público sin la autorización del titular de los derechos de autor. En el caso de los enlaces que se proporcionan con ánimo de lucro, el conocimiento de causa debe presumirse *iuris tantum*.³⁸

54. El Tribunal de Justicia estableció esta distinción con el objetivo legítimo de garantizar un justo equilibrio entre, por una parte, el interés de los titulares de los derechos de autor y, por otra parte, la protección de los intereses y de los derechos fundamentales de los usuarios de prestaciones protegidas.³⁹ No obstante, esta solución es poco ortodoxa desde el punto de vista de las normas generales del derecho de autor, en particular en la medida en que introduce un criterio subjetivo (el conocimiento de causa) en la definición de un elemento objetivo, a saber, el alcance de los actos que están sujetos al derecho exclusivo del autor.⁴⁰

Criterio del público nuevo

55. Si bien la aplicación del criterio del público nuevo para apreciar la existencia de una comunicación al público de obras protegidas por derechos de autor se consideró antes incluso de la entrada en vigor de la Directiva 2001/29,⁴¹ el Tribunal de Justicia no recogió dicho criterio hasta la entrada en vigor de la misma, en un primer momento en el contexto de la retransmisión de emisiones televisivas.⁴² Según la formulación actual de este criterio, una comunicación secundaria de una obra protegida efectuada por el mismo medio técnico que la comunicación inicial debe dirigirse a un público nuevo, es decir, un público que no fue tomado en consideración por el titular de los derechos de autor al efectuar la comunicación inicial, para ser calificada de «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y estar, en consecuencia, sujeta al derecho exclusivo de dicho titular.⁴³

56. Si se aplica a Internet, este criterio parte del postulado, que se basa en una especie de ficción jurídica,⁴⁴ de que una obra, a partir de su puesta a disposición del público en un sitio de Internet de acceso libre, puede ser consultada por cualquier usuario de Internet y de que debe considerarse, por lo tanto, que el titular de los derechos de autor tuvo en cuenta al conjunto de estos usuarios como

37 Sentencia de 13 de febrero de 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

38 Sentencia de 8 de septiembre de 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644), fallo.

39 Sentencia de 8 de septiembre de 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644), apartados 44 a 49.

40 Según la doctrina, esta solución puede no obstante resultar necesaria para atenuar los efectos de una acepción amplia adoptada por el Tribunal de Justicia por lo que se refiere al alcance del derecho exclusivo de comunicación al público [véase Husovec, M., «How Europe Wants to Redefine Global Online Copyright Enforcement», en Synodinou, T.E. (ed.), *Pluralism or Universalism in International Copyright Law*, Wolters Kluwer, 2019, pp. 513 y ss., en particular p. 526].

41 Véanse las conclusiones del Abogado General La Pergola presentadas en el asunto Egeda (C-293/98, EU:C:1999:403), en particular punto 22.

42 Sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), apartado 40.

43 Véase la reciente sentencia de 19 de diciembre de 2019, Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111), apartado 70.

44 La expresión es de Karapapa, S., «The requirement for a “new public” in EU copyright law», *European Law Review*, n.º 42/2017, p. 63, que no obstante la utiliza en un contexto ligeramente distinto.

público cuando efectuó la puesta a disposición inicial.⁴⁵ La razón por la que utilizo aquí el concepto de «ficción jurídica» es que esa afirmación, aun siendo teóricamente cierta, pasa por alto el hecho de que el ciberespacio formado por la Red es sencillamente demasiado amplio para que cualquiera pueda tener conocimiento de la totalidad de sus recursos, y mucho menos acceder a ellos.

57. Pues bien, este postulado no solo parte de una premisa construida artificialmente y ficticia, sino que, si se lleva al extremo de su lógica, da lugar al agotamiento del derecho de comunicación al público, lo que queda expresamente excluido por el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/29. Como expondré a continuación, este postulado parece haber sido superado en la actualidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Nueva interpretación de la jurisprudencia relativa a los hipervínculos

58. Este análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los hipervínculos me lleva, sin ponerla en cuestión, a proponer una interpretación evolutiva de la misma, siguiendo la línea de una jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia.

59. Si bien el Tribunal de Justicia actúa en el marco del aparato terminológico clásico del derecho de autor al definir los actos sujetos al derecho exclusivo del autor y al distinguirlos de los que no están sujetos a tal derecho, no efectúa una construcción teórica del derecho de autor. Tras habersele solicitado que interprete el Derecho de la Unión, en el presente asunto la Directiva 2001/29, aunque de manera abstracta y, por tanto, aplicable *erga omnes*, pero no obstante sobre la base de un litigio concreto que le ha sido sometido por un órgano jurisdiccional nacional, el Tribunal de Justicia debe dar una respuesta que permita a dicho órgano jurisdiccional establecer la responsabilidad de una parte por infracción de los derechos de autor. En consecuencia, el Tribunal de Justicia debe establecer las condiciones de esta responsabilidad, lo que va bastante más allá de la simple definición de los límites del acto sujeto al monopolio del autor. Un enfoque más restrictivo podría poner en peligro el efecto útil de la armonización llevada a cabo por la Directiva 2001/29, dejando a la apreciación forzosamente heterogénea de los órganos jurisdiccionales nacionales los elementos decisivos de dicha responsabilidad.⁴⁶

60. De este modo, el Tribunal de Justicia ha declarado que tanto la puesta a disposición y la gestión en Internet de una plataforma de intercambio de obras protegidas en una red entre pares (*peer-to-peer*) como la venta un reproductor multimedia en el que se han preinstalado hipervínculos que reenvían a sitios de Internet libremente accesibles para el público en los que se ponen a su disposición obras protegidas por derechos de autor sin la autorización de los titulares de tales derechos están comprendidas en el concepto de «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29,⁴⁷ si bien en ambos casos la verdadera puesta a disposición del público de las obras había tenido lugar en una etapa anterior. El Tribunal de Justicia se basó, aun así, en el papel fundamental y en el pleno de conocimiento de causa del usuario en cuestión al dar acceso efectivo a estas obras.⁴⁸

45 Véase, en el contexto de los hipervínculos, en particular, la sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartados 24 a 27.

46 Ya formulé observaciones similares en mis conclusiones presentadas en el asunto Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99), punto 3. Véase, en este sentido, Rosati, E.: «When Does a Communication to the Public under EU Copyright Law Need to Be to a “New Public”?», *SSRN* (papers.ssrn.com), 2 de julio de 2020. No obstante, véase también una postura opuesta en las conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard Øe presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando (C-682/18 y C-683/18, EU:C:2020:586), en particular los puntos 94 a 106.

47 Véanse, respectivamente, las sentencias de 14 de junio de 2017, Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:456), fallo, y de 26 de abril de 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300), punto 1 del fallo.

48 Sentencias de 14 de junio de 2017, Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:456), apartado 37, y de 26 de abril de 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300), apartado 50.

61. Este enfoque puede conducir asimismo a la mitigación de la responsabilidad. En un ámbito del derecho de autor diferente (más concretamente, en el ámbito de los derechos afines a los derechos de autor), el Tribunal de Justicia ha declarado que el derecho del productor de fonogramas a autorizar o prohibir la reproducción de su fonograma, reconocido en el artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29, no le permite oponerse a que un tercero use una muestra sonora de su fonograma con el fin de insertarla en otro fonograma cuando esa muestra sea incorporada de forma modificada y no resulte reconocible al escucharla,⁴⁹ si bien es evidente que todo uso de una muestra de un fonograma precisa reproducirla.

62. En cuanto a los hipervínculos, el enfoque el Tribunal de Justicia que se basa en la delimitación de las condiciones de la responsabilidad por infracciones de los derechos de autor explica, en particular, la introducción del elemento subjetivo en el análisis del acto que puede dar lugar a tales infracciones.⁵⁰

63. En mi opinión, el criterio del público nuevo, que, como ya se ha recordado, ha permitido al Tribunal de Justicia considerar que los hipervínculos no requerían, en principio, la autorización del titular de los derechos de autor⁵¹ debe comprenderse siguiendo el mismo razonamiento.

