

UN NUEVO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PARA LAS PLATAFORMAS DE ALMACENAMIENTO DE CONTENIDOS GENERADOS POR USUARIOS EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL

Por Julián LÓPEZ RICHART¹
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Alicante

Fecha de recepción: 13.11.2018
Fecha de aceptación: 13.12.2018

RESUMEN: Desde la aprobación de la Directiva 2000/31/CE, las reglas de exención de responsabilidad han sido el hábitat en el que se han movido los prestadores de servicios de la sociedad de la información, incluidos los llamados proveedores de alojamiento 2.0 que hacen posible el acceso a contenidos generados por usuarios. En la actualidad se está debatiendo en Europa el texto definitivo de la Directiva sobre los derechos de autor en el Mercado Único Digital, cuyo artículo 13 está llamado a producir un cambio radical en el régimen de responsabilidad aplicable a estas plataformas. Con la finalidad de terminar con la presunta *brecha de valor* entre los titulares de derechos y las plataformas en línea, la Propuesta de Directiva pretende hacer responsables a estas últimas de la comunicación pública de las obras y prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios. El presente artículo pretende demostrar que el legislador europeo se apoya en una lectura errónea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que no tiene en cuenta el delicado equilibrio de intereses que se esconde detrás de las reglas de exención de responsabilidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Unión Europea. Derechos de propiedad intelectual. Propuesta de Directiva sobre derechos de autor en el Mercado Único Digital. Prestadores de servicios de intermediación. Reglas de exención de responsabilidad. Derecho de comunicación al público.

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto DER2017-86393-R *Herramientas jurídicas para favorecer el acceso a contenidos protegidos por derechos de propiedad Intelectual en el mercado único digital* (MINECO/AIE/FEDER, UE) y en el PROMETEO/2018/088 *El mercado único digital para Europa. Aspectos de derecho privado*, financiado por la Conselleria d'Educació, Investigació, Cultura i Esport de la Generalitat Valenciana.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PRETENDIDA ARMONIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN LA DIRECTIVA SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO. 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LA DIRECTIVA 2000/31/CE. 2. PRESUPUESTOS DE LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE ALOJAMIENTO (*HOSTING*). 3. ALCANCE DE LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD. 4. LA *NEUTRALIDAD* COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR DE LA NOCIÓN DE INTERMEDIARIO. III. LA JUSTIFICACIÓN DE LA NUEVA REGULACIÓN PROPUESTA: EL DENOMINADO *VALUE GAP*. IV. LA POSICIÓN DE LAS PLATAFORMAS DE ALMACENAMIENTO DE CONTENIDOS GENERADOS POR USUARIOS EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL. 1. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 13. 2. (IM)POSIBILIDAD DE INVOCAR LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ART. 14 DCE. 3. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DE ALMACENAMIENTO DE CONTENIDOS GENERADOS POR USUARIOS POR INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. 3.1. *El estado de la cuestión en la jurisprudencia de los Estados miembros*. 3.2. *Responsabilidad directa de las plataformas de almacenamiento por infracción del derecho de comunicación al público*. 3.3. *Compatibilidad de la Propuesta con la doctrina del Tribunal de Justicia sobre el concepto de comunicación al público*. 3.3.1. Consideraciones previas. 3.3.2. La facilitación de la infracción como acto de comunicación al público. 3.3.3. Recapitulación. V. CONSIDERACIONES FINALES.

TITLE: A new liability regime for user-generated-content platforms in the Digital Single Market.

ABSTRACT: Since the enactment of Directive 2000/31/EC, the safe harbour provisions have been the habitat in which information society service providers have thrived, including 2.0 hosting providers that facilitate access to user-generated-content. Currently is being drafted the final text of the Directive on copyright in the Digital Single Market, whose article 13 is meant to bring a major change in the liability regime applicable to these platforms. In order to close the alleged *value gap* between rights holders and online platforms, the Proposal intends to hold the latter liable for the communication to the public of protected works and other subject matter uploaded by their users. This article aims to prove that the European legislator relies on an erroneous reading of the case law of the European Union

Court of Justice that disregards the delicate balance of interests behind the safe harbour provisions.

KEYWORDS: European Union Law. Copyright. Proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market. Information society service providers. Liability exemptions. Right of communication to the public.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. THE INTENDED HARMONIZATION OF INTERNET SERVICE PROVIDERS' LIABILITY IN THE ECOMMERCE DIRECTIVE. 1. GENERAL CONSIDERATIONS ON THE LIABILITY REGIME FOR INTERNET SERVICE PROVIDERS IN THE DIRECTIVE 2000/31/EC. 2. REQUIREMENTS FOR THE EXEMPTION OF LIABILITY OF HOSTING PROVIDERS. 3. SCOPE OF THE LIABILITY EXEMPTION. 4. *NEUTRALITY* AS A CHARACTERIZING ELEMENT OF THE NOTION OF INTERMEDIARY. III. THE JUSTIFICATION OF THE NEW PROPOSAL: THE SO CALLED *VALUE GAP*. IV. SITUATION OF USER-GENERATED-CONTENT PLATFORMS IN THE PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON COPYRIGHT IN THE SINGLE DIGITAL MARKET. 1. SUBJECTIVE SCOPE OF APPLICATION OF ARTICLE 13. 2. (IM)POSSIBILITY OF INVOKING THE EXEMPTION FROM LIABILITY OF ART. 14 DCE. 3. THE FOUNDATION OF USER-GENERATED-CONTENT PLATFORMS LIABILITY FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT. 3.1. *Current state of the issue in the case law of the Member States*. 3.2. *Direct liability of hosting providers for infringement of the right of communication to the public*. 3.3. *Compatibility of the Proposal with the doctrine of the Court of Justice on the concept of communication to the public*. 3.3.1. Preliminary remarks. 3.3.2. The facilitation of the infringement as an act of communication to the public. 3.3.3. Summary. V. CONCLUDING REMARKS.

I. INTRODUCCIÓN

El 14 de septiembre de 2016 se hizo pública la *Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital*² (en adelante la Propuesta de Directiva), con la que la Comisión Europea pretendía dar respuesta a la necesidad de adaptar la regulación del derecho de autor a las nuevas necesidades surgidas de la evolución de las tecnologías digitales. Afirma su exposición de motivos que «[a]unque los objetivos y principios establecidos por el marco de la UE sobre derechos de autor siguen siendo válidos, es preciso adaptar ese marco a estas nuevas realidades», así como evitar que una disparidad de criterios en los

² COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital, Bruselas, 14.09.2016, COM(2016) 593 final.

Estados Miembros lleve a la fragmentación del mercado interior en este ámbito. Pese a esos ambiciosos propósitos, lo cierto es que la Propuesta no aborda una regulación integral del derecho de autor en la Unión Europea, sino que se limita a dar respuesta a una serie de problemas que habían sido previamente identificados por la Comisión en diversos documentos previos³.

La Propuesta de Directiva se enmarca dentro del conjunto de iniciativas legislativas impulsadas por la *Estrategia para un Mercado Único Digital*⁴ (en adelante, la Estrategia), un documento adoptado en mayo de 2015 en el que la Comisión Europea manifestaba la necesidad de reducir las diferencias entre los regímenes de derechos de propiedad intelectual y permitir un mayor acceso en línea a las obras por parte de los usuarios de toda la Unión Europea. Subrayaba asimismo la Comisión la importancia de mejorar el acceso transfronterizo a servicios de contenidos protegidos por derechos de autor, facilitar nuevos usos en la investigación y en la educación y aclarar el papel de los servicios en línea en la distribución de obras y otras prestaciones. En relación con esta última cuestión, la Comisión considera que «las normas aplicables a las actividades de los intermediarios en línea en relación con obras protegidas por derechos de propiedad intelectual requieren claridad, teniendo en cuenta, en particular, la creciente participación de estos intermediarios en la distribución de contenidos»⁵, pero reconociendo al mismo tiempo que «[n]o siempre es fácil definir los límites de lo que pueden hacer los intermediarios con el contenido que transmiten, almacenan o acogen sin perder la posibilidad de beneficiarse de las exenciones en materia de responsabilidad establecidas en la Directiva sobre el comercio electrónico»⁶. En consecuencia, la Comisión se comprometía a analizar la necesidad de adoptar nuevas medidas para luchar contra los contenidos ilícitos en Internet y, en particular, los procedimientos de supresión de contenidos ilícitos o la obligación de los intermediarios de ejercer una mayor responsabilidad y diligencia en la gestión de sus redes y sistemas⁷.

En la Comunicación *Hacia un marco más moderno y más europeo de los derechos de autor*⁸, que vino a desarrollar las líneas de actuación apuntadas en la

³ Se ha llegado a decir que la Propuesta de Directiva no ofrece una visión general de futuro del Derecho de autor en la Unión Europea, sino que se limita a ofrecer soluciones a problemas puntuales dejando por lo demás intacto un sistema fragmentado y parcialmente obsoleto, vid. EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *General Opinion on the EU Copyright Reform*, 24 January, 2017, p. 3, <<https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf>>.

⁴ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Estrategia para el Mercado Único Digital*, Bruselas, 06.05.2015, COM(2015) 192 final.

⁵ *Ibid.*, p. 8.

⁶ *Ibid.*, pp. 13-14.

⁷ *Ibid.*, p. 14.

⁸ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*, Bruselas 09.12.2015, COM(2015) 626 final.

Estrategia con un plan que incluía acciones específicas, la Comisión iba a dar un paso más, al anunciar medidas legislativas dirigidas a promover el buen funcionamiento del mercado de los derechos de autor, en el que los titulares de derechos protegidos estén en condiciones de conceder licencias y ser remunerados por la utilización de sus contenidos, en particular, cuando estos se distribuyen a través de Internet por determinadas plataformas de almacenamiento de contenidos cargados por los usuarios⁹.

Precisamente, uno de los aspectos más destacados de la Propuesta de Directiva, y quizá el que más polémica ha suscitado¹⁰, es el (nuevo) régimen de responsabilidad de los proveedores de servicios de almacenamiento de contenidos recogido en el artículo 13 y los considerandos que lo acompañan, cuya finalidad última es la de «mejorar la posición de los titulares de derechos para negociar y ser remunerados por la explotación de sus contenidos por parte de servicios en línea que permiten acceder a contenidos cargados por los usuarios». Para ello se introducen cambios significativos en el sistema jurídico vigente y que tampoco parecen tener un apoyo firme en la jurisprudencia del TJUE. En primer lugar, el considerando 38 de la Propuesta de Directiva afirma que los prestadores de servicios de almacenamiento de contenidos cargados por los usuarios, que facilitan el acceso público a grandes cantidades de obras u otras prestaciones protegidas por derechos de autor, realizan un acto de comunicación al público y que, por consiguiente, están obligados a suscribir contratos de licencia con sus titulares. En segundo lugar, excluye la posibilidad de que dichos prestadores de servicios de alojamiento se acojan al régimen de exención de responsabilidad previsto en el art. 14 de la Directiva 2001/31/CE sobre comercio electrónico cuando desempeñan un papel activo, entendiéndose que concurre esta circunstancia cuando optimizan la presentación de las obras o prestaciones

⁹ Ibid., pp. 10-12.

¹⁰ Entre los que se han manifestado en contra del art. 13 de la Propuesta cabe destacar a David Kaye, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, quien en una carta abierta explicaba las razones por las que en su opinión el artículo 13 era incompatible con los compromisos asumidos por la Unión Europea en materia de derechos humanos, KAYE, D., «Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression», Reference OL OTH 41/2018, 13.06.2018, <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-OTH-41-2018.pdf>>. También Tim Berners-Lee, junto a Vint Cerf y otros pioneros de Internet, escribieron una carta abierta dirigida al Presidente del Parlamento Europeo alertando de los riesgos que la aprobación del artículo 13 podía suponer para una Internet abierta y participativa (<<https://www.eff.org/files/2018/06/13/article13letter.pdf>>). Además, numerosos académicos y expertos en la materia han puesto de relieve las inconsistencias de la propuesta con el actual marco jurídico de la Unión Europea, vid., por todos, STALLA-BOURDILLON, S. y otros, «An academic perspective on the copyright reform», *Computer Law and Security Review*, Vol. 33, 2017, pp. 3 y ss.; SENFTLEBEN, M. y otros, «The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform», *E.I.P.R.*, Vol. 40, Issue 3, 2018, pp. 149 y ss.; EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Opinion on the EU Copyright Reform Package*, 24.01.2017, p. 7 <<https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf>>; EUROPEAN POLICY FOR INTELLECTUAL PROPERTY (EPIP), *The Copyright Directive: EPIP Academic Statement*, 10.09.2018 <<http://bit.ly/2loFISF>>.

cargadas por sus usuarios o las promocionan por cualquier medio («independientemente de la naturaleza de los medios utilizados a tal fin»). Por último, y con independencia de que puedan o no acogerse a las reglas de exención de responsabilidad del art. 14 DCE, se impone a los proveedores de servicios de almacenamiento que facilitan el acceso a grandes cantidades de obras u otras prestaciones cargadas por sus usuarios la obligación de adoptar las medidas pertinentes para asegurar el correcto funcionamiento de los acuerdos celebrados con los titulares de derechos o para impedir que estén disponibles en sus servicios obras u otras prestaciones identificadas por los titulares de derechos, lo que se traduce en la obligación de implementar técnicas de reconocimiento y filtrado de los contenidos alojados por sus usuarios.

Tras la adopción de la posición negociadora por Consejo, el 25 de mayo de 2018¹¹, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo (JURI) votó a favor de las disposiciones clave de la Directiva el 20 de junio, encargando al ponente de la propuesta, el eurodiputado Axel Voss, que iniciara las negociaciones a tres bandas con el Consejo y la Comisión. Sin embargo, en medio de intensas presiones por parte de los defensores y detractores de las medidas propuestas, el Parlamento Europeo en la votación plenaria del 5 de julio de 2018 rechazó el texto de la Comisión de Asuntos Jurídicos por 318 votos frente a 278 y 31 abstenciones. Tras la incorporación de una serie de enmiendas redactadas por el relator Voss en nombre del Partido Popular Europeo (PPE), un nuevo texto fue sometido a votación y el Parlamento adoptó finalmente una posición sobre la Directiva el 12 de septiembre de 2018¹², dando paso así al proceso de negociación con el Consejo y la Comisión (triálogo), que se espera pueda permitir la votación de un texto definitivo en el pleno del Parlamento en enero de 2019.

De las enmiendas aprobadas en el Parlamento llama la atención la supresión del deber de adoptar sistemas automatizados de reconocimiento de contenidos, sin duda el aspecto más controvertido del art. 13 en la Propuesta de la Comisión. En su lugar, se establece simplemente que cuando los titulares de derechos no deseen celebrar acuerdos de licencia, los proveedores de servicios de almacenamiento deberán cooperar de buena fe con los titulares de derechos para garantizar que las obras o demás prestaciones protegidas no autorizadas no se encuentren disponibles a través de sus servicios¹³. Sin embargo, lo que se ha mantenido en las

¹¹ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market – Agreed negotiating mandate, 2016/0280 (COD), Brusels, 25 May 2018 (OR.en) 91349/18.

¹² PARLAMENTO EUROPEO, Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 12 de septiembre de 2018 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD)) P8_TA-PROV(2018)0337.

¹³ Aunque se ha dicho que ello podría entenderse aún como una alusión implícita a los sistemas automatizados de filtrado de contenidos [vid. EPIP, *Vote for a balanced European copyright law (Statement by EPIP Academics to Members of the European Parliament in advance of the Plenary Vote on the Copyright Directive on 12 September 2018)*, <https://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2018/09/>

distintas versiones de la Propuesta de Directiva que se está debatiendo en estos momentos es la atribución de responsabilidad por infracción del derecho de comunicación al público a los prestadores de servicios de alojamiento de contenidos generados por usuarios que facilitan el acceso a obras y prestaciones protegidas. Es en esta cuestión en la que se centra el presente estudio. Pero, antes de explicar el contenido de la regulación propuesta y las razones por las que creemos que la misma es inconsistente con la interpretación que el Tribunal de Justicia ha venido haciendo de otras Directivas que tratan de armonizar el Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea (apartado IV), nos detendremos a analizar cuál es el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento que consagró la Directiva sobre el comercio electrónico (apartado II) y las razones que están detrás del polémico artículo 13 de la Propuesta (apartado III).

II. LA PRETENDIDA ARMONIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN LA DIRECTIVA SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN LA DIRECTIVA 2000/31/CE

En el año 2000 el legislador comunitario adoptó la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico (en adelante, DCE)¹⁴, con la finalidad de favorecer el desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en el mercado interior, eliminando para ello los obstáculos que se derivan de la disparidad normativa y de la inseguridad jurídica de los regímenes nacionales aplicables a estos servicios¹⁵. Un aspecto esencial de la DCE es el especial régimen de exención de responsabilidad (*safe harbours*) de los prestadores de servicios de intermediación por las infracciones cometidas o los contenidos ilícitos transmitidos o almacenados por sus usuarios, con el que se pretendía poner fin a la emergente disparidad de criterios aplicados en los ordenamientos nacionales, algo que se temía pudiera entorpecer el correcto funcionamiento del mercado interior, obstaculizar el desarrollo de servicios transfronterizos y producir distorsiones en la competencia¹⁶.

Statement-by-EPIP-Academics.pdf], no parece que sea así, porque de otro modo no se entendería que el art. 13(3) del texto aprobado por el Parlamento disponga expresamente que en los diálogos entre titulares de derechos y prestadores de servicios para armonizar y definir las mejores prácticas «se garantizará que se evite... el bloqueo automático de contenidos». Obviamente, ello no impide el uso de cualquier tecnología que permita detectar contenidos protegidos, pero sí que estos puedan bloquearse automáticamente.

¹⁴ Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

¹⁵ Considerando 5 DCE.

¹⁶ Considerando 40 DCE. Sobre el estado de la cuestión en los países de la Unión Europea con anterioridad a la aprobación de la Directiva, vid. JULIÀ BARCELÓ, R., «Liability for On-line Intermediaries. A European Perspective», *E.I.P.R.*, Issue 12, 1998, pp. 456 y ss.

El enfoque adoptado por la DCE demuestra que el legislador comunitario no era ajeno tampoco a la preocupación existente en aquel momento de que la imposición de un régimen de responsabilidad demasiado severo a los prestadores de servicios de intermediación pudiese representar una carga excesivamente gravosa para estos, que se tradujera en un freno al desarrollo de la incipiente sociedad de la información y el comercio electrónico. Al mismo tiempo, era evidente también el riesgo de que si los intermediarios se veían sujetos a un estricto régimen de responsabilidad por los datos transmitidos o almacenados, ello podría suponer un incentivo para que estos eliminasen cualquier contenido que potencialmente pudiera infringir los derechos de terceros, con el fin de eludir toda responsabilidad (*collateral censorship*) y, lo que es más grave, que para hacerlo se vieran forzados a asumir la función de controlar los contenidos que sus usuarios transmiten o almacenan, lo cual supondría una clara amenaza para ciertos derechos fundamentales, como el derecho a la privacidad o la libertad de expresión y comunicación, además de que sería una tarea imposible de asumir, no sólo por la ingente cantidad de contenidos que estos intermediarios procesan, sino porque muchas veces esos contenidos no son ilícitos en sí mismos, sino que la ilicitud deriva de circunstancias que aquellos no pueden conocer¹⁷. Por todas estas razones¹⁸, junto a las reglas de exención de responsabilidad para los proveedores de servicios de intermediación, recogidas en los arts. 12 a 14, el art. 15 DCE prohíbe a los Estados miembros imponer a cualquiera de estos de un deber general de supervisar los contenidos transmitidos o almacenados a requerimiento de los usuarios de sus servicios o de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.

Ahora bien, la DCE no establece las reglas por las que se ha de regir la atribución de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de intermediación. Como dijo un portavoz autorizado de la Comisión Europea al tiempo de la aprobación de la DCE, «[esta] determina sólo aquellos casos en los que un prestador puede disfrutar de una exención o una limitación de responsabilidad. Eso no significa que el prestador incurra necesariamente en responsabilidad en el caso de que no cumpla dichas condiciones. En este caso, el régimen nacional de responsabilidad se aplicará para determinar la responsabilidad del

¹⁷ Por ejemplo, la veracidad de una afirmación que, de ser falsa, podría considerarse un atentado contra el honor de otra persona; la procedencia o la autenticidad de los productos comercializados a través de un sitio web o la titularidad de los derechos sobre una creación intelectual puestos a disposición del público en Internet.

¹⁸ A este respecto, vid. STALLA-BOURDILLON, S., «Sometimes one is not enough! Securing freedom of expression, encouraging private regulation, or subsidizing internet intermediaries or all three at the same time: The dilemma of internet intermediaries' liability», *Journal of International Commercial Law and Technology*, Vol. 7(2), 2012, pp. 154 y ss., que pone de manifiesto cómo precisamente uno de los problemas a la hora de interpretar las reglas de exención de responsabilidad incluidas en la DCE resulta de la dificultad de conciliar los tres objetivos, a veces enfrentados, a los que responden sus normas: la protección de la libertad de expresión, la promoción de la innovación y la lucha contra los contenidos ilícitos en Internet.

proveedor»¹⁹. Por lo tanto, la atribución de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación sigue dependiendo del régimen que resulte aplicable en los diferentes ordenamientos nacionales²⁰, entre los que pueden existir (y de hecho existen) notables divergencias²¹. Lo que la Directiva prevé es sólo que los Estados miembros han de garantizar que, en cualquier caso y sea cual sea ese régimen nacional aplicable, quienes prestan ciertos servicios de intermediación (*mere conduit, caching y hosting*) quedarán exentos de responsabilidad, siempre que se cumplan determinadas condiciones específicas, que se hacen depender de cada tipo de actividad²².

2. PRESUPUESTOS DE LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE ALOJAMIENTO (*HOSTING*)

En el caso particular de los prestadores de servicios de alojamiento, el párrafo primero del art. 14 DCE dispone que estos no serán responsables de la información almacenada por los destinatarios del servicio si se cumple una de estas dos condiciones: (a) que el prestador del servicio de almacenamiento no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en el caso de una acción de daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito; o (b) que, en el caso de que el prestador del servicio de alojamiento llegue a tener ese conocimiento, actúe con prontitud para retirar los datos o imposibilitar el acceso a los mismos²³.

¹⁹ CRABIT, E., «La directive sur le commerce électronique», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, Vol. 4. 2000, p. 812.

²⁰ Para un análisis comparado, vid. ANGELOPOULOS, Ch., «Beyond the Safe Harbours: Harmonising Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe», *Intellectual Property Quarterly*, 2013-3, pp. 253 y ss.; LEISTNER, M., «Structural aspects of secondary (provider) liability», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 9, No. 1, 2014, pp. 78 y ss.

²¹ Afirma en este sentido ANGELOPOULOS (ibid., p. 254) que la apariencia de aproximación que ofrecen las reglas de exención de responsabilidad (*safe harbours*) enmascara la fragmentación persistente en el régimen de responsabilidad sustantivo dentro de las fronteras europeas.

²² Este régimen de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación está claramente inspirado en el que dos años antes había consagrado en los Estados Unidos la *Digital Millennium Copyright Act*, aunque existen entre ambos algunas diferencias. La primera y quizá la más importante reside en que aquella adopta una regulación horizontal, en la medida en que el régimen de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación resulta aplicable a todo tipo de actividades ilícitas, cualquiera que sea el derecho vulnerado y el tipo de responsabilidad que de ellas se deriva, ya sea civil, penal o administrativa, mientras que, por el contrario, la DMCA tiene un ámbito de aplicación limitado a las infracciones de los derechos de autor y únicamente cubre la exención de responsabilidad por daños y perjuicios. Para un estudio comparado de ambas normas, vid., PEGUERA POCH, M., «The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems», *Colum. J. L. & Arts*, Vol. 32, 2009, pp. 481 y ss.

