



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

DICTAMEN

Propuesto al COMITÉ EJECUTIVO y aprobado en su reunión de
17 DE SEPTIEMBRE DE 2014*

en relación con el criterio de «público nuevo» desarrollado por el Tribunal de
Justicia de la Unión Europea (TJUE), puesto en el contexto de la puesta a
disposición y comunicación al público

Resumen

El 13 de febrero de 2014, el TJUE dictó una decisión histórica en el caso *Svensson*¹ en torno a si el establecimiento de hipervínculos a obras o prestaciones protegidas por derechos de autor requiere el consentimiento del titular del derecho. Con tal motivo, este dictamen comenta distintos criterios desarrollados por el Tribunal en relación con la comunicación al público, al tiempo que desarrolla determinadas partes pertinentes de la declaración que emitió ALAI con anterioridad a dicha resolución en su dictamen de 15 de septiembre de 2013.² En el asunto *Svensson*, el TJUE se pronunció sobre la siguiente cuestión:

«si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que constituye un acto de comunicación al público, a efectos de dicha disposición, la presentación en una página de Internet de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas disponibles en otra página de Internet, siendo así que en esa otra página pueden consultarse libremente dichas obras.»

El TJUE estimó que la noción de comunicación al público incluye dos elementos acumulativos, a saber, un «acto de comunicación» de una obra y la comunicación de ésta a un «público».³ Si bien en *Svensson* el TJUE respondió de forma correcta y afirmativa a la cuestión básica de si el establecimiento de hipervínculos constituye una puesta a disposición/comunicación (interactiva), postura enunciada en el citado dictamen de ALAI de 15 de septiembre de 2013, en la misma resolución, y por lo que respecta a la cuestión de si dicho acto constituye una comunicación «al público», confirmó una serie de resoluciones recientes donde introdujo un criterio problemático de «público nuevo», circunscrito, entre

* El grupo de estudio que propuso el informe y el dictamen estuvo presidido por Jan Rosén e integrado por Valérie-Laure Bénabou, Mihály Ficsor, Jane Ginsburg, Igor Gliha, Silke von Lewinski, Juan José Marín, Antoon Quaadvlieg, Pierre Sirinelli y Uma Suthersanen. Aportaron comentarios adicionales Johan Axhamn, Paolo Marzano y Edouard Treppoz.

¹ TJUE, 13 de febrero de 2014, asunto C-466/12, Nils Svensson y otros contra Retriever Sverige AB.

² ALAI, 15 de septiembre de 2013, Informe relativo a la puesta a disposición y comunicación al público en el entorno de Internet – análisis de las técnicas de enlace usadas en Internet, <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/avis-droit-mise-a-disposition.pdf>; publicado también en EIPR (2014) 36(3) 149 y NIR Nordiskt Immatériellt Rättsskydd 5/2013 p. 512 et seq.

³ En el apartado 16, que cita jurisprudencia anterior del Tribunal en el asunto C-607/11 ITV Broadcasting y otros [2013] Rec. apartados 21 y 31.

otros, por un criterio, igualmente problemático, de «medio técnico específico».

El criterio de «público nuevo» desarrollado en la jurisprudencia del TJUE que interpreta el derecho exclusivo de comunicación al público⁴ es contrario a los tratados internacionales y las directivas de la UE. Enunciado inicialmente en el entorno *offline* para justificar la aplicación del derecho de comunicación al público a determinadas retransmisiones de emisiones de televisión, este criterio, tal y como lo ha aplicado posteriormente el Tribunal, es incompatible con el derecho de comunicación al público previsto en el Convenio de Berna y en los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT), así como con las disposiciones de la Directiva de 2001 de la sociedad de la información. Tal y como se aplicó en *Svensson*, el criterio de «público nuevo» tiene por efecto el agotamiento injustificado del derecho exclusivo de comunicación al público de las obras puestas a disposición por sus autores o por otros titulares de los derechos en páginas de Internet accesibles a todos. Asimismo, en la medida en que la sentencia *Svensson* indica que el criterio de «público nuevo» no se aplicará si la puesta a disposición de la obra está sujeta a restricciones, la sentencia podría establecer una obligación de reservar los derechos o proteger las obras y otras prestaciones con medidas tecnológicas de protección, infringiendo la prohibición que establece el Convenio de Berna a la imposición de formalidades que condicionen el ejercicio de los derechos exclusivos.

En conclusión, la aplicación en la sentencia *Svensson* del criterio de «público nuevo» es contraria

- a los artículos 11(1)(ii), 11*bis*(1), 11*ter*(1)(ii), 14(1) y 14*bis*(1) del Convenio de Berna
- al artículo 8 del TODA/WCT
- a los artículos 2, 10, 14 y 15 del TOIEF/WPPT
- al artículo 3 de la Directiva de la UE de la sociedad de la información
- a sentencias anteriores del TJUE y
- a las reglas de interpretación enunciadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La sentencia *Svensson* se basa igualmente en una interpretación errónea de la antigua Guía sobre el Convenio de Berna (1978).

Ello podría derivar en un procedimiento de resolución de diferencias ante la OMC y a una condena en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC por incompatibilidad con el Convenio de Berna.

⁴ Asunto C-306/05, SGAE; asunto C-135/10, Del Corso; asunto C-607/11, TVCatchup.

En cuanto a que la sentencia *Svensson* podría haber estado motivada por el temor a que un resultado distinto hubiera podido impedir el desarrollo óptimo de la comunicación digital, se trata de una idea falsa. Existen otros medios más apropiados que los empleados por el TJUE en el asunto *Svensson* para preservar la función de los hiperenlaces en el funcionamiento básico de Internet sin infringir ni malinterpretar las normas internacionales fundamentales del derecho de autor.

ALAI está resuelta a participar en un diálogo constructivo, presentando, en un futuro próximo, sus puntos de vista en cuanto al modo de promover nuevas formas de comunicación sin vaciar y agotar las fuentes de creatividad.

Informe y dictamen

En su reunión de 15 de marzo de 2014, el Comité Ejecutivo de la Asociación Literaria y Artística Internacional (*International Literary and Artistic Association / Association Littéraire et Artistique Internationale*, ALAI), constituyó un grupo de estudio con el cometido de analizar las implicaciones del criterio de «público nuevo» (así como la condición de «medio técnico específico») como una limitación del ámbito de aplicación general de los derechos exclusivos de comunicación al público/puesta a disposición del público reconocidos a los autores y titulares de derechos afines.

El Comité Ejecutivo ha aprobado el siguiente texto, en el que se presentan los resultados del grupo de estudio y se desarrollan el informe y el dictamen del Comité Ejecutivo de ALAI, aprobados el 15 de septiembre de 2013 en Cartagena, Colombia, donde se analizan tres fenómenos distintos: (i) la comunicación al público, (ii) la puesta a disposición del público, y (iii) la noción de público. A este análisis le sigue (iv) una declaración/conclusión centrada en los enlaces de hipertexto y los enlaces ensamblados o automáticos (véase www.alai.org).