64. Cabe recordar que, con arreglo a este criterio, una comunicación secundaria de una obra al público efectuada por el mismo medio técnico y que se dirige al mismo público que fue tomado en consideración por el titular de los derechos de autor al efectuar la comunicación inicial no requiere una nueva autorización.⁵² Este es el caso de los hipervínculos que, utilizando el mismo medio técnico, a saber, la Red, se dirigen al mismo público que la comunicación inicial, a saber, el conjunto de los usuarios de Internet, si dicha comunicación inicial se efectuó sin restringir el acceso.

65. Pues bien, para empezar, el propio Tribunal de Justicia ya ha observado que esta solución podía estar justificada no tanto por la falta de un acto de comunicación, puesto que, en su opinión, dicha comunicación existe, sino por el hecho de que, conociendo la arquitectura de Internet (o, más concretamente, de la Red), se considera que, al autorizar la puesta a disposición del público sin restricciones de la obra, el titular de los derechos de autor también autorizó la colocación de hipervínculos que dan acceso a la misma. En efecto, el Tribunal de Justicia declaró que, si bien todo acto sujeto a un derecho exclusivo del autor requiere su consentimiento previo, la Directiva 2001/29 no exige que dicho consentimiento se dé necesariamente de manera expresa.⁵³

66. A continuación, el Tribunal de Justicia observó, refiriéndose expresamente a la sentencia Svensson y otros,⁵⁴ que, «en un asunto en el que se le había preguntado acerca del concepto de “público nuevo”, el Tribunal de Justicia estimó que, en un supuesto en el que un autor había autorizado, con carácter previo, de forma explícita y sin reservas, la publicación de sus artículos en el sitio web de un editor de prensa —sin hacer uso, por otra parte, de medidas técnicas que limitasen el acceso a dichas obras desde otros sitios web—, *podía considerarse, en esencia, que ese autor había autorizado la comunicación de tales obras a todos los internautas*».⁵⁵

67. Se debe analizar si tal consentimiento implícito del titular de los derechos de autor puede referirse efectivamente a «todos los internautas». Me parece que no.

49 Sentencia de 29 de julio de 2019, Pelham y otros (C-476/17, EU:C:2019:624), punto 1 del fallo.

50 Véanse los puntos 52 a 54 de las presentes conclusiones.

51 Véanse los puntos 37 a 39 de las presentes conclusiones.

52 Sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartado 24 y jurisprudencia citada.

53 Sentencia de 16 de noviembre de 2016, Soulier y Doke (C-301/15, EU:C:2016:878), apartados 33 a 35.

54 Sentencia de 13 de febrero de 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

55 Sentencia de 16 de noviembre de 2016, Soulier y Doke (C-301/15, EU:C:2016:878), apartado 36. El subrayado es mío.

68. En efecto, los límites de este postulado se pusieron de manifiesto en el asunto que dio lugar a la sentencia Renckhoff.⁵⁶ Dicho asunto no versaba sobre un hipervínculo que dirigía a una obra protegida, sino sobre una obra que se había descargado de un sitio de Internet en el que se había puesto a disposición del público con la autorización del autor y que seguidamente fue puesta en línea, sin su autorización, en otro sitio de Internet.

69. Pues bien, si el criterio del público nuevo debiera aplicarse al pie de la letra,⁵⁷ dicho acto no estaría sujeto al derecho exclusivo del titular de los derechos de autor, pues, en la medida en que la obra en cuestión estaba disponible con la autorización de dicho titular en el primer sitio de Internet (o en cualquier otro sitio, no necesariamente el sitio desde el que se copió la obra), la puesta a disposición en el segundo sitio de Internet no se dirigía a un público nuevo, al haberse tomado en consideración a todos los usuarios de Internet en el momento en que se efectuó la primera puesta a disposición. Así, el titular de los derechos de autor perdería el control sobre la difusión de obra, lo que, como reconoció el Tribunal de Justicia en su sentencia, podría dar lugar al agotamiento de su derecho exclusivo.⁵⁸

70. En consecuencia, el Tribunal de Justicia consideró que era preciso limitar el alcance del criterio del público nuevo mediante una modificación de la definición del público que supuestamente tomó en consideración el titular de los derechos de autor al efectuar la puesta a disposición inicial de la obra. Así, el Tribunal de Justicia declaró que dicho público estaba integrado únicamente por los usuarios del sitio de Internet en el que se efectuó la puesta a disposición inicial «y no por los usuarios del sitio de Internet en el que la obra fue posteriormente puesta en línea sin autorización del titular, o por otros internautas».⁵⁹

71. De este modo, tras la sentencia Renckhoff,⁶⁰ la ficción jurídica según la cual toda puesta a disposición del público de una obra protegida en un sitio de Internet de acceso libre se dirige al conjunto de los usuarios (efectivos y potenciales) de Internet tampoco puede sostenerse ya en el contexto de los hipervínculos. No solo da lugar a un agotamiento *de facto* del derecho de comunicación al público en Internet, sino que es lógicamente incompatible con esa sentencia.

72. Imaginemos, en efecto, las consecuencias de la sentencia Svensson y otros⁶¹ en una situación similar a la del asunto que dio lugar a la sentencia Renckhoff. Según esta última sentencia, el hecho de haber descargado la obra protegida desde un sitio de Internet en el que se había puesto a disposición del público con la autorización del titular de los derechos de autor y de colocarla en otro sitio de Internet vulnera los derechos de dicho titular. En cambio, el hecho de colocar en el segundo sitio de Internet un enlace que dirige a esta misma obra, disponible en el primer sitio, incluso si se utiliza el *framing*, de manera que parece que la obra está colocada en el segundo sitio, no estaría sujeto al monopolio del autor y, por lo tanto, no vulneraría dicho monopolio.⁶² Sin embargo, el público de la puesta a disposición inicial sería en los dos casos el mismo: ¡el conjunto de los usuarios de Internet!

73. En consecuencia, procede considerar, como hizo el Tribunal de Justicia en la sentencia Renckhoff,⁶³ que el público que el titular de los derechos de autor tomó en consideración al poner a disposición una obra en un sitio de Internet está formado por el público que consulta dicho sitio. Esta definición del público tomado en consideración por el titular de los derechos de autor refleja acertadamente, desde

56 Sentencia de 7 de agosto de 2018 (C-161/17, EU:C:2018:634).

57 Como, por lo demás, defendió la parte demandante en el litigio principal en dicho asunto (véase la sentencia de 7 de agosto de 2018, Renckhoff, C-161/17, EU:C:2018:634), apartado 27.

58 Sentencia de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), apartado 33.

59 Sentencia de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), apartado 35. El subrayado es mío.

60 Sentencia de 7 de agosto de 2018 (C-161/17, EU:C:2018:634).

61 Sentencia de 13 de febrero de 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

62 De conformidad con la sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76).

63 Sentencia de 7 de agosto de 2018 (C-161/17, EU:C:2018:634), apartado 35.

mi punto de vista, la realidad de Internet. En efecto, si bien es cierto que un sitio de Internet de acceso libre puede, en teoría, ser visitado por cualquier usuario de Internet, en la práctica el número de usuarios potenciales que pueden acceder al mismo es sin duda mayor o menor, pero se determina aproximadamente. El titular de los derechos de autor tiene en cuenta la amplitud de ese círculo de usuarios potenciales al autorizar la puesta a disposición de su obra. Esto es importante, en particular, cuando dicha puesta a disposición se efectúa bajo una licencia, puesto que el número potencial de visitantes estimado puede constituir un factor importante en la determinación del precio de la licencia.

