

¿COMPARTIR CONTENIDOS EN LÍNEA O NO? UN ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 17 DE LA DIRECTIVA SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL*

TO UPLOAD OR NOT – AN ANALYSIS OF ART. 17 OF THE DIRECTIVE ON COPYRIGHT IN THE DIGITAL SINGLE MARKET

GERALD SPINDLER

*Catedrático de Derecho de Derecho Civil, Mercantil y Económico,
Derecho Comparado y de las Telecomunicaciones
Universidad de Göttingen*

Recibido: 27.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5232>

Resumen: El “filtro de carga” para las plataformas de intercambio en línea ha sido uno de los temas más candentes en relación con la nueva Directiva 2019/790 sobre derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital (DCMUD). La batalla continúa en el ámbito nacional a la hora de afrontar la correcta y equilibrada transposición del art. 17 DCMUD, en particular en lo que respecta a garantizar la libertad de expresión. Este ensayo explora el sistema de responsabilidad del citado art. 17 y analiza su potencial contradicción con los derechos fundamentales de la Unión Europea, tal y como han sido ponderados por el TJUE en el asunto *SABAM Netlog* y otros recientes, en particular, con la prohibición de deberes generales de control y supervisión. Aunque sería posible argumentar que el art. 17 DCMUD podría superar ese examen de contraste, el precepto articula varias opciones de transposición que podrían emplearse para garantizar los derechos de los usuarios y la libertad de expresión.

Palabras clave: propiedad intelectual, derechos de autor, plataformas de intermediación, puertos seguros, filtros de carga, contenidos digitales, contenidos generados por los usuarios, derechos fundamentales, libertad de expresión, liability, e-commerce.

Abstract: The “upload-filter” for online sharing platforms have been one of the hot issues regarding the new DSM-directive on copyright. The battle continues at the national level concerning the correct and balanced implementation of Art. 17 DSM-D, in particular regarding the guarantee of freedom of speech. The article explores the liability system of Art. 17 DSM-D and analyzes its potential contradiction to fundamental EU rights which has been laid down by the CJEU in the *SABAM Netlog* case, in particular the prohibition of general monitoring duties. Even though one might argue that Art. 17 DSM-D could pass that test the article develops several implementation options in order to safeguard user rights and freedom of speech.

Keywords: copyright, intermediary platforms, safe harbours, upload filters, digital contents, user generated contents, fundamental rights, right of free speech, responsabilidad, comercio electrónico.

*Este trabajo tiene su base en la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, 3 y 4 de octubre de 2019) y se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades): Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales, del que es investigador principal el Prof. S. CÁMARA LAPUENTE. La traducción ha estado a cargo de este último.

