

Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales

Juan Pablo Aparicio Vaquero

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

*Abstract**

Las páginas que siguen pretenden dar una visión general del trato que reciben los “contenidos digitales” desde la perspectiva de la Propiedad Intelectual, a caballo entre los intereses de titulares y usuarios. No es un tratamiento uniforme, pues aún se distingue entre su explotación en el comercio tradicional (distribución de las obras incorporadas a un soporte, como “ejemplares”) y en línea (comunicación pública, como “servicio”); además, se diferencia entre los programas de ordenador y el resto de contenidos digitales, dado que la Directiva de Derechos de Autor en la Sociedad de la Información excluye a aquéllos de su ámbito de aplicación y, en algún punto, parece, a juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dar soluciones diversas. Desde el punto de vista de los usuarios o destinatarios de los contenidos digitales (obras protegidas por el Derecho de Autor), debe clarificarse si pueden o no “revenderlos” y/o hacer copias para su uso privado. Igualmente, en cuanto internautas en el marco de la Sociedad de la Información, si la actividad típica que permite el funcionamiento mismo de Internet (el enlazado de contenidos) tiene repercusiones desde la óptica de la Propiedad Intelectual cuando tales enlaces se dirigen a contenidos protegidos: ¿han de ser autorizados? y ¿qué ocurre si llevan a contenidos puestos en la red (“colgados”) de forma ilícita? Por último, cabría preguntarse por el papel y tutela de las medidas tecnológicas de protección que se implementan en muchas ocasiones en tales contenidos y en sus dispositivos de uso: ¿tienen límites? ¿pueden impedir usos lícitos alternativos? El Tribunal de Justicia de la Unión Europea va contestando a estas cuestiones de forma, quizá, más voluntariosa que jurídica, en algunos puntos.

The pages that follow are intended to give an overview of the treatment of "digital content" from the perspective of Intellectual Property, halfway between interests of owners and users. That is not a uniform treatment, because of the legal difference between the distribution of copyrighted works as tangible goods (works incorporated in a material medium) and online (public communication as a "service"). There are also differences between software and the other digital contents, since computer programs are excluded from the scope of InfoSoc Directive and that means, in the opinion of the European Court of Justice, that there are different solutions to some questions. From the point of view of the users or recipients of digital content (copyrighted works), it should be clarified whether or not they can "resell" and / or make copies for private use. As Internet users in the Information Society, they also want to know if the typical activity that allows the Internet operation (linking) has implications from the perspective of Intellectual Property when such links are aimed to copyrighted content: must they be authorized? And, what happens if they are aimed to contents unlawfully uploaded? Finally, one might wonder about the role and legal recognition of the technological protection measures that are implemented in many occasions in such digital contents and into their use devices: Do they have limits? Can they prevent alternative legal uses? The Court of Justice of the European Union is answering these questions in a more willful than a legal way, at some points.

Title: Copyright and supply of digital content

Keywords: Copyright, digital contents, work, supply, distribution, communication to the public, reproduction right, sale, services, exhaustion, first sale doctrine, resale, private copy, links, computer software, technological protection measures (TPMs)

* Este trabajo constituye la versión escrita de la presentación realizada en el Seminario Internacional dirigido por Sergio Cámara Lapuente, “Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores”, celebrado en la Universidad de La Rioja, 11 de marzo de 2016.

Palabras clave: Propiedad Intelectual, contenidos digitales, obra, suministro, distribución, comunicación pública, derecho de reproducción, ejemplares, venta, servicios, agotamiento, reventa, copia privada, enlaces, programas de ordenador, medidas tecnológicas de protección

Sumario

1. Introducción
2. Propiedad Intelectual y Derecho (contractual) de Consumo
 - 2.1. "Obra" vs. "Contenido digital"
 - 2.2. La forma jurídica del "suministro": relevancia del tipo contractual
 - a. Suministro de contenidos digitales y Derecho de Consumo
 - b. El ejercicio de los derechos de exclusiva y los diferentes tipos contractuales en sede de Propiedad Intelectual
3. La reventa de contenidos digitales
 - 3.1. El suministro de programas de ordenador como caso particular: la doctrina *UsedSoft*
 - 3.2. La aplicación de la doctrina *UsedSoft* al resto de contenidos digitales, tanto descargados como suministrados sobre soportes físicos
 - 3.3. La diferente aproximación estadounidense
4. El usuario y la realización de copias de contenidos digitales para uso privado o de seguridad
 - 4.1. Las copias privadas
 - 4.2. La copia de seguridad
5. La actividad de enlazado a contenidos digitales de terceros
6. Las medidas tecnológicas de protección de los contenidos digitales y de sus dispositivos de uso
7. Tabla de jurisprudencia citada
8. Bibliografía

1. Introducción

La *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales* [Bruselas, 09.12.2015, COM(2015) 634 final] pretende armonizar el régimen contractual de explotación de tales bienes ofreciendo un alto nivel de protección de los derechos de los consumidores, en cuanto destinatarios de aquéllos². Es por ello que su perspectiva es exclusivamente consumerista, sin entrar a regular los aspectos de Propiedad Intelectual que pueden verse implicados en dicha explotación³.

Obsérvese que ambas normativas, la de Consumo y la de Autor, obedecen a una muy diferente *ratio*: la defensa del destinatario o usuario de los contenidos, en el caso de la primera, frente a la del autor o titular de los derechos de exclusiva sobre los mismos, en el ámbito de la Propiedad Intelectual. Y si bien el Derecho de Consumo puede contemplar también a éstos, en cuanto contraparte contractual (proveedores de los contenidos), la toma en consideración del destinatario de las obras es, en principio, extraña al Derecho de Autor; de hecho, cuando se produce, se hace de forma restrictiva, como límite o excepción a los derechos de los titulares (así, por ejemplo, el régimen de la copia para uso privado). Ocurre ahora, sin embargo, que la

² Dicha Propuesta se presenta como complementaria de la Directiva de Consumo (*Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE L 304/64, de 22.11.2011*) y de la Directiva de Comercio Electrónico (*Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular, del comercio electrónico en el mercado interior, DOUE L 178/1, de 17-07-2000*).

³ La Comisión considera que dicha Propuesta es “coherente con el marco general de la UE sobre derechos de autor y se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones conforme a la legislación sobre derechos de autor” (p. 5 de su Exposición de Motivos). El propuesto Considerando 12 señala que la Directiva debe entenderse “sin perjuicio del derecho de distribución aplicable a dichos bienes conforme a la ley de derechos de autor”, en referencia a los contenidos digitales ofrecidos en un soporte duradero. Resulta interesante, en relación con lo que más adelante diré, que la norma parte de que todo suministro de contenidos digitales (transmisión en soporte duradero, descarga, transmisión a través de la *web*, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales) debe recibir el *mismo trato*: “no se recomienda establecer diferencias entre las distintas categorías de este mercado tan cambiante tecnológicamente, ya que resultaría muy difícil evitar las discriminaciones entre los proveedores” (Considerando 11). La perspectiva, que me parece acertada, es radicalmente diferente a la vigente normativa comunitaria de Propiedad Intelectual, que distingue entre distribución de contenidos sobre soporte y comunicación pública en línea (al menos, entiende el TJUE, para todos los contenidos salvo para los programas de ordenador, que sí se aproximarían a este planteamiento de la Propuesta).

Por lo demás, los derechos de Propiedad Intelectual sólo son expresamente contemplados en cuanto objeto de la obligación de saneamiento contemplada en el art. 8 de la Propuesta: al momento del suministro, o durante todo el periodo de tiempo que el mismo dure, los contenidos digitales deben estar libres de derechos de terceros, “incluidos los basados en propiedad intelectual”, de manera que puedan utilizarse de acuerdo con el contrato. Aun cuando tal derecho no se reconozca expresamente en la normativa vigente sobre conformidad (o que pudiera derivarse, para los contenidos digitales, de las obligaciones sobre información que se prevén en el ámbito de consumo), cabe deducirlo de la aplicación de la legislación general de venta y/o prestación de servicios (arts. 1.474 y ss., ó 1.554 CC).

aparición del formato electrónico e Internet obliga a variar ese enfoque, pues tales destinatarios reclaman para sí el ejercicio de auténticos derechos sobre las obras o las copias de las mismas a las que tienen acceso (y no siempre de forma lícita, como se verá).

La Sociedad de la Información exige un equilibrio de intereses distinto al existente hasta el momento, de tal forma que, en la actualidad, se reinterpretan conceptos asentados como “distribución” o “comunicación pública” más allá incluso de lo reconocido en los propios textos legales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) amplía o limita tales conceptos, añadiendo en ocasiones requisitos que parecían no haber sido expresamente contemplados en normativas que, seguramente, se han quedado anticuadas en apenas quince años. En ellas se encuentran, además, diferencias de trato entre contenidos digitales (entre los programas de ordenador y el resto) que no tienen hoy en día mucho sentido.

2. Propiedad Intelectual y Derecho (contractual) de Consumo

2.1. “Obra” vs. “Contenido digital”

La expresión “contenido digital” (o su plural) es utilizada habitualmente en el Derecho de Consumo, no (al menos, *no todavía*) en la normativa de Propiedad Intelectual, que gira en torno al asentado concepto de “obra”⁴. En el ámbito que nos ocupa, y aun cuando pudieran entenderse como sinónimos, conviene hacer alguna precisión.

Por “contenido digital” entiende el artículo 59 *bis* del *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (en adelante, TRLGDCU)⁵ “los datos producidos y suministrados en formato digital”. Así pues, lo esencial no es el tipo de dato, su calificación jurídica o contenido al que haga referencia, sino la *forma* en que es presentado (la “digital”, en cuanto sinónimo de “electrónica”⁶), bien sea sobre un soporte físico o material, bien suministrado

⁴ No figura como tal en textos españoles ni comunitarios vigentes sobre Propiedad Intelectual o Derechos de autor. Sí se menciona dicha expresión en documentos de trabajo, informes o comunicaciones, tales como la reciente *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “Towards a modern, more European copyright framework”* (Bruselas, 9.12.2015, COM(2015) 626 final), que junto a tal expresión utiliza igualmente “*creative content*” y “*digital content*”. Con un matiz ya más específico, alude también a los “*online content*” y “*online content services*”.

⁵ *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, BOE nº 287, de 30.11.2007.

⁶ Los procesadores informáticos son sistemas “digitales”, en cuanto usan una lógica de dos estados (además, en este caso, binaria: abierto y cerrado; 1 y 0, respectivamente). Las instrucciones al sistema, así como sus resultados (*outputs*, en forma, por ejemplo, de cualquier archivo informático), pueden expresarse en una secuencia de unos y ceros. Sin ser lo mismo, pues se refieren a ámbitos diferentes, en el lenguaje vulgar se emplea el término “digital” como sinónimo de “electrónico” (por metonimia, lo que inicialmente era un concepto físico o de la rama de la ingeniería para hacer referencia a los electrones o a los circuitos basados en su comportamiento y en el paso de la electricidad, se ha extendido a las aplicaciones, resultados y utilidades de tales circuitos; así, el “correo

en línea. Efectivamente, esta definición tiene su origen en el artículo 2.11 de la citada Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores (DDC), cuyo Considerando 19 señala, tras poner como ejemplo de tales contenidos a programas (de ordenador), aplicaciones (las modernas *apps* o pequeños programas para móviles y *tablets*), juegos (videojuegos), vídeos o textos informáticos, que tal consideración la tendrán “independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios”.

En definitiva, “contenido digital” no es un particular tipo de “cosa” o “bien” como tal, sino uno presentado (producido, suministrado) de una particular forma o en un concreto formato (“digital” o “electrónico”)⁷.

Por el contrario, el término “obra”, en el ámbito de la Propiedad Intelectual, nos remite a un concepto asentado, con tradición jurídica e, incluso, recogido expresamente en la normativa aplicable, con unos concretos requisitos y consecuencias. Una “obra” es una *creación* literaria, artística o científica, esto es, la forma que adopta y mediante la cual se exterioriza una idea en cualquiera de tales ámbitos. Si dicha obra es, además, “original”, resultará protegida por el Derecho, reconociéndose a su autor una serie de derechos de diversa índole (moral y económicos o de explotación) sobre la misma. Obsérvese que la protección no deriva de la mera existencia de la obra o creación, sino del cumplimiento de un requisito jurídicamente evaluable: su *originalidad* (art. 10.1 del *Texto Refundido de la Ley 11/1987, de Propiedad Intelectual*, aprobado por RD-Leg 1/1996, de 12 de abril, BOE nº 97, de 22.04.1996; en adelante, TRLPI), si bien es cierto que ésta puede recibir diferentes interpretaciones según las distintas tradiciones jurídicas e, incluso, el tipo de obra (contenido digital) ante el que nos encontremos⁸.

electrónico”, los “archivos electrónicos” o las “bases de datos electrónicas”). En todo caso, es muy intuitiva su diferencia frente al tradicional ámbito “analógico” (escritura, imprenta, surcos en la superficie de un disco de vinilo, fotografía química...).

⁷ La Propuesta de Directiva sobre contenidos digitales recoge una definición de “contenido digital” deliberadamente amplia, “con el fin de que sea «a prueba de futuro» y para evitar distorsiones de la competencia y crear condiciones equitativas en su lugar” (Exposición de Motivos, pág. 13, y Considerando 13; comillas en el original). En su art. 2.1 señala que incluye datos producidos y suministrados en formato digital (poniendo como ejemplo el vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de *software*) pero también “servicios” que permiten la creación, tratamiento o almacenamiento de datos digitales facilitados por el consumidor, o los que permitan compartir o interactuar con datos digitales facilitados por otros usuarios del servicio (incluyendo así el almacenamiento en la nube y los facilitados en redes sociales)

⁸ En España, y en relación con la mayoría de las obras, parece prevalecer un criterio “objetivo”, en cuanto exigencia de “novedad” en la obra, frente al “subjetivo” que exige apreciar en la misma un reflejo de la personalidad del autor (así, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2007, págs. 154-163). En el ámbito de los programas de ordenador, sin embargo, impera el subjetivo, en su versión más absoluta: basta con que sea creación intelectual propia de su autor (art. 96.2 TRLPI, en trasposición de la Directiva de Programas de Ordenador, art. 1.3; véase su referencia completa en nota 23). Aunque el TJUE trató de dar un concepto de “originalidad” en su sentencia *Infopaq* (son *originales* las “creaciones intelectuales atribuidas a su autor”; STJUE de 19-VII-2009, asunto C-5/08, *Infopaq Internacional AS c. Danske Dagblades Forening*) lo cierto es que esta aproximación es prácticamente inútil, pues tanto puede seguir interpretándose en forma objetiva como subjetiva (tampoco coincide con el mencionado para el *software*); muy crítica con esta sentencia (otro ejemplo de lo que más adelante diré sobre el exceso del TJUE en sus labores interpretativas) se mostró M^a. P. CÁMARA ÁGUILA (2012).

Así pues, si bien los contenidos digitales pueden ser creaciones de todo tipo (literarias, en cuanto plasmadas a través de texto; artísticas, exteriorizándose a través de notas musicales, coreografías, imágenes, dibujos...; o científicas, también a través de textos, diagramas, planos, etc.) no necesariamente tienen que ser “obras” protegidas por la Propiedad Intelectual (en cuanto derechos de autor, en su sentido más estricto, o derechos afines o conexos también contemplados en dicha normativa). Las situaciones posibles son de lo más diversas, con diferentes consecuencias en orden a los derechos implicados:

1.- *Contenidos digitales “originales” sobre los que recaen derechos de Propiedad Intelectual* cuyo ejercicio se han reservado sus titulares. Son, evidentemente, los que más problemas pueden plantear, incluido, en un ámbito como Internet, el de su propia identificación como tales (obras con derechos reservados). Respecto de este tipo de contenidos se suscitan la mayoría de cuestiones que vamos a tratar a continuación. Y ello, aun cuando el contenido resulte ser aparentemente “anónimo”: que no se conozca su autor o no pueda contactarse con él no significa que se esté ante una obra libre de derechos o que pueda utilizarse (explotarse, reproducirse, transformarse...) sin autorización. Las denominadas “obras huérfanas” (aquéllas cuyos titulares de derechos no están identificados o, de estarlo, no están localizados a pesar de haber realizado una previa búsqueda diligente de los mismos) no pueden ser utilizadas (explotadas) por terceros de cualquier forma: el régimen previsto en la normativa (art. 37 *bis* TRLPI)⁹ es bastante restrictivo, permitiendo el ejercicio de ciertos derechos sobre las mismas sólo a determinadas entidades (centros educativos, museos, bibliotecas, hemerotecas, filmotecas, organismos públicos de radiodifusión...), no al público en general, y únicamente si se cumplen determinados requisitos (sin ánimo de lucro y con fines de interés público, respecto de obras publicadas o radiodifundidas por primera vez en un Estado miembro de la Unión Europea, dejando siempre a salvo la posible identificación del autor que reclame sus derechos y una compensación equitativa por el uso realizado).

2.- Por el contrario, *los contenidos digitales* (imágenes, textos, sonidos...) *que no sean obras “originales” a los efectos de la normativa de Propiedad Intelectual* quedarán excluidos de su ámbito de aplicación, no otorgándose a sus autores derechos de este tipo, y resultando de libre uso o disfrute (al menos, desde esta perspectiva, insisto, no pudiendo prejuzgarse la concurrencia o protección dada por otros sectores del ordenamiento, como marcas o signos distintivos). Ello, claro está, salvo el caso de las llamadas “meras fotografías” que, aunque no sean “originales” y, como tales, protegidas por los derechos de autor, sí reciben una cierta (y limitada, en contenido y tiempo) tutela jurídica (art. 128 TRLPI).

3.- Existen también *contenidos digitales que expresamente no son contemplados como objeto de Propiedad Intelectual*, tales como disposiciones legales o reglamentarias, sus correspondientes proyectos, resoluciones de los órganos jurisdiccionales, y los actos, acuerdos, deliberaciones o dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos ellos (art. 13 TRLPI). Son, por lo tanto, de libre uso o disfrute, copia, enlazado... Por lo que ahora más nos importa, sólo se

⁹ Trasposición española de la *Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas* (DOUE L 299/5, de 27.10.2012).

plantearán problemas en estos casos si el acceso a tales textos o su (re)utilización se produce vía base de datos protegida, en cuanto una base de datos electrónica (pública o privada) sí puede ser, a su vez y con independencia de su contenido, objeto de Propiedad Intelectual (art. 12 TRLPI y arts. 133 a 137, reguladores del llamado “derecho *sui generis*” sobre las bases de datos).

4.- En general, dada la cultura imperante en Internet, no habrá mayores problemas con los *contenidos digitales distribuidos en forma “abierta”*, es decir, generalmente (no necesariamente) de forma gratuita y con libertad para su reutilización (redistribución o comunicación pública), siempre que se respeten los términos de sus “licencias”, las cuales, lejos de ser “renuncias de derechos de explotación”, no son sino formas de ejercicio de los mismos. En estos casos es fundamental para identificar la licitud de los usos o disfrute, la configuración de los derechos del “usuario” o destinatario de la obra que haga el autor o titular, yendo desde amplios grados de permisividad (facultando a aquéllos para su libre utilización e, incluso, transformación, respetando la autoría de la obra original o “primera”) hasta otras más restringidas (que simplemente permitan la libre realización y recirculación de copias). De esta manera, se distribuyen contenidos digitales mediante las llamadas licencias “*creative commons*” o, en el concreto ámbito de los programas de ordenador, en formas de *shareware*, *freeware* o bajo licencias de “*software libre*” (por ejemplo, GNU).

5.- Por último, más allá del necesario respeto a los derechos morales (inalienables y, en algunos casos, de duración ilimitada; arts. 14 y 15 TRLPI), los *contenidos digitales que resulten ser obras cuyos derechos de explotación hayan recaído en el dominio público* (por paso del tiempo¹⁰ o por renuncia de sus titulares) tampoco plantearán ningún problema desde este ámbito.

En definitiva, sólo el suministro de contenidos digitales que resulten ser, a su vez, creaciones “originales” planteará problemas desde la óptica de la Propiedad Intelectual, en cuanto constituyan objeto del contrato “obras” protegidas. Es en este punto en el que la calificación de dicho contrato cobra relevancia, pues se siguen importantes consecuencias en orden a su contenido y alcance. Conviene señalar, además, que aunque los programas de ordenador fueron propiamente los primeros “contenidos digitales” de la historia y que, en la actualidad, quedan incluidos en el ámbito de la Propiedad Intelectual (el *copyright* anglosajón), reciben sin embargo un tratamiento especial dentro de la misma, presentando ciertas peculiaridades jurídicas respecto del resto de obras que, como vamos a ver, tienen gran relevancia en lo tocante a su “suministro”. Ello es así porque, en su caso concreto, no estamos en presencia de una nueva forma, externalización o fijación de una obra, sino ante un *nuevo tipo de obra* en sí misma, de la que cabe

¹⁰ Por supuesto, me refiero al tiempo contemplado en las normas de Propiedad Intelectual para la duración de los derechos sobre las obras, no al uso que en ciertos ámbitos se ha querido “crear” para justificar utilizaciones ilícitas de contenidos protegidos. Es el caso del llamado “*abandonware*”, programas de ordenador respecto de los cuales existe cierta *creencia* interesada en que, tras pasar cinco o diez años (según el foro de Internet) sin que el titular les preste soporte (deja de actualizarlos o darles mantenimiento), ello supone su “abandono” y, por lo tanto, la posibilidad de su libre utilización y transformación por terceros, lo cual carece de todo fundamento jurídico. Es, a lo más, un uso *contra legem* y, como tal, no admitido por el ordenamiento; o, probablemente, ni eso, quedando sin más en conducta ilícita.

dudar, incluso, si ha sido acogida por la sede jurídica más adecuada¹¹.

2.2. La forma jurídica del “suministro”: relevancia del tipo contractual

El término “suministro” no tiene, al menos en el contexto que nos ocupa, un contenido jurídico propio, equivalente a un *único tipo* contractual. Con su utilización, el legislador se refiere de forma aséptica a la provisión de contenidos digitales cualquiera sea la forma jurídica que adopte el contrato por virtud del cual el consumidor o usuario tiene acceso a los mismos. Pero siendo esto así, las consecuencias de su adscripción a uno u otro tipo contractual son importantes (decisivas, incluso), tanto en sede de Consumo como de Propiedad Intelectual.

a. Suministro de contenidos digitales y Derecho de Consumo

En el Derecho de Consumo tradicionalmente ha operado la dicotomía bienes-servicios. Sin embargo, el suministro de contenidos digitales incluye dos formas de explotación, según tales contenidos estén o no incorporados a un soporte, como se desprende del tratamiento que le da la DDC (véase su Considerando 19): en el primer caso, estaremos en presencia de bienes¹² y, por lo tanto, *pueden* ser objeto de contrato de compraventa; en cambio, cuando son suministrados en línea (sin soporte), expresamente *se rechaza* su consideración como “contratos de servicios”¹³.

Ante este planteamiento, podemos pensar que, para el suministro *online*, o bien el legislador comunitario define un nuevo tipo contractual (que, como siempre en estos casos, denominaríamos *sui generis* o *tertium genus*, a falta de una tipificación concreta; así, por ejemplo, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2013, págs. 754-755) o bien prescinde de toda calificación para dotarlo de un régimen *ad hoc* sea cual fuere su tipo concreto (en este sentido, S. CÁMARA LAPUENTE, 2014, p. 93)¹⁴.

¹¹ Sobre la cuestión, véase, con mayor detenimiento, J. P. APARICIO VAQUERO (2014b), en particular, págs. 19 a 50.

¹² Señala el citado Considerando que “Si un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva”.

¹³ Y ello cuando, desde otra perspectiva, la contratación de bienes y servicios en forma electrónica es un típico “servicio de la Sociedad de la Información” (Anexo A de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, BOE nº 187, de 12.07.2002; en adelante, LSSI). Evidentemente, en esta normativa, el término “servicio” tampoco viene referido a un concreto tipo contractual, pues incluye la celebración de compraventas a través de la Red.