74. Pues bien, es posible acceder a dicho sitio de Internet, y esta será incluso la forma más habitual de acceder, a través de un hipervínculo. El público del sitio que contiene el enlace se convierte así en el público del sitio de destino del enlace, es decir, el público tomado en consideración por dicho titular de los derechos de autor.

75. En resumen, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los hipervínculos, o más en general a la comunicación de las obras al público en Internet, debe entenderse, en mi opinión, en el sentido de que, al autorizar la puesta a disposición del público de su obra en una página web de acceso libre, el titular de los derechos de autor toma en consideración el conjunto del público que puede acceder a dicha página web, incluido a través de hipervínculos. En consecuencia, estos enlaces, aunque constituyen actos de comunicación puesto que dan acceso directo a la obra, están cubiertos en principio por la autorización que el titular de los derechos de autor concedió cuando se efectuó la puesta a disposición inicial y no requieren una autorización adicional.

Aplicación en los casos de inserción de las obras en páginas web desde otros sitios de Internet

Alcance de la cuestión prejudicial

76. Cabe recordar que, mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide si la inserción mediante *framing* en un sitio de Internet de una obra protegida que está puesta a disposición del público, con la autorización del titular de los derechos de autor, en otro sitio de Internet de acceso libre constituye una comunicación al público de dicha obra, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, en caso de que se produzca eludiendo las medidas de protección contra el *framing* adoptadas o impuestas por el titular del derecho en el segundo sitio de Internet.

77. Conviene aclarar antes que nada una serie de aspectos terminológicos. La terminología relativa a Internet no se ha establecido con una claridad cartesiana, y los términos *framing*, *inline linking* y *embedding* se utilizan a veces como sinónimos. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha adoptado en su jurisprudencia el término francés «transclusion», que parece poder referirse a todas estas técnicas. Aunque el órgano jurisdiccional remitente se refiere en su cuestión al *framing*, parece razonable suponer, desde mi punto de vista, que el problema que plantea el litigio principal atañe, o puede atañer, a todas las formas de insertar en una página web un recurso procedente de otro sitio de Internet.

78. Pues bien, las técnicas que permiten lograr este resultado no se limitan al *framing*, que consiste en dividir la pantalla en varias partes, de manera que cada una de ellas puede mostrar el contenido de otro sitio de Internet. En particular, el *inline linking* permite insertar un elemento, habitualmente un archivo gráfico o audiovisual, en una página web desde otro sitio de Internet.⁶⁴ El elemento insertado aparece así en la pantalla automáticamente sin que el usuario tenga que pulsar sobre el enlace. Este automatismo me parece mucho más importante desde el punto de vista del derecho de autor que el uso o no del *framing*. A continuación expondré esta idea más detalladamente.

79. Existen medidas tecnológicas de protección contra estos tipos de enlaces. Estas medidas consisten, en particular, en la introducción de instrucciones en el código HTML de la página web protegida que no permiten que el enlace funcione, que impiden que la página se abra en un marco (*frame*), exigiendo una página o pestañas nuevas, o incluso que envían en lugar del elemento deseado otra imagen, por ejemplo, una advertencia sobre los derechos de autor.

80. Por lo tanto, ha de entenderse que la cuestión prejudicial se refiere a si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que la inserción de una obra que se ha puesto a disposición del público en un sitio de Internet de acceso libre, con el consentimiento del titular de los derechos de autor, en otro sitio de Internet mediante hipervínculos de forma tal que la obra aparece en este segundo sitio de Internet como si formara parte integrante del mismo constituye una comunicación al público, en el sentido de esta disposición, si tal inserción se efectúa eludiendo las medidas de protección contra dicho uso de la obra.

Enlaces sobre los que se puede pulsar

81. Como ya se ha recordado, con arreglo a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el hecho de colocar un hipervínculo que dirige a una obra protegida por derechos de autor que está puesta a disposición del público en otro sitio de Internet de acceso libre con el consentimiento del titular de los derechos de autor constituye un acto de comunicación de dicha obra en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

82. Por este motivo, no comparto el análisis de SPK según el cual de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los hipervínculos que dirigen a obras protegidas, incluidos los que utilizan el *framing* o técnicas similares, se encuentran fuera del ámbito de los derechos exclusivos de los titulares de los derechos de autor, de manera que no existe en ningún caso comunicación al público, ni siquiera cuando esos titulares adopten medidas de protección contra el uso de dichos enlaces.

83. En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la colocación del hipervínculo es efectivamente un acto pertinente desde el punto de vista del derecho de autor, puesto que da acceso directo a la obra. Sin embargo, dicho acto no requiere una autorización adicional del titular de los derechos de autor, dado que, al dirigirse al público que ya fue tomado en consideración por este al efectuar la puesta a disposición inicial, está cubierto por la autorización que dicho titular concedió en el momento de la comunicación inicial.

84. En lo que atañe a la definición del público que fue tomado en consideración por dicho titular, propongo que se considere, a la luz del conjunto de la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia, que este está formado por el público, incluso potencial, del sitio de Internet en el que se efectuó la puesta a disposición inicial.⁶⁵

⁶⁴ Véanse los puntos 9 y 10 de las presentes conclusiones.

⁶⁵ Véase el punto 73 de las presentes conclusiones.

85. Este público puede acceder a dicho sitio de distintas formas, en particular a través de hipervínculos. Esta afirmación no plantea ningún problema en el caso de los enlaces simples, que redirigen a la página de inicio del sitio. Lo mismo cabe decir, en mi opinión, en el caso de los enlaces profundos que dirigen a páginas concretas de un sitio. De hecho, nadie puede esperar que su obra sea siempre leída o vista empezando por la primera página o por la secuencia de apertura. Además, el problema que se plantea no tiene tanto que ver con el acceso a las obras propiamente dicho, sino con las circunstancias que rodean dicho acceso, como la omisión de la publicidad que pueda estar asociada a la obra y que supone una fuente de ingresos para el titular de los derechos de autor. Esto no debería, sin embargo, determinar el alcance de los derechos exclusivos de dicho titular.

86. El uso del *framing*, y más concretamente del *inline frame*, plantea una serie de cuestiones más delicadas. En efecto, en este caso resulta difícil determinar si debe considerarse que el público que accede de esta manera a un sitio de Internet desde otro sitio fue tomado en consideración por el titular de los derechos de autor cuando se efectuó la puesta a disposición inicial de la obra en el primer sitio de Internet.

87. A mi modo de ver, está muy claro que debe darse una respuesta afirmativa cuando el objeto del *framing* consiste en un sitio de Internet en su conjunto o en una página completa de ese sitio. Es cierto que utilizar de este modo un sitio de Internet de un tercero puede constituir un abuso y ocasionar una serie de problemas desde el punto de vista de los derechos morales del autor, del derecho de marcas o incluso de la competencia leal. Sin embargo, desde el punto de vista del acceso a la obra, y por lo tanto del derecho de comunicación al público, esta situación no es diametralmente opuesta a la de los enlaces clásicos. Los usuarios acceden efectivamente al sitio de Internet de destino del enlace y, aunque este se muestra en el interior de la página que contiene el enlace, constituyen el público de este sitio, es decir, el público que el titular de los derechos de autor tomó en consideración cuando se puso la obra a disposición en dicho sitio.

88. El caso de los enlaces que dirigen a elementos específicos de una página web (por ejemplo, imágenes o archivos audiovisuales) es más problemático, sobre todo cuando el elemento da la impresión de ser una parte integrante de otro sitio mediante el uso del *framing* o del *inline frame*. Sin embargo, también en esta situación, al pulsar sobre el enlace, el usuario establece una conexión con el sitio de origen del elemento enlazado, dando lugar de esta forma a una transmisión de dicho elemento. En consecuencia, debe considerarse que este usuario forma parte del público de dicho sitio, es decir, del público que el titular de los derechos de autor tomó en consideración cuando autorizó la puesta a disposición de su obra en ese sitio.

