CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. VERICA TRSTENJAK de 12 de abril de 2011[1]

Índice

I. Introducción ..... I - 12540

II. Derecho aplicable ..... I - 12540

A. Reglamento nº 44/2001 ..... I - 12540

B. Directiva 93/98/CEE y Directiva 2006/16/CE ..... I - 12542

C. Directiva 2001/29 ..... I - 12544

III. Hechos ..... I - 12546

IV. Procedimientos ante los órganos jurisdiccionales nacionales ..... I - 12547

V. Cuestiones prejudiciales ..... I - 12548

VI. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia ..... I - 12549

VII. Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial y de las distintas cuestiones planteadas ..... I - 12549

VIII. Sobre la primera cuestión prejudicial ..... I - 12550

A. Alegaciones esenciales de los intervinientes ..... I - 12551

B. Sobre la admisibilidad ..... I - 12553

C. Apreciación jurídica ..... I - 12553

1. El sistema conjunto del Reglamento nº 44/2001 ..... I - 12554

1 — Lengua original: alemán.

2. Relación sistemática con normas de similar finalidad ..... I - 12555

a) ¿Orientación por el artículo 34, número 3, del Reglamento nº 44/2001? ..... I - 12555

b) Orientación por el artículo 28 del Reglamento nº 44/2001 ..... I - 12557

3. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ..... I - 12559

4. Críticas fundadas ..... I - 12560

5. Sobre el concepto de relación del artículo 6, número 1, del Reglamento nº 44/2001 ..... I - 12562

a) Relación entre la demanda de base y la otra o las otras demandas ... I - 12562

b) Identidad de hechos ..... I - 12563

c) Relación suficientemente estrecha ..... I - 12563

d) Falta de análisis o riesgo particular de contradicción en el caso concreto ..... I - 12566

D. Conclusión ..... I - 12566

IX. Sobre las demás cuestiones prejudiciales ..... I - 12567

A. Sobre la cuarta cuestión prejudicial ..... I - 12567

1. Alegaciones esenciales de los intervinientes ..... I - 12568

2. Sobre la admisibilidad ..... I - 12570

3. Apreciación jurídica ..... I - 12570

a) Sobre el derecho a la protección de los retratos fotográficos ..... I - 12571

b) Sobre el concepto de reproducción ..... I - 12572

c) Conclusión ..... I - 12574

B. Sobre la tercera cuestión prejudicial ..... I - 12574

1. Alegaciones esenciales de los intervinientes ..... I - 12575

2. Apreciación jurídica ..... I - 12577

a) Sobre la técnica normativa que subyace tras el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2001/29 ..... I - 12577

b) Sobre la primera cuestión parcial ..... I - 12578

c) Sobre la segunda cuestión parcial ..... I - 12580

d) Sobre la tercera cuestión parcial ..... I - 12581

C. Sobre la segunda cuestión prejudicial ..... I - 12581

1. Alegaciones de los intervinientes ..... I - 12582

2. Apreciación jurídica ..... I - 12583

a) Sobre la primera cuestión parcial ..... I - 12584

b) Sobre la segunda cuestión parcial ..... I - 12586

i) Sobre la imposibilidad de indicar el autor ..... I - 12586

ii) Sobre las consecuencias jurídicas de que no fuera imposible indicar el nombre de la autora ..... I - 12587

iii) Conclusión ..... I - 12589

c) Observaciones complementarias ..... I - 12589

i) Cita con fines de crítica o reseña ..... I - 12589

ii) Cita íntegra ..... I - 12590

iii) Otros requisitos ..... I - 12591

X. Conclusión ..... I - 12591

I. Introducción

1. Con la presente petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, el Handelsgericht Wien (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») plantea en primer lugar una cuestión interpretativa en relación con el foro de la conexidad, regulado en el artículo 6, número 1, del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. [2] Esto brinda al Tribunal de Justicia la posibilidad de continuar desarrollando su jurisprudencia en esta materia. [3]

2. Las restantes cuestiones planteadas se refieren sobre todo a la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. [4] En primer lugar, se trata de la cuestión de si se puede publicar en periódicos, revistas e Internet un retrato robot elaborado a partir de una fotografía, sin el consentimiento de la autora de la fotografía. Las demás cuestiones se refieren a las posibilidades de restricción con arreglo al artículo 5, apartado 3, letras d) y e), de dicha Directiva, que permiten a los Estados miembros establecer excepciones y limitaciones al derecho de reproducción para citas o con fines de seguridad pública.

3. Los hechos del procedimiento principal guardan relación con el secuestro de la nacional austriaca Natascha K., con las actividades de búsqueda de las autoridades de seguridad en dicho caso y con la información difundida en los medios de información tras su huida del secuestrador.

II. Derecho aplicable [5]

A. *Reglamento nº 44/2001*

4. El Reglamento nº 44/2001, conforme a su artículo 68, apartado 1, en las relaciones entre todos los Estados miembros excepto Dinamarca, sustituye al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones

2 — DO L 12, p. 1.

3 — Véanse, en particular, las sentencias de 27 de septiembre de 1988, Kalfelis (189/87, Rec. p. 5565), y de 3 de julio de 2006, Roche Nederland y otros (C-539/03, Rec. p. I-6535), que recayeron, sin embargo, aún vigente la disposición precedente del Convenio de Bruselas, así como la sentencia de 11 de octubre de 2007, Freeport (C-98/06, Rec. p. I-8319).

4 — DO L 167, p. 10.

5 — De acuerdo con las denominaciones utilizadas en el TUE y en el TFUE, emplearemos aquí la expresión «Derecho de la Unión» como designación conjunta del Derecho comunitario y del Derecho de la Unión. En lo sucesivo, cuando se trate de disposiciones individuales de Derecho primario, se mencionarán las que estén en vigor *ratione temporis*.

judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, «Convenio de Bruselas»).

5. Sus considerandos undécimo, duodécimo y decimoquinto tienen el siguiente tenor:

«(11) Las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado y esta competencia debe regir siempre, excepto en algunos casos muy concretos en los que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de vinculación. […]

(12) El foro del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa del estrecho nexo existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia.

[...]

(15) El funcionamiento armonioso de la justicia exige reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y evitar que se dicten en dos Estados miembros resoluciones inconciliables […]»

6. Las disposiciones sobre la competencia se recogen el capítulo II del Reglamento nº 44/2001, que abarca los artículos 2 a 31.

7. El artículo 2, apartado 1, del Reglamento dispone:

«Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.»

8. El artículo 3, apartado 1, del Reglamento establece:

«Las personas domiciliadas en un Estado miembro sólo podrán ser demandadas ante los tribunales de otro Estado miembro en virtud de las reglas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo.»

9. El artículo 6, número 1, del Reglamento, incluido en la sección 2, titulada «Competencias especiales», de dicho capítulo, dispone:

«[Las personas domiciliadas en un Estado miembro] también podrán ser demandadas:

1) si hubiere varios demandados, ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación

tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente, […]»

10. El artículo 28 del Reglamento, incluido en su novena sección («Litispendencia y conexidad»), establece:

«1. Cuando demandas conexas estuvieren pendientes ante tribunales de Estados miembros diferentes, el tribunal ante el que se hubiere presentado la demanda posterior podrá suspender el procedimiento.

2. Cuando tales demandas conexas estuvieren pendientes en primera instancia, cualquier tribunal ante el que se hubiere presentado la demanda posterior podrá de igual modo inhibirse, a instancia de una de las partes, a condición de que el tribunal ante el que se hubiere presentado la primera demanda fuere competente para conocer de las demandas de que se trate y de que su ley permita su acumulación.

3. Se considerarán conexas, a los efectos del presente artículo, las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente.»

11. El artículo 34, número 3, del Reglamento, incluido en el capítulo III («Reconocimiento y ejecución»), dispone:

«Las decisiones no se reconocerán:

[...]

3) si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido».

B. *Directiva 93/98/CEE y Directiva 2006/16/CE*

12. El decimoséptimo considerando de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines,[6] tiene el siguiente tenor:

«Considerando que la protección de las fotografías en los Estados miembros es objeto de diversos regímenes; que, para conseguir una armonización suficiente del plazo de protección de las obras fotográficas, en particular de aquellas que, debido a su carácter

6 — DO L 290, p. 9.

artístico o profesional, sean importantes en el mercado interior, es necesario definir el grado de originalidad requerido en la presente Directiva; que una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad; que la protección de las demás fotografías debe dejarse a la legislación nacional».

13. El artículo 6 de esta Directiva dispone:

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

14. En la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines,[7] se codificaron las disposiciones de la Directiva 93/98.

15. Su decimosexto considerando reza como sigue:

«La protección de las fotografías en los Estados miembros es objeto de diversos regímenes. Una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad. La protección de las demás fotografías debe dejarse a la legislación nacional».

16. El artículo 6 de dicha Directiva establece:

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

7 — DO L 372, p. 12.

C. *Directiva 2001/29*

17. Los considerandos noveno, vigésimo primero, trigésimo segundo y cuadragésimo cuarto de la Directiva 2001/29 tienen la siguiente redacción:

«(9) Toda armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor debe basarse en un elevado nivel de protección, dado que tales derechos son primordiales para la creación intelectual. Su protección contribuye a preservar y desarrollar la creatividad en interés de los autores, los intérpretes, los productores, los consumidores, la cultura, la industria y el público en general. Por lo tanto, la propiedad intelectual ha sido reconocida como una parte integrante del derecho de propiedad.

[...]

(21) La presente Directiva debe definir el alcance de los actos protegidos por el derecho de reproducción en relación con los distintos beneficiarios. Ello debe efectuarse en consonancia con el acervo comunitario. Es necesaria una definición general de tales actos para garantizar la seguridad jurídica dentro del mercado interior.

[...]

(32) La presente Directiva establece una lista exhaustiva de excepciones y limitaciones a los derechos de reproducción y de comunicación al público. Algunas de las excepciones o limitaciones sólo se aplican al derecho de reproducción cuando resulta pertinente. La lista toma oportunamente en consideración las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y está destinada al mismo tiempo a garantizar el funcionamiento del mercado interior. Los Estados miembros deben aplicar con coherencia dichas excepciones y limitaciones, lo que será comprobado en un futuro examen de las medidas de transposición.

[...]

(44) Al aplicar las excepciones y limitaciones previstas en la presente Directiva, éstas deben ejercerse de acuerdo con las obligaciones internacionales. Las citadas excepciones y limitaciones no deben aplicarse ni de tal forma que los intereses legítimos del titular del derecho se vean perjudicados ni de manera contraria a la explotación normal de su obra o prestación. El establecimiento de dichas excepciones o limitaciones por los Estados miembros debe, en particular, reflejar debidamente el creciente impacto económico que pueden tener las mismas a la luz de los avances logrados en la electrónica. Por consiguiente, puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas utilizaciones de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor.»

18. El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/29 dispone:

«La presente Directiva trata de la protección jurídica de los derechos de autor y otros derechos afines a los derechos de autor en el mercado interior, con particular atención a la sociedad de la información.»

19. El artículo 2, letra a), de dicha Directiva, que regula el derecho de reproducción, establece:

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

a) a los autores, de sus obras; […]»

20. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva versa sobre el derecho de comunicación al público de obras y el derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas. Establece:

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

21. El artículo 5 de la Directiva («Excepciones y limitaciones») contiene, en particular, las siguientes disposiciones:

[...]

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

[...]

d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido;

e) cuando el uso se realice con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales, o para asegurar una cobertura adecuada de dichos procedimientos;

[...]

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

III. Hechos

22. La demandante en el procedimiento principal es una fotógrafa autónoma. Entre otros trabajos, realiza fotografías de niños en jardines de infancia y guarderías. En el marco de su actividad profesional, realizó retratos de la nacional austriaca Natascha K. (en lo sucesivo, «fotografías controvertidas») en el año 1998, antes de su secuestro. Para ello, diseñó el fondo, decidió la postura y la expresión del rostro y tomó y reveló las fotografías.

23. Desde hace diecisiete años, la demandante identifica las fotos que realiza con su propio nombre y con el nombre de su establecimiento. A lo largo de los años ha llevado a cabo dicha identificación de diversas maneras: mediante adhesivos o con impresiones en álbumes o portarretratos. En todo caso, el nombre y la dirección profesional de la demandante figuraban siempre en dichas identificaciones del autor.

24. La demandante en el procedimiento principal vendió las obras por ella realizadas, pero no concedió derechos a terceros sobre dichas fotos ni autorizó la publicación de dichas imágenes. Por lo tanto, el precio que pedía por las fotos constituía sólo la retribución por las obras.

25. Cuando Natascha K. fue secuestrada en 1998, a la edad de diez años, las autoridades de seguridad competentes dictaron una orden de búsqueda, en la que se utilizaron las fotografías controvertidas.

26. Las demandadas en el procedimiento prejudicial son editoriales de prensa. Sólo la primera de ellas tiene su domicilio social en Viena (Austria). Las demandadas segunda a quinta en el procedimiento principal tienen su domicilio social en Alemania.

27. Las demandadas primera y tercera en el procedimiento principal editan diarios que se difunden (también) en Austria *(Der Standard* o *Süddeutsche Zeitung),* y la cuarta, un semanario *(Der Spiegel)* que se difunde también en Austria. La quinta demandada edita un diario que sólo se difunde en Alemania *(Express).* La segunda demandada edita un diario *(Bild)* cuya edición nacional no se comercializa en Austria. En cambio, la edición de este diario en Múnich sí se difunde en Austria. Además, la segunda demandada edita otro diario *(Die*

Welt) que también se comercializa en Austria, y opera por otro lado páginas de noticias en Internet.

28. En el año 2006, Natascha K. logró escapar de su secuestrador. El procedimiento principal se refiere a la cobertura por las demandadas en el procedimiento principal desde ese momento y hasta la primera entrevista pública en televisión a Natascha K. el 5 de septiembre de 2006. Durante ese período de tiempo no se disponía de fotos actuales de Natascha K. En el marco de su cobertura, las demandadas en el procedimiento principal publicaron las fotografías controvertidas en los mencionados diarios, semanarios y páginas de Internet sin identificar al autor o con una identificación errónea del autor, ya que no se indicó la autoría de la demandante en el procedimiento principal, sino un nombre diferente. La cobertura en los diarios, la revista y las páginas de Internet se diferenciaban en la selección de las imágenes y en el texto que las acompañaba. Las demandadas en el procedimiento principal alegan que habían recibido las fotografías controvertidas de una agencia de noticias sin mención del nombre de la demandante en el procedimiento principal o designando a un autor diferente.

29. Además, en algunas informaciones se publicó también un retrato-robot que pretendía reflejar la supuesta apariencia actual de Natascha K. (en lo sucesivo, «retrato-robot controvertido»). Éste fue elaborado por un diseñador gráfico mediante un programa informático a partir de una de las fotografías controvertidas.