¹⁴ A juicio de G. MINERO ALEJANDRE (2016, pp. 520-521), generalizando para el ámbito del consumo la doctrina *UsedSoft* (vid. más adelante una detenida exposición y crítica de la misma), “el carácter temporal o permanente del uso cedido a través del contrato sobre contenidos digitales es un factor a tener en cuenta a la hora de estudiar esta cuestión”; de esta manera, señala la autora, la cesión onerosa y permanente del derecho de uso “encaja en la calificación de compraventa. A contrario, si lo que se concede es una autorización de uso temporal – por ejemplo, con limitación del uso a un determinado número de visualizaciones o a un concreto período para llevar a cargo la descarga – el contrato en cuestión merece la calificación de contrato de servicios”. Considera así que la tendencia del TJUE es más adecuada, dada la identidad funcional y económica de los contenidos digitales suministrados *on-*

En el ámbito del Consumo, y sin perjuicio de las críticas que pudieran hacerse a dicho planteamiento e indefinición, la cuestión puede no resultar particularmente relevante, dada la detallada regulación que el legislador hace luego de cuestiones tales como la información precontractual o el desistimiento, sea para tratarlos de forma conjunta, sea para diferenciar respecto de la compraventa de bienes los casos en los que el contenido digital “no se preste en un soporte material” (así, arts. 60, 66 *bis*, 66 *ter*, 66 *quater*, 69, 97.*r*, 97.1 –con referencia expresa en las letras *r*, *s*, *t*– 97.2, 98.7.*b*, 103.*i*, 103.*m*, 104.*c*, 108.1 ó 108.4.*b* TRLGDCU, y el Anexo A, en el “Modelo de documento de información al consumidor y usuario sobre el desistimiento”)¹⁵.

b. El ejercicio de los derechos de exclusiva y los diferentes tipos contractuales en sede de Propiedad Intelectual

A diferencia del campo de consumo, en sede de Propiedad Intelectual sí hay un planteamiento, al menos de base, en la normativa aplicable, tal como se desprende de la Directiva de Derechos de Autor (*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*, DOCE L/167, de 22 de junio; en adelante, DDA o Directiva de Derechos de Autor) y su trasposición nacional (en España, el TRLPI). En este ámbito, nos encontramos con una tipificación distinta de la explotación de las obras según se distribuyan copias de las mismas sobre un soporte físico (a la manera de “ejemplares”) o sean suministradas en línea, la cual tiene importantes consecuencias en relación con el “agotamiento del derecho de distribución”: éste operará sin duda en el primer caso, pero no en el segundo (al menos, con carácter general, para la mayoría de obras salvo los programas de ordenador, como más adelante se verá).

En su concepción jurídica clásica (art. 18 TRLPI), el “derecho de reproducción”, en cuanto derecho exclusivo de explotación de las obras que corresponde a su autor o titular, supone la facultad de fijar directa o indirecta, provisional o permanentemente, por cualquier medio y en cualquier forma, la obra (o parte de ella), de tal manera que se permita su comunicación o la obtención de copias. Cuando, en virtud de su ejercicio, la obra queda fijada a un soporte tangible de forma permanente nace el “ejemplar”, el cual, en el mercado, opera como un bien mueble o

line y *off-line*, que la “poco razonable” distinción plasmada en la DDC y su Considerando 19, cuyo fundamento encuentra en la necesidad de “personalizar o limitar” el derecho de desistimiento cuando no hay soporte material; aunque, concluye (acertadamente, a mi juicio), que para la plena recepción del análisis del TJUE es necesaria una reforma normativa.

¹⁵ La Propuesta de Directiva de contenidos digitales, a pesar de ser de armonización plena, deja en este punto libertad a los Estados para adaptar la implementación a su legislación nacional. En este sentido, dice su Exposición de Motivos (pág. 7) “la propuesta no determina si el contrato de suministro debe considerarse como un contrato de compraventa, de servicios, de arrendamiento o un contrato *sui generis*; dejaría esta decisión al criterio de los Estados miembros. Un reglamento exigiría un régimen mucho más detallado y amplio que una directiva para que sus efectos fuesen directamente aplicables (...) además, podría comprometer el carácter de prueba de futuro del instrumento”.

una mercancía más (así, por ejemplo, en la citada normativa de consumo)¹⁶. Mediante la venta de ejemplares (o su alquiler o préstamo) se ha producido en el mercado tradicional la explotación de las obras, en ejercicio del “derecho de distribución”. Éste es definido (art. 19 TRLPI) como la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. Este modo de explotación es igualmente aplicable al caso del comercio electrónico *indirecto*, en el que el contrato se celebra en línea (a distancia, electrónicamente) pero se entrega al *adquirente* (o *arrendatario*, o *prestatario*..., según el caso), en ejecución del mismo, un ejemplar físico.

En este esquema, si la distribución se efectúa mediante venta u otro título de transmisión de propiedad, el derecho de distribución “se agota” con dicha primera venta, de manera que el titular no podrá controlar ni impedir la “reventa” de los ejemplares. Sí podrá, en cambio, controlar o impedir sucesivos alquileres o préstamos de los mismos (*ex art. 19.2 in fine*), de la misma manera que si no ejerció desde el principio su derecho de distribución bajo la forma de venta. Es lo que se conoce como “agotamiento del derecho de distribución” (en el ámbito anglosajón, *exhaustion of rights* o *first sale doctrine*), cuyo fundamento hay que buscarlo en la idea de que el control del autor o titular de la obra no puede ser ilimitado y debe terminar una vez obtuvo la remuneración por su trabajo: “una vez enajenada la obra (el original o sus copias) con

¹⁶ En todo caso, es claro que “obra” y “soporte material” son bienes jurídicos distintos y sobre ellos pueden recaer diferentes derechos. Es por ello que, como señala el art. 56 TRLPI, el adquirente de la propiedad del soporte al que se incorpore una obra no tiene, por ese mero título, ningún derecho *de explotación* sobre la misma. Obsérvese que respecto de las obras tradicionales (en formatos analógicos), su disfrute por el destinatario de las mismas no implica ni necesita del ejercicio de ningún derecho reservado a la exclusiva del titular, de ahí que no fuera objeto de previsión normativa.

Sucede ahora, sin embargo, que las obras electrónicas sí traen consigo, dado el estado de la técnica, la necesidad de ejercitar un derecho de exclusiva para poder disfrutarlas o utilizarlas: el de *reproducción*, pues al menos se guarda en memoria del dispositivo de forma temporal (lo cual, conforme a la definición del art. 18 TRLPI, es auténtica “reproducción”); y ello, sin mencionar las copias que se producen durante el proceso de transmisión por una red de datos como Internet. De ahí han derivado dos consecuencias: la primera, todo un régimen especial para un tipo particular de obra o contenido digital, como son los programas de ordenador (véanse los arts. 99 y 100 TRLPI), que somete a autorización del titular incluso la realización de copias para uso personal del adquirente. En segundo lugar, la excepción recogida en el texto español en el art. 31.1 (introducido en 2006 en trasposición del art. 5.1 DDA), que libera de la necesidad de requerir autorización del autor para la realización de actos de reproducción (que lo son) provisional que carezcan por sí mismos de significación económica independiente, sean transitorios o accesorios, formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y su única finalidad consista en facilitar una transmisión en red o una utilización lícita de la obra.

Cabría aún apuntar una tercera derivada: el hecho de que la obra haya de reproducirse para poder ser disfrutada (*utilizada*) y, en casos como el *software* o las *bases de datos*, sean esencialmente *utilitarias*, ha obligado a la toma en consideración de un tercer sujeto hasta ahora desapercibido prácticamente para la Propiedad Intelectual (salvo excepciones como la regulación de la copia privada, pero que obedece a otras razones): el *destinatario* de la obra o, en el marco de la Sociedad de la Información, “usuario” (que, a su vez, puede o no revestir la condición jurídica de “consumidor”, a los efectos oportunos). Su posición va cada vez más allá de ser una simple excepción o límite a los derechos de exclusiva del titular, para configurar prácticamente auténticos derechos (aunque en ocasiones no sean reconocidos expresamente como tales); así, el art. 100 en relación con los programas de ordenador, los arts. 134 y 135 para el derecho *sui generis* sobre las bases de datos, o el art. 161, sobre medidas tecnológicas aplicables a cualquier tipo de obra (que habla de “beneficiarios” de los límites a los que ha de facilitárseles o no impedirseles su ejercicio por la implementación de aquéllas).

su consentimiento, la circulación ulterior de uno u otras no debe estar gravada, en general, con ninguna prerrogativa ya del autor, quedando fuera de su control jurídico y económico” (F. RIVERO HERNÁNDEZ, 2007, p. 320). Se establece así, continúa el citado autor, “un punto de equilibrio entre el interés del autor en controlar la difusión de su obra y el interés de la sociedad en la libre circulación de los intercambios culturales y de los ejemplares de la obra convertidos en productos del tráfico económico-jurídico, interés éste que se concreta en el del adquirente de los ejemplares como propietario incondicionado”. De esta manera, como apuntaba arriba, cabe la reventa de los ejemplares y la creación de un mercado de segunda mano, pero no uno secundario de alquiler o préstamo sin que el autor, en estos casos, sí haya de autorizarlo o ser remunerado.

Junto con la distribución de ejemplares, y según la naturaleza de la obra, ésta puede ser objeto de explotación también mediante su “comunicación pública”, la cual queda legalmente definida como todo acto por virtud del cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas (art. 20.1 TRLPI). Los ejemplos tradicionales son obvios: una representación teatral, la proyección de una película, una radiodifusión, una exposición... Puesto que falta el soporte material, también cabe la comunicación pública cuando lo que se produce es una “puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija” (art. 20.2.i). Con esta ejemplificación legal de comunicación pública se está describiendo, ni más ni menos, que el acceso a una obra en formato electrónico través de una red de datos o, en terminología ya apuntada, el suministro en línea de obras o contenidos digitales.

El referido inciso del artículo 20 TRLPI fue introducido en trasposición de lo previsto en la Directiva de Derechos de Autor, en cuyo artículo 3 se contempla expresamente, añadiendo en su punto tercero que ningún acto de comunicación al público o puesta a disposición del público¹⁷ de esa manera dará lugar al agotamiento de este derecho de exclusiva del autor o titular.

Es decir, no opera en relación con el derecho de comunicación pública un posible agotamiento del mismo una vez se haya ejercido, a diferencia de lo que, según he explicado, se produce respecto del derecho de distribución cuando se venden ejemplares tangibles (en la norma comunitaria, recogida tal operativa en el art. 4.2 DDA). La razón hay que buscarla en la diferente consideración

¹⁷ La utilización de ambas expresiones por el legislador europeo (“comunicación al público” y “poner a disposición del público”) incluso en el título del precepto (art. 3 DDA) hizo pensar a algunos autores que estábamos ante dos derechos distintos (así, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2001, págs. 229-233). Otros, por el contrario, consideraban que lo que el art. 3 DDA denominaba “puesta a disposición del público” no era sino una modalidad más del derecho de comunicación al público (F. CARBAJO CASCÓN, 2002, págs. 162-164). Parece que el legislador español se inclinó por esta segunda interpretación (acertadamente, creo, por cuanto el tenor del precepto se refiere a la comunicación al público “incluida la puesta a disposición...”) y, dentro del art. 20.2 TRLPI añadió, en su reforma de 2006 (*Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, BOE nº 162, de 08.07.2006*), el punto i) referido a la puesta a disposición para permitir el acceso desde el lugar y momento que elija cada persona del público al que se dirige la comunicación pública, sea hecha ésta por medios alámbricos o inalámbricos.

que para el legislador comunitario merece la comunicación al público de una obra en forma electrónica: es calificada de “servicio en línea” y, como tal, “no se plantea” el problema del agotamiento, explica su Considerando 29; para éste, “a diferencia del CD-ROM o CD-I, en los que la propiedad intelectual está incorporada a un soporte material, esto es, una mercancía, cada servicio en línea es, de hecho, un acto que debe quedar sujeto a autorización cuando así lo exijan los derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor”.

Obsérvese que “distribución” y “comunicación pública” son formas de ejercicio de los derechos de explotación, no tipos contractuales, de manera que cualquiera de aquéllas podría realizarse a través de distintos negocios. El “agotamiento del derecho” impide que el titular controle el destino de los “ejemplares” vendidos, que no son sino copias de la obra vinculadas a un soporte por su voluntad, en ejercicio, a su vez, del derecho exclusivo de reproducción. Así pues, está ligado a una forma de explotación (la distribución) y un tipo contractual (compraventa) tendentes a traspasar la propiedad de los ejemplares (de hecho, se admite también el agotamiento cuando exista cualquier otro negocio que transmita su propiedad); es la transferencia de propiedad, en la medida en que se trata de un derecho absoluto e ilimitado, la que permite la operativa del agotamiento del derecho de distribución sobre cada ejemplar. Sin embargo, no hay tal transmisión (al no existir ni copia ni soporte) en el caso de la “comunicación pública” *tradicional*, por cuya virtud el disfrute de la obra no implica reproducción ninguna a efectos jurídicos. No hay, en la comunicación pública *clásica*, venta de ninguna copia, sino una exhibición de la obra, o acceso de terceros a la misma, que puede enmarcarse en el contrato de prestación de servicios por parte de quien la “pone a disposición del público”.

Tal puede ser el razonamiento del legislador de Propiedad Intelectual, de la misma manera que el consumerista distingue entre los contratos de compraventa y los de servicios sobre la base de la transferencia de propiedad de bienes¹⁸. Igualmente, en el contexto de la llamada “Sociedad de la Información”, encuentra cierto respaldo en su normativa específica¹⁹, para la cual, constituyen “servicios de la Sociedad de la Información” los prestados normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, incluyendo los no remunerados por sus destinatarios si constituyen una actividad económica para el prestador de servicios. A estos efectos, no sólo el hecho de celebrar los contratos en forma electrónica²⁰, sino el hecho en sí de proveer (suministrar, dar acceso a) datos o información a través de una red es considerado un *servicio* de la Sociedad de la Información, sin importar que tales datos contengan, o *sean*, la exteriorización de una obra protegida por la Propiedad Intelectual. Mas es aquí, precisamente, donde surge el problema: frente a las formas tradicionales de comunicación pública, la realizada *en forma electrónica* a través de una red alámbrica o inalámbrica de datos sí

¹⁸ Aunque también cabría pensar que este nuevo punto de equilibrio entre los intereses de autores y sociedad, se vence del lado de los titulares de derechos por consideraciones diversas que van más allá de lo técnico jurídico, como puede ser la toma en consideración de la facilidad de copia de los contenidos digitales suministrados electrónicamente, y la escasa eficacia de las medidas tecnológicas de protección...

¹⁹ La citada LSSI, trasposición española de la Directiva de Comercio Electrónico.

²⁰ La compraventa electrónica es un “servicio de la Sociedad de la Información”, si se produce en las circunstancias apuntadas.

presenta una importante peculiaridad: ¿no se produce, en algún momento, una “copia” o una auténtica “reproducción” cuando una obra o contenido digital se pone a disposición del público (se suministra) en forma electrónica? Puede ser durante el proceso técnico de transmisión e, incluso, durante el propio disfrute²¹, de ahí la existencia misma de la previsión contenida en el artículo 31.1 TRLPI que expresamente sustrae de la exclusiva del titular tales actos provisionales, accesorios y sin relevancia económica, a fin de garantizar el funcionamiento mismo de la Red y el disfrute de las obras adquiridas. Pero también puede quedar en poder del destinatario o usuario una *copia permanente* que éste pueda disfrutar o “utilizar” de forma repetida y/o indefinida en el tiempo, y que constituya, precisamente, la contrapartida por el precio entregado al proveedor (autor o titular de los derechos de explotación). ¿Por qué no cabe hablar en dichos casos de compraventa? Pudiera ser que no, ciertamente, si se permite un uso puramente temporal, pero si resultara ser indefinido podría no haber inconveniente: la calificación como venta no deriva (no *debiera* hacerlo, en puridad) de la materialidad, corporeidad o existencia física de su objeto, pues ¿acaso no es posible la venta de bienes inmateriales y derechos?

Quizá la opción legislativa tomada en 2001 (conviene no olvidar tampoco que, en este ámbito, el paso del tiempo se deja notar mucho) pretende dejar en manos de los propios titulares de derechos el control de la (re)circulación de sus obras en formato electrónico²², dada la facilidad de copia en este entorno, con el consiguiente perjuicio económico, mucho mayor que en el tradicional mercado analógico²³. Cabe también pensar que de algún modo se filtra en la normativa la idea del “uso” de las obras o contenidos digitales, tal cual se empleaba en la práctica informática y comercial, con importantes matices frente a su tradicional “disfrute”, y que permite el acceso a tales obras sin necesidad de propiedad de ejemplar ninguno. Al ejercitarse para dicho uso el derecho exclusivo de reproducción, se requiere autorización del titular, el cual puede darla en las condiciones que estime oportuno, siendo fácil, en el suministro en red, recurrir a la consideración de prestación de un servicio y, no habiendo ejemplares físicos, evitar toda referencia a la venta y distribución, encajándolo en la comunicación pública.

²¹ Pudiendo, en este caso, estar incluso desvinculada de toda red, y producirse cuando se disfruta una obra a través de un ejemplar físico, dada la necesaria utilización de aparatos o dispositivos “electrónicos” que más allá de reproducirla en sentido vulgar o común, la reproducen también “jurídicamente” al realizar copias temporales en sus *chips* o circuitos de memoria (lo cual no sucede en los aparatos analógicos, como un tocadiscos). Quedaría incluida, sin mayores problemas, en la excepción del art. 31.1 TRLPI, que sustrae dicha reproducción de la exclusiva del titular, que para nada puede prohibirla.

²² Teniendo en cuenta, además, la posibilidad de implementación de las medidas tecnológicas de protección (o, justamente, su escasa eficacia práctica...).

²³ En el ámbito analógico, las sucesivas copias a partir de un ejemplar van perdiendo calidad, de la misma manera que el propio ejemplar “original” adquirido también puede perderla con el paso del tiempo y su disfrute en sus dispositivos. Ello hace que sean claramente distinguibles en su comercialización y disfrute los ejemplares lícitos de los ilícitos, y los mercados secundarios no sean particularmente perjudiciales para los titulares. Respecto de las obras en formato digital, en cambio, se pueden realizar copias de forma ilimitada, todas virtualmente idénticas (máxime si ni siquiera pueden distinguirse a través de un soporte que no existe) y de la misma calidad; la posible afectación económica de los derechos de exclusiva se torna así sumamente relevante.

En todo caso, criticable o no y sean cuales fueren las razones últimas de su decisión, la tangibilidad o existencia de ejemplares físicos de las obras protegidas resulta clave en la concepción del legislador europeo de Propiedad Intelectual que, como se ha visto, *no deja lugar a dudas*: el suministro en línea de contenidos digitales debe considerarse *necesariamente* un servicio, pues sólo si están vinculados a un soporte cabría ejercitar sobre los mismos el derecho de distribución en forma de venta de ejemplares y producirse, así, su agotamiento. Ahora bien, el planteamiento hecho apunta a la posibilidad de que, allá donde el legislador no haya sido tan claro, puedan contemplarse supuestos de comunicación pública derivada de suministro de contenidos en línea calificables de “compraventa” y, como tales, producir el agotamiento respecto de cada copia así obtenida. Tal es, precisamente, el caso de los programas de ordenador, expresamente excluidos de la DDA y con una regulación que, a juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), permite tal consideración.

3. La reventa de contenidos digitales

A la vista de lo expuesto, la posición del legislador europeo en sede de Propiedad Intelectual (y, en su consecuencia, la del español), es clara: tanto en el mercado tradicional como en el electrónico indirecto (celebración electrónica y ejecución física), los contenidos digitales pueden explotarse comercialmente vinculados a un soporte material, en cuyo caso se ejercita el derecho de distribución, que puede agotarse respecto de cada ejemplar si inicialmente éste fue objeto de venta por el titular. Esto hace que los adquirentes de los ejemplares puedan revenderlos sin que el titular pueda impedirlo. A lo más, éste podría intentar evitar ese efecto recurriendo a la utilización de un tipo contractual que no produzca la transmisión de propiedad (las comúnmente denominadas “licencias”).

Sin embargo, si la explotación se produce en el ámbito del comercio electrónico directo, esto es, con celebración y ejecución electrónicas u *online* (suministrando el contenido digital a través de una red de datos o Internet), dicho “suministro” no es sino prestación de un servicio (de hecho, un Servicio de la Sociedad de la Información, a los efectos de su correspondiente normativa) y, como tal, no opera en ese caso el agotamiento del derecho de exclusiva del titular, pudiendo éste controlar el destino de cualquier copia material que pueda hacer el usuario del mismo e impidiendo que éste la recircule (la “revenda” o transmita a terceros).

Todo ello, con una importante excepción, como he venido anticipando, derivada de la interpretación que de la normativa actualmente vigente realiza el TJUE: los programas de ordenador, cuya regulación (Directiva de Programas de Ordenador²⁴, en adelante DPO) parece

²⁴ Directiva 91/250/CEE, del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la Protección Jurídica de los Programas de Ordenador (DOCE L/122, de 17.05.1991). En la actualidad, ha sido sustituida por la vigente Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DOUE L/111, de 05.05.2009), que contiene la versión codificada, tras las modificaciones derivadas de la armonización de los plazos de protección en el ámbito europeo (Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la

presentar, a juicio del Tribunal, ciertas divergencias con la general.

3.1. El suministro de programas de ordenador como caso particular: la doctrina *UsedSoft*

Los programas de ordenador son el primer contenido digital creado, además del primero distribuido en forma masiva. Cuando la industria informática empezó a comercializar programas distribuyéndolos sobre soportes físicos (disquetes, CD...), dada su evidente facilidad de copia, pretendió controlar el número de ejemplares existentes en el mercado no sólo mediante la implementación de medidas tecnológicas, sino también jurídicas. En este sentido, y dado que los programas eran “utilizados” junto con el *hardware* (para hacer útil a éste), y cabía incluso su uso simultáneo por varias personas que accedieran al equipo a la vez de forma remota, la comercialización no se hizo bajo el tradicional paradigma de la venta de ejemplares (como sucedía, por ejemplo, con libros o discos de músicas), sino mediante “autorizaciones” que sólo permitían su empleo en ciertas condiciones definidas. Surgieron así las llamadas “licencias de uso”, por las cuales el titular de los derechos de exclusiva se reservaba la propiedad de la copia del programa contenido en el soporte, consintiendo sólo determinados usos; en realidad, básicamente quedaba prohibida la realización de más copias de las autorizadas, y la transmisión de la adquirida, dada la imposibilidad técnica real de controlar que no había duplicación, quedando en poder del transmitente una copia del programa (instalada o no). Aunque este mecanismo fue duramente criticado, cabe señalar que lo fue más bien por aspectos puramente contractuales (por la presentación de las condiciones generales de la licencia, desconocidas en muchos casos hasta que, tras pagar el precio, se abría la caja o envase que contenía el ejemplar físico) que de Propiedad Intelectual. De hecho, cabía perfectamente considerar (y, en su momento, así lo hice yo mismo)²⁵ que en realidad, los titulares no estaban sino ejercitando su exclusiva sobre el derecho de reproducción, dado que ésta es técnicamente necesaria para la utilización del programa. Efectivamente, frente a la contemplación expresa de un derecho de uso que hacía la LPI de 1987, la legislación española desde 1993 (en acertada trasposición de la DPO 1991)²⁶ elimina dicho derecho²⁷, debiendo entenderse (a mi juicio) que su (¿sorprendente?) mención en el artículo 99 TRLPI lo es, simplemente, a los efectos de definir un concreto tipo contractual caracterizado por la *cesión del derecho de reproducción sobre una copia del programa a los*

armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, DOCE L/290, de 24.11.1993). A salvo la reforma habida en relación con tales plazos y algún otro cambio formal, ambas Directivas de Programas de Ordenador son sustancialmente idénticas, y no supone, la de 2009, expresión de ninguna nueva voluntad del legislador. En adelante, me refiero a ambas de forma indistinta, como DPO o, cuando sea oportuno, seguida del año correspondiente.

²⁵ J. P. APARICIO VAQUERO (2004, págs. 251-306 y, más recientemente, 2014b, págs. 55-56); también en J. P. APARICIO VAQUERO y J. DELGADO ECHEVERRÍA (2007, págs. 1351-1355).

²⁶ No cabía alternativa ante la claridad del tenor literal de su art. 1.1: los programas se protegerán mediante derechos de autor como “obras literarias”.

²⁷ Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre protección jurídica de los programas de ordenador (BOE nº 307, de 24.01.1993).

efectos únicos de su uso, en las condiciones que el titular decida²⁸. La deficiente redacción proviene de la mala refundición de textos y la reutilización de una expresión asentada en la práctica comercial y que, eventualmente, tuvo auténtica trascendencia durante unos años en nuestro ordenamiento.