89. Además, la necesidad de activar un enlace advierte al usuario de que accede a un contenido que no forma parte integrante de la página web que contiene ese enlace. Aunque es posible ocultar en mayor o menor medida la autoría de dicho contenido, un usuario razonablemente informado del funcionamiento de Internet debe suponer que el contenido al que dirige el enlace puede proceder de una fuente distinta de la página web que está consultando. El titular de los derechos de autor podrá invocar entonces los derechos morales, e incluso, cuando proceda, derechos que formen parte de otros ámbitos de la propiedad intelectual, como el derecho de marcas, para luchar contra posibles abusos.⁶⁶

90. Me parece, además, difícil trazar aquí una línea divisoria clara, ya que las situaciones pueden ser muy diversas: *framing* de los sitios de Internet o de las páginas web cuyo único contenido significativo está formado por obras protegidas o que constituyen ellos mismos obras protegidas, enlaces profundos que dirigen a prestaciones protegidas que se abren en una ventana independiente del navegador indicando o no la dirección del sitio de origen, enlaces simples que dirigen a sitios cuya página de inicio o el propio sitio constituyen obras protegidas, etc. El análisis de estas distintas situaciones

⁶⁶ Tales como, por ejemplo, el plagio.

exigiría llevar a cabo apreciaciones fácticas caso por caso, que podrían dar lugar a resultados aleatorios. Sin embargo, el círculo de personas que pueden acceder a su obra y que se considera que el titular de los derechos de autor tuvo en cuenta al poner dicha obra a disposición no puede depender de estas apreciaciones fácticas.⁶⁷

91. En consecuencia, soy de la opinión de que, en el caso de las obras protegidas por derechos de autor que han sido puestas a disposición del público en un sitio de Internet de acceso libre con la autorización del titular de los derechos de autor, se debe considerar que el público que accede a dichas obras a través de enlaces sobre los que se puede pulsar mediante la técnica del *framing*, incluido el *inline frame*, forma parte del público que dicho titular tomó en consideración cuando efectuó la puesta a disposición inicial de esas obras.⁶⁸ Desde luego, esta apreciación no se aplica cuando los enlaces eluden las medidas de restricción de acceso ni cuando dichos enlaces redirigen a obras que se han puesto a disposición del público sin la autorización del titular de los derechos de autor, ya que en estas situaciones se aplican las soluciones que se exponen, respectivamente, en las sentencias Svensson y otros⁶⁹ y GS Media.⁷⁰

Inserción (embedding)

92. Me dispongo ahora a analizar la situación en la que las obras protegidas por derechos de autor contenidas en otros sitios de Internet se insertan en una página web y aparecen automáticamente al abrir dicha página sin que el usuario lleve a cabo ninguna acción adicional (*inline links*). Calificaré esta técnica de «enlaces automáticos». La situación de estos enlaces automáticos es, a mi modo de ver, diferente en diversos aspectos de la de los enlaces sobre los que se puede clicar, incluidos aquellos que utilizan el *framing*.⁷¹

– Los enlaces automáticos como comunicación al público

93. Un enlace automático muestra el recurso como si fuera un elemento que forma parte integrante de la página web que contiene dicho enlace. En consecuencia, el usuario no observa ninguna diferencia entre una imagen insertada en una página web desde el mismo servidor y una imagen insertada desde otro sitio de Internet. Si, en el asunto que dio lugar a la sentencia Renckhoff,⁷² el propietario del sitio en el que se efectuó la comunicación secundaria hubiera colocado un enlace automático que dirigiese a la imagen en cuestión en lugar de haberla reproducido y puesto en línea desde su propio servidor, el resultado para el público habría sido idéntico. El *modus operandi* únicamente difiere «entre bastidores».

67 Véase, en este sentido, la sentencia de 16 de noviembre de 2016, Soulier y Doke (C-301/15, EU:C:2016:878), apartado 38.

68 Asimismo, cabe precisar que el hecho de activar un enlace con un «clic» debe diferenciarse de las acciones que el usuario debe llevar a cabo en Internet con otros fines, por ejemplo, para poner en marcha un vídeo o una grabación sonora, y que también precisan que se clique sobre ellos. Estas acciones carecen de importancia desde el punto de vista de la comunicación al público, puesto que tienen lugar *después* de que el usuario tenga acceso a la obra.

69 Sentencia de 13 de febrero de 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

70 Sentencia de 8 de septiembre de 2016 (C-160/15, EU:C:2016:644).

71 La jurisprudencia y la doctrina estadounidenses también parten del postulado de que no debe tratarse del mismo modo a todas las categorías de enlaces únicamente porque su funcionamiento técnico es similar. Los pasajes que siguen están ampliamente inspirados en Ginsberg, J. C. y Budiardjo, L.A., «Embedding Content or Interring Copyright: Does the Internet Need the “Server Rule”?», *Columbia Journal of Law & the Arts*, n.º 42/2019, p. 417, a pesar de que estos autores proponen que se considere que tanto el *inline linking* como el *framing* están sujetos al derecho exclusivo del autor.

72 Sentencia de 7 de agosto de 2018 (C-161/17, EU:C:2018:634).

94. Por lo tanto, los enlaces automáticos permiten explotar sin autorización una obra de un tercero en Internet del mismo modo, en la práctica, que una reproducción y una puesta a disposición del público autónoma. Al mismo tiempo, el pretexto del uso de la tecnología del hipervínculo confiere a esta práctica una apariencia de legalidad, dado que la puesta en línea de la obra se efectúa, técnicamente hablando, exclusivamente desde el servidor que aloja el sitio de origen de la obra.⁷³

95. Sin embargo, en el caso de los enlaces automáticos, el público que disfruta de la obra no puede en ningún caso tener la consideración de público del sitio de origen de dicha obra. En efecto, para el público ya no existe ninguna vinculación con el sitio de origen, puesto que todo tiene lugar en el sitio que contiene el enlace. El público que se beneficia de la obra es, por lo tanto, el público de este último sitio. No cabe presumir, en mi opinión, que el titular de los derechos de autor haya tomado en consideración dicho público al dar su autorización para la puesta a disposición inicial, salvo que se retome la conceptualización del público según la cual este está formado por el conjunto de los usuarios de Internet,⁷⁴ lo que es contrario a la sentencia Renckhoff.⁷⁵ Pues bien, en la medida en que el efecto de un enlace automático es el mismo que el de una reproducción que se pone a disposición del público de manera autónoma, no veo ninguna razón para tratarlos de forma diferente. Esa diferencia de trato privaría de efecto útil tanto a la jurisprudencia establecida en la sentencia Renckhoff como al derecho exclusivo del autor, de carácter preventivo, si fuera posible, en lugar de reproducir una obra y ponerla en línea, insertarla simplemente en su propio sitio de Internet a través de un enlace automático.⁷⁶

96. Esto es tanto más cierto si se tiene en cuenta que la situación de un enlace automático difiere de la de un enlace sobre el que se puede clicar también desde el punto de vista de la concepción del derecho de comunicación al público regulado en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

97. Cabe recordar que este derecho exclusivo engloba los actos de puesta a disposición del público de la obra de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ella desde el lugar y en el momento que elija. Esta es la manera habitual en que se efectúa la comunicación al público en la Red. La obra se pone así a disposición en un sitio de Internet, de manera que los usuarios activan su transmisión al acceder a dicho sitio. En el caso de los enlaces sobre los que se puede clicar, lo que da lugar a dicha transmisión es el acto de activar el enlace y, por lo tanto, la acción del usuario.