Este informe se centra solamente en el criterio de «público nuevo», tal y como lo ha presentado y empleado el TJUE, y su incompatibilidad con el derecho de autor internacional. No obstante, si bien ALAI está profundamente interesada en la correcta aplicación de las normas internacionales en materia de derecho de autor, también desea promover soluciones factibles a cuestiones complejas de utilización en Internet de los derechos de autor y los derechos afines. Por ello, el Comité Ejecutivo de ALAI ha constituido un nuevo grupo de estudio para que analice estas cuestiones y presente su informe en la reunión del Comité Ejecutivo de marzo de 2015.

1. Introducción

Desde su resolución de 2006 en el asunto *SGAE contra Rafael Hoteles*, el TJUE ha presentado varios criterios para definir la «comunicación al público». Este informe analiza principalmente el criterio de «público nuevo» y concluye que es contrario al derecho internacional.

El recurso del TJUE al criterio de «público nuevo» debe considerarse a la luz de los principios básicos del derecho de autor que reflejan las normas internacionales establecidas, por ejemplo, en el Convenio de Berna,⁵ el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT)⁶ y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT)⁷ (los dos últimos llamados frecuentemente los «Tratados Internet de la OMPI»). Los dos últimos instrumentos se aprobaron como respuesta a la necesidad de garantizar el mantenimiento de niveles adecuados de protección en el «entorno digital».⁸

La principal o más importante directiva de la UE, que garantiza además una transposición armonizada en la UE de los tratados TODA/WCT y TOIEF/WPPT, es la Directiva 2001/29 sobre los derechos de autor en la sociedad de la información.⁹ El doble objetivo de estimular la producción de obras o reconocer la contribución de los autores a la sociedad, garantizándoles una recompensa, y favorecer al mismo tiempo la difusión de sus obras, teniendo en cuenta, entre otros, la evolución técnica, se consagra en varios de los considerandos de dicha Directiva.¹⁰ Podemos encontrar afirmaciones similares en los preámbulos de TODA/WCT¹¹ y TOIEF/WPPT.¹² Por ello, en la esencia misma del sistema de

⁵ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, revisado por última vez en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

⁶ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT), aprobado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

⁷ Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT), aprobado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

⁸ Estos objetivos se llamaron, por aquel entonces, la «agenda digital». Véase, p.ej., Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, 2002, apartado 1.45 et seq.

⁹ 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, Diario Oficial n.º L 167 de 22/06/2001 p. 10-19.

¹⁰ El considerando 31 de la Directiva 2001/29 enuncia que «Debe garantizarse un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos, así como entre las distintas categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas». Cf. el considerando 4, que establece que «La existencia de un marco jurídico armonizado en materia de derechos de autor y de derechos afines a los derechos de autor fomentará, mediante un mayor grado de seguridad jurídica y el establecimiento de un nivel elevado de protección de la propiedad intelectual, un aumento de la inversión en actividades de creación e innovación, incluida la infraestructura de red, lo que a su vez se traducirá en el desarrollo de la industria europea y en el incremento de su competitividad, tanto por lo que respecta al ámbito del suministro de contenido y de la tecnología de la información como, de modo más general, a una amplia gama de sectores de la industria y la cultura. Esta situación preservará el empleo e impulsará la creación de nuevos puestos de trabajo». Véase también el considerando 2, que dispone que «los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor desempeñan un papel importante en este contexto, al proteger y estimular el desarrollo y la comercialización de nuevos productos y servicios y la creación y explotación de su contenido creativo».

¹¹ El preámbulo del TODA/WCT incluye las siguientes declaraciones: «Reconociendo la necesidad de introducir nuevas normas internacionales y clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes a fin de proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos», «Reconociendo la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como

derecho de autor se encuentran la producción y la difusión de contenido creativo en beneficio de los autores y de la sociedad, así como la necesidad de alcanzar un justo equilibrio entre los intereses de ambos.¹³ Este doble objetivo ha sido subrayado igualmente por el TJUE.¹⁴

2. Textos internacionales relevantes

El Convenio de Berna y los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor recogen el derecho de comunicación al público y su corolario, el derecho de puesta a disposición del público. Estos tratados disponen lo siguiente en sus partes relevantes:

Convenio de Berna Artículo 11

(1) Los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales gozarán del derecho exclusivo de autorizar:

...

(i) la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras.

...

Artículo 11bis

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

(i) la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes;

(ii) toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;

(iii) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.

...

se refleja en el Convenio de Berna» y «Reconociendo el profundo impacto que han tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y comunicación en la creación y utilización de las obras literarias y artísticas».

¹² El preámbulo del TOIEF/WPPT incluye las siguientes declaraciones: «Reconociendo la necesidad de introducir nuevas normas internacionales que ofrezcan soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por los acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos», «Reconociendo el profundo impacto que han tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y comunicación en la producción y utilización de interpretaciones o ejecuciones y de fonogramas» y «Reconociendo la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información».

¹³ Axhamn, Exceptions, limitations and collective management of rights as vehicles for access to information, in Access to Information and Knowledge, 21st Century Challenges in Intellectual Property and Knowledge Governance (ed. Beldiman, 2013), p. 164.

¹⁴ Véanse, p.ej., los asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, FAPL, apartado 179.

Artículo 11ter

- (1) Los autores de obras literarias gozarán del derecho exclusivo de autorizar:
- ...
- (ii) la recitación pública de sus obras, comprendida la recitación pública por cualquier medio o procedimiento.
- ...

Artículo 14

- (1) Los autores de obras literarias o artísticas tendrán el derecho exclusivo de autorizar:
- (i) la adaptación y la reproducción cinematográficas de estas obras y la distribución de las obras así adaptadas o reproducidas;
- (ii) la representación, ejecución pública y la transmisión por hilo al público de las obras así adaptadas o reproducidas.
- ...

Artículo 14bis

(1) Sin perjuicio de los derechos del autor de las obras que hayan podido ser adaptadas o reproducidas, la obra cinematográfica se protege como obra original. El titular del derecho de autor sobre la obra cinematográfica gozará de los mismos derechos que el autor de una obra original, comprendidos los derechos a los que se refiere el artículo anterior.

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT)

Artículo 8

Derecho de comunicación al público

Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 11(1)ii), 11bis(1)(i) y (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) y 14bis(1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)

Artículo 2 Definiciones

...

(g) «comunicación al público» de una interpretación o ejecución o de un fonograma, la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de sonidos de una interpretación o ejecución o los sonidos o las representaciones de sonidos fijadas en un fonograma. A los fines del Artículo 15, se entenderá que «comunicación al público» incluye también hacer que los sonidos o las representaciones de sonidos fijados en un fonograma resulten audibles al público.