Aun cuando no se reconociera la eficacia de las licencias de uso por la no superación del control de inclusión en muchos casos, al menos sí cabía afirmar que resultaban válidas cuando el usuario hubiera tenido conocimiento de sus términos de forma previa a la contratación, pudiéndose afirmar la existencia de un concreto tipo contractual distinto de la compraventa. Por lo tanto, en el contexto de la Directiva de Programas de Ordenador, cabía distribuir ejemplares de programas de ordenador (la obra sobre el soporte físico) en forma de venta (operando el agotamiento) o de licencia de uso (evitando así la operativa del agotamiento). Sin embargo, dicha Directiva (originalmente de 1991, pero en nada cambió en este punto en su versión codificada de 2009) no hacía mención ninguna de la explotación de los programas a través de una red de datos. Para la Comisión, no existía el agotamiento si el programa se suministraba por Internet, pues aquél sólo podía tener lugar cuando se distribuían ejemplares físicos²⁹. Si bien es cierto que la DPO sólo hablaba del derecho de distribución utilizando la expresión “cualquier forma de distribución pública” (art. 4.1.c), la Comisión no se mostró nunca partidaria de interpretarla de forma tan amplia que incluyera también la “comunicación pública”, pues pensaba que en la futura DDA que se estaba elaborando ya se tendría en cuenta la inclusión de normas complementarias para los programas³⁰. El problema es que en esta última norma expresamente se excluyó al *software* de

²⁸ El último párrafo del art. 99 TRLPI recoge la “cesión del derecho de uso de un programa de ordenador”, la cual se entenderá, salvo prueba en contrario, “que tiene carácter no exclusivo e intransferible, presumiéndose, asimismo, que lo es para satisfacer únicamente las necesidades del usuario”. Está tipificando expresamente el contrato de licencia de uso clásico, y lo hace tras la letra c) de dicho artículo, dedicado a la distribución pública como derecho de exclusiva del titular, y justo antes de señalar que es la primera venta la que agota tal derecho. La enumeración de derechos exclusivos que realiza el art. 99, tributaria de la DPO, no es exhaustiva, por lo que no hay inconveniente en reconocer al titular el de comunicación pública aun cuando no lo recoja dicho precepto; además, resultado del mismo será la copia que queda en poder del usuario, por lo que también de forma indirecta queda incluido en la letra a) (derivada de la transmisión o almacenamiento de un programa) y exige, por tanto, autorización de aquél.

²⁹ En un primer momento, ésa fue la respuesta del Comisario Monti a la pregunta oral H-0436/95 de Arthur Newens, parlamentario europeo, el 11.07.1995, *Debates del PE* (ed. es) nº 466, pág. 189. Reiteró posteriormente su postura en el *Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre la transposición y los efectos de la Directiva 91/250 sobre la protección jurídica de los programas de ordenador*, 10.04.2000, COM (2000) 199 final, pág. 18.

³⁰ *Informe...*, cit., p. 18. La Comisión admitía que, a diferencia del resto del acervo comunitario, la amplitud de la distribución tal cual la contemplaba el art. 4 de la Directiva 91/250 (“cualquier forma de distribución pública”) *podría* no limitarse a la distribución de copias tangibles “en disquetes” (el Informe es del año 2000 y las descargas por Internet empezaban a ser una realidad en el comercio). No obstante, *se mostraba partidaria de no interpretar el precepto de forma tan amplia*, de manera que *no incluyera la puesta a disposición del público de forma que las personas puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que elijan individualmente*. Apuntaba, además, que *esa matización se estaba estudiando en la Propuesta de Directiva sobre derechos de autor y afines*, en la que, como sabemos, se acabó distinguiendo la distribución del soporte de la prestación del servicio en línea, para evitar cualquier duda.

su ámbito de aplicación aunque, como se ha dicho, para el resto de obras no se consideró el agotamiento en los casos de suministro *online*.

El caso *UsedSoft* (STJUE de 03.07.2012, asunto C-128/11, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*) gira en torno al suministro de programas en línea y, por lo tanto, resuelve el (aparente) vacío de la DPO. Para hacerlo, sin embargo, redefinió la propia distribución de programas sobre soporte y la calificación jurídica de las denominadas “licencias de uso”.

UsedSoft es una empresa que comercializa *software* “de segunda mano”, adquiriendo de terceros sus licencias de programas y “revendiéndolas” a otros usuarios. Cuando ofertó *software* actualizable desde los servidores de Oracle con los números de licencia de los revendedores, ésta la demandó ante los tribunales alemanes. Finalmente, en casación, el *Bundesgerichtshof* estimó que para resolver la cuestión necesitaba saber si los adquirentes de los programas a través del servicio de UsedSoft podían lícitamente utilizarlos y ser considerados, por lo tanto, “adquirentes legítimos” a los efectos del artículo 5 DPO (y concordante norma germana de transposición). La solución a la cuestión prejudicial planteada dependía, a su vez, de si se había o no producido el agotamiento de los derechos de exclusiva de Oracle sobre las copias en poder de tales usuarios, en aplicación del artículo 4.2 DPO.

El TJUE argumentó de la siguiente forma: cuando a través de una “licencia de uso” el cliente obtiene el derecho a utilizar permanentemente (de forma ilimitada en el tiempo) una copia del programa a cambio de un precio que se corresponde con el valor económico de la misma, ello supone transferencia del derecho de propiedad y, por lo tanto, compraventa (apdos. 42 a 46). Esta calificación es predicable no sólo respecto de ejemplares físicos del programa, sino también cuando el suministro se produce mediante descarga del mismo de una página *web*, formando la licencia y la descarga un todo indivisible. Estamos en presencia de *actos funcionalmente equivalentes* que han de recibir el mismo trato (apdos. 44, 51, 52 y 61), de manera que resulta indiferente que el programa se comercialice sobre soporte físico o por descarga: habrá “venta” si se permite su utilización en las condiciones apuntadas (apdo. 49). Y, por lo tanto, habiendo venta de una copia del programa, sobre la misma operará el agotamiento del derecho de distribución en aplicación del art. 4.2 DPO, resultando nulas cuantas disposiciones contractuales se opongán a la reventa (apdo. 77); si se admitiera, dice el Tribunal, que la mera consideración del contrato como de “licencia” por el expediente de impedir la ulteriores cesiones llevara a evitar la calificación de “venta” se privaría de todo *efecto útil* a la regla del agotamiento (nuevamente, apdo. 49), excediéndose de lo necesario para preservar en este caso el objeto de la Propiedad

Para el *Informe*, además, la distribución de programas como servicio *online* no suponía agotamiento del derecho, aplicable sólo a la venta de copias. En el caso *UsedSoft* la Comisión mantuvo esta interpretación.

Por mi parte, creo que el uso de la expresión “cualquier forma de distribución pública” no se refiere (al menos en su origen, a través de las Propuestas) a la contemplación de soportes y descargas (la Directiva es de 1991, siendo los trabajos previos de finales de los ochenta; la Red era apenas vislumbrada comercialmente) sino a la intención de no calificar los contratos de comercialización y, de esta amplia manera, reconocer también la cesión de derechos (“licencias de uso”); así tiene pleno sentido que el agotamiento que regula a continuación el art. 4 se predique sólo de la “venta” y no de las “cesiones”. No debe olvidarse la importante presión ejercida por la *Business Software Alliance* (BSA) en la elaboración de la Directiva.

Intelectual (apdo. 63). En definitiva, todo sucesivo comprador será “adquirente legítimo” a los efectos del ejercicio de cuantos derechos le correspondan (apdos. 73 a 85). Por supuesto, el usuario transmitente debiera destruir o inutilizar la copia que tenía cuando el adquirente sucesivo descargue o haga su copia (pues de lo contrario, dicho transmitente se encontraría con una copia ilícita que jurídicamente no podría utilizar al no estar autorizada), cuestión que el titular puede controlar a través del recurso a medidas tecnológicas de protección (apdos. 70, 78, 79 y 87).

Toda esta argumentación es posible, señala el TJUE, porque la DPO es *lex specialis* respecto de la DDA, en la que no puede operar el agotamiento en relación con los actos de comunicación pública por expreso rechazo del legislador (art. 3.3 DDA). Al no figurar tal exclusión expresa en la Directiva de Programas, y puesto que en ella no hay referencia a un derecho de comunicación pública como exclusivo del titular del programa, éste se entiende incluido en el que se le reconoce a controlar “cualquier forma de distribución pública” (art. 4.1.c DPO); de esta manera, opera el agotamiento cuando se produce la primera venta en la Comunidad, sea ésta, según lo expuesto, en forma de ejemplar físico, sea a través de una descarga de Internet (lo que sería un servicio para la DDA; apdos. 53 a 59). Para el Tribunal, el hecho de que el legislador no realizara en la DPO esa diferencia de trato que luego sí hizo en la DDA entre distribución de ejemplares físicos y comunicación pública de copias inmateriales es muestra de su distinta voluntad en ambos ámbitos (*software* y resto de contenidos)³¹.

De lo expuesto cabe concluir que la inmensa mayoría de “licencias de uso” utilizadas en la distribución masiva de ejemplares físicos y muchas de las que acompañan las descargas de Internet no son sino auténticas “compraventas”, permitiéndose la reventa de las copias a las que acompañan, dado que, efectivamente, se han concedido para permitir su uso por tiempo ilimitado y a cambio de un precio³². Las posibles prohibiciones de cesión que contemplan son, por lo tanto, nulas.

Así expuesta la interpretación del Tribunal, reconociendo su valor y que, por lo tanto, es de obligada toma en consideración, no la comparto. Sí coincido en que el suministro de ejemplares físicos y la descarga de copias inmateriales son sustancialmente lo mismo en el ámbito de los programas de ordenador (incluso respecto de *cualquier* contenido digital) e, incluso, creo que

³¹ Contestaba así a las alegaciones de Oracle, la Comisión y los distintos Gobiernos que formularon observaciones (entre ellos, el español), que habían tratado de llevar al ánimo del Tribunal (infructuosamente) que la descarga supone un “servicio en línea” y sobre éste no opera el agotamiento, que sólo se refiere al derecho de distribución sobre bienes tangibles (en la línea de lo previsto en la DDA).

³² De hecho, incluso aunque se hubieran entregado de forma gratuita en modalidades como el *freeware* o el *shareware*, si no se desactivan pasado un tiempo o período de prueba, estamos igualmente ante una transferencia de propiedad de la copia, en forma de donación, pero que determina igualmente la operativa del agotamiento del derecho. En todo caso, estas modalidades no plantean, por su propia configuración comercial, ningún problema, pues están diseñadas, precisamente, para difundir lo más posible los programas. El carácter oneroso o gratuito del suministro, como el de su distribución física o por descarga, no influye en la posición del usuario (al menos, no en las excepciones a la exclusiva del titular contempladas en los arts. 5 y 6 DPO 2009, y 100 TRLPI).

debieran recibir el mismo trato (sea cual fuere)³³... Mas ello, sólo *de lege ferenda*, pues el actual estado normativo no lo permite, siendo esencial la diferencia entre ambos entornos de explotación, incluso en el caso del *software*.

Como reconoce el Tribunal, en el ámbito *online*, licencia y copia forman un todo indivisible, conformando un solo producto (apdo. 44). Pero sucede así también cuando hay soportes físicos: de un ejemplar pueden autorizarse distintas copias para su uso simultáneo en varios equipos. En ambos casos, lo cedido realmente no es un derecho de uso, sino, como he explicado, el derecho de reproducción de la copia (que pertenece a la exclusiva del titular) limitado a permitir su utilización. Por lo tanto, definiendo el número de copias (“instalaciones”) que se pueden realizar a partir de un ejemplar y prohibiendo la cesión (mediante la reserva de propiedad) lo que hace el titular no es sino ejercitar su derecho a controlar el número de copias que hay en el mercado, disponiendo sobre un derecho (de reproducción) que, insisto, realmente le pertenece, una vez el programa es tratado legalmente como una “obra literaria” y no se le reconoce ningún derecho especial “de uso” con tratamiento específico o que excluya incluso los actos técnicos del concepto de reproducción.

Efectivamente, la DPO tenía por base la igualación máxima posible de efectos y reconocer a los programas de ordenador como “obras literarias”, con el menor alejamiento posible de un régimen (europeo) de Propiedad Intelectual que, aunque entonces no existiera como tal, sí se instauró con la DDA, *lex posterior*; su exclusión de ésta se debió a existir ya la ~~otra~~ *materialización* había sido difícil, dado los intereses enfrentados en cuestiones como la ingeniería inversa o la protección de las interfaces, y no quería reabrirse el debate³⁴—, no propiamente a una diferente voluntad legislativa a este respecto. En 1991, la referencia en el artículo 4.2 DPO a “cualquier forma de distribución pública” fue el modo de reconocer la posibilidad de comercialización de las copias de programas mediante muy distintas formas, incluidas las que en

³³ Al tiempo de revisar estas líneas, tengo noticia de otro caso posterior aún no resuelto por el Tribunal (asunto C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht*), en el que Abogado General recurre, a la manera de *UsedSoft* (y con cita del mismo), al carácter *especial* de la Directiva de préstamo (Directiva 92/100, codificada como *Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual*, DOUE L 276/29, de 27.12.2006) frente a la DDA, para acabar asegurando que no hay contradicción con el art. 3 de ésta si se llega a considerar, en el marco de aquélla, que el derecho de préstamo establecido en la misma (en general, en el art. 1, y, en concreto, al que se refiere la excepción de su art. 6.1) comprende la puesta a disposición del público de libros electrónicos por las bibliotecas públicas durante tiempo limitado, de manera que el préstamo de libros electrónicos en esas condiciones (procedentes de fuentes lícitas, por un plazo limitado y con exclusión, durante el tiempo que dura el préstamo, de cualquier otro) se asemeja al de los libros en papel; aunque estas Conclusiones (presentadas el 16.06.2016) pueden plantear interesantes cuestiones (en particular, por lo que ahora más podría importar, por las referencias a la propia sentencia *UsedSoft* y el recurso a la comparativa con los programas y la Directiva de *software*), no es éste el momento de extenderse en ellas, más allá de destacar, nuevamente, el intento de dar el mismo trato a las copias de una obra en papel y a las electrónicas.

³⁴ De ahí que en el año 2009 se produjera una simple versión consolidada, sin alteración sustancial del régimen jurídico de los programas. Sigue sin haber en ella voluntad “especial” del legislador europeo.

la práctica se conocían como “licencias”, y la propia compraventa³⁵, no la contemplación expresa de una “comunicación pública” en que cupieran contratos calificables de “compraventa”. Es por ello que, a continuación, tenía sentido referir el agotamiento sólo a este tipo contractual o a cualquiera otro que transmitiera propiedad; obsérvese que, como en todas las normas de Derecho de Autor, se regula siempre ligado al derecho de distribución y a la existencia de ejemplares físicos.

En definitiva, creo, hay igualmente fuertes argumentos a favor de la posición de los titulares de derechos sobre los programas, sin que sea presumible considerar, sin más, que el recurso a la reserva de la propiedad de las copias y la prohibición de reventa sea un expediente más o menos *torticero* para evitar el agotamiento intentando que el contrato aparente ser lo que no es³⁶. El Tribunal, a mi juicio, atiende quizá a otros intereses en juego, tales como las nuevas tendencias aperturistas de mercados³⁷, los cuales, sin dejar de ser defendibles, exigen un pronunciamiento

³⁵ La *Propuesta de Directiva sobre Protección Jurídica de los Programas de Ordenador* (COM(88) 816 final, DOCE C 91/4, de 12.04.1989) expresamente mencionaba como formas de distribución del programa la “venta” y la “cesión en régimen de licencia”, limitándose el agotamiento a la “venta” con el consentimiento del titular (*Memorandum Explicativo*, Segunda Parte, art. 4.c, pág. 11). El artículo propuesto señalaba que los derechos de exclusiva del titular comprenderían las facultades de realizar o autorizar (cursivas mías) “c) la distribución de un programa de ordenador mediante su *venta, cesión en régimen de licencia*, alquiler con opción de compra, alquiler o importación para tales fines. El derecho a controlar la distribución de un programa se extinguirá *con respecto a su venta e importación a raíz de la primera comercialización del mismo por parte del titular de los derechos o con su consentimiento*”. La clave de la desaparición de esta mención la podemos encontrar en el propio *Memorandum*, Primera parte, apdo. 3.4 (pág. 7): “Tampoco está del todo claro si la práctica de concesión de licencias «en bloque» (*shrink-wrap licensing*), en cuya virtud se «vende» a todos los efectos un producto al usuario en condiciones de uso específicas, resulta válida en toda circunstancia y en cualquier situación” (las comillas figuran tal cual en el texto); las dudas sobre la validez de estas prácticas fueron las que, a la postre, dieron al artículo su redacción final, en la que desaparece la mención expresa de las licencias, pero sin quedar tampoco excluidas, como solución de compromiso y “neutra”. La voluntad originaria del legislador europeo era muy clara al respecto, como concluía el *Memorandum* (Primera Parte, apdo. 3.5, pág. 7): “Se propone, pues, que el reconocimiento y la limitación de derechos exclusivos sobre programas informáticos refleje estos diferentes métodos de explotación comercial, venta al contado y concesión de licencias (...)”, si bien es cierto que, a continuación, dadas las dudas expresadas sobre las licencias en bloque, parecía considerar que la licencia (“en el sentido convencional”) implicaba un contrato escrito firmado por ambas partes. Mas, a mi juicio, en conjunción con la normativa de condiciones generales, ningún obstáculo había (a salvo el control de inclusión, de fácil cumplimiento) para celebrar dicha licencia mediante un contrato de adhesión, aun no escrito.

³⁶ Además, sea o no coincidencia (quizá la casualidad haya hecho que coincida en el tiempo la sentencia con el incremento de las posibilidades tecnológicas...), justo han surgido en los últimos años nuevos modelos de negocio basados “en la nube”, en que se ofrece no ya la entrega de una copia del programa por tiempo indefinido, sino acceso del cliente por tiempo limitado (aunque renovable) al programa situado en el servidor del titular o prestador del servicio, de tal manera que, ahora sí, es perfectamente posible sostener la existencia de un modelo de prestación de servicio y evitar cualquier calificación de venta, al no haber distribución de ejemplares de ningún tipo: por ejemplo, es el modelo desde hace unos años de Adobe (que también ha mantenido pleitos con UsedSoft) para la explotación de su conocido programa de retoque fotográfico “Photoshop”, uno de los más pirateados cuando se distribuía sobre soportes físicos o por descarga *online*.

legislativo expreso, no un exceso en sus funciones por parte de aquél³⁸. De producirse dicho cambio, sería deseable que unificara el régimen de programas de ordenador y el del resto de contenidos digitales, así como el de suministro de ejemplares y descargas (cualquiera fuera la opción tomada), pues en todos los casos lo esencial es el formato electrónico de la obra, y su necesaria reproducción (incluso con permanencia de copia en poder del destinatario de la obra o usuario) para su utilización o disfrute.

3.2. La aplicación de la doctrina *UsedSoft* al resto de contenidos digitales, tanto descargados como suministrados sobre soportes físicos

En principio, la doctrina *UsedSoft* no resulta de aplicación al resto de contenidos digitales, dado el carácter especial de la normativa del *software* y su exclusión expresa de la DDA. Las primeras resoluciones habidas en diversos tribunales estatales así lo han puesto de manifiesto, no aplicándola ni a libros electrónicos (*e-books*)³⁹ ni a videojuegos⁴⁰ suministrados *online*. Hay así dos

³⁷ La posibilidad de crear nuevas oportunidades de negocios (mercados secundarios y de segunda mano) está presente en otras varias resoluciones judiciales, tanto europeas (del propio TJUE, como la habida en el caso *Nintendo*, sobre el que más adelante volveré) como nacionales: en Italia, la Sentencia de la *Corte di Cassazione* de 24.06.2014 (n. 19161/2014, publicada el 11.09.2014) permite al consumidor adquirente de un ordenador recuperar la parte del precio pagado que corresponda a los programas preinstalados que no quisiera utilizar, manteniendo en su poder el equipo; así pues, la decisión desvincula los contratos de utilización de los programas del de compra del ordenador lo que, en conjunción con la doctrina *UsedSoft*, también permitiría que el adquirente, en lugar de solicitar al vendedor la devolución del precio, procediera a la reventa de dichos programas. En la línea de que la Propiedad Intelectual no puede ser obstáculo al mercado, véase, con carácter general, C. A. URIBE PIEDRAHÍTA y F. CARBAJO CASCÓN (2013). No obstante, en esta dicotomía y delicado equilibrio entre protección, control e innovación, el TJ sí establece ciertos límites en su Sentencia de 22.01.2015 (asunto C-419/13, *Art & Allposters International BV c. Stichting Pictoright*), objeto de amplio análisis y crítica por A. RUBÍ PUIG (2015): aunque, nuevamente, pueda discutirse el fundamento de las argumentaciones empleadas (en este caso, en torno al agotamiento y el concepto de “reproducción”), la realización de modificaciones físicas de los ejemplares puestos en el mercado (p. ej., de obras gráficas: en el caso, *Allposters* transfería *pósters* a lienzos) impide, a juicio del Tribunal, el agotamiento del derecho y, por lo tanto, que quienes las realicen puedan explotar en los mercados secundarios los productos resultantes sin autorización de los autores de la obra alterada.

³⁸ Más que *interpretar*, el TJUE *crea* Derecho. El recurso a “la puesta en peligro del efecto útil del agotamiento” no es sino un argumento de oportunidad, al igual que el del “equivalente funcional”: decir que el contrato es *a la vez* “acto de distribución” y “acto de comunicación pública” (apdo. 51), o que la transferencia de propiedad *transforma* la “comunicación pública” en un “acto de distribución” (apdo. 52) supone una redefinición de tales derechos de exclusiva que, a mi juicio, no es de recibo; es, a lo más, un artificio para dar a la distribución de ejemplares y a la descarga un mismo tratamiento, pero, ¿por qué el de la “venta”? Y, ¿cómo es posible que una forma de explotación se transforme en otra por la simple transferencia de propiedad, que sólo tiene sentido en una de ellas (distribución), no en la otra (comunicación pública)? Al final, es la exigencia de “reproducción” la que explica todo este galimatías (más allá de sujetar los programas al Derecho de Autor, aunque lo cierto es que *es* un problema *común* a todos los contenidos digitales), pero desde el punto de vista puramente jurídico, el recurso a la licencia y a la cesión de tal derecho a efectos de uso o disfrute tiene visos de ser una construcción más firme, a falta de pronunciamiento legal expreso, en el marco diseñado por la DDA.

³⁹ El *Landgericht* de Bielefeld expresamente señaló que el derecho de distribución no se aplicaba a la difusión *online* de *e-books*, pues el carácter especial de la DPO 2009 frente a la DDA impedía que hubiera contradicción con la doctrina del caso *UsedSoft*, desarrollada, precisamente, sobre dicho carácter (LG Bielefeld, 05.03.2013, AZ 4 O

regímenes diferentes en la puesta a disposición al público de las obras *vía Internet*, en ejercicio del derecho exclusivo de comunicación pública: uno, para los programas de ordenador⁴¹; otro, para el resto de obras. Siendo todos ellos “contenidos digitales” caracterizados sólo por su “formato” (presentación en forma electrónica) no parece de recibo ni justificable una tal distinción en el trato.

Más, ¿podría hacerse extensivo al resto de contenidos digitales el argumento del equivalente funcional entre descarga y venta de ejemplares que hace el TJUE? Por mi parte, no lo creo, pues en ese caso (no resultando obras excluidas) habrían de aplicarse las previsiones contenidas en la DDA y éstas son muy claras, *rechazando expresamente* la operativa del agotamiento. Aun pudiendo considerar (probablemente, de forma acertada) que la descarga, acto de comunicación al público, fuera equivalente a la entrega del soporte y *debiera* recibir el mismo trato⁴², tal interpretación sería *contra legem* en este caso: “ningún acto de comunicación al público o 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”, dice textualmente el artículo 3.3 DDA. Sólo el carácter *specialis* de la DPO y la ausencia de mención de la comunicación pública en la misma permite realizar esa equivalencia al TJUE en el caso del *software*. En cualquier otro, por lo tanto, creo que no puede hacerse, salvo expreso cambio legislativo⁴³.