IV. Procedimientos ante los órganos jurisdiccionales nacionales

30. La demandante en el procedimiento principal interpuso una demanda en Austria contra las demandadas en el procedimiento principal ante el Handelsgericht Wien. El objeto de dicha demanda es, esencialmente, [8] que se ordene a las demandadas poner fin a la reproducción de las fotografías controvertidas y del retrato-robot controvertido sin su consentimiento y sin mencionarla a ella como autora, y que se les condene al pago de una indemnización de daños y perjuicios.

31. Al mismo tiempo, la demandante en el procedimiento principal inició un procedimiento de medidas cautelares que en el ínterin ha sido resuelto en última instancia.

8 — La demandante en el procedimiento principal se opone también a la difusión de las fotografías. Dado que este aspecto no es esencial para la presente petición de decisión prejudicial, no me ocuparé en adelante de forma específica de la difusión de las fotografías.

V. Cuestiones prejudiciales

32. Con su petición de decisión prejudicial de 8 de marzo de 2010, el órgano jurisdiccional remitente plantea las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 6, número 1, del Reglamento nº 44/2001 en el sentido de que no impide su aplicación, ni por tanto la tramitación simultánea, el hecho de que las demandas presentadas contra varios demandados por violaciones sustancialmente idénticas de derechos de autor se basen en legislaciones nacionales diferentes pero esencialmente idénticas en cuanto al contenido (como sucede en todos los países europeos con la acción de cesación sin culpa y con el derecho a una retribución adecuada por violaciones de derechos de propiedad intelectual y el derecho a indemnización que se deriva de la utilización ilegal)?

2)a) ¿Debe interpretarse el artículo 5, apartado 3, letra d), en relación con el artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29 en el sentido de que no impide su aplicación el hecho de que un artículo de prensa que cita una obra o prestación protegida no sea una obra literaria protegida por derechos de autor?

2)b) ¿Debe interpretarse el artículo 5, apartado 3, letra d), en relación con el artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29 en el sentido de que no impide su aplicación el hecho de que la obra o prestación citada no vaya acompañada del nombre del autor o del intérprete?

3)a) ¿Debe interpretarse el artículo 5, apartado 3, letra e), en relación con el artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29 en el sentido de que su aplicación, en interés de la justicia penal que ha de garantizar la seguridad pública, exige un llamamiento concreto, actual y expreso de las autoridades de seguridad para la publicación de retratos, es decir, que la publicación de los retratos con fines de búsqueda debe ser promovida por las autoridades y, en caso contrario, constituye una violación de derechos?

3)b) En caso de respuesta negativa a la cuestión 3 a): ¿Pueden invocar los medios de comunicación el artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva 2001/29 cuando, sin la correspondiente orden de búsqueda de las autoridades, deciden por su propia iniciativa si la publicación de los retratos se realiza "en interés de la seguridad pública"?

3)c) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 3 b): ¿Es suficiente en ese caso que los medios de comunicación afirmen *a posteriori* que la publicación de los retratos sirvió a los fines de la búsqueda, o es preciso en todo caso un llamamiento concreto para que los lectores colaboren en el esclarecimiento de un delito y que dicho llamamiento esté directamente vinculado a la publicación de las fotografías?

VI. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

33. La resolución de remisión fue presentada ante el Tribunal de Justicia el 22 de marzo de 2010.

34. Presentaron observaciones escritas la demandante y las demandadas en el procedimiento principal, los Gobiernos austriaco, italiano y español y la Comisión.

35. Al no haberse solicitado la celebración de una vista, tras la reunión general de 14 de diciembre de 2010 el asunto quedó listo para la presentación de las presentes conclusiones.

4) ¿Deben interpretarse el artículo 1, apartado 1, en relación con el artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29, y el artículo 12 del Convenio de Berna, especialmente en relación con el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al CEDH, y el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que las obras fotográficas y las fotografías, en especial los retratos, gozan de una protección "más débil" o incluso de ninguna protección de derechos de autor frente a su manipulación porque, debido a su naturaleza de "toma realista", ofrecen un margen creativo excesivamente reducido?»

VII. Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial y de las distintas cuestiones planteadas

36. Las demandadas en el procedimiento principal dudan de la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial en su conjunto. En su opinión, el órgano jurisdiccional remitente no ha constatado suficientemente los hechos y no ha fundamentado suficientemente sus dudas sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión. Además, afirman

que no ha expuesto una suficiente relación entre las disposiciones nacionales aplicables al litigio y las disposiciones del Derecho de la Unión, y en particular no ha citado las normas pertinentes del Derecho nacional.

37. No pueden acogerse estas alegaciones.

38. Tal como se desprende de la petición de decisión prejudicial, el presente asunto se caracteriza por la particularidad de que previamente se ha sustanciado un procedimiento de medidas cautelares. En él, el Oberster Gerichtshof austriaco (en lo sucesivo, «OGH») ha defendido opiniones jurídicas sobre cuya compatibilidad con los preceptos del Derecho de la Unión discuten ahora las partes en el procedimiento principal. A los efectos de una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, basta con que el órgano jurisdiccional remitente exponga la opinión jurídica del OHG y declare que, debido a las diferentes opiniones de las partes en el procedimiento principal, tiene dudas acerca de la compatibilidad de dicho punto de vista con los preceptos del Derecho de la Unión. Por lo demás, el órgano jurisdiccional remitente, al exponer la opinión jurídica del OGH, ha descrito las disposiciones relevantes del Derecho nacional con la suficiente precisión para los fines del presente procedimiento.

VIII. Sobre la primera cuestión prejudicial

39. La primera cuestión planteada se refiere al foro de la conexidad con arreglo al artículo 6, número 1, del Reglamento nº 44/2001. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si con arreglo a dicha disposición es competente para conocer de las demandas contra las demandadas segunda y quinta en el procedimiento principal, en lo que se refiere a los artículos publicados en los periódicos difundidos sólo en Alemania (es decir, el diario *Express* y la edición nacional de *Bild).* [9]

40. Los antecedentes de hecho y de Derecho del presente asunto se caracterizan, entre otras cosas, por que el órgano jurisdiccional remitente es competente, con arreglo al artículo 2 del Reglamento nº 44/2001, para conocer de la demanda contra la primera demandada en el procedimiento principal, que tiene su domicilio social en Viena y edita el diario *Der Standard,* difundido en Austria. Según informa el órgano jurisdiccional remitente, el Derecho austriaco es de aplicación a esta demanda, basada en una vulneración de los derechos de autor de la demandante. Las demandas contra la quinta demandada en el procedimiento principal y la demanda contra la segunda demandada en el procedimiento principal en relación con los artículos publicados en el diario *Express* y en la edición nacional de *Bild* se basan en vulneraciones similares de los derechos de autor de la demandante. Si el órgano jurisdiccional remitente fuera competente para conocer de esas demandas, según sus propios datos, respecto a la publicación en esos periódicos que no se

9 — Véase el punto 27 de las presentes conclusiones. Para los demás periódicos, la revista y las páginas de Internet, el órgano jurisdiccional remitente no nos plantea esta cuestión.

difunden en Austria sería de aplicación el Derecho alemán. Asimismo, expone el órgano jurisdiccional remitente que, si bien las normas del Derecho alemán y del austriaco son diferentes, parten de presupuestos esencialmente comparables.

de economía procesal. Además, considera que en la era de Internet ha de ser posible que un autor pueda defenderse de forma eficaz frente a violaciones de los derechos de autor cometidas en diversos Estados miembros.

A. *Alegaciones esenciales de los intervinientes*

41. En opinión de la *demandante en el procedimiento principal,* en el presente asunto procede aplicar el foro de la conexidad. En su opinión existe un interés en tramitar y juzgar las demandas conjuntamente, a fin de evitar soluciones que pudieran ser inconciliables si los litigios se juzgaran por separado a pesar de tratarse de hechos iguales y legislaciones prácticamente idénticas. Las pretensiones de la demanda son idénticas frente a todas las demandadas en el procedimiento principal, con pequeñas excepciones. Los hechos son comparables, ya que en todos los casos las fotografías controvertidas se explotaron sin consentimiento de la demandante en el procedimiento principal. Afirma que a la aplicación del artículo 6, número 1, del Reglamento no se opone el hecho de que, si bien a las distintas demandas se aplican normativas nacionales diferentes, éstas disponen de bases jurídicas esencialmente idénticas para los derechos. En su opinión, en favor de esta interpretación se pueden aducir también motivos

42. Las *demandadas en el procedimiento principal* consideran que la cuestión es inadmisible por el mero hecho de que sólo pueden plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia para la interpretación del Reglamento nº 44/2001 los órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones ya no puedan ser impugnadas con los recursos del Derecho interno. Además, opinan que el artículo 6, número 1, del Reglamento no puede ser de aplicación al presente asunto, pues falta la estrecha relación que exige esa disposición. En primer lugar, la publicación de las imágenes controvertidas en los respectivos periódicos debe juzgarse en cada caso por separado. En segundo lugar, entienden que la legislación puede ser diferente en cada uno de los Estados miembros, por lo que no son posibles resoluciones inconciliables. En la sentencia Roche Nederland,[10] en un caso similar el Tribunal de Justicia negó que hubiera una relación suficientemente estrecha. En dicho asunto, las demandadas pertenecían incluso al mismo grupo empresarial y habían actuado de forma similar siguiendo una política comercial común. Con mayor motivo, no puede haber una estrecha relación en el presente asunto.

10 — Citada en la nota 2.

43. El *Gobierno austriaco* y la *Comisión* exponen que no se puede excluir la aplicación del artículo 6, número 1, del Reglamento por el solo hecho de que a la demanda contra la primera demandada en el procedimiento principal, con domicilio social en Austria, sea de aplicación un Derecho nacional distinto que a las demás demandas.

44. La Comisión señala, en primer lugar, que el concepto de resolución inconciliable a que se refiere el artículo 6, número 1, del Reglamento no puede interpretarse igual que en el sentido del artículo 34, número 3, del Reglamento. Por el contrario, existe una estrecha relación con el artículo 28, apartado 3, del Reglamento, pues ambos tienen el objetivo de evitar las resoluciones inconciliables. En cualquier caso, afirma que las finalidades perseguidas por una y otra disposición no son totalmente idénticas.

45. Por su parte, el Gobierno austriaco alega que, si bien es cierto que el artículo 6, número 1, del Reglamento no pretende eliminar el riesgo de las resoluciones inconciliables que se puede derivar del hecho de que los Derechos nacionales aplicables sean diferentes y esas diferencias entre los Derechos nacionales pueden dar lugar a resoluciones divergentes, sí tiene por objeto evitar las contradicciones entre dos resoluciones que se puedan atribuir a una diferente apreciación de los hechos. Por ello, el artículo 6, número 1, del Reglamento comprende, a su juicio, las demandas a las que son aplicables Derechos diferentes, siempre que en uno y otro los presupuestos sean esencialmente equiparables.

46. Tampoco en opinión de la Comisión es necesario, para que se aplique el artículo 6, número 1, del Reglamento, que las distintas demandas se fundamenten en bases jurídicas idénticas. De no ser así, dicha disposición perdería buena parte de su eficacia práctica. Entiende que el riesgo de resoluciones inconciliables no es determinante para la aplicación de esa disposición, sino que han de valorarse todas las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta especialmente los objetivos de reforzar la tutela judicial y de evitar procedimientos paralelos, y considerando también los intereses de demandantes y demandados. Además, afirma que se debe garantizar que se disponga de las opciones adecuadas para hacer valer los derechos de propiedad intelectual. En el presente asunto, respecto a la segunda demandada en el procedimiento principal prevalece, a su juicio, el interés de la demandante en el procedimiento principal en una tutela judicial efectiva frente a las violaciones de los derechos de autor, de manera que es aplicable el artículo 6, número 1, del Reglamento. En cambio, para la quinta demandada, que sólo distribuyó su periódico en Alemania, tal demanda no era suficientemente previsible, de manera que no le es aplicable el artículo 6, número 1, del Reglamento.

B. *Sobre la admisibilidad*

47. No puede prosperar la objeción de las demandadas del procedimiento principal de que la primera cuestión es inadmisible porque sólo pueden plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia para la interpretación del Reglamento nº 44/2001 los órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones ya no puedan ser impugnadas con los recursos del Derecho interno.

48. Esta limitación, prevista en el artículo 68 CE, apartado 1, ya no se recoge en el TFUE, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 y que, por tanto, es aplicable *ratione temporis* a la petición de decisión prejudicial recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de marzo de 2010.

C. *Apreciación jurídica*

49. Con su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si se puede aplicar el foro de la conexidad previsto en el artículo 6, número 1, del Reglamento nº 44/2001 con respecto a las demandadas segunda y quinta en la medida en que se trata de la publicación de las fotografías controvertidas y del retrato-robot controvertido en los diarios distribuidos sólo en Alemania, es decir, la edición nacional de *Bild* y el diario *Express*.

50. Con arreglo al artículo 6, número 1, del Reglamento, el demandante que demande a una persona ante el tribunal del domicilio de éste (en lo sucesivo, «demanda de base»),[11] puede demandar también a otra persona ante ese tribunal. Pero el requisito para ello es que la demanda de base y la otra demanda estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que pudieran ser inconciliables si los asuntos fueran juzgados separadamente.

51. En el presente caso existe una demanda contra la primera demandada, que tiene su domicilio social en Viena.

52. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre el cumplimiento del segundo requisito del artículo 6, número 1, del Reglamento, es decir, la estrecha relación entre la demanda de base, por un lado, y las citadas demandas contra las demandadas segunda y quinta, por otro. Este segundo requisito se remonta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la disposición precedente del artículo 6, número 1, del Reglamento, en el Convenio de Bruselas. El artículo 6, número 1,

11 — Sobre el concepto de *Ankerklage* (demanda de base), véase Althammer, C.: «Die Anforderungen an die "Ankerklage" am forum connexitatis», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2006, pp. 558 y ss.

del Convenio de Bruselas no incluía un requisito de este tipo, pero el Tribunal de Justicia consideró necesario examinar este segundo requisito para asegurar la eficacia práctica del artículo 2 del Convenio de Bruselas, en que se establece el principio de competencia de los tribunales del Estado de residencia del demandado. [12] En el Reglamento nº 44/2001, el legislador de la Unión recogió en el texto de la disposición este requisito desarrollado por el Tribunal de Justicia. Por lo tanto, existe una continuidad entre el artículo 6, número 1, del Reglamento y el artículo 6, número 1, del Convenio de Bruselas.