Artículo 10

Derecho de poner a disposición interpretaciones o ejecuciones fijadas

Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Artículo 14

Derecho de poner a disposición los fonogramas

Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público de sus fonogramas ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Artículo 15

Derecho a remuneración por radiodifusión y comunicación al público

(1) Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales.

(2) Las Partes Contratantes pueden establecer en su legislación nacional que la remuneración equitativa y única deba ser reclamada al usuario por el artista intérprete o ejecutante o por el productor de un fonograma o por ambos. Las Partes Contratantes pueden establecer legislación nacional que, en ausencia de un acuerdo entre el artista intérprete o ejecutante y el productor del fonograma, fije los términos en los que la remuneración equitativa y única será compartida entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.

(3) Toda Parte Contratante podrá, mediante una notificación depositada en poder del Director General de la OMPI, declarar que aplicará las disposiciones del [párrafo \(1\)](#) únicamente respecto de ciertas utilidades o que limitará su aplicación de alguna otra manera o que no aplicará ninguna de estas disposiciones.

(4) A los fines de este Artículo, los fonogramas puestos a disposición del público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales.

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

Artículo 3

Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas

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.

2. Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija:

(a) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;

(b) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;

(c) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;

(d) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.

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.

Artículo 8

Sanciones y vías de recurso

...

2. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar que los titulares de los derechos cuyos intereses se vean perjudicados por una actividad ilícita llevada a cabo en su territorio puedan interponer una acción de resarcimiento de daños y perjuicios y/o solicitar medidas cautelares y, en su caso, que se incaute el material ilícito y los dispositivos, productos o componentes a que se refiere el apartado 2 del artículo 6.

3. Irrelevancia del criterio de «público nuevo» en los convenios internacionales y en la Directiva sobre los derechos de autor

Ninguno de estos textos enuncia una limitación del ámbito de aplicación del derecho de comunicación al público (incluido el derecho de puesta a disposición) fundamentada sobre la noción de «público nuevo». El artículo 11*bis*(1)(ii) del Convenio de Berna introduce en el ámbito general del derecho de comunicación al público las transmisiones secundarias realizadas por una entidad de comunicación diferente; podría decirse que este texto corrobora la exigencia de un *comunicador nuevo* en caso de nueva transmisión de una emisión anterior, pero nada dice acerca del público que recibe la nueva transmisión. Asimismo, una limitación basada en la noción de «público nuevo» sería incompatible con el artículo 8 del TODA/WCT, que llena las lagunas de los diferentes derechos de comunicación al público consagrados por el Convenio de Berna, previendo «cualquier comunicación al público», sin distinción alguna entre transmisiones primarias y secundarias.

Los «trabajos preparatorios» del Convenio de Berna, mencionados en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como uno de los principales medios de interpretación complementarios, van también en contra de una posible limitación basada en la noción de «público nuevo». Por lo que respecta a las retransmisiones, se planteó la inquietud de que la entidad radiodifusora original, que retransmitiría una transmisión en distintas franjas horarias, pudiera estar obligada a pagar dos veces por un acto susceptible de considerarse comprendido en el ámbito de la radiodifusión original. Se propuso por tanto distinguir los actos que precisen una nueva autorización de aquellos comprendidos en la autorización inicial en función de si la transmisión llega o no a un «público nuevo». Sin embargo, los delegados presentes en la conferencia de revisión de Bruselas de 1948 llegaron a la conclusión de que esta distinción, y otras variantes del mismo tema, no serían viables, de modo que se rechazó el concepto.¹⁵

¹⁵ Véase el examen realizado en torno a esta cuestión por Sam Ricketson y Jane C. Ginsburg, en *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, apartados 12.26 y 12.27 (2006).

Los tratados internacionales tienen carácter vinculante por lo que se refiere a la interpretación de la Directiva. El artículo 9(1) del Acuerdo sobre los ADPIC dispone: «Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo [...]». El Acuerdo sobre los ADPIC fue aprobado en nombre de la Comunidad Europea.¹⁶ Los tratados TODA/WCT y TOIEF/WPPT fueron aprobados en nombre de la Comunidad mediante la Decisión del Consejo de 16 de marzo de 2000.¹⁷ En el asunto *Football Association Premier League*,¹⁸ el TJUE estimó que

«[...] el citado artículo 3, apartado 1, debe interpretarse, en la medida de lo posible, a la luz del Derecho internacional y, en particular, teniendo en cuenta el Convenio de Berna y el Tratado sobre derecho de autor. Efectivamente, la Directiva sobre los derechos de autor tiene por objeto aplicar este Tratado, que, en su artículo 1, apartado 4, obliga a las partes contratantes a dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna. La misma obligación establece también el artículo 9, apartado 1, del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (véase, en este sentido, la sentencia SGAE, antes citada, apartados 35, 40 y 41 y la jurisprudencia citada).»

Además de no encontrarse en el texto de los instrumentos internacionales que rigen la materia, el criterio de «público nuevo» tampoco puede discernirse en el artículo 3 de la Directiva de la sociedad de la información, texto que aplica los tratados de la OMPI. De hecho, el TJUE interpoló el criterio de «público nuevo» sobre la base de un malentendido y una interpretación errónea de la *Guía sobre el Convenio de Berna* de 1978 de la OMPI.¹⁹ Pero antes de analizar la antigua *Guía de la OMPI* y hacer referencia, cuando proceda, a la nueva *Guía de la OMPI* de 2003,²⁰ analizaremos las sentencias del TJUE que articularon el criterio de «público nuevo».

¹⁶ Decisión 94/800/CE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) (Diario Oficial n.º L 336 de 1994, p. 1). Véase el asunto C-306/05, de 7 de diciembre de 2006, SGAE, apartados 3-5.

¹⁷ Decisión 2000/278/CE del Consejo, de 16 de marzo de 2000 (Diario Oficial n.º L 089 de 2000, p. 6). Véase el asunto C-306/05, de 7 de diciembre de 2006, SGAE, apartado 7.

¹⁸ TJUE, 4 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, *Football Association Premier League*, apartado 189.

¹⁹ «Guía del Convenio de Berna», publicación de la OMPI, versiones en inglés, español y francés: N.º 615 (E), N.º 615 (F) y N.º 615 (S) (en lo sucesivo, «antigua Guía de la OMPI»).

²⁰ «Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI y Glosario de términos y expresiones sobre derechos de autor y derechos conexos», publicación de la OMPI, versiones en inglés, francés y español: N.º 891 (E), N.º 891 (F) y N.º 891 (S) (en lo sucesivo, la «nueva Guía de la OMPI»).