Sumario: I. Introducción. II. El sistema previo de responsabilidad de los intermediarios. III. Compatibilidad del art. 17 DCMUD con el Derecho primario de la Unión Europea. 1. Sistema del art. 17 DCMUD. A) Definición de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea. a) Variedad de contenidos de forma organizada. b) Delimitación negativa. c) Servicios de almacenamiento en la nube. B) Infracción independiente de los derechos de explotación por los prestadores de servicios. C) Programa obligatorio del prestador de alojamiento. a) Obligación de revisar las licencias necesarias (art. 17.1 y 17.4.a DCMUD). b) Deberes y limitación de responsabilidad según el art. 17.4.b DCMUD. c) Notificación y bloqueo. d) Principio de proporcionalidad. D) Limitaciones a favor de los usuarios. E) Prohibición de obligaciones generales de supervisión y su relación con la Directiva de comercio electrónico. F) Influencia del diálogo entre las partes interesadas y orientaciones de la Comisión Europea sobre el art. 17 DCMUD. 2. Derechos fundamentales afectados. 3. La prohibición de obligaciones generales de supervisión y el art. 17 DCMUD. A) Obligaciones generales de supervisión y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. a) Procedencia de los derechos fundamentales de la UE. b) Aplicación al art. 17 DCMUD. B) Tendencias de signo contrario en la jurisprudencia del TJUE y su trascendencia para el art. 17 DCMUD. a) Obligaciones de inhabilitación del prestador de acceso. b) Examen de contenido similar como obligación específica de supervisión. c) Aplicación al art. 17 DCMUD. C) Conclusión. 4. Derechos fundamentales de protección de datos. 5. Solución alternativa: posibles contrapesos para la protección de derechos fundamentales. IV. Transposición del art. 17 DCMUD en los Derechos nacionales. 1. Naturaleza de armonización plena. 2. Transposición de las definiciones del art. 2.6 DCMUD. 3. Restricción y orden de las obligaciones del prestador del servicio. A) Obligaciones de obtener licencias según los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD. B) Limitación y diseño de los filtros de carga según el art. 17.4.b DCMUD. a) ¿Exclusión de filtros de carga? b) Transposición. c) Información que deben suministrar los titulares de derechos. C) Licencias colectivas. 4. Límites legales a favor de los usuarios. A) Ausencia de límites legales adicionales en los Estados miembros. B) Derecho a exigir a los prestadores el respeto de los límites. C) Protección de los límites mediante tecnología obligatoria: el marcado. D) ¿Establecimiento de un sistema de reclamaciones y recursos? E) Acciones colectivas. 5. ¿Configuración y límites de las consecuencias jurídicas (indemnización)? V. Derecho internacional privado. VI. Obligaciones de las plataformas fuera del ámbito de aplicación de la DCMUD en materia de propiedad intelectual. VII. Conclusión.

I. Introducción

1. Prácticamente ninguna Directiva de la Unión Europea ha llamado tanto la atención del público como la nueva Directiva sobre derechos de autor (*copyright*) y derechos afines en el Mercado Único Digital (DCMUD)¹, que crea obligaciones para los prestadores de servicios que permiten compartir contenidos generados por los usuarios, como ocurre, por ejemplo, en *YouTube*. La lucha de los grupos de presión, con los titulares de derechos por un lado y la comunidad de internet por el otro, potenciada por grandes empresas como *YouTube*, desembocó incluso en manifestaciones públicas contra un artículo de la DCMUD, el art. 17 (previamente, el art. 13). Este artículo trata de las obligaciones de los prestadores de servicios para controlar el contenido de sus plataformas, constituyendo así una excepción a los privilegios de puerto seguro de los prestadores de servicios consagrados en el art. 14 de la Directiva de comercio electrónico (DCE)². Es obvio que semejante control podría coartar los derechos de libertad de expresión y de acceso a los contenidos, que son la base jurídica de la reclamación realizada por Polonia contra la DCMUD y que constituye la esencia del presente ensayo. Se describirá previamente de forma sucinta el sistema vigente de la responsabilidad de los intermediarios en materia de propiedad intelectual (II), antes de abordar los fundamentos del art. 17 DCMUD (III.1), cuya estructura es crucial para el análisis constitucional (III.2), en particular en lo relativo a la prohibición de deberes generales de supervisión (III.3). Incluso si no se compartieran los argumentos constitucionales, deberán tomarse

¹ Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, *DOUE* L 130 de 17 de mayo de 2019, p. 92 ss.

² 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), *DOUE* L 178 de 17 de julio de 2000, p. 1 ss.

en consideración a la hora de transponer el art. 17 DCMUD (IV), que fue evolucionando para tener presentes los derechos de los usuarios, etc. Por último, se abordarán brevemente las implicaciones de Derecho internacional privado (V) y la situación jurídica de aquellos prestadores que están exentos de la aplicación del art. 17 DCMUD (VI).