53. El órgano jurisdiccional remitente se plantea la cuestión de si puede existir una estrecha relación como la que exige el artículo 6, número 1, del Reglamento en un caso en que:

— en cada una de las tres demandas se denuncian violaciones de derechos de autor sustancialmente idénticas por su contenido y se formulan pretensiones comparables;

— respecto a la demanda de base es de aplicación el Derecho austriaco, y respecto a las demandas contra las demandadas segunda y quinta por los periódicos distribuidos en Alemania es de aplicación el Derecho alemán;

— los presupuestos de las pretensiones formuladas son esencialmente idénticos en el Derecho austriaco y en el alemán.

54. Voy a acercarme paso a paso a la respuesta a esta cuestión. En primer lugar, me voy a ocupar de la posición del foro de la conexidad en el sistema conjunto de competencias que establece el Reglamento nº 44/2001 (1). Posteriormente, examinaré la relación que existe entre su artículo 6, número 1, cuyo objetivo es particularmente evitar resoluciones inconciliables, con otras disposiciones de similar finalidad (2). Después explicaré cómo ha interpretado el Tribunal de Justicia el requisito de la estrecha relación (3). Y, dado que en parte estoy de acuerdo con las críticas a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (4), le propondré que modifique ligeramente su planteamiento (5).

1. El sistema conjunto del Reglamento nº 44/2001

55. Con arreglo al artículo 2 del Reglamento nº 44/2001, en principio son competentes para conocer de una demanda los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el demandado. No obstante, el Reglamento prevé un número taxativo de

12 — Sentencias Kalfelis, citada en la nota 3, apartados 6 a 12, y de 27 de octubre de 1998, Réunion européenne y otros (C-51/97, Rec. p. I-6511), apartados 47 y 48.

reglas de competencia especial que se apartan de dicho principio. Según reiterada jurisprudencia, estas reglas de competencia especial, entre las que están también el artículo 6, número 1, del Reglamento, deben ser interpretadas de modo estricto. [13]

56. Al interpretar el artículo 6, número 1, del Reglamento hay que tener en cuenta también el undécimo considerando, según el cual las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado. De este principio sólo se pueden excluir algunos casos muy concretos en los que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de vinculación.

2. Relación sistemática con normas de similar finalidad

57. La finalidad del artículo 6, número 1, del Reglamento es, en particular, evitar resoluciones inconciliables en caso de demandas que presenten una estrecha relación entre sí. [14] Por lo tanto, se impone que la interpretación de esta disposición debe orientarse por otras disposiciones del Reglamento con similar finalidad. También el artículo 34, número 3, del Reglamento (a) y el artículo 28 del Reglamento (b) se refieren a las contradicciones entre dos resoluciones judiciales.

a) ¿Orientación por el artículo 34, número 3, del Reglamento nº 44/2001?

58. En primer lugar se suscita la cuestión de si el artículo 6, número 1, del Reglamento debería interpretarse orientándose por el artículo 34, número 3, del Reglamento y por la jurisprudencia relativa a éste. Dicha disposición establece que una resolución dictada en un Estado miembro entre dos partes no puede ser reconocida en otro Estado miembro requerido si es inconciliable con otra resolución dictada entre las mismas partes.

59. Sobre la disposición precedente del artículo 34, número 3, del Reglamento, el artículo 27, apartado 3, el Convenio de Bruselas, el Tribunal de Justicia declaró que sólo se podía hablar de incompatibilidad de dos resoluciones en el sentido de esa disposición si ambas resoluciones tenían consecuencias jurídicas recíprocamente excluyentes. [15] Es lo que sucede, por ejemplo, cuando entre dos personas la primera resolución ha ordenado

13 — Sentencias Freeport, citada en la nota 3, apartado 35, y de 13 de julio de 2006, Reisch Montage (C-103/05, Rec. p. I-6827), apartado 23.

14 — El artículo 6, número 1, de la Directiva persigue también objetivos de economía procesal.

15 — Sentencia de 4 de febrero de 1988, Hoffmann (145/86, Rec. p. 645), apartado 22.

el pago de alimentos a causa de una relación matrimonial y la segunda, en cambio, declara el divorcio. [16]

60. En parte, se propone orientar la interpretación del artículo 6, número 1, del Reglamento por su artículo 34, número 3 y aplicar la mencionada jurisprudencia al artículo 6, número 1, del Reglamento. [17] Pero las siguientes razones se oponen a esta propuesta.

61. En primer lugar, el artículo 34, número 3, del Reglamento y su artículo 6, número 1, se refieren a situaciones distintas, por lo que persiguen objetivos diferentes.

62. El artículo 34, número 3, del Reglamento se aplica en la fase de reconocimiento y ejecución de resoluciones de los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros. Se trata de una disposición que resuelve un conflicto entre dos resoluciones judiciales entre las mismas partes, conflicto que, conforme al sistema del Reglamento, en principio ni siquiera debería haberse producido. [18] El no reconocimiento, con arreglo al artículo 34, número 3, del Reglamento, por lo tanto, constituye un caso especial en que se justifica excepcionalmente apartarse del principio del reconocimiento casi automático de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros, que constituye una piedra angular del Reglamento nº 44/2001. Por este motivo, la disposición se ha de interpretar de forma estricta y limitarse a resoluciones con consecuencias jurídicas mutuamente excluyentes. [19]

63. En cambio, el artículo 6, número 1, del Reglamento se refiere a un supuesto distinto: por una parte, tiene por objeto evitar resoluciones inconciliables de los órganos jurisdiccionales antes de que se lleguen a producir. En segundo lugar, no se trata de contradicciones entre dos resoluciones dictadas entre las mismas partes, sino de potenciales contradicciones entre dos resoluciones de las cuales una recae entre el demandante y el demandado de la demanda de base, y la otra, entre el demandante y otro demandado. El artículo 6, número 1, del Reglamento otorga al demandante la posibilidad de someter al mismo tribunal la resolución de dos demandas en casos en que exista una estrecha relación entre ellas, a fin de evitar contradicciones entre las resoluciones, que podrían darse por ser distintos órganos jurisdiccionales quienes conociesen de las demandas. [20]

16 — *Ibidem*, apartado 25.

17 — Así, el Abogado General Léger dio preferencia a tal interpretación estricta del artículo 6, número 1, del Convenio de Bruselas en sus conclusiones presentadas el 8 de diciembre de 2005 en el asunto en que recayó la sentencia Roche Nederland, citada en la nota 2, puntos 107 a 110. El Tribunal de Justicia no se pronunció en esa sentencia acerca de si había que seguir dicha interpretación: véase el apartado 25 de la sentencia. Sin embargo, de la sentencia Freeport, citada en la nota 3, podría deducirse que el Tribunal de Justicia no considera seriamente este planteamiento estricto.

18 — Véase, en particular, la norma de la litispendencia con arreglo al artículo 27 del Reglamento nº 44/2001.

19 — Véanse el decimoséptimo considerando del Reglamento y la sentencia de 6 de diciembre de 1994, Tatry (C-406/92, Rec. p. I-5439), apartado 55.

20 — La aplicación del artículo 6, número 1, también puede tener ventajas en materia de economía procesal.

64. Debido a los diferentes objetos normativos de ambas disposiciones, antes expuestos, no considero que ni siquiera sea razonable trasladar al artículo 6, apartado 1, del Reglamento la jurisprudencia recaída en relación con la disposición precedente del artículo 34, número 3, del Reglamento.

65. Por otro lado, en contra de dicho traslado de la jurisprudencia recaída en relación con la disposición precedente del artículo 34, número 3, del Reglamento podría aducirse que con éste se limitaría sustancialmente el efecto útil del artículo 6, número 1, del Reglamento. Un caso en que las consecuencias jurídicas de dos resoluciones son mutuamente excluyentes sólo podrá darse, por lo general, cuando se trate de dos resoluciones entre las mismas partes. Pero, dado que el artículo 6, número 1, del Reglamento no se refiere a este supuesto, sino al caso de que las resoluciones recaigan, por un lado, entre el demandante y el demandado de la demanda de base y, por otro, entre el demandante y otro demandado, por lo general no será posible que se den consecuencias jurídicas mutuamente excluyentes en el sentido del artículo 34, número 3, del Reglamento. En efecto, aun cuando las resoluciones pudieran ser inconciliables, sería posible en general la ejecución de ambas. [21]

66. En definitiva, no procede una interpretación del artículo 6, número 1, del Reglamento orientada por su artículo 34, número 3, ni trasladar al artículo 6, número 1, del Reglamento la jurisprudencia recaída en relación con la disposición precedente del artículo 34, número 3. [22]

b) Orientación por el artículo 28 del Reglamento nº 44/2001

67. En cambio, al interpretar el artículo 6, número 1, del Reglamento ha de tenerse en cuenta la relación que tiene con el artículo 28. Conforme al artículo 28, apartado 1, del Reglamento, el tribunal ante el que se haya presentado la demanda posterior puede suspender el procedimiento si están pendientes demandas conexas ante tribunales de Estados miembros diferentes. Concurriendo los requisitos de su apartado 2, el tribunal ante el que se haya presentado la demanda posterior puede incluso inhibirse. Los requisitos de conexidad que, con arreglo al apartado 1 de esta disposición, pueden justificar la suspensión del procedimiento y, en las condiciones adicionales que establece su apartado 2, incluso la inhibición del tribunal se regulan en su apartado 3. Dichos requisitos son textualmente idénticos a la segunda exigencia que establece el artículo 6, número 1, del

21 — Véanse, a este respecto, las conclusiones presentadas en el asunto en que recayó la sentencia Roche Nederland, citadas en la nota 17, punto 109.

22 — En este sentido, véase también Gaudemet-Tallon, H.: *Compétence et exécution des jugements en Europe,* 4ª edic. 2010, L.G.D.J., p. 255.

Reglamento. Como ya se ha expuesto, [23] esto se ha de atribuir a que la redacción del artículo 6, número 1, del Reglamento se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el artículo 6, número 1, del Convenio de Bruselas y a que el Tribunal de Justicia se inspiró en la disposición precedente del artículo 28, apartado 3, del Reglamento, es decir, el artículo 22, apartado 3, del Convenio de Bruselas.

68. Este mismo motivo sugiere que la interpretación del artículo 6, número 1, del Reglamento tiene en cuenta la relación sistemática con su artículo 28 y, por lo tanto, también con la jurisprudencia recaída con respecto a este último y a la disposición que lo precedió. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de conexidad a que se refiere el artículo 22, apartado 3, del Convenio de Bruselas debe interpretarse en el sentido de que, para que haya conexidad entre dos demandas, basta que el hecho de que se tramiten de manera separada implique el riesgo de resoluciones contradictorias, sin que sea necesario que implique el riesgo de dar lugar a consecuencias jurídicas mutuamente excluyentes. [24] Esta jurisprudencia me parece trasladable al artículo 6, número 1, del Reglamento.

69. No obstante, no todas las valoraciones que contiene el artículo 28 del Reglamento pueden trasladarse sin más al artículo 6, número 1, del Reglamento, pues aunque el tenor de ambas disposiciones es similar y tienen objetivos comparables, existen diferencias entre ellas que deben tenerse en cuenta.

70. El artículo 28, apartado 1, del Reglamento faculta al tribunal ante el que se haya presentado la demanda posterior a suspender el procedimiento. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el artículo 6, número 1, del Reglamento, aquí la suspensión no altera la competencia internacional. Aunque un tribunal, en las condiciones previstas en el artículo 28, apartado 2, del Reglamento, también puede inhibirse si se cumplen otros requisitos adicionales, se ha de considerar que todo tribunal nacional adoptará las resoluciones a que le autoriza el artículo 28 del Reglamento, especialmente en atención a las necesidades de un funcionamiento armonioso de la justicia.

71. En cambio, la decisión de si se aprovecha el foro de la conexidad incumbe sólo al demandante. Pero éste no mirará por las necesidades de un funcionamiento armonioso de la justicia, sino que atenderá al foro que le resulte más interesante. Por este motivo, al interpretar el concepto de conexidad del artículo 6, número 1, del Reglamento, se deben tener suficientemente en cuenta los intereses del demandado, a fin de reducir el riesgo de abuso. Por lo tanto, al concepto de conexidad del artículo 6, número 1, del Reglamento se

23 — Véase el punto 52 de las presentes conclusiones.
24 — Sentencia Tatry, citada en la nota 19, apartado 58.

han de imponer unas exigencias algo mayores que al del artículo 28 del Reglamento. [25]

3. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

72. Tras exponer el marco legal establecido en el Reglamento nº 44/2001, ahora quisiera entrar a analizar la interpretación que ha hecho el Tribunal de Justicia del concepto de relación estrecha en el sentido del artículo 6, número 1, del Reglamento. A este respecto también se ha de tener en cuenta, por los motivos mencionados, la jurisprudencia relativa al artículo 6, número 1, del Convenio de Bruselas.

73. En primer lugar, el Tribunal de Justicia aclaró que el concepto de conexidad que contempla el artículo 6, número 1, del Reglamento es un concepto del Derecho de la Unión que debe interpretarse de manera autónoma e igual en todos los Estados miembros. [26]

74. Por otro lado, el Tribunal de Justicia parte del punto de vista teórico de que sólo cabe plantearse la aplicación del artículo 6, número 1, del Reglamento nº 44/2001 (o del Convenio de Bruselas) cuando puedan dictarse resoluciones divergentes en el sentido de dicha disposición. Para ello no basta sólo con que se dicten resoluciones divergentes del litigio, sino que hace falta también que tal divergencia se inscriba en el marco de una misma situación de hecho y de Derecho. [27]

75. Además, de la sentencia Roche Nederland se desprende que el Tribunal de Justicia, en las demandas por violación de una patente europea interpuestas contra varias sociedades establecidas en diferentes Estados miembros por actos cometidos en el territorio de uno o más Estados miembros, consideró que no se trataba de una misma situación de hecho. El Tribunal de Justicia lo fundamentó en que habían sido demandadas personas diferentes y que las violaciones que se les imputaban, cometidas en distintos Estados miembros, no eran las mismas.

76. Asimismo, el Tribunal de Justicia declaró en esa sentencia que no se da la misma situación de Derecho cuando en una y otra demanda son de aplicación Derechos diferentes y, como sucede con el Derecho de patentes, no se trata de un ámbito jurídico totalmente armonizado. En un caso así, las resoluciones divergentes no se pueden calificar, a su juicio,

25 — En este sentido, Leible, S., en Rauscher, T.: *Europäisches Zivilprozessrecht*, Sellier 2006, artículo 6, marg. 8.

26 — Sentencia Reisch Montage, citada en la nota 13, apartado 29.