²³ A tenor del párrafo segundo del art. 14 las limitaciones de responsabilidad establecidas en el párrafo primero no se aplican en el caso de que el proveedor de los contenidos actúe bajo la autoridad o control del prestador del servicio. En el asunto *Papasavvas* el TJUE deja claro que no puede acogerse a las limitaciones de responsabilidad establecidas en el art. 14 DCE una sociedad

Uno de los principales problemas interpretativos que suscita la norma reside en determinar en qué casos cabe apreciar que el prestador de un servicio de alojamiento ha adquirido conocimiento de la ilicitud y queda, por tanto, fuera del abrigo de la protección que ofrece el art. 14 DCE. La ausencia de un parámetro objetivo o de un procedimiento de notificación y retirada como el que sí consagró en Estados Unidos la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), ha llevado a los tribunales nacionales a aplicar distintos criterios a la hora de apreciar que el prestador del servicio de alojamiento tenía el nivel de conocimiento requerido por la norma, de manera que mientras en unos casos se considera suficiente una indicación general sobre la presencia de contenidos ilícitos, en otros se exige un conocimiento específico y detallado sobre el contenido infractor, e incluso que la ilicitud sea manifiesta. El Tribunal de Justicia no ha zanjado esta cuestión, aunque sí ha dicho que la notificación por parte del sujeto cuyos derechos han sido vulnerados constituye, como regla general, un elemento que el juez nacional debe tomar en consideración a la hora de apreciar si el intermediario tiene el conocimiento efectivo del que habla el art. 14 DCE²⁴. No obstante, el propio Tribunal de Justicia reconoce que la existencia de una notificación no siempre determina que el prestador de un servicio de alojamiento pierda la posibilidad de invocar la exención de responsabilidad, puesto que esa notificación puede resultar excesivamente imprecisa o no encontrarse suficientemente fundada. Al mismo tiempo, la notificación no sería la única forma en que el proveedor de un servicio de alojamiento puede llegar a alcanzar el conocimiento del que habla la norma, pues también podría darse la circunstancia de que descubra la existencia de una actividad o una información ilícita de otro modo, por ejemplo, a través de una investigación realizada por él mismo. En definitiva, lo determinante es que el prestador de alojamiento, de una u otra forma, «haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido deducir ese carácter ilícito y actuar de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b), de dicho artículo 14»²⁵.

En cualquier caso, el conocimiento abstracto de que algunos contenidos alojados por sus usuarios son ilícitos no puede considerarse suficiente para impedir que el proveedor de un servicio de alojamiento pueda acogerse a la exención de responsabilidad, pues ello privaría de toda eficacia a la regla contenida en el art. 14 DCE, ya que cualquier operador de un servicio de alojamiento de contenidos de un cierto tamaño debe razonablemente saber que un porcentaje

editora de prensa que dispone de una página de Internet en la que se publica la versión digital de un periódico, dado que en este caso el prestador del servicio no actúa como intermediario, sino que es el mismo diario el que provee el contenido infractor [STJUE (Sala Séptima), 11 de septiembre de 2014, asunto C-291/13 (*Papasavvas*), ECLI:EU:C:2014:2209, aps. 45 y 46]. Cuestión distinta sería la aplicación de las reglas de exención de responsabilidad a un diario digital por los comentarios efectuados por sus lectores al hilo de una noticia.

²⁴ TJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09 (*L'Oréal*), ECLI:EU:C:2011:474, ap. 122.

²⁵ *Ibid.*, ap. 120.

de los mismos pueden ser ilícitos²⁶. Aunque el Tribunal de Justicia no lo haya dicho así expresamente, se podría deducir esta conclusión de la exigencia de precisión que exige a la notificación por parte del sujeto cuyos derechos han sido vulnerados. En palabras del Abogado General Jääskinen «es evidente que el prestador de servicios debe tener un conocimiento efectivo, y no una mera sospecha o suposición, de la actividad o información ilegal»²⁷.

3. ALCANCE DE LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Las limitaciones de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecidas en los arts. 12-14 DCE no afectan a la posibilidad de entablar acciones de cesación a través de las cuales se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella. De hecho, el propio art. 14(3) —al igual que hacen los arts. 12(3) y 13(2) en relación con los servicios de *mere conduit* y *caching*—, tras sentar las condiciones en las que los prestadores de un servicio de alojamiento no son responsables de las infracciones cometidas por sus usuarios, se encarga de aclarar que dicha exención de responsabilidad no es un obstáculo para que «un tribunal u órgano administrativo, de conformidad con el derecho nacional, pueda requerir al intermediario para poner fin o prevenir la infracción», lo que incluye retirar la información ilícita o impedir que se acceda a ella²⁸.

La posibilidad de imponer un deber de colaboración a los prestadores de servicios de intermediación que la DCE dejaba en manos de las legislaciones nacionales, pasó a ser considerada como una obligación para todos los Estados miembros, primero con la Directiva 2001/29/CE, en relación con la tutela de los derechos de autor y derechos afines, y más tarde con la Directiva 2004/48/CE, que extendió esa misma obligación a la tutela de otros derechos de propiedad

²⁶ En este sentido, vid. VAN EECKE, P., «Online service providers and liability: a plea for a balanced approach», *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011, p. 1478; GIOVANELLA, F., «Online Service Providers' Liability, Copyright Infringement, and Freedom of Expression: Could Europe Learn from Canada?», en Taddeo, M./ Floridi, L. (Eds.), *The Responsibility of Online Service Providers*, Springer, Cham, 2017, p. 231.

²⁷ Razona el Abogado General que «el requisito del conocimiento efectivo parece excluir el conocimiento presunto», de manera que «[n]o es suficiente que el prestador de servicios debiera haber conocido o tenga buenos motivos para sospechar una actividad ilegal» [Conclusiones del Abogado General Sr. Jääskinen presentadas el 9 de diciembre de 2010, asunto C-324/09 (*L'Oréal*), ECLI:EU:C:2010:757, aps. 162-163].

²⁸ A tenor del considerando 45 DCE «[l]as limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecida en la presente Directiva no afecta a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos. Dichas acciones de cesación pueden consistir, en particular, en órdenes de los tribunales o de las autoridades administrativas por los que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella».

intelectual²⁹. El art. 8(3) Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, sobre la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (en adelante DDASI), obliga a los Estados miembros a reconocer la posibilidad de que los titulares de derechos de autor o derechos afines puedan ejercitar medidas cautelares contra los intermediarios para impedir o poner fin a las infracciones cometidas por terceros. Aunque esta norma no se refiere exclusivamente a los prestadores de servicios de intermediación en Internet, no cabe duda de que estaba pensando en ellos, como se desprende del considerando 59 de la propia Directiva, a tenor del cual «[s]obre todo en el entorno digital, es posible que terceras partes utilicen cada vez con mayor frecuencia los servicios de intermediarios para llevar a cabo actividades ilícitas. En muchos casos, estos intermediarios son quienes están en mejor situación de poner fin a dichas actividades ilícitas. Así pues, y sin perjuicio de otras sanciones o recursos contemplados, los titulares de los derechos deben tener la posibilidad de solicitar medidas cautelares contra el intermediario que transmita por la red la infracción contra la obra o prestación protegidas cometida por un tercero»³⁰. En la misma línea, la Directiva 2004/48/CE, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, contempla también en su art. 9.1.a) la posibilidad de ejercitar acciones cautelares contra los intermediarios, pero además en el art. 11 prevé que, una vez se haya adoptado una decisión judicial en la que se constate la infracción de un derecho de propiedad intelectual, los Estados miembros no sólo han de garantizar que las autoridades judiciales pueden ordenar al infractor el cese de la actividad ilícita, sino que los titulares de derechos han de poder solicitar que se dicte un mandamiento judicial también contra los intermediarios cuyos servicios hayan sido utilizados por terceros para cometer la infracción³¹.

El problema que se plantea en el seno de la Unión Europea no es, pues, si pueden ejercitarse medidas de cesación contra los proveedores de acceso a Internet, sino en qué circunstancias y, en su caso, cuál es el alcance de las medidas que les pueden ser impuestas. El considerando 59 DDASI afirma que las condiciones y modalidades de estas medidas cautelares habrán de ser determinadas por la

²⁹ Ninguna de estas dos Directivas ha supuesto, sin embargo, una modificación de las reglas de exención de responsabilidad contenidas en los arts. 12 a 14 DCE, vid. considerando 16 de la Directiva 2001/29/CE y art. 2, apartado 3, letra a) de la Directiva 2004/48/CE.

³⁰ De hecho, a la hora de transponer el art. 8(3) DDASI algún ordenamiento ha limitado su ámbito de aplicación al entorno digital. Sobre esta cuestión, en relación con el art. L. 336-2 del Código de la propiedad intelectual francés, vid. CARON, Ch., «Exégèse de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle consacrant les injonctions en droit d'auteur», en Bernault, C. y otros (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Lexis Nexis, Paris, 2014, p. 110.

³¹ El TJUE ha aclarado recientemente que el ámbito de aplicación del art. 11 inciso tercero de la Directiva 2004/48 no queda restringido al comercio electrónico, por lo que una empresa que subarrienda puestos de venta en un mercado físico en los que se comercializan productos falsificados puede considerarse un intermediario a cuyos servicios recurre un tercero para infringir un derecho de propiedad intelectual y, por tanto, ser destinatario de un requerimiento tendente a poner fin a la infracción, vid. STJUE (Sala Segunda) de 7 de julio de 2016, asunto C-494/15 (*Tommy Hilfiger*), ECLI:EU:C:2016:528, ap. 29.

legislación nacional, dando a entender que existe un margen de discrecionalidad de los Estados miembros para regular esta cuestión. Ese margen de discrecionalidad ha dado lugar a disparidad de criterios en las diferentes jurisdicciones nacionales, lo que ha sido considerado un obstáculo en la consecución de una protección uniforme de los derechos de autor y derechos afines en el seno de la Unión Europea³².

Esa posibilidad de imponer un deber de colaboración, sin embargo, aparece limitada por la regla contenida en el art. 15 DCE, a tenor del cual no podrá imponerse a los ISPs «una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas». El Tribunal de Justicia ha declarado que un requerimiento judicial ordenando a un proveedor de acceso instalar un sistema de filtrado que «obligaría a una supervisión activa del conjunto de datos respecto de todos sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual» constituiría un deber general de supervisión, prohibido por el art. 15 DCE³³.

4. LA NEUTRALIDAD COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR DE LA NOCIÓN DE INTERMEDIARIO

La extensión del ámbito de aplicación de la regla de exención de responsabilidad recogida en el art. 14 DCE pasa por la delimitación de lo que deba entenderse por «servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio».

Por lo que se refiere a la noción de «prestador de servicios de la sociedad de la información», la DCE se remite para su definición al apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE³⁴. Hoy esta ha quedado sustituida por la Directiva 2015/1535³⁵, aunque la definición de prestador de servicio de la sociedad de la información que recoge su artículo 1(1)(b) sigue siendo la misma. Se entiende por tal «todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a

³² Vid. EUROPEAN COMMISSION, Staff Working Document. *A Digital Single Market Strategy for Europe - Analysis and Evidence*, SWD(2015) 100 final, Brussels 6.05.2015, p. 30, que recoge precisamente la fragmentación en la transposición del art. 8(3) de la Directiva 2001/29/CE como ejemplo de las dificultades para la protección de los derechos de autor y derechos afines en toda Europa.

³³ STJUE (Sala Tercera), de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10 (*Scarlet Extended*), ECLI:EU:C:2011:771, ap. 40, En el mismo sentido, vid. STJUE (Sala Tercera), de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10 (*Netlog*), ECLI:EU:C:2012:85, ap. 38.

³⁴ Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, Diario Oficial n° L 204, 21/07/1998 pp. 0037-0048.

³⁵ Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, Diario Oficial n° L 241, 17/9/2015, pp. 1-15.

distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios». Sin embargo, ello no supone que deban ser excluidos aquellos servicios que se ofrecen de manera gratuita para los usuarios, siempre que para el prestador del servicio representen una actividad económica³⁶, como sucede por ejemplo en el caso de los servicios que se nutren de ingresos publicitarios³⁷ o, sencillamente, de aquellos que se ofrecen gratuitamente como un reclamo comercial³⁸.

Mayores dudas suscita la expresión «almacenamiento de datos facilitados por el destinatario del servicio». Esto es así porque la evolución tecnológica ha hecho que el rol que juegan los prestadores de algunos servicios de intermediación sea muy distinto del que tenía en mente el legislador comunitario en el año 2000, lo que ha generado dudas sobre el ámbito subjetivo de aplicación de las reglas de exención de responsabilidad, especialmente en el caso de los proveedores de alojamiento de datos facilitados por los destinatarios del servicio. Evidentemente, en el momento en que se concibe el régimen de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación a finales de los noventa, la noción de servicio de alojamiento o almacenamiento de datos estaba referida a los servicios de *hosting*, entendiendo por tal el arrendamiento de espacio en un servidor externo —esto es, un determinado número de bytes— en el que el usuario del servicio puede alojar todo tipo de información, fundamentalmente páginas o sitios web, pero también tablones de anuncios (*bulleting board services*), grupos de noticias (*news groups*) o espacios de conversación en tiempo real (*chat rooms*), donde los usuarios pueden leer información enviada por otros y subir sus propios mensajes³⁹. Sin embargo, dada la amplitud de los términos con los que la Directiva define la actividad de almacenamiento de datos, no parece que haya ningún obstáculo para extender la noción de servicio de alojamiento a todos aquellos servicios característicos de la llamada web 2.0 que se nutren de contenidos generados por usuarios, tales como blogs, foros, wikis, redes sociales o plataformas para almacenar y compartir archivos de todo tipo⁴⁰, y ello pese

³⁶ Considerando 18 DCE.

³⁷ Vid. STJUE (Sala Séptima) de 11 de septiembre de 2014, asunto C-291/13 (*Papasavvas*), ECLI:EU:C:2014:2209, aps. 28 y 29.

³⁸ En este sentido el TJUE ha considerado que el servicio facilitado por un comerciante consistente en la puesta a disposición de sus clientes de una red Wifi pública y gratuita está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE, vid. STJUE (Sala Tercera) de 15 de septiembre de 2016, asunto C-484/14 (*McFadden*), ECLI:EU:C:2016:689, aps. 41 y 42.

³⁹ Así, en el comentario que acompañaba la propuesta originaria de la Directiva sobre Comercio Electrónico, leemos: «[a]rticle 14 establishes a limit on liability as regards the activity of storage of information provided by recipients of the service and at their request (e.g. the provision of server space for a company's or an individual's web site, for a BBS, a news group; etc.)» [COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market, Brussels 18.11.1998, COM(1998) 586 final, 98/0325(COD), p. 29, accesible en <http://aei.pitt.edu/13258/1/13258.pdf>].

⁴⁰ Así, entre otros, PEGUERA POCH, M., «The DMCA Safe Harbors...», *cit.*, pp. 495-497; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado de Internet*, Thomson Reuters Civitas – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 5ª ed., 2015, pp. 252-253; ANGELOPOULOS, Ch., *Study on Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, 2017, [en línea].

a que, a diferencia del prestador de un servicio de alojamiento puro, que es totalmente ajeno a la información que almacena en sus servidores, al alojador 2.0 no le es indiferente el contenido de esa información, ni la cantidad de contenidos alojados o la manera en que estos se presentan, puesto que todos estos elementos son determinantes de su modelo de negocio. Pese a ello, el Tribunal de Justicia no ha dudado en calificar como alojador de contenidos facilitados por los destinatarios del servicio a un motor de búsqueda que ofrece un espacio de anuncios patrocinados que aparecen junto con los resultados «naturales» de las búsquedas⁴¹, a un mercado electrónico en línea que permite a sus usuarios publicar ofertas de venta y realizar transacciones a cambio de un porcentaje de las que se realicen⁴² o a una red social que ofrece la posibilidad de crear un perfil personal en el que subir comentarios, textos e incluso archivos de audio o de video⁴³.

Ahora bien, el propio Tribunal de Justicia ha matizado que para poder acogerse a las reglas de exención de responsabilidad del art. 14 DCE, no basta con reunir la doble condición de prestador de servicios de la sociedad de la información y de alojador de contenidos ajenos, sino que es preciso, además, que el prestador del servicio actúe como un mero intermediario. Así se desprende de la rúbrica de la sección 4 del capítulo II de la DCE, que se refiere a la «responsabilidad de los prestadores de servicios de *intermediación*».

La cuestión se planteó por primera vez ante el Tribunal de Justicia en el asunto *Google France* en el que se preguntaba al TJUE, entre otras cosas, si el buscador podía acogerse a la regla de exención de responsabilidad del art. 14 DCE en el caso de que se considerase que los anunciantes que utilizan el servicio AdWords de Google estaban infringiendo derechos de terceros. La esperada respuesta del TJUE debía servir no sólo para armonizar la interpretación de la Directiva, sino también para favorecer su adaptación a la evolución del entorno digital y en particular a los servicios de la denominada web 2.0. En sus Conclusiones, el Abogado General Maduro había considerado que, a diferencia de lo que sucede con los resultados naturales de las búsquedas de Google, que resultan de la aplicación de algoritmos automáticos que aplican criterios objetivos para generar sitios web que pueden ser de interés para el usuario⁴⁴, el

<https://doi.org/10.17863/CAM.23091>, p. 10, que pone de manifiesto que «los textos legales usualmente no se aplican sólo a las tecnologías existentes en el momento de su elaboración y el término “almacenamiento” es lo suficientemente amplio para acoger confortablemente las plataformas web 2.0».

⁴¹ STJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08 (*Google France*), ECLI:EU:C:2010:159, aps. 110-111.

⁴² STJUE (Gran Sala), 12 de julio de 2011, asunto C-324/09 (*L'Oréal*), ECLI:EU:C:2011:474, aps. 109-110.

⁴³ STJUE (Sala Tercera) de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10 (*Netlog*), ECLI:EU:C:2012:85, ap. 27.

⁴⁴ Conclusiones del Abogado General, Sr. Poiares Maduro, presentadas el 22 de septiembre de 2009, Asuntos acumulados C-236/08, C-237/08 y C-238/08 (*Google France*), ECLI:EU:C:2009:569, ap. 144 («[e]ste extremo se demuestra mejor en comparación con el motor de búsqueda de Google, que es neutral en lo que respecta a la información que transmite. Sus resultados naturales son producto de algoritmos automáticos que aplican criterios objetivos para generar sitios web que puedan ser

servicio AdWords que ofrece el buscador a los anunciantes no es un vehículo de información *neutral*, dado que se produce en un contexto publicitario en el que Google tiene un interés directo en que los usuarios pulsen los enlaces de los anuncios, por lo que no debía aplicarse la exención de responsabilidad por alojamiento de datos del art. 14 DCE⁴⁵. El Tribunal de Justicia no sigue exactamente el razonamiento del Abogado General, pero recoge el requisito de la actuación *neutral* como elemento determinante para calificar al prestador de un servicio de alojamiento como mero *intermediario*, susceptible, por tanto, de acogerse a las reglas de exención de responsabilidad recogidas en la DCE. Para llegar a esa conclusión el TJUE se apoya en el considerando 42 de la Directiva, cuando dispone que las exenciones de responsabilidad sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza «meramente técnica, automática y pasiva», lo que implica que el prestador «no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada»⁴⁶. A juicio del TJUE, el tribunal nacional remitente es el que está en mejores condiciones para decidir si el prestador del servicio desempeñó o no un papel neutral, aunque apunta una serie de criterios a tener en cuenta, de donde cabe deducir que la asistencia genérica facilitada a sus usuarios y el tratamiento automatizado de los datos llevado a cabo por el prestador del servicio no le hace perder su papel neutral. Así, la circunstancia de que el servicio de referenciación sea remunerado, que el orden de aparición de los anuncios dependa del precio pagado por el anunciante, que Google fije las formas de remuneración o que dé información general a sus clientes no es suficiente para negar su condición de intermediario⁴⁷. Por el contrario, si se acredita que Google desempeñó un papel activo en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace promocional o en el establecimiento o selección de las palabras clave, la respuesta podría ser distinta⁴⁸.

El requisito del papel neutral ha sido objeto de numerosas críticas. Se ha dicho que rompe el delicado equilibrio establecido por la DCE⁴⁹, que no encuentra apoyo en el texto de la propia Directiva y que podría llevar a interpretaciones divergentes por los tribunales nacionales, en contra de la finalidad perseguida por aquella de armonizar el régimen de prestación de servicios a través de

de interés para el usuario de Internet. La presentación de dichos sitios web y el orden en que se clasifican depende de su pertinencia con respecto a las palabras clave introducidas y no del interés de Google en un sitio web determinado o de su relación con él. Cabe admitir que Google tiene un interés —incluso un interés pecuniario— en mostrar los sitios web más pertinentes para el usuario de Internet. Sin embargo, no tiene interés en llamar la atención del usuario de Internet sobre un sitio web específico»).

⁴⁵ *Ibid.*, ap. 145.

⁴⁶ STJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08 (*Google France*), ECLI:EU:C:2010:159, ap. 114.

⁴⁷ *Ibid.*, aps. 115-118.

⁴⁸ *Ibid.*, ap. 118.

⁴⁹ WALDEN, I., «Mine host is searching for a “neutrality” principle!», *Computer Law & Security Review*, Vol. 26, 2010, pp. 208-209.

Internet⁵⁰. Algún comentarista ha apuntado que el origen de la confusión se debe a la desafortunada redacción del considerando 42 DCE, que da la impresión de referirse a las tres categorías de servicios de intermediación contemplados en la sección 4 del capítulo II de la Directiva, cuando en realidad luego sólo alude a las actividades de mera transmisión y de copia temporal, actividades que sí tienen carácter meramente técnico, automático y pasivo⁵¹.

Especialmente crítico con el requisito de la neutralidad se muestra el Abogado General Jääskinen en el asunto *L'Oréal*, que tiene su origen en una demanda presentada por la conocida marca de cosméticos contra eBay tras descubrir que a través de la web de esta última se estaban comercializando en el Reino Unido productos falsificados y otros productos de la marca L'Oréal que no estaban destinados a su venta o que estaban destinados a su comercialización fuera de Europa. L'Oréal sostenía que eBay era responsable de la infracción de sus marcas, tanto por la presentación de dichas ofertas de venta en su sitio web, como por el hecho de que eBay insertaba anuncios a través del servicio AdWords de Google para promocionar algunas de esas ofertas. El Abogado General llega a afirmar que «la “neutralidad” no parece ser un criterio muy acertado para esta cuestión conforme a la Directiva» y que «consideraría surrealista que si eBay interviene y orienta el contenido de las ofertas de artículos en su sistema a través de varios medios técnicos, se viera por esa circunstancia privada de la protección del artículo 14»⁵². En su opinión, «siempre que las ofertas sean introducidas por los usuarios sin inspección o control previos del operador del mercado electrónico que suponga una interacción entre personas físicas representantes del operador y el usuario, se trata de un almacenamiento de datos facilitados por un destinatario del servicio», pues en estas circunstancias, el operador del mercado económico no tiene por qué tener conocimiento efectivo de la actividad o información ilícita, ni de hechos o circunstancias que revelen la presencia de contenidos ilícitos⁵³. El propio Abogado General considera que la respuesta sería distinta si el mismo prestador de ese servicio de almacenamiento llevara a cabo otras actividades que no consistan en un almacenamiento de datos y que no estén por tanto amparadas por el art. 14. En este sentido, tras recordar que los arts. 12, 13 y 14 DCE contem-

⁵⁰ LEMARCHAND, S./ BARBIER, M., «Le fournisseur d'hébergement au sens de l'article 14 de la directive 2000/31 e la (nouvelle?) condition de neutralité», *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, N° 54, 2009, pp. 54-56; STALLA-BOURDILLON, S., «Internet Intermediaries as Responsible Actors? Why It Is Time to Rethink the E-Commerce Directive as Well», en Taddeo, M./ Floridi, L. (eds.), *The Responsibilities of Online Service Providers*, Springer, Cham, 2017, pp. 280-281.