4. «Público nuevo»

4a. Evolución de la jurisprudencia del TJUE que limita la aplicación del derecho de comunicación al público a las comunicaciones destinadas a un «público nuevo»

En el apartado 40 de la sentencia *SGAE* del TJUE apareció por primera vez el concepto de «público nuevo»:

40 Asimismo, procede considerar que las comunicaciones que se efectúan en circunstancias como las del asunto principal son *comunicaciones realizadas por un organismo de retransmisión distinto al de origen*, en el sentido del artículo 11 bis, apartado 1, inciso ii), del Convenio de Berna. Por lo tanto, estas transmisiones se dirigen *a un público que no coincide con el previsto para el acto de comunicación original de la obra*, es decir, *a un público nuevo*. (La cursiva es nuestra.)

De hecho, la expresión «Por lo tanto» no introduce una secuencia lógica: el que la comunicación la efectúe un organismo de retransmisión distinto no significa que el público al que se dirija la comunicación deba ser «un público que no coincide con el previsto para el acto de comunicación original de la obra». En el contexto de la sentencia *SGAE*, este *non sequitur* no parecía pernicioso aún, dado que el Tribunal parece usar el concepto de «público nuevo» para referirse a un público al que se comunica una obra mediante un *nuevo acto* de comunicación al público. Este concepto apareció, de conformidad con el espíritu y la letra del artículo 11bis del Convenio de Berna, en apoyo de una interpretación extensiva (y no restrictiva) del concepto de comunicación al público para cubrir la distribución de una señal de televisión por un establecimiento hotelero a los clientes alojados en sus habitaciones.

Pero en el asunto *Del Corso*, el TJUE comenzó a desligar el concepto de «público nuevo» de su contexto inicial, donde se había evocado en apoyo de la calificación de la comunicación como realizada «al público». En esta ocasión, el Tribunal razonó *a contrario*: en ausencia de un «público nuevo», la retransmisión no se haría «al público».²¹ Es cierto que la sentencia *Del*

²¹ El Tribunal acompañó esta glosa infundada de otra condición no respaldada tampoco por los textos internacionales o europeos: la existencia de un «público nuevo» puede depender del hecho de que la nueva transmisión se efectuara o no con ánimo de lucro. Para determinar si una comunicación a los pacientes en la sala de espera de una consulta odontológica constituye una comunicación relevante, el Tribunal estimó determinante el que no revistiera carácter lucrativo. *SCF/Marco del Corso*, C-135/10, apartados 90, 97 y, en concreto, 99. Aunque *Del Corso* fue un asunto de derechos conexos, el Tribunal había introducido ya el criterio de «carácter lucrativo» en su sentencia en el asunto *FAPL* (TJUE, 4 de octubre de 2011, C-403/08 y C-429/08, *Football Association Premier League*, apartados 205 y 206) relacionado, éste sí, con el derecho de autor. No obstante, en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia parece interesarse por el carácter lucrativo únicamente como indicio de intervención deliberada de la parte con ánimo de lucro para transmitir las señales a un público adicional. En el asunto *Del Corso*, el Tribunal va aún más allá. Permite al usuario invocar la ausencia de carácter lucrativo como medio de defensa en una acción por infracción de derechos conexos.

Este argumento no puede emplearse bajo ningún concepto como medio de defensa en una acción por infracción del derecho de autor o de los derechos afines. La aplicación del criterio de «carácter lucrativo» se opone fundamentalmente a las normas que regulan la materia. Cabe destacar, por ejemplo, los artículos 10(1)(ii), 11bis(1), 11ter(1)(ii) y 14(1)(ii) del Convenio de Berna, los artículos 3(f) y (g), 7.1(a) y 12 del Convenio de Roma, el artículo

Corso se dictó, como bien subrayó el propio Tribunal,²² en un asunto relativo a derechos conexos cuyos resultados no obligan necesariamente a alcanzar las mismas soluciones en asuntos referentes a derechos de autor; por ello, su compatibilidad con el artículo 11*bis*(1) del Convenio de Berna no es un problema técnicamente. Conviene no obstante observar que dado que los conceptos – «comunicación» y «al público» – son idénticos, se genera una enorme confusión si su interpretación y significado depende de si se aplican al derecho de autor y a un derecho exclusivo, o, como en el asunto *Del Corso*, a derechos afines y al derecho a una remuneración. Tanto más cuanto que los argumentos formulados por el Tribunal para justificar esta distinción son vagos y puramente teóricos.

No obstante, a diferencia de la situación en el asunto *Del Corso*, en el asunto *Svensson* sí entró en juego el derecho de autor. En aquella ocasión, el Tribunal analizó si la obra en cuestión se comunicó *a un público nuevo*. Ahora bien, la puesta a disposición de la obra a través de enlaces sobre los que se puede pulsar no conduce, a ojos del Tribunal, a un público nuevo.

25 En el presente asunto debe señalarse que una puesta a disposición de obras, mediante un enlace sobre el que se puede pulsar, como la controvertida en el litigio principal no conduce a comunicar dichas obras a un público nuevo.

26 En efecto, el público destinatario de la comunicación inicial era el conjunto de los usuarios potenciales de la página en la que se realizó, porque, sabiendo que el acceso a las obras en esa página no estaba sujeta a ninguna medida restrictiva, todos los internautas podían consultarla libremente.

27 En estas circunstancias procede hacer constar que, cuando el conjunto de los usuarios de otra página, a los que se han comunicado las obras de que se trata mediante un enlace sobre el que se puede pulsar, podía acceder directamente a esas obras en la página en la que éstas fueron comunicadas inicialmente, sin intervención del gestor de esa otra página, debe estimarse que los usuarios de la página gestionada por este último son destinatarios potenciales de la comunicación inicial y forman, por tanto, parte del público tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando éstos autorizaron la comunicación inicial.

14(1) del Acuerdo sobre los ADPIC, el artículo 8 del TODA/WCT, los artículos 2(f) y (g), 8(a), 10, 14 y 15(1) del TOIEF/WPPT y ahora también los artículos 2(c) y (d), 6(i), 10 y 11 del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (TBIEA), así como el artículo 8 de la Directiva sobre derechos de alquiler y otros derechos afines, los artículos 1(1) a (3), 2, 4 y 8 de la Directiva de radiodifusión vía satélite y distribución por cable y el artículo 3 de la Directiva de la sociedad de la información, junto con las declaraciones concertadas, los considerandos y todos los trabajos preparatorios de dichos Tratados y Directivas. Nada indica estrictamente, no obstante, que el concepto de «comunicación al público» y cualesquiera posibles subcategorías de este concepto, como radiodifusión, redifusión, retransmisión por cable o puesta a disposición del público, puedan comprenderse como limitadas a la «comunicación del carácter lucrativo».

²² Cf. SCF/Marco del Corso, C-135/10, apartados 74-77; véase también OSA/Léčebné lázně Mariánské Lázně, C-351/12, apartado 35.