27 — Sentencias Freeport, citada en la nota 3, apartado 40, y Roche Nederland, citada en la nota 3, apartado 26.

de inconciliables en el sentido del artículo 6, número 1, del Convenio de Bruselas. [28]

77. Más adelante, en la sentencia Freeport, declaró que para que pueda aplicarse el artículo 6, número 1, del Reglamento no se exige que las acciones ejercitadas contra distintos demandados tengan el mismo fundamento jurídico. [29] Añadió que corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si existe un riesgo de que se dicten resoluciones inconciliables entre las distintas demandas presentadas ante él. A ese respecto, debe tomar en consideración todos los elementos necesarios de los autos. Esto puede conducir al órgano jurisdiccional nacional a tener en cuenta las bases jurídicas de las acciones ejercitadas ante él. [30]

4. Críticas fundadas

78. Se han formulado objeciones acerca de algunos elementos de esta jurisprudencia. [31] En cuanto al requisito desarrollado por el Tribunal de Justicia en el asunto Roche Nederland, de que el artículo 6, número 1, del Reglamento sólo es de aplicación cuando las dos demandas se basan en la misma situación de Derecho, a mi parecer dichas dudas son fundadas. En concreto, dicho requisito parece basarse en la presunción de que no pueden darse resoluciones inconciliables en el sentido del artículo 6, número 1, del Reglamento si son de aplicación Derechos diferentes a las demandas y esos Derechos no están totalmente armonizados. Pero esa presunción no es acertada. [32] Sólo sería acertada si en un caso en que a dos demandas pendientes ante órganos jurisdiccionales diferentes y a las que son de aplicación Derechos distintos *todas* las divergencias entre las resoluciones se pudieran atribuir a las diferencias entre los

28 — En esa sentencia el Tribunal de Justicia argumentó que una patente sigue rigiéndose por la normativa nacional de cada uno de los Estados contratantes para los que se concedió (teoría de la separación). Por lo tanto, cualquier demanda por violación de una patente europea debe examinarse a la luz de la normativa nacional en vigor. De lo antedicho se desprende, según el Tribunal de Justicia, que, cuando ante varios tribunales de diferentes Estados contratantes se interponen demandas por violación de una patente europea concedida en cada uno de dichos Estados, dirigidas contra demandados domiciliados en esos Estados por hechos cometidos supuestamente en su territorio, las posibles divergencias entre las resoluciones dictadas por los tribunales de que se trata no encajan en el marco de una misma situación de Derecho. Por ese motivo, no existe una situación de Derecho comparable, y dado que no existe una situación de Derecho comparable, en ese caso no existe riesgo de resoluciones contradictorias.

29 — Sentencia Freeport, citada en la nota 3, apartado 38.

30 — Sentencia Freeport, citada en la nota 3, apartado 41.

31 — Kur, A.: *A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions GAT v. Luk and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg, International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2006, pp. 844 y ss., 849 y ss.; Wilderspin, M.: *La competence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle,* Revue critique de droit international privé 2006, pp. 777 y ss., 791 y ss.; Schlosser, P.: «Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 13.7.2006 – Rs. C-539/03 Roche Nederland BV u.a../. Primus u. Goldenberg» Juristenzeitung 2007, pp. 303 y ss., 305 y ss.; Muir Watt, H., en: Magnus, U., Mankowski, P., Brussels I Regulation, Sellier 2007, artículo 6, marg. 25a. A este respecto no se debe dejar sin mencionar que el European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property (http://www.ip.mpg.de/ shared/data/pdf/clip_ brussels_i_dec_06_final.pdf, 12), en reacción a la sentencia Roche Nederland, ha propuesto modificar el artículo 6, número 1, del Reglamento nº 44/2001 de tal manera que dichos casos se sometan al foro de la conexidad.

32 — Véase la dura crítica de Kur, A., citada en la nota 31, p. 850, que califica este argumento de «manifiestamente erróneo».

dos Derechos aplicables. Sin embargo, no es lo que sucede.

79. En efecto, por una parte cabe pensar que, en caso de dos resoluciones de sendos órganos jurisdiccionales, las divergencias entre ellas se pueden atribuir a una apreciación diferente de los hechos por parte de esos órganos jurisdiccionales. Si, como en el presente asunto, se presentan dos demandas por violaciones de los derechos de autor, de las cuales una está sujeta al Derecho austriaco y la otra al alemán, pueden darse diferencias entre las resoluciones que se deban a diferencias entre el Derecho austriaco y el alemán en materia de derechos de autor. Pero también puede haber diferencias que se deriven del hecho de que dos órganos jurisdiccionales que aplican un criterio jurídico esencialmente comparable dicten resoluciones divergentes porque hacen una apreciación distinta de los hechos.

80. En segundo lugar, también es posible que en un campo que no está totalmente armonizado haya unos preceptos mínimos que sí estén armonizados. En tal caso, para demandas a las que sean de aplicación Derechos nacionales diferentes en efecto puede ser determinante el mismo Derecho en términos de contenido, es decir, el precepto común del Derecho de la Unión.

81. Por lo tanto, a mi parecer no se sostiene la presunción del Tribunal de Justicia de que no pueden darse resoluciones inconciliables en el sentido del artículo 6, número 1, del Reglamento cuando sean de aplicación a las demandas diferentes Derechos y éstos no estén totalmente armonizados.

82. Dicha presunción tampoco puede apoyarse en la idea de que los tribunales de los Estados miembros no están capacitados para pronunciarse acerca de la violación de derechos de propiedad intelectual en otro Estado miembro conforme a la legislación de éste. El sistema del Reglamento nº 44/2001 se basa, en efecto, en que los tribunales tienen esa capacidad fundamental.

83. En tercer lugar, el siguiente ejemplo suscita la cuestión de si puede ser un requisito necesario del artículo 6, número 1, del Reglamento que a la demanda de base y a la otra demanda se deba aplicar el mismo Derecho. En un caso de responsabilidad subsidiaria en que uno de los demandados sólo deba responder si el otro no lo hace o de responsabilidad alternativa, a mi parecer existe un manifiesto interés en que conozca del asunto uno mismo órgano jurisdiccional, a fin de evitar resultados contradictorios. [33] La relación

33 — Se produciría un resultado contradictorio, por ejemplo, si uno de los órganos jurisdiccionales resolviera que el demandado, responsable principal, no ha de responder y el otro órgano jurisdiccional resolviera que el otro demandado, responsable subsidiario, no responde porque, en su opinión, debe responder el deudor principal.

jurídica entre ambas demandas no depende en ese caso de si a una y otra es de aplicación el mismo Derecho.

84. Las anteriores consideraciones suscitan dudas de si una aplicación del artículo 6, número 1, del Reglamento realmente sólo está justificada cuando a ambas demandas es de aplicación el mismo Derecho.

85. Aunque en su sentencia Freeport el Tribunal de Justicia pareció apartarse, en cuanto al contenido, de su planteamiento de la sentencia Roche Nederland, al seguir remitiéndose en ella a esta última para exigir que se dé una misma situación de hecho y de Derecho, [34] continúa sin estar clara la concepción general del Tribunal de Justicia. [35]

5. Sobre el concepto de relación del artículo 6, número 1, del Reglamento nº 44/2001

86. Con el trasfondo de las críticas, a mi modo de ver justificadas, a la anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia, propongo aplicar en el análisis de si existe una relación suficientemente estrecha en el sentido del artículo 6, número 1, del Reglamento nº 44/2001 un criterio ligeramente distinto. Previamente se ha de señalar que en el marco del artículo 6, número 1, del Reglamento sólo se puede atender a una relación entre la demanda de base, por un lado, y la otra o las otras demandas, por otro. Y procede tomar en serio este punto de partida (a). El primer presupuesto para la existencia de dicha relación es que la demanda de base y la otra demanda se basen en los mismos hechos (b). En segundo lugar, debe haber también una relación jurídica suficientemente estrecha entre la demanda de base y la otra demanda (c). En cambio, no es preciso un examen autónomo de la cuestión de si en el caso concreto hay riesgo de resoluciones inconciliables (d).

a) Relación entre la demanda de base y la otra o las otras demandas

87. El artículo 6, número 1, del Reglamento nº 44/2001 sólo establece el foro de la conexidad para las demandas que tienen relación con la demanda de base. Estas demandas no pueden por su parte ser la demanda de base de otras demandas estrechamente relacionadas con ellas.

88. Ello se deduce del artículo 6, número 1, del Reglamento. Esa exigencia del artículo 6, número 1, del Reglamento, que exige una relación estrecha entre la demanda de base y

34 — Sentencia Freeport, citada en la nota 3, apartado 40.

35 — Roth, H.:«Das Konnexitätserfordernis im Mehrparteiengerichtsstand des Art. 6 Ziffer 1 EuGVO», *Die Richtige Ordnung - Festschrift für Jan Kropholler,* Mohr Siebeck 2008, pp. 884 y ss., especialmente 887, señala contradicciones entre estas dos sentencias. Igualmente, Gaudement-Tallon, H., citada en la nota 22, pp. 256 y ss. y 258 y ss.

las demás demandas. También apunta en este sentido la idea de que las disposiciones sobre competencia han de presentar un alto grado de previsibilidad para los demandados.

89. En el presente caso, ello justifica que el foro de la conexidad sólo puede aplicarse a las demandas interpuestas contra el quinto y segundo demandados a causa de los periódicos publicados en Alemania, si existe una relación estrecha con la demanda de base contra la primera demandada. En cambio, en el marco del artículo 6, número 1, del Reglamento es irrelevante si existe una relación entre las demandas contra las demandadas segunda a quinta, pues éstas no tienen su domicilio social en Austria y, por tanto, sus demandas no pueden ser demandas de base.

90. En consecuencia, la competencia del órgano jurisdiccional remitente para conocer de la demanda contra la segunda demandada por la edición nacional difundida en Alemania de *Bild* en virtud del artículo 6, número 1, del Reglamento no se puede fundamentar afirmando que ante él ya haya pendientes otras demandas contra la segunda demandada por periódicos difundidos en Austria (edición de *Bild* de Múnich y *Die Welt),* para las que sí es competente. En efecto, estas otras demandas contra la segunda demandada no son demandas de base en el sentido del artículo 6, número 1, del Reglamento, pues la segunda demandada no tiene su domicilio social en Austria.

b) Identidad de hechos

91. El primer requisito para la existencia de la conexidad entre la demanda de base, por un lado, y una de las otras demandas, por otro, es que las demandas se basen en los mismos hechos. A este respecto se debe tener en cuenta que el artículo 6, número 1, del Reglamento debe presentar un alto grado de previsibilidad para el demandado. [36] Por lo tanto, un requisito mínimo para que se trate de unos mismos hechos debe ser que pueda apreciarse al menos que puede dirigirse contra el demandado una demanda como codemandado de un demandado de la demanda de base en virtud del artículo 6, número 1, del Reglamento ante el tribunal del domicilio de éste.

36 — Véase el punto 56 de las presentes conclusiones.

92. Este requisito mínimo no se cumple cuando los hechos en que la demandante basa su demanda de base y la otra demanda se presentan de tal manera que el comportamiento del demandado de la demanda de base y de los demás demandados, si bien afectan al mismo bien jurídico o a bienes jurídicos similares de la demandante y son de igual carácter, se producen de forma independiente y sin conocimiento unos de otros. Pues en ese caso de comportamientos paralelos no concertados no resulta suficientemente previsible para los otros demandados que contra ellos también puede presentarse una demanda ante el tribunal del domicilio del demandado de la demanda de base en virtud del artículo 6, número 1, del Reglamento.

93. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si en el procedimiento principal existió un comportamiento paralelo y no concertado de la demandada ancla, por un lado, y de las demandadas segunda y quinta, respectivamente, por otro. La información que sobre los hechos se desprende de la resolución de remisión permite suponer, no obstante, que en el presente caso se trata de un comportamiento paralelo no concertado, y en tal caso no procederá la aplicación del artículo 6, número 1, del Reglamento por el simple motivo de que no se trata de unos mismos hechos en el sentido de esa disposición.

94. A este respecto debe mencionarse que el Tribunal de Justicia, en la sentencia Roche Nederland, también desestimó la aplicación del artículo 6, número 1, del Convenio de Bruselas, básicamente por no tratarse de los «mismos hechos», en un caso en que se alegaba que una patente europea había sido violada por sociedades de un grupo establecidas en diferentes Estados miembros. Lo fundamentó, especialmente, en que habían sido demandadas personas diferentes y que las violaciones que se les imputaban, cometidas en distintos Estados miembros, no eran las mismas. [37] En el presente caso me abstendré de analizar esa discutida jurisprudencia, [38] pues en el procedimiento principal no parece que estemos siquiera ante un comportamiento paralelo concertado. [39]

37 — Sentencia Roche Nederland, citada en la nota 3, apartados 26 a 27.

38 — Véase, en particular, Wilderspin, M., *op. cit,* nota 31, pp. 791 y 792.

39 — Sólo a título complementario quisiera señalar que los temores expresados por el Tribunal de Justicia en los apartados 37 y 38 de la sentencia Roche Nederland, citada en la nota 3, de que una aplicación del artículo 6, número 1, del Reglamento en un caso así pueda ir en contra de la previsibilidad de las reglas de competencia y favorecer la práctica del «*forum shopping*» se pueden desvirtuar, en mi opinión, con un estricto cumplimiento del requisito que, tal como propongo en los puntos 87 a 90 de las presentes conclusiones, consiste en una relación con la demanda de base. En efecto, esto, por regla general, derivaría en que como foro común para todas las demandas contra las sociedades de un grupo sólo cabría el domicilio social de la sociedad matriz, si ésta es demandada junto con las distintas filiales.

c) Relación suficientemente estrecha

95. El segundo presupuesto de una relación estrecha en el sentido del artículo 6, número 1, del Reglamento es que exista una relación jurídica suficiente. Dado que en el presente asunto ni siquiera parece que estemos ante unos mismos hechos, no quiero extenderme mucho en este segundo presupuesto.

96. El punto de partida teórico debe ser, a este respecto, si ambas demandas presentan una relación jurídica tan estrecha que no resulta razonablemente exigible al demandante someter su resolución a dos tribunales distintos. Del tenor del artículo 6, número 1, del Reglamento se desprende que esto puede ser así especialmente cuando la relación jurídica entre las dos demandas es tan estrecha que no se puede asumir una contradicción entre ellas. Además, aquí se pueden tener en cuenta también, en cierta medida, consideraciones de economía procesal, si bien se ha de atender estrictamente al interés de los demandados en la previsibilidad de las competencias.

97. Los casos en que la relación jurídica entre dos demandas es tan estrecha que no se pueden asumir contradicciones entre ellas son en principio casos en que el resultado de una demanda depende del resultado de la otra. Me remito a este respecto al ejemplo de la responsabilidad subsidiaria o alternativa en el punto 83 de estas conclusiones. También existe una relación jurídica suficientemente estrecha especialmente cuando los demandados son deudores solidarios, copropietarios o una comunidad de Derecho.