⁵¹ VAN EECKE, P., «Online service providers...», *cit.*, p. 1482. Señala este autor que, a diferencia de las actividades de mera transmisión o de memoria caché, que sí tienen un carácter pasivo, la actividad de los prestadores de servicios de alojamiento presupone un cierto grado de implicación con la conducta de sus usuarios, por lo que no es correcto hacer depender la exención de responsabilidad de estos últimos del requisito de la neutralidad (*ibid.* pp. 1463 y 1483).

⁵² Conclusiones del Abogado General Sr. Jääskinen, presentadas el 9 de diciembre de 2010, Asunto C-324/09 (*L'Oréal*), ECLI:EU:C:2010:757, ap. 146.

⁵³ *Ibid.*, ap. 143.

plan exenciones de responsabilidad para ciertos *tipos de actividad* y no para un determinado *tipo de prestador de servicios* en cuanto tal, afirma que «en el caso de eBay, el alojamiento de información facilitada por un cliente puede acogerse sin duda a una exención si concurren los requisitos del artículo 14 de la Directiva 2000/31. Sin embargo, la excepción de alojamiento no exime a eBay de ninguna responsabilidad potencial que contraiga en el marco del uso *por su parte* de un servicio remunerado de referenciación por Internet»⁵⁴. En definitiva, lo que está diciendo el Abogado General es que si se demuestra que eBay selecciona determinadas ofertas de venta y las utiliza para promocionar su web a través del servicio AdWords de Google, en realidad, estaría actuando como proveedor de contenidos y no como un mero intermediario.

A pesar de las críticas, el Tribunal de Justicia iba a reafirmar el requisito de la neutralidad como elemento caracterizador de la noción de intermediario; sin embargo, la conclusión a la que llega no dista mucho de la del Abogado General. En efecto, tras insistir en que el prestador de un servicio de alojamiento sólo queda amparado por el art. 14 DCE cuando desempeña una posición neutra respecto de los datos facilitados por sus clientes, puntualiza que el mero hecho de almacenar en su servidor ofertas de venta (que lógicamente son accesibles para cualquiera a través de Internet), determinar las condiciones de su servicio, recibir una remuneración a cambio del mismo o dar información general a sus clientes, no son criterios que por sí solos permitan considerar que el prestador ha desempeñado un papel activo. Por el contrario, si un operador presta una asistencia que consiste en optimizar la presentación de *determinadas ofertas de venta* o promover *tales ofertas*, ya no cabe hablar de un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus clientes, sino que habrá desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas⁵⁵.

Por lo tanto, rectamente entendido, el requisito de la neutralidad no significa que el prestador de alojamiento deba tener una actitud completamente pasiva, ni mucho menos que los alojadores 2.0 deban quedar por definición excluidos de la protección que ofrece el art. 14 DCE. Las continuas alusiones del Tribunal de Justicia a los concretos contenidos infractores y la conexión del requisito de la neutralidad con las nociones de conocimiento y control de los contenidos alojados, parecen indicar que el Tribunal de Justicia está queriendo distinguir entre los intermediarios que mantienen su independencia respecto de los contenidos infractores alojados por los destinatarios del servicio, y los que, por el contrario, toman partido por dichos contenidos hasta el punto de ser partícipes de la infracción, lo que no les hace merecedores de protección⁵⁶. En

⁵⁴ Ibid., ap. 151.

⁵⁵ STJUE (Gran Sala), 12 de julio de 2011, asunto C-324/09 (*L'Oréal*), ECLI:EU:C:2011:474, aps. 115-116.

⁵⁶ En este mismo sentido, vid., VAN EECKE, P., «Online service providers...», cit, p. 1463; SYNO-DINO, T. -E., «Intermediaries' liability for online copyright infringement in the EU: Evolutions and confusions», *Computer Law & Security Review*, Vol. 31, 2015, p. 65; ANGELOPOULOS, Ch.,

relación con los prestadores de servicios de mera transmisión y memoria caché, el considerando 44 DCE afirma que un «prestador de servicios que *colabora deliberadamente* con uno de los destinatarios de su servicio a fin de cometer actos ilegales... no puede beneficiarse, por consiguiente, de las exenciones de responsabilidad establecidas para dichas actividades» y lo mismo parece que sería aplicable a los prestadores de servicios de alojamiento.

III. LA JUSTIFICACIÓN DE LA NUEVA REGULACIÓN PROPUESTA: EL DENOMINADO *VALUE GAP*

Las industrias de contenidos, particularmente las compañías discográficas, llevan años denunciando que las plataformas que almacenan contenidos cargados por sus usuarios (como YouTube, Dailymotion o Vimeo), ponen a disposición del público grandes cantidades de obras y prestaciones protegidas por derechos de autor, escudándose en el sistema de exención de responsabilidad del que gozan los prestadores de servicios de intermediación para negarse a pagar una remuneración justa por el uso de dichos contenidos, cuando en realidad estos les reportan importantes beneficios.

A pesar de que el informe anual presentado por la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI) en 2014 ponía de relieve que las mejoras en el manejo de los contenidos por parte de estas plataformas de almacenamiento de contenidos generados por los usuarios estaban ayudando a los titulares de derechos a aumentar sus ingresos a través de licencias de uso⁵⁷, la visión que ha venido ofreciendo dicho informe desde 2015 es bien distinta, llegando a afirmar que el *value gap* es «el problema más acuciante que afecta al negocio

Study on Online Platforms..., cit., p. 12, para quien «lo importante es, no tanto qué hace el intermediario, sino la manera en lo hace: pasivamente, a través de un proceso técnico automatizado ofrecido a todos sus clientes o como resultado de una decisión consciente de tomar parte en la infracción cometida por otro»; SARTOR, G., *Providers Liability: From the eCommerce Directive to the Future*, In-Depth Analysis for the IMCO Committee, IP/A/IMCO/2017-07, PE 614.179, 2017, p. 26, que sostiene que debe abandonarse la idea de que sólo los prestadores de servicios de alojamiento que adoptan un papel pasivo deben estar protegidos, en particular si se considera que indexar los contenidos cargados por los usuarios o facilitar herramientas de búsqueda debe considerarse como una actuación activa. Considera este autor que «lo que justifica la exención de responsabilidad no es la pasividad de los intermediarios, sino más bien su función como facilitadores de la comunicación», lo que en algunos casos hace necesario adoptar un rol activo, mediante la creación de un entorno en el que las comunicaciones de sus usuarios puedan expresarse y estar disponibles para los demás.

⁵⁷ IFPI Digital Music Report 2014, *Lighting up new markets*, p. 20, <<http://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2014.pdf>>, en él se afirma que «[e]l sistema ContentID de Google (y otros sistemas utilizados por otras plataformas) ha hecho que sea más fácil para los titulares de derechos diferenciar entre tipos de video, permitiendo que la transmisión de contenido no oficial generado por el usuario como mashups sea licenciado y monetizado, en lugar de eliminarse por infringir derechos de autor. La herramienta TrueView de YouTube para publicidad también está teniendo un impacto positivo en la monetización de videos musicales».

de las compañías discográficas en la actualidad»⁵⁸ y «la máxima prioridad legislativa» para la industria de la música⁵⁹.

Con la expresión *value gap* (o brecha de valor) se hace referencia al supuesto desequilibrio existente entre el valor añadido que las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por usuarios obtienen de las obras y prestaciones protegidas y el retorno que reciben a cambio los titulares de los derechos sobre las mismas. Y es que, aunque estas plataformas generalmente no cobran por el acceso a los contenidos que almacenan, lo cierto es que obtienen importantes ingresos derivados de la emisión de anuncios publicitarios y de la comercialización de datos relativos a sus usuarios⁶⁰. En ambos casos el volumen de usuarios que acceden a estas plataformas es determinante para el éxito de su negocio, por lo que —siguiendo con el razonamiento de la industria discográfica— poder ofrecer contenidos atractivos y de calidad, como son las producciones profesionales, les resulta muy ventajoso. Por otro lado, la presencia de contenidos protegidos por derechos de autor o derechos afines en plataformas libremente accesibles a través de Internet también limita el valor de estos en el mercado, porque reduce el número de potenciales usuarios de esos mismos contenidos a través de otros canales de distribución y, por consiguiente, el precio que están dispuestos a pagar por otros servicios que ofrecen acceso a contenidos bajo licencias de uso⁶¹.

Los factores que han llevado a esta situación son, por un lado, la evolución de las preferencias de consumo, ya que en los últimos años la adquisición de soportes físicos e incluso la descarga de contenidos digitales se ha visto definitivamente desplazada por el disfrute en tiempo real vía *streaming*⁶², y, por otro, el marco jurídico existente, en particular las reglas de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento de datos, a la que se acogen las plataformas de almacenamiento de contenidos cargados por sus usuarios para eludir el régimen de concesión de licencias, al que sí se someten otros agentes económicos, como los servicios de suscripción (Spotify, Deezer...),

⁵⁸ IFPI Digital Music Report 2015, *Charting the path to sustainable growth*, pp. 22 y 23, <<http://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2015.pdf>>.

⁵⁹ IFPI Digital Music Report 2017, *Annual State of the Industry*, p. 24, <http://www.musikindustrie.de/fileadmin/bvmi/upload/06_Publikationen/GMR/GMR2017_press.pdf>.

⁶⁰ Aunque YouTube no revela su volumen de ingresos publicitarios, algunos estudios estiman que en 2015 estaban cerca de 8 mil millones de dólares, vid. DOGTIEV, A., «YouTube Revenue and Usage Statistics (2018)», *Business of Apps* [Online], 01.06.2018, <<http://www.businessofapps.com/data/youtube-statistics/>>.

⁶¹ Vid. en este sentido el informe preparado por Lear para Mediaset, *Development of the audiovisual markets and creation of original content*, 03.06.2016, pp. 15-16, <http://www.learlab.com/wp-content/uploads/2016/09/Report-Mediaset_EN_03_06_16.pdf>.

⁶² Según la información publicada por la Federación Internacional de la Industria Fonográfica, los ingresos totales por transmisión vía *streaming* aumentaron en el último año un 41,1% convirtiéndose, por primera vez, en la fuente de ingresos más importante del mercado de la música a nivel mundial, vid. IFPI Digital Music Report 2018, *Annual State of the Industry*, p. 10, <<https://www.ifpi.org/downloads/GMR2018.pdf>>.

que están, por tanto, en una situación de desventaja competitiva respecto de aquellas. Es cierto que algunas plataformas de almacenamiento, como YouTube, ofrecen a los titulares de derechos la posibilidad de participar de los beneficios publicitarios asociados a la visualización de sus contenidos, pero incluso en este caso, la queja es que esas cantidades no se corresponden con el valor real que generan dichos contenidos, ya que los titulares de derechos carecen de un verdadero poder de negociación, porque, a falta de acuerdo, no pueden exigir responsabilidades a las plataformas de almacenamiento por la puesta a disposición del público de sus obras y prestaciones protegidas⁶³. En este sentido, los titulares de derechos sostienen que existe una tremenda desproporción entre los ingresos que reciben de esas plataformas y los que obtienen de los proveedores de servicios de *streaming* que operan bajo auténticas licencias de uso⁶⁴.

Estos argumentos parecen haber calado en las instituciones europeas⁶⁵, como se desprende de diversos textos programáticos y propuestas legislativas. En este sentido, la Comunicación de la Comisión *Hacia un marco más moderno y más europeo de los derechos de autor* afirmaba ya que:

«[e]xiste, no obstante, una preocupación creciente sobre si la normativa actual sobre derechos de autor de la UE garantiza que el valor generado por algunas de las nuevas formas de distribución de contenidos en línea se reparta de modo equitativo, especialmente cuando los titulares de derechos no pueden fijar las condiciones de concesión de licencias ni negociar sobre una base de equidad con los posibles usuarios. Esta situación no es compatible con la ambición de un mercado único digital de ofrecer oportunidades a todos y reconocer el valor de los contenidos y de la inversión que suponen. Significa asimismo que no existe igualdad de condiciones para los diferentes agentes de mercado que intervienen en formas de distribución equivalentes»⁶⁶.

⁶³ Algunos titulares de derechos han descrito esta situación como «lo tomas o lo dejas» (*take it or leave it*), ya que o aceptan los términos ofrecidos por los proveedores de estos servicios o tienen que seguir confiando en el envío de notificaciones individuales por cada uno de los miles de contenidos infractores que almacenan, vid. *Synopsis report on the public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries and the collaborative economy*, p. 11 <<http://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/full-report-results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries>>.

⁶⁴ Según las estimaciones de la industria discográfica, Spotify paga a las compañías discográficas 20 dólares por usuario al año, mientras que YouTube pagaría sólo un dólar al año por cada usuario que utiliza esta plataforma para consumir música, vid. IFPI Digital Music Report 2018, *Annual State of the Industry*, p. 27, <<https://www.ifpi.org/downloads/GMR2018.pdf>>.

⁶⁵ En este sentido, vid. HOSOVEC, M., «EC Proposes Stay-down & Expanded Obligation to License UGC Services», *Hut'ko's Technology Law Blog*, 01.09.2016, <<http://www.husovec.eu/2016/09/ec-proposes-stay-down-expanded.html>>.

⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*, Bruselas 09.12.2015, COM(2015) 626 final, p. 10.

La misma idea se repite en otros documentos posteriores de la Comisión⁶⁷ y terminaría recogiendo en el considerando 37 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital, donde leemos que:

«...los titulares de derechos se enfrentan a dificultades cuando intentan conceder bajo licencia sus derechos y obtener una remuneración por la distribución en línea de sus obras. Esas dificultades podrían poner en peligro el desarrollo de la creatividad europea y la producción de contenidos creativos. Es necesario, por tanto, garantizar que los autores y los titulares de derechos reciban una parte equitativa del valor que se obtiene por la utilización de sus obras y demás prestaciones. En este contexto, la presente propuesta prevé medidas destinadas a mejorar la posición de los titulares de derechos para negociar y ser remunerados por la explotación de sus contenidos por parte de servicios en línea que permiten acceder a contenidos cargados por los usuarios»⁶⁸.

Sin embargo, la doctrina ha puesto de manifiesto que la retórica del *value gap*, utilizada para justificar una reforma de tan hondo calado, no se sustenta en sólidos estudios científicos que demuestren cuál es realmente el impacto negativo de las plataformas de intercambio de contenidos para los creadores y las industrias creativas⁶⁹, así como que tampoco se han tenido en cuenta algunos estudios empíricos que vendrían a demostrar justamente lo contrario⁷⁰. Así parece reconocerlo incluso la propia valoración de impacto que acompaña la Propuesta de Directiva al afirmar que:

⁶⁷ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa*, Bruselas 25.05.2016, COM(2016) 288 final, p. 9 («[h]oy día han hecho su aparición nuevas formas de distribución de contenidos en línea que permiten el acceso de cualquiera a los contenidos protegidos subidos por un usuario final. Si bien es verdad que estos servicios atraen hoy a un número de personas cada vez mayor y obtienen beneficios económicos de la actividad de distribución, preocupa también cada vez más que el valor generado por algunas de esas nuevas formas de distribución de contenidos no se esté repartiendo equitativamente entre distribuidores y titulares de derechos»); COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Promover una economía europea fundada en los derechos de autor justa, eficiente y competitiva en el mercado único digital*, Bruselas, 14.09.2016, COM(2016) 592 final, p. 8 («...existe una creciente preocupación por la equidad en el reparto del valor generado por algunas de las nuevas formas de distribución de contenidos en línea a lo largo de la cadena de valor. Los titulares de derechos se encuentran con dificultades a la hora de conceder licencias y de percibir una remuneración justa por la explotación de sus contenidos en línea. Esta situación podría también poner en situación de desventaja [a] los proveedores de servicios que pretendan realizar formas de distribución similares»).

⁶⁸ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva..., *cit.*, p. 3.

⁶⁹ EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *General Opinion on the EU copyright Reform Package*, *cit.*, p. 5 [«estamos decepcionados al ver que las propuestas no están fundadas en una sólida evidencia científica (en particular, económica)»].

⁷⁰ En este sentido, vid. FROSIO, G. F., «From horizontal to vertical: an intermediary liability earthquake in Europe», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, Vol. 12, No. 7, pp. 568-569.

«Estos impactos económicos se evalúan principalmente desde un punto de vista cualitativo, considerando cómo afectarían las diferentes opciones legislativas a las negociaciones entre quienes crean o invierten en la creación de contenido y quienes distribuyen dicho contenido en línea. La limitada disponibilidad de datos en este ámbito (más allá de los datos de mercado o los ejemplos específicos proporcionados por las partes interesadas que se presentan en la definición del problema cuando están disponibles) no permitió elaborar un análisis cuantitativo de los impactos de las diferentes opciones legislativas»⁷¹.

Por último, conviene también tener presente que la opinión de las plataformas sobre esta cuestión es muy distinta de la sustentada por las industrias de contenidos. YouTube, por ejemplo, afirma que su servicio de almacenamiento de video, lejos de sustraer parte del valor de los contenidos protegidos por derechos de autor, genera un valor añadido para los mismos, no sólo porque ofrece la posibilidad de recibir una parte de los beneficios que se obtienen de la publicidad asociada a la visualización de los mismos a través de su sistema de reconocimiento de contenidos Content ID, sino también porque sirve como escaparate para dar a conocer dichos contenidos y fomenta, por tanto, una mayor demanda. Algo de verdad habrá detrás de este argumento, cuando los propios titulares de derechos (incluidas las industrias de contenidos) son los que recurren muchas veces a estas plataformas para promocionar sus contenidos. De hecho, la industria discográfica no está reclamando que sus producciones dejen de estar accesibles a través de las plataformas de contenidos generados por usuarios —posibilidad que, por lo demás, estas venían ofreciendo ya voluntariamente desde hace años a través de diversos sistemas de reconocimiento de contenidos—, sino que lo que piden es poder fijar la compensación derivada de esos usos. Por otro lado, YouTube también alega que su modelo de negocio es muy distinto del de las plataformas que se basan en un sistema de suscripción y que, por lo tanto, no se puede pretender equiparar la remuneración que han de pagar unos y otros. Puestos a comparar los ingresos que la industria recibe de YouTube, esa comparación —dice— debería hacerse con las emisoras de radio, cuyo modelo de negocio se basa también en la publicidad. En este sentido, YouTube sostiene que las tarifas que paga a los titulares de derechos son muy superiores a las que estos reciben de las emisoras de radio, y que incluso en algunos países, como en Estados Unidos, estas están exentas del pago de regalías en concepto de derechos de autor precisamente porque se considera que son un medio de promoción que beneficia a los artistas y a las compañías discográficas⁷².

⁷¹ EUROPEAN COMMISSION, Staff Working Document. Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organizations and retransmissions of television and radio programs, SWD(2016) 301 final, Part 1/3, p. 136.

⁷² YouTube Creator Blog, *Setting the Record Straight*, 28.04.2016 <http://youtubecreator.blogspot.be/2016/04/setting-record-straight.html>.

IV. LA POSICIÓN DE LAS PLATAFORMAS DE ALMACENAMIENTO DE CONTENIDOS GENERADOS POR USUARIOS EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL

1. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 13

El art. 13 de la Propuesta de Directiva establece un especial régimen de responsabilidad aplicable a una categoría muy precisa de prestadores de servicios de la sociedad de la información. No se refiere a cualquier proveedor de un servicio de alojamiento, tal y como estos aparecen definidos por la DCE, sino sólo a aquellos que almacenan y al mismo tiempo facilitan el acceso público a grandes cantidades de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por los propios usuarios del servicio.

A tenor de los antecedentes legislativos y la valoración de impacto que acompaña a la Propuesta, parece evidente que el art. 13 estaba pensando en las conocidas como plataformas de alojamiento de contenidos generados por usuarios (*user generated content*)⁷³, en las que estos suben contenidos para compartirlos a través de Internet con cualquiera que acceda a dichas plataformas, como ocurre con YouTube, Dailymotion, Vimeo o Pinterest. Pero, junto a este tipo de plataformas, la norma se aplicaría también a cualquier prestador de un servicio que cumpla la doble condición de almacenar y facilitar el acceso público a un volumen considerable de contenidos protegidos por derechos de autor subidos por sus usuarios, categoría en la que habría que incluir a las redes sociales, como Facebook, Twitter o Instagram, en la medida en que estas permiten a quienes crean un perfil de usuario compartir todo tipo de contenidos, no sólo dentro del círculo más o menos amplio de sus amistades, sino con todos los demás usuarios de la propia red social, que pueden llegar a ser miles de millones de personas.

Por el contrario, en principio, quedarían fuera del ámbito de aplicación del art. 13 de la Propuesta de Directiva los agregadores de enlaces y los buscadores, ya que estos facilitan el acceso a contenidos a través de hipervínculos, pero

⁷³ Algunos prefieren hablar de «contenidos cargados por usuarios» (*user uploaded content*) alegando que, en realidad, los usuarios no generan nada, sino que se limitan a subir a la plataforma contenidos generados por otros, vid. LUCAS-SCHLOETTER, A., *Transfer of Value Provisions of the Draft Copyright Directive (recitals 38, 39, article 13)*, March 2017, p. 4, n. 11 [on line] <<http://www.authorsocieties.eu/uploads/Lucas-Schloetter%20Analysis%20Copyright%20Directive%20-%20EN.pdf>>. Sin embargo, no se puede generalizar, ni desconocer que en estas plataformas la mayoría de los contenidos subidos por los usuarios sí han sido creados por ellos (videos caseros, tutoriales, parodias, actividades educativas...). Además, hablar de contenidos «generados» por los usuarios no debe entenderse como sinónimo de que esos contenidos han sido necesariamente «creados» por ellos. Según el diccionario de la RAE «generar» es «producir», pero también «causar algo». Por ello en este trabajo preferimos mantener la denominación que hasta ahora había sido la más extendida de «contenidos generados por usuarios», sin prejuzgar que esos contenidos en unas ocasiones habrán sido además producidos por estos y en otras no.

no son ellos los que almacenan los contenidos a los que dirigen esos enlaces⁷⁴. No obstante, las enmiendas introducidas en el Parlamento Europeo proponen extender el deber de celebrar acuerdos de licencia con los titulares de los derechos afectados a los proveedores de servicios de la sociedad de la información que reproduzcan o referencien de forma automática cantidades significativas de obras visuales protegidas por derechos de autor con el fin de indexarlas o referenciarlas⁷⁵, lo que, en definitiva, supondría aplicar el nuevo régimen de responsabilidad a los principales buscadores de Internet que ofrecen servicios de referenciación de imágenes, como Google, Bing o Yahoo!