98. En el caso de un enlace automático, la transmisión desde el sitio de origen de la obra se activa a través del automatismo inscrito en el código HTML del sitio que contiene el enlace. Este último sitio es, por lo tanto, el generador de la comunicación. Su propietario desempeña un papel decisivo en la comunicación de la obra objeto del enlace a un público que no fue tomado en consideración por el titular de los derechos de autor cuando efectuó la puesta a disposición inicial, a saber, el público de su propio sitio de Internet.⁷⁷ De este modo, lleva a cabo un acto de comunicación adicional (acto de transmisión), independiente tanto de la puesta a disposición del público de la obra, que tiene lugar en el sitio de origen de esta, como del acto de dar acceso directo a dicha obra que constituye el hecho de colocar un enlace. Este acto adicional requiere la autorización del titular de los derechos de autor de la obra en cuestión.

73 Dejo de lado otros efectos adversos de los enlaces automáticos que no están comprendidos en el ámbito de los derechos patrimoniales del autor, como la violación de los derechos morales, la privación de los ingresos publicitarios vinculados a la explotación de la obra, la competencia desleal e incluso el fenómeno del «robo de ancho de banda» (uso del ancho de banda del servidor del sitio de Internet de destino del enlace en beneficio del sitio que contiene el enlace).

74 Véanse los puntos 68 a 72 de las presentes conclusiones.

75 Sentencia de 7 de agosto de 2018 (C-161/17, EU:C:2018:634).

76 Véase, en este sentido, la sentencia de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), apartado 30.

77 Véase, en este sentido, la sentencia de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), apartados 45 y 46.

99. Es cierto que, en el caso del enlace automático, a diferencia de la situación existente en el asunto que dio lugar a la sentencia Renckhoff, el titular de los derechos de autor conserva, en principio, el control final sobre la comunicación de la obra, puesto que puede retirar dicha obra del sitio de origen, haciendo que queden obsoletos todos los enlaces que dirigen a la misma.⁷⁸

100. No obstante, en primer lugar, como subraya acertadamente el Gobierno francés, colocar al titular de los derechos de autor ante la disyuntiva categórica de tolerar el uso no autorizado de la obra por terceros o de renunciar a su uso por sí mismo iría en contra de la idea misma del Derecho de autor. El objetivo del Derecho de autor es, en efecto, permitir al titular elegir libremente la manera en que desea explotar la obra y obtener beneficios de la misma, sin que dicha explotación pueda dar lugar a un uso posterior no autorizado de la obra en cuestión.

101. En segundo lugar, el titular de los derechos de autor no siempre tiene la posibilidad de retirar la obra de un sitio de Internet, puesto que su uso puede estar sujeto a un contrato de licencia.⁷⁹ De este modo, dicho titular estaría obligado a revocar su consentimiento para la explotación de la obra, con todas las consecuencias jurídicas y económicas que este acto llevaría aparejadas.

102. Por último, en tercer lugar, la pérdida de control del titular de los derechos de autor sobre su obra no es en modo alguno un requisito para la existencia de un acto sujeto al monopolio del titular y, por lo tanto, de una vulneración de dicho monopolio cuando este acto se lleva a cabo sin su autorización. En particular, en el caso de la comunicación al público, la comunicación secundaria puede constituir un acto de este tipo, aun siendo dependiente de la comunicación inicial efectuada por el titular de los derechos de autor o con su autorización.⁸⁰

103. En consecuencia, este control teórico que el titular de los derechos de autor ejerce sobre la puesta a disposición inicial de la obra no puede, a mi modo de ver, determinar la apreciación desde el punto de vista del derecho de autor del uso posterior de dicha obra en forma de enlace automático.

104. Lo mismo cabe decir del hecho de que sea relativamente fácil dejar obsoleto un enlace automático mediante la modificación de la dirección URL de la obra en cuestión, por ejemplo, modificando el nombre del archivo que contiene dicha obra. Por una parte, el titular de los derechos de autor no siempre tiene el control de la puesta a disposición inicial de la obra, en particular cuando esta se efectúa en el sitio de Internet de un licenciataria. Por lo tanto, no siempre puede decidir libremente modificar la dirección de la obra, del mismo modo que no puede retirarla del sitio de Internet. Por otra parte, esta medida solo es posible cuando se detecte el uso de la obra en forma de enlace automático, mientras que los derechos exclusivos del autor tienen carácter preventivo, como subraya el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia.⁸¹

105. Por estas razones, procede, en mi opinión, efectuar una distinción entre los enlaces «sobre los que se puede pulsar», a los que se refiere la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y los enlaces automáticos, que muestran el recurso al que dirige el enlace automáticamente en la página web que contiene dicho enlace sin que el usuario lleve a cabo ninguna acción. En efecto, cuando estos enlaces automáticos dirigen a obras protegidas por derechos de autor, existe, tanto desde el punto de vista técnico como funcional, un acto de comunicación de la obra que se dirige a un público que no fue tomado en consideración por el titular de los derechos de autor cuando efectuó la puesta a disposición inicial, a saber, el público de un sitio de Internet diferente de aquel en el que se produjo la puesta a disposición inicial.

78 Sentencia de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), apartados 30 y 44.

79 En el asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), la reproducción de la obra no se llevó a cabo desde un sitio perteneciente al titular de los derechos de autor, sino a un licenciataria.

80 Por ejemplo, una retransmisión de la señal de la televisión en las habitaciones de un hotel; véase la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764).

81 Sentencia de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), apartado 29.

– *La situación de los titulares de los derechos de autor*

106. Esta interpretación daría a los titulares de los derechos de autor instrumentos jurídicos de protección contra la explotación no autorizada de sus obras en Internet. Se reforzaría así su posición negociadora para la concesión de licencias de uso de dichas obras. En efecto, ¿quién aceptaría pagar un precio razonable por la utilización de una obra en Internet si fuera posible y totalmente legal colocar gratuitamente un enlace automático que dirigiese al sitio de Internet del autor o a cualquier otro sitio en el que la obra en cuestión está a disposición del público?

107. Esta solución permite asimismo cierta flexibilidad en aquellos casos en los que los titulares de los derechos de autor deseen autorizar la colocación de enlaces automáticos que dirijan a sus obras. En efecto, algunos autores publican sus obras en Internet con miras a conseguir una distribución lo más amplia posible de las mismas, sin querer obtener beneficios directamente de dichas obras. Así, estos autores podrían acompañar la puesta a disposición de su obra en Internet de una licencia que especifique los modos de uso autorizados (por ejemplo, uso comercial o no) y las condiciones de dicho uso (por ejemplo, la indicación del nombre del autor), de manera similar al sistema de las licencias «Creative Commons».⁸² Las plataformas de intercambio de contenidos en Internet ya regulan esta cuestión en sus políticas relativas a la reutilización del contenido descargado por los usuarios, dejando a estos últimos un grado mayor o menor de libertad a este respecto.⁸³ Aunque la cuestión polémica en ocasiones consiste en si estas licencias cubren los enlaces automáticos o el *framing*, el origen de la misma tiene que ver con la incertidumbre que rodea estas técnicas desde el punto de vista del derecho de autor. Una vez que se aclare esta incertidumbre, las plataformas podrán adaptar sus condiciones de uso en consecuencia.⁸⁴

108. Por otra parte, algunos enlaces automáticos que dirigen a obras que se encuentran a disposición del público en Internet podrían sin duda quedar comprendidos dentro del ámbito de aplicación de las excepciones al derecho de la comunicación al público previstas en el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2001/29. Me refiero aquí, en particular, a las excepciones de cita, así como de caricatura, parodia o pastiche [respectivamente, artículo 5, apartado 3, letras d) y k), de la Directiva 2001/29] que pueden cubrir gran parte de las prácticas habituales en Internet. Estos usos deberían, naturalmente, cumplir los requisitos para la aplicación de dichas excepciones.

– *Auto BestWater International*

109. Por último, pudiera parecer que la interpretación propuesta no se ajusta plenamente a la solución adoptada en el auto BestWater International.⁸⁵ Sin embargo, es preciso formular las siguientes observaciones en relación con este auto.