98. En aquellos casos en que se formulan pretensiones comparables y los presupuestos son esencialmente comparables en los distintos Derechos aplicables, en primer lugar se puede aducir en favor de la aplicación del artículo 6, número 1, del Reglamento nº 44/2001, que de esa manera se pueden evitar posibles contradicciones derivadas de la diferente apreciación de los hechos por los dos tribunales. Además, en la medida en que existan preceptos comunes del Derecho de la Unión, se puede aducir la necesidad de evitar contradicciones de naturaleza jurídica. Asimismo, en favor de dicha relación se han de considerar también aspectos de economía procesal. Sin embargo, en dichos casos adquiere una importancia decisiva el requisito de que la demanda de base y la otra demanda deben referirse a los mismos hechos. En efecto, el riesgo de apreciación diferente de los hechos y de una distinta valoración jurídica sólo puede justificar una alteración de la competencia en virtud del artículo 6, número 1, del Reglamento cuando esto sea previsible para el demandado.

99. Habida cuenta de que en el presente caso parece que no estamos ante los mismos hechos, no procede profundizar más en este punto a los efectos del presente

procedimiento. En definitiva cabe señalar que los mencionados ejemplos en los que existe una relación estrecha no se deben entender como una enumeración exhaustiva de los supuestos en que existe una relación jurídica suficiente.

d) Falta de análisis o riesgo particular de contradicción en el caso concreto

100. A diferencia de lo que parece desprenderse, en particular, de la sentencia Roche Nederland, [40] no es necesario que, además de tratarse de los mismos hechos y de existir una relación jurídica suficientemente estrecha, se analice o realice un pronóstico de si existe riesgo de contradicción entre las dos resoluciones.

101. En efecto, la disposición del artículo 6, número 1, del Reglamento atiende al *riesgo abstracto* de que el sometimiento de dos resoluciones a dos tribunales pueda dar lugar a contradicciones entre ellas. [41] Como ya he expuesto, en todos los casos en que dos órganos jurisdiccionales conocen de dos demandas basadas en los mismos hechos existe al menos el riesgo de que las diferencias entre las respectivas resoluciones se basen en una distinta apreciación de los hechos. Según esta concepción, ciertamente el *objetivo* del artículo 6, número 1, del Reglamento consiste en evitar contradicciones, pero como se trata de un riesgo abstracto, el único *presupuesto* es la existencia de una relación suficientemente estrecha con la demanda de base. [42]

102. Tampoco puede aducirse en contra de esta interpretación el tenor del artículo 6, número 1, del Reglamento. La expresión «a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente» puede entenderse como una mera descripción del objetivo de esta disposición, sin tener naturaleza de un requisito autónomo.

D. *Conclusión*

103. El concepto de relación estrecha a que se refiere el artículo 6, número 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse, por tanto, en el sentido de que presupone unos mismos hechos y una relación jurídica suficiente entre la demanda de base y la otra demanda. Por lo tanto, en un caso como el de autos, sólo se da

40 — Véase el apartado 32 de la sentencia Roche Nederland, citada en la nota 3.

41 — Un razonamiento similar formula Roth, H., *op. cit,* nota 35, pp. 892 y ss.

42 — En este sentido, Roth, H., *op. cit,* nota 35, p. 893.

una relación estrecha con la demanda interpuesta contra el primer demandado.

104. No puede considerarse en un caso como el presente que estemos ante unos mismos hechos cuando el comportamiento controvertido del demandado de la demanda de base y del otro demandado constituyen comportamientos paralelos no concertados.

105. Una relación jurídica suficiente puede existir también aun cuando a la demanda de base y las otras dos demandas sean de aplicación Derechos nacionales diferentes que no estén totalmente armonizados.

IX. Sobre las demás cuestiones prejudiciales

106. A continuación responderé a la segunda, tercera y cuarta cuestión prejudicial, ocupándome en primer lugar de la cuarta, con la que el órgano jurisdiccional remitente pretende dilucidar si la publicación de un retrato-robot puede constituir una reproducción de las fotografías utilizadas para elaborarlo en el sentido del artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 (A). Conforme a la estructura de la Directiva, se antepone esta cuestión prejudicial a la segunda y a la tercera, que persiguen la interpretación del artículo 5, apartado 3, letras d) y e), de la Directiva 2001/29. Con arreglo a estas disposiciones, los Estados miembros pueden establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción (en lo sucesivo, «restricciones») con fines de seguridad pública (B) o para citas (C).

A. *Sobre la cuarta cuestión prejudicial*

107. Con su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el artículo 1, apartado 1, en relación con el artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29, y el artículo 12 del Convenio de Berna revisado, [43] especialmente en relación con el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al CEDH, [44] y el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea deben interpretarse en el sentido de que los retratos fotográficos gozan de una protección «más débil» o incluso de ninguna protección por derechos de autor frente a su manipulación porque, debido a su naturaleza de «toma realista», ofrecen un margen creativo excesivamente reducido.

108. Tal como se desprende de la resolución de remisión, la cuarta cuestión prejudicial

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

44 — Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; Primer Protocolo Adicional, de 20 de marzo de 1952.

debe interpretarse con el trasfondo de la tesis jurídica sostenida por el OGH en el procedimiento sobre medidas cautelares.[45] En concreto, dicho tribunal ha decidido que la publicación del retrato-robot controvertido por las demandadas en el procedimiento principal no precisa, con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables, de la autorización de la demandante en el procedimiento principal. Aunque la fotografía controvertida que se utilizó como modelo para el retrato-robot controvertido constituye una obra fotográfica protegida por derechos de autor, cree que la elaboración y la publicación del retrato-robot no son un acto de manipulación para el cual sea necesaria una autorización de la demandante en el procedimiento principal como autora de la obra fotográfica, sino que representan una libre utilización que puede realizarse sin su consentimiento. Si estamos ante una manipulación o ante una libre utilización es algo que, según el OGH, depende de la aportación creativa del modelo. Cuanto mayor sea la aportación creativa del modelo, menos podrá considerarse que se trata de una libre utilización. Entiende que, en el caso de un retrato como la fotografía controvertida, el creador dispone de escasas posibilidades de configuración individual. Por ese motivo, afirma que la protección de la fotografía controvertida en materia de derechos de autor es igualmente reducida. Además, considera que el retrato-robot controvertido elaborado a partir de aquélla constituye una obra nueva, independiente y que merece su propia protección en materia de derechos de autor.

45 — Véase el punto 38 de las presentes conclusiones.

1. Alegaciones esenciales de los intervinientes

109. En opinión de la *demandante en el procedimiento principal,* el planteamiento de que los retratos gozan de una protección reducida, o incluso ninguna, en materia de derechos de autor es incompatible con las disposiciones mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente en su cuestión prejudicial. Afirma que las simples fotografías y obras fotográficas gozan de la misma protección frente a la manipulación con arreglo al artículo 1 de la Directiva 2001/29. A su juicio, el hecho de que en la elaboración de retratos fotográficos existan menos posibilidades de configuración no implica que éstos tengan una protección menor. La protección de derechos de autor para dichas fotografías no puede desglosarse, a su parecer, en una parte protegida y otra no protegida. En todo caso, afirma que se ha de tener en cuenta que los retratos-robot se pueden elaborar en cualquier momento y sin dificultad. Además, critica que el planteamiento del OGH no es compatible ni con el test en tres fases conforme al artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29, ni con el artículo 12 del Convenio de Berna, ni con el derecho de propiedad previsto en el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al CEDH y en el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En primer lugar, entiende que no se trata de casos especiales estrictamente delimitados. En segundo lugar, según ese planteamiento resulta sustancialmente perjudicada también la explotación habitual de la fotografía controvertida a partir de la cual se elaboró el retrato-robot, y en tercer lugar afirma que se menoscaba el

valor económico del derecho de autor sin estar justificado por un interés general legítimo.

110. Las *demandadas en el procedimiento principal* consideran que la cuarta cuestión prejudicial es inadmisible porque carece manifiestamente de relación con el procedimiento principal. En su opinión, la cuestión del ámbito de protección de la fotografía controvertida compete resolverla al órgano jurisdiccional remitente atendiendo a todas las circunstancias del caso concreto. La cuestión interpretativa planteada por el órgano jurisdiccional remitente carece, a su parecer, de toda relevancia a este respecto.

111. Por lo demás, encuentran correcto el planteamiento del OGH. Afirman que un retrato fotográfico ofrece un margen reducido a la creatividad, lo que reduce la originalidad de ese tipo de fotografías. Por eso, éstas disfrutan de una protección de derechos de autor reducida o incluso ninguna. Además, en su opinión debe tenerse en cuenta la aportación creativa que implica la elaboración de un retrato-robot. En cualquier caso, según afirman, el artículo 5, apartado 3, letra i), de la Directiva 2001/29 prevé la posibilidad de restricción para una inclusión incidental de una obra en otro material.

112. Según el *Gobierno italiano,* de las disposiciones citadas por el órgano jurisdiccional remitente no se deduce que los retratos fotográficos gocen de una protección menor, o no gocen de protección ninguna, en materia de derechos de autor, con respecto a un retrato-robot elaborado a partir de ellos. Entiende que los retratos fotográficos no tienen una protección de derechos de autor menor, y además la elaboración de un retrato-robot es una actividad ciertamente sencilla que se puede realizar fácilmente con un programa informático. Y no considera compatible este planteamiento con el test en tres fases conforme al artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29.

113. El *Gobierno austriaco* y la *Comisión* apuntan que no son relevantes las disposiciones citadas por el órgano jurisdiccional remitente, sino el artículo 6 de la Directiva 93/98 o de la Directiva 2006/116. Junto con el *Gobierno español,* alegan que las fotografías gozan de protección de derechos de autor siempre que se trate de creaciones intelectuales originales. Por lo tanto, entienden que el derecho a la protección de los retratos fotográficos depende del grado de singularidad y creatividad. En su opinión, incumbe al órgano jurisdiccional remitente valorar en el procedimiento principal, a la luz de dichos criterios, si la fotografía en que se basó el retrato-robot cumple esos requisitos. El hecho de que se trate de un retrato no implica, a su parecer, que disfrute de una menor protección de derechos de autor frente a la manipulación en virtud de la Directiva 2001/29. Si la elaboración del retrato-robot debe considerarse una reproducción del modelo en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2001/29 es algo que depende, en su opinión, de si las características que hacen

del modelo una creación intelectual original se reproducen también en el retrato-robot.

2. Sobre la admisibilidad

114. La cuarta cuestión prejudicial debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional remitente desea saber si la postura jurídica del OGH expuesta en el punto 108 de las presentes conclusiones es compatible con los preceptos relevantes del Derecho de la Unión o, en su caso, del Derecho internacional.

115. La cuestión prejudicial, así entendida, es admisible.

116. En contra de la opinión de las demandadas en el procedimiento principal, no se trata de una cuestión hipotética, pues el órgano jurisdiccional remitente quiere saber si la diferenciación realizada por el OGH sobre la base del Derecho nacional entre una libre utilización y una reproducción de la fotografía controvertida sujeta a autorización es compatible con los preceptos del Derecho de la Unión. Y esta cuestión es pertinente para el litigio ante él pendiente.

117. Tampoco obsta a este respecto que la respuesta a la cuestión prejudicial así entendida no se derive de las disposiciones citadas en la cuestión prejudicial, sino del artículo 6 de la Directiva 93/98, codificado en el artículo 6 de la Directiva 2006/116, y del artículo 2 de la Directiva 2001/29, ya que, con arreglo al artículo 267 TFUE, la petición de decisión prejudicial ha de contribuir a una eficaz colaboración entre los órganos jurisdiccionales y el Tribunal de Justicia, y por tanto el Tribunal de Justicia puede dar al órgano jurisdiccional remitente todas las indicaciones que resulten de utilidad para la resolución del litigio principal, y puede responder a la cuestión prejudicial basándose en las disposiciones pertinentes. [46]

3. Apreciación jurídica

118. Dado que el derecho de reproducción previsto en el artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 presupone la existencia de una obra protegida por derechos de autor, [47] en el presente caso se suscita, en primer lugar, la cuestión de en qué condiciones un retrato-robot puede gozar de protección de derechos

46 — Sentencias de 28 de febrero de 1984, Einberger (294/82, Rec. p. 1177), apartado 6, y de 16 de julio de 1992, Belovo (C-187/91, Rec. p. I-4937), apartado 13.

47 — Véase la sentencia de 16 de julio de 2009, Infopaq International (C-5/08, Rec. p. I-6569), apartados 33 y ss. Crítico con el planteamiento del Tribunal de Justicia, según el cual también para aquellos tipos de obras cuyos presupuestos de protección no están armonizados es precisa la existencia de una creación intelectual, Schulze, G.: «*Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs?*», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2009, pp. 1019 y ss. En el presente caso esto no es relevante, pues los presupuestos del derecho a la protección de las fotografías están armonizados en el artículo 6 de la Directiva 93/98 o de la Directiva 2006/116.

de autor (a). Asimismo, se suscita la cuestión de si la publicación de un retrato-robot elaborado a partir de un retrato fotográfico protegido por derechos de autor se debe considerar una reproducción en el sentido del artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 (b).

a) Sobre el derecho a la protección de los retratos fotográficos

119. El artículo 6 de la Directiva 93/98, codificado en el artículo 6 de la Directiva 2006/116, regula los requisitos para que las fotografías gocen de la protección de derechos de autor con arreglo a los preceptos del Derecho de la Unión. [48] Conforme a la primera frase de esa disposición, lo determinante es que las fotografías constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor. El artículo 6, segunda frase, de dicha Directiva establece que no se aplicará ningún otro criterio para determinar el derecho a la protección de las fotografías.

120. El órgano jurisdiccional remitente, por lo tanto, deberá examinar si la fotografía que sirvió de modelo para el retrato-robot se ha de considerar como una obra individualizada de la creatividad intelectual de la demandante en el procedimiento principal. Este concepto, que no se define en la Directiva 93/98 ni en la Directiva 2006/116, es un concepto del Derecho de la Unión que ha de ser objeto de una interpretación autónoma. [49] Del decimoséptimo considerando de la Directiva 93/98 o del decimosexto considerando de la Directiva 2006/116, que se remiten al Convenio de Berna revisado, se deduce que existe una obra fotográfica original si ésta constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad.

121. Con arreglo al artículo 6, primera frase, de la Directiva 93/98 o de la Directiva 2006/116, por lo tanto, sólo se protege el resultado de la creación humana, y ésta puede existir también cuando la persona se sirve de un medio técnico como puede ser una cámara fotográfica.

122. Además, la fotografía debe constituir una creación original. [50] En el caso de una fotografía, dicha creación consiste en que el fotógrafo hace uso del margen de configuración de que dispone, transmitiéndole así una singularidad original.

48 — Con arreglo al artículo 6, tercera frase, de la Directiva 93/98 o de la Directiva 2006/116, los Estados miembros también pueden proteger las fotografías más allá de las exigencias del Derecho de la Unión.