II. El sistema previo de responsabilidad de los intermediarios

2. Originalmente, los prestadores de servicios de intermediación o intermediarios, que también incluyen operadores de redes sociales o plataformas para contenidos generados por usuarios como *YouTube*, fueron incluidos sin más matices en el privilegio sobre exención de responsabilidad del art. 14 de la Directiva de comercio electrónico, de manera que sólo incurren en responsabilidad tras haber tenido conocimiento de cualquier contenido ilegal, o sólo si “en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga(n) conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito” (art. 14.1.a DCE); los tribunales aplicaron este inciso a *YouTube*, liberándolo de responsabilidad³. Sin embargo, en la sentencia *L’Oréal*, el TJUE dejó sentado que este privilegio se aplica sólo a prestadores de servicios pasivos, neutrales, no a aquellos que cooperan activamente con los usuarios (v. gr., mediante ayuda con el diseño de las ofertas)⁴.

3. Desde el principio, las medidas cautelares basadas en la responsabilidad por injerencia (“*Störerhaftung*”) –esto es, la de quien permite que el ilícito se lleve a cabo sin ser ni el autor ni el colaborador– no se han visto afectadas por el privilegio de responsabilidad; la jurisprudencia ha moldeado en detalle las obligaciones de los prestadores, pero no es del caso describirlas aquí. En esencia, un prestador de servicios es responsable como perturbador (“*Störer*”) tras la notificación por la parte perjudicada de la adopción *ex post* (!) de deberes de vigilancia si incumple obligaciones razonables de inspección y control (por ejemplo, no impide que se cargue en el servidor un nuevo contenido del mismo tipo)⁵. Cabe señalar, sin embargo, que incluso desde el punto de vista de la propiedad intelectual (hasta ahora), el propio prestador de servicios no comete ninguna infracción en el sentido de ser el responsable o el infractor de un derecho de explotación del titular de los derechos de autor; a lo sumo coadyuva negligentemente a la infracción y, por lo tanto (aparte de la responsabilidad por como *Störer*, que sólo da lugar a las medidas cautelares), podría beneficiarse del privilegio de la exención de responsabilidad de acuerdo con el art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico.

4. Sin embargo, este enjuiciamiento cambió con el desarrollo de la jurisprudencia del TJUE sobre el derecho de puesta a disposición del público del art. 3 a) de la Directiva 2011/29/CE sobre derechos de autor y derechos afines (*Copyright*) en la Sociedad de la Información (en adelante, DCSI-InfoSoc)⁶. Con las sentencias *GS Media*, *Filmspeler* y *Pirate Bay*⁷, el TJUE ya ha llevado el concepto de puesta a disposición del público muy lejos dentro del concepto de colaboración y de lo que son las acciones propias⁸. En concreto, se trataba de hipervínculos (*GS Media*), de una plataforma con recomendaciones

³ Tribunal Superior Regional de Hamburgo (OLG), *MMR* 2016, p. 269; Tribunal Superior Regional de Munich, *CR* 2016, p. 750.

⁴ STJUE 12 julio 2011, asunto C-324/09, *L’Oreal*, EU:C:2011:474, para 116.

⁵ Más detalles en G. SPINDLER en SPINDLER/SCHMITZ (dirs.), *Telemediengesetz*, 2ª ed., CH Beck, München, 2018, § 7 TMG paras 41 ss. con ulterior demostración; *vid.* también N. GIELEN/M. TIESSEN, “Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt”, *EuZW*, 2019, p. 639 y ss., en especial, p. 640 y ss.

⁶ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, *DOUE* L 167, de 22 de junio de 2001, p. 10 y ss.

⁷ STJUE 8 septiembre 2016, asunto C-160/15, *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands*, EU:C:2016:644, *GRUR* 2016, p. 1152 y ss., con comentarios de OHLY; STJUE 26 abril 2017, asunto C-527/15, *Filmspeler*, EU:C:2017:300, *GRUR* 2017, p. 610 y ss., con comentarios de NEUBAUER/SOPPE; STJUE 14 junio 2017, asunto C-610/15, *Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV (The Pirate Bay)*, EU:C:2017:456, *GRUR*, 2017, p. 790 y ss.; M. LEISTNER, “Die ‘The Pirate Bay’-Entscheidung des EuGH: ein Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber”, *GRUR*, 2017, p. 755 y ss.