82 Las licencias Creative Commons constituyen un conjunto de licencias que regulan las condiciones de reutilización y de distribución de obras, en particular en Internet, elaborado por una organización sin ánimo de lucro epónima con sede en Estados Unidos. Este sistema prevé distintas licencias en función de tres criterios que el autor de la obra puede combinar libremente en el momento en que efectúa su puesta a disposición: usos comercial o no comercial, carácter modificable o no modificable de la obra original y la posible condición de la distribución de la obra resultante bajo la misma licencia. Un sistema de signos, insertados en la obra mediante códigos HTML, permite informar al público de la licencia aplicable.

83 Por ejemplo, las condiciones de uso del servicio YouTube estipulan: «[...] otorgas a cada usuario del Servicio una licencia mundial, no exclusiva, gratuita y libre de regalías para acceder a tu Contenido a través del Servicio y para utilizar dicho Contenido (incluyendo para reproducirlo, distribuirlo, modificarlo, transformarlo, mostrarlo, comunicarlo al público y representarlo) en la medida de lo permitido por las funciones del Servicio.»

84 Esta polémica ha surgido recientemente con relación a otra plataforma de intercambio de contenido, Instagram: <https://arstechnica.com/tech-policy/2020/06/instagram-just-threw-users-of-its-embedding-api-under-the-bus>.

85 Auto de 21 de octubre de 2014 (C-348/13, no publicado, EU:C:2014:2315).

110. Este auto se basa en la afirmación, contenida en la sentencia Svensson y otros, de que la conclusión de que un enlace sobre el que se puede pulsar no constituye una comunicación de la obra a un público nuevo «no se vería afectada por el hecho de que el tribunal remitente comprobare [...] que, cuando los internautas pulsaran sobre el enlace de que se trata, la obra aparece dando la impresión de que se muestra en la página en la que se encuentra el enlace mientras que dicha obra procede en realidad de otra página». ⁸⁶ En el auto BestWater International, esta situación se equiparó «en esencia» a la de un *inline link*. ⁸⁷

111. Sin embargo, como ya he señalado en los puntos 93 a 105 de las presentes conclusiones, existe una diferencia sustancial entre la inserción de un recurso mediante una técnica de tipo *inline linking* y los enlaces sobre los que se puede pulsar, aun cuando estos utilicen el *framing*. Pues bien, la sentencia Svensson y otros ⁸⁸ solo se refiere a los enlaces sobre los que se puede pulsar. En consecuencia, dicha sentencia no podía servir legítimamente de fundamento para la adopción de un auto relativo al *inline linking*. Por otra parte, parece que el litigio principal en dicho asunto versaba sobre un enlace sobre el que se podía pulsar. El fallo del auto BestWater International no menciona el *inline linking*, sino únicamente el *framing*. ⁸⁹

112. Y lo que es más, el órgano jurisdiccional remitente, en la formulación de la cuestión prejudicial en el asunto que dio lugar al auto BestWater International, ⁹⁰ y, posteriormente, dicho auto no tuvieron en cuenta una serie de circunstancias de hecho que, si se hubieran tenido en cuenta, deberían haber llevado a adoptar una solución diferente en dicho asunto. En primer lugar, ese asunto versaba sobre la inserción en un sitio de Internet de una obra audiovisual puesta en línea en la plataforma YouTube. Pues bien, como ya se ha mencionado, ⁹¹ las condiciones de uso de esta plataforma contienen una licencia expresa para la utilización por terceros de los contenidos publicados en línea en esta plataforma. A mi leal saber y entender, este era el caso ya en el momento en que sucedieron los hechos del litigio principal en el asunto en cuestión. En segundo lugar, la obra de que se trataba se había puesto a disposición del público en dicha plataforma sin la autorización del titular de los derechos de autor. ⁹² Por tanto, es posible que el asunto debiera haberse dirimido con arreglo a los principios establecidos posteriormente por el Tribunal de Justicia en su sentencia GS Media. ⁹³

113. Habida cuenta de cuanto antecede, soy de la opinión de que no cabe considerar que el auto BestWater International ⁹⁴ constituye un precedente vinculante por lo que se refiere a la apreciación de los enlaces automáticos a la luz del derecho de comunicación al público establecido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

– *El equilibrio entre los distintos intereses en juego*

114. La diferencia de trato que propongo aplicar, por una parte, a los enlaces sobre los que se puede pulsar que utilizan el *framing* y, por otra parte, a los enlaces automáticos, de acuerdo con la definición anterior, puede no parecer justificada de manera evidente. En efecto, una vez que el usuario pulsa sobre el enlace, el resultado de estas dos técnicas es, desde su punto de vista, similar: el objeto del

86 Sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartado 29. El subrayado es mío.

87 Auto de 21 de octubre de 2014, BestWater International (C-348/13, no publicado, EU:C:2014:2315), apartado 17.

88 Sentencia de 13 de febrero de 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

89 Auto de 21 de octubre de 2014, BestWater International (C-348/13, no publicado, EU:C:2014:2315), apartado 5 y fallo.

90 Auto de 21 de octubre de 2014 (C-348/13, no publicado, EU:C:2014:2315).

91 Véase la nota 83 de las presentes conclusiones.

92 Auto de 21 de octubre de 2014, BestWater International (C-348/13, no publicado, EU:C:2014:2315), apartado 4, última frase.

93 Sentencia de 8 de septiembre de 2016 (C-160/15, EU:C:2016:644).

94 Auto de 21 de octubre de 2014 (C-348/13, no publicado, EU:C:2014:2315).

enlace se muestra como parte integrante de la página web que contiene dicho enlace. Así, cabría preguntarse fundadamente si los enlaces sobre los que se puede pulsar que utilizan el *framing* no deberían, al igual que los enlaces automáticos, ser considerados actos de comunicación al público cuando dirigen a obras protegidas por derechos de autor.

115. Sin embargo, aparte de las diferencias técnicas y funcionales que existen entre estos dos tipos de enlaces descritas en los puntos 93 a 98 de las presentes conclusiones, considero que la distinción que propongo permite lograr de la mejor manera posible uno de los objetivos de la Directiva 2001/29, a saber, garantizar un justo equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos de autor y los de los usuarios.⁹⁵ En efecto, el usuario a menudo tendría cierta dificultad para saber con seguridad si la prestación a la que dirige el enlace que ha colocado en su página web constituye una obra protegida por derechos de autor. Ni siquiera un enlace simple está exento de todo riesgo, puesto que la página de inicio de un sitio de Internet o este sitio entero puede constituir una obra de estas características. Esta dificultad tendría por efecto disuadir a los usuarios de Internet, en una medida en mi opinión desproporcionada respecto a los intereses legítimos de los titulares de los derechos de autor, de utilizar el *framing*, que constituye no obstante una técnica extendida en Internet y que contribuye efectivamente a su funcionamiento y al atractivo de numerosos sitios de Internet.

116. En cambio, cabe señalar, por una parte, que la distinción entre enlaces sobre los que se puede pulsar y enlaces automáticos es fácilmente perceptible por cualquier usuario de Internet y no debería crear ninguna incertidumbre. Además, es poco común que los enlaces automáticos se utilicen para insertar páginas o incluso sitios de Internet enteros. Esta técnica se emplea normalmente para insertar archivos gráficos y audiovisuales.

117. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha hecho hincapié en que los hipervínculos contribuyen al buen funcionamiento de Internet permitiendo la difusión de información en esta red,⁹⁶ lo cual es sin duda cierto por lo que se refiere a los enlaces sobre los que se puede pulsar.⁹⁷ En cambio, considero que no cabe decir lo mismo de los enlaces automáticos. Al contrario, estos enlaces «aspiran» el contenido presente en la Red, dispensando a los usuarios de «navegar» entre los distintos sitios de Internet. De este modo, contribuyen a la monopolización de la Red y a la concentración de la información en un número restringido de servicios dominante en el mercado que pertenecen a un número aún más limitado de sociedades.