191/11, GRUR-Prax 2013, 207). Más recientemente, en el caso de la *web* holandesa Tom Kabinet, el Tribunal de Apelación de Amsterdam dictó una curiosa sentencia (200.154.572/01 SKG, de 20.01.2015), por cuya virtud impide de momento (“temporalmente”) a dicha página la reventa de libros electrónicos en tanto no pueda acreditar que los vendedores los adquirieron lícitamente. El Tribunal manifiesta sus dudas sobre el alcance de la doctrina *UsedSoft*, cuyo carácter especial y limitado fue puesto de manifiesto por la recurrente Asociación Holandesa de Editores (GAU/NUV; el Tribunal de Distrito había dado la razón a Tom Kabinet, permitiéndole el ejercicio de su actividad). A mi parecer, no existen tales dudas, conforme a lo expuesto en el texto, siendo más correcta la decisión alemana que la holandesa.

⁴⁰ Sentencias del *Landgericht* de Berlín de 21.01.2014 (15 O 56/13) y 11.03.2014 (16 O 73/13).

Los videojuegos son obras (contenidos digitales protegidos, en su caso) distintas de los programas de ordenador que les sirven de base, como dejó sentado el TJUE en el caso *Nintendo* (vid. referencia y comentario más adelante, epígrafe 6): “los videojuegos (...) son un material complejo que incluye no sólo un programa de ordenador, sino también elementos gráficos y sonoros que, aunque codificados en lenguaje informático, tienen un valor creativo propio que no puede reducirse a dicha codificación. En la medida en que las partes de un videojuego, en el presente caso esos elementos gráficos y sonoros, participan de la originalidad de la obra, están protegidas, junto con el conjunto de la obra, por los derechos de autor en el régimen establecido por la Directiva 2001/29” (apdo. 23).

⁴¹ La primera sentencia alemana que aplicó la doctrina del TJUE (el *Oberlandesgericht* de Frankfurt), en un proceso similar (reventa de programas) que tuvo por parte también a *UsedSoft* (en este caso, contra Adobe), aceptó la extinción del derecho de distribución en el suministro *online* de *software*, pero expresamente indicó que dicha doctrina se basaba en la Directiva de Programas, *lex specialis* respecto de la Directiva de Derechos de Autor (OLG Frankfurt, 18.12.2012 - 11 U 68/11, 2013 GRUR 279-285 (280))

⁴² En ambos casos puede quedar, al menos, una copia en poder del usuario, sobre un soporte físico: el adquirido que la contiene, o el dispositivo electrónico (ordenador, móvil, *tablet*...) al que se ha descargado.

⁴³ Decisión que tampoco es sencilla para el legislador. Frente a los intereses de los usuarios en que tanto los ejemplares como los archivos descargados puedan revenderse, la industria de creación de contenidos (que genera

En cuanto al *suministro de contenidos digitales sobre soportes físicos* (ejercicio del derecho de distribución), distintos del *software*, en la práctica, la mayor parte se distribuyen sobre soporte físico (música en CD, películas en DVD...), bajo el esquema tradicional de “venta de ejemplares” aplicable, por ejemplo, a los libros o cintas de vídeo⁴⁴. El Considerando 29 DDA califica a la propiedad intelectual “incorporada a un soporte material”⁴⁵ como una “mercancía”; en este sentido, es objeto del derecho de distribución a los efectos del artículo 4 de la norma (art. 19 TRLPI) y susceptible de venta y recirculación sin mayores inconvenientes: quedando prohibida legalmente su reproducción más allá de la realización de copias para uso personal (véase más adelante), ninguna disposición contractual que acompañe al producto prohíbe su reventa en un intento de mutar la naturaleza del acto de distribución, por lo que opera sin duda el agotamiento de este derecho (siempre que lo que se revenda sea dicho ejemplar, y *no* copias de la obra que contiene). Pero, ¿qué sucedería si se recurriera a dicho expediente y se acompañaran de una “licencia de uso”?

Obsérvese que, respecto de la consideración del contrato como compraventa y no como licencia, el Tribunal no basa su decisión en la DPO y su carácter especial, sino en un estudio del contenido, derechos y obligaciones de las partes; al amparo, podríamos decir, de la vieja fórmula según la cual “los contratos son lo que son, no lo que las partes dicen que son”. Así pues, distribuyéndose un contenido digital sobre un soporte físico (habiendo, en definitiva, un ejemplar), de manera que el cliente obtenga el derecho a “utilizar” tal contenido (disfrutarlo reproduciéndolo incluso a efectos jurídicos) de manera permanente y a cambio de un precio que se corresponda con el valor

riqueza y puestos de trabajo) opone la necesidad de limitar tales actos, en cuanto favorezcan la piratería al dar lugar a copias ilícitas (copias “revendidas” hechas a partir de otras que quedan en poder del usuario cedente...). Resulta ilustrativo al respecto el *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios, Julio 2014, que muestra dichos intereses divergentes en respuesta a las preguntas nº 13 “[In particular if you are an end user/consumer:] Have you faced restrictions when trying to resell digital files that you have purchased (e.g. mp3 file, e-book)?” y 14 “[In particular if you are a right holder or a service provider:] What would be the consequences of providing a legal framework enabling the resale of previously purchased digital content? Please specify per market (type of content) concerned”. De un lado, los primeros ponen de manifiesto que existen dificultades para la reventa de los contenidos digitales suministrados en línea y que debieran ser tratados como los formatos físicos tradicionales (libros, discos...), permitiéndose su reventa; por el otro, los titulares de derechos creen que el impacto en ambos casos es muy distinto, y que es muy difícil asegurar la destrucción de las copias originales por parte de los usuarios revendedores. Si el agotamiento del derecho de exclusiva se extendiera a los contenidos digitales (especialmente, a los suministrados en línea), señalan los autores, ello supondría sin duda un incremento de la piratería y, añaden los editores y productores, dañaría el mercado primario permitiendo la diseminación de copias de segunda mano. Los Estados, por su parte, también muestran cierta prevención a dicha extensión, por las dificultades para apreciar el origen legítimo de la fuente y la destrucción de la copia redistribuida, suponiendo un peligro para la industria y una posible pérdida de puestos de trabajo; se muestran, no obstante, divididos sobre si beneficiaría (mayor disponibilidad) o no (incremento de precios) a los consumidores (págs. 20-22).

⁴⁴ Encaja, además, en la normativa de consumo, la definición de “venta” en este ámbito y la consideración de los contenidos digitales vinculados a un soporte como “bienes” (tangibles).

⁴⁵ Como ejemplo de soportes cita al CD-ROM y al CD-I, “modernos” en 2001...

económico de dicha copia, habrá una auténtica compraventa (sea cual fuere el nombre dado al contrato), resultando nulas cualesquiera prohibiciones o condiciones para la reventa de dicho ejemplar por haberse agotado el derecho de distribución del titular sobre el mismo⁴⁶. Tras la sentencia *UsedSoft*, una solución distinta no tendría ni sentido (en relación con lo fallado para el *software*) ni fundamento en la normativa vigente (la propia DDA y, en el ámbito estatal, el TRLPI), que en ningún momento se pronuncian sobre qué ha de entenderse por “venta de un ejemplar”; además, resultaría acorde con la definición de “bien” y de “contrato de venta” que existe en el ámbito del consumo, según hemos visto (Considerando 19 y art. 2 DDC, y art. 59 *bis* TRLGDCU).

En definitiva, dándose las condiciones citadas habría que reconocer una transmisión de propiedad como efecto del acto de distribución de cualquier contenido digital y, por lo tanto, serían irrelevantes tanto el *nomen* (“licencia”) dado al contrato por el titular predisponente como la prohibición de reventa⁴⁷.

3.3. La diferente aproximación estadounidense

En un mercado globalizado, la decisión del Tribunal de Justicia puede llegar a penalizar a las industrias informáticas y de contenidos europeas, si son ciertas sus alegaciones en torno al perjuicio que puede causarle un mercado de segunda mano, frente a lo que ocurre en los territorios de terceros competidores⁴⁸. En los EE. UU., señaladamente, los tribunales parecen decantarse por aplicar al *software* y al resto de contenidos digitales un *mismo y único régimen*, basado en la *validez de las licencias* cuando son suministrados tanto en línea como sobre soportes físicos y, por lo tanto, la imposibilidad de la reventa.

Efectivamente, cuando en el caso *Vernor (Vernor v. Autodesk Inc.)*⁴⁹ se discutió si era posible la reventa de copias de programas a través de eBay a la luz de la doctrina de la *first sale*, el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito dictaminó que ello depende de si hay venta o licencia, y que ésta existe si el titular del *copyright* (1) especifica que concede el programa por vía de licencia; (2)

⁴⁶ Presuponiendo siempre el cumplimiento del resto de requisitos para la operativa de tal agotamiento.

⁴⁷ No habría venta, en cambio, si se limitara temporalmente el uso o disfrute de la copia en poder del usuario, ni en el ámbito de la Propiedad Intelectual ni en el de Consumo, y ello para todos los contenidos digitales (*software* y demás).

⁴⁸ A falta de estadísticas (al menos, no he encontrado ninguna, más allá de simples opiniones, proclamas o lo indicativo que resulte la aparición de recientes campañas publicitarias en medios de comunicación por parte de la BSA), dado que los mercados de segunda mano de programas se restringen prácticamente al ámbito empresarial y la rápida obsolescencia del *software* (que hace siempre aconsejable a las empresas tener últimas versiones), es difícil cuantificar el daño real.

⁴⁹ 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010). A petición de Autodesk, casa de *software*, al Sr. Vernor le fue cortado su acceso a Internet tras varios avisos, al amparo de lo previsto en el *Digital Millennium Copyright Act*, por haber puesto a subasta una copia del programa Autocad, del que aquélla es titular. Frente a tal circunstancia, Vernor solicitó una declaración judicial de que su conducta era legal al amparo de la *first sale doctrine*, y que se prohibiera a Autodesk interferir en futuras ventas. Su petición fue denegada.

restringe significativamente la capacidad del usuario para transferir el *software*; y (3) impone importantes restricciones de uso⁵⁰. Dado que, precisamente, tal era el contenido del contrato que acompañaba al programa cuyas copias se pretendían revender⁵¹, el Tribunal consideró que el programa fue “licenciado” y no podía ser revendido⁵². Esta doctrina, téngase en cuenta, sirve tanto para la distribución de ejemplares como para su suministro *online*, pues se basa en la validez del contrato de licencia, independientemente del ámbito en el que se utilice⁵³.

Por lo que respecta al resto de contenidos digitales, ha habido otras decisiones similares, haciendo prevalecer igualmente la licencia sobre la venta: en *ReDigi*, el Juez del Tribunal del Distrito Sur de Nueva York consideró⁵⁴ que no opera la doctrina de la *first sale*, al no distribuirse objetos materiales⁵⁵, sino digitales, reproducciones de códigos sujetos a *copyright* que se encuentran en los servidores del proveedor y en los discos duros de los usuarios⁵⁶.

⁵⁰ Con cita de los casos *MAI Sys. Corp. v. Peak Computer* (9th Cir. 1993), *Triad Sys. Corp. v. Southeastern Express Co.* (9th Cir. 1995) y *Wall Data v. Los Angeles County Sheriff's Dept.* (9th Cir. 2006), todos referidos a programas de ordenador y de todos los cuales extrae el Tribunal los tres criterios arriba citados. Aunque también se hace mención del caso *United States v. Wise* (9th Cir. 1977), que era más favorable a Vernor, éste no es tomado en consideración al referirse a otro tipo de obras.

⁵¹ Autodesk retenía la propiedad de Autocad, prohibía su transferencia o alquiler sin su consentimiento por escrito, y nunca más allá del hemisferio occidental; imponía prohibiciones al uso del programa fuera de dicho hemisferio, así como otras relativas a ingeniería inversa, traducciones, modificaciones, supresión de marcas y medidas de seguridad; y establecía la terminación de la licencia en caso de contravención.

⁵² Vid. T. VINJE, V. MARSLAND y A. GÄRTNER (2012, pág. 102). Sobre este caso, también, M. HALPERN, Y. KAPGAN, y K. YU (2011), y T. LEONG (2012).

⁵³ Aunque luego, en la práctica, contenidos digitales como música o películas en CD o DVD no se sujeten a un contrato de licencia. Obsérvese que, en estos casos, no hay obstáculo a la operativa de la *first sale*, porque no hay documento ninguno que especifique la existencia de licencia, no se prohíben reventas y/o no se imponen significativas restricciones de uso.

⁵⁴ *Capitol Records LLC v. ReDigi Inc.* (S.D.N.Y. Mar. 30, 2013). En este caso, se discutía sobre el modelo de negocio implantado por ReDigi, que permite la reventa de contenidos de iTunes instalando un *software* en el ordenador de los usuarios, vendedores y compradores, que borra la canción del ordenador de los primeros cuando la adquieren los segundos. Permite, además, dejar la canción en los servidores de la empresa, para disfrutarla desde cualquier lugar.

Sobre la comparativa entre los casos europeo y estadounidense, vid. D. NAYLOR y E. PARRIS (2013), A. NICHOLSON (2013), E. F. SCHULZE (2014) y P. DE MIGUEL ASENSIO (2013).

⁵⁵ La doctrina operaría, dice el Juez, si se vende el iPod que contiene las canciones bajadas de iTunes, respecto de las copias contenidas en el dispositivo.

⁵⁶ Señala, además, que no cabe alegar la doctrina del *fair use*, porque las subidas y descargas entre los servidores de ReDigi y los ordenadores de los usuarios no son para uso personal, sino con finalidad comercial (“*acts incident to sale*”, “*in anticipation of resale to another buyer*”).

En definitiva, la aproximación estadounidense resulta más coherente al tratar por igual a todos los contenidos digitales (*software* y resto) y dar el mismo tratamiento al contrato de suministro en sí —la licencia de uso, considerada válida tanto en el ámbito tradicional como en *red*; cuestión distinta es que dicho tratamiento parezca vencerse del lado de los titulares de derechos cuando, como aprecia el propio Tribunal del caso *Vernor*, hay argumentos serios también a favor de que se permita la reventa, mas, para su admisión, recuerda dicho órgano judicial, *debería haber un cambio legislativo*⁵⁷. De producirse éste, no es descabellado pensar que, dentro de esa aproximación única, incluyera a todos los contenidos digitales y entornos de suministro (sobre soporte y electrónico), pues la problemática de fondo tratándose de formatos electrónicos es, insisto, siempre la misma.

4. El usuario y la realización de copias de contenidos digitales para uso privado o de seguridad

Desde el punto de vista técnico, una “copia para uso privado” y una “copia de seguridad” son exactamente lo mismo. Desde la perspectiva jurídica, sin embargo, son conceptos distintos y de muy diferente alcance.

4.1. Las copias privadas

El popularmente mal llamado “derecho de copia privada” contenido en el artículo 31.2 TRLPI no es sino un “límite” a los derechos de exclusiva del titular, tradicionalmente contemplado tanto por un pretendido interés social como por la simple constatación de que resultaba imposible prohibir o controlar siquiera la realización de copias por parte del adquirente o poseedor de un ejemplar en su ámbito más privado; al menos, no de manera jurídica y económicamente eficiente⁵⁸. Como límite, da lugar a la pertinente (y obligada, art. 5.2.b DDA) “compensación equitativa” por parte de todas aquellas legislaciones que, como la nuestra, lo reconozcan⁵⁹.

⁵⁷ “Congress is free, of course, to modify the first sale doctrine and the essential step defense if it deems these or other policy considerations to require a different approach”, argumenta el Tribunal.

⁵⁸ Muy gráfica al respecto resulta la STS 08.06.2007 (RJ 2007\3650), para la cual “[s]e trata de un límite a los derechos de exclusiva de los autores que se ha justificado tanto por argumentos relacionados con el interés social de la creación intelectual, como por argumentos económicos (elevados costes del control) o incluso pragmáticos (inutilidad de prohibir y sancionar la copia privada). Una interpretación del precepto citado con arreglo a la realidad social (artículo 3.1 CC) pone de manifiesto que mediante él se trata de controlar un mercado de reproducción de obras de carácter atípico, por cuanto no surge de la conjugación clásica de los mecanismos de la oferta y la demanda, sino que es consecuencia de la puesta a disposición de un gran número de usuarios, por su bajo coste relativo, de aparatos de reproducción de gran rendimiento, el cual aconseja conciliar la admisión de la copia privada dentro de unos estrictos límites con el respeto a los derechos de autor”.

⁵⁹ Aunque excede el ámbito del presente estudio, cabe apuntar que el mecanismo español de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (PGE) ha sido finalmente declarado contrario al Derecho europeo. Actualmente consagrado en el art. 25 TRLPI, fue implantado por el *Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los*

Lo relevante en este caso son los requisitos legales de la copia en sí, en orden, sobre todo, a la exigencia o no de que se haga a partir de otra lícitamente adquirida, así como la interpretación que se dé al ámbito de referencia (“privado”).

Por lo que respecta a la licitud de la *fuentes* u “original” del que se obtiene la copia privada, ha sido cuestión problemática. Nada aportaban las redacciones originales de la Ley de 1987, del TR de 1996 o la propia de la DDA. Con la reforma de 2006⁶⁰, el artículo 31.2 TRLPI pasa a exigir que se realicen “a partir de obras a las que haya accedido legalmente”, lo cual tampoco resultaba decisivo⁶¹. Es a partir de 2014⁶² cuando los criterios quedan más claros, exigiendo, de forma

Presupuestos Generales del Estado (BOE nº 295, de 08.12.2012). El procedimiento de pago fue impugnado judicialmente por varias entidades de gestión (EGEDA, DAMA y VEGAP, recurso 34/2013) y la Sala Tercera del TS, Sec. 4.ª, dictó Auto de fecha 10.09.2014 proponiendo al TJUE cuestión prejudicial para resolver si es válido cargar a los PGE la compensación equitativa y, en segundo lugar, si cabe fijar la cantidad por adelantado para cada ejercicio. El Abogado General contestó afirmativamente a la primera y de manera negativa a la segunda (Conclusiones del Abogado General, presentadas el 19.01.2016), y en reciente sentencia (de 09.06.2016, asunto C-470/14, *EGEDA, DAMA y VEGAP c. Admón. del Estado y AMETIC*), el TJUE ha considerado que el art. 5.2.b) DDA se opone “a un sistema de compensación equitativa por copia privada que, como el controvertido en el litigio principal, está sufragado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación equitativa sea soportado por los usuarios de copias privadas”. En definitiva, aun cuando teóricamente sí es admisible que los autores reciban su compensación con cargo a los PGE (apdos. 24 y 37), el mecanismo elegido (el que sea, canon o PGE) no puede hacer deudores de dicha compensación a las personas jurídicas pues sólo son beneficiarios del límite de copia privada al que se vincula dicha compensación las personas físicas (apdos. 29, 30). El sistema establecido en España hasta el momento (como en algunos otros Estados de la UE), compensa a los autores con partidas presupuestarias que no derivan de ingresos obtenidos exclusivamente de usuarios de copias privadas sino de la totalidad de los generales (apdo. 39: “de todos los contribuyentes, incluidas las personas jurídicas”) y, por lo tanto, no es admisible.

⁶⁰ Por la citada *Ley 23/2006, de 7 de julio* (BOE nº 162, de 08.07.2006).

⁶¹ Así, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2009, págs. 91 y ss.) quien, con atención al *iter* de la norma, distinguía entre la ilicitud de la copia puesta a disposición y el acceso legítimo a dicha copia: podrían seguir beneficiándose del límite de copia privada quienes, a través de una red de intercambio, accedieran a una obra, pues el uso de tales programas es legal y no tienen por qué conocer la ilicitud de la copia que descargan. No obstante, esta postura era minoritaria, y frente a ella, exigían la propia licitud de la copia a partir de la cual se realizaba la privada, entre otros, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y J. J. MARÍN LÓPEZ, (2007, p. 192), J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (2008, págs. 304 y ss.), S. LÓPEZ MAZA (2009, págs. 212 y ss.), y S. MARTÍN SALAMANCA (2007, p. 242). En su momento, yo también me incliné por la posición mayoritaria, argumentando, además, en función de la necesidad de interpretación restrictiva de lo que era (es) un límite de los derechos del titular: habiendo duda en la expresión “a partir de obras a las que haya accedido legalmente” debía incluirse no sólo la valoración de la conducta de acceso en sí misma, sino también la propia licitud del ejemplar de la obra que es objeto de copia; de esta manera, y a efectos de la Ley, no cabría un acceso lícito a un ejemplar ilícito (J. P. APARICIO VAQUERO, 2012, p. 17).

⁶² Por *Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (BOE nº 268, de 05.11.2014).

También en el ámbito europeo, con la interpretación del art. 5.2.b) Directiva 2001/29 (compensación por copia privada), el TJUE (Sentencia de 10.04.2014, asunto C-435/12, *ACI Adam BV y otros c. Stichting de ThuisKopie*), parte

cumulativa, que *el acceso a la obra haya sido legal y la fuente lícita*, y limitando tal circunstancia a dos casos:

1º. Que la reproducción se realice, directa o indirectamente, *a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra autorizada por su titular* (un ejemplar “original”, podríamos decir en términos usuales) “comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil” (cursiva mía). Entiendo, en interpretación correctora de la literalidad de la norma, que esta última referencia debe entenderse hecha a “compraventa en establecimiento mercantil”, so pena de llegar a pensar que el legislador ha sido tan taimado como para, bajo la apariencia de autorizar la copia para uso privado, prohibirla en realidad, dado que no se permite en el entorno profesional, pero sólo en este caso la venta del soporte sería un contrato mercantil... En todo caso, obsérvese que, conforme a este numeral, se autoriza la copia para uso privado sólo a partir de “ejemplares”, no de reproducciones en el equipo del usuario que resulten de actos de comunicación pública. No plantea problemas la exigencia de venta pues, como se ha explicado, existiera o no “licencia” del contenido digital en estos casos, si el uso o disfrute fuera por tiempo indefinido, aquélla sería la calificación jurídica que recibiría. Además, es posible también considerar (por la propia concordancia en género de la oración) que la compraventa se refiere sólo al soporte, no al tipo de derecho que se reciba sobre la copia de la obra que contiene que resultaría, a estos efectos, irrelevante⁶³.

2º. Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido en virtud de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada. En contra de lo que pudiera parecer, tampoco en este caso se está legitimando la copia privada a partir de la copia descargada de un contenido digital que queda en el dispositivo, supuesto que, en realidad, es contemplado más adelante, en el punto 3.a) del artículo, para excluirlo⁶⁴. Se refiere, sin más, a la copia a partir de la grabación de una obra exhibida (una representación teatral, por ejemplo) o retransmitida (un programa de radio o

precisamente de la necesaria interpretación estricta de la excepción (véase la nota anterior), y concluye, por lo que a este punto respecta, que “debe interpretarse en el sentido de que no incluye el supuesto en el que las copias privadas se realizan a partir de una fuente ilícita” (apdo. 41); es decir, que no hay auténtica y lícita copia para uso privado admitida como excepción a la exclusiva del titular y que, por lo tanto, origine compensación equitativa, si se obtiene de una fuente ilícita. Ello es así porque “admitir que tales reproducciones pueden realizarse a partir de una fuente ilícita fomentaría la circulación de obras falsificadas o piratas, disminuyendo de este modo necesariamente el volumen de ventas u otras transacciones legales relativas a las obras protegidas, de modo que se menoscabaría la explotación normal de éstas [y] puede entrañar (...) un perjuicio injustificado a los titulares de los derechos de autor” (apdos. 39 y 40). El Tribunal mantiene esta interpretación en su Sentencia de 05.03.2015 (asunto C-463/12, *Copydan Båndkopi c. Nokia Danmark A/S*, apdos. 74-79).

⁶³ Lo cual, en relación con lo expuesto en apartados anteriores de este trabajo, nos llevaría a la interesante conclusión de que el legislador ha sido capaz de contemplar supuestos en que distingue entre la venta del soporte y la cesión de derechos sobre la obra o contenido digital que se ha grabado en el mismo.

⁶⁴ Por su parte, como he señalado, las reproducciones técnicamente necesarias, como las que se producen durante un *streaming* (disfrute en línea sin descarga de archivo) quedarían amparadas por el punto 1 del mismo art. 31.

televisión) siempre que se haya autorizado dicha grabación en el espacio de referencia (lo que no sucede en un cine respecto de una película⁶⁵).