⁸ Con justa crítica, LEISTNER, “Die ‘The Pirate Bay’...”, *cit.*, p. 755; M. LEISTNER, “Reformbedarf im materiellen Urheber-

sobre piratería sin alojamiento de contenidos (*Pirate Bay*), o de productos de *hardware* con *software* preinstalado que conducían a plataformas de piratería.

5. No existe certeza sobre si el TJUE, en el procedimiento pendiente sobre *YouTube*⁹, decidirá de la misma manera, ya que en este caso –a diferencia de *Filmspeler* y de *Pirate Bay*– no puede demostrarse un fomento selectivo de los actos de infracción de los derechos de propiedad por parte de terceros¹⁰. El art. 17.1 DCMUD, sin embargo, puede entenderse como una consecuencia de estas decisiones judiciales, siempre que se tenga por suficiente un conocimiento general del proveedor de la plataforma y se presuponga¹¹ la falta de neutralidad¹².

III. Compatibilidad del art. 17 DCMUD con el Derecho primario de la Unión Europea

1. Sistema del art. 17 DCMUD

6. Para verificar la coherencia del art. 17 DCMUD con el Derecho primario europeo¹³, lo primero que debe precisarse es el sistema del ese art. 17 en relación con las obligaciones del proveedor (tal como se define en el art. 2.6 DCMUD: “prestador de servicios para compartir contenidos en línea”)¹⁴:

A) Definición de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea

a) Variedad de contenidos de forma organizada

7. El prestador de servicios del art. 2.6 DCMUD debería distinguirse por el hecho de que al menos su “*fin principal o uno de sus fines principales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos*”. Obviamente, no depende del número de usuarios en sí mismos, sino de la “gran cantidad” de obras o prestaciones protegidas¹⁵.

berrecht: Online-Plattformen und Aggregatoren”, *ZUM*, 2016, p. 580 y ss., en especial, p. 583; M. LEISTNER, “Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 8. September 2016 – EUGH C-160/15”, *ZUM*, 2016, p. 980 y ss.; STJUE 8 septiembre 2016, asunto C-160/15, *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands*, EU:C:2016:644, *GRUR* 2016, p. 1152 y ss., con comentarios de OHLY, quien en p.1155 habla de un “sustituto del legislador”.

⁹ Vid. los procedimientos en curso sobre el asunto C-682/18, *YouTube* (cuestiones prejudiciales planteadas por el *Bundesgerichtshof* (Alemania) el 6 de noviembre de 2018) y asunto C-683/18 *Elsevier* (cuestiones planteadas por el BGH en la misma fecha); sobre el auto de remisión del BGH de 13 septiembre 2018, I ZR 140/15, *CR* 2019, p. 100 y ss.

¹⁰ Al remitir la cuestión el Tribunal Federal alemán tampoco considera que exista una acción ilegal individual por parte de plataformas como *YouTube* debido a la falta de conocimiento y a la automatización establecidas; Tribunal Federal alemán, *CR* 2019, p. 100 para 30 ss. con comentarios de OHLY; en contra, M. STIEPER, “Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt”, *ZUM*, 2019, p. 211 y ss., en particular, p. 216 y ss.

¹¹ Hasta ahora, F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, *GRUR*, 2019, p. 1219 y ss., en especial, p. 1222; considera, de forma excesiva, que la responsabilidad ahora regulada en el art. 17 DCMUD, junto con la “*Störerhaftung*” (incumplimiento de la obligación de vigilancia) ya abocaba antes en la responsabilidad de las plataformas; F. HOFMANN, “Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – »Much Ado About Nothing«?”, *ZUM*, 2019, p. 617 ss., en especial, p. 623 y ss.; en similar sentido, C. VOLKMANN, „Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter: verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?“, *CR*, 2019, p. 376 y ss., p. 377 para 8.