49 — Así se desprende del decimoséptimo considerando de la Directiva 93/98.

50 — Véase la sentencia Infopaq, citada en la nota 47, apartado 35, en que el Tribunal de Justicia se refirió a los requisitos establecidos en el artículo 6 de la Directiva 2006/116.

123. El artículo 6, segunda frase, de la Directiva 93/98 o de la Directiva 2006/116 excluye expresamente que se atienda a otros criterios. Por lo tanto, no se exige una determinada calidad artística ni una novedad, ni tienen relevancia tampoco la finalidad de la configuración ni el esfuerzo o el coste de la obra.

124. Por lo tanto, no son demasiado estrictos los requisitos para la protección de derechos de autor de una fotografía con arreglo al artículo 6 de la Directiva 93/98 o de la Directiva 2006/116. [51] Si se atiende a este criterio, con arreglo al artículo 6 de la Directiva 93/98 o de la Directiva 2006/116 el retrato fotográfico podrá estar protegido por derechos de autor, aunque se trate de un encargo hecho al fotógrafo. Si bien el objeto esencial de tal fotografía ya viene definido por la persona del retratado, el fotógrafo sigue disponiendo de un margen de configuración suficiente. En efecto, puede elegir, entre otros elementos, el ángulo, la posición y la expresión de la cara del retratado, el fondo, la nitidez, la luz y la iluminación. Dicho de forma gráfica, depende de que el fotógrafo dé su «toque personal» a la fotografía.

125. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, aplicando este criterio en el procedimiento principal, si la fotografía utilizada como modelo para el retrato-robot está protegida por derechos de autor con arreglo al artículo 6, primera frase, de la Directiva 93/98 o de la Directiva 2006/116.

b) Sobre el concepto de reproducción

126. Si una fotografía está protegida por derechos de autor con arreglo al artículo 6 de la Directiva 93/98 o de la Directiva 2006/116, su autor dispone de un derecho de reproducción con arreglo al artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29, conforme al cual puede autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de su obra. Según esta formulación

51 — Véase Nordemann, A., en Loewenheim, U.: *Handbuch der Urheberrechts,* 2ª edic. 2010, Beck, § 9 marg. 149. Leistner, M.: «Copyright Law in the EC: Status quo, recent case law and policy perspectives», *Common Market Law Review* 2009, pp. 847 y ss., especialmente 849 y 850, señala que el criterio del artículo 6 de la Directiva 93/98 o de la Directiva 2006/116, en los Estados miembros en que regían exigencias mayores, hizo que éstas se redujeran para adaptarse a los preceptos de la Directiva. A los efectos del presente procedimiento, por lo tanto, no es precisa una comparación más en profundidad, por un lado, con el criterio del «*sweat of the brow*» que rige en el *common law* y, por ende, en los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda, y, por otro lado, con el criterio de la «*originalité*» y de la «*Schöpfungshöhe*» conocido en los ordenamientos jurídicos continentales.

muy amplia, [52] por lo tanto, existe un derecho de reproducción siempre que las demandadas en el procedimiento principal hayan publicado las fotografías controvertidas sin modificarlas. No obstante, en el presente caso se plantea la cuestión de si también la publicación del retrato-robot controvertido puede constituir una reproducción de la fotografía que sirvió como modelo para su elaboración.

127. En la medida en que la elaboración del retrato robot con medios informáticos se hizo de modo que en primer lugar la fotografía controvertida fue escaneada [53] y después la imagen obtenida fue modificada con ayuda de un programa informático, hay que considerar que se trata de una reproducción en el sentido del artículo 2, letra a), de la Directiva. En efecto, esta disposición comprende expresamente las reproducciones modificadas, tal como se desprende del vigesimoprimer considerando de la Directiva 2001/29, según el cual es necesaria una definición general del concepto de actos de reproducción.

128. Pero esta conclusión no es obligada. La interpretación del concepto de reproducción no puede atender solamente a los términos del artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29, pues también se ha de tener en cuenta la finalidad perseguida con esta disposición. Dicha finalidad consiste en proteger la obra amparada por derechos de autor, y en este sentido se debe distinguir entre obra y pieza. La *obra* es la creación intelectual personal protegida por los derechos de autor. La *pieza* es el objeto material en que se manifiesta la obra protegida por los derechos de autor. El derecho de reproducción previsto en el artículo 2, letra a), de la Directiva protege la obra amparada por derechos de autor, mientras que la pieza sólo está protegida en la medida en que pueda resultar perjudicada la obra.

129. Así, la publicación de un retrato-robot sólo constituye una reproducción del retrato fotográfico que le sirvió como modelo si el retrato-robot continúa incorporando la creación intelectual personal que fundamenta la concesión de la protección de derechos de autor al modelo fotográfico. Esto parece ser así en un caso en que el retrato-robot ha sido elaborado a partir de la imagen escaneada del modelo fotográfico. Sin embargo, no se puede descartar que en un retrato-robot que pretende representar el supuesto aspecto de una persona adulta de dieciocho años basándose en la imagen de una niña de diez, al elaborarse el retrato-robot hayan quedado eliminados en gran medida los elementos que constituían la creación intelectual personal en el modelo. Por ejemplo, si el retrato fotográfico sólo se utiliza para conocer las características biométricas de una persona y, a partir de ellos,

52 — El concepto de reproducción del artículo 2 de la Directiva 2001/29 representa una combinación del concepto de reproducción en las directivas precedentes. Véase Reinbothe, J.: «Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil* 2001, pp. 733 y ss., especialmente 736, y Lewinsky, S.: «Der EG-Richtlinienvorschlag zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten in der Informationsgesellschaft», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil* 1998, pp. 637 y ss., especialmente p. 638.

53 — En ese caso, el escaneado es de por sí una reproducción cuya legitimidad se ha de valorar a la luz del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

se elabora un retrato-robot, la publicación de éste no constituye ninguna reproducción en el sentido del artículo 2, letra a), de la Directiva.

130. Por el contrario, conforme a los preceptos de la Directiva no me parece que sea ningún criterio de por sí relevante el contenido creativo que tenga el retrato-robot ni si éste es, a su vez, una obra protegida por derechos de autor. Sin embargo, cuanto más se aleje el retrato-robot del modelo, más fácil será aceptar que los elementos que constituían la creación intelectual personal en el modelo han quedado reducidos en el retrato-robot hasta un punto que ya no resultan relevantes y ya no pueden ser tenidos en cuenta.

131. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar en el procedimiento principal, en atención a estos principios, si la publicación del retrato-robot constituye una reproducción en el sentido del artículo 2, letra a), de la Directiva.

c) Conclusión

132. Como conclusión procede señalar, en primer lugar, que un retrato fotográfico goza de la protección de derechos de autor con arreglo al artículo 6 de la Directiva 93/98 o de la Directiva 2006/116, si constituye una obra individual derivada de la creatividad intelectual del fotógrafo, lo que será así cuando éste aporte un toque personal haciendo uso e las posibilidades de configuración que ofrece el retrato fotográfico.

133. En segundo lugar procede declarar que la publicación de un retrato-robot elaborado a partir de un retrato fotográfico protegido por derechos de autor constituye una reproducción en el sentido del artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29, cuando los elementos que configuran la creación intelectual original del modelo están incorporados también al retrato-robot.

B. *Sobre la tercera cuestión prejudicial*

134. La tercera cuestión prejudicial se refiere a la interpretación de las posibilidades de restricción que ofrece el artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva 2001/29. Conforme a esta disposición, los Estados miembros pueden establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción y al derecho de

distribución cuando el uso se realice con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales, o para asegurar una cobertura adecuada de dichos procedimientos.

1. Alegaciones esenciales de los intervinientes

135. El órgano jurisdiccional remitente se plantea en primer lugar la cuestión de si la aplicación de dicha disposición exige que se produzca un llamamiento concreto, actual y expreso de las autoridades de seguridad para la publicación de las imágenes controvertidas, es decir, si la publicación de las imágenes con fines de búsqueda debe ser promovida por las autoridades. En caso de que no sea necesario, se plantea una segunda cuestión: si los medios de información pueden acogerse al artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva 2001/29 cuando, sin la correspondiente orden de búsqueda de las autoridades, deciden por su propia iniciativa que la publicación de las imágenes se realiza «en interés de la seguridad pública». En caso de que no sea posible, se plantea una tercera cuestión: si para la aplicación del artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva 2001/29 es suficiente con que los medios de información afirmen *a posteriori* que la publicación de las imágenes sirvió a los fines de la búsqueda, o es preciso en todo caso un llamamiento concreto para que los lectores colaboren en el esclarecimiento de un delito y que ha de estar directamente vinculado a la publicación de las fotografías.

136. La *demandante en el procedimiento principal* y el *Gobierno español* sostienen que el artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva 2001/29 sólo es de aplicación cuando se ha producido un llamamiento concreto, actual y explícito de las autoridades de seguridad para la publicación de la imagen. Alegan que la decisión de si se hace uso de esta posibilidad de restricción, y cómo, depende de las autoridades nacionales administrativas y judiciales competentes. Afirman que la protección de la seguridad pública es competencia exclusiva de las autoridades públicas, de manera que éstas deben decidir en qué medios de información y de qué manera se pueden publicar las fotografías con fines de búsqueda. En este sentido se puede aducir también, según la demandante en el procedimiento principal, que la Directiva 2001/29 pretende alcanzar un alto nivel de protección de los derechos para fomentar la creación intelectual. Si los medios de información pudieran apelar a la seguridad pública para la publicación de imágenes, quedaría a su capricho la explotación sin autorización de obras sujetas a derechos de autor. En opinión de la demandante en el procedimiento principal, el artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva exige, además, que la publicación de las imágenes esté vinculada también a un llamamiento a la colaboración en la búsqueda. No basta con que los medios de información afirmen *a posteriori* que la publicación de las imágenes sirvió a los fines de la búsqueda.

137. Las *demandadas en el procedimiento principal,* el *Gobierno austriaco* y la *Comisión* sostienen, en cambio, que los medios de información también pueden invocar el artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva cuando no exista una petición actual y expresa de búsqueda. Entienden que dicha disposición no contiene ninguna referencia a la necesidad de un llamamiento concreto y explícito de las autoridades de seguridad para la publicación de imágenes.

138. En todo lo demás, las alegaciones de estos intervinientes difieren entre sí.

139. Las demandadas en el procedimiento principal señalan que el artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva también concede a los Estados miembros la posibilidad de permitir la libre utilización de obras para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales. Por el contrario, la Comisión considera que el artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva contempla dos supuestos independientes, y en el presente asunto se trata solamente de un caso de uso con fines de seguridad pública.

140. Por otro lado, las demandadas en el procedimiento principal sostienen que los medios de información pueden invocar directamente el artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva 2001/29 si la publicación de las imágenes se realiza en interés de la seguridad pública. A este respecto, hace alusión especial a la importancia de la libertad de prensa. Afirma que los medios de información deben poder decidir de forma autónoma, es decir, sin llamamiento de las autoridades, cuándo deben investigar e informar. Por lo demás, la propia exposición de los hechos en los medios de información permite a los lectores comunicar a las autoridades penales información importante para el esclarecimiento del delito.

141. Por el contrario, el Gobierno austriaco y la Comisión consideran que ha de reservarse a las autoridades nacionales competentes establecer las excepciones y limitaciones en aras de la seguridad pública de una valoración. No obstante, al hacerlo deben respetar las exigencias del artículo 5, apartado 3, letra e) de la Directiva y del test en tres fases. Por lo tanto, entienden que los medios de información no pueden decidir por sí mismos cuándo está afectada la seguridad pública.

142. Por otro lado, la Comisión alega que la reproducción de las imágenes con fines de la seguridad pública debe ser necesaria y proporcionada con respecto al fin de seguridad pública perseguido. Si las autoridades policiales piden a los medios de información que publiquen una fotografía, existe una presunción reforzada de que el uso es necesario para los fines de la seguridad pública. Pero si la publicación de la fotografía y del texto que la acompaña no guardan ninguna relación evidente con la seguridad pública y el editor sólo lo afirma *a posteriori,* pesa una seria sospecha de que el uso realmente no se ha producido con fines de seguridad pública.

143. El Gobierno austriaco cree que es suficiente que la publicación de las imágenes sea objetivamente adecuada para esclarecer actos delictivos.

2. Apreciación jurídica

144. Tal como se desprende de la resolución de remisión, la tercera cuestión prejudicial también debe interpretarse en el contexto de las posturas jurídicas sostenidas por el OGH en el procedimiento sobre las medidas cautelares. [54] En él, el OGH resolvió, en concreto, que la libre utilización de las fotografías controvertidas con fines de seguridad pública no exige, con arreglo a las disposiciones del Derecho nacional, un llamamiento explícito y concreto de las autoridades de seguridad para la publicación de las fotografías. Basta que las autoridades de seguridad dispongan de fotografías para su publicación y en el contexto de su publicación se haga referencia a investigaciones penales realmente aún en curso para esclarecer actos delictivos.

145. Con sus tres cuestiones parciales, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si este punto de vista es compatible con las exigencias del artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva 2001/29.

54 — Véase el punto 38 de las presentes conclusiones.

146. Antes de responder a las tres cuestiones parciales quisiera ocuparme de la técnica normativa que subyace tras el artículo 5, apartado 3, de la Directiva y, por tanto, también a su letra d).

a) Sobre la técnica normativa que subyace tras el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2001/29

147. El artículo 5 de la Directiva 2001/29 prevé una serie de restricciones a los derechos de autor. Tal como se desprende del trigésimo segundo considerando de la Directiva, dicha lista es taxativa, pues se pretende alcanzar un grado mínimo de armonización en las restricciones admitidas. Por lo tanto, los conceptos del artículo 5, apartado 3, de la Directiva son conceptos autónomos del Derecho de la Unión.

148. El artículo 5, apartado 3, de la Directiva prevé una serie de restricciones facultativas. Los Estados miembros pueden establecer las restricciones que allí se enumeran, pero en principio no están obligados. Si los Estados miembros pueden decidir si establecen una restricción de las enumeradas en el apartado 3, conforme al principio de *qui potest majus, potest et minus* también pueden decidir, en principio, cómo configurar esa restricción. Sin embargo, para ello deben respetar ciertas exigencias. En primer lugar, aunque ciertas facultades de restricción dejan a discreción de los Estados miembros si establecen la restricción o no, en caso de que lo hagan les

imponen determinadas exigencias mínimas. Además, los Estados miembros deben cumplir siempre las exigencias del test en tres fases conforme al artículo 5, apartado 5, de la Directiva. Así, las restricciones únicamente se han de aplicar en determinados casos concretos *(primera fase)* que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra *(segunda fase)* y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho *(tercera fase)*.[55] Además, pueden deducirse otras exigencias de otras disposiciones del Derecho de la Unión. Por último, del trigésimo segundo considerando de la Directiva se desprende que los Estados miembros deben ejercer su margen de apreciación de forma coherente.