De esta manera, lo más probable es que cualquier copia hecha a partir de otras que circulan por Internet obtenidas a partir de páginas de enlaces, de descargas directas o de intercambio de archivos resulte ilícita, al no reunir estos requisitos de acceso legal y fuente lícita. Y si hubieran sido “colgadas” (como se dice en el *argot* informático ya popularizado) en la red con el consentimiento de sus titulares, lo aplicable no sería lo dispuesto hasta el momento, sino lo previsto en el artículo 31.3.a) para las comunicaciones públicas de contenidos digitales con arreglo al artículo 20.2.i), y que, como veremos enseguida, deja en manos de aquéllos la posibilidad o no de permitir las.

Así las cosas, sólo las *personas físicas* pueden realizar copias para uso privado, acotándose que su *uso no puede ser profesional ni empresarial*⁶⁶ ni tener *finés directa o indirectamente comerciales* (por ejemplo, para su colocación en Internet en páginas de descargas que permitan obtener ingresos por publicidad al visitar el sitio, aunque la descarga sea gratuita). Cualquiera de estas copias quedaría fuera del “límite legal de copia privada” (expresamente definido como tal) y, por lo tanto, necesitarían autorización del titular, bien de forma directa, bien a través de las entidades de gestión colectiva de derechos de Propiedad Intelectual.

En cuanto a los demás requisitos de la copia privada, que han de concurrir *simultáneamente* (de forma conjunta con todos los referidos), se exige que la obra *haya sido ya divulgada* (hecha pública, como se ha visto, por el titular o con su consentimiento), y que *la realice el propio copista* (sin asistencia de terceros, lo que excluye que se haga en establecimientos de copia o máquinas dispuestas al efecto en espacios públicos o comerciales). Además, una copia privada en principio legal puede devenir ilícita en función de su destino posterior: *no debe realizarse para su “utilización*

⁶⁵ Sería siempre ilícita la copia para uso privado de una película grabada en un cine (en *argot*, *screener*).

⁶⁶ El art. 5.2.b) DDA contemplaba la copia para uso privado por parte de personas físicas, y a ello vinculaba la necesaria compensación equitativa. El problema de la normativa española hasta 2011, en que se vació de contenido el art. 25 TRLPI, es que *dicha compensación se aplicaba sobre cualquier soporte*, hubiera sido adquirido por personas físicas para satisfacer necesidades personales, o por cualesquiera otras para fines de naturaleza distinta; la citada STS de 08.06.2007 ya señalaba, sin embargo, que quedaban al margen de dicho uso privado las copias destinadas a fines profesionales. Al respecto, la STJUE de 21.10.2010 (asunto C-467/08, *Padawan c. SGAE*) concluyó que la previsión legal *indiscriminada* era excesiva y, por lo tanto, nula. Efectivamente, las personas jurídicas o los profesionales pueden adquirir equipos y soportes para fines ajenos a la copia para uso privado de obras de terceros, por lo que no puede extenderse a tales adquisiciones la imposición de la compensación de forma genérica; en cambio, cabe presuponer de forma *razonable* que las personas físicas que adquieren equipos, aparatos y soportes que permiten la realización de copias sí utilizan plenamente esas capacidades, por lo que la compensación equitativa puede devengarse en tales supuestos de forma generalizada. Sólo la copia para uso privado (que, en cuanto excepción, es lícita) da lugar a dicha compensación (ésta no trata de resarcir la piratería o las copias ilícitas), por lo que la redacción actual del art. 25 TRLPI (que proviene nuevamente de la reforma de 2014), repite el tenor del art. 31 (al cual también se remite expresamente) en lo relativo a la exigencia de realización de la copia por persona física para un uso no profesional ni empresarial.

*colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio*⁶⁷. Se rechaza así el ejercicio por el copista de derechos de explotación sobre la obra que son propios del titular (reproducción, distribución y comunicación pública), en referencia clara a su ofrecimiento por aquél en redes de intercambio (*peer to peer* o *p2p*) o a través de páginas de descarga sin autorización: en tales casos se dará, incluso aunque no medie precio, una utilización “colectiva” que, además, puede ser “lucrativa” si se obtiene algún otro beneficio a cambio⁶⁸.

De este régimen de copia privada quedan *excluidos* expresamente las bases de datos y los programas de ordenador (art. 31.3.b y .c TRLPI, respectivamente), así como *cualquier otro contenido*

⁶⁷ Este último requisito puede resultar hasta cierto punto reiterativo del primero (“sin fines directa o indirectamente comerciales” en la persona del copista), pero aporta un matiz importante: el punto 2.a) se refiere a un elemento intencional que ha de concurrir en el copista al momento de realizar la copia; el 2.c) obvia la intención y es totalmente objetivo: resultando indiferente la voluntad inicial, lo que importa en este caso es el destino de la copia. De otro modo, podría argumentarse que la falta de una finalidad ilícita *ab initio* podría autorizar el uso colectivo y/o lucrativo *posterior*.

⁶⁸ Conducta que podría llegar a ser incluso “delictiva”. Hasta la reforma del Código Penal de 2015, ante la indefinición del “ánimo de lucro” que caracterizaba al tipo tal cual se configuraba en el art. 270 CP, se venía exigiendo en el delito de reproducción y distribución de obras de forma ilícita que aquél fuera un lucro “comercial” (beneficio económico, monetario, derivado de la explotación de la copia ilícita), quedando fuera de la respuesta penal (Derecho de *ultima ratio*) las conductas que permitían obtener ventajas o utilidades diferentes de la comercial. De esta manera, quedaban fuera de la norma, en interpretación de la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2006, sobre los delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, de 05.05.2006), el intercambio de archivos, puesto que en éste la ventaja obtenida es, simplemente, el acceso a otras obras (a copias ilícitas de las mismas, probablemente). Ahí radicaba la diferencia entre el ilícito civil y el penal (así, SAP Cantabria de 18.02.2008, ARP 2008\262, FD 8º). En todo caso, había muchas dudas sobre si quedaban incluidas o no en el concepto de “ánimo de lucro” muchas páginas de descarga y/o enlaces que obtenían beneficios no por la explotación directa de las copias, sino de forma indirecta, por la mera visita o seguimiento de las mismas, a través fundamentalmente de la publicidad que mostraban a los visitantes en distintas formas (*banners* publicitarios, ventanas *pop-up* o *pop-under*, vídeos *pre-roll*) e, incluso, reduciendo la velocidad o calidad de visionado para que el usuario optara por servicios *premium*, entre otras muchas conductas.

La nueva redacción del art. 270 tras su reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 77, de 31.03.2015) cambia la configuración del tipo y sustituye el “ánimo de lucro” por el “ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”. Para la Circular 8/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos contra la Propiedad Intelectual cometidos a través de los Servicios de la Sociedad de la Información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 (de 21.12.2015), la nueva definición no altera la interpretación realizada en 2006 (exigencia de lucro comercial por explotación comercial), sino que clarifica sin más que son delictivas conductas que hasta ahora resultaban discutibles, puesto que los ingresos económicos se obtenían de forma indirecta, a través de las conductas antes descritas. Con ello, dice la Circular de 2015, “el Legislador ha optado por dejar extramuros de la respuesta penal a los usuarios o particulares que realicen las conductas típicas al margen de una actividad comercial”. Es decir, sigue sin ser considerada “delito” la actividad de simple intercambio de archivos, aun cuando, evidentemente, sí supone un ilícito civil contra los derechos del titular. La diferencia de trato es importante, pues más allá de la respuesta jurídica a la infracción, la persecución puramente civil limita especialmente la consecución de pruebas contra el infractor (aunque es cierto que nunca fue admisible la utilización de los datos del tráfico retenidos conforme a la Ley para la persecución de estas conductas, y no lo sería incluso aunque se las calificara de “delitos”: véase la STJUE de 29.01.2008, asunto C-275/06, *Promusicae c. Telefónica*).

digital que resulte ser una obra protegida y que haya sido comunicado públicamente (art. 31.3.a). Las exclusiones obedecen a criterios diferentes: la primera toma en cuenta el *tipo* de obra; la segunda, el *modo de explotación*: mediante comunicación pública, pues expresamente remite al artículo 20.2.i) TRLPI cuyo tenor literal hasta reproduce parcialmente. En este caso, parece que el legislador nuevamente tiene en cuenta la diferencia entre distribución y comunicación pública, como si en el ámbito de ésta última el titular pudiera (a todos los efectos, técnicos y jurídicos) tener un mayor control de la obra. Obsérvese que es perfectamente acorde con la idea de la DDA de dar un trato distinto a ambos modos de explotación, y a la existencia y validez de contratos que en la Red autoricen el uso o disfrute de las obras, resultando indiferente la existencia o no de precio a cambio. La copia que queda en poder del usuario como consecuencia de la descarga recibe así un trato distinto que la adquirida en forma de ejemplar físico, lo cual sólo tiene sentido en el entendimiento de que se ha prestado un servicio y no ha habido propiamente una venta. Se introduce así, una vez más, la denunciada diferencia de trato que no tiene, creo, un sentido distinto que el de proteger a los titulares frente a una aparente mayor amenaza a sus intereses derivada del suministro *online*.

Por lo que respecta a los *programas de ordenador*, su régimen de copia queda regulado en el artículo 99 TRLPI y, básicamente, supone que sólo podrán realizarse las reproducciones para uso “personal” (concepto más restringido que “privado”) que sean autorizadas. Aunque, a pesar del aparente tenor del artículo 100, no pueden prohibirse las reproducciones que resulten técnicamente necesarias para la utilización del mismo con arreglo a la finalidad propuesta (lo cual incluye la realización de las instalaciones autorizadas en la licencia), parece que toda copia tiene que ser autorizada (bien de forma expresa, bien derivada dicha autorización de la propia causa del contrato), no existiendo, por lo tanto, “copias para uso privado” como excepción o límite a los derechos de exclusiva del titular⁶⁹. Y ello, tanto respecto de los ejemplares “vendidos” como de los suministrados en línea que, ahora sí, reciben en este punto el mismo tratamiento, pues la forma de explotación es indiferente.

En cuanto a las *bases de datos*, no se contempla en su regulación expresa (la del derecho *sui generis* que se concede al fabricante) la realización de copias para uso privado como tales, y sí únicamente la extracción, transferencia permanente o la reutilización de toda o parte de la misma en los términos legalmente establecidos, sea cual fuere la forma en que ésta haya sido puesta a disposición del público (el art. 133.3.c contempla la distribución de copias en forma de venta o mediante transmisión en línea, como aparentes formas distintas; la venta agota el derecho de distribución). Así, el usuario legítimo podrá extraer y/o reutilizar (lo que implica copia) partes no sustanciales del contenido de la misma (o de la parte sobre la que tenga autorización; art. 134) e, incluso, de partes sustanciales (art. 135) si, siendo una base de datos electrónica (o no), lo hace

⁶⁹ Que serán únicamente los contemplados en el art. 100 TRLPI; entre ellos, el de copia privada, en las condiciones que más adelante se explican. También, la corrección de errores, determinación de las ideas o principios subyacentes, realización de versiones sucesivas o programas derivados (límite que afecta al cesionario titular de derechos de explotación más amplios que los del mero usuario) y descompilación del programa a efectos de asegurar su interoperabilidad con otro creado por el usuario legítimo.

con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica (de forma justificada y citando la fuente)⁷⁰. La *extracción para fines privados de partes sustanciales* sólo está permitida sin autorización del titular en el caso de bases de datos *no electrónicas*.

En definitiva, el usuario adquirente de *ejemplares* de contenidos digitales distintos de programas de ordenador y bases de datos electrónicas podrá realizar copias para uso privado. Sin embargo, si tales contenidos han sido descargados de la red en ejercicio del derecho de comunicación pública por parte de su titular, habrá que atender a los términos del contrato que regule la prestación de dicho servicio, pudiendo prohibirse su realización.

4.2. La copia de seguridad

Si la copia “para uso privado” procede respecto de cualquier obra (a salvo las excepciones apuntadas), la copia “de seguridad” sólo es contemplada por la ley en un caso: los programas de ordenador. Así pues, no cabe argumentar para legitimar una posible reproducción de cualquier otro contenido digital (incluidos los videojuegos, que son un tipo de obra distinto del programa que contienen) que aquélla es copia de seguridad del mismo.

La copia de seguridad de los programas de ordenador es regulada en el artículo 100 TRLPI (art. 5.2 DPO), según el cual “no podrá impedirse por contrato en cuanto resulte necesaria para dicha utilización”. Es precisamente la *necesidad* para la utilización del programa la que plantea la duda cuando ha habido un suministro de ejemplares: ¿lo es si, una vez instalada (copiada) en el disco duro del equipo aún queda la copia vinculada al soporte (CD o DVD) para hacer las veces de copia de seguridad? En principio, no. Mas dada la función única de la copia de seguridad (permitir el uso *continuado* y *prolongado* en el tiempo del programa y, por lo tanto, un concepto puramente funcional o utilitario) y que, salvo que se produzca un problema con la copia instalada, aquélla nunca debe ser usada para realizar ninguna otra reproducción (si lo fuera, devendría ilícita), creo que no hay obstáculo en aceptar que el número de copias de seguridad, en sí mismo y en cuanto auténticamente tales, es irrelevante.

Respecto de las copias de programas suministrados en línea (o que vinieran preinstaladas en el ordenador), la realización de copias de seguridad que pudieran quedar en un soporte *distinto* del propio equipo en el que se descargaron o con el que se entregaron, no podría impedirse de ninguna manera, pues todo posible daño físico o borrado no deseado que afectara al programa instalado podría también interesar a la copia descargada que estuviera en el mismo. De hecho, su realización es una práctica de lo más aconsejable, más allá del mencionado amparo legal.

⁷⁰ Conforme al art. 135, también se podrán extraer y/o reutilizar partes sustanciales de cualquier tipo de base de datos para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial, en la línea del límite contenido en el art. 31 *bis*.1 para el resto de obras.

5. La actividad de enlazado a contenidos digitales de terceros

No cabe duda de que la puesta en Red por parte de su titular de obras o contenidos digitales protegidos para su acceso, consulta, visualización, escucha o almacenamiento (en sentido amplio, “uso” o “disfrute” de los mismos) por parte de una pluralidad de personas⁷¹ constituye un “acto de comunicación pública”, pues tal supuesto es para el que expresamente se redactó el inciso final del citado artículo 3.1 DDA y su trasposición española en el artículo 20.2.i) TRLPI.

“Enlazar” o “enmarcar” no es “intercambiar” archivos u obras protegidas sin autorización del titular. El “intercambio” supone la producción de sucesivas copias no autorizadas (unas de otras) que exceden todo uso privado, violentando directa e inmediatamente el derecho de reproducción del titular y fuera de toda apariencia de ejercicio de cualquier otro derecho de exclusiva. En cambio, los enlaces (“hipervínculos”, *links*) y marcos, en sí mismos, son simples técnicas de acceso, que *remiten* al usuario a donde la obra se encuentra⁷², permitiéndole su posterior uso o disfrute en cualquiera de los sentidos apuntados⁷³; puede, o no, haber reproducción (en sentido técnico-jurídico, y tanto la del artículo 18 TRLPI como la puramente técnica contemplada en el artículo 31.1, si se da en el marco de una utilización lícita), pero dado que la esencia misma de Internet es la navegación por direcciones o enlaces que remiten de unos contenidos a otros⁷⁴, estas prácticas generan un problema propio de este ámbito: ¿constituyen “actos de comunicación pública” los enlaces hechos a tales obras por parte de terceros desde sus propias páginas (*webs*, *blogs*, *foros*...), u otro tipo de técnicas como el “enmarcado” (*framing*) que permiten, en definitiva, que otros internautas disfruten de aquéllas? Dado que la comunicación pública pertenece a la exclusiva del autor o titular, cabría reformular la cuestión del siguiente modo: ¿pueden los internautas poner enlaces o usar técnicas de enmarcado que tengan por objeto una obra de un tercero que está ya en Internet, sin requerir autorización de dicho tercero titular de los derechos de exclusiva sobre la misma?

⁷¹ A petición individual de cada una de ellas, que es lo que caracteriza a la comunicación en Internet: cada dato, archivo o información se sirve al usuario que lo solicita mediante la conexión de su equipo al servidor del prestador a través de la red de comunicaciones electrónicas. Es por ello que tanto la norma comunitaria como la nacional hablan de “procedimientos alámbricos o inalámbricos” por los cuales “cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y momento que elija”. Básicamente, está describiendo de forma lo más neutra posible el funcionamiento de Internet.

⁷² Bien de forma directa al pulsarlos o hacer *click* sobre ellos (enlaces sencillos), bien incluyendo el contenido ajeno dentro de la propia página que contiene el enlace, de forma opaca (invisible para el usuario), dentro de un marco o espacio definido en la misma (técnica de enmarcado o *framing*; sobre otras consideraciones jurídicas respecto de éste, véase la nota 93).

⁷³ No obstante, sí es cierto que podría quedar lesionado el derecho de reproducción si se realizara una descarga o almacenamiento no autorizados en el ordenador del usuario, o si el acto de comunicación pública resulta ser ilícito, pues en este caso, la reproducción puramente técnica que podría resultar excepcionada por la vía del art. 31.1 TRLPI (art. 5.1 DDA) no lo estaría, deviniendo ilegal (al no producirse en el marco de una “utilización lícita de la obra”).

⁷⁴ Comenzando por los propios buscadores, tipo Google, Yahoo o Bing.

La respuesta no es sencilla, como demuestra el hecho de que en el año 2011 dos sentencias de la misma Audiencia Provincial y sección dieran respuestas contrarias: efectivamente, la SAP Barcelona de 24.02.2011 (AC 2011\86, caso *El rincón de Jesús*) consideró que en los casos de descarga directa (el usuario accede al contenido a través de un enlace facilitado por la página demandada, pudiendo a continuación almacenarla en su propio ordenador) hay auténtica “comunicación pública”, pues la actividad del demandado “lleva a cabo una puesta a disposición del público, y en concreto del que visita la página *web* [demandada] y solicita la descarga, de las obras afectadas”⁷⁵. En cambio, la SAP Barcelona de 07.07.2011 (AC 2011\1505, caso *Índice-web*) considera que lo que se produce al pulsar en el enlace contenido en la página demandada es un redireccionamiento al servidor de almacenamiento (“Megaupload u otro”, *sic.*) desde el cual, mediante un nuevo *clic* se iniciaría la descarga. El ofrecimiento del enlace no constituye un acto de disposición del archivo, por lo que no hay “puesta a disposición” como acto de comunicación pública, la cual sólo se daría entre los ordenadores personales (*p2p*) o entre el servidor y quien descarga. El Consejo General del Poder Judicial parecía partidario de esta segunda postura⁷⁶,

⁷⁵ El Juzgado no había apreciado vulneración de los derechos de propiedad intelectual por el titular de la página, al no constituir la actividad de enlace un acto de distribución, ni de reproducción, ni de comunicación pública (SJM nº 7 Barcelona de 09.03.2010, JUR 2010\90760). Además de la descarga directa y el intercambio de archivos, que son las cuestiones objeto de pronunciamiento, la página también permitía el *streaming* (visionado directo sin descarga). La Audiencia diferencia entre los tres supuestos, pero sólo se pronuncia sobre los dos primeros (el último se dedujo en juicio posteriormente a la demanda), para admitir la existencia de comunicación pública en el caso de la descarga, según lo expuesto arriba, y negarla en del intercambio. Para la Audiencia (febrero de 2011), en éste último se aprecia su ilicitud al amparo del art. 31.2 (no queda cubierto por el límite de copia privada) y hay incluso un acto de comunicación pública ilícito, pero que no genera responsabilidad *en el intermediario* por cuanto aunque el responsable de la página en la que figura el listado de enlaces que permiten el intercambio de archivos “contribuye indirectamente a esta infracción de los derechos de propiedad intelectual afectados por la comunicación pública, *no lleva a cabo directamente estos actos*”; a diferencia del supuesto de la descarga arriba descrito, para el tribunal el *link* de los *p2p* es sólo un instrumento que permite el posterior acto de comunicación pública: pulsar el enlace abre el programa de intercambio del ordenador y es a través de dicho programa que se produce la descarga, comunicación pública no autorizada. A mi juicio, dicha interpretación no era, ni es, sostenible, y debiera darse a todas las operaciones el mismo trato: siempre hay una conexión única entre los dos ordenadores o usuarios particulares entre los que se transmiten los datos que constituyen el contenido digital, siendo indiferente que el destinatario acceda al mismo a través de un enlace directo (descarga) o “indirecto” (que abre el programa de intercambio y, automáticamente, conecta a dicho usuario al otro) puesto por un intermediario; éste, en todo caso, contribuye a la puesta a disposición de la obra, al dirigir al público hacia la copia de la misma ofrecida. Aunque, como bien apunta la Audiencia recogiendo lo dicho por la sentencia de instancia, el TRLPI no contiene en sí previsión que prohíba favorecer, permitir u orientar a los usuarios en la búsqueda de obras, no lo es que ello se refiera sólo a las redes *p2p*. El argumento serviría también para las descargas, por lo cual, o ambas conductas están permitidas, o ambas están prohibidas. Y dígame lo mismo para el *streaming*. Al respecto, la SAP de Barcelona de julio de 2011 es más coherente, pues da el mismo trato a todas las operaciones.

⁷⁶ En su *Informe al Proyecto de Real Decreto por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de la Propiedad Intelectual*, de 28.09.2011, el CGPJ señaló que a los prestadores de herramientas de enlaces a páginas *web* (cursivas mías), “conforme al sentir de la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia menor que ha recaído sobre el tema, *no se les puede atribuir una vulneración de derechos de propiedad intelectual por más que las páginas o contenidos a los que enlacen hayan sido ilícitamente subidos a la red en origen, ya que en rigor los enlazadores no estarían*

refrendada por algunas otras resoluciones judiciales⁷⁷.

En los últimos años, sin embargo, la jurisprudencia del TJUE parece ir dando respuestas claras a esta cuestión, teniendo en cuenta el necesario equilibrio entre el funcionamiento de la Red, el interés social subyacente y los derechos de los titulares. Sus casos de referencia hasta el momento son *Svensson* y *BestWater*, los cuales, a su vez, se basan en algunas otras líneas desarrolladas previamente, tanto en relación con la explotación de contenidos en Internet como, sin más, en la propia definición general de los “actos de comunicación pública” incluidos en la exclusiva del titular que luego resultan también aplicables al ámbito electrónico.

Como primera y general aproximación (véanse los apdos. 19 y ss. de la sentencia *Svensson*, que referencio a continuación), el TJUE entiende que la definición de “comunicación pública” como reservada a la exclusiva del titular exige, cumulativamente, la existencia de un “acto de comunicación” y un “público”. Existe “acto de comunicación” cuando la obra se pone a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella, *sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad*. Por otra parte, existe un “público” cuando dicha obra se dirige a un número indeterminado de destinatarios potenciales (casos *Mediakabel* y *Lagardère*)⁷⁸.

reproduciendo, comunicando públicamente ni efectuando en suma una conducta que pueda ser calificada como de explotación de derechos de propiedad intelectual” (págs. 39 y 40); puede consultarse a través de <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Proyecto-de-Real-Decreto-por-el-que-se-regula-el-funcionamiento-de-la-Comision-de-Propiedad-Intelectual>, con último acceso el 22.04.2016.