118. Me parece, pues, que el equilibrio entre los diferentes intereses en juego justifica una diferencia de trato entre los enlaces sobre los que se puede pulsar, incluidos los que utilizan el *framing*, y los enlaces automáticos. Si bien, en efecto, cabe presumir que los titulares de los derechos de autor tuvieron en cuenta los primeros cuando autorizaron la puesta a disposición en Internet de sus obras, no se les puede exigir que toleren los segundos.

119. De este modo, propongo que se declare que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que constituye una comunicación al público, en el sentido de esta disposición, el hecho de insertar en una página web obras protegidas por derechos de autor que han sido puestas a disposición del público en otros sitios de Internet de acceso libre con la autorización del titular de los derechos de autor de manera tal que estas obras aparecen automáticamente al abrir dicha página, sin que el usuario lleve a cabo ninguna acción adicional.

120. Esta consideración se aplica independientemente de que la obra se inserte, en su caso, en forma de miniatura (*thumbnail*) o de que, como sucede en el litigio principal, la fuente de la inserción sea una miniatura de la obra original. En efecto, la modificación del tamaño no incide en la apreciación de la existencia de un acto de comunicación al público, en tanto que los elementos originales de la

⁹⁵ Considerando 31 de la Directiva 2001/29.

⁹⁶ Sentencia de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), apartado 40 y jurisprudencia citada.

⁹⁷ Véase el punto 5 de las presentes conclusiones.

obra sean perceptibles.⁹⁸ Además, el tamaño de una imagen en una página web es relativo, puesto que depende de la resolución de la imagen y del tamaño de la pantalla en la que se visualiza. El tamaño de la visualización no solo se adapta al diseño de la página web, sino también, por lo general, al tamaño de la pantalla del dispositivo en el que se abre esta página. En cambio, las imágenes raramente se muestran a tamaño real, puesto que dicho tamaño suele superar, por lo que se refiere a los archivos modernos, el tamaño de una pantalla estándar de ordenador. En consecuencia, resulta difícil determinar qué constituye una miniatura o el tamaño «normal» de la imagen.

Medidas de protección

121. La interpretación que propongo que se dé en relación con los enlaces automáticos no responde, sin embargo, plenamente a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente. En efecto, el hecho de considerar los enlaces automáticos como actos de comunicación al público no resuelve el problema, planteado en la cuestión prejudicial, de si la utilización del *framing* en el caso de los enlaces sobre los que se puede pulsar debe considerarse también como una comunicación al público cuando dichos enlaces eluden las medidas tecnológicas de protección contra el *framing*.

122. Según VG Bild-Kunst, el Gobierno francés y la Comisión, debe responderse afirmativamente a esta cuestión. En esta línea también se sitúa la postura del órgano jurisdiccional remitente.

123. Debo admitir que esta solución parece, a primera vista, sugestiva. Desde luego, tiene la ventaja de ser clara. Como observa el Gobierno francés, la utilización de medidas tecnológicas de protección pondría claramente de manifiesto la voluntad del titular de los derechos de autor de no permitir el acceso del público a su obra a través de hipervínculos que utilizan el *framing*. Esta manifestación de voluntad delimitaría claramente el círculo de las personas que dicho titular tomó en consideración al efectuar la puesta a disposición inicial de la obra.

124. Sin embargo, soy de la idea de que esta interpretación tropieza con una serie de sólidos argumentos.

125. En primer lugar, en muchas situaciones en las que se ponen a disposición del público obras protegidas en Internet (o más concretamente, en la Red), el titular de los derechos de autor no está en condiciones de decidir la utilización de medidas tecnológicas de protección. Este es el caso, en particular, de las obras que se ponen en línea con licencia, es decir, dicha puesta en línea no la lleva a cabo el propio titular de los derechos de autor, sino un tercero con su autorización.⁹⁹ Este es asimismo el caso de las obras que se ponen en línea en diferentes plataformas de intercambio, cuyos usuarios no controlan ni la política de protección del contenido ni la utilización de medidas tecnológicas a efectos de esta protección. Por último, el presente asunto pone de relieve que las sociedades de gestión colectiva de los derechos de autor pueden exigir la utilización de estas medidas de protección sin haber recibido un mandato expreso de sus miembros a este respecto.

126. En todas estas situaciones, no acabo de ver cómo sería posible considerar que la utilización, o no, de medidas tecnológicas de protección refleja una cierta voluntad del titular de los derechos de autor en lo que respecta al acceso a su obra a través de hipervínculos que utilizan el *framing*.

⁹⁸ En cambio, la inserción de una miniatura de un tamaño tan reducido que los elementos originales de la obra en cuestión no serían perceptibles, por ejemplo, para marcar la ubicación de un enlace sobre el que se puede pulsar, no constituiría un acto de comunicación al público de dicha obra.

⁹⁹ Cabe recordar que este era el caso de la obra controvertida en el asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634).

127. En segundo lugar, la solución contemplada estaría basada en una analogía con la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Svensson y otros*, con arreglo a la cual «en el caso de que el enlace sobre el que se puede pulsar permitiera a los usuarios de la página en la que se encuentra dicho enlace eludir las medidas de restricción adoptadas en la página en la que se encuentra la obra protegida para limitar el acceso a esta a los abonados y constituyera, de este modo, una intervención sin la cual dichos usuarios no podrían disfrutar de las obras difundidas, habría que considerar que el conjunto de esos usuarios es un público nuevo que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial, de modo que tal comunicación al público exigiría la autorización de los titulares».¹⁰⁰ En otras palabras, un hipervínculo únicamente requiere una autorización del titular de los derechos de autor cuando amplía el círculo del público que puede acceder a la obra con respecto al público que dicho titular tomó en consideración al efectuar la puesta a disposición inicial, en particular mediante la elusión de las medidas de restricción de acceso adoptadas en el momento de esta puesta a disposición inicial.

128. Sin embargo, existe una diferencia fundamental entre las medidas de restricción de acceso controvertidas en dicha sentencia y las medidas de protección contra el *framing*. Las medidas de restricción de acceso limitan efectivamente el número de personas que pueden acceder a la obra en cuestión. Las personas que acceden a dicha obra eludiendo estas medidas constituyen, por lo tanto, un público nuevo, es decir, un público que no fue tomado en consideración por el titular de los derechos de autor cuando puso a disposición su obra. Si bien es cierto que dicho titular no siempre tiene el control sobre la utilización de estas medidas, dicha utilización constituye por lo general un elemento de negociación del precio de la licencia de uso, puesto que determina los ingresos esperados de esta utilización y, en consecuencia, el valor de la licencia. En consecuencia, el titular de los derechos de autor tiene en cuenta estas medidas de restricción cuando acepta el precio de la licencia. Por lo que se refiere a la situación en la que son los propios titulares de los derechos de autor los que ponen a disposición las obras, estos tienen, por lo general, un cierto control sobre el círculo de las personas que tienen acceso a las mismas. Este es el caso, en particular, de los sitios de Internet creados «a medida», pero también de las plataformas de intercambio que habitualmente permiten como mínimo especificar si la puesta en línea tiene carácter «público» o «privado». De este modo, desde mi punto de vista, cabe considerar que la elección efectuada a este respecto por el titular de los derechos de autor refleja efectivamente, al menos en la mayoría de las situaciones, su voluntad por lo que se refiere al público que tomó en consideración cuando efectuó la puesta a disposición inicial de la obra.