149. Por consiguiente, el artículo 5, apartado 3, de la Directiva establece un marco jurídico que deben respetar los Estados pero la forma en que un Estado miembro configura dicha restricción dentro del marco fijado queda a la apreciación de dicho Estado.

150. Para la aplicación del artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva 2001/29, esto significa que, si bien un Estado miembro está vinculado a este respecto por el artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva, pues en él se establecen los límites de lo que puede considerar como casos de seguridad pública que pueden justificar una excepción o limitación a los derechos de autor, dentro de esos límites el Estado miembro puede determinar, conforme a su propio criterio, en qué casos considera justificada una excepción o una limitación a los derechos de autor.

b) Sobre la primera cuestión parcial

151. Teniendo en cuenta la técnica normativa expuesta del artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva 2001/29, la primera cuestión prejudicial debe entenderse en el sentido de que el órgano jurisdiccional remitente desea saber si un tribunal de un Estado miembro, al interpretar las disposiciones nacionales pertinentes, se excede de los límites establecidos por el artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva, si determina que en un caso como el presente no es requisito para la publicación sin autorización de fotografías protegidas por derechos de autor que exista un llamamiento actual y explícito de las autoridades de seguridad.

152. El presente asunto se caracteriza por que en el pasado, en relación con el secuestro de Natascha K. en el año 1998, se adoptaron medidas de búsqueda y por ese motivo las fotografías controvertidas estaban en poder

55 — Sobre el test en tres fases, véase el punto 134 de mis conclusiones presentadas el 12 de febrero de 2009 en el asunto en que recayó la sentencia Infopaq International, citada en la nota 47.

de las autoridades de seguridad, disponibles para su publicación. Tras la fuga de Natascha K. de su secuestrador en el año 2006, sin embargo, no hubo ningún llamamiento actual y explícito de búsqueda.

153. En primer lugar procede señalar que, según el tenor del artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva, lo determinante es que la excepción o la limitación al derecho de reproducción se realice con fines de seguridad pública. Por lo tanto, el criterio relevante es si la reproducción es objetivamente adecuada para perseguir los fines de seguridad pública. [56]

154. Asimismo, procede señalar que con un anuncio de búsqueda con el que se pretende encontrar a una persona secuestrada y a su secuestrador o secuestradores se está persiguiendo un fin de seguridad pública en el sentido del artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva 2001/29.

155. De igual manera, un Estado miembro no se excede de los límites establecidos en el artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva 2001/29 si sigue considerando afectada la seguridad pública aun cuando ha transcurrido mucho tiempo desde el anuncio de búsqueda. En efecto, no se puede descartar que una persona a la que se busca sea localizada sólo años después del anuncio de búsqueda.

156. Sin embargo, a pesar de que una autoridad nacional de seguridad en el pasado haya anunciado la búsqueda y, a tal efecto, haya facilitado fotografías para su publicación, no se puede suponer que exista una adecuación objetiva para perseguir un fin de seguridad pública cuando dicho anuncio de búsqueda ya ha dado su fruto. Por lo tanto, el órgano jurisdiccional remitente deberá analizar qué fines se perseguían con el llamamiento inicial y si dichos fines no se han alcanzado ya con la huida de Natascha K. y el subsiguiente suicidio de su secuestrador.

157. Si el órgano jurisdiccional remitente llega a la conclusión de que con la búsqueda se perseguían también otros fines, que no se habían alcanzado, como puede ser la captura de un eventual cómplice, [57] deberá comprobar también si la publicación de las fotografías controvertidas en los diarios y en la revista era objetivamente adecuada para contribuir a ese otro fin de la búsqueda. Aunque no se excluye que también los artículos de prensa en que no se haga propiamente un anuncio de búsqueda puedan ser objetivamente adecuados para

56 — Más allá del presente asunto, por lo tanto, procede señalar que el concepto de seguridad pública del artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva 2001/29 no comprende sólo el grupo de supuestos de los llamamientos a una búsqueda.

57 — Esto es a lo que se acogen las demandadas en el procedimiento principal.

contribuir a una búsqueda de las autoridades de seguridad, en el artículo debe establecerse al menos una relación con una búsqueda aún en curso. Además, la publicación de las imágenes debe ser objetivamente adecuada para contribuir a ese otro fin de la búsqueda. Por lo tanto, en una situación así el órgano jurisdiccional remitente debería examinar especialmente si la publicación de fotografías de hace ocho años y de un retrato-robot de la secuestrada puede ser objetivamente adecuada para encontrar a un eventual cómplice cuando, utilizando esas mismas fotografías, ocho años antes tampoco había sido posible localizarle.

158. Si el órgano jurisdiccional remitente, aplicando el mencionado criterio, llega a la conclusión de que se cumplen los requisitos del artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva, deberá analizar, además, si también se respetan las exigencias del test en tres fases. En el presente caso, en particular, se deberá examinar si se supera asimismo la tercera fase de ese test, es decir, si tampoco se perjudican injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho. Esto debe considerarse especialmente cuando la reproducción de las fotografías controvertidas está destinada primordialmente a la ilustración de un artículo sobre Natascha K. y la cooperación con el anuncio de búsqueda de las autoridades públicas de seguridad queda relegado a un segundo plano en relación con ese otro fin.

c) Sobre la segunda cuestión parcial

159. Con su segunda cuestión parcial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si los medios de información pueden decidir por sí mismos que una publicación de imágenes tiene lugar con fines de seguridad pública, es decir, si los medios de información pueden invocar directamente, pasando por alto a las autoridades de seguridad competentes, el artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva 2001/29.

160. Ha de responderse negativamente a esta cuestión.

161. Como ya se ha expuesto, [58] el artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva dispone que los Estados miembros *pueden* establecer excepciones o limitaciones a los derechos de autor con fines de seguridad pública. Por lo tanto, con arreglo a dicha disposición los Estados miembros no están obligados a introducir una restricción así. Si lo hacen, pueden configurarlas dentro de los límites fijados por el Derecho de la Unión, pero la decisión de en cuáles de los casos contemplados por el artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva está justificada una restricción de los derechos de autor queda en principio a disposición del margen de apreciación de los Estados miembros.

58 — Véanse los puntos 148 a 150 de las presentes conclusiones.

162. En consecuencia, los medios de información no pueden invocar directamente el artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva para justificar la reproducción de fotografías protegidas por derechos de autor, pues dicha disposición no es, a este respecto, suficientemente precisa e incondicional.

d) Sobre la tercera cuestión parcial

165. No es necesario responder a la tercera cuestión parcial, pues se ha formulado sólo para el caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión parcial.

163. No es válido el argumento de las demandadas en el procedimiento principal, que en este punto invocan la libertad de prensa y aducen que sus posibilidades de informar se verían restringidas. El artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva concede a los Estados miembros facultades para proteger la seguridad pública, por lo que no tiene por objeto una ponderación entre la protección de la propiedad intelectual y la libertad de prensa. Esta ponderación se pone especialmente de manifiesto, en cambio, en el artículo 5, apartado 3, letras c) (libertad de prensa) y d) (libertad de cita), y por eso se ha de considerar en la interpretación de estas disposiciones.

C. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

166. La segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se refiere al artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29, conforme al cual los Estados miembros pueden establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra que se haya puesto ya legalmente a disposición del público. Son otros requisitos que se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, salvo en los casos en que resulte imposible, y que se haga buen uso de ellas, y que lo exija el objetivo específico perseguido.

164. En conclusión, por lo tanto, procede declarar que los medios de información no pueden invocar directamente el artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva 2001/29 para justificar la reproducción de fotografías protegidas por derechos de autor.

167. El órgano jurisdiccional remitente desea saber, en primer lugar, si esta disposición también puede ser de aplicación cuando el informe de prensa en que se incluye la cita no es, a su vez, una obra literaria protegida por

derechos de autor. En segundo lugar, plantea la cuestión de si también puede ser de aplicación cuando la obra citada no va acompañada del nombre del autor o del intérprete.

1. Alegaciones de los intervinientes

168. Las demandadas en el procedimiento principal consideran que la *primera cuestión parcial* es inadmisible por falta de pertinencia, ya que el órgano jurisdiccional remitente no ha aclarado si los informes de prensa están protegidos por derechos de autor o no.

169. En el fondo, la demandante en el procedimiento principal y el Gobierno italiano alegan que se opone a la aplicación del artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29 que el informe de prensa que cita una obra no esté, a su vez, protegido por derechos de autor. En opinión del Gobierno italiano, el tenor de la disposición apunta en este sentido. Además, el Gobierno italiano y la demandante se refieren a los objetivos de un elevado nivel de protección de los derechos de autor y de una compensación adecuada para el autor.

170. En cambio, las demandadas en el procedimiento principal, el Gobierno austriaco y la Comisión no creen que el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva exija que el informe de prensa en que se incluye la cita sea, a su vez, una obra literaria protegida por derechos de autor, pues el derecho de cita también puede estar justificado cuando no es así. A este respecto, la Comisión se remite al tenor de la disposición y al hecho de que las excepciones enumeradas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29 sean taxativas. Además, entiende que debe haber un adecuado equilibrio entre la protección de la propiedad intelectual y el interés público en una libre utilización de la obra por medio de la cita.

171. A título subsidiario, la demandante en el procedimiento principal y el Gobierno español alegan que incluso un breve informe de prensa puede estar protegido por derechos de autor.

172. Sobre la *segunda cuestión parcial* alegan la demandante en el procedimiento principal y los Gobiernos austriaco, italiano y español, así como la Comisión, que el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva no es de aplicación cuando la obra o prestación protegida que incluye la cita no va acompañada del nombre correcto del autor, salvo en los casos en que resulte imposible. El Gobierno austriaco se remite a los claros términos de la disposición.

173. En opinión de las demandadas en el procedimiento principal, esta cuestión es inadmisible por el mismo hecho de que su respuesta se extrae del propio tenor de la disposición. En cuanto al fondo, alega que el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva resulta también de aplicación cuando la obra o prestación protegida que incluye la cita no indica el nombre del autor o del intérprete. Por lo demás, afirman que para ellas no era posible, en el orden normal de las cosas, averiguar el nombre o la designación del autor en cuanto a la demandante en el procedimiento principal, pues la agencia de la que habían obtenido las fotografías controvertidas las había recibido mucho antes de la policía sin ningún tipo de referencia, para fines de la búsqueda, o las había conseguido en ruedas de prensa.

174. Por el contrario, la demandante en el procedimiento principal y del Gobierno italiano sostienen que la entrega de las fotografías controvertidas por una agencia de noticias no exime a las demandadas en el procedimiento principal de indicar el verdadero autor.

175. *Por otro lado,* los intervinientes se han pronunciado también acerca de los demás requisitos del artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva. La demandante en el procedimiento principal, los Gobiernos austriaco y español y la Comisión señalan que esta disposición sólo es de aplicación si las fotografías han sido utilizadas a modo de cita, es decir, cuando se les atribuye una función documental. Para ello no basta, a su juicio, que se hayan usado simplemente para llamar la atención del lector sobre la noticia.

176. En opinión del Gobierno austriaco y de la Comisión, con arreglo al artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva también puede ser admisible la utilización de fotografías enteras si es necesario para el fin perseguido con la cita. Pero en ese caso adquiere especial relevancia el test en tres fases a que se refiere el artículo 5, apartado 5, de la Directiva. El Gobierno italiano y la Comisión albergan dudas de que en el procedimiento principal se cumplan los requisitos del test en tres fases, especialmente respecto a las fases segunda y tercera.

177. En cambio, las demandadas en el procedimiento principal alegan que se cumplen también los demás requisitos del artículo 5, apartado 3, letra d). En particular, afirman que la publicación se realizó haciendo buen uso de las fotografías, pues las obtuvieron de un tercero de quien no cabía sospechar lo contrario. Además, a su parecer se ha de tener en cuenta el derecho a la libertad de expresión.

2. Apreciación jurídica

178. Tal como se desprende de la resolución de remisión, la segunda cuestión prejudicial también debe interpretarse en el contexto de las posturas jurídicas sostenidas por el OGH

en su resolución sobre medidas cautelares.[59] En ella, el OGH declaró que, con arreglo a las disposiciones del Derecho nacional, es posible el libre uso para citas en periódicos y revistas, pero la cita de fotografías enteras sólo se admite cuando es necesario para alcanzar el fin perseguido con la cita y no se menoscaba de forma relevante el valor económico de la fotografía.

a) Sobre la primera cuestión parcial

179. Con su primera cuestión parcial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29 es de aplicación cuando el propio medio de información en que se encuentra la cita no goza, por su parte, de protección de derechos de autor.

180. Esta cuestión es relevante para la resolución del litigio. En contra de la opinión de las demandadas en el procedimiento principal, no es necesario que el órgano jurisdiccional remitente analice previamente si el artículo está protegido por derechos de autor. Dado que la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE no está configurada de forma subsidiaria, la cuestión prejudicial es pertinente desde el momento en que puede tener repercusiones sobre el procedimiento.

181. También a este respecto se ha de señalar, en primer lugar, que la posibilidad de establecer restricciones que ofrece el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29 es facultativa para los Estados miembros, por lo que éstos, en principio, tienen un margen de apreciación para decidir si establecen tal restricción en el Derecho nacional y cómo la configuran dentro de los límites fijados por el Derecho de la Unión, teniendo en cuenta siempre las reservas expuestas en el punto 148 de las presentes conclusiones.

182. Con estos antecedentes, la cuestión del órgano jurisdiccional remitente se debe interpretar en el sentido de que desea saber si un Estado miembro se excede de los límites establecidos en el Derecho de la Unión cuando no impone en su Derecho nacional la condición para el derecho de cita de que el artículo que incluye la cita esté a su vez protegido por derechos de autor.

183. Ha de responderse negativamente a esta cuestión.

184. En primer lugar, el tenor del artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva no prevé tal condición restrictiva.

59 — Véase el punto 38 de las presentes conclusiones.

185. En segundo lugar, de la Directiva tampoco se desprenden otros puntos de apoyo que sugieran que la condición existe. Antes bien, de la relación sistemática con las demás posibilidades de restricción previstas en el artículo 5, apartado 3, de la Directiva se deduce que ninguna de esas posibilidades se basa en la idea de que la restricción de los derechos de autor que protegen una obra sólo pueda concederse a favor de otra obra.

186. En tercer lugar, la finalidad de esta disposición tampoco apunta a un juicio en favor de esa interpretación. La posibilidad de restricción prevista en el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva debe verse con el trasfondo del interés en un debate intelectual libre. Por lo tanto, sirve en particular a la realización de la libertad de expresión y de prensa. Las expresiones que, por su parte, están protegidas por derechos de autor perfectamente pueden quedar comprendidas en el ámbito de protección de estos derechos fundamentales.