⁷⁷ El abogado David BRAVO (2012), en escrito que dirigió por aquella época al Ministerio recopilaba las siguientes, además de la citada SAP Barcelona de julio de 2011: SAP Barcelona de 22.12.2005 (caso *todocaratulas.es*); una serie de Autos de diversas Audiencias Provinciales: AP Madrid 18.06.2008 y 11.09.2008 (caso *sharemula.com*), 27.04.2010 (caso *rojadirecta.com*), 03.11.2008 (caso *TVMIX.net*), 15.03.2011 (caso *eDonkeyMania*); AP León, 15.10.2009 (caso *emule24horas*); AP Álava 03.02.2012 (caso *cinetube.es*); y otros 9 Autos de Juzgados de Primera Instancia, Instrucción y de lo Mercantil de Barcelona, Madrid, Alcoy, Moguer y Santander. Sobre éstas y otras, en ambos sentidos, véase M. PEGUERA POCH (2012). En todo caso, por esa misma época ya consideraba P. RAMÍREZ SILVA (2012) que, si bien el mero establecimiento de enlaces profundos o enlaces *p2p* no podía constituir propiamente un acto de reproducción (el enlace “ni contiene, ni fija, ni multiplica” la obra o prestación; pág. 15), sí tenía cabida como acto de distribución al amparo del art. 20.2.i TRLPI, aunque no fuera propiamente como “puesta a disposición de un tercero” (pues, por definición, no lo puede realizar quien no dispone de la obra, argumentaba; cfr. la interpretación de R. SÁNCHEZ ARISTI, más adelante, sobre la sentencia *Svensson*), sino como resultado de “posibilitar” el acceso a la obra (págs. 16-17); el amplio sentido que el legislador da a dicha comunicación pública en el mencionado artículo (se trata de un *numerus apertus*) permitía tal interpretación, a juicio del citado autor (en particular, págs. 15 a 20). Todo ello lo ponía luego en relación con la noción de “conocimiento efectivo” del art. 17 LSSI: respecto de las páginas *web* de enlaces “cuya actividad se centra fundamentalmente en el establecimiento ordenado y sistemático de enlaces profundos a obras y prestaciones que han sido puestas a disposición del público de forma notoriamente ilícita por terceros: su conocimiento de la ilicitud de los contenidos a los que enlazan no es que sea efectivo, sino que es evidente” (pág. 22). A diferencia de ellas, los buscadores genéricos “tienen vocación de universalidad (...) sin realizar una selección previa” de los contenidos que encuentran en la *web* (*ibídem*).

⁷⁸ Generalizando la definición que el TJUE dio en dichos casos, en los que aludía a “telespectadores” (STJUE de 02.06.2005, asunto C-89/04, *Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media*, apdo. 30) y “oyentes” (STJUE de

Ahora bien, pudiendo resultar que aparentemente hay una “comunicación al público” cuando se dan ambos requisitos, ésta solo resulta comprendida en la exclusiva del titular (“comunicación al público en el sentido del artículo 3 DDA”, dice habitualmente el Tribunal) si dicha comunicación se dirige a un “público nuevo”, de forma que, en interpretación de la norma comunitaria⁷⁹, parece necesaria la concurrencia de un requisito añadido (la “novedad” del público al que se dirige el acto de puesta a disposición de la obra) para entender necesaria la autorización del titular (casos SGAE⁸⁰, *Football Association*⁸¹, *Airfield* y *Canal Digitaal*⁸²...): Sólo si el público al que se dirige el acto de comunicación que permite el acceso a la obra protegida resulta ser nuevo en relación con el inicialmente previsto estaremos ante un acto de “comunicación pública” que exige autorización del titular. De lo contrario (si las personas que pueden acceder a la obra a través de la actividad técnica del tercero son las mismas), no habrá propiamente “comunicación pública” a los efectos de la normativa de Propiedad Intelectual y el acto en cuestión podrá hacerse libremente, al no afectarse la exclusiva del titular. Este requisito de novedad del público se estudia una vez se llega a la conclusión de que estamos ante un mismo tipo de comunicación pública pues, de lo contrario, ni siquiera tiene que ser objeto de examen (caso *ITV Broadcasting*): así sucede cuando se emplean diferentes modos de transmisión de las obras protegidas (por ejemplo, radiodifusión convencional, de un lado, y electrónica a través de la red, de otro), dando lugar a diferentes comunicaciones públicas (por sus condiciones técnicas específicas y distintas), ambas reservadas a la exclusiva del titular, incluso aunque el ámbito territorial de sus respectivos destinatarios de ambas puestas a disposición sea el mismo⁸³.

14.07.2005, asunto C-192/04, *Lagardère Active Broadcast c. Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE)* y otros apdo. 31).

⁷⁹ Es aquí donde puede encontrarse, quizá, un nuevo exceso del Tribunal en sus funciones: ¿puede establecer requisitos añadidos sobre lo dispuesto por el legislador?

⁸⁰ STJUE de 07.12.2006, asunto C-306/05, *SGAE c. Rafael Hoteles*, En relación con las retransmisiones hechas a las estancias de un hotel: “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” (apdo. 40).

⁸¹ STJUE de 04.10.2011, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, *Football Association Premier League Ltd. y otros c. QC Leisure y otros*, y *Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd.*, apdo. 197.

⁸² STJUE de 13.10.2011, asuntos acumulados C-431/09 y C-432/09, *Airfield NV y Canal Digitaal BV c. SABAM*, y *Airfield NV c. Agicoa Belgium BVBA*, apdos 72 y 75.

En el mismo sentido que todas estas sentencias, el Auto del TJUE de 18.03.2010, asunto C-136/09, *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon c. Divani Akropolis Anonimi Xenodocheiaki kai Touristiki Etaireai*, apdo. 38. Y también, recogiendo esta doctrina en todos sus extremos (definición de “público”, “número considerable de personas”, “nuevo”, etc.), la reciente STJUE de 31.05.2016 (asunto C-117/15, *Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH c. GEMA*).

⁸³ STJUE de 07.03.2013 (asunto C-607/11, *ITV Broadcasting y otros c. TVCatchup*). Lo que convierte en ilícitas, si no tienen la correspondiente autorización, las retransmisiones hechas por numerosas páginas que toman las señales ajenas de la transmisión por radio o televisión y las ofrecen luego por Internet. Dichas páginas son muy populares en el ámbito de la retransmisión online de acontecimientos deportivos, como *Rojadirecta*, cerrado cautelarmente por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, por Auto nº 203/15, de 26.11.2015, JUR 2015\294537); a este caso, instado por DTS (Movistar +) se une otro promovido por Mediapro, por cuya virtud esta misma página también ha sido objeto de mantenimiento del cierre cautelar por el reciente Auto de la AP Madrid de 15.04.2016,

De lo expuesto se extrae que, para que haya un acto de comunicación pública que requiera de autorización del titular de la obra *ya comunicada*, tiene que realizarse mediante un *método técnico distinto de los ya utilizados y/o dirigirse a un público nuevo*. Siguiendo estos antecedentes, el TJUE se enfrentó directamente al tema de los enlaces y el enmarcado en los casos *Svensson* y *Bestwater*.

En el caso *Svensson* (STJUE 13.02.2014, asunto C 466/12, *Svensson y otros c. Retriever Sverige*)⁸⁴ un grupo de periodistas suecos demandó ante los tribunales de su país a la empresa Retriever Sverige, que administraba una página *web* donde se incluían hipervínculos que daban acceso a los artículos de los periodistas que habían sido publicados con anterioridad de forma autorizada en la *web* del periódico Göteborgs-Posten. Los periodistas defendían que la demandada tenía que solicitar la autorización pertinente para poder enlazar esos contenidos. En respuesta a la pertinente cuestión prejudicial sobre el alcance del artículo 3 DDA, el Tribunal interpretó que “no 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 que pueden consultarse libremente en otra página de Internet”. Para el TJ (cursivas mías), “la presentación en una página de Internet de un enlace sobre el que se puede pulsar y que conduce a una obra protegida *publicada y libremente accesible* en otra página de Internet tiene por efecto poner dicha obra a disposición de los usuarios de la primera página mencionada y constituye, por tanto, una comunicación al público”⁸⁵. Queda así cumplido el primero de los requerimientos exigidos: hay un acto de puesta a disposición de una pluralidad indeterminada de individuos.

en el que se pone de manifiesto, según información aparecida en prensa, que la misma facilita el acceso a imágenes de los partidos a un público “nuevo”, formado por todos los usuarios de Internet, “distinto de los abonados al correspondiente canal de pago”. Además, se apunta, Rojadirecta es más que un mero infractor indirecto o un proveedor de servicios de la sociedad de la Información que pueda beneficiarse de las excepciones previstas al efecto, pues no es neutral respecto de los enlaces a los partidos que suben sus usuarios y colabora activamente en la conducta infractora: “facilita la descripción y localización de cada uno de los eventos, ofreciendo listados ordenados y clasificados” de los *links*. Parece que el caso ha sido trasladado por la demandante a A Coruña, por lo que la demandada pidió la suspensión de las medidas adoptadas por el JM nº 11 de Madrid, lo que no ha prosperado; el Auto de la Audiencia madrileña es muy reciente y aún no ha sido incorporada a los repertorios al escribir estas líneas, pero puede consultarse un resumen detallado de la misma en El Confidencial, http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-04-28/todos-los-argumentos-de-los-jueces-para-acabar-para-siempre-con-rojadirecta_1192023/ (con último acceso el 30.04.2016).

⁸⁴ Puede encontrarse una aproximación al caso en M. DE LA IGLESIA ANDRÉS (2014) y R. SÁNCHEZ ARISTI (2014); véase también E. AREZZO (2014) y T. HEADDON (2014). La sentencia ha sido objeto de reseña y/o comentario en prácticamente todas las publicaciones que versan sobre Propiedad Intelectual españolas y europeas, con sus particulares derivadas para diferentes temas: así, en relación con los enlaces de prensa (*press linking*) y los servicios agregadores de noticias, vid. F. CARBAJO CASCÓN (2014).

⁸⁵ Es decir, como bien interpreta R. SÁNCHEZ ARISTI (cit., p. 92), para el TJ “es posible poner a disposición de terceros una obra o prestación sin necesidad de disponer de ella, es decir, sin necesidad de que se encuentre almacenada en un ordenador o servidor controlado por el sujeto que impulsa la comunicación. Esto implica asumir que es posible encadenar actos de puesta a disposición del público sin solución de continuidad”. Ello supone, a su juicio, una suerte de “agotamiento” (siquiera “parcial” o “en cierto grado”, dice literalmente) del derecho de puesta a disposición del público.

Ahora bien, al haber sido la obra publicada en forma de libre acceso (cualquier persona podía, ya en su origen, acceder a la misma), no se da el segundo (“no existe un público nuevo”) y, por lo tanto, “tal comunicación al público no exige la autorización de los titulares de los derechos de autor”.

Obsérvese que, en este caso, el Tribunal no está declarando la “licitud” de *cualquier tipo* de enlace, sino sólo de aquél que se dirija a obras que han sido publicadas de forma “abierta”, sin restricciones de acceso, de manera que, cuando dichas restricciones o limitaciones existen (en forma de petición de clave de acceso, servicio de pago o cumplimiento de cualquier otra condición exigida por el titular) si el enlace permite acceder a tales obras a usuarios que no las cumplan sí se estaría dirigiendo a un “público nuevo”, diferente del inicialmente considerado por el titular cuando “subió” la obra. Si así fuera, sí habría un nuevo acto de comunicación pública a los efectos de la normativa de Propiedad Intelectual que exigiría autorización (apdo. 31)⁸⁶.

En el caso *BestWater* (Auto TJUE 21.10.2014, asunto C-348/13, *BestWater c. Mebes y Potsch*), la demandante grabó un vídeo publicitario que subió a su página *web* y luego, sin su consentimiento, fue “colgado” por terceros en YouTube⁸⁷. Desde este segundo sitio, fue objeto de una técnica de transclusión o *framing* por parte de los demandados, competencia de la demandante, que la incluyeron en su propia página. Para el Tribunal, la actuación de los señores Mebes y Potsch constituye un acto de comunicación pública de igual naturaleza que el primero, por lo que, en aplicación de la doctrina *Svensson*, supone que estando libremente accesible, no hay comunicación pública.

De la propia descripción de los hechos, el lector atento ya habrá advertido el problema en este caso: la “fuente” desde la cual se comunica la obra (YouTube) *no* tenía autorización del demandante. Así pues, ¿cómo es posible que la actuación de la demandada fuera lícita? En realidad, el TJUE no dice tal cosa. Al resolver en forma de Auto por considerar que la respuesta prejudicial a dar era claramente deducible de la jurisprudencia sentada con anterioridad⁸⁸, simplemente repite la interpretación ya dada, la cual, en el caso *Svensson*, partía del supuesto de una lícita primera puesta a disposición del público⁸⁹. *BestWater* no tiene mayor trascendencia, en

⁸⁶ Advierte SÁNCHEZ ARISTI que esta doctrina “generará nuevos retos interpretativos, ya que a partir de este momento resultará crucial determinar si cierto contenido está puesto en la página enlazada con permiso o no del titular, cuándo puede estimarse que ha cambiado la voluntad de éste con respecto a la puesta a disposición del contenido en abierto, o cómo apreciar si ha introducido medidas de restricción de acceso, y qué debe entenderse exactamente por tales” (cit., p. 93); son de gran interés sus consideraciones finales y “pronósticos” (cit., en particular, págs. 93-95).

⁸⁷ Este hecho es recogido en la propia descripción fáctica del supuesto, en que el Tribunal señala que “la película estaba disponible en la plataforma de video YouTube. Sin embargo, BestWater International dice que esta puesta en línea se hizo sin su consentimiento”.

⁸⁸ En aplicación del art. 99 del Reglamento de funcionamiento del Tribunal (apdo. 12 del Auto).

⁸⁹ Literalmente, en el apartado 18 (cursivas mías): “desde el momento en que esta obra está *libremente disponible* en el sitio al que apunta el enlace, debe considerarse que, cuando los titulares del derecho de autor han autorizado

realidad, que la reiteración de la doctrina *Svensson*, pues incluso en ésta se afirmaba que la misma “no se vería afectada por el hecho de que el tribunal remitente comprobase (...) que, cuando los internautas pulsán 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” (*Svensson*, apdo. 29). En el caso *BestWater*, afirma el Tribunal, sucede algo que, en esencia es lo mismo: el recurso a la técnica del “enlace incorporado” o *inline linking*, mediante la cual se presenta en una parte de la página (“marco” o *frame*) contenido de un tercero sin necesidad de pulsar enlace alguno por parte del usuario (*BestWater*, apdo. 17).

Por lo tanto, en realidad *sigue sin resolverse el supuesto del enlazado a una obra cuya comunicación pública previa no haya sido autorizada por el titular*. En Internet es frecuente que (1) los *links* dirijan no al original puesto a disposición en un principio por su autor o titular, sino a alguna otra copia que, quizá, no haya sido autorizada; (2) que lleven directamente a una copia manifiestamente ilícita de la obra, nunca autorizada por el titular en cuanto éste, por ejemplo, hubiera decidido no hacerla pública a través de Internet; o, por último (3) que se hagan enlaces a copias que constituyen actos de comunicación pública dirigidas a un “público nuevo”, por permitir el acceso a la obra a personas no autorizadas por el titular, o en condiciones o territorios no autorizados. En definitiva, los internautas (usuarios particulares o prestadores de servicios de intermediación que ordenan y establecen directorios con tales enlaces) hacen el *link* sin estar seguros de la licitud de la fuente (o sin importarles que no lo sea), dando por resultado enlaces a previas comunicaciones no autorizadas, en cuanto ya ponían a disposición de *toda* la red obras de previo *acceso restringido*. ¿Queda su conducta al margen de los derechos de exclusiva del titular y su posible persecución?

Al respecto, como señalaba, no hay todavía pronunciamiento del TJUE, pero sí del Abogado General, en un caso en que eso es precisamente lo que se discute (Conclusiones del Abogado General presentadas el 07.04.2016, asunto C-160/15, *GS Media BV c. Sanoma media y otros*)⁹⁰. Según su parecer, los enlaces a contenidos libremente disponibles (entiéndase, accesibles para cualquiera sin restricciones) no constituyen “comunicación pública” a los efectos de la DDA, resultando *irrelevante* que quien dispone ese enlace “sepa o deba saber que el titular de los derechos de autor no ha autorizado la colocación de las obras en cuestión en ese otro sitio de

esta comunicación, estos han tenido en cuenta como público a la totalidad de los internautas”. Por ello, concluye en el 19, “el mero hecho de que una obra protegida, libremente disponible en un sitio de Internet, se inserte en otro sitio de Internet mediante un enlace, usando la técnica de «transclusión», tal como la utilizada en el litigio principal, no puede calificarse de «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, en la medida en que la obra de que se trata no se transmite a un público nuevo, ni se comunica siguiendo un modo técnico particular, diferente del de la comunicación original”. Ahora bien, que esté libremente disponible (es decir, que cualquiera pueda acceder a ella) *no supone que haya sido hecha pública de forma lícita*. En *Svensson* sí lo había sido, de forma indubitada y no discutida, con la publicación en el periódico al que se dirigían los enlaces de la demandada.

⁹⁰ En este caso, GS Media fue demandada por Sanoma por publicar en su sitio *web* hipervínculos a hacia otros sitios que permitían la visualización de fotografías pirateadas (publicadas sin la autorización de su titular, la revista Playboy) de cierta señora que aparece habitualmente en la televisión holandesa. Sanoma es la entidad encargada de la defensa de los intereses del fotógrafo. GS Media acabó recurriendo en casación ante el Tribunal Supremo holandés, que elevó consulta prejudicial al TJUE.

Internet o que éstas no habían sido puestas de otro modo a la disposición del público con anterioridad con el consentimiento del titular de los derechos de autor” (apdo. 88, conclusión 2). Y ello por cuanto, según la doctrina *Svensson* (en su apdo. 41) a la que se remite, un Estado Miembro no puede proteger más ampliamente a los titulares de derechos estableciendo requisitos añadidos al concepto de “comunicación pública”⁹¹. Si se hiciera, afirma, ello obstaculizaría gravemente el funcionamiento mismo de Internet, atentaría contra el desarrollo de la Sociedad de la Información (que es uno de los objetivos de la DDA) y frustraría el justo equilibrio entre los intereses de los titulares y los de los usuarios de las prestaciones protegidas (apdo. 77)⁹².

Resumiendo la posición del Abogado General, bajo la actual normativa *no cabe exigir a quien enlaza* (“no es relevante”, en su terminología) *conocimiento (o deber de tenerlo) sobre la licitud del acto previo de puesta a disposición*. Los internautas podrían ofrecer libremente enlaces a cualquier contenido digital o concreta copia de una obra que no tenga acceso restringido, sin necesidad de indagar previamente sobre si dicho contenido o copia en particular han sido o no puestos a disposición del público con la autorización del titular.

En definitiva, al *subir* por primera vez la obra el titular (o un tercero con su autorización), está ejercitando su derecho de comunicación pública en toda su extensión: puesta a disposición de un público que es “nuevo”⁹³. Éste puede quedar definido como “todos los usuarios de Internet” (y

⁹¹ Para ello, dice el Abogado, se necesitaría pronunciamiento expreso por parte del legislador europeo (apdo. 79).

⁹² Esclarecedor resulta el apartado 78 de las Conclusiones: “Es notorio que la colocación de hipervínculos por los internautas es, a la vez, sistemática y necesaria para la arquitectura actual de Internet. Si bien las circunstancias de que se trata en el asunto principal son particularmente flagrantes, considero que por regla general, los internautas no saben ni disponen de medios para verificar si la comunicación al público inicial de una obra protegida libremente

accesible en Internet se ha realizado con o sin el consentimiento del titular de los derechos de autor. Si los internautas se ven expuestos al riesgo de acciones por violación de los derechos de autor con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 cada vez que colocan un hipervínculo dirigido a obras libremente accesibles en otro sitio de Internet, serían mucho más reticentes a colocarlos, lo que iría en detrimento del buen funcionamiento y de la misma arquitectura de Internet, así como del desarrollo de la Sociedad de la Información”. Tal injerencia en el funcionamiento de Internet, concluye al inicio del apartado siguiente, debe evitarse.

⁹³ Realmente, para que exista esa primera y auténtica comunicación pública por parte del titular no bastaría la “subida” o *upload* del contenido a un servidor, sino que se precisa dar publicidad y difusión a la dirección electrónica del mismo (dirección *web* o URL, *Uniform Resource Locator*, que se genera automáticamente cuando se guarda cualquier archivo en un servidor), de manera que cualquiera (o los autorizados; el público al que se dirija, en definitiva) pueda acceder al mismo a través de ella. Si a pesar de estar en un servidor propio o remoto la obra se mantiene oculta o *absolutamente privada*, no hay tal comunicación ni ejercicio de este derecho (a lo más, habría reproducción de la obra por parte del titular), de manera que todo acceso de terceros al contenido sería ilícito. A mi juicio, por lo tanto, es la publicidad dada a la URL (p. ej., incluyendo el enlace en la página del titular, en cualquier forma: pulsando sobre un texto, una foto, enmarcado...) la que permite la operativa de la comunicación pública, en cuanto así se cumplen los requisitos de los arts. 3 DDA y 20 TRLPI: es el “acto” de “puesta a disposición” que permite el acceso de los terceros a la obra, pudiendo éstos, a partir de ese momento, acceder a la misma en cualquier momento y desde el lugar que elijan, puesto que la dirección de acceso es pública (en el ámbito de que se trate: todo Internet o el restringido que sea).

eso sería el acceso libre o sin restricciones al que se refiere el TJUE) o “sólo ciertos usuarios de Internet” (los que dispongan de clave de acceso o queden delimitados de cualquier otra forma). En el primer caso, si los posteriores enlaces de terceros permiten el acceso a la obra, no hay comunicación pública por parte de dichos terceros (por lo tanto, *no* requieren autorización para realizar tal actividad), pues el público que puede seguir tales hipervínculos ya fue contemplado inicialmente por el titular. En el segundo supuesto, *sí*, al dirigirse a un público en principio voluntariamente excluido por el titular y respecto del cual, por lo tanto, conserva su derecho a comunicar la obra.

En su consecuencia, es indudable la licitud del enlazado o enmarcado⁹⁴ de contenidos digitales ajenos que resulten ser obras protegidas siempre que hayan sido objeto previo de comunicación pública autorizada por su titular (para toda la red). Y, *muy probablemente* (pero no es seguro, a la espera de pronunciamiento definitivo del Tribunal de Justicia), también lo sea en los demás casos (cuando sobre el contenido enlazado no haya constancia de dicha autorización, o excedan las restricciones), dado que el funcionamiento de Internet hace inviable establecer una regla de conocimiento o verificación previa de la licitud de la anterior comunicación pública como requisito añadido⁹⁵, habiendo otros medios en poder de los titulares para luchar contra los actos ilícitos contrarios a sus derechos de exclusiva⁹⁶.

Todo lo expuesto parece, en líneas generales, acertado, en cuanto aporta sensatez y balance a un tema complejo y que afecta a uno de los pilares básicos de la Sociedad de la Información: el

⁹⁴ Por lo que respecta al *framing*, a la luz de las consideraciones expuestas. Todavía podría devenir ilícita a la luz del ejercicio de otros derechos de explotación, como el de transformación de la obra (si se extrae o selecciona sólo una parte que, al ser presentada en la página de destino, supone modificación de aquélla), o respecto del reconocimiento de la autoría del contenido enmarcado (que se oculte la original o se confunda con la del titular de la *web* en la que se enmarca), así como en relación con otra normativa aplicable, como la del Derecho de competencia (como puede suceder en el caso *BestWater*).

⁹⁵ Obsérvese la diferencia con el citado caso *ThuisKopie*, respecto de la necesaria exigencia de licitud de la fuente para las copias privadas: en tal supuesto, se implica al derecho de reproducción que, en cambio, no es afectado (*a priori*) en el caso de los enlaces, por lo cual dicho requisito desaparece (es “no relevante”). Por supuesto, toda posible copia ilícita (por carecer de autorización del titular, exceder el ámbito privado o proceder, a su vez, de otra ilegal) de una obra a la que remitan tales enlaces será perseguible por infractora, dando lugar a la oportuna responsabilidad (civil y/o penal) de quien la subió (así como, en su caso, de los posibles intermediarios, *ex* normativa de servicios de la Sociedad de la Información), pero no del tercero que enlazó a dicha copia (al menos, si se impone la Opinión del Abogado General), que no ejercita ningún derecho de exclusiva reservado al titular (ni reproduce ni comunica públicamente).

⁹⁶ El propio Abogado General, en las Conclusiones del caso *Sanoma*, apunta algunos: la posible adopción de medidas cautelares frente a los propios intermediarios al amparo de las normas de Propiedad Intelectual, o su consideración como responsables en el ámbito de la prestación de servicios de la Sociedad de la Información (art. 14 DCE y, en España, arts. 16 y 17 LSSI). Aunque, como explico en el texto, los intermediarios afectados (en el contexto de la norma europea) serían, sólo los proveedores de alojamiento en cuyos servidores se almacenaran las copias ilícitas a las que remiten los enlaces, quedando prácticamente impunes ciertos y flagrantes casos de provisión de enlaces a contenidos y sitios manifiestamente ilícitos.

funcionamiento de Internet. Y más cuando muchos de tales enlaces se producen en el ámbito de las redes sociales, mediante la recirculación de los mismos (*retuits*, compartir...).