En este sentido, la sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013 en el asunto C-202/12, *Innoweb/Wegener*, relativo a un metamotor de búsqueda dedicado y los derechos conferidos por la Directiva de 1996 sobre bases de datos, presenta un contraste revelador con *Svensson*. En ella, el TJUE resolvió que el metamotor de búsqueda dedicado reutilizaba contenido extraído de la base de datos original. (El derecho de «reutilización» de la Directiva sobre bases de datos se considera generalmente análogo al «derecho de puesta a disposición» en la Directiva de la sociedad de la información.) Sin embargo, en muchos sentidos, el motor de búsqueda dedicado no ofrecía mucho más que un enlace enmarcado (ciertamente sofisticado) que mostraba el contenido de la base de datos original. La incoherencia en el tratamiento de los marcos por parte del TJUE desemboca paradójicamente en una interpretación de la Directiva sobre bases de datos que ofrece incluso a las bases de datos protegidas por el derecho *sui generis* en razón de las inversiones realizadas mayor protección que a las obras de autor, a las que el TJUE les niega la misma protección al amparo del derecho de autor.

4b. Incoherencia del criterio de «público nuevo» con las normas internacionales y las directivas de la UE

El TJUE ha presentado el criterio de «público nuevo» como si se desprendiera del artículo 11bis(1)(ii) del Convenio de Berna.²³ Pero no es así. En esta disposición del Convenio de Berna no se hace mención alguna a «un público que no coincide con el previsto para el acto de comunicación original de la obra». Su tenor es sencillamente el siguiente:

«los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar: ... toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, *cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen*» (La cursiva es nuestra.)

El texto de esta disposición es claro. Solo impone una condición: la retransmisión o la redifusión debe realizarla un organismo distinto del original. Puede realizarse al mismo público; a una parte del mismo público, al mismo público o a una parte de éste junto con un público no cubierto por la radiodifusión original, y puede realizarse incluso a un público totalmente nuevo. Los actos previstos en los incisos ii) y iii) (comunicación al público mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida) se reconocen como nuevos actos de comunicación al público por consistir en una nueva explotación de una obra por un organismo diferente del de la radiodifusión original. Ahí radica la novedad y no en que la comunicación se dirija a un público distinto del público del primer acto de radiodifusión. Dado que el texto de la disposición es claro, en virtud de las normas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,²⁴ la condición de que el derecho de comunicación

²³ En C-306/05, SGAE, de 7 de diciembre de 2006, apartado 40 (citado anteriormente).

²⁴ Artículo 31. Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los

por cable o redifusión de una obra radiodifundida solo sea aplicable cuando la comunicación se dirija a un «público nuevo» carece de fundamento.

El criterio de «público nuevo», tal y como lo expuso el TJUE, parece sustituir el «*nuevo (acto de) comunicación al público*» por la «comunicación a un *público nuevo*». Pero el texto del artículo 11*bis*(1) es inequívoco por cuanto el derecho de radiodifusión previsto en el inciso (i), el derecho de retransmisión de una obra radiodifundida por medios alámbricos o inalámbricos por un organismo distinto del original (redifusión) de conformidad con el inciso (ii), y el derecho de comunicación al público «mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida» del inciso (iii) son derechos distintos, no porque cada uno de los casos implique un nuevo público (que bien podría no ser el caso), sino porque constituyen un *nuevo acto* de comunicación. Tal y como se ha indicado anteriormente en el comentario referente a los textos convencionales, el artículo 8 del TODA/WCT llena las lagunas de los diferentes derechos de comunicación al público consagrados por el Convenio de Berna, previendo «cualquier comunicación al público», sin distinción alguna entre transmisiones primarias y secundarias. Si la expresión «comunicación al público» se usa en el sentido amplio del artículo 8 del TODA/WCT, *cualquier* retransmisión de una obra radiodifundida – por oposición al acto original de radiodifusión– es un nuevo acto de comunicación al público, y lo mismo sucede con un acto de «comunicación al público» de una obra radiodifundida. Asimismo, el artículo 8 del TODA/WCT no está limitado a las nuevas comunicaciones de radiodifusiones; cubre (sin perjuicio de la cobertura de radiodifusiones del artículo 11*bis* del Convenio de Berna) las transmisiones iniciales y posteriores independientemente de la tecnología empleada para efectuar las transmisiones iniciales y posteriores. Así, no hay nada en el TODA/WCT ni en el TOIEF/WPPT que permita excluir las transmisiones posteriores destinadas al mismo público que ya pudo recibir la transmisión inicial.

términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

(a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

(b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

(a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

(b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación

(c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del Artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el Artículo 31:

(a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

(b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

La transformación por parte del TJUE del concepto de «público nuevo», que pasa de ser una *justificación* de la aplicación del derecho de comunicación al público para transformarse en una *limitación* del alcance de dicho derecho en el asunto *Svensson*, tiene el efecto infundado e ilegítimo de agotar el derecho de comunicación al público; o, más bien, el Tribunal *reduce* el alcance de dicho derecho desde el principio. Según la sentencia *Svensson*, una vez que la obra es accesible para «el conjunto de los usuarios potenciales de la página en cuestión», es decir, en el caso de los sitios que no apliquen ninguna medida restrictiva, para el conjunto de los internautas, el autor o el titular del derecho ya no puede invocar el derecho de comunicación al público para prohibir otras puestas a disposición de la obra a través de Internet, especialmente mediante el establecimiento de enlaces o marcos, ni siquiera aunque dichos actos reporten beneficios a los proveedores de tales enlaces o marcos.

Ciertamente, «el agotamiento», o la reducción del alcance de los derechos mínimos que resulta de la sentencia *Svensson*, tiene un alcance limitado, dado que no afecta a todas las aplicaciones del derecho de comunicación al público, sino que produce el agotamiento del derecho de puesta a disposición a partir del sitio web de origen a través del establecimiento de enlaces. Significa no obstante que un autor que publique sus obras en un sitio web sin adoptar medidas restrictivas no puede mantener para sí mismo ni otorgar a un tercero la exclusividad de esta forma de explotación mientras perdure el acto inicial de explotación. Por ello, el derecho de explotación en Internet se ve gravemente truncado de una forma sin precedentes en el ámbito del derecho de autor o de cualquier otro tipo de derecho de propiedad intelectual y ello en un momento en el que Internet se está convirtiendo rápidamente en el principal mercado de explotación de las obras de autor. Este punto se desarrollará más adelante.