En el texto originario de la Propuesta de Directiva el ámbito de aplicación del art. 13 aparece limitado a los «proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenen y faciliten acceso público a *grandes cantidades* de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios». En la posición negociadora del Consejo desaparece del art. 13 esta referencia a los «proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenen y faciliten acceso público a grandes cantidades de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios», que se sustituye por el concepto de «proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea», cuya definición se lleva al art. 2. En él se afirma que por «proveedor de servicios de intercambio de contenidos en línea» hay que entender todo «proveedor de un servicio de la sociedad de la información uno de cuyos fines principales sea almacenar y facilitar acceso al público a *una cantidad considerable* de obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio optimiza y promociona con fines lucrativos»⁷⁶. La sustitución de la expresión «grandes cantidades» por «una cantidad considerable» de obras u otras prestaciones protegidas representa, como veremos, un intento de relativizar dicho elemento de la definición, mientras que la introducción del requisito de la finalidad lucrativa, vendría a dejar fuera del ámbito de aplicación de la norma a aquellos que pueden alojar y facilitar acceso a obras y prestaciones protegidas cargadas por usuarios, pero que lo hacen fuera del marco de una actividad comercial, como sucede con algunas plataformas colaborativas como la Wikipedia, administrada por una fundación sin ánimo de lucro y que se financia por medio de donaciones.

Dispone asimismo el art. 2(5) del texto propuesto por el Consejo que no deben considerarse proveedores de servicios de intercambio de contenidos a los efectos de esta Directiva las enciclopedias en línea, los repositorios educativos o científicos y las plataformas de desarrollo de *software* de código abierto que

⁷⁴ LUCAS-SCHLOETTER, A., *Transfer of Value...*, cit., p. 4.

⁷⁵ Art. 13 *ter* en las enmiendas aprobadas por el Parlamento.

⁷⁶ Aclara el considerando 37a) que organizar y promocionar «para atraer a una mayor audiencia» comprende, por ejemplo, indexar el contenido, presentarlo de una cierta manera y categorizarlo, así como usar promociones específicas para él.

no persigan ánimo de lucro, así como tampoco los proveedores de acceso a Internet, los mercados electrónicos cuya principal actividad sea la venta al por menor en línea —siempre que no faciliten el acceso a contenidos protegidos por derechos de autor⁷⁷— y los proveedores de servicios de almacenamiento en la nube que permitan a sus usuarios almacenar contenidos para uso individual, pero sin ofrecer acceso público a los mismos. Llama la atención que se incluyan en el catálogo de supuestos excluidos del concepto de proveedor de servicios de intercambio de contenidos, una serie de proveedores de servicios que, en realidad, no cumplen con alguno de los requisitos de la definición, pues, o falta en ellos el ánimo de lucro o no almacenan contenidos protegidos por derechos de autor o no prestan acceso al público a los contenidos que almacenan.

Las enmiendas aprobadas por el Parlamento están claramente inspiradas en este punto por el texto del Consejo, en cuanto que recogen tanto el concepto de «proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea», como la definición de los mismos, que pasa al artículo 2, párrafo 1, apartado 4 *ter* casi en los mismos términos que hemos visto. No obstante, de la enumeración de los sujetos que quedan excluidos del concepto de proveedor de servicios de intercambio de contenidos en línea desaparecen los proveedores de acceso a Internet y, en cambio, ante las críticas que recibió el texto propuesto por la Comisión de que las obligaciones impuestas a los prestadores de servicios de alojamiento iban a terminar favoreciendo a los grandes actores económicos en detrimento de los más pequeños y las *start-ups*⁷⁸, se añade una nueva categoría a esa lista referida a las microempresas y las pequeñas empresas⁷⁹, categoría que comprende a aquellas empresas que cuentan con menos de cincuenta trabajadores y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no

⁷⁷ Vid. considerando 37a).

⁷⁸ SARTOR, G., *Providers Liability...*, cit., pp. 13-14, destaca que las grandes plataformas de almacenamiento de contenidos pueden limitar los riesgos de incurrir en responsabilidad invirtiendo grandes cantidades en asesoramiento jurídico especializado y en costosos sistemas automatizados de control de los contenidos; ANGELOPOULOS, Ch., «Axel Voss's JURI Report on Article 13 Would Violate Internet Users' Fundamental Rights», *Kluwer Copyright Blog*, 09.06.2018, <<http://copyright-blog.kluweriplaw.com/2018/06/29/axel-voss-juri-report-article-13-violate-internet-users-fundamental-rights/>>, recuerda que las grandes plataformas ya disponen de sistemas de reconocimiento de contenidos; SENFTLEBEN, M., *EU Copyright Reform and Startups – Shedding Light on Potential Threats in the Political Black Box*, March 2017, p. 4 [en línea] <<http://www.innovatorsact.eu/wp-content/uploads/2017/03/Issues-Paper-Copyright-Directive-2.pdf>>, pone el acento en que, de quedar expuestas a la responsabilidad por vulneraciones de derechos de autor, las nuevas plataformas tendrían más difícil encontrar inversores, además de tener que asumir los costes derivados de las licencias y la implementación de técnicas efectivas de control de contenidos.

⁷⁹ En la posición negociadora del Consejo, el tamaño de los proveedores de servicios de intercambio de contenidos —específicamente, su consideración como pequeñas empresas o microempresas— es tomado en consideración exclusivamente a la hora de valorar la proporcionalidad de las medidas que les pueden ser impuestas para evitar que obras y prestaciones protegidas estén disponibles a través de sus servicios cuando no cuenten con la autorización de sus titulares, pero no están excluidos del resto de obligaciones impuestas por la Propuesta de Directiva, vid. considerando 38 e).

supera los diez millones de euros⁸⁰. La exclusión de las microempresas y las pequeñas empresas, fue una clara concesión política para lograr que la Propuesta superara el trámite parlamentario⁸¹. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, parece difícil justificar que, en función del tamaño de la empresa que explota una plataforma en línea, la misma actividad consistente en almacenar y facilitar el acceso a una cantidad considerable de obras y prestaciones protegidas pueda ser calificada en unos casos como un acto de comunicación al público sujeto a la autorización de los titulares de derechos y en otros no.

En cualquier caso, la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación del art. 13 de la Propuesta de Directiva sigue destacando por su falta de precisión, lo que puede derivar en interpretaciones divergentes por los tribunales nacionales, algo que va en contra del objetivo de establecer una regulación armonizada dentro del mercado único digital⁸². En primer lugar, es difícil predecir, cómo vaya a interpretarse la noción de «grandes cantidades» o «una cantidad considerable» de obras u otras prestaciones protegidas. La valoración de impacto que acompaña a la Propuesta de Directiva no aclara mucho la cuestión, afirmando que «esta categoría incluye servicios que pueden diferir significativamente en tamaño», comprendiendo los que tienen un elevado número de usuarios y a los que se suben directamente «de cientos a millones de archivos»⁸³. Aunque no se diga expresamente, debemos entender que la norma está pensando sólo en los prestadores de servicios que almacenan y prestan acceso a un volumen considerable de obras o prestaciones protegidas cargadas por los usuarios, cuando la puesta a disposición de dichos contenidos se haya hecho sin el consentimiento del titular y sin estar amparada por una excepción o limitación a los derechos de autor. Por otro lado, el considerando 37b) del texto procedente del Consejo apunta que para valorar si el proveedor de un servicio de intercambio de contenidos

⁸⁰ La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros. Dentro de esta categoría se distingue a su vez las «pequeñas empresas», que son aquellas que ocupan a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros, y las «microempresas», que ocupan a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros, vid. art. 2 del Anexo de la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas [notificada con el número C(2003) 1422] Diario Oficial n° L 124 de 20/05/2003, pp. 0036-0041.

⁸¹ Vid. VOSS, A., «Une nouvelle définition de la responsabilité des plateformes est nécessaire pour protéger efficacement les œuvres et auteurs européens», *Question d'Europe*, n° 492, 12.11.2018, p. 4, donde, en relación con la exclusión de las *start-ups* y las plataformas más pequeñas el propio ponente de la propuesta parlamentaria deja clara cuál era su opinión sobre este tema («al igual que los restaurantes nuevos o los más pequeños deben respetar las reglas de higiene, las reglas jurídicas sobre Internet no pueden ser revisadas a la baja»).

⁸² MOSCON, V., «The Council Negotiating Position on Article 13: Warning, Creators are also Part of the Game!!!», *Kluwer Copyright Blog*, 04.07.2018, <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/07/04/council-negotiating-position-article-13-warning-creators-also-part-game/>>

⁸³ EUROPEAN COMMISSION, Staff Working Document. *Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules ...*, cit., Part 1/3, p. 152, n. 466.

en línea almacena y facilita el acceso a una cantidad *considerable* de contenidos protegidos por derechos de autor se debe proceder de manera individualizada, tomando en cuenta una combinación de elementos, tales como la audiencia del servicio y el número de archivos de contenidos protegidos subidos por los usuarios. En realidad, partiendo de que el objetivo declarado de la Propuesta de Directiva son las plataformas que se benefician de la presencia de contenidos protegidos por derechos de autor para atraer a los usuarios e incrementar así su nivel de audiencia, lo que se debería tomar en consideración es más bien la proporción de contenidos ilícitos en relación con el conjunto.

Por último, conviene llamar la atención sobre un elemento de la definición de proveedor de servicios de intercambio de contenidos en línea, que ha pasado desapercibido para muchos y que, sin embargo, no es en modo alguno irrelevante. Me refiero al elemento subjetivo sobre el que se hace descansar el concepto de proveedor de servicios de intercambio de contenidos en línea tanto en el texto del Consejo como en las enmiendas introducidas en el Parlamento, «uno de cuyos fines principales» ha de ser el de albergar y facilitar el acceso público a grandes cantidades de contenidos «protegidos», lo que deja la puerta abierta para considerar que quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma quienes almacenan y facilitan el acceso a una cantidad considerable de contenidos protegidos, cuando no quepa apreciar dicho propósito o intención por su parte⁸⁴. Ello llevaría a reducir sensiblemente el ámbito de aplicación del art. 13, puesto que el actor tendría que demostrar esa intención, pero también generaría un elevado grado de incertidumbre. Evidentemente, la prueba de ese elemento subjetivo es casi imposible de lograr de manera directa, pero esta se podría derivar de hechos objetivos como las comunicaciones comerciales del prestador del servicio, el propio diseño y las funcionalidades que este ofrece a sus usuarios o incluso la proporción de contenidos ilícitos albergados en relación con el conjunto. Como tendremos ocasión de ver, estos criterios fueron precisamente los que llevaron al TJUE a apreciar que los operadores de *The Pirate Bay* tenían conocimiento de la ilicitud de los contenidos puestos ilícitamente a disposición del público por sus usuarios⁸⁵.

2. (IM)POSIBILIDAD DE INVOCAR LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ART. 14 DCE

Si partimos de que el objetivo declarado de los impulsores de la Propuesta de Directiva era, como hemos visto, impedir que las plataformas de alojamiento de contenidos cargados por usuarios pudieran seguir acogiéndose a las reglas

⁸⁴ En este sentido, ANGELOPOULOS, Ch., «Axel Voss's JURI Report...», *cit.* se pregunta si el «principal propósito» de las plataformas que alojan contenidos generados por usuarios es dar acceso a obras protegidas por derechos de autor y concluye que es difícil predecir cómo responderán los tribunales si se les plantea esta cuestión.

⁸⁵ Vid. *infra* IV.3.3.2.

de exención de responsabilidad que establece la DCE, no es de extrañar que el considerando 38 del texto propuesto por la Comisión Europea se apresure a descartar que estas plataformas puedan acogerse a las reglas de exención de responsabilidad⁸⁶. Lo que sí resulta sorprendente es que una consecuencia tan importante no esté recogida en el articulado de la Propuesta. La explicación la encontramos en la justificación que ofrece el propio considerando 38, al afirmar que, en la medida en que las plataformas «optimizan» y «promocionan» los contenidos que almacenan, su intervención no es la de un intermediario neutral, sino que juegan un papel activo y es por ello que no pueden acogerse a las reglas de exención de responsabilidad del art. 14 DCE. El lenguaje que emplea el considerando 38 no es nuevo, sino que está tomado de las decisiones del TJUE en los asuntos *Google France* y *L'Oréal*, con lo que se da a entender que la imposibilidad de acogerse a las reglas de exención de responsabilidad se deriva de la propia doctrina sentada por el Tribunal de Justicia sobre el papel neutral que cabe exigir a los prestadores de servicios de alojamiento para poder beneficiarse de las reglas de exención de responsabilidad del art. 14 DCE. De ser así, la Propuesta de Directiva no estaría introduciendo ninguna novedad en el sistema jurídico actualmente vigente, como han llegado a afirmar algunos comentaristas⁸⁷. Sin embargo, a tenor de cuanto se expuso más arriba⁸⁸, esta opinión no puede ser compartida.

Parte la Propuesta de Directiva de la idea efectivamente acuñada por el TJUE de que sólo son auténticos intermediarios aquellos proveedores de servicios de

⁸⁶ El considerando 38 del texto de la Propuesta contempla expresamente la relación entre el artículo 13 de la Propuesta y el art. 14 DCE cuando dispone que los proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenan y facilitan el acceso al público a obras u otras prestaciones protegidas por derecho de autor realizan un acto de comunicación pública y están por ello obligados a suscribir acuerdos de licencia «a menos que puedan acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo» (Considerando 38, párrafo 1). Sin embargo, a renglón seguido, viene prácticamente a descartar esta posibilidad al puntualizar que para apreciar si el proveedor de servicios puede acogerse al art. 14 DCE es preciso comprobar si este desempeña un papel activo «en particular optimizando la presentación de las obras o prestaciones cargadas o promocionándolas, *independientemente de la naturaleza de los medios utilizados a tal fin*» (Considerando 38, párrafo 2). En las enmiendas introducidas por el Parlamento la actuación de manera activa, optimizando los contenidos o promocionándolos con fines lucrativos, constituye un elemento de la definición de «proveedor de servicios de intercambio de contenidos» a los efectos de la Directiva de donde se deriva («por lo tanto») que no pueden acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE» (considerando 37 bis).

⁸⁷ Así, ALAI, «Resolución sobre las propuestas europeas del 14 de septiembre de 2016 para la introducción de un reparto más justo del valor que se obtiene a través de la puesta a disposición de obras y otros materiales protegidos por medios electrónicos», adoptada el 18 de febrero de 2017, <<http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/170218-value-gap-en.pdf>>; VON LEWINSKI, S., «Comments on Article 13 and related provisions in the JURI Committee Report for a Directive on Copyright in the Digital Single Market», *Kluwer Copyright Blog*, 03.09.2018 <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/09/03/comments-article-13-related-provisions-juri-committee-report-directive-copyright-digital-single-market/>>. Por su parte, LUCAS-SCHOLOETTER, A., *Transfer of Value...*, cit., p. 15, que considera que el párrafo segundo del considerando 38 se limita a clarificar la doctrina del TJUE.

⁸⁸ Vid. *supra*. II.4.

alojamientos que no desempeñan un papel activo. Sin embargo, a continuación, hace de esta expresión una interpretación más mucho más amplia de la que venía haciendo la jurisprudencia. En el texto proveniente de la Comisión se afirma que un proveedor de servicios desempeña un papel activo siempre que optimiza la presentación de las obras o prestaciones almacenadas por sus usuarios o las promociona, «independientemente de la naturaleza de los medios utilizados a tal fin»⁸⁹. Por si quedase alguna duda de cuál es la intención del legislador, las enmiendas introducidas por el Parlamento aclaran que esa optimización o promoción de los contenidos cargados o puestos a disposición por sus usuarios puede tener lugar, por ejemplo, «mediante la presentación, el etiquetado, la conservación y la secuenciación de las obras o prestaciones cargadas, independientemente de los medios utilizados para ello», de donde extrae igualmente la conclusión que el proveedor desempeña un papel activo y que «en consecuencia» no puede beneficiarse del régimen de exención de responsabilidad previsto en el art. 14 DCE⁹⁰.

Como ya vimos, la neutralidad constituye un elemento central de la caracterización de la noción de intermediario en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y esa neutralidad se pierde cuando el prestador de un servicio de alojamiento de datos desempeña un papel activo. Sin embargo, de esa jurisprudencia no se deriva en ningún caso que la mera optimización o promoción de los contenidos alojados por los usuarios signifique *en todo caso* desempeñar un papel activo. La Propuesta de Directiva toma las expresiones «promocionar» y «optimizar» de la decisión del TJUE en el asunto *L'Oréal*, pero las descontextualiza para extraer de ellas una consecuencia que no se puede generalizar. En verdad lo que dijo en ese asunto el Tribunal de Justicia es que «cuando este operador [eBay] presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta *en cuestión* o en promover *tales ofertas*, cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas»⁹¹. La sentencia se refiere claramente a la optimización y promoción *de determinadas ofertas de venta* y no a un «tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus clientes»⁹², porque si el operador de un mercado electrónico ofrece una asistencia personalizada a ciertos vendedores para mejorar la presentación de *esas* ofertas es de suponer que conoce el contenido de las mismas y lo mismo cabe decir si selecciona *ciertas* ofertas de productos que se comercializan a través de su plataforma y las promociona él mismo por medio de anuncios a través del sistema AdWords de Google para aumentar así el tráfico de su sitio web, que es de lo que se

⁸⁹ Considerando 38, párrafo 2°.

⁹⁰ Considerando 37 *bis* de las enmiendas aprobadas por el Parlamento.

⁹¹ STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09 (*L'Oréal*), ECLI:EU:C:2011:474, ap. 116.

⁹² *Ibid.*, ap. 113.

trataba en este asunto. En definitiva, el Tribunal de Justicia considera que *en esas circunstancias* la optimización y promoción de los contenidos alojados puede llevar a considerar que el prestador de un servicio de alojamiento «desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control» de los contenidos ilícitos almacenados por sus usuarios⁹³.

Nada de esto se dice en la Propuesta de Directiva, que no sólo no menciona en ningún momento que el rol activo del prestador del servicio que le hace perder su condición de intermediario es aquel que le permite adquirir conocimiento o control de los datos alojados, sino que afirma que cualquier forma de optimización de la presentación o promoción de los contenidos albergados conlleva un papel activo que le impide acogerse a las reglas de exención de responsabilidad del art. 14 DCE.

El art. 13 de la Propuesta de Directiva y los considerandos que lo acompañan no reflejan por lo tanto la interpretación de las reglas de exención de responsabilidad elaboradas por la jurisprudencia⁹⁴ y lo que es más grave pone en riesgo el delicado equilibrio que la DCE quiso establecer entre la protección adecuada frente a la infracción de derechos en Internet, el desarrollo de los servicios de la sociedad de la información y el respeto de las libertades y derechos fundamentales de los usuarios.

Sin necesidad de invocar el rol activo de las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por usuarios, se ha querido justificar su imposibilidad de acogerse a las reglas de exención de responsabilidad de la DCE sosteniendo que estas sólo protegen a los prestadores de servicios de intermediación respecto de la responsabilidad indirecta por la colaboración en las infracciones cometidas por los destinatarios de sus servicios, pero no por las infracciones directas que aquellos puedan cometer. De esta forma, al considerar la Propuesta de Directiva que los prestadores de servicios almacenan y facilitan el acceso a grandes cantidades de contenidos cargados por sus usuarios realizan un acto de puesta a disposición del público, la suya sería una responsabilidad directa y, por lo tanto, no serían aplicables en este caso las reglas de exención de responsabilidad del art. 14 DCE⁹⁵. Esta parece ser la lógica que subyace en la posición negociadora del Consejo, en la que desaparece toda referencia al rol activo de las plataformas de intercambio de contenidos y en su lugar se afirma simplemente que cuando estas realizan un acto de comunicación al público o de puesta a disposición al público, no podrán acogerse a la regla de exención

⁹³ Ibid., ap. 113; STJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08 (*Google France*), ECLI:EU:C:2010:159, ap. 120.

⁹⁴ ANGELOPOULOS, Ch., *On Online Platforms...*, cit, p. 34; SENFTLEBEN, M. y otros, «The Recommendation...», cit., pp. 153-154.

⁹⁵ En este sentido, VON LEWINSKI, S., «Comments on Article 13...», cit. La idea de que las reglas de exención de responsabilidad sólo se refieren a la responsabilidad indirecta y no a la responsabilidad directa la encontramos también en ROSATI, E., «The CJEU Pirate Bay Judgment...», cit., p. 745.

de responsabilidad prevista en el art. 14 DCE por esos actos no autorizados de comunicación al público o de puesta a disposición del público, sin perjuicio de que dicho precepto sí resulte aplicable a esas plataformas en relación con otros contenidos que no vulneren derechos de autor⁹⁶.

Este razonamiento se apoya sobre dos presupuestos. El primero es que las reglas de exención de responsabilidad solo entran en juego en los casos de responsabilidad secundaria o indirecta, lo cual ha sido cuestionado por parte de la doctrina⁹⁷ y además no encuentra apoyo en el texto de la DCE, que no distingue entre responsabilidad directa o indirecta, sino que habla simplemente de exenciones de responsabilidad por los contenidos transmitidos o alojados «a petición del destinatario del servicio». En segundo lugar, asume que la responsabilidad de las plataformas de intercambio de contenidos se basa en la infracción directa por parte de estas del derecho de comunicación al público, algo que hasta ahora no se había planteado y que nos lleva a analizar cuál es el fundamento de la responsabilidad de las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por usuarios en el caso de que estos infrinjan de derechos de propiedad intelectual.

3. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DE ALMACENAMIENTO DE CONTENIDOS GENERADOS POR USUARIOS POR INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

3.1. *El estado de la cuestión en la jurisprudencia de los Estados miembros*

Como ya sabemos, el mero hecho de que no resulten aplicables las reglas de exención de responsabilidad no es suficiente para que el prestador de un servicio de alojamiento sea considerado responsable. Esas reglas no son más que un mecanismo de defensa frente a una acción, en este caso por infracción de los derechos de autor o derechos afines, pero su ausencia no exime al autor de la necesidad de acreditar que existe una causa en la que fundar la responsabilidad del intermediario. Esa responsabilidad por infracción de los derechos de autor o derechos afines puede ser directa, en el caso de quienes reproducen, distribuyen, transforman o comunican públicamente las obras y prestaciones protegidas, o puede ser una responsabilidad indirecta o secundaria, en el caso de quienes, sin comunicar, distribuir, transformar o comunicar públicamente una obra o prestación protegida, promueven, incentivan, asisten o colaboran con el infractor⁹⁸.

⁹⁶ Vid. art. 13.3 y considerando 38b) en el texto del Consejo.

⁹⁷ Algunos autores sostienen que las reglas de exención de responsabilidad se aplican cualquiera que sea la fuente y el tipo de responsabilidad, vid., por ejemplo, RIORDAN, J., *The liability of Internet Intermediaries*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2016, p. 377.

⁹⁸ Los términos responsabilidad «secundaria», «indirecta» o «accesoria» se utilizan muchas veces de manera indistinta para hacer referencia a diferentes supuestos que tienen como común denominador

Hasta la fecha, la doctrina y la jurisprudencia de los Estados miembros había venido considerando que son los usuarios que suben los contenidos, no las plataformas que los almacenan y facilitan el acceso a los mismos, los que realizan un acto de comunicación al público. Por lo tanto, sobre los usuarios recae la responsabilidad directa por la infracción del derecho de comunicación al público, mientras que las plataformas que prestan un servicio de alojamiento podrían, en su caso, ser consideradas responsables secundarias o indirectas por facilitar la infracción, y ello sin perjuicio de la posible aplicación a estas últimas de la exención de responsabilidad del art. 14 DCE.