¹² El TJUE ha subrayado específicamente este requisito en relación con el art. 14 de la Directiva de comercio electrónico en la STJUE 12 julio 2011, asunto C-324/09, *L’Oreal*, EU:C:2011:474, paras 113 ss.; STJUE 23 marzo 2010, asunto C-236/08, *Google France SARL v Louis Vuitton Malletier SA*, *CR* 2010, 318 paras 114 ss.; en detalle con más referencias, SPINDLER en SPINDLER/SCHMITZ (dirs.), *Telemediengesetz*, cit., § 10 para 16, § 7 paras 8 ss., ante § 7 para 15; también S. OTT, “Das Neutralitätsgebot als Voraussetzung der Haftungsprivilegierung des Host-Providers”, *K&R*, 2012, p. 387 ss.; M. LEISTNER, “Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet”, *ZUM*, 2012, p. 722 y ss., en especial, p. 724 ss.

¹³ El Derecho derivado europeo debe ignorarse en este caso, ya que la DCMUD puede desplazar a otras Directivas o Reglamentos, al ser *lex posterior*.

¹⁴ Para simplificar, la expresión “prestador de servicios para compartir contenidos en línea” se reemplazará en lo que sigue por “prestador de servicios”.

¹⁵ Sin embargo, el considerando 63 también se refiere al público para especificar el art. 2.6 de la Directiva.

8. Además, el contenido *debe estar organizado*; el DCMUD no especifica el significado de este requisito. Probablemente sea suficiente con mantener una función de búsqueda para hallar determinados contenidos, así como la creación de determinadas categorías dentro de las cuales se pueden encontrar los contenidos¹⁶. Por último, el contenido debe ser "promocionado" por el prestador del servicio. Para evitar una formulación ambigua, esta disposición no debe entenderse de manera que el proveedor promueva el contenido concreto (el *contenido generado por el usuario*), sino más bien que el propio prestador del servicio ofrezca publicidad complementaria o asociada como hace *YouTube*¹⁷. Incluso los servicios de noticias que permiten a los usuarios escribir comentarios (los llamados "foros") podrían incluirse en esta definición, ya que la redacción también está protegida por los derechos de autor y, *per se*, en determinadas categorías se comparten con muchos usuarios y a menudo están interconectados con la publicidad.

No obstante, servicios como *Rapidshare*, que no tienen capacidad de búsqueda en sí mismos (por lo tanto, no organizan los contenidos), o que no colocan anuncios específicamente dentro del contenido, no están comprendidos en la DCMUD, lo cual es peculiar a la luz del número de infracciones de la propiedad intelectual que se pueden constatar. Sin embargo, el considerando 62 DCMUD tiene este tipo de servicios en cuenta al mencionar explícitamente *in fine* que "el régimen de exención de responsabilidad establecido en el artículo 13 de la presente Directiva no debe aplicarse a los prestadores de servicios cuyo objetivo principal sea dedicarse a la piratería lesiva de derechos de autor o facilitarla".

b) Delimitación negativa

9. Dado el amplio alcance potencial de la definición anterior, el art. 2.6 DCMUD, en su subpárrafo 2, hace un esfuerzo por escindir ciertos servicios de esa noción general. En este sentido, el criterio general ha de usarse se encuentra en el considerando 62, que deja claro que no quedan incluidos servicios:

"cuya finalidad principal no sea la de permitir que los usuarios carguen y compartan una gran cantidad de contenidos protegidos por derechos de autor con el propósito de obtener beneficios de esa actividad".