Concretamente, por lo que respecta a las obras puestas a disposición en páginas web libremente accesibles, la extensión de facto del agotamiento de los derechos del TJUE – que, en virtud de los tratados internacionales y las directivas de la UE, concierne únicamente al derecho de distribución y a ningún otro derecho más – es contraria a los tratados internacionales en materia de derecho de autor y a las normas de la UE. El artículo 3(3) de la Directiva de la sociedad de la información dispone explícitamente que «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 [comunicación al público, incluida la puesta a disposición del público] y 2 [puesta a disposición del público]». El artículo 4 de la Directiva de la sociedad de la información prevé solo el agotamiento de un único derecho cubierto por la Directiva: el derecho de distribución. Se desprende, *a contrario*, que en el caso de los demás derechos cubiertos por la Directiva, no se aplicará agotamiento alguno.

La nueva *Guía de la OMPI* (2003) confirma estas conclusiones y aclara que no se aceptará

ninguna interpretación del artículo 11*bis*(1)(ii) que pueda sugerir lo que rechazó, con razón, el Comité Ejecutivo de la Unión de Berna, a saber, que sería permisible someter la aplicación del derecho de comunicación al público (en concreto en forma de redifusión o retransmisión por cable) a cualquier criterio, como el de la comunicación a un «público nuevo», *no* previsto por el Convenio.²⁵

La introducción por parte del TJUE del concepto de «público nuevo» va por ello mucho más allá que una mera diferencia de interpretación del derecho de comunicación al público. Básicamente modifica el concepto. El ejercicio del derecho de comunicación al público se parece ahora a una renuncia *erga omnes* (o, al menos, respecto de todos los miembros del público previsto) más que a una *autorización* otorgada a la otra parte contratante. Así, esta interpretación de la licencia o de su resultado cambia fundamentalmente la naturaleza y el significado de la noción de comunicación al público, así como los acuerdos sobre derechos de autor relativos al mismo acto de explotación. Entre otras cosas, en la práctica será imposible otorgar licencias exclusivas, dado que los terceros siempre estarán autorizados a comunicar de nuevo las obras una vez comunicadas al mismo público por primera vez.

Esto hace que la actual interpretación de la noción de *comunicación al público* en el seno de la Unión Europea pudiera impugnarse en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC por ser incompatible con el derecho de comunicación al público recogido en el Convenio de Berna.

4c. Malentendido e interpretación errónea, en el asunto *Svensson*, de la referencia realizada en la antigua *Guía de la OMPI* a un «público nuevo»

Si el criterio de «público nuevo» no puede encontrarse en los textos internacionales ni en las directivas europeas, ¿en qué se basa? El tribunal no ha derivado el criterio de «público nuevo» del texto del Convenio de Berna ni de ningún otro instrumento internacional, sino exclusivamente de la antigua *Guía de la OMPI*, una publicación de 1978 que no pretende ser una «interpretación auténtica» del Convenio de Berna. La referencia de la antigua Guía al «público nuevo» aparece en todo caso no en relación con la retransmisión por cable o sin cable de obras radiodifundidas, sino en el contexto de la explicación de por qué la comunicación de una obra radiodifundida por altavoz constituye un acto de comunicación al público que requiere autorización.²⁶ En *SGAE contra Rafael Hoteles*, el tribunal afirmó:

²⁵ Véase la nueva Guía de la OMPI (ver nota 20 anterior), pp. 77-78.

²⁶ La antigua Guía expone, en su versión original en francés:

«De la même façon que dans le cas où la réception d'une émission est suivie d'une communication publique visant un nouveau cercle d'auditeurs [ou de téléspectateurs], **soit au moyen d'une nouvelle émission soit au moyen d'une transmission par fil (voir 1o et 2o de l'alinéa 1)** la communication publique par haut-parleur (ou instrument analogue) est **considérée comme atteignant un nouveau public, différent de celui que l'auteur avait en vue lorsqu'il autorisait la radiodiffusion de son œuvre**. En effet, bien que par définition la radiodiffusion puisse atteindre un nombre indéterminé de personnes, l'auteur en autorisant ce mode d'exploitation de son œuvre ne prend en considération que les usagers directs; c'est à dire les détenteurs d'appareils de réception qui,

41 Como se explica en la Guía sobre el Convenio de Berna, documento interpretativo elaborado por la OMPI que, sin tener fuerza vinculante, es un instrumento útil para la exégesis del Convenio, el autor, al autorizar la radiodifusión de su obra, sólo tiene en cuenta a los usuarios directos, es decir, a los poseedores de aparatos receptores que captan los programas individualmente o en un ámbito privado o familiar. De conformidad con dicha Guía, a partir del momento en que se efectúa esta captación para destinarla a un auditorio todavía más vasto, a veces con fines de lucro, es una nueva fracción del público receptor la que puede beneficiarse de la escucha o de la visión de la obra, con lo cual la comunicación de la emisión a través de altavoz o instrumento análogo no constituye ya la simple recepción de la emisión misma, sino un acto *independiente mediante el cual la obra emitida es comunicada a un público nuevo*. Como se precisa en la misma Guía, esta recepción pública da lugar al derecho exclusivo de autorización, que corresponde al autor. (La cursiva es nuestra.)

En el asunto *SGAE*, el Tribunal reconoció el contexto de la evocación de un «público nuevo» en la antigua Guía, para después no tenerlo en cuenta. Las referencias de la Guía a un auditorio nuevo y diferente, a un público nuevo distinto del inicialmente contemplado para la primera transmisión, pretenden explicar por qué procede considerar las retransmisiones por *altavoz* como actos independientes que precisan una autorización independiente.

En primer lugar, la Guía únicamente formula la pregunta de «si la licencia concedida por el autor a la emisora abarca además todo el uso que se haga de la obra radiodifundida, tenga o no fines mercantiles. La respuesta del Convenio es “no”». ²⁷

Por lo tanto, la posibilidad de que no se produzca una *comunicación al público* ni siquiera se menciona en la Guía. El único motivo por el que la Guía se refiere a la cuestión de una *licencia* es para explicar por qué el Convenio de Berna prevé un derecho mínimo separado para la comunicación al público mediante altavoz o mediante instrumentos análogos, concretamente, entre otros, dado que se trata de un acto separado por el que la obra se comunica a un público que el autor no había «contemplado» previamente cuando otorgó su autorización. ²⁸ No obstante, ni el Convenio de Berna ni la Guía abordan la concesión de licencias como tal ni convierten la noción de «público nuevo» en una condición del derecho

individuellement ou dans leur sphère privée ou familiale, captent les émissions. A partir du moment où cette captation se fait à l'intention d'un **auditoire se situant sur une plus large échelle, et parfois à des fins lucratives, une fraction nouvelle du public récepteur est admise à bénéficier de l'écoute** [ou de la vision] de l'œuvre et la communication de l'émission par haut-parleur (ou instrument analogue) n'est plus la simple réception de l'émission elle-même mais un acte indépendant par lequel l'œuvre émise est **communiquée à un nouveau public**. Cette réception publique donne prise au droit exclusif de l'auteur de l'autoriser.» (La negrita es nuestra.)