Ocurre, sin embargo, que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la responsabilidad directa por vulneración de derechos de autor o derechos afines, la responsabilidad secundaria por las conductas de facilitación de las infracciones cometidas por otros no está armonizada en el ámbito de la Unión Europea⁹⁹, al menos por lo que se refiere a las acciones de responsabilidad por los daños derivados de la infracción. Por esta razón, los tribunales de los Estados miembros recurren a doctrinas diversas, a veces tomadas del derecho de daños —materia que tampoco está armonizada a nivel europeo—, para justificar esa responsabilidad secundaria, lo que se ha traducido en una disparidad de criterios en las distintas jurisdicciones nacionales.

que la responsabilidad proviene de la conducta ilícita de un tercero, *cfr.* DINWOODIE, G. B., «A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers», en Dinwoodie, G. B. (ed.), *Secondary Liability of Internet Service Providers*, Springer, 2017, pp. 8 y ss. Siguiendo a este autor, podríamos distinguir los supuestos en los que la responsabilidad secundaria tiene su origen en la participación en la conducta infractora (*participant-based liability*), de aquellos otros en los que la responsabilidad se basa en una especial relación del responsable secundario con el infractor (*relationship-based liability*). La responsabilidad basada en la participación tiene lugar cuando un sujeto induce, contribuye o facilita la conducta ilícita cometida por otro. Un claro ejemplo de este tipo de responsabilidad es la doctrina norteamericana de la infracción contributiva (*contributory infringement*), en la que incurre quien, con conocimiento de la actividad infractora, induce, causa o contribuye materialmente a su comisión. En otros casos, por el contrario, la responsabilidad secundaria se justifica en el beneficio que el responsable indirecto obtiene de la conducta infractora, unido a una especial relación con el infractor que le habría permitido prevenir o impedir la comisión de la conducta ilícita. Dentro de esta categoría estarían los supuestos de responsabilidad vicaria (*vicarious liability*).

⁹⁹ En numerosas ocasiones se ha resaltado esta cuestión ante el TJUE, *vid.* Conclusiones del AG Sr. Poiares Maduro, presentadas el 22 de septiembre de 2009, asuntos acumulados C-236/08, C-237/08 y C-238/08 (*Google France*), ECLI:EU:C:2009:569, ap. 48; Conclusiones del AG Sr. Jääskinen presentadas el 9 de diciembre de 2010, asunto C-324/09 (*L'Oréal*), ECLI:EU:C:2010:757 ap. 56; Conclusiones del AG Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 8 de febrero de 2017, asunto C-610/15 (*Ziggo*), ECLI:EU:C:2017:99 ap. 65, donde leemos: «[s]i el operador de que se trata no realiza por sí mismo el acto afectado por el monopolio del autor (por ejemplo, la comunicación al público), esta violación sólo puede ser indirecta. Habida cuenta de que la responsabilidad por este tipo de infracciones no está armonizada a nivel del Derecho de la Unión, debe estar expresamente regulada en el Derecho nacional. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales verificar si existe tal responsabilidad en su Derecho interno». El propio Tribunal de Justicia así lo confirma, *vid.* STJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08 (*Google France*), ECLI:EU:C:2010:159, ap. 107; STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09 (*L'Oréal*), ECLI:EU:C:2011:474, ap. 107.

En Alemania la jurisprudencia ha negado que pueda apreciarse una responsabilidad directa de las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por usuarios¹⁰⁰. En este sentido, la mediática sentencia de la Corte de Apelación de Hamburgo de 1 de julio de 2015, consideró que YouTube no era directamente responsable de las infracciones cometidas por sus usuarios y que eran estos y no la plataforma los que realizaban un acto de comunicación al público. El fallo también descarta la responsabilidad de la plataforma sobre la base de una vieja doctrina elaborada por los tribunales alemanes con anterioridad a la Directiva 2000/31/CE, según la cual la responsabilidad de quien presta un servicio de almacenamiento de contenidos ajenos depende de si el intermediario hace suyos esos materiales (*zu eigen machen*) o por el contrario se distancia de ellos. En el caso de YouTube, la Corte de apelación de Hamburgo considera que la mera catalogación automatizada por categorías de los contenidos alojados no es suficiente para apreciar que la plataforma adopta dichos contenidos como propios.

Sin embargo, los tribunales alemanes consideran que sí puede haber una responsabilidad indirecta del prestador de un servicio de alojamiento aplicando la doctrina jurisprudencial de la «responsabilidad por interferencia» (*Störerhaftung*)¹⁰¹, en virtud de la cual, quien no es autor o colaborador directo en una infracción y aun sin tener conocimiento de la misma, puede ser considerado responsable indirecto, si concurren dos condiciones: por un lado, haber contribuido con su conducta deliberada y de manera causalmente adecuada a la comisión por parte de un tercero de un acto ilícito y, por otro, la violación de un deber de diligencia que pesa sobre el responsable indirecto y que le habría llevado a identificar la conducta infractora¹⁰². No obstante, la responsabilidad indirecta en estos casos no lleva aparejada una obligación de resarcir, sino que se limita al deber de adoptar las medidas necesarias para poner fin a la infracción. En cuanto a la extensión de ese deber de diligencia, el Tribunal Supremo alemán,

¹⁰⁰ OLG Hamburg de 1 de julio de 2015, 5 U 87/12 (*GEMA/YouTube*). Sobre esta decisión, vid. NORDEMANN, J. B., «YouTube is a hosting provider, but one with extensive duties of care, say two German Courts», *Kluwer Copyright Blog*, 06.11.2015 <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2015/11/06/youtube-is-a-hosting-provider-but-one-with-extensive-duties-of-care-say-two-german-courts/>>. En el mismo sentido, vid. OLG München de 28 de enero de 2016, 29 U 2798/15 (*GEMMA/YouTube II*).

¹⁰¹ Sobre la doctrina de la *Störerhaftung*, con expresa referencia a su aplicación a los prestadores de servicios de intermediación por las conductas ilícitas cometidas por sus usuarios, vid. BAYER, A., «Liability 2.0 – Does the Internet environment require new standards for secondary liability? An overview of the current legal situation in Germany», en Adelman, M. J. y otros (eds.), *Patents and Technological Progress in a Globalized World*, Springer, 2009, pp. 365 y ss.

¹⁰² Aunque esta doctrina encuentra su apoyo en los §§ 862 y 1004(1) BGB, en realidad se trata de una elaboración de la jurisprudencia alemana, fundamentalmente en casos de competencia desleal e infracciones de derechos inmateriales. En el ámbito de los derechos de autor su aplicación ha sido particularmente acusada porque la Ley alemana de derechos de autor (*Urheberrechtsgesetz*) no contempla supuestos de responsabilidad indirecta. Sobre este particular, vid. SCHACK, H., «Täter und Störer: Zur Erweiterung und Begrenzung der Verantwortlichkeit durch Verkehrspflichten im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht», en Martinek, M. y otros (eds.), *Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010*, De Gruyter, Berlin-New York, 2010, pp. 1177-1179.

en su sentencia de 12 de julio de 2012, vino a zanjar las divergencias que se habían planteado entre los tribunales inferiores¹⁰³, considerando que el deber de control (*Prüfungspflicht*) sólo nace en el momento en que el alojador recibe una notificación informándole de la presencia de un contenido que vulnera derechos de terceros, pero que, sin embargo, a partir de ese momento está obligado no sólo a la eliminación del concreto archivo identificado como infractor, sino a suprimir también todos aquellos archivos con el mismo contenido alojados por otros usuarios y a adoptar todas las medidas técnicas y económicamente razonables a su alcance para impedir que ese mismo contenido vuelva a ser alojado en sus servidores¹⁰⁴. La razonabilidad de las medidas a adoptar es un concepto flexible, que se hace depender de una serie de variables, tales como la intensidad del riesgo de que el servicio sea usado para infringir derechos de autor, el beneficio comercial que el intermediario obtiene de la conducta infractora, el peso de los intereses del titular de derechos o la ausencia de otras medidas efectivas para neutralizar la infracción¹⁰⁵, pero en ningún caso esas medidas podrán poner en riesgo un modelo de negocio legítimo¹⁰⁶.

¹⁰³ En efecto, el *Oberlandesgericht* de Düsseldorf había venido considerando que el prestador de un servicio de alojamiento neutral que no interfiere en el comportamiento de sus usuarios, sólo está obligado a retirar los archivos que hubiesen sido identificados como infractores por los titulares de derechos, vid. OLG Düsseldorf de 27 de abril de 2010, I-20 U 166/09; OLG Düsseldorf de 21 de diciembre de 2010, I-20 U 59/10. Sin embargo, la posición mayoritaria en la jurisprudencia era que el deber de diligencia exigible al responsable indirecto no se agota en la eliminación del concreto archivo identificado como infractor, sino que comprende también la obligación de evitar que el mismo contenido vuelva a ser alojado por el mismo o por otros usuarios, vid. en este sentido OLG Köln de 21 de septiembre de 2007, 6 U 86/07; OLG Hamburg de 2 de junio de 2009, 310 O 93/08; OLG Hamburg de 30 de septiembre de 2009, 5 U 111/08; OLG Hamburg de 14 de marzo de 2012, 5 U 87/09.

¹⁰⁴ BGH de 12 de julio de 2012, I ZR 18/11 (*Alone in the Dark*). Entre las medidas que pueden considerarse razonables desde un punto de vista técnico y económico el fallo menciona la utilización de un filtrado por palabras clave que permita detectar los ficheros que tengan el mismo título que el videojuego que había sido puesto a disposición sin el consentimiento de los titulares, así como la revisión manual de un reducido número de listas de hipervínculos relativas a ciertos contenidos. En su sentencia de 15 de agosto de 2013 el Tribunal Federal llega más lejos, al afirmar que, en la medida en que el modelo económico del operador (*Rapidshare*) constituye una incitación a la vulneración de los derechos de autor, el deber de diligencia que cabe exigir de él es mayor, incluyendo la búsqueda a través de Google, Facebook o Twitter de otros hipervínculos que reenvían a su servicio en relación con las obras que hayan sido objeto de una notificación [BGH de 15 de agosto de 2013, I ZR 80/12 (*File-Hosting-Dienst*)]. En el caso de YouTube, la sentencia de la Corte de Apelación de Hamburgo de 1 de julio de 2015 [5 U 87/12 (*GEMA/YouTube*)] consideró que, atendiendo a su modelo de negocio —que favorece su uso para la comisión de infracciones de derechos de autor— y a su posición en el mercado, se le podían exigir especiales deberes de diligencia para detectar los contenidos previamente notificados por los titulares de derechos, tales como el uso del sistema de reconocimiento de contenidos desarrollado por YouTube (Content ID), que debería además complementarse con un filtrado por palabras clave, dado que dicho sistema no es capaz de identificar todas las posibles versiones de una misma obra.

¹⁰⁵ Vid. NORDEMANN, J. B., «Liability for Copyright Infringements on the Internet: Host Providers (Content Providers) – The German Approach», *JIPITEC*, Vol. 2, 2011, pp. 44-46.

¹⁰⁶ Por ejemplo, el Tribunal Supremo alemán ha considerado que no se puede exigir al proveedor de un mercado electrónico en línea (en este caso eBay) que revise manualmente cada una de las ofertas de venta que se suben en la plataforma para evitar la comercialización de objetos falsificados, vid. BGH de 22 de julio de 2010, I ZR 139/08 (*Internetversteigerung IV*).

En el Reino Unido, la responsabilidad secundaria se articula a través de dos instrumentos jurídicos distintos: la autorización (*authorisation*) y la autoría conjunta (*joint tortfeasorship*). El concepto de autorización se encuentra recogido en la propia *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (CDPA), que atribuye al titular de los derechos de autor no sólo el derecho exclusivo a realizar determinados actos de explotación de su obra, sino también el derecho a autorizar a otros la realización de dichos actos¹⁰⁷, por lo que se entiende que infringe los derechos de autor tanto el que realiza un acto de explotación, como el que autoriza a otro su realización¹⁰⁸. Por su parte, en virtud de la doctrina de la *joint tortfeasorship*, que tiene su origen en el *common law* en materia de daños, se considera responsable a quien induce, incita o persuade a otro para cometer un acto ilícito o quien es parte de un plan conjunto diseñado para llevar a cabo la infracción. El Juez Arnold resumía la esencia de esta doctrina en su decisión sobre el caso *eBay v. L'Oréal* afirmando que «[I]a mera asistencia, incluso la asistencia consciente, no basta para que el actor “secundario” sea responsable como coautor junto con el actor principal. Su actuación debe ir más allá. Debe haber conspirado con el actor principal o haber procurado o inducido la comisión del acto ilícito...; o debe haber participado en el diseño común seguido para cometer la infracción»¹⁰⁹. Una reciente decisión de la Corte Suprema ha venido a aclarar que el elemento determinante para apreciar la participación en un plan común es la intención de facilitar la comisión del acto ilícito¹¹⁰. El tribunal considera que no es suficiente demostrar que el demandado había cometido actos que facilitaban la infracción, ni tan siquiera que tuviera conocimiento de ello, sino que es preciso demostrar la existencia de una actuación de manera coordinada para hacer o asegurar la comisión del acto ilícito¹¹¹. Por lo tanto, el mero conocimiento por parte del proveedor de una tecnología o el prestador de un servicio de que estos pueden ser usados para infringir derechos de autor no lo hace responsable de la infracción cometida por sus usuarios, incluso en el caso de que sea consciente de que de hecho esa tecnología o ese servicio está siendo usado para tal fin¹¹².

¹⁰⁷ Sec. 16 CDPA.

¹⁰⁸ Aunque nominalmente la responsabilidad de quien autoriza la infracción, es una responsabilidad directa, se considera que conceptualmente es un supuesto de responsabilidad secundaria o indirecta, vid. ANGELOPOULOS, Ch., «Beyond the Safe Harbours...», *cit.*, p. 255 y la doctrina allí citada.

¹⁰⁹ *L'Oréal S.A. v. eBay Int'l AG*, [2009] EWHC 1094, [2009] R.P.C. 21, § 350.

¹¹⁰ *Sea Shepherd v. Fish & Fish* [2015] UKSC 10. En opinión de Lord Sumption (*ibid.* § 44), los precedentes vendrían a demostrar que el elemento adicional que se requiere para establecer la responsabilidad accesoria, más allá del mero conocimiento de que se está facilitado la infracción cometida por otro, es una «intención compartida» de que ello sea así. «En el derecho de daños la intención es comúnmente relevante como un mecanismo de control que limita el ámbito de la obligación de una persona de salvaguardar los derechos de los demás, donde esto restringiría su libertad de participar en actividades que de otra manera serían lícitas... En los casos de autoría conjunta se plantea también este mismo problema y la intención desempeña el mismo papel». Aunque esta afirmación está recogida en un voto particular, ello no le priva de relevancia, puesto que el tribunal estaba de acuerdo en los criterios que debían aplicarse para establecer la responsabilidad conjunta y la división se refería a su aplicación a los hechos particulares del caso.

¹¹¹ *Ibid.* § 21.

¹¹² DINWOODIE, G. B., «A Comparative Analysis ...», *cit.*, p. 20.

Por el contrario, quien suministra una tecnología o presta un servicio que está específicamente diseñado para facilitar la conducta infractora podrá ser considerado responsable secundario, no sólo por promover la infracción y participar en una estrategia común con el responsable directo, sino también porque en este caso cabría apreciar que quien provee los medios «autoriza» la conducta del infractor principal. Así lo ha entendido recientemente la jurisprudencia en una serie de casos relativos a ciertos sitios web dirigidos a facilitar el intercambio ilegal de contenidos protegidos por derechos de autor. En *Newzbin I*, por ejemplo, el Juez Kitchin apreció la responsabilidad de un servidor de Usenet que ofrecía una serie de funcionalidades para facilitar la localización y descarga de contenidos protegidos por derechos de autor a sus usuarios. El juez consideró probadas, entre otras circunstancias, que el demandado operaba un sitio que estaba diseñado y tenía la intención de hacer que las copias ilícitas de las películas titularidad de los demandantes estuvieran disponibles para usuarios *premium*, que su sitio web estaba estructurado de tal manera que promovía dicha infracción, guiando a los usuarios *premium* para encontrar las obras o contenidos protegidos y proporcionándoles los medios para descargar esas obras, o que los editores del sitio web incluían reportajes sobre películas protegidas por derechos de autor y aconsejaban a sus usuarios a través de foros cómo descargarlas¹¹³. En *Dramatico* el Juez Arnold aplica los mismos razonamientos para llegar a la conclusión de que los administradores de *The Pirate Bay* eran responsables por autorizar las infracciones cometidas por sus usuarios, en la medida en que no se limitaban a ofrecer un mero repositorio pasivo de archivos *torrent*, sino que su servicio estaba específicamente diseñado para facilitar la descarga ilegal de contenidos protegidos¹¹⁴. Por las mismas razones concluye que los administradores de la plataforma podían ser considerados conjuntamente responsables (*jointly liable*) de las infracciones cometidas por sus usuarios, puesto que inducían, incitaban y persuadían a estos a cometer la actividad infractora, y que unos y otros actuaban de conformidad a un diseño común¹¹⁵. Algunos comentaristas han señalado que hay un hecho diferencial en estos casos que los distingue de otros anteriores en los que se debatía acerca de la responsabilidad de quienes suministran la tecnología utilizada para cometer la infracción y es que los sitios web sobre los que versaban los asuntos *Newzbin* y *Dramatico* servían de manera prácticamente exclusiva para acceder a contenidos ilícitos¹¹⁶.

Al contrario de lo que sucede en Alemania y el Reino Unido, en Francia los tribunales no suelen detenerse a analizar la naturaleza de la responsabilidad de las plataformas de alojamiento de contenidos, porque anteponen el análisis

¹¹³ *Twentieth Century Fox Film Corporation & Anor v Newzbin Ltd*, [2010] EWHC 608 (Ch) § 111.

¹¹⁴ *Dramatico Entertainment Ltd. v. British Sky Broadcasting Ltd.* [2012] EWHC 268 (Ch), [2012] R.P.C. 27) § 81.

¹¹⁵ *Ibid.*, § 83.

¹¹⁶ ARNOLD, R./ DAVIES, P. S., «Accessory liability for intellectual property infringement: the case of authorization», *Law Quarterly Review*, Vol. 133, 2017, p. 456.

de las causas de exención de responsabilidad, limitándose a distinguir entre el alojador y el editor de contenidos¹¹⁷, en el sentido que usa estos términos el art. 6 de la Ley para la confianza en la economía digital¹¹⁸. Por ejemplo, la sentencia de la Corte de Casación francesa de 17 de febrero de 2011 reconoció la condición de prestador de servicio de alojamiento a *Dailymotion*, sin que la explotación comercial de su sitio web, la configuración de la forma de presentación de los contenidos o la provisión de herramientas para su catalogación, pudiese considerarse un obstáculo para ello¹¹⁹. En esta misma línea, la sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de París de 29 de mayo de 2012 consideró que YouTube podía acogerse al régimen de exención de responsabilidad previsto en la legislación de comercio electrónico, sin que fuera un impedimento el hecho de que YouTube obtenga ingresos publicitarios en el ejercicio de su actividad de intermediación o que imponga a sus usuarios una licencia no exclusiva por la que ceden a YouTube los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de los contenidos que suben a la plataforma¹²⁰. Por otro lado, el tribunal afirma que YouTube no controla el contenido de los videos alojados por los usuarios y que la agrupación de aquellos por categorías (videos visionados en este momento, los más vistos, los más recientes...), no es más que el resultado de cálculos estadísticos realizados por el programa que gestiona el motor de búsqueda, por lo que YouTube no promueve en realidad los contenidos más atractivos, sino los más demandados¹²¹. Cabe resaltar por último la sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de París de 29 de enero de 2015, porque en ella sí se llega a reconocer expresamente que las operaciones técnicas que lleva a cabo YouTube sobre los contenidos alojados por sus usuarios «no entrañan

¹¹⁷ AZZI, T., «La responsabilité des nouvelles plates-formes: éditeurs, hébergeurs ou autre voie?», en *Contrefaçon sur internet: les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0, Actes du colloque de l'IRPI du 27 octobre 2008*, Litec, Paris, 2009, p. 63, quien considera, no obstante, que si se llegase a apreciar que el prestador de un servicio de alojamiento realiza otras actividades que trascienden del mero alojamiento de datos —como facilitar el intercambio de contenidos protegidos—, su responsabilidad podría venir determinada por las reglas del Derecho común, basadas en la culpa o, incluso, en la creación de un riesgo, pero no sería de aplicación el régimen más severo de la legislación sobre derechos de autor porque «una cosa es constatar que las plataformas contribuyen al desarrollo de la infracción y otra asimilarlas a los verdaderos infractores» (ibid. pp. 73-74).

¹¹⁸ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

¹¹⁹ Cass. civ. (1ère Ch.) de 17 de febrero de 2011, 09-67.896 (*Société Nord-Ouest c Dailymotion*). Esta decisión se aparta de la doctrina sostenida hasta entonces de forma mayoritaria por los tribunales inferiores y que la propia Corte de casación había defendido un año antes en el célebre asunto *Tiscali*, en el que el alto tribunal consideró que una empresa que facilita los medios para que los usuarios creen sus propias páginas personales a través de su sitio web y obtiene un rendimiento económico por medio de la gestión de espacios publicitarios insertados en aquellas sobrepasa la prestación de un mero servicio técnico de almacenamiento, mereciendo la consideración de editor de los contenidos alojados [Cass. civ. (1ère Ch.) de 14 de enero de 2010, 06-18.855 (*Tiscali*)].

¹²⁰ TGI (3ème Ch., 1ère Sec.) de 29 de mayo de 2012, 10/11205 (*TF1 c YouTube*).

¹²¹ En el mismo sentido, vid. TGI (3ème Ch. 4ème Sec.) de 13 de septiembre de 2012, 09/19255 (*TF1 c Dailymotion*), confirmada por CA Paris (Pôle 5, 1ère Ch.) de 2 de diciembre de 2014, 14/231, a tenor de la cual «el establecimiento de cuadros de presentación y la puesta a disposición de herramientas de clasificación de contenidos están justificadas por la simple necesidad, coherente con la función de prestador técnico, de racionalizar la organización del servicio y de facilitar el acceso al usuario sin imponerle por ello una opción determinada en cuanto al contenido que debe poner en línea».

explotación de la obras en el sentido del Código de la propiedad intelectual»¹²², es decir, que la plataforma no es la que reproduce o comunica al público los contenidos alojados por sus usuarios.

Por otro lado, a diferencia del criterio sostenido por los tribunales alemanes, la jurisprudencia francesa rechaza que se pueda imponer al prestador de un servicio de alojamiento la adopción de medidas para que el contenido infractor previamente notificado y retirado pueda ponerse de nuevo a disposición por el mismo o por otros usuarios¹²³.