Precisamente, la única, pero importante, objeción que pudiera hacerse a esta solución es que, en ausencia de un pronunciamiento claro del legislador, está *quizá* más fundada en argumentos de oportunidad⁹⁷ que propiamente jurídicos, en tanto opera sobre interpretaciones del concepto de “comunicación pública” no del todo acordes con las debidas a una norma reconocedora de derechos para los titulares y cuyos límites y excepciones, que deben ser establecidos de forma expresa, no deben entenderse, a su vez, en contra de la normal explotación de la obra y el perjuicio injustificado de sus intereses legítimos. En este sentido, que no deban exigirse “requisitos añadidos” no implica desconocer el poder de decisión del titular sobre sus obras, o reducirlo vía interpretativa, permitiendo a terceros aprovecharse de actos ilícitos de explotación. Por mi parte, estoy seguro de que en la Sociedad de la Información la posición de los usuarios y sus intereses contribuye de forma imprescindible a definir estos últimos conceptos (“explotación normal” y “perjuicio justificado”, basado en el propio funcionamiento de Internet) pero creo que exige el pronunciamiento expreso del legislador, so pena de sentar reglas generales sobre casos como *Sanoma*, en que, curiosamente, es flagrante el conocimiento del carácter “pirata” (ilegal) de las obras enlazadas, tal como reconoce al Abogado General.

Además, puede tener otras consecuencias: la consideración de que *en todo caso* (extendido a *todo tipo de sujeto que actúe en la Red*) es irrelevante el conocimiento de que los enlaces que figuran en sus páginas remiten a contenidos ilícitos es muy delicada (e, incluso, difícil de aceptar jurídicamente), especialmente cuando se hace en el marco de una actividad comercial o que involucra la obtención de beneficios económicos, bien por remuneración directa del servicio prestado, bien por publicidad⁹⁸. Distinto puede ser lo exigible (o no) a los usuarios particulares,

⁹⁷ Se ha llegado a decir que, con la decisión *Svensson*, el TJUE “ha salvado Internet” al mantener la posibilidad de realización de hipervínculos; véase, en este sentido y en relación con el requisito del “público nuevo” (que es objeto de dura crítica), M. J. FICSOR (2014; dicha expresión aparece en las páginas 1 y 32 y ss.).

⁹⁸ Páginas que se presentan como de servicios de intermediación pero que ofrecen servicios de valor añadido (directorios, índices y sistemas de ordenación y clasificación de los enlaces ofrecidos por terceros) remunerados generalmente vía publicidad.

La Fiscalía General del Estado, en interpretación del nuevo art. 270.2 CP, distingue con buen criterio entre *buscadores neutros* (a cuya responsabilidad penal podría llegarse, a lo más, vía conocimiento de la ilicitud con ausencia de respuesta por su parte, *ex arts. 16 y 17 LSSI*) y *páginas de enlaces*, que desarrollan conductas activas y no neutrales, incluso aunque sea a través de la colaboración con sujetos particulares o *uploaders* privados. Aunque el legislador español que reformó el CP en 2015 ya conocía la doctrina *Svensson* y podía, sin más, haber incorporado a dicho artículo el concepto de comunicación pública del art. 20.2.i TRLPI, como señala la Fiscalía, optó, sin embargo, por tipificar específicamente, la actividad de las páginas de enlace, requiriendo el ánimo de obtención de beneficio directo o indirecto como parte del tipo (que, en la mayoría de casos, se apreciará en la existencia de servicios de pago o inclusión de publicidad), y describiendo incluso el núcleo esencial de su actividad ilícita: ofrecimiento de listados ordenados y clasificados de enlaces a obras o prestaciones de terceros cuyo acceso o localización quede así facilitado sin autorización de sus titulares, aunque tales enlaces fueran *subidos* por los destinatarios de sus servicios y no por la propia página infractora; *vid.* al respecto la citada *Circular 8/2015*, de la Fiscalía General del Estado, de diciembre de 2015 (en particular, págs. 22 a 38). ¿Seguiría siendo

que no obtienen lucro comercial con los hipervínculos que cuelgan o siguen. Quizá pudiera hacerse alguna diferencia entre ambos supuestos y sujetos, pues puede parecer incongruente exigir responsabilidad a los intermediarios de enlaces (intermediarios que no contempla la Directiva de Comercio Electrónico, pero sí la LSSI española en su art. 17) si no hay ilícito por parte de los usuarios que utilizan sus páginas para ofrecer los vínculos a contenidos de terceros; aunque la responsabilidad de los intermediarios es por actos propios, no es menos cierto que lo es en relación con la ilicitud de la conducta de sus propios usuarios⁹⁹.

Al respecto, quizá la solución puede pasar por su no consideración como intermediarios en muchos casos (la mayoría), pues su actividad trasciende dicha función para participar activamente en la comisión de la infracción, por cuanto organizan, con ánimo de lucro comercial, todo un sistema de índices, descripciones, etc. (servicios de valor añadido) para dar soporte tanto a los usuarios individuales que cuelgan los enlaces como a los que acuden a dichas páginas para seguirlos y tener así acceso a los contenidos a los que remiten. Cumplen, en definitiva, el requisito de dar acceso a la obra a un público nuevo sin autorización, por lo que, aun cuando en un principio pudiera no exigírseles conocimiento de la ilicitud (un control, en definitiva, de los enlaces que gestionan, de manera directa o indirecta), *cuando dicho conocimiento existiera al serles comunicado fehacientemente por su titular*¹⁰⁰, ello debiera generar sin mayores inconvenientes, creo, su responsabilidad, si mantienen los enlaces, y permitir frente a ellos el ejercicio de todo tipo de acciones, incluidas las cautelares¹⁰¹.

compatible este tipo penal (y su fundamento de *ultima ratio*) con el contexto de la doctrina *Sanoma* si finalmente se prescindiera de todo conocimiento de la ilicitud de las obras enlazadas?

⁹⁹ Además, cabría preguntarse si esta doctrina es extensible a enlaces a cualesquiera contenidos ilícitos, del tipo que sean, aun cuando no estén en juego derechos de Propiedad Intelectual. ¿Carecerían de toda responsabilidad los enlaces hechos a textos, fotografías, vídeos, etc. que fueran en sí mismos ilegales bajo la excusa del innecesario conocimiento de su licitud? Por supuesto, esta doctrina se basa exclusivamente en la interpretación de normas de Propiedad Intelectual, y otras previsiones normativas expresas (en particular, pero no solo, los tipos penales) podrían dar respuesta a los casos más flagrantes (pornografía infantil, comercio de armas, venta de medicamentos...) pero puede haber supuestos no previstos o dudosos que sí se vieran condicionados por esta línea.

¹⁰⁰ En la línea de lo que ocurre con los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información, que no haya lugar a establecer una obligación de conocimiento previo (de control, en definitiva, de los contenidos que almacenan en sus servidores o a los que enlazan; para los intermediarios, tal deber ni siquiera puede establecerse judicialmente con carácter general, como ponen de manifiesto las SSTJUE *SABAM*, de 24.11.2011, asunto C-70/10 y 16.02.2012, asunto C-360/10) no debiera implicar que, una vez existe dicho conocimiento, no pudiera pedírseles su supresión o inhabilitación, pues de lo contrario se vaciaría prácticamente el contenido del derecho de comunicación pública e, incluso, su (restrictiva) interpretación por el TJUE. Ello sí puede suponer un punto de equilibrio óptimo entre los intereses de la sociedad en el funcionamiento de la Red y los de los titulares de derechos sobre contenidos protegidos.

¹⁰¹ Su responsabilidad sería exigible no sólo como prestadores de servicios de intermediación en relación con la conducta de sus usuarios, sino por la suya en cuanto *infractores directos e inmediatos de la Propiedad Intelectual*, dado que su propia actividad puede ser, en sí misma, ilícita. A diferencia de los buscadores genéricos como Google o Yahoo, que son (al menos, en principio) neutros en cuanto a los contenidos a los que remiten en función de la

6. Las medidas tecnológicas de protección de los contenidos digitales y de sus dispositivos de uso

A diferencia de los tradicionales formatos analógicos mediante los que se explotaban las obras, el electrónico permite incorporar, tanto en la copia en sí como en los dispositivos a través de los cuales se disfruta, ciertas medidas tecnológicas que impidan actos contrarios a la exclusiva del titular (en particular, la realización o utilización de copias no autorizadas de contenidos tanto del propio titular como de terceros). En este ámbito, fue nuevamente pionera la normativa de

búsqueda del usuario, este tipo de páginas de enlaces son “dedicadas”, esto es, creadas específicamente para muy concretos contenidos (películas, series de televisión, eventos deportivos...) y su éxito depende del valor añadido que aporten a la actividad de sus usuarios: ordenación, calificación de *links* (incluido su “mantenimiento”, suprimiendo los “rotos” o que no funcionen), creación de *ránkings*, añadido de imágenes para hacerlos más atractivos, posibilidad de comentarios sobre contenidos, etc. Aunque algunas de tales conductas pudieran ser lícitas por sí mismas, su conjunto determina toda una intención deliberada y una ordenación clara de su actividad (remunerada generalmente a través de publicidad, que suele ser, además, bastante invasiva), que constituye, en los términos que utiliza el Tribunal, una puesta a disposición de un público “nuevo” (todos los usuarios de la Red o, al menos, los que formen parte de la comunidad de la página, bajo inscripción) diferente del inicialmente previsto por el titular (que suele ser un público de modalidad *pay per view* o de abono a un determinado canal de televisión).

Téngase en cuenta también que, *aun cuando fueran considerados meros intermediarios*, en el marco del ejercicio de *acciones civiles* de responsabilidad frente a intermediarios (“acción por daños y perjuicios”, en la terminología de la Directiva), el Tribunal Supremo español ha interpretado acertadamente los arts. 16 y 17 LSSI, que incurren en un error al trasponer el art. 14.1.a) DCE (al menos el primero, pues la regulación de los enlaces no era obligada, pero dado que su redacción es idéntica no tiene sentido una interpretación diferente, pues no hay voluntad de distinguirlos por parte del legislador español), debiéndose entender que el “conocimiento” exigido para generar su responsabilidad (civil) no se refiere a la *ilicitud* de la actividad (que como tal haya sido *declarada*, como hace inmediatamente antes para el resto, en relación con las acciones penales), sino a *simples* hechos o circunstancias que *revelen* ese carácter, o a que éste sea notorio por sí mismo. Véanse, aunque referidas en general a injurias y calumnias, las SSTs de 09.12.2009 (RJ 2010\131), 10.02.2011 (RJ 2011\313) y 07.01.2014, (RJ 2014\773); respecto del TJUE, sentencia de 12.07.2011, asunto C-324/09, *L'Oréal SA y otros c. eBay International AG y otros*. La Fiscalía General, sin embargo, extiende esta interpretación del requisito del “conocimiento efectivo” también a las *acciones penales* aunque, como he expuesto, no creo que eso sea lo que dicen las citadas Sentencias del TS, que se basan, justamente, en la diferencia de trato que la Directiva de Comercio Electrónico hace entre ambas responsabilidades. En todo caso, para la Fiscalía no hay fricción entre normativas (CP y LSSI, pues, explica, el primero procura criterios de imputación, mientras que la segunda recoge los de exoneración), y cabe predicar la responsabilidad penal de estas páginas *ex art. 270.2 CP* (vid. la nota 97 anterior) aunque no haya resolución expresa previa que declare el carácter ilícito de los enlaces que albergan, pues su conocimiento se desprende de su propia actividad (en ocasiones, dice, en los propios nombres de las mismas se incorporan términos que lo demuestran, como “pirata” o “gratis”) y, además, el castigo penal exige no sólo conocimiento, sino también el ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto (*Circular 8/2015* de la Fiscalía General del Estado, cit., págs. 27 a 33).

En definitiva, incluso aunque fueran considerados meros intermediarios (que, creo, no lo son, como he explicado) este tipo de páginas sí *conocen* la más que posible conducta infractora (la comunicación pública no autorizada), por más que los enlaces de los usuarios particulares no fueran perseguibles al ser irrelevante, en terminología del Abogado General (si el TJUE llegara finalmente a adoptar esta posición), el conocimiento que éstos pudieran tener de tal circunstancia.

programas de ordenador¹⁰², aunque la exclusión de los mismos de la DDA hace que, en la actualidad, haya algunas diferencias de trato.

Por lo que respecta a la normativa general *civil*, aplicable a todos los contenidos digitales excepto al *software*¹⁰³, se contiene en la actualidad en los artículos 6 y 7 DDA, cuya trasposición española se plasma en los artículos 160 a 162 TRLPI. Básicamente, se reconoce la posibilidad de los titulares de implementar “medidas tecnológicas *eficaces*” (terminología legal) de protección de sus obras¹⁰⁴, las cuales quedan tuteladas también por el ordenamiento y les permiten actuar frente a quienes las eludan, o fabriquen, exploten o posean con fines comerciales “cualquier dispositivo, producto o componente” que permita romperlas o circunvenirlas. Por *eficaces* se entiende aquéllas que permiten al titular controlar el uso de la obra mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección como, por ejemplo, codificación, aleatorización u otros. Evidentemente, ésa es una definición puramente jurídica ya que, en la práctica, apenas hay ninguna medida realmente “eficaz” en el sentido de impedir *absolutamente* los actos ilícitos. Además, de haberla, podría chocar frontalmente con los *límites* que la propia ley impone a tales medidas: deben permitir a los beneficiarios de las excepciones su ejercicio conforme a su finalidad (entre ellas, la de copia privada), siempre y cuando dichos beneficiarios hayan accedido legalmente a la obra o prestación de que se trate, o se trate de actos de comunicación pública, en los cuales, en virtud del contrato por el que se acceda al disfrute de la obra, sí pueden los titulares disponer libremente sobre el alcance de las medidas tecnológicas¹⁰⁵. Ello hace que sea muy difícil proteger una obra por cualquiera de los medios mencionados, pues deben gestionar y diferenciar entre actos que jurídicamente pueden ser lícitos o ilícitos, aunque tecnológicamente sean idénticos.

En cuanto a los medios que permiten la infracción, quedan prohibidos los que tengan finalidades “limitadas” al margen de la elusión, o estén “principalmente” concebidos, producidos, adaptados

¹⁰² La DPO 1991 ya obligaba a los Estados miembros a adoptar las medidas adecuadas frente a los medios cuyo “único propósito” fuera facilitar actos de supresión no autorizada o neutralización de los “dispositivos técnicos” utilizados para proteger al *software* (art. 7.1.c, mismo que en la codificada DPO 2009).

¹⁰³ Art. 2.a) DDA, con carácter general, y 160.4 TRLPI, en su aplicación concreta a la regulación de las medidas tecnológicas, de la que se excluye a los programas de ordenador.

¹⁰⁴ Se definen tales “medidas tecnológicas” como técnicas, dispositivos o componentes que, en su funcionamiento normal, estén destinados a impedir o restringir actos que no tienen autorización de los titulares de los derechos sobre las obras protegidas (arts. 6.3 DDA y 160.3,1º TRLPI).

¹⁰⁵ Obsérvese que en el ámbito del suministro *online* no opera el límite de copia privada. El Considerando 53 DDA explica el fundamento de dicha excepción y su relación con las medidas tecnológicas: “La protección de las medidas tecnológicas debe garantizar un entorno seguro para la prestación de servicios interactivos a la carta, de forma que el público pueda tener acceso a las obras u otras prestaciones desde el lugar y en el momento que prefiera. Cuando dichos servicios estén regulados por acuerdos contractuales, no deben aplicarse los párrafos primero y segundo del apartado 4 del artículo 6 [son los que contienen el deber del titular para con los beneficiarios de los límites]. Las formas no interactivas de servicios en línea deben seguir sometidas a dichas disposiciones”.

o realizados para quebrantar las medidas tecnológicas.

En el ámbito de los programas, su regulación es más antigua¹⁰⁶ y aparentemente más restrictiva, al exigir que las infracciones se cometan mediante “instrumentos” cuyo “único uso” o “propósito” sea el ilícito (arts. 7.1.c DPO y 102.c TRLPI). Ello complica la persecución de muchos de tales instrumentos, ya que basta con dotarlos de algún uso lícito (aun residual), para que puedan eludir la aplicación de este precepto. Ahora bien, ello no significa que no quepa respuesta frente a los *resultados* (“copias” de las obras, transformaciones de las mismas...) de tales instrumentos, pues los titulares de derechos sobre los programas podrán igualmente ejercitar las acciones oportunas por las violaciones de su exclusiva al amparo de los artículos 99 y 100 TRLPI (arts. 4, 5 y 6 DPO).

Así las cosas, el TJUE ha tenido oportunidad de pronunciarse en el caso *Nintendo* (STJUE de 23.01.2014, asunto C-355/12, *Nintendo c. PC Box*) sobre el alcance que deben tener las medidas tecnológicas para ser consideradas lícitas y merecedoras, a su vez, de protección por el ordenamiento¹⁰⁷. Esta doctrina se ha desarrollado sobre el supuesto de las medidas que los fabricantes incorporan en las consolas de juegos y que impiden tanto la utilización en las mismas de copias *piratas* (no autorizadas) de videojuegos, como de programas (*homebrew* o *software* “casero”) y obras de terceros (aunque sean lícitas)¹⁰⁸, así como de los dispositivos y técnicas que

¹⁰⁶ Se aprecia, por ejemplo, en que hace referencia sólo a “dispositivos técnicos de protección” y no a “técnicas” o “componentes”, que quedan incluidos en la definición de “medida tecnológica” de la DDA; igualmente, la herramienta para la infracción es denominada “instrumento”, frente al “dispositivo, producto o componente”. En todo caso, me parece que no hay que conceder mayor relevancia a la terminología, en este punto, y considerar que en la normativa del *software* se encuentran también comprendidos todos los otros términos, en la medida en que hubiera diferencia entre ellos (apreciable sobre todo en relación con la mención a la “técnica”, término referido a un procedimiento, no a un bien físico).

¹⁰⁷ Sobre la STJUE del caso *Nintendo*, véanse M. FAVALE (2015), J. J. MARÍN LÓPEZ (2014) y J. P. APARICIO VAQUERO (2014a).

¹⁰⁸ En esencia, una “consola” es un ordenador “dedicado”, esto es, diseñado específicamente para una actividad, la cual, en este caso, es el disfrute de videojuegos, bien sea desde un soporte físico, bien en línea. Aunque ello es así, es habitual la actividad de terceros que aprovechan las posibilidades técnicas del dispositivo para “ampliar” sus funciones, de manera que pueda ejecutar otros programas o aplicaciones (en principio, lícitos) además de las propias del fabricante. En ocasiones ello implica también el permitir que la consola ejecute copias no autorizadas de los juegos del titular, pero no tiene por qué ser así.

En el caso, *Nintendo* demandó a *PC Box* y *9Net* por comercializar determinados dispositivos (*modchips*) y *software* que permitían eludir las medidas tecnológicas implantadas en sus consolas (modelos *Nintendo DS* y *Wii*). Para la demandante, la finalidad esencial de dichos dispositivos era la rotura de tales medidas para ejecutar videojuegos piratas (copias ilegales de los videojuegos de *Nintendo* o de sus licenciatarios). *PC Box* contestó que su finalidad era otra distinta y mucho más amplia: facilitar a los usuarios el aprovechamiento pleno de las características técnicas de las consolas afectadas, permitiendo en las mismas la ejecución de programas, aplicaciones y videojuegos de terceros (no necesariamente falsificaciones de los de *Nintendo*), así como la lectura de otros tipos de ficheros que podían contener fonogramas, películas o vídeos.

los usuarios utilizan para poder “liberar” (*jailbreak*) dichas consolas¹⁰⁹. A juicio del Tribunal, toda medida tecnológica “debe respetar el principio de *proporcionalidad* y no debe prohibir aquellos dispositivos o actividades cuyo *empleo o finalidad comercial principal persiga objetivos distintos* al de facilitar la realización de tales actos eludiendo la protección técnica” (apdo. 30; cursivas mías). Es por ello que no quedan tuteladas por el ordenamiento aquellas medidas implementadas por el fabricante que obstaculicen o interfieran con dispositivos o programas que puedan ejecutarse en tales dispositivos (o creados específicamente para ello) y que tengan otras finalidades comerciales principales aunque, eventualmente, puedan permitir también saltarse aquéllas. Una vez sentado el principio general, será el órgano jurisdiccional nacional el que haya de valorar la concurrencia de la “proporcionalidad” (apdo. 38), en el sentido de “examinar si otras medidas o dispositivos no instalados en las consolas habrían podido provocar menos interferencias o limitaciones en las actividades de terceros que no requieren la autorización del titular de los derechos de autor, ofreciendo al mismo tiempo una protección comparable para los derechos del titular” (apdo. 32)¹¹⁰. La valoración debe tener en cuenta, además, no la finalidad prevista por el fabricante que

¹⁰⁹ Hasta ese momento, los tribunales *penales* españoles habían desarrollado líneas diferentes en función de la interpretación que les merecieran los requisitos del art. 270 CP entonces vigente, considerando en ocasiones que tales actuaciones podían incluso ser delictivas (así, SSAP Madrid de 28.06.2012, JUR 2012\277404; y Cádiz de 23.05.2013, JUR 2013\283050, ambas confirmatorias de las respectivas de los juzgados penales), mientras que en otros casos absolvieron a los acusados (SSAP Asturias nº 48/2012, de 26.01.2012, no recogida en repertorios, confirmatoria de la del JP nº 1 de Avilés de 07.06.2011, ARP 2011\715; y Zaragoza nº 304/2012, de 08.11.2012, JUR 2013\113786, revocatoria de la condena impuesta por el JP) o hubo sobreseimiento (Autos AP Valencia nº 101/2008, de 07.03.2008, ARP 2008\250; Barcelona 26.04.2012, JUR 2012\232186; y Ciudad Real nº 77/2012, de 23.04.2012, sin recoger en los repertorios). Tras la reforma de 2015, el art. 270 CP sustituyó la anterior exigencia de estar «*específicamente* destinado» por la más amplia de estar «*principalmente* concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o neutralización» del dispositivo técnico de protección del programa u otra obra cualquiera armonizando así el precepto penal con la DDA y el art. 160 TRLPI; ahora bien, dado que el precepto se aplica también al *software*, persiste la cuestión del carácter más estricto del tipo civil (“*único uso*”) respecto del penal, cuestionando el principio de subsidiariedad o *ultima ratio* de éste (véase al respecto el análisis que hace la SJP de Jerez de la Frontera de 20.10.2011, La Ley 288636/2011, que sigue siendo válido).

En el ámbito *civil* parecía no haber dudas sobre el carácter lesivo de estos actos de elusión, y se ordenó en distintas ocasiones el cese de la actividad y la obligada indemnización al fabricante (SAP de Lugo de 08.11.2012, AC 2013\36, y SJMer nº 8 de Barcelona nº 159/2012, de 02.05.2012, AC 2012\988).

También antes de la STJUE *Nintendo*, en otros países de nuestro entorno hubo distintas resoluciones condenatorias para los fabricantes de estos dispositivos de *jailbreak* de las consolas. El 21.07.2010, el Tribunal de Distrito (División Civil) de la Haya (Holanda) dictaminó que los demandados no habían logrado acreditar que sus dispositivos tuvieran otros usos alternativos “significativos” (*Nintendo Co. Ltd and others v. Snip Webwinkels and others*, 324867/HA ZA 08-3879). Unos días después, la *High Court* inglesa estableció que “el mero hecho de que el dispositivo pueda usarse para propósitos no infractores no es una defensa” si se dan los requisitos previstos en la s.296ZD.1(b), trasposición del art. 6.2 DDA (*Nintendo Company Ltd & Anor v. Playables Ltd & Anor* [2010] EWHC 1932 (Ch) (28.07.2010)); un par de años antes, sin embargo, la Corte de Apelación había fallado contra el fabricante de consolas al considerar que el ilícito se cometía durante el uso, no por el dispositivo de elusión en sí (*Higgs v R* [2008] EWCA Crim 1324 (24.06.2008)).