129. Muy diferente es el caso de las medidas de protección contra el *framing*. En efecto, dichas medidas ni restringen el acceso a la obra ni tampoco una vía de acceso a la misma, sino únicamente una forma de mostrarla en la pantalla. Estas medidas dan lugar a menudo a que el navegador impida abrir la página de destino del enlace en un marco y que, a continuación, o bien propone abrir dicha página en una nueva ventana, o bien la abre automáticamente en lugar de la página que contiene el enlace. Así, el enlace se comporta como un hipervínculo estándar. En consecuencia, en ningún caso puede considerarse que se trata aquí de un público nuevo, puesto que el público sigue siendo el mismo: el del sitio de Internet de destino del enlace. En consecuencia, no cabe establecer una analogía con las medidas de restricción de acceso a la obra por lo que se refiere a la apreciación de la existencia del público nuevo. De este modo, aparte del hecho de que la utilización de dichas medidas rara vez pone de manifiesto la voluntad del titular de los derechos de autor, estas medidas no determinan el círculo de personas que fueron tenidas en cuenta como público potencial de la puesta a disposición de la obra. Por lo tanto, su posible elusión no amplía el círculo y no puede, en consecuencia, constituir un acto de comunicación al público en virtud de la teoría del público nuevo.

¹⁰⁰ Sentencia de 13 de febrero de 2014, *Svensson y otros* (C-466/12, EU:C:2014:76), apartado 31.

130. Por último, en tercer lugar, considero que la solución que consiste en vincular el alcance de los derechos exclusivos de autor a la aplicación, no de medidas tecnológicas de restricción de acceso, sino de medidas tecnológicas de protección contra determinadas prácticas en Internet, haría que el derecho de autor de la Unión tomase un rumbo peligroso. En efecto, esta solución convertiría la aplicación de medidas de protección tecnológica en un requisito previo para la protección jurídica conferida por el derecho de autor y sería contraria al principio según el cual la protección conferida por el derecho de autor es incondicional.¹⁰¹ El Tribunal de Justicia ya ha rechazado explícitamente la idea de que la protección conferida por el derecho de comunicación al público pueda estar supeditada al hecho de que el titular de los derechos de autor restrinja las posibilidades de utilización de la obra por los internautas.¹⁰²

131. En mi opinión, es preferible delimitar de forma inequívoca el alcance de los derechos exclusivos de autor y permitir soluciones de exclusión posterior («*opt-out*»), como las descritas en el punto 107 de las presentes conclusiones, a transformar el sistema del derecho de autor, por lo que respecta a los usos en línea, en un sistema de consentimiento previo («*opt-in*») supeditado a la aplicación de medidas tecnológicas de protección. Así quedan mejor garantizados los objetivos de la Directiva 2001/29 encaminados, por una parte, a instaurar un nivel elevado de protección de los titulares de los derechos y, por otra parte, a asegurar un justo equilibrio entre los intereses de dichos titulares y los de los usuarios.¹⁰³

132. Por el conjunto de razones que acabo de exponer, propongo que se responda a la cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que no constituye una comunicación al público, en el sentido de esta disposición, la inserción mediante *framing* en el sitio de Internet de un tercero de una obra que está disponible en un sitio de Internet de acceso libre con el consentimiento del titular si esta inserción se produce eludiendo las medidas de protección contra el *framing* adoptadas o impuestas por el titular de los derechos de autor.

Artículo 6 de la Directiva 2001/29

133. A efectos de la solución del litigio principal, puede ser importante también analizar si las propias medidas tecnológicas de protección contra la inserción en páginas web de obras contenidas en otros sitios de Internet pueden beneficiarse de la protección, jurídica esta vez, conferida por el artículo 6 de la Directiva 2001/29.

134. En virtud de este artículo, los Estados miembros tienen la obligación de garantizar una protección jurídica contra la elusión, cometida con conocimiento de causa, de cualquier medida de protección efectiva. Las medidas de protección en el sentido de esta disposición son, en particular, las tecnologías destinadas a impedir o a limitar los actos no autorizados por los titulares de los derechos de autor. Se considerarán efectivas cuando confieran a dichos titulares el control del uso de la obra mediante, en particular, cualquier transformación de la obra.

135. Parece que las medidas de protección contra la inserción de las obras desde otros sitios de Internet cumplen, en principio, estos requisitos. Se trata, en efecto, de tecnologías que, mediante una transformación de la obra, es decir, del código de la página web que contiene dicha obra, confieren al titular de los derechos de autor el control sobre el uso de la obra por medio de su inserción en otro sitio de Internet. Si bien estas medidas no son capaces de impedir completamente este uso, puesto que existen «contramedidas», pueden ciertamente limitarlo.

¹⁰¹ O, más concretamente, tan solo está condicionada a la existencia de una obra, entendida como la expresión de la creación intelectual de su autor.

¹⁰² Sentencia de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), apartado 36.

¹⁰³ Considerandos 9 y 31 de la Directiva 2001/29.

136. El Tribunal de Justicia ha declarado, no obstante, que la protección jurídica mencionada en el artículo 6 de la Directiva 2001/29 únicamente se aplica para proteger al titular de los derechos de autor contra los actos para los que se exige su autorización.¹⁰⁴ Pues bien, como propongo que se declare, la inserción de las obras procedentes de otros sitios de Internet a través de enlaces sobre los que se puede pulsar que utilizan el *framing* no requiere la autorización del titular de los derechos de autor, puesto que se considera que este la concedió en el momento de la puesta a disposición inicial de la obra. En consecuencia, las medidas de protección contra dichos actos, aun siendo legales, no se benefician de la protección conferida por el artículo 6 de la Directiva 2001/29.

137. En cambio, la inserción de las obras procedentes de otros sitios de Internet mediante enlaces automáticos (*inline linking*) requiere, según mi propuesta, la autorización del titular de los derechos de autor. Las medidas tecnológicas de protección contra dicha inserción están comprendidas, por lo tanto, en el ámbito de aplicación del artículo 6 de la Directiva 2001/29.

138. En consecuencia, propongo que se considere que las medidas tecnológicas de protección contra la inserción en una página web de obras protegidas por derechos de autor que se han puesto a disposición del público en otros sitios de Internet de acceso libre con la autorización del titular de los derechos de autor de manera tal que estas obras aparecen automáticamente al abrir dicha página, sin que el usuario lleve a cabo ninguna acción adicional, constituyen medidas de protección efectivas en el sentido del artículo 6 de la Directiva 2001/29.

Conclusión

139. A la vista de cuanto antecede, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) del modo siguiente:

- «1) El 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 derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que constituye una comunicación al público, en el sentido de esta disposición, el hecho de insertar en una página web obras protegidas por derechos de autor que han sido puestas a disposición del público en otros sitios de Internet de acceso libre con la autorización del titular de los derechos de autor de manera tal que estas obras aparecen automáticamente al abrir dicha página, sin que el usuario lleve a cabo ninguna acción adicional.
- 2) Este artículo debe interpretarse en el sentido de que no constituye una comunicación al público, en el sentido de esta disposición, la inserción, mediante un enlace sobre el que se puede pulsar que utiliza la técnica del *framing*, en el sitio de Internet de un tercero de una obra que se ha puesto a disposición del público en un sitio de Internet de acceso libre con el consentimiento del titular de los derechos si esta inserción se produce eludiendo las medidas de protección contra el *framing* adoptadas o impuestas por el titular de los derechos de autor.
- 3) Las medidas tecnológicas de protección contra la inserción en una página web de obras protegidas por derechos de autor que se han puesto a disposición del público en otros sitios de Internet de acceso libre con la autorización del titular de los derechos de autor de manera tal que estas obras aparecen automáticamente al abrir dicha página, sin que el usuario lleve a cabo ninguna acción adicional, constituyen medidas de protección efectivas en el sentido del artículo 6 de la Directiva 2001/29.»

¹⁰⁴ Sentencia de 23 de enero de 2014, Nintendo y otros (C-355/12, EU:C:2014:25), apartado 25.