En nuestro país, son escasos los pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta cuestión. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de enero de 2014, en un caso que enfrentaba a Telecinco con YouTube por la supuesta infracción de los derechos de propiedad intelectual derivada de la difusión a través del sitio web de esta última de diversas grabaciones audiovisuales titularidad de la demandante, ni tan siquiera tuvo ocasión de considerar si el proveedor de la plataforma estaba cometiendo un acto de comunicación pública, porque en el recurso de apelación Telecinco había modulado los argumentos sostenidos en su demanda, pasando a calificar a YouTube como un prestador de servicios «activo» y no ya como «proveedor de contenidos»¹²⁴, lo que iba a condicionar los razonamientos del Tribunal de apelación¹²⁵. El tribunal de instancia, sin embargo, sí se detuvo a considerar la naturaleza de la actividad llevada a cabo por YouTube en relación con las grabaciones emitidas, y, en particular, si cabía considerar que la demandada facilitaba y creaba ella misma unos contenidos «respecto de los que ha de asumir una responsabilidad, en los términos generales de la Ley de propiedad intelectual» o, por el contrario, se limitaba a prestar servicios de intermediación a los usuarios de su página web¹²⁶. Tras descartar que las actividades llevadas a cabo por YouTube entrañen

¹²² TGI Paris (3ème Ch. 4ème Sec.) 29 de enero de 2015, 13/09290 (*Kare Production c YouTube*).

¹²³ Cass. civ. (1ère Ch.) de 12 de julio de 2012, 11-15165 y 11-15188 (*Google Images*); Cass. civ. (1ère Ch.) de 12 de julio de 2012, 11-13.669 (*Google Video*); TGI Paris (3ème Ch. 4ème Sec.) 29 de enero de 2015, 13/09290 (*Kare Production c YouTube*). En el sentido opuesto se había pronunciado anteriormente CA Paris (Pôle 5, 1ère Ch.) de 9 de mayo de 2012, 10/12711 (*Société 120 Films c Dailymotion*).

¹²⁴ SAP Madrid (Secc. 28), de 14 de enero de 2014 (JUR 2014/36900), FD 2º, ap. 7.

¹²⁵ El fallo de la AP de Madrid se centra exclusivamente en determinar si las funciones desarrolladas por YouTube permiten calificarlo como prestador de un verdadero servicio de intermediación neutral y, de ser así, si se cumplen las condiciones de las que se hace depender la exención de responsabilidad de los proveedores de servicios de almacenamiento en el art. 16 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (en adelante, LSSI). En relación con la primera cuestión, llega a la conclusión de que ninguna de las actividades alegadas por la demandante permiten concluir que YouTube lleve a cabo un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los contenidos almacenados. En particular, en relación con la catalogación de los «videos destacados» que lleva a cabo YouTube la Audiencia Provincial considera que esta función viene en buena medida predeterminada por las preferencias de los usuarios del sistema, lo que impide hablar de un papel proactivo de YouTube, llegando a afirmar que «frente a lo que se nos quiere hacer ver por los recurrentes, no resiste la menor comparación con las que fueron objeto de consideración en las sentencias *Google France* y *L'Oréal*» (ibid. FD 2º, ap. 18).

¹²⁶ SJM n. 7 de Madrid, 20 de septiembre de 2010 (AC 2010/1462), FD 1º.

una labor editorial de los contenidos alojados por sus usuarios, el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid llega a la conclusión de que «YouTube no es un proveedor de contenidos y por tanto, no tiene la obligación de controlar *ex ante* la ilicitud de aquellos que se alojen en su sitio web; su única obligación es precisamente colaborar con los titulares de los derechos para, una vez identificada la infracción, proceder a la inmediata retirada de los contenidos»¹²⁷. Conviene señalar que esta decisión es anterior a la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que introdujo por primera vez en nuestro Derecho la responsabilidad indirecta en el ámbito de la infracción de los derechos de autor y derechos afines en el párrafo segundo del art. 138 TRLPI¹²⁸. El art. 138 TRLPI extiende la responsabilidad por la vulneración de los derechos de propiedad intelectual a quien induzca a sabiendas la conducta infractora; a quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y a quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con capacidad de control sobre la conducta del infractor. Esta norma, claramente inspirada en el Derecho norteamericano, «elimina como línea de defensa de los intermediarios la falta de encaje de sus conductas con los actos de explotación tipificados en la ley y restringe su paraguas protector al cumplimiento de los requisitos de las reglas de exención de responsabilidad la LSSI»¹²⁹, que, lógicamente, siguen siendo aplicables¹³⁰.

¹²⁷ Ibid., FD 2º. En contra del criterio mantenido por el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, *vid.* ORTEGO RUIZ, M., *Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos*, Reus, Madrid, 2015, pp. 30-32, que califica a YouTube como editor de los contenidos subidos por sus usuarios.

¹²⁸ Parte de la doctrina había afirmado ya antes de esta reforma del TRLPI que, a falta de una regulación específica, la responsabilidad indirecta de quienes colaboran en las infracciones cometidas por terceros podía articularse en nuestro Derecho recurriendo a las acciones de competencia desleal o a las normas sobre responsabilidad extracontractual, *vid.* CARBAJO CASCÓN, F., «Sobre la responsabilidad indirecta de los agregadores de información por contribución a la infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual en Internet», *ADC*, Vol. 32, 2011-2012, p. 54; LETAI, P., *La infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*, Comares, Granada, 2012, p. 51. No obstante, la Audiencia Provincial de Madrid se pronunció en contra de esta posibilidad en el mediático procedimiento seguido contra Pablo Soto. Tras afirmar que para la doctrina mayoritaria la contribución a la infracción no sería fuente de imputación de responsabilidad, el fallo concluye que «[s]in una previsión legal que tipifique el alcance de la cooperación necesaria o de la complicidad en esta materia, lo que depende de un designio del poder legislativo (y no puede ser suplido en nuestro ordenamiento jurídico por la mera opinión del judicial, que no es el encargado de marcar la política legislativa), resulta complicado que pueda encontrarse un soporte jurídico suficientemente sólido [...] para que el juez pueda condenar por infracción indirecta en este ámbito» [SAP de Madrid (sección 28ª), de 31 de marzo de 2014 (AC 2014/385) FJ 8º].

¹²⁹ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información», en Ortí Vallejo, A./ García Garnica M. C. (dir.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), Segunda edición, 2015, p. 1155.

¹³⁰ Dispone expresamente el párrafo segundo del art. 138 TRLPI que el régimen de responsabilidad indirecta de quienes participan de uno u otro modo en la comisión de la conducta infractora «no afecta a las limitaciones de responsabilidad establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha Ley para su aplicación».

3.2. *Responsabilidad directa de las plataformas de almacenamiento por infracción del derecho de comunicación al público*

Lejos de proponer una armonización de las reglas de atribución de la responsabilidad secundaria de quienes colaboran en las infracciones cometidas por terceros que pudiera terminar con la situación descrita, tal como venía reclamando parte de la doctrina¹³¹, la Propuesta de Directiva aborda la responsabilidad de los proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea, no como un supuesto de responsabilidad secundaria o indirecta, sino como un supuesto de responsabilidad directa, ya que —al margen de la calificación que pueda merecer la conducta de sus usuarios—, considera que los proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenan y facilitan el acceso público a obras u otras prestaciones protegidas por derechos de autor cargadas por usuarios, realizan un acto de comunicación al público¹³². La finalidad perseguida por la norma es clara: hacer que las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por usuarios se vean obligadas a concertar contratos de licencia con los titulares de derechos. Así queda patente en el considerando 38 tras las enmiendas introducidas por el Parlamento: «[l]os proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea constituyen *[rectius, realizan]*¹³³ un acto de comunicación al público y, *por tanto*, son responsables de su contenido y, *por ello*, deben suscribir acuerdos de licencia justos y adecuados con los titulares de derechos».

Para calificar la actividad de estas plataformas como un acto de comunicación al público, la Propuesta de Directiva se apoya en que estas «almacenan y facilitan acceso al público a obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor cargados por sus usuarios, actividad que no se limita a la mera puesta a disposición de instalaciones materiales»¹³⁴. De nuevo, la norma no se presenta como una modificación del Derecho vigente, es más, a tenor del art. 1 de la Propuesta de Directiva, esta «no modificará en absoluto ni afectará en modo alguno a las disposiciones vigentes establecidas en las Directivas actualmente en vigor en la materia», entre las que se menciona expresamente la DDASI, cuyo art. 3(1) regula el derecho de comunicación al público, incluida la puesta a disposición del público. Sin embargo, si nos atenemos a la interpretación

¹³¹ Vid., por todos, ANGELOPOULOS, Ch., «Beyond the Safe Harbours...», *cit.*, pp. 273-274, para quien la falta de regulación y de una sólida construcción jurisprudencial de la responsabilidad indirecta por vulneración de los derechos de autor en los diferentes ordenamientos nacionales representa paradójicamente una ventaja para alcanzar esa pretendida armonización, pues «[d]espués de todo, es más fácil la armonización de un territorio desconocido, que tratar de encontrar una base común entre tradiciones nacionales divergentes consagradas en el tiempo».

¹³² En la Propuesta de la Comisión, esta previsión se encuentra en el considerando 38, mientras que tanto en el texto del Consejo como en las enmiendas del Parlamento es el propio art. 13 el que dispone que las plataformas de intercambio de contenidos realizan un acto de comunicación al público.

¹³³ Vid. otras versiones lingüísticas de las enmiendas del Parlamento en las que se utilizan términos que pueden traducirse como «realizar» («perform» en inglés, «accomplir» en francés, «effettuare» en italiano o «durchführen» en alemán).

¹³⁴ Considerando 38 del texto propuesto por la Comisión.

que ha venido haciendo el Tribunal de Justicia del art. 3(1) DDASI, el mero hecho de facilitar el acceso a contenidos protegidos no constituye en sí mismo considerado un acto de comunicación al público. Por el contrario, para determinar si la facilitación del acceso a contenidos protegidos constituye un acto de comunicación al público es preciso un análisis mucho más complejo que pasa por valorar de manera individualizada toda una serie de factores que el TJUE ha venido desarrollando en los últimos años.

3.3. *Compatibilidad de la Propuesta con la doctrina del Tribunal de Justicia sobre el concepto de comunicación al público*

3.3.1. Consideraciones previas

Como es bien sabido, el derecho de comunicación al público fue incorporado al acervo comunitario por el art. 3 DDASI¹³⁵. A tenor del considerando 23 de esta Directiva, «[e]ste derecho debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación». Dentro de este concepto amplio, el propio art. 3 DDASI incluye expresamente la puesta a disposición del público, como una modalidad específica de comunicación pública caracterizada porque los destinatarios del acto de comunicación pueden elegir el momento y el lugar en que desean acceder a la obra, como sucede en el caso del *streaming* y otras transmisiones digitales a la carta que tienen lugar a través de Internet.

Sin embargo, más allá de las anteriores consideraciones, la DDASI no ofrece una definición de lo que deba entenderse por «comunicación al público», por lo que ha correspondido al Tribunal de Justicia la función de delimitar el sentido y el alcance de esta expresión a la luz de los objetivos perseguidos por la propia DDASI, en particular, la necesidad de garantizar a los titulares de derechos un elevado nivel de protección¹³⁶. El Tribunal de Justicia ha dictado hasta la fecha una veintena de resoluciones sobre esta cuestión, dando lugar a una jurisprudencia compleja y llena de matices, que hace muy difícil predecir cuál será la posición del Tribunal ante situaciones nuevas que se le puedan plantear, especialmente en el entorno digital.

Dos son los elementos que necesariamente han de concurrir de manera acumulativa para que pueda hablarse de un acto de comunicación al público a los efectos del art. 3(1) DDASI: por un lado, ha de haber «un acto de comunicación»

¹³⁵ A tenor del art. 3(1) DDASI, «[l]os Estados miembros establecerán a favor de los autores el derecho exclusivo de 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».

¹³⁶ Considerandos 4 y 9 DDASI.

y por otro «un público» al que aquel se dirige. Según el Tribunal de Justicia, el análisis de la concurrencia de estos dos elementos ha de hacerse de manera casuística, lo que requiere la apreciación individualizada y el análisis de una serie de criterios complementarios, de naturaleza no autónoma e interdependientes unos de otros¹³⁷.

Por lo que se refiere al primer elemento, esto es, la existencia de un «acto de comunicación», el TJUE ha señalado que este ha de interpretarse de un modo amplio, con independencia del medio o procedimiento técnico utilizados¹³⁸, debiendo distinguirse, no obstante, el acto de posibilitar técnicamente el acceso a obras protegibles de la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación, que, a tenor del considerando 27 DDASI, «no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de la Directiva»¹³⁹. De esta forma el Tribunal de Justicia ha podido llegar a la conclusión de que la instalación física de aparatos de televisión en las habitaciones de un hotel —en la que participa, además del establecimiento hotelero, el vendedor o suministrador de los aparatos— no constituye en sí mismo un acto de comunicación, pero que, por el contrario, sí cabe calificar como comunicación al público la distribución de la señal por el establecimiento hotelero a los clientes alojados en sus habitaciones efectuada por medio de televisores, sin que tenga relevancia la técnica utilizada para la transmisión de dicha señal¹⁴⁰. El Tribunal de Justicia también ha subrayado el papel indispensable (o, al menos, esencial) del acto que da lugar a la comunicación y el carácter deliberado de su intervención. De este modo, hay un acto de comunicación cuando un sujeto interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, con la finalidad de dar a sus clientes acceso a una obra

¹³⁷ Entre otras, vid. STJUE (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2012, C-135/10 (*Del Corso*), EU:C:2012:140, aps 78 y 79; STJUE (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2012, C-162/10 (*Phonographic Performance Ireland*), EU:C:2012:141, ap. 30.

¹³⁸ STJUE (Gran Sala) de 4 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-403/8 y C-429/8 (*FAPL*) ECLI:EU:C:2011:631, ap. 193; STJUE (Sala Cuarta) de 13 de febrero de 2014, asunto C-466/12 (*Svensson*), ECLI:EU:C:2014:76, ap. 18, que llega a considerar que el hecho de facilitar en una página de Internet enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas publicadas sin ninguna restricción de acceso en otra página web puede ser considerado como un acto de comunicación que ofrece a los usuarios de la primera página un acceso directo a dichas obras.

¹³⁹ Vid. asimismo la declaración concertada que acompaña al art. 8 TODA («queda entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente Tratado o del Convenio de Berna»).

¹⁴⁰ STJCE (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006, C-306/05 (*Rafael Hoteles*), ECLI:EU:C:2006:764, aps. 46 y 47. Del mismo modo, el TJUE ha declarado que aquellos que explotan un café-restaurant, un establecimiento termal o una clínica de rehabilitación realizan un acto de comunicación al público cuando transmiten deliberadamente a su clientela obras protegidas mediante la distribución voluntaria de una señal a través de receptores de televisión o de radio que han instalado en su establecimiento, vid., en este sentido, STJUE (Gran Sala) de 4 de octubre de 2011 y asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08 (*FAPL*), EU:C:2011:631, ap. 196; STJUE (Sala Cuarta) de 27 de febrero de 2014, asunto C-351/12 (*OSA*), EU:C:2014:110, ap. 26 y STJUE (Gran Sala) de 31 de mayo de 2016, asunto C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379 (*Reha Training*), aps. 54 y 55.

protegida¹⁴¹, especialmente cuando, si no tuviera lugar tal intervención, aquellos no podrían, o difícilmente podrían¹⁴², disfrutar de la obra difundida.

Por lo que respecta al segundo elemento, «el público» al que se dirige el acto de comunicación ha de estar constituido por un número indeterminado pero considerable de potenciales destinatarios¹⁴³, lo que excluye las comunicaciones dirigidas a un reducido círculo de personas¹⁴⁴. No constituye un obstáculo para apreciar que estamos ante una comunicación «al público» que el acceso a la obra sea individualizado, como pasa en el caso de la retransmisión interactiva a través de Internet, pues el TJUE entiende que ese conjunto indeterminado de potenciales destinatarios que constituye el público al que se refiere el art. 3(1) DDASI puede tener acceso a la obra de manera simultánea o sucesiva, como sucede, por ejemplo, en el caso de los clientes de un establecimiento hotelero que tienen acceso a obras o prestaciones protegidas a través de los televisores instalados en las habitaciones¹⁴⁵ o las personas que acceden al contenido alojado en una página web¹⁴⁶. En alguna ocasión el TJUE ha hecho alusión a que el público destinatario de la comunicación ha de ser receptivo de una u otra manera a la misma y no meramente «captado por azar»¹⁴⁷, circunstancia esta

¹⁴¹ STJUE (Gran Sala) de 31 de mayo de 2016, asunto C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379 (*Reha Training*), ap. 46.

¹⁴² Con esta última matización, parece que el TJUE ha rebajado el nivel de exigencia para apreciar el carácter ineludible de la intervención requerida para apreciar la existencia de un acto de comunicación en el entorno en línea por parte de quienes facilitan obras o contenidos protegidos a través de la provisión de enlaces o su indexación y catalogación, vid. STJUE (Sala Segunda) de 26 de abril de 2017, asunto C-527/15 (*Filmspeler*), ECLI:EU:C:2017:300, ap. 41; STJUE (Sala Segunda), de 14 de junio de 2017, asunto C-610/15 (*Ziggo*), ECLI:EU:C:2017:456, ap. 26. Tomando como punto de partida la posición tradicional del TJUE el Abogado General Melchior Wathelet se había manifestado en contra de considerar la provisión de enlaces como una intervención indispensable para acceder a una obra que está libremente accesible a través de Internet y por tanto como un acto de comunicación al público [Conclusiones del AG Melchior Wathelet presentadas el 7 de abril de 2016, asunto C-160/15 (*GS Media*), ECLI:EU:C:2016:221, ap. 54 («[s]i bien es cierto que los hipervínculos colocados en un sitio de Internet facilitan en gran medida el hallazgo de otros sitios, así como de las obras protegidas disponibles en estos y por consiguiente ofrecen a los usuarios del primer sitio un acceso más rápido y directo a dichas obras, considero que los hipervínculos que conducen, incluso de forma directa, hacia obras protegidas no las «ponen a disposición» de un público cuando estas ya son libremente accesibles en otro sitio, sino que sólo sirven para facilitar su hallazgo»)].

¹⁴³ STJCE (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006, C-306/05 (*Rafael Hoteles*), ECLI:EU:C:2006:764, aps. 37 y la jurisprudencia allí citada; STJUE (Gran Sala) de 31 de mayo de 2016, asunto C-117/15, (*Reha Training*) ECLI:EU:C:2016:379, ap. 41.

¹⁴⁴ El Tribunal ha precisado que la expresión «número considerable de personas», supone un «cierto umbral de *minimis*», lo que le ha llevado a excluir de la calificación de «público» una pluralidad de personas interesadas demasiado pequeña o incluso insignificante, como el conjunto de pacientes que visitan el consultorio de un dentista, vid. en sentido, STJUE (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2012, asunto C-135/10 (*Del Corso*), EU:C:2012:140, aps. 86 y 96.

¹⁴⁵ STJCE (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006, C-306/05 (*Rafael Hoteles*), ECLI:EU:C:2006:764, aps. 38 y 39.

¹⁴⁶ STJUE (Sala Cuarta) de 13 de febrero de 2014, asunto C-466/12 (*Svensson*), ECLI:EU:C:2014:76, ap. 22.

¹⁴⁷ STJUE (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2012, asunto C-135/10 (*Del Corso*), EU:C:2012:140, ap. 91; STJUE (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2012, asunto C-162/10 (*Phonographic Performance*

última que está conectada con la finalidad económica perseguida por el acto de comunicación¹⁴⁸. Y es que, sin llegar a considerarlo un requisito determinante, el TJUE considera que el ánimo de lucro no es del todo irrelevante a la hora de determinar si estamos ante un acto de comunicación al público¹⁴⁹.

Por lo demás, para que haya un acto de comunicación basta con que este ofrezca a un público la *posibilidad* de acceso a la obra o prestación protegida, sin que sea necesario el *acceso efectivo* a la misma por parte de los potenciales destinatarios¹⁵⁰. En el contexto de Internet, debemos considerar, por lo tanto, que se produce un acto de comunicación al público desde el momento en que una obra o prestación protegida se pone en un sitio web, en una base de datos en línea, en una red P2P o en un servidor de almacenamiento de contenidos libremente accesible, ya que con ello basta para que un número indeterminado de personas pueda potencialmente tener acceso a la obra o prestación de que se trate¹⁵¹.

Un problema del que el Tribunal de Justicia se ha ocupado en numerosas ocasiones es el de la calificación de las conductas dirigidas a retransmitir o facilitar el acceso a una comunicación previa consentida por su titular. Para afrontar esta cuestión, es preciso partir de que, a tenor del art. 3(3) DDASI, «ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a los que se refieren los apartados 1º y 2º»¹⁵², es decir que la autorización para comunicar al público una obra no priva a su titular del derecho a autorizar otras comunicaciones posteriores de misma obra o prestación protegida. Por lo tanto, es necesario determinar cuándo estamos ante un acto de comunicación pública diferenciado, que exige una nueva autorización del titular. Esta cuestión, que cobra una importancia capital en las comunicaciones en línea, ha

Ireland), ECLI:EU:C:2012:141, ap. 37; STJUE (Gran Sala) de 31 de mayo de 2016, asunto C-117/15, (*Reha Training*) ECLI:EU:C:2016:379, ap. 48.

¹⁴⁸ De este modo, el TJUE ha podido afirmar que a diferencia de un hotel o un restaurante que, al dar acceso a sus clientes a una obra radiodifundida, está ofreciendo un servicio que puede repercutir sobre sus resultados económicos, «[u]n dentista que difunde fonogramas, como música de fondo, en presencia de sus pacientes, no puede razonablemente esperar un aumento de sus pacientes debido únicamente a esa difusión, ni aumentar los precios de los tratamientos que proporciona. Por consiguiente, tal difusión, no puede, por sí sola repercutir en modo alguno en los ingresos de dicho dentista» (*Del Corso*, *ibid.*, ap. 97).

¹⁴⁹ STJUE (Gran Sala) de 4 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631 (*FAPL*), ap. 204; STJUE (Gran Sala) de 31 de mayo de 2016, asunto C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379 (*Reha Training*), ap. 49.

¹⁵⁰ STJCE (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006, C-306/05 (*Rafael Hoteles*), ECLI:EU:C:2006:764, ap. 43.

¹⁵¹ STJUE (Sala Cuarta) de 13 de febrero de 2014, asunto C-466/12 (*Svensson*), ECLI:EU:C:2014:76, ap. 19.

¹⁵² Dicho con otras palabras, cuando una obra o prestación es objeto de varias utilizaciones, cada una de ellas ha de ser objeto de autorización individualizada por parte de su titular, *vid.* STJUE (Sala Cuarta) de 7 de marzo de 2007, asunto C-607/11 (*TV Catchup*) ECLI:EU:C:2013:147, ap. 24.

sido resuelta por el Tribunal de Justicia aplicando dos criterios, de los cuales uno es subsidiario del otro. En primer lugar, es necesario tener en cuenta si el acceso a la obra por parte del público tiene lugar a través de un *medio técnico específico diferenciado* distinto del empleado para la comunicación inicial autorizada por su titular; de ser así, estaremos ante un nuevo acto de comunicación, y ello aunque sus destinatarios sean los mismos que ya disponen de acceso a las emisiones originales, es decir, aunque no quepa apreciar que estamos ante un «público nuevo». Con ello lo que se pretende, en definitiva, es salvaguardar el derecho a autorizar la comunicación de la obra a través de distintas tecnologías, independientemente de quiénes sean sus destinatarios. Este es el caso, por ejemplo, de la retransmisión a través de Internet de las señales de los organismos de radiodifusión, para las que en todo caso será necesaria la autorización por los titulares de derechos¹⁵³. Ahora bien, aun cuando se realice una comunicación empleando la misma técnica usada en la comunicación original, el Tribunal de Justicia entiende que todavía cabe hablar de un acto de comunicación pública diferenciado cuando aquella se dirige a un «público nuevo», esto es, un público que no fue tenido en cuenta por el titular de derechos cuando autorizó la comunicación inicial¹⁵⁴. Aplicando esta doctrina al uso de hipervínculos que dirigen a contenidos protegidos alojados en otros sitios web, el TJUE consideró en los casos *Svensson* y *BestWater* que no estamos ante un acto de comunicación al público diferenciado cuando el sitio web al que dirigen esos enlaces había puesto a disposición esos contenidos con el consentimiento de sus titulares, de manera libremente accesible y sin restricciones, ya que en ese caso los usuarios que pueden acceder al contenido protegido pulsando el enlace son potencialmente los mismos que pueden acceder a él a través del sitio al que el enlace dirige, es decir, el público tenido en cuenta por el titular cuando autorizó la comunicación inicial¹⁵⁵.