La versión española es la siguiente:

«Igual que en el caso de una nueva transmisión por cable de una obra radiodifundida se crea una audiencia adicional [apartado 1, inciso ii)], en este caso puede ser percibida también por oyentes (y quizás espectadores) distintos de los que previó el autor al dar su permiso. Si bien, por definición, el número de personas que reciben una transmisión no puede determinarse con certeza, el autor piensa que su licencia para transmitir abarca únicamente la audiencia directa que recibe la señal dentro del círculo familiar. Cuando esa recepción se efectúa para el entretenimiento de un círculo más amplio, a menudo con el fin de obtener un beneficio, se permite a una parte más del público disfrutar de la obra y deja de tratarse de una mera transmisión. Se otorga al autor el control sobre esta nueva representación pública de su obra.»

²⁷ Antigua Guía de la OMPI (véase la nota 19 anterior), p. 68, apartados 11bis.11-12.

²⁸ Antigua Guía de la OMPI (véase la nota 19 anterior), p. 68, apartado 11bis.12.

separado previsto en el Convenio.

No es éste el enfoque adoptado por el TJUE en el asunto *Svensson*: el Tribunal simplemente parece considerar el público nuevo como una condición del derecho en el sentido de que si una comunicación no se dirige a un público nuevo, no está cubierta siquiera por el concepto de «comunicación al público».²⁹

La antigua *Guía de la OMPI* fue extremadamente restrictiva en cuanto a los casos en los que no hay «ningún público nuevo». Los limitaba a los poseedores de «aparatos receptores» que captan los programas individualmente o en un ámbito privado o familiar a través de altavoz, un enfoque que el Tribunal de Justicia siguió en el citado apartado 41 de su sentencia en el asunto *SGAE*. Está claro que la ampliación posterior en la sentencia *Svensson* del círculo de «ningún público nuevo», que pasa del ámbito privado o familiar en torno a un mismo aparato receptor, a la audiencia prácticamente ilimitada de Internet, va más allá de cualquier posible margen de interpretación ofrecido por el texto de la antigua *Guía de la OMPI*. Traspuesto al entorno digital, lo que proponía la antigua Guía era mínimo. Incluía únicamente la posibilidad de que un internauta que visitara el sitio original pudiera mostrar a sus familiares, o a los miembros de su ámbito privado, lo que se muestra en la *pantalla del ordenador* (o en una pantalla mayor, la de un televisor conectado), que sería su «aparato receptor».

Nada en la antigua *Guía de la OMPI* permite ver en la referencia hecha al «público nuevo» ningún tipo de exclusión de la retransmisión del alcance de la comunicación al público. Esta lectura está fuera de contexto y es engañosa.

Por ello, las sentencias del TJUE se habrían ajustado al Convenio de Berna únicamente si el Tribunal hubiera empleado el concepto de «público nuevo» para hacer referencia a un público, distinto del familiar o del ámbito privado, al que se comunica la obra por un *acto nuevo de comunicación* al público (independientemente de que las obras en cuestión ya hayan sido comunicadas o no al mismo público o a una parte de éste).

Por último, conviene observar que la asimilación realizada por el Tribunal de la «comunicación realizada a través de Internet» a un «medio técnico», así como la conclusión de que la accesibilidad sin restricciones significa que «el conjunto de los usuarios potenciales de la página» constituye el público inicial, son más que problemáticas. Concretamente, son contrarias a las decisiones anteriores del Tribunal en las que se distingue la mera accesibilidad (el conjunto de los usuarios potenciales de la página) de la acción de dirigirse a un público concreto.³⁰ Si el derecho de comunicación al público no fuera aplicable en caso de nueva

²⁹ *Svensson*, apartado 24.

³⁰ Véanse, por ejemplo, asunto C-173/11, *Football Dataco* contra *Sportsradar*, y asunto C-5/11, *Donner*, relativos a

comunicación de la obra al mismo público destinatario (un resultado que, como mostrará la siguiente sección, es contrario a las normas internacionales y comunitarias), entonces, como mínimo, el Tribunal no debería haber declarado toscamente que dicho público está formado por el conjunto de los usuarios de «Internet». Si Internet es el «medio técnico» relevante, entonces se trata de un «medio» tan enorme que prácticamente carece de sentido.

5. Limitación del criterio de «público nuevo» al mismo «medio técnico específico»

En el asunto *TVCatchup*, el TJUE completó el criterio de «público nuevo» con la introducción del criterio de «medio técnico específico». Este asunto, como *Svensson*, se refería al uso de obras a través de Internet, aunque de una manera diferente. En este litigio, la emisora ITV sostuvo que la empresa TVCatchup habría infringido el derecho de autor de sus emisiones al comunicarlas al público mediante un proceso de transmisión electrónica (en forma de «streaming»). Desde el punto de vista del criterio de «público nuevo», una característica bastante relevante del sistema de TVCatchup era que los usuarios del sistema podían ver únicamente aquellas emisiones transmitidas en *streaming* para las que poseyeran una licencia válida en el mismo país, es decir, en el Reino Unido. Igualmente relevante era que los ingresos de TVCatchup se derivaran de la publicidad presentada antes de que el usuario pudiera ver el programa transmitido en *streaming*, del mismo modo que se obtenían de la publicidad los ingresos de los servicios de agregadores que ponían las obras a disposición a través de hiperenlaces en el servicio del asunto *Svensson*.

Por una parte, el TJUE, basándose en argumentos poco claros, confirmó el criterio de «público nuevo» aplicado en los asuntos anteriores, aunque fueran de diferente naturaleza. Por otra, presentó un nuevo criterio para el concepto de comunicación al público desconocido en los tratados internacionales y las directivas europeas: el criterio de «medio técnico específico». Y lo hace concretamente en el apartado 26 de la sentencia *TVCatchup*:

26 Dado que la puesta a disposición de las obras a través de la retransmisión por Internet de una emisión de televisión terrestre se realiza por un medio técnico específico que es *diferente del medio de la comunicación de origen*, debe ser considerada una «comunicación» a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. Por consiguiente, tal retransmisión no puede estar exceptuada de la autorización que deben conceder los autores de las obras retransmitidas cuando éstas se comunican al público. (La cursiva es nuestra.)

Así, el criterio de «público nuevo» se ha mantenido en casos en los que se usa la misma tecnología para realizar transmisiones posteriores; el derecho de comunicación al público se

aplica a tales retransmisiones únicamente si se realizan utilizando medios técnicos específicos distintos de los de la comunicación original. La aplicación conjunta de los criterios de «público nuevo» y de «medio técnico específico» en el asunto *TVCatchup* neutralizó en efecto el primer criterio, dejando intacto por tanto el derecho de comunicación al público.