187. En cuarto lugar, del Convenio de Berna revisado, en el que teóricamente se inspira la posibilidad de restricción prevista en el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva [60] y a cuya luz, por tanto, debe interpretarse, tampoco ofrece ningún punto de apoyo que apoye tal interpretación restrictiva.

60 — Véase el artículo 10, apartado 1, del Convenio de Berna revisado.

188. En quinto lugar, tampoco el test en tres fases del artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29 exige que se favorezca tan sólo las citas incluidas en obras protegidas por derechos de autor. A este respecto se puede hacer remisión, para empezar, a los anteriores argumentos. Pero, además, no está claro que mediante citas incluidas en obras no protegidas por derechos de autor se menoscabe más la normal explotación de una fotografía protegida por derechos de autor que mediante citas incluidas en obras escritas que no gozan de esa protección.

189. Por lo tanto, como conclusión procede declarar que no es un requisito impuesto por el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29 que el artículo en que se incluye la cita en el sentido de dicha disposición esté, a su vez, protegido por derechos de autor.

190. Dado que el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva es facultativo para los Estados miembros, no obstante, éstos tienen libertad para configurar el derecho de cita en su Derecho nacional de manera más restrictiva que el marco del Derecho de la Unión establecido en esa disposición. Sin embargo, al hacerlo deben respetar otras exigencias del Derecho de la Unión, entre las que figura especialmente la libertad de expresión y de prensa.

b) Sobre la segunda cuestión parcial

191. Con su segunda cuestión parcial el órgano jurisdiccional remitente desea saber si la excepción prevista en el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva puede ser de aplicación cuando la autora de la fotografía publicada no se menciona en el artículo de prensa. También esta cuestión se debe interpretar en el sentido de que el órgano jurisdiccional remitente pretende aclarar si un Estado miembro se excede del marco establecido en el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva cuando, con arreglo al Derecho nacional, la cita puede realizarse también sin indicar el nombre del autor de la obra citada.

192. En contra de la opinión de las demandadas en el procedimiento principal, esta cuestión es admisible. Del artículo 104, apartado 3, párrafo segundo, del Reglamento de Procedimiento se desprende que las cuestiones prejudiciales no son inadmisibles aun cuando su respuesta no suscite ninguna duda razonable, si bien en ese caso se pueden resolver mediante auto.

193. El contenido de esta cuestión presenta dos elementos. Dado que con arreglo al artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva sólo debe indicarse el nombre del autor cuando no resulte imposible, se plantea en primer lugar la cuestión de cuándo se puede considerar la imposibilidad en el sentido de dicha disposición (i). Además, se suscita la cuestión de qué consecuencias jurídicas debe disponer un Estado miembro cuando la indicación del nombre del autor no era imposible, pero aún así no se produjo (ii).

i) Sobre la imposibilidad de indicar el autor

194. El artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29 no define cuándo resulta imposible indicar la fuente y el autor.

195. Según el tenor de esta disposición, es necesaria una imposibilidad. Por lo tanto, no basta con una dificultad razonable, lo que apunta a favor de un criterio estricto. En este sentido se pueden aducir también los objetivos subyacentes a la Directiva 2001/29 de lograr un elevado nivel de protección y una compensación adecuada. [61] Además, de la palabra «resulte» [62] se deduce que se han de esperar del citador al menos ciertos esfuerzos por averiguar la fuente y el nombre del autor.

61 — Véanse los considerandos cuarto, noveno y décimo de la Directiva 2001/29.

62 — En la versión inglesa, «*turns out to be*»; en la francesa, «*s'avère*»; en la neerlandesa, «*blijkt*»; en la portuguesa, «*se revele*»; en la eslovena, «*se […] izkaže*», y en la española «*resulte*». No tan clara es la versión italiana: «*in caso di*».

196. Por otro lado, se ha de tener en cuenta que el derecho de cita sirve al ejercicio de la libertad de expresión y de prensa. Por ese motivo, no se pueden imponer a la imposibilidad exigencias tan altas que, en caso de no poderse determinar el autor, sea prácticamente inaplicable el derecho de cita.

197. Además, la apreciación de si era imposible indicar el autor a los efectos del artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva se ha de realizar valorando todas las circunstancias del caso concreto.

198. Por lo tanto, en el presente asunto el órgano jurisdiccional remitente deberá considerar en particular el hecho de que las fotografías controvertidas se utilizaron en el marco de un anuncio de búsqueda. En un caso así, quien hace la cita no puede confiar sin más en que aquel en cuyo poder efectivo estén las fotografías posea también los derechos sobre ellas. Asimismo, en un caso así se ha de exigir al citador que, si de la propia fotografía no se puede determinar el nombre del autor, realice averiguaciones adicionales. De hecho, por lo común el nombre del autor no está impreso en las fotografías de búsqueda.

199. Además, a favor de unas exigencias elevadas para esta obligación de las demandadas en el procedimiento principal se puede aducir también el test en tres fases del artículo 5, apartado 5, de la Directiva. Sus fases segunda y tercera exigen que no se entre en conflicto con la normal explotación de la obra y que no se perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho. El presente asunto se caracteriza por que los derechos de autor de la demandante en el procedimiento principal ya han sido objeto de injerencia por medio de medidas de búsqueda, es decir, medidas con fines de seguridad pública, y dichas medidas condujeron a que las fotografías controvertidas fueran reproducidas sin su consentimiento y sin que se indicase su nombre como autora de las imágenes. En un caso así, para no privar de todo su valor a los derechos de autor, en mi opinión sólo excepcionalmente se puede aceptar que quien hace la cita invoque la imposibilidad de indicar el autor sin haber realizado las correspondientes indagaciones.

200. Sin querer anticipar la apreciación del caso concreto, que corresponde al órgano jurisdiccional remitente, a la vista de la información sobre los hechos que se desprende de la resolución de remisión creo que es evidente que la indicación del nombre de la demandante en el procedimiento principal no resultó imposible.

ii) Sobre las consecuencias jurídicas de que no fuera imposible indicar el nombre de la autora

201. Si el órgano jurisdiccional remitente llega a la conclusión de que la indicación del nombre de la autora no resultó imposible, se suscita una nueva cuestión: qué

consecuencias jurídicas ha de prever el Estado miembro para ese caso. Aquí se puede considerar, como punto de partida, que en ese caso no es admisible la publicación sin el consentimiento del autor. Pero otro posible punto de partida es que la publicación en ese caso siga siendo admisible, pero que el autor tiene derecho a que se mencione su nombre.

202. A mi juicio, sólo es compatible con el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29 el planteamiento de que la cita sin indicación del nombre y sin el consentimiento del autor constituye una publicación indebida.

203. En este sentido apunta, en primer lugar, el tenor del artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29, conforme al cual el Estado miembro sólo puede prever el derecho de cita si se hace mención de la fuente, incluido el nombre del autor. Esto sugiere que se trata de un requisito que el Estado miembro debe observar obligatoriamente en caso de hacer uso de la facultad que le concede el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva.

204. En segundo lugar, esta interpretación es confirmada por el hecho de que dicho requisito se menciona en relación con otros requisitos de la misma disposición, cuyo cumplimiento es manifiestamente obligatorio. Se trata del requisito de que se haga buen uso de la obra y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido.

205. En tercer lugar, en este sentido apunta también la finalidad perseguida por el requisito. En principio, todo autor ha de poder determinar el uso que se haga de su obra. Si bien el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva faculta a los Estados miembros para restringir los derechos del autor en aras de la libertad de expresión y de prensa, el autor ha de conservar un mínimo de control mediante la obligación de nombrar la fuente y su nombre. De esta manera, entre otras cosas ha de poder controlar si el uso que se hace de su obra va más allá de la cita admisible. Un planteamiento según el cual la reproducción es admisible aun sin mención del nombre del autor y simplemente existe un derecho a que se indique el nombre pondría en peligro la posibilidad de que el autor ejerza ese control de forma efectiva. Si no se le menciona, en muchos casos es posible que no llegue a tener conocimiento del uso que se hace de su obra.

206. Todos estos argumentos incitan a pensar que la indicación del nombre debe considerarse como un requisito obligatorio para la posibilidad de restricción del artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva. Por lo tanto, el incumplimiento de este requisito impide que

una reproducción se pueda justificar sobre la base de dicha disposición. [63]

iii) Conclusión

207. En conclusión, procede declarar que se excede del marco establecido por el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva para la cita sin necesidad de consentimiento, cuando no se indica el nombre de la autora de una fotografía a pesar de que no resultara imposible. No resulta imposible una indicación, cuando quien hace la cita no ha adoptado todas las medidas que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, se consideren adecuadas para averiguar el autor.

c) Observaciones complementarias

208. La segunda cuestión prejudicial se refiere solamente a dos puntos relevantes en el marco del artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva. Pero, como el Tribunal de Justicia, en el procedimiento de decisión prejudicial, puede hacer al órgano jurisdiccional remitente todas las indicaciones que resulten útiles para la resolución del procedimiento principal, [64] más allá de las cuestiones parciales formuladas por el órgano jurisdiccional remitente quisiera referirme a tres puntos relativos a los límites del marco del Derecho de la Unión conforme al artículo 5, apartados 3, letra d), y 5, de la Directiva. En primer lugar, se trata de la cuestión de en qué circunstancias puede hablarse de una cita en el sentido del artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva (i). Por otro lado, se suscita la cuestión de si una cita íntegra también puede ser una cita en el sentido de dicha disposición (ii). Y, por último, quisiera ocuparme de los límites que impone a esta posibilidad de restricción el requisito de que se haga un buen uso de la obra y el test en tres fases del artículo 5, apartado 5, de la Directiva (iii).

i) Cita con fines de crítica o reseña

209. El artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29 dispone que los Estados miembros pueden establecer excepciones y limitaciones cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña. Por lo tanto, lo

63 — En este sentido también Götting, H.-P., en Löwenheim, U.: *Handbuch des Urheberrechts,* Beck 2010, § 32 marg. 12.

64 — Véase el punto 117 de las presentes conclusiones.

determinante es que con la reproducción se persiga una finalidad de cita.

210. La Directiva no define el concepto de cita. Según el uso lingüístico natural, es rasgo distintivo de toda cita que la propiedad intelectual ajena se reproduzca sin modificaciones y de forma reconocible. Tal como aclaran los ejemplos normativos del artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva, según los cuales la cita debe realizarse con fines de crítica o reseña, esto no es suficiente, sino que debe haber también una referencia al contenido de la obra citada en forma de descripción, comentario o valoración. Por lo tanto, la cita debe ser una base del análisis.

211. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente determinar si las demandadas en el procedimiento principal persiguieron dicho fin con la publicación de las fotografías controvertidas. Sin embargo, no puede hablarse de cita en el sentido del artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva, cuando en los informes de prensa se omite la necesaria referencia al contenido. En particular, no se puede presumir la finalidad de cita a que se refiere el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva cuando las fotografías controvertidas se utilizan simplemente como «reclamos» para llamar la atención de los lectores, sin que en el texto que las compaña se haga referencia a ellas.

ii) Cita íntegra

212. Se suscita asimismo la cuestión de si el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva comprende también las citas íntegras. Según su significado habitual, en principio una cita es sólo un extracto parcial de un texto. Pero, en el caso de fotografías, no me parece descartable que una cita íntegra pueda estar también comprendida en el concepto de cita de dicha disposición. En efecto, en este tipo de obras puede ser necesaria una reproducción completa para establecer la necesaria referencia al contenido. Si el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva sólo permitiera publicar partes de fotografías, esto reduciría considerablemente el ámbito de aplicación de esta disposición a las fotografías.

213. No obstante, dado que una cita íntegra constituye una injerencia sustancial en los derechos de autor, en este caso adquieren especial importancia los demás requisitos, como el de que se haga un buen uso de la obra citada, así como el test en tres fases conforme al artículo 5, apartado 5, de la Directiva.

iii) Otros requisitos

214. El órgano jurisdiccional remitente también deberá examinar en el procedimiento principal si la publicación de las fotografías controvertidas se corresponde con el buen uso y cumple los requisitos del test en tres fases del artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29. A este respecto, deberá tener en cuenta de forma especial si con la cita íntegra de las fotografías controvertidas en periódicos, revistas y páginas de Internet las demandadas en el procedimiento principal limitaron de forma sustancial sus posibilidades de venta, perjudicando así injustificadamente a los intereses de la demandante en el procedimiento principal.

X. Conclusión

215. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas:

«1) El concepto de relación estrecha a que se refiere el artículo 6, número 1, del Reglamento nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que presupone unos mismos hechos y una relación jurídica suficiente entre la demanda dirigida contra el demandado que tiene su domicilio en el lugar del tribunal (demanda de base) y la otra demanda. No se puede presumir que estemos ante unos mismos hechos cuando el comportamiento controvertido del demandado de la demanda de base y del otro demandado constituyen comportamientos paralelos no concertados. Una relación jurídica suficiente puede existir también aun cuando a las dos demandas sean de aplicación Derechos nacionales diferentes que no estén totalmente armonizados.

2)a) El artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de

determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está facultado para permitir la cita de una obra sin autorización del autor aun cuando el artículo de prensa en que se incluye la cita no esté, a su vez, protegido por derechos de autor.

2)b) Asimismo, dicha disposición requiere obligatoriamente que quien hace la cita indique el nombre del autor de una fotografía protegida por derechos de autor, salvo que resulte imposible. No resulta imposible una indicación, cuando quien hace la cita no ha adoptado todas las medidas que, atendidas las circunstancias del caso concreto, se consideren adecuadas para averiguar el autor.

3a) El artículo 5, apartado 3, letra e), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro, en caso de anuncio de búsqueda con el que se persiguen fines de seguridad pública en el sentido de dicha disposición, puede permitir la reproducción por los medios de información de fotografías protegidas por derechos de autor sin la autorización del autor, siempre que no se hayan alcanzado ya los fines perseguidos con la búsqueda y la reproducción sea objetivamente adecuada para perseguir esos fines.

3)b) Los medios de información no pueden invocar directamente dicha disposición para justificar una reproducción sin la autorización del autor.

4) Con arreglo al artículo 6 de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, o de la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, un retrato fotográfico goza de la protección de derechos de autor si constituye una creación intelectual original

del fotógrafo, lo que requiere que éste aporte un toque personal haciendo uso de las posibilidades de configuración de que dispone.

La publicación de un retrato-robot elaborado a partir de un retrato fotográfico protegido por derechos de autor constituye una reproducción en el sentido del artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29, cuando los elementos que configuran la creación intelectual original del modelo están incorporados también al retrato-robot.»