¹⁵³ Ibid. ap. 39; STJUE (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2017, asunto C-265/16 (*VCast*), ECLI:EU:C:2017:913, aps. 48 y 49.

¹⁵⁴ El TJUE recurre a por primera vez a la noción de «público nuevo» en el asunto *Rafael Hoteles*, llegando a la conclusión de que, al autorizar la radiodifusión de sus obras, los titulares sólo tienen en cuenta, en principio, a los poseedores de aparatos de televisión que, individualmente o en un ámbito privado o familiar, captan la señal y siguen las emisiones, por lo que cuando la transmisión de la obra difundida se realiza a través de un aparato de televisión instalado en un lugar accesible a la clientela de un establecimiento, debemos entender que estamos ante un acto mediante el cual la obra en cuestión se comunica a un público nuevo [STJCE (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006, C-306/05 (*Rafael Hoteles*), ECLI:EU:C:2006:764, aps. 40-41].

¹⁵⁵ STJUE (Sala Cuarta) de 13 de febrero de 2014, asunto C-466/12 (*Svensson*), ECLI:EU:C:2014:76, aps. 26-28; Auto TJUE (Sala Novena) de 21 de octubre de 2014, asunto C-348/13 (*BestWater*) ECLI:EU:C:2014:2315, ap. 15-17. Por el contrario, entiende el TJUE que si un enlace permite eludir las medidas de restricción adoptadas en la página en la que se encuentra la obra protegida para limitar el acceso a esta a sus abonados, estaríamos ante una intervención sin la cual los usuarios de la página en la que se encuentra el enlace no podrían acceder a las obras difundidas en esa otra página y, por lo tanto, habría que considerar que en este caso sí estamos ante un «público nuevo», que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial, de modo que tal comunicación al público exigiría la autorización de los titulares (*Svensson*, ibid. ap. 31). Posteriormente, el TJUE ha aclarado que la doctrina sentada en *Svensson* no sería aplicable cuando en lugar de un enlace, se publica en la propia página web la

3.3.2. La facilitación de la infracción como acto de comunicación al público

En los últimos años el Tribunal de Justicia ha recurrido a la noción de comunicación al público para calificar determinadas conductas dirigidas a hacer posible o a facilitar el acceso a obras o prestaciones protegidas que otros ponen ilícitamente a disposición del público a través de sus servidores o equipos¹⁵⁶, lo que podría llevar legítimamente a plantearse si esa misma doctrina es aplicable a las plataformas que almacenan contenidos cargados por sus usuarios, conclusión que vendría a corroborar la opción legislativa recogida en el art. 13 de la Propuesta de Directiva. Para poder verificar esta hipótesis es preciso analizar los presupuestos sobre los que descansa esta doctrina del Tribunal de Justicia y comprobar si los mismos se cumplen en el caso que nos ocupa.

Los primeros casos en los que el TJUE se enfrenta a esta cuestión se refieren a la calificación jurídica de la colocación de enlaces que dirigen a contenidos que infringen derechos de propiedad intelectual. Una aplicación estricta de la doctrina sentada en *Svensson y BestWater* podría haber llevado a la conclusión de que cuando el contenido al que se dirige un hipervínculo había sido puesto en Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor, sí cabe apreciar la existencia de un público nuevo y, por lo tanto, de un acto de comunicación al público en el sentido del art. 3(1) DDASI, ya que si el titular no autorizó la puesta a disposición a través de Internet no puede haber tenido en cuenta ningún público, luego cualquier acto de puesta a disposición iría dirigido a un «público nuevo»¹⁵⁷. Sin embargo, consciente de las graves consecuencias que ello tendría para el funcionamiento de Internet tal y como lo conocemos, el Tribunal de Justicia se vio obligado a introducir una serie de matizaciones que venían a limitar el alcance de su propia doctrina.

En el asunto *GS Media* el TJUE fue llamado por primera vez a pronunciarse sobre la cuestión de si la actividad de facilitar el acceso a contenidos puestos

misma obra que había sido ya puesta a disposición del público en otra página web libremente accesible y con el consentimiento del titular, y ello porque «en tales circunstancias, el público que fue tenido en cuenta por el titular de los derechos de autor cuando autorizó la comunicación de su obra en el sitio de Internet en el que se publicó inicialmente está integrado únicamente por los usuarios de dicho sitio, y no por los usuarios del sitio de Internet en el que la obra fue posteriormente puesta en línea sin autorización del titular» [STJUE (Sala Segunda) de 7 de agosto de 2018, Asunto C-161/17 (*Renckhoff*), ECLI:EU:C:2018:634, ap. 35].

¹⁵⁶ Sobre este particular, ampliamente, RUBÍ PUIG, A./ RAMÍREZ SILVA, P., «El nuevo derecho de acceso (Evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público en relación con las actividades que facilitan el acceso a obras protegidas)», *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, Núm. 58, 2018, pp. 13 y ss., que se preguntan incluso si el Tribunal de Justicia no habría dado vida en realidad a una nueva facultad dominical de los titulares de derechos, que bien podría denominarse «derecho de acceso», y que permitiría controlar no sólo los actos de retransmisión de una obra, sino la intervención de un sujeto que proporciona o facilita el acceso a un acto de transmisión realizado por otro.

¹⁵⁷ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., «Los enlaces y su consideración o no como actos de comunicación pública (Caso Sanoma C-160/15)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 920/2016 (Westlaw, BIB 2016/3969), p. 2.

ilícitamente a disposición en Internet constituye un acto de comunicación al público y, por consiguiente, una infracción de los derechos de autor. En concreto, los hechos que dieron lugar a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo holandés se refieren a un sitio web (*GeenStijl*), operado por GS Media, en el que se habían publicado en reiteradas ocasiones hipervínculos que permitían acceder a una serie de fotografías puestas a disposición en otros sitios web, pese a las constantes advertencias por parte de los titulares de derechos a los responsables de GS Media de que la publicación en esos otros sitios se había hecho sin su autorización.

El Tribunal de Justicia parte de la premisa de que, puesto que el art. 3(1) DDASI no precisa el concepto de comunicación al público, procede determinar su sentido y alcance a la luz de los objetivos perseguidos por la Directiva y ello supone que debe tenerse en cuenta no sólo la necesidad de instaurar un nivel elevado de protección en favor de los autores —lo que, como vimos, ha llevado a interpretar el concepto de «comunicación al público» en un sentido amplio—, sino que también es preciso garantizar un justo equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos de autor y los derechos fundamentales de los usuarios de prestaciones protegidas y el interés general¹⁵⁸. Asimismo, el Tribunal de Justicia pone de manifiesto que, pese a la doctrina sostenida en *Svensson y BestWater*, calificar automáticamente la colocación de un hipervínculo que dirige a obras publicadas en otros sitios de Internet como un acto de comunicación al público cuando los sitios enlazados no contaban con la autorización de los titulares de derechos, «tendría consecuencias muy restrictivas para la libertad de expresión y de información y no respetaría el justo equilibrio que la Directiva 2001/29 pretende establecer entre esta libertad y el interés general, por una parte, y el interés de los titulares de los derechos de autor en la protección eficaz de su propiedad intelectual, por otra». Recuerda asimismo el importante papel que juega hoy en día Internet para la libertad de expresión y de información, garantizada por el art. 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y que los hipervínculos contribuyen al buen funcionamiento de Internet y al intercambio de opiniones y de información. Además, no se puede tampoco desconocer que no resulta fácil, especialmente para los particulares, comprobar si el sitio de Internet al que redirige un hipervínculo da acceso a obras protegidas por derechos de autor y, en su caso, si los titulares de los derechos sobre dichas obras han autorizado su publicación.

Partiendo de las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia considera que, dentro de los factores para determinar si la colocación de un hipervínculo que remite a una obra disponible libremente en otro sitio de Internet constituye o no un acto de comunicación al público, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que la persona que coloca ese hipervínculo no supiera, ni pudiera

¹⁵⁸ STJUE (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2016, asunto C-160/15 (*GS Media*), EU:C:2016:644, aps. 29-31.

razonablemente haber sabido, que dicha obra había sido publicada en Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor. Por el contrario, cuando se pueda acreditar que la persona sabía o debía saber que el hipervínculo que ha colocado da acceso a una obra publicada ilegalmente en Internet, por ejemplo, al haber sido advertida de ello por los titulares de los derechos de autor, habrá que considerar que el suministro de dicho enlace constituye una comunicación al público en el sentido del art. 3(1) DDASI¹⁵⁹. En tal caso, afirma el TJUE, se podría decir que esa persona actúa «con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento para dar a clientes acceso a una obra publicada ilegalmente en Internet»¹⁶⁰, en clara alusión a la doctrina sentada en casos anteriores sobre el derecho de comunicación al público. Sin embargo, cabe apreciar un cambio cualitativo en la doctrina del TJUE, puesto que una cosa es que un intermediario actúe con pleno conocimiento de que con su intervención está facilitando el acceso a una obra o prestación protegida y otra muy distinta que tenga conocimiento de la ilicitud de la fuente.

Algunos autores han alabado la decisión del Tribunal de Justicia de introducir el conocimiento de la infracción como criterio corrector para limitar las consecuencias que habría supuesto la aplicación rigurosa de la doctrina sentada en *Svensson* y *BestWater*, asegurando al mismo tiempo una protección adecuada a los titulares de derechos de autor¹⁶¹, que ahora puedan actuar no sólo contra la publicación inicial de su obra en un sitio de Internet, sino también contra toda persona que enlace a dichos contenidos a sabiendas de que habían sido puestos libremente a disposición sin el consentimiento del titular. Sin embargo, la mayoría de la doctrina, aun reconociendo los buenos propósitos perseguidos por el TJUE, se ha mostrado crítica con la inclusión de un nuevo criterio, el conocimiento de la ilicitud de la fuente, que viene a complicar aún más el concepto de comunicación al público y que, además, no sólo no tiene apoyo en el art. 3 DDASI, sino que contradice los principios tradicionales del derecho de autor¹⁶². Y es que, en efecto, el conocimiento de la infracción había sido hasta la fecha un concepto propio de la responsabilidad secundaria o indirecta, basada generalmente en un criterio de imputación subjetiva, frente

¹⁵⁹ Ibid., aps. 47 y 49.

¹⁶⁰ Ibid., ap. 48.

¹⁶¹ BELLAN, A., «Compared to *Svensson*, GS Media is not bad after all», *The IPKat*, 04.10.2016, <<http://ipkitten.blogspot.com/2016/10/compared-to-svensson-gs-media-is-not.html>>, aun reconociendo que «con las manos atadas por los principios de *Svensson*, probablemente *GS Media* es lo mejor que el TJUE podía hacer».

¹⁶² Vid. ROSATI, E., «Hyperlinks and communication to the public: early thoughts on the GS Media decision», *The IPKat*, 08.09.2016, <<http://ipkitten.blogspot.com/2016/09/hyperlinks-and-communication-to-public.html>>; SIRINELLI, P./ BENSAMOUN, A./ BENAZERAF, J. -A., «Le droit de communication au public», *R.I.D.A.*, Vol. 251, 2017, pp. 373 y ss.; EVANGELIO LLORCA, R., «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva de los proveedores de enlaces a los efectos de la Ley española de propiedad intelectual», en Moreno Martínez, J. A. (coord.), *Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 136, que llega a la conclusión de que el Tribunal de Justicia lleva a cabo una actuación legislativa que no le corresponde, al introducir criterios que no se recogen en la DDASI.

a la imputación objetiva propia de la responsabilidad primaria por vulneración de los derechos de autor¹⁶³. Lejos de pensar que al Tribunal de Justicia se le puede haber pasado por alto esta importante diferencia, más bien parece que estamos ante una decisión deliberada de armonizar la responsabilidad secundaria, recurriendo para ello a la interpretación del concepto de comunicación al público consagrado en el art. 3 DDASI, como vendría a confirmar en propio Tribunal en *Filmspeler y Ziggo*¹⁶⁴.

Sin embargo, en *GS Media*, el Tribunal de Justicia no se limita a introducir un requisito subjetivo, como es el conocimiento de la ilicitud de la fuente, sino que añade un importante matiz a esta doctrina, al considerar que cuando el que coloca el hipervínculo actúa con ánimo de lucro, cabe esperar de él que realice las comprobaciones necesarias para asegurarse de que la obra de que se trate no había sido publicada ilegalmente en el sitio al que dirigen esos enlaces, llegando a la conclusión de que se debe presumir, salvo que se demuestre lo contrario, que la colocación ha tenido lugar con pleno conocimiento de la naturaleza protegida de dicha obra y de la eventual falta de autorización de la publicación por parte de su titular¹⁶⁵.

Obsérvese que el TJUE introduce esta presunción del conocimiento de la ilicitud de la fuente, cuando en realidad no era relevante para resolver la cuestión planteada por el Tribunal Supremo holandés, puesto que en el caso que da origen a la cuestión prejudicial había quedado acreditado que quien puso los enlaces conocía el carácter ilícito de la fuente. Pero además, la presunción de

¹⁶³ SENFTLEBEN, M., «Copyright Reform, GS Media and Innovation Climate in the EU – Euphonious Chord or Dissonant Cacophony?», *Tijdschrift voor auteurs- media- & informationrecht*, 2016, Issue 5, p. 130; QUINTAIS, J. P., «Untangling the hyperlinking web: in search of the online right of communication to the public», *J World Intellect Prop*, 2018, <<https://doi.org/10.1111/jwip.12107>>, pp. 9-10, 24-25 y 30, poniendo de relieve que la flexibilidad que trae consigo el requisito del conocimiento de la infracción, viene acompañada de inseguridad jurídica y oscuridad conceptual; RUBÍ PUIG, A./ RAMÍREZ SILVA, P., «El nuevo derecho de acceso...», *cit.*, pp. 28 y 63, que afirman que «el carácter puramente subjetivo de este último requisito (el conocimiento de la infracción) demuestra el error que supone su integración como parte de los criterios necesarios para definir un acto de explotación como el de comunicación al público, pues ello no casa en absoluto con la naturaleza y la lógica propia de los actos de explotación de los derechos de propiedad intelectual».

¹⁶⁴ En este sentido, GINSBURG, J., «The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on *Brein v. Filmspeler* [C-527/15] (2017) and *Brein v. Ziggo* [C-610/15] (2017)», *Columbia Law School Scholarship Archive*, 2017, pp. 2 y 7 <https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3054&context=faculty_scholarship>, quien afirma que, tras las decisiones del TJUE en los asuntos *Filmspeler y Ziggo*, uno puede pensar que ya en *Svensson* y *GS Media* el Tribunal estaba avanzando gradualmente hacia la armonización europea del régimen de la responsabilidad indirecta por la vulneración del derecho de comunicación al público, mientras que en *Ziggo* el Tribunal extiende definitivamente su análisis más allá del ámbito de la provisión de enlaces «asegurando ahora que el estándar aplicable a las acciones por facilitar la infracción del derecho de comunicación al público sea el mismo en todos los Estados miembros de la UE».

¹⁶⁵ STJUE (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2016, asunto C-160/15 (*GS Media*), EU:C:2016:644, ap. 51.

que quienes actúan con ánimo de lucro conocen o deberían conocer el carácter ilícito de la fuente a la que dirigen los enlaces es, cuando menos, poco realista, porque parte de la base de que determinar la licitud o ilicitud de los contenidos publicados en Internet es una tarea asequible para quien coloca un enlace, cuando en realidad depende de un conjunto de variables que un tercero *a priori* no puede conocer ni valorar, tales como si la obra está o no protegida por derechos de autor, quién es el titular originario y, en su caso, la existencia de una licencia o autorización para publicar la obra en Internet o el posible juego de una excepción o limitación que ampare la publicación¹⁶⁶. Por ello, se ha dicho que, si no se quiere imponer a los prestadores de servicios de la sociedad de la información deberes desproporcionados, que pudieran significar un freno para el desarrollo de Internet, es preciso que los tribunales apliquen la doctrina sentada por *GS Media* con cautela, pudiendo llegar a considerar que la prueba de una actuación diligente por parte de quien pone un enlace en Internet es suficiente para destruir esa presunción, algo que debería hacerse mediante una apreciación individualizada de la actividad desarrollada por el enlazador y las circunstancias particulares del caso¹⁶⁷.

En el asunto *Filmspeler* el Tribunal iba a reiterar los mismos criterios interpretativos, para aplicarlos ahora al supuesto de la comercialización de un aparato reproductor multimedia que llevaba preinstalados una serie de enlaces a sitios de Internet en los que se podía acceder a contenidos audiovisuales puestos a disposición sin autorización de los titulares de los derechos de autor, habiendo quedado acreditado que el comercializador de dichos aparatos era conocedor de esta circunstancia, pues así se hacía constar en la publicidad¹⁶⁸.

Pero es en *Ziggo* donde el TJUE iba a dar un salto cualitativo a la doctrina desarrollada en casos precedentes, para aplicarla ahora a quienes ofrecen los medios para facilitar la búsqueda y el acceso a contenidos puestos a disposición del público de forma ilícita. En realidad, este asunto no gira en torno a la calificación jurídica de los enlaces en Internet, sino que se refiere a la responsabilidad de *The Pirate Bay* (en adelante TPB), una plataforma de intercambio en

¹⁶⁶ Por todos, vid. EVANGELIO LLORCA, R., «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE...», *cit.*, pp. 136-137, que sostiene, a mi juicio con acierto, que la imposición de un mínimo deber de comprobación previa de la legalidad de la fuente sería razonable sólo en el caso de los proveedores de enlaces ensamblados o enmarcados, en los que el contenido enlazado se presenta como propio, pero no respecto de los enlaces normales.

¹⁶⁷ LEISTNER, M., «Closing the Book on the Hyperlinks: A Brief Outline of the CJEU's Case Law and Proposal for European Legislative Reform», *E.I.P.R.*, Vol. 39, Issue 6, 2017, pp. 330-332. En parecidos términos, QUINTAIS, J. P., «Untangling the hyperlinking web...», *cit.*, p. 26, quien sugiere que, en el caso de las plataformas que almacenan contenidos generados por usuarios, bastaría con demostrar que estas cumplen las condiciones para acogerse a las reglas de exención de responsabilidad y los respectivos deberes de diligencia para destruir la presunción de conocimiento, evitando así imponer a los intermediarios un deber de general de supervisión, proscrito por el art. 15 DCE.

¹⁶⁸ STJUE (Sala Segunda) de 26 de abril de 2017, asunto C-527/15 (*Filmspeler*), ECLI:EU:C:2017:300, aps. 35 y ss.

línea que alberga los ficheros *torrent* subidos por los usuarios de un programa *peer-to-peer* basado en el protocolo *bittorrent* y que permite localizar y descargar contenidos compartidos por otros usuarios. A tal fin, TPB no se limitaba a almacenar los ficheros *torrent*, sino que también ofrecía un motor de búsqueda, índices de las obras contenidas en dichos ficheros ordenadas en diferentes categorías, así como información complementaria, como la duración estimada de la descarga. El origen de este asunto se remonta a la acción ejercitada por una fundación holandesa que defiende los intereses de los titulares de derechos de autor (Stichting Brein), que había solicitado a dos de los principales proveedores de acceso a Internet en aquel país (Ziggo y XS4ALL) que bloquearan los nombres de dominio y las direcciones IP de TPB. La cuestión que el Tribunal Supremo holandés elevó al TJUE fue si cabía apreciar que la plataforma TPB realiza un acto de comunicación al público en el sentido del art. 3(1) DDASI y, en caso de no ser así, si el art. 8(3) de la DDASI y el art. 11 Directiva 2004/48 permiten ejercitar una acción de cesación frente a un intermediario que, sin ser responsable directo de las mismas, facilita del modo descrito las infracciones cometidas por sus usuarios.

En sus conclusiones el Abogado General Sr. Maciej Szpunar, parte de la premisa de que la problemática de este asunto se distingue de manera sustancial de los casos resueltos hasta ahora por el TJUE, ya que en él no se discute la responsabilidad de quien sube o coloca un enlace y por ello considera que no pueden aplicarse directamente los razonamientos realizados en *GS Media o Filmspeler* al presente caso¹⁶⁹. Según el Abogado General, TPB es «sólo un intermediario», que hace posible el acceso a obras y prestaciones protegidas puestas a disposición por los propios usuarios de la plataforma, por lo tanto «no se le puede atribuir el papel decisivo en la comunicación al público de una obra determinada hasta que no tenga conocimiento de que esta ha sido puesta a disposición ilegalmente o hasta el momento en que, una vez se le haya advertido de esta ilegalidad, [no] actúe legalmente para corregirla. Sin embargo, a partir del momento en que este operador tenga conocimiento del hecho de que la puesta a disposición está produciéndose en infracción de los derechos de autor y no actúe para impedir el acceso a la obra en cuestión, puede considerarse que su comportamiento tiene la finalidad de permitir, expresamente, la continuación de la puesta a disposición ilegal de dicha obra y, por tanto, que es deliberado»¹⁷⁰. Además, a diferencia del caso de quien coloca el enlace, no se puede aplicar en este caso la presunción de conocimiento de quienes actúan con ánimo de lucro, dado que «tal presunción supondría imponer a los operadores de los sitios web de indexación de las redes *peer-to-peer*, que normalmente funcionan con ánimo de lucro, una obligación general de vigilancia de los contenidos indexados»¹⁷¹.

¹⁶⁹ Conclusiones del AG Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 8 de febrero de 2017, asunto C-610/15, ECLI:EU:C:2017:99 (*Ziggo*), ap. 4.

¹⁷⁰ *Ibid.*, ap. 51.

¹⁷¹ *Ibid.*, ap. 52.

Sin aludir expresamente a ello, no cabe duda de que el Abogado General tenía muy presente el régimen de exención de responsabilidad de los prestadores de alojamiento de contenidos establecido en el arts. 14 DCE y la prohibición general de imponer a los prestadores de servicios de intermediación un deber de supervisión de los contenidos que alojan o transmiten del art. 15 DCE¹⁷².

El Tribunal de Justicia no iba a considerar —al menos expresamente— que este caso se deba distinguir de los resueltos anteriormente en relación con la provisión de enlaces, ni alude en ningún caso a la responsabilidad indirecta o a las reglas de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación. Sin embargo, aunque en su razonamiento se aparta sensiblemente del seguido por el Abogado General, puede que las conclusiones a las que llega el fallo no sean al fin y al cabo tan distintas.