Pero en el asunto *Svensson*, el criterio de «medio técnico específico» no pudo restablecer el derecho de comunicación al público, puesto que el Tribunal estimó que el mismo medio, en este caso, Internet, se empleó para acceder al sitio web original, bien directamente a través de la URL del sitio o siguiendo un hipervínculo hasta el contenido del sitio protegido por el derecho de autor.

24 Aclarado este punto, tal como se deriva de reiterada jurisprudencia, para poder ser incluida en el concepto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, también es necesario que una comunicación como la controvertida en el litigio principal –que se refiere a las mismas obras que la comunicación inicial y que ha sido realizada *a través de Internet como la comunicación inicial, es decir, con la misma técnica,*– se dirija a un público nuevo, a saber, un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público (referencias omitidas, la cursiva es nuestra).

Abandonando el criterio de «público nuevo» cuando la comunicación se realiza por medios técnicos diferentes, la glosa del TJUE en el asunto *TVCatchup* atenúa algunos de los problemas que se planteaban al tratar el «público nuevo» como un factor restrictivo, pero en realidad revela la falta de coherencia en la deducción errónea de dicho criterio por parte del Tribunal a partir del análisis del artículo 11*bis*(1)(iii) realizado por la antigua Guía de la OMPI. El tipo de comunicación previsto en la antigua *Guía de la OMPI* implicaba por definición un medio técnico diferente: una transmisión inicial por radio retransmitida mediante altavoz. Como indica el comentario de la antigua *Guía de la OMPI*, la comunicación inicial por ondas hertzianas se realizaba a hogares privados, mientras que la retransmisión por altavoz se hacía a lugares públicos. Se trata por tanto de medios técnicos diferentes para llegar a públicos de lugares distintos. Según la lectura realizada por el TJUE, la naturaleza del público carece de relevancia si la comunicación se realiza por un medio técnico diferente. Pero, en este caso, el criterio de «público nuevo» deja de tener sentido en el mismo ejemplo que sirvió de base para la introducción del criterio de «público nuevo», dado que dicho ejemplo implica de hecho medios técnicos diferentes.

El criterio de «medio técnico diferente» infringe también el texto del Convenio de Berna. Su artículo 11*bis*(1)(ii) prevé un derecho exclusivo no sólo para las retransmisiones por cable,

sino también en caso de redifusión, es decir, en el caso de las retransmisiones por medios inalámbricos, y, por tanto, por el mismo «medio específico» que el empleado para la radiodifusión. Ahora bien, el Convenio de Berna prevé dos derechos separados y reconoce por tanto que existen dos actos independientes. Poco importa que la comunicación posterior se efectúe por medios técnicos diferentes o por el mismo medio técnico, esto es, en el caso del artículo 11*bis*(1)(ii), por medios alámbricos o inalámbricos.

Por otra parte, si aplicáramos el razonamiento del TJUE, la retransmisión constituiría un acto de explotación distinto y, por lo tanto, una infracción del derecho de autor si *el mismo* organismo retransmite una emisión por medios técnicos diferentes, mientras que el Convenio de Berna pretendía expresamente que dicho uso siguiera siendo libre.

Esto demuestra de forma inequívoca que el criterio de «medio técnico específico» es contrario a las normas internacionales del derecho de autor por lo que respecta al alcance de los derechos mínimos de comunicación al público y de puesta a disposición del público y a las normas europeas que las aplican. No hay ningún elemento de dichas normas o reglas, ni en sus trabajos preparatorios, que puedan respaldar este criterio.

6. Enlaces que eluden las medidas de restricción

La precisión adicional del TJUE, que modifica los criterios de «público nuevo» y «medio técnico diferente» cuando el autor restringe el acceso a la página de Internet en la que se hizo la primera puesta a disposición de la obra, también es contraria a las normas internacionales.

En su sentencia *Svensson*, el TJUE define otro criterio correctivo: si el acceso al contenido está restringido, aquellos que acceden a él infringiendo las medidas restrictivas constituyen un «público nuevo». En el apartado 31 de su sentencia, expone:

31 Por el contrario, 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 ésta 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. *Así sucede, en particular, cuando la obra ya no está a disposición del público en la página en la que fue comunicada inicialmente o cuando ya sólo lo está para un público limitado, mientras que es accesible en otra página de Internet sin la autorización de los titulares de los derechos de autor.* (La cursiva es nuestra.)

De la frase en cursiva se desprende que el efecto del agotamiento puede evitarse bien poniendo la obra inicialmente a disposición con medidas de restricción o bien imponiendo

posteriormente restricciones al acceso desde el sitio web de origen, o retirando el contenido por completo del sitio inicial. La retirada o las restricciones aplicadas tras la puesta a disposición restablecerían totalmente el derecho de comunicación al público por lo que respecta al contenido retirado o restringido, dado que, en estas condiciones, cualquier acceso a través de un hipervínculo cumpliría la condición de «público nuevo».

En efecto, si el establecimiento de un enlace deja de ser posible debido a restricciones, o porque ya no hay nada con lo que enlazar, entonces el derecho de comunicación al público permite controlar (o autorizar) el establecimiento de enlaces. Pero esta variante del criterio de «público nuevo» no tiene sentido alguno en última instancia, dado que de nada sirve tener un derecho a autorizar actos que no pueden realizarse en ningún caso. El interés de un derecho consiste en permitir prohibir actividades que, de no existir tal derecho, todo el mundo podría llevar a cabo.

7. Correcciones introducidas en el criterio de «público nuevo» por el TJUE, igualmente contrarias al Derecho internacional

El criterio de «público nuevo» ha sido objeto de dos correcciones por parte del TJUE. La primera fue que no se precisa ningún público nuevo si la comunicación se realiza por medios técnicos específicos diferentes y la segunda, que no se precisan medios técnicos específicos diferentes en caso de comunicación a través de Internet (cuya población se considera el mismo público) cuando el acceso se encuentra restringido. Así parece ser a pesar de que el TJUE utiliza términos basados en el criterio de público nuevo, porque «constituye, de este modo, [el enlace] 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».

Estas correcciones no atenúan el conflicto de los criterios de «público nuevo» y «medios técnicos específicos» del TJUE con las normas internacionales del derecho de autor y las normas europeas que las aplican. Al contrario, si la forma de evitar la aplicación de la exclusión basada sobre el criterio de «público nuevo» consiste en restringir el acceso al sitio, no está nada claro qué forma deben adquirir las medidas de restricción. ¿Debe el autor imponer restricciones técnicas o basta con indicar en algún lugar del sitio que el autor no autoriza el establecimiento de (determinados tipos de) enlaces?

En la medida en que estas restricciones entrañen declaraciones de reserva de derechos,

entonces la prescripción del TJUE podría infringir otra norma internacional fundamental del derecho de autor, a saber, la prohibición de subordinar el ejercicio del derecho de autor al cumplimiento de formalidades [(art. 5.2) del Convenio de Berna)].