¹¹⁰ Para ello, el propio TJUE le da alguna ayuda: “es pertinente tener en cuenta, en particular, los costes de los distintos tipos de medidas tecnológicas, los aspectos técnicos y prácticos de su aplicación y la comparación de la

implanta las medidas, sino lo establecido en el artículo 6.2 DDA (nuestro art. 160 TRLPI) que exige protección frente a las elusiones por medio de dispositivos, productos o componentes que tengan una finalidad o uso comercial “limitados” al margen de la elusión, o que, como señalé arriba, estén “directamente” concebidos o fabricados para ello. A este respecto, señala el TJUE, tendrá que “examinar la finalidad de dichos dispositivos, productos o componentes” capaces de eludir las medidas tecnológicas; para ello, “la prueba del uso que efectivamente les den los terceros va a resultar, en función de las circunstancias del caso, especialmente pertinente. En particular, el órgano jurisdiccional nacional puede examinar la frecuencia con la que efectivamente estos dispositivos, productos o componentes se utilizan vulnerando los derechos de autor y la frecuencia con la que se utilizan para fines que no violan tales derechos” (apdo. 38). Los criterios interpretativos y de valoración que ofrece el TJUE son meramente orientativos, una guía para el órgano jurisdiccional nacional y la propia parte a quien incumba la prueba¹¹¹.

En definitiva, las medidas tecnológicas no pueden impedir los usos comerciales alternativos de los aparatos que protegen, y deben implementarse de forma “proporcionada”, en función de las posibilidades tecnológicas existentes. Si los mecanismos o dispositivos creados para superarlas tienen como finalidades principales, más allá de la mera elusión de aquéllas, permitir que tales aparatos sean utilizados para otros fines con entidad propia (o las rompen para, precisamente, dar ese otro servicio), la tutela de las medidas cederá ante éstos. Mas *no* si ello no consigue demostrarse, lo cual puede ser ciertamente difícil habida cuenta del estado de la técnica y de que, en realidad, en muchas ocasiones tales usos son añadidos o “postizos”, de alcance muy limitado, con el simple fin de enmascarar lo que es su auténtico objetivo principal: la simple rotura de las medidas para que el usuario pueda ejecutar en tales equipos copias ilegales de juegos o programas.

Quedaría por ver si esta doctrina, sentada en el marco de la DDA, resulta aplicable también a los programas de ordenador¹¹². A mi juicio, podría hacerse incluso con la normativa vigente para el

eficacia de estos distintos tipos de medidas tecnológicas en lo que respecta a la protección de los derechos del titular, ya que, sin embargo, no es preciso que esta eficacia sea absoluta” (apdos. 33 y 38).

¹¹¹ De hecho, en aplicación de dicha doctrina, el Tribunal italiano que remitió la cuestión prejudicial al TJUE acabó fallando a favor de Nintendo, condenando a PC Box a pagar una indemnización de 500.000 euros por los daños causados, más una pena de 250 euros por cada dispositivo comercializado (y otros 1.000 euros por cada día de retraso en la ejecución de la inhibitoria relativa a la comercialización de los mismos). Para el Tribunal de Milán, PC Box (a quien correspondía la carga de la prueba) no consiguió demostrar efectivamente que había en el mercado otras medidas tecnológicas distintas que hubiera podido considerar Nintendo, ni que el *homebrew* utilizado tuviera otros usos diferentes de la simple violación de los derechos sobre sus videojuegos (*Tribunale di Milano*, sentenza n° 12508/2015, de 04.06.2015, pubbl. 06.11.2015, repert. N° 10784/2015 del 06.11.2015; en particular, fundamentos 6 a 9).

¹¹² Aunque podría haber habido algún pronunciamiento por parte del TJUE sobre si se aplica el art. 6.2 DDA a los casos en los que la medida tecnológica protege, a la vez, *software* y otro tipo de obra, en virtud de la cuestión prejudicial del caso *SR-Tronic GmbH y otros c. Nintendo Co. Ltd, y Nintendo of America Inc.* (asunto C-458/13), ésta fue finalmente retirada por parte del *Bundesgerichtshof* alemán y el TJ dio por archivado el asunto (Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 07.05.2014). Entiendo que la retirada obedeció a que en el caso Nintendo se explica (acertadamente) que los videojuegos son auténticas “obras” que, si son originales, quedan protegidas, con

software (en su interpretación más lógica, teniendo en cuenta que las conductas que tipifica a modo de ejemplo como infractoras son aún más restrictivas, como he apuntado); de no admitirse, sería una razón más para su reforma, pues no tiene sentido una solución distinta.

independencia de la protección y consideración que merezcan los diferentes elementos (imágenes, sonidos, programas de ordenador) que las componen (apdo. 23), por lo que versando el supuesto sobre cartuchos que contenían videojuegos, la solución dada por el TJUE en *Nintendo* era ya aplicable (la cuestión prejudicial había sido planteada antes de esta sentencia).

En España, para un caso similar de *jailbreak*, la citada SAP de Lugo de 08.11.2012, confirmando la del Juzgado, considera aplicables *simultáneamente* los arts. 102.c) y 160.2.c) TRLPI por contener los videojuegos tanto programas de ordenador como otras obras protegidas de naturaleza musical, literaria o plástica. No obstante, estimo más acertado aplicar a los videojuegos la normativa general, prescindiendo de la del *software*, en cuanto son obras diferentes y, por lo tanto, en su protección no se tiene en cuenta al programa que les sirve de base. Cosa distinta sería que el videojuego no resultara “original” y, como tal, protegido, en cuyo caso *quizá* podría aún aplicarse la normativa prevista para cada elemento que le da forma, entre ellos el programa; éste quedaría tutelado y también sus medidas tecnológicas de seguridad, al amparo del art. 102 TRLPI.

7. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Resolución y fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>
Sentencia de 02.06.2005	C-89/04	<i>Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media</i>
Sentencia de 14.07.2005	C-192/04	<i>Lagardère Active Broadcast c. Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) y otros</i>
Sentencia de 07.12.2006	C-306/05	<i>SGAE c. Rafael Hoteles S.A.</i>
Sentencia de 29.01.2008	C-275/06	<i>Promusicae c. Telefónica S.A.U.</i>
Sentencia de 19.07.2009	C-5/08	<i>Infopaq Internacional AS c. Danske Dagblades Forening</i>
Auto de 18.03.2010	C-136/09	<i>Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgou Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon c. Divani Akropolis Anonimi Xenodocheiaki kai Touristiki Etaireai</i>
Sentencia de 21.10.2010	C-467/08	<i>Padawan S.L. c. SGAE</i>
Sentencia de 12.07.2011	C-324/09	<i>L'Oréal SA y otros c. eBay International AG y otros</i>
Sentencia de 04.10.2011	acumulados C-403/08 y C-429/08	<i>Football Association Premier League Ltd. y otros c. QC Leisure y otros, y Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd.</i>
Sentencia de 13.10.2011	acumulados C-431/09 y C-432/09	<i>Airfield NV y Canal Digitaal BV c. SABAM, y Airfield NV c. Agicoa Belgium BVBA</i>
Sentencia de 24.11.2011	C-70/10	<i>Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)</i>
Sentencia de 16.02.2012	C-360/10	<i>Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV</i>
Sentencia de 03.07.2012	C-128/11	<i>UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.</i>
Sentencia de 07.03.2013	C-607/11	<i>ITV Broadcasting Ltd. y otros c. TVCatchup Ltd.</i>
Sentencia de 23.01.2014	C-355/12	<i>Nintendo Co. Ltd. y otros c. PC Box s.r.l. y 9Net s.r.l.</i>
Sentencia de 13.02.2014	C 466/12	<i>Nils Svensson y otros c. Retriever Sverige AB</i>
Sentencia de 10.04.2014	C-435/12	<i>ACI Adam BV y otros c. Stichting de ThuisKopie y Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding</i>
Retirado (Auto del Presidente del TJ de 07.05.2014)	C-458/13	<i>Andreas Grund, en calidad de síndico de la quiebra de SR-Tronic GmbH e.a. c. Nintendo Co. Ltd. y Nintendo of America Inc.</i>
Auto de 21.10.2014	C-348/13	<i>BestWater International GmbH c. Michael Mebes y Stefan Potsch</i>
Sentencia de 22.01.2015	C-419/13	<i>Art & Allposters International BV c. Stichting Pictoright</i>

Sentencia de 05.03.2015	C-463/12	<i>Copydan Båndkopi c. Nokia Danmark A/S</i>
Sentencia de 09.06.2016	C-470/14	<i>EGEDA, DAMA y VEGAP c. Administración del Estado y AMETIC (con intervención de AIE, AGEDI, SGAE, CEDRO y AISGE)</i>
Pendiente (Conclusiones del Abogado General de 07.04.2016)	C-160/15	<i>GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., y Britt Geertruida Dekker</i>
Sentencia de 31.05.2016	C-117/15	<i>Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH c. GEMA</i>
Pendiente (Conclusiones del Abogado General de 16.06.2016)	C-174/15	<i>Vereniging Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht</i>

Jurisprudencia española

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Repertorio</i>	<i>Magistrado/a Ponente/ Juez</i>	<i>Partes</i>
STS (Sala 1ª) 08.06.2007	RJ 2007\3650	J. A. Xiol Ríos	<i>CEDRO c. Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid</i>
STS (Sala 1ª) 09.12.2009	RJ 2010\131	J. R. Ferrándiz Gabriel	<i>SGAE c. Asociación de Internautas</i>
STS (Sala 1ª) 10.02.2011	RJ 2011\313	J. A. Xiol Ríos	<i>Ramocín c. Alasbarricadas.org</i>
STS (Sala 1ª) 07.01.2014	RJ 2014\773	J. R. Ferrándiz Gabriel	<i>Aiguamolls c. Meristation</i>
SAP Barcelona 22.12.2005	JUR 2006\74469	J. L. Albiñana i Olmos	<i>SGAE c. Todocarátulas</i>
SAP Barcelona (secc. 15ª) 24.02.2011	AC 2011\86	I. Sancho Gargallo	<i>SGAE c. El Rincón de Jesús</i>
SAP Barcelona (secc. 15ª) 07.07.2011	AC 2011\1505	M. Rallo Ayezuren	<i>SAGE c. Índice-web</i>
SAP Oviedo (secc. 2ª) 26.01.2012	No recogida.	A. Lanzos Robles	<i>Nintendo Ibérica c. Alechip</i>
SAP Cantabria (secc. 1ª) 18.02.2008	ARP 2008\262	J. de la Hoz de la Escalera	<i>AFYVE y otros c. Bernardo</i>
SAP Madrid (secc. 3ª) 28.06.2012	JUR 2012\277404	E. V. Bermúdez Ochoa	<i>ADESE c. Ramón y otros</i>
SAP Zaragoza (secc. 1ª) 08.11.2012	JUR 2013\113786	F. J. Cantero Ariztegui	<i>ADESE c. Videojuegos StarGames y otros</i>
SAP Lugo (secc. 1ª) 08.11.2012	AC 2013\36	J. M. Moreno Montoro	<i>Sony Europe y Sony España c. Web Disco Azul</i>
SAP Cádiz (secc. 8ª) 23.05.2013	JUR 2013\283050	I. Rodríguez Bermúdez de Castro	<i>ADESE c. Ezquías (Juega 2)</i>
AAP Valencia (secc. 5ª) 07.03.2008	ARP 2008\250	I. Sifres Solares	<i>Rec. ADESE y otros c. AJI nº 8 Valencia 18.01.2008</i>
AAP Madrid (secc. 2ª bis) 18.06.2008	JUR 2008\211803	M. Hidalgo Abia	<i>Rec. Columbia TriStar, EGEDA y otros c. AJI nº 4 Madrid 26.10.2006 (caso</i>

			<i>sharemula.com)</i>
AAP Madrid (secc. 2ª) 11.09.2008	ARP 2008\498	R. Espejo-Saavedra Santa Eugenia	<i>Rec. Columbia TriStar, EGEDA, PROMUSICAE y otros c. AJI nº 4 Madrid 14.12.2007 (caso sharemula.com)</i>
AAP Madrid (secc. 5ª) 03.11.2008	JUR 2009\77434	J. A. Guijarro López	<i>Rec. Audiovisual Sport, LFP y otros c. AJI nº 13 Madrid 10.07.2008 (caso TVMIX.net)</i>
AAP León (secc. 3ª) 15.10.2009	JUR 2009\477554	A. Lozano González	<i>Rec. EGEDA, ADESE y Proein c. AJI nº 3 Ponferrada 31.10.2008 (caso emule24horas)</i>
AAP Madrid (secc. 1ª) 27.04.2010	ARP 2010\732	E. de Porres Ortiz de Urbineja	<i>Rec. Audiovisual Sport c. AJI nº 37 Madrid 15.07.2009 (caso rojadirecta.com)</i>
AAP Madrid (secc. 1ª) 15.03.2011	JUR 2011\94764	E. de Porres Ortiz de Urbineja	<i>Rec. EGEDA c. AJI nº 3 Madrid 17.06.2010 (caso eDonkeyMania)</i>
AAP Álava (secc. 2ª) 03.02.2012	ARP 2012\219	J. A. Poncela García	<i>Rec. Cinetube c. AJI nº 2 Vitoria 30.06.2011 (caso cinetube.es)</i>
AAP Ciudad Real (secc. 2ª) 23.04.2012	No recogido. Disponible en http://www.bufetalmeida.com/641/cartuchos-nintendo-ds.html	S. Serrano Navarro	<i>Rec. Nintendo Ibérica y Nintendo Co. Ltd. c. AJPI-I nº 3 Ciudad Real 21.10.2011</i>
AAP Barcelona (secc. 2ª) 26.04.2012	JUR 2012\232186	J. Rodes Fernández	<i>ADESE c. VIVAS</i>
AAP Madrid (secc. 28ª) 15.04.2016	No recogido.	E. García	<i>Rec. Puerto 80 Projects c. AJM nº 11 Madrid 16.06.2015 (Mediapro c. Puerto 80 Projects, web Rojadirecta.com)</i>
SJM nº 7 Barcelona 09.03.2010	JUR 2010\90760	R. N. García Orejudo	<i>SGAE c. El Rincón de Jesús</i>
SJP nº 1 Avilés (Asturias) 07.06.2011	ARP 2011\715	J. L. Niño Romero	<i>Nintendo Ibérica c. Alechip</i>
SJP nº 1 Jerez de la Frontera (Cádiz), 20.10.2011	La Ley 288636/2011	L. De Diego Alegre	<i>ADESE c. Ambrosio</i>
AJM nº 1 A Coruña 26.11.2015	JUR 2015\294537	J. M. Fernández Abella	<i>DTS c. Puerto 80 Projects (web Rojadirecta.com)</i>

Jurisprudencia extranjera

<i>País</i>	<i>Referencia</i>
Alemania	OLG Frankfurt, 18.12.2012 - 11 U 68/11, 2013 GRUR 279-285
Alemania	LG Berlin, 21.01.2014 (15 O 56/13)
Alemania	LG Berlin, 11.03.2014 (16 O 73/13)

Alemania	LG Bielefeld, 5.3.2013, AZ 4 O 191/11, GRUR-Prax 2013, 207
Estados Unidos	United States v. Wise, 550 F.2d 1180 (9th Cir. 1977)
Estados Unidos	MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993)
Estados Unidos	Triad Sys. Corp. v. Southeastern Express Co., 64 F.3d 1330 (9th Cir. 1995), cert. denied, 116 S. Ct. 1015 (1996)
Estados Unidos	Wall Data v. Los Angeles County Sheriff's Dept., 447 F.3d 769 (9th Cir. 2006)
Estados Unidos	Vernor v. Autodesk Inc., 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010)
Estados Unidos	Capitol Records LLC v. ReDigi Inc., No. 12 CIV. 95 RJS, 2013 WL 1286134 (S.D.N.Y. Mar. 30, 2013).
Holanda	Rechtbank Den Haag, S. 21.07.2010, 324867/HA ZA 08-3879: Nintendo Co. Ltd and others v. Snip Webwinkels and others
Holanda	Gerechtshof Amsterdam, S. 20.01.2015, 200.154.572/01 SKG: Nederlandse Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers c. Tom Kabinet Internet B.V., Tom Kabinet Holding B.V. y Tom Kabinet Uitgeverij B.V.
Italia	Corte di Cassazione, S. n. 19161/2014, di 24.06.2014, pubbl. 11.09.2014: Hewlett Packard Italiana s.r.l. c. Marco Pieraccioli
Italia	Tribunale di Milano, S. n. 12508/2015, di 04.06.2015, pubbl. 06.11.2015, repert. n. 10784/2015 del 06.11.2015: Nintendo Co. Ltd., Nintendo of America Inc. y Nintendo of Europe GmbH c. PCBox s.r.l. y 9Net s.r.l.
Reino Unido	Court of Apellation: Higgs v. R [2008] EWCA Crim 1324 (24.06.2008)
Reino Unido	High Court: Nintendo Company Ltd & Anor v. Playables Ltd & Anor [2010] EWHC 1932 (Ch.) (28.07.2010)

8. Bibliografía

Juan Pablo APARICIO VAQUERO (2004), *Licencias de uso no personalizadas de programas de ordenador*, Comares, Granada, 2004.

— (2012), “Un pasito pa’lante y otro pa’trás en la protección de la Propiedad Intelectual en la sociedad de la información”, *Noticias de la Unión Europea*, Wolters Kluwer España-La Ley, 2012, p. 17 (disponible a través del portal de Revistas de La Ley)

— (2014a), “La tutela jurídica de los videojuegos y de las medidas tecnológicas de protección de las obras sujetas a los Derechos de Autor y afines”, *ADI*, 34 (2013-2014), págs. 437-456.

— (2014b), “Los programas de ordenador como obras sujetas al derecho de autor: excesos e insuficiencias del marco normativo y sorprendentes desarrollos jurisprudenciales”, *pe.I. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 48 (sept-dic. 2014), págs. 13-65.

Juan Pablo APARICIO VAQUERO y Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (2007), “Comentario al Título VII y a los artículos 96 a 104”, en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, págs. 1229-1405.

Emanuela AREZZO (2014), “Hyperlinks and making available right in the European Union – what future for the Internet after Svensson?”, *IIC* 2014, 45(5), 524-555.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2007), “Comentario al artículo 10”, en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, págs. 151-164.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y Juan José MARÍN LÓPEZ (2007), “El límite de copia privada y las redes de intercambio peer to peer”, *CDJ*, 2007-3, págs. 147-235.

David BRAVO (2012), “Escrito a la «Comisión Sinde-Wert» recordando las responsabilidades penales previstas para los delitos de prevaricación”, en <http://davidbravo.es/articulos-entrevistas/escrito-a-la-seccion-segunda-del-ministerio-de-cultura-75.html>, con último acceso el 21.04.2106.

Maria del Pilar CÁMARA ÁGUILA (2012), “La originalidad de la obra como criterio general de protección del autor en el Derecho Comunitario: la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 que resuelve el asunto Infopaq”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 8/2012, págs. 111-129.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2014), “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 11/2014, págs. 79-167.

Fernando CARBAJO CASCÓN (2002), *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, Colex, Madrid, 2002.

– (2014), “Enlaces de prensa (*press linking*): entre la flexibilización y la regulación del Derecho de Autor en la era digital”, *pe.I. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 47 (may.-ago. 2014), págs. 13-74.

Miguel DE LA IGLESIA ANDRÉS (2014), “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Svensson: sobre la naturaleza jurídica de los enlaces a obras protegidas por derechos de autor”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 37-2014, págs. 123-127 (disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4269/documento/e08.pdf?id=5461>, último acceso, 22.04.2016).

Pedro DE MIGUEL ASENSIO (2013), “La reventa en línea de contenidos digitales en la reciente jurisprudencia de EEUU (y la UE)”, blog de fecha 06.04.2013, accesible en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2013/04/la-reventa-en-linea-de-contenidos.html>

(último acceso, 17.04.2016).

Marcella FAVALE (2015), "A Wii too stretched? The ECJ extends to game consoles the protection of DRM- on tough conditions", *E.I.P.R.* 2015, 37(2), 101-106 (disponible *online* en <http://eprints.bournemouth.ac.uk/22773/1/A%20Wii%20too%20stretched-updated09-2014.pdf>, último acceso el 22.04.2016).

Mihaly. J. FICSOR (2014), "Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks - spoiled by the erroneous 'new public' theory", disponible en línea en http://www.copyrightseesaw.net./archive/?sw_10_item=68 (último acceso, 21.04.2016).

Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2001), *El derecho de autor en Internet: La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información*, Comares, Granada, 2001.

— (2009), *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Comares, Granada, 2009.

— (2013), "Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL", en AA. VV. (dir. A. Carrasco Perera), *Tratado de la compraventa*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 753-764.

José Javier GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA (2008), *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008.

Marcelo HALPERN, Yury KAPGAN, Kathy YU (2011), "Vernor v. Autodesk: Software and the First Sale Doctrine under Copyright Law", *Intellectual Property & Technology Law Journal*, vol. 23, num. 3, march 2011, págs. 1-5 disponible en http://latham.com/upload/pubContent/_pdf/pub4047_1.pdf (último acceso, 17.04.2016).

Toby HEADDON (2014), "An epilogue to Svensson: the same old new public and the worms that didn't turn", (2014) *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 9(8), 662-668.

Terence LEONG (2012), "When Software We Buy Is Not Actually Ours: An Analysis of Vernor v. Autodesk on the First Sale Doctrine and Essential Step Defense", 10 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 239 (2012), págs. 239-254.

Sebastián LÓPEZ MAZA (2009), *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, 2009.

Juan José MARÍN LÓPEZ (2014), "La protección de las medidas tecnológicas implementadas por Nintendo en sus consolas y videojuegos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de enero de 2014, as. C-355/12)", disponible *online* en <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-proteccion-de-las-medidas-tecnologicas-implementadas->

[por-nintendo-en-sus-consolas-y-videojuegos-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-de-23-de-enero-de-2014-as-c-355-12.pdf](#), con último acceso el 22.04.2016.

Sara MARTÍN SALAMANCA (2007), “Comentario al art. 31”, en AA. VV. (coord. Rodríguez Tapia) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

Gemma MINERO ALEJANDRE (2016), “Las nuevas reglas en el consumo de contenidos digitales protegidos por la propiedad intelectual, con especial referencia a los programas de ordenador. Calificación de los actos de explotación y aplicación de la regla del agotamiento a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en AA. VV., *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson y Aladda, Madrid, 2016, págs. 493-524.

David NAYLOR y Emily PARRIS (2013), “After ReDigi: Contrasting the EU and US Approaches to the Re-Sale of Second-Hand Digital Assets”, *EIPR*, 2013 vol. 35, i. 8, págs. 487-490.

Andrew NICHOLSON (2013), “Old habits die hard? UsedSoft v Oracle”, *Scripted*, vol. 10, i. 3, oct. 2013, págs. 389-408.

Miquel PEGUERA POCH (2012), “Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas”, *pe.I. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 42 (sept.-dic. 2012), págs. 31-84.

Pablo RAMÍREZ SILVA (2012), “Webs de enlaces y propiedad intelectual”, *InDret* 2/2012 (abril 2012), págs. 1-26, disponible en http://www.indret.com/pdf/894_es.pdf, con último acceso el 18.06.2016.

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ (2007), “Comentario al artículo 19”, en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, págs. 304-327.

Antoni RUBÍ PUIG (2015), “Agotamiento de derechos de autor, modificación física de ejemplares y principio *salva rerum substantia*. La tensión entre control e innovación descentralizada en el asunto *Art & Allposters International BV y Stichting Pictoright*”, *InDret* 4/2015 (octubre 2015), págs. 1-47, disponible en http://www.indret.com/pdf/1190_es.pdf, con último acceso el 18.06.2016.

Rafael SÁNCHEZ ARISTI (2014), “La provisión de enlaces en internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 en el asunto C-466/12 [caso Svensson])”, *pe.I. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 46 (ene.-abr. 2014), págs. 45-95.

Ellen Franziska SCHULZE (2014), “Resale of digital content such as music, films or ebooks under European Law”, *EIPR*, 2014 vol. 36 i. 1, págs. 4-8.

Carlos Andrés URIBE PIEDRAHÍTA y Fernando CARBAJO CASCÓN (2013), "Regulación «ex ante» y control «ex post»: la difícil relación entre Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia", ADI nº 33 (2012-2013), págs. 307-330.

Thomas VINJE, Vanessa MARSLAND y Annette GÄRTNER (2012), "A Software Licensing After Oracle v. UsedSoft. Implications of Oracle v. UsedSoft (C-128/11) for European copyright law", *CRi* 4/2012, págs. 97-10.