Siguiendo el planteamiento de otros casos previos, el TJUE empieza recordando que para que se considere infringido el derecho de comunicación al público es necesario acreditar la concurrencia de dos elementos cumulativos: un acto de comunicación de una obra o prestación protegida y que este vaya dirigido al público¹⁷³. Por lo que se refiere a la existencia de un acto de comunicación por parte de la plataforma de intercambio en línea, y tras reconocer que las obras se ponen a disposición del público por los propios usuarios y no por los administradores de la plataforma, considera que la actividad de estos últimos también juega un papel ineludible en la puesta a disposición de tales obras. Partiendo de la doctrina sentada en sus decisiones precedentes, a tenor de la cual «cualquier acto mediante el que un usuario proporcione a sus clientes, con pleno conocimiento de causa, acceso a obras protegidas puede constituir un “acto de comunicación”», el Tribunal concluye que «mediante la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de intercambio en línea como la controvertida en el litigio principal, [los administradores] intervienen con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para proporcionar acceso a las obras protegidas, indexando y catalogando en dicha plataforma los ficheros *torrents* que permiten a los usuarios de esta localizar esas obras y compartirlas en una red entre pares»¹⁷⁴. Indexar y catalogar los ficheros subidos por los usuarios constituye pues una intervención, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para proporcionar acceso a las obras protegidas. Esta actividad, continúa el TJUE, va más allá de la mera puesta a disposición de instalaciones necesarias para facilitar o efectuar una comunicación en el sentido del considerando 27 DDASI, ya que la plataforma indexa los ficheros subidos por los usuarios para que las obras a las que tales ficheros remiten puedan

¹⁷² ROSATI, E., «The CJEU *Pirate Bay* Judgement and its Impact on the Liability of Online Platforms», *E.I.P.R.*, Vol. 39, Issue 12, 2017, p. 742.

¹⁷³ STJUE (Sala Segunda) de 14 de junio de 2017, asunto C-610/15 (*Ziggo*), ECLI:EU:C:2017:456, ap. 24.

¹⁷⁴ *Ibid.*, ap. 36.

ser fácilmente localizadas y descargadas, y con la misma finalidad ofrece un motor de búsqueda y un índice que clasifica las obras en diferentes categorías. El Tribunal también recuerda que quedó acreditado que los administradores comprobaban que cada obra se colocaba en la categoría adecuada, suprimían ficheros obsoletos o erróneos y filtraban de manera activa algunos contenidos. Por todo ello, concluye el TJUE que estamos ante un acto de comunicación en el sentido del art. 3(1) DDASI.

Sin embargo, la principal aportación de esta sentencia la encontramos en la caracterización de la noción de «público». A juicio del Tribunal de Justicia, cabe entender que dicha comunicación se dirige a un público, esto es un conjunto indeterminado y considerable de personas, representado por todos los usuarios de la plataforma¹⁷⁵. El público al que se dirige la comunicación es además un «público nuevo», que no fue tomado en consideración por los titulares de derechos de autor¹⁷⁶. Pero, para llegar a esta conclusión, no se limita a constatar que las obras habían sido puestas a disposición de forma ilícita —lo que, aplicando el estándar del «público nuevo» de *GS Media*, habría sido suficiente—, sino que trae a colación de nuevo la circunstancia de que los administradores de la plataforma conocían o debían conocer, no ya que los enlaces que almacenaba dirigían a contenidos protegidos, sino que estos habían sido publicados sin contar con la autorización de los titulares de derechos y es por ello que —«en consecuencia»— debe considerarse que existe una comunicación a un «público nuevo». Para justificar esta conclusión, el Tribunal recuerda que los administradores de TPB habían sido informados en más de una ocasión por los titulares de derechos de que sus usuarios intercambiaban obras protegidas de forma ilícita, e incluso que ellos mismos habían manifestado expresamente a través de blogs y foros disponibles en la propia plataforma que su objetivo era poner obras protegidas a disposición e incitaban a los usuarios a descargarlas. Es más, el Tribunal considera que los administradores no podían ignorar que la plataforma permite acceder a obras publicadas sin autorización de los titulares de derechos, teniendo en cuenta que una gran parte de los ficheros *torrent* almacenados (entre el 90 y el 95%) reenviaban a obras publicadas sin autorización de los titulares de derechos, dando a entender que, aunque no se hubiese podido acreditar un conocimiento efectivo, este conocimiento indiciario sería bastante para fundar en él su responsabilidad¹⁷⁷. En definitiva, el Tribunal de Justicia también termina haciendo depender la responsabilidad del alojador de su conocimiento de la ilicitud de los contenidos enlazados.

La razón por la que el TJUE analiza la responsabilidad de TPB como un supuesto de responsabilidad directa, en contra de la opinión sostenida por la Comisión Europea y el Reino Unido, es de orden eminentemente práctico y la encontramos

¹⁷⁵ *Ibid.*, ap. 42.

¹⁷⁶ *Ibid.*, ap. 44.

¹⁷⁷ *Ibid.*, ap. 45.

en las conclusiones del Abogado General, cuando afirma que es necesaria una respuesta armonizada al problema de las infracciones en línea, algo que resulta incuestionable en aras a conseguir el objetivo de un mercado único¹⁷⁸. Era necesario, por tanto, encontrar un apoyo en el Derecho de la Unión y, puesto que la responsabilidad indirecta no cuenta con una regulación armonizada, el Tribunal recurre a las normas relativas a la responsabilidad directa por vulneración de los derechos de autor y, en particular, a la noción de comunicación al público del art. 3(1) DDASI¹⁷⁹.

Quedaría por determinar cuál es la posición del TJUE respecto de la presunción derivada de la actuación con ánimo de lucro, puesto que, como apuntó el Abogado General, su aplicación al prestador de un servicio de alojamiento podría ser contraria al art. 15 DCE. Aunque el Tribunal de Justicia recuerda que la puesta a disposición y la gestión de TPB perseguía la finalidad de obtener un beneficio económico¹⁸⁰, no extrae que deba presumirse por ello que sus administradores conocían la ilicitud de los contenidos enlazados, lo cual podría ser interpretado de dos maneras distintas. Por un lado, se podría entender que la mera consideración que hace el TJUE al ánimo de lucro es una referencia implícita a la doctrina sostenida en *GS Media* y *Filmspelers* de que en ese caso se debe presumir el conocimiento del carácter ilícito del contenido enlazado¹⁸¹. Podría incluso pensarse que si no lo afirma de manera explícita el Tribunal que

¹⁷⁸ En palabras del Abogado General Szpunar, «[l]a Comisión Europea, cuya opinión me parece que comparte el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, sostiene que la responsabilidad de los sitios web de este tipo es una cuestión de aplicación de los derechos de autor que no se puede resolver al nivel del Derecho de la Unión, sino en el marco de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros. Sin embargo, tal enfoque haría depender esta responsabilidad, y en definitiva el alcance de los derechos de los titulares, de las muy diversas soluciones adoptadas en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Pues bien, esto amenazaría el objetivo de la legislación de la Unión en materia de derechos de autor, que es relativamente abundante, y que consiste precisamente en la armonización del alcance de los derechos de los que gozan los autores y los otros titulares dentro del mercado único. Esta es la razón por la cual, a mi modo de ver, la respuesta a los problemas planteados por el presente asunto debe buscarse más bien en el Derecho de la Unión» [Conclusiones del AG Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 8 de febrero de 2017, asunto C-610/15, ECLI:EU:C:2017:99 (*Ziggo*), ap. 3].

¹⁷⁹ ANGELOPOULOS, Ch., «CJEU Decision on *Ziggo*: The Pirate Bay communicates works to the public», *Kluwer Copyright Blog*, 30.06.2017, <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/06/30/cjeu-decision-ziggo-pirate-bay-communicates-works-public/>>. Con carácter general, la misma autora ya había expresado esta opinión en ANGELOPOULOS, Ch., *Europea Intermediary Liability in Copyright. A Tort-Based Analysis*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2017, p. 65 («es precisamente la falta de un mandato expreso de armonizar la responsabilidad accesoria lo que está llevando al TJUE hacia lo que, según el estándar de muchas legislaciones nacionales europeas, constituye una interpretación muy expansiva de los derechos exclusivos del autor»).

¹⁸⁰ STJUE (Sala Segunda) de 14 de junio de 2017, Asunto C-610/15 (*Ziggo*), ECLI:EU:C:2017:456, ap. 47.

¹⁸¹ En este sentido, vid. ROSATI, E., «The CJEU *Pirate Bay* Judgement...», *cit.*, pp. 743-744, quien considera que «aunque no se refiere explícitamente a ello, el Tribunal tenía en mente *GS Media* (el ponente fue el mismo en ambos casos: Marko Ilešič), cuando parece conectar la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de intercambio en línea, el ánimo de lucro de sus administradores y la responsabilidad *prima facie* según el Artículo 3(1)».

es porque no era necesario en este caso recurrir a la presunción de conocimiento de la ilicitud, dado que estaba más que acreditado que los administradores de la plataforma en cuestión conocían esa circunstancia¹⁸². Sin embargo, este argumento no resulta convincente, puesto que también en *GS Media* se había acreditado que los administradores de *GeenStijl* tenían conocimiento de que los enlaces insertados dirigían a sitios web en los que las obras o contenidos protegidos habían sido puestos a disposición sin el consentimiento de sus titulares y, sin embargo, el Tribunal no tuvo reparos en desarrollar su doctrina de la presunción de conocimiento. Más bien parece que el silencio del TJUE puede significar una concesión a los razonamientos del Abogado General o, al menos, una división dentro de la Sala acerca de esta cuestión. Lo cierto es que en *Ziggo* el TJUE alude al ánimo de lucro como un mero indicio, entre otros muchos, para apreciar la existencia de comunicación al público, lo que da a entender que el grado de conocimiento exigible puede ser graduable dependiendo de las circunstancias¹⁸³, pero en ningún caso que el ánimo de lucro conlleve una inversión de la carga de la prueba.

En esta misma línea, el Tribunal Supremo alemán ha declarado recientemente que la presunción de conocimiento de la ilicitud establecida por el TJUE en *GS Media* no resulta aplicable a los enlaces generados por motores de búsqueda, a pesar de que estos actúen con ánimo de lucro¹⁸⁴. En particular, el caso resuelto por el BGH se refiere al servicio *Google Images* que rastrea la web para ofrecer un catálogo de imágenes en miniatura (*thumbnails*), que aparecen vinculadas a un enlace dirigido al sitio web en el que dichas imágenes se encuentran alojadas, en ocasiones sin el consentimiento del titular de los derechos de autor. Teniendo en cuenta la importancia de los motores de búsqueda para el funcionamiento de Internet, el Tribunal alemán considera que «[n]o se puede esperar razonablemente que el proveedor de un motor de búsqueda determine si las imágenes de las obras o las fotografías encontradas por los programas de búsqueda han sido publicadas legalmente en Internet»¹⁸⁵. A su juicio, esta situación es distinta a las contempladas previamente por TJUE, porque el motor de búsqueda no coloca los hipervínculos de manera deliberada y selectiva (*absichtlich und gezielt*), sino que se limita a rastrear Internet a través de un proceso automatizado, lo que no le permite distinguir si el contenido recuperado ha sido publicado por una persona autorizada para ello. En estas condiciones, concluye el BGH, presumir que el operador de un servicio de búsqueda es consciente de la ilegalidad de la publicación de las obras encontradas significaría imponerle una obligación general de controlar los contenidos indexados por el motor de búsqueda¹⁸⁶.

¹⁸² GINSBURG, J., «The Court of Justice...», *cit.*, p. 7.

¹⁸³ ANGELOPOULOS, Ch., «CJEU Decision on *Ziggo*...», *cit.*

¹⁸⁴ BGH, 21.09.2017, I ZR 11/16 (*Vorshaubilder III*).

¹⁸⁵ *Ibid.* § 60.

¹⁸⁶ *Ibid.* § 61, donde el BGH hace referencia a la opinión defendida por el Abogado General Szpunar en el asunto *Ziggo*.

3.3.3. Recapitulación

Podría entenderse que la reciente decisión del TJUE en el asunto *Ziggo* viene a respaldar la posición adoptada por la Propuesta de Directiva, puesto que las plataformas indexan y clasifican los contenidos que albergan para facilitar la localización y secuenciación de los mismos¹⁸⁷. Ciertamente, el TJUE afirma que el hecho de indexar y catalogar los ficheros *torrent* que permiten a los usuarios localizar y compartir obras y prestaciones protegidas constituye una intervención, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para facilitar acceso a las obras protegidas y que «en consecuencia, debe considerarse que, mediante la puesta a disposición y la gestión de la plataforma de intercambio en línea TPB, los administradores de esta ofrecen a sus usuarios un acceso a las obras de que se trata».

Sin embargo, esto supone una lectura sesgada y parcial del fallo del Tribunal de Justicia y de la jurisprudencia previa sobre la que este descansa. El mero hecho de facilitar el acceso a una obra o contenido protegido nunca ha sido suficiente por sí solo para apreciar un acto de comunicación al público. Al contrario, este es sólo uno de los criterios tenidos en cuenta por el TJUE para calificar la intervención del usuario como un acto de comunicación, pero no hay que olvidar que ese acto de comunicación ha de ir dirigido a un público, y que, además, en la apreciación de estos dos elementos cumulativos es preciso tener en cuenta varios criterios complementarios, de naturaleza no autónoma y dependientes entre sí, lo que ha llevado a afirmar al Tribunal de Justicia que «el concepto de comunicación pública exige una apreciación individualizada», que debe tener en cuenta las circunstancias particulares del caso.

En este sentido, hay numerosos aspectos en *Ziggo* que permiten distinguir este caso del de las plataformas que contempla la propuesta de Directiva¹⁸⁸. No hay que olvidar que, para apreciar la presencia de un acto de comunicación, el fallo considera relevante no sólo que TPB ofrecía una serie de funcionalidades, como un índice que clasificaba las obras en diversas categorías y un motor de búsqueda para que dichas obras fueran fácilmente localizadas, sino que los administradores de la plataforma comprobaban que cada obra se colocaba en la categoría adecuada, suprimían los ficheros obsoletos o erróneos y filtraban de manera activa algunos contenidos¹⁸⁹. Además a la hora de determinar que el acto de comunicación iba dirigido a un «público nuevo» el Tribunal se apoya

¹⁸⁷ VON LEWINSKI, S., «*Comments on Article 13...*», *cit.* En el mismo sentido, ROSATI, E., «*The CJEU Pirate Bay Judgment...*», *cit.*, p. 747, cuando afirma que «aunque el razonamiento subyacente en la propuesta de la Comisión Europea parece arraigado en la jurisprudencia previa del TJUE, la sentencia *The Pirate Bay [Ziggo]* ha alineado definitivamente la jurisprudencia a la acción política y puede haber llegado incluso más lejos que esta última».

¹⁸⁸ FROSIO, G. F., «*Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy*», *Northwestern University Law Review*, Vol. 12, 2017, p. 37.

¹⁸⁹ STJUE (Sala Segunda) de 14 de junio de 2017, Asunto C-610/15 (*Ziggo*), ECLI:EU:C:2017:456, ap. 38.

en que los administradores de TPB habían sido expresamente informados de que la plataforma proporcionaba acceso a obras protegidas sin autorización e incluso habían manifestado expresamente en los blogs y foros disponibles en la propia plataforma que su objetivo era precisamente poner obras y prestaciones protegidas a disposición de los usuarios, a los que incitaban a su descarga¹⁹⁰.

Por lo tanto, si puede extraerse una enseñanza de esta decisión del Tribunal de Justicia es que el conocimiento de la infracción y la finalidad perseguida por los administradores de una plataforma que facilita el acceso a obras y prestaciones protegidas puestas a disposición sin la autorización de sus titulares no son irrelevantes para apreciar su responsabilidad, al contrario, constituyen elementos decisivos que el juzgador ha de valorar, atendiendo a las circunstancias, a la hora de determinar que están realizando una comunicación al público¹⁹¹. En consecuencia, el mero hecho de almacenar y facilitar el acceso a los contenidos almacenados por otros no constituye en sí mismo un acto de comunicación al público¹⁹², por lo que en el caso de las plataformas que almacenan contenidos generados por usuarios, pero que, a diferencia de TPB, no se nutren mayoritariamente de obras y prestaciones protegidas puestas a disposición sin autorización de sus titulares, será preciso determinar, atendiendo a las circunstancias particulares, si sus administradores tenían conocimiento de los contenidos infractores o si su finalidad era la de facilitar o incentivar la infracción¹⁹³.

¹⁹⁰ Ibid., ap. 45.

¹⁹¹ Un informe elaborado por el Max Planck Institute califica como «monolítica» y «simplista» la afirmación contenida en el considerando 38 de la Propuesta de Directiva, ya que «[i]ncluso partiendo de la última decisión, *The Pirate Bay* [Ziggo], que, a primera vista, parece apoyar la posición de la Comisión Europea, es imposible llegar a la conclusión de que los proveedores de servicios de la sociedad de la información realizan un acto de comunicación al público por el hecho de almacenar y facilitar el acceso a contenidos cargados por usuarios», HILTY, R./ MOSCON, V., *Contributions by the Max Planck Institute for Innovation and Competition in response to the questions raised by the authorities of Belgium, the Czech Republic, Finland, Hungary, Ireland and the Netherlands to the Council Legal Service regarding Article 13 and Recital 38 of the Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, 08.09.2017, p. 14. <https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/Answers_Article_13_2017_Hilty_Moscon-rev-18_9.pdf>

¹⁹² Vid., entre otros, DE COCK, C., «The CJEU Pirate Bay decision and the Censorship filter», *CopyBuzz*, 29.06.2017 <<http://copybuzz.com/es/copyright/cjeu-pirate-bay-decision-censorship-filter/>> («si bien se puede leer esta decisión [Ziggo] como una ampliación del alcance de lo que es una comunicación al público, esto solo se puede entender en el contexto de un conjunto muy específico de condiciones que deben cumplirse para que surja la responsabilidad de la plataforma»); SACQUET, M., «CJUE's Pirate Bay decision: knowledge, intent are key to the "communication to the public" right», *DisCo*, 26.10.2017 <<http://www.project-disco.org/intellectual-property/102617-cjeu-pirate-bay-decision-knowledge-intent-key/#.W9jPbuJRfIU>> («el conocimiento y la intención se pueden añadir a la lista de otros factores que el TJUE ha estado desarrollando gradualmente en estos últimos años con su jurisprudencia sobre la comunicación al público», lo que le lleva a la conclusión de que no todas las plataformas en línea donde los usuarios cargan obras protegidas por derechos de autor pueden ser tratadas como *The Pirate Bay*); ROSATI, E., «Waiting for the approval of the EU Directive on copyright in the Digital Single Market», *The IP Kat*, 30.09.2017 <<http://ipkitten.blogspot.com/2017/09/waiting-for-approval-of-eu-directive-on.html>>, reproduciendo las palabras de Lionel Bently y Valeria Falce.

¹⁹³ La cuestión ya ha sido planteada ante al Tribunal de Justicia [asunto C-682/18 (*Google y otros*)]. En su resolución de 13 de septiembre de 2018 el Tribunal Supremo alemán ha elevado al TJUE una cuestión prejudicial en la que pregunta, en esencia, si el operador de una plataforma en línea

Parte de la doctrina había puesto de manifiesto que la construcción del régimen de responsabilidad de los intermediarios sobre la base de las normas que regulan la responsabilidad directa era inconsistente con el concepto de comunicación al público elaborado por el TJUE y no respetaba el equilibrio entre los diferentes derechos e intereses que se ven afectados por el régimen de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, equilibrio que la DCE quiso lograr a través de una serie de controles y contrapesos que no están presentes en la DDASI¹⁹⁴. Parece que, con la introducción del elemento del conocimiento de la ilicitud en sus últimas resoluciones, el TJUE habría querido restablecer ese equilibrio, al que aludía el propio Tribunal en *GS Media*, y al mismo tiempo hacer compatible el régimen de atribución de responsabilidad de quienes favorecen la conducta infractora con las reglas de exención de responsabilidad contenidas en la DCE, tal y como estas habían venido siendo interpretadas por el propio Tribunal de Justicia. No en vano, como ha señalado alguna autora, «uno puede reconocer un cierto paralelismo entre las condiciones para la violación del derecho de comunicación al público por facilitación y las de la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios cubiertos por la DCE. En ambos casos, la falta de conocimiento de la actividad ilícita excluye la responsabilidad. Pero la Directiva establece únicamente las condiciones de exención de responsabilidad; correspondía a los Estados miembros de la UE extraer de ahí sus conclusiones y decidir si (o no) el conocimiento efectivo resultaba en la responsabilidad de aquellos que facilitan el acceso a contenidos infractores. El TJUE ahora ha llenado este vacío al asumir la tarea de evaluar la responsabilidad de los facilitadores»¹⁹⁵.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Se podría pensar que habiendo transcurrido dieciocho años desde la adopción de la DCE el régimen de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación debería estar razonablemente asentado y que las dudas que pudieran haber surgido en su interpretación habrían sido ya resueltas por los tribunales. Lejos de ser así, todavía son muchas las cuestiones que quedan abiertas. En parte, ello es debido a la extraordinaria evolución experimentada

(en este caso, YouTube), a través de la cual sus usuarios ponen a disposición del público obras protegidas por derechos de autor sin el consentimiento de sus titulares, estaría realizando un acto de comunicación al público en el sentido del art. 3 de la Directiva 2001/29/CE, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, que la plataforma obtiene beneficios de la publicidad, que la subida de los materiales se realiza a través de un procedimiento automatizado, sin control o revisión por parte de la plataforma; que la plataforma clasifica los videos en categorías, los ordena y sugiere otros videos relacionados con los que se han visto previamente y que la plataforma ofrece a los titulares de derechos una herramienta para eliminar los contenidos infractores [BHG, Beschluss vom 13.09.2018 – I ZR 140/15 (*YouTube*) <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&pm_nummer=0150/18>].

¹⁹⁴ SENFTLEBEN, M. y otros, «The Recommendation...», *cit.*, p. 158.

¹⁹⁵ GINSBURG, J., «The Court of Justice...», *cit.*, p. 10.

por Internet en lo que llevamos del presente siglo. La proliferación de servicios que permiten a los usuarios crear y difundir ellos mismos contenidos de la más variada índole (incluidos contenidos ilícitos o que infringen derechos de terceros), unida a la consolidación de los operadores de dichos servicios como grandes agentes económicos (lo que viene favorecido por el denominado *efecto red*), ha llevado a plantear la oportunidad de reformar el régimen jurídico aplicable a los prestadores de servicios de intermediación. Desde hace años, se viene discutiendo la necesidad de completar el régimen de exención de responsabilidad de los proveedores de alojamiento de contenidos con un procedimiento de notificación y retirada o la conveniencia de imponer deberes de diligencia a cargo de los prestadores de ciertos servicios de intermediación.

Sin embargo, de aprobarse la Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el Mercado Único Digital en los términos que la conocemos, estaríamos ante un cambio mucho más profundo del marco jurídico vigente y de la aproximación horizontal de las reglas de exención de responsabilidad que quiso establecer la DCE. Porque, aunque la Propuesta de Directiva diga que nada cambia y se haya querido presentar como la consagración de la interpretación que la jurisprudencia venía haciendo del Derecho vigente, lo que hace en realidad es despojar de la protección de las reglas de puerto seguro, de la que hasta ahora gozaban, a las plataformas de alojamiento de contenidos generados por usuarios, que son los principales actores de Internet en nuestros días, y ello con la finalidad declarada de dotar a los titulares de derechos de un instrumento de presión en la negociación de licencias que les permitan participar de los beneficios que obtienen estas plataformas por los contenidos protegidos cargados por sus usuarios, un objetivo que no es exactamente el que tradicionalmente ha inspirado la regulación del derecho de autor, basada en la atribución de un monopolio exclusivo sobre la explotación de la obra por un tiempo limitado, junto con los mecanismos de defensa adecuados para impedir la explotación in consentida de la misma por parte de terceros.