En consecuencia, se deben excluir todas las ofertas no comerciales, teniendo presente en particular la *Wikipedia* y las enciclopedias en línea sin fines de lucro, pero también los repositorios científicos. Del mismo modo, se excluyen las plataformas de programas de ordenador de código abierto, incluidas incluso las plataformas comerciales, como los "mercados en línea" (*Online Marketplaces*). En vista de la última excepción, es decisivo que cualquier contenido que no sea contenido generado por el usuario (CGU) se distribuya esencialmente a cambio de una remuneración; porque incluso aquí es fácil pensar en determinadas plataformas para contenidos generados por los usuarios. Los problemas de delimitación se hacen aún más evidentes cuando los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas según vienen definidos en la Directiva 2018/1972¹⁸ están excluidos (servicios OTT, "over the top" o de libre transmisión a través de internet), lo que significa que los grupos de *WhatsApp*, como servicios de comunicaciones interpersonales con número limitado, no van a estar incluidos en la DCMUD¹⁹, incluso aunque puedan cumplir las mismas funciones para compartir contenidos, cuando son lo suficientemente grandes como, por ejemplo, una cuenta de *Facebook*.

10. No debería minusvalorarse para una interpretación teleológica una línea general del considerando 62 que enfatiza que el ámbito de aplicación:

¹⁶ En el mismo sentido, N. PETERS/J. H. SCHMIDT, "Das Ringen um Upload-Filter geht in die 2. Runde", *GRUR Int.*, 2019, p. 1006 y ss., en especial, p. 1006.

¹⁷ De acuerdo, HOFMANN, "Die Plattformverantwortlichkeit...", cit., p. 628.

¹⁸ Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (versión refundida) (*DOUE* de 17.12.2018, L 321 p. 36 y ss.).

¹⁹ Sobre la cualidad de servicio OTT: SPINDLER, en SPINDLER/SCHMITZ (dirs.), *Telemediengesetz*, cit., § 1 para 26 ss.; A. GRÜNWALD/C. NÜSSLING, "Kommunikation over the Top Regulierung für Skype, WhatsApp oder Gmail?", *MMR*, 2016, p. 91 y ss., en especial, p. 92 y ss.

“debe comprender solamente los servicios en línea que tienen un papel importante en el mercado de contenidos en línea por competir con otros servicios en línea, como los servicios de emisión en continuo de audio y vídeo, por las mismas audiencias”.

Esto podría excluir del ámbito de aplicación muchos servicios que también utilizan contenidos protegidos por la propiedad intelectual, como los portales de citas y búsqueda de pareja con fotografías y textos de sus usuarios²⁰.

c) Servicios de almacenamiento en la nube

11. Por último, pero no por ello menos importante, los "los prestadores de servicios entre empresas y en la nube, que permiten que los usuarios carguen contenido para su propio uso, no son prestadores de servicios para compartir contenidos en línea a los efectos de la presente Directiva". Por muy razonable que esto pueda parecer a primera vista para excluir a *Google Drive*, *Microsoft OneDrive*, *iCloud*, etc., del ámbito de aplicación, un examen más detenido revela que existen dudas considerables, dado que casi todos los servicios en la nube permiten compartir contenidos, incluso la edición simultánea de contenidos. Servicios como *Microsoft OneDrive* están realmente diseñados para compartir contenido. Es difícil ponderar cómo se logrará una delimitación efectiva en este caso; dejando de lado que no bastará que un contrato establezca que los usuarios no están autorizados a compartir contenidos protegidos por derechos de autor con otros. Sin embargo, es probable que los servicios de almacenamiento en la nube no queden incluidos en el marco del art. 17.1, ya que rara vez ofrecen contenido a un gran público (un gran número de personas), de modo que *per se* falta un acto de explotación²¹.

B) Infracción independiente de los derechos de explotación por los prestadores de servicios (art. 17.1 DCMUD)

12. El punto de partida del art. 17 DCMUD es la estipulación de que el prestador de servicios en el sentido del art. 2.6 DCMUD vulnera el derecho de puesta a disposición del público de conformidad con el art. 3.a DCSI-InfoSoc, incluso si se refiere al contenido de terceros que los subieron a la plataforma del proveedor de alojamiento (contenido generado por el usuario). Así pues, la actividad del prestador de servicios no es –como se calificaba antes en la legislación nacional– un acto de mera colaboración o accesorio, sino que debe considerarse como una infracción directa de los derechos del titular de los derechos de propiedad intelectual (“autoría” de la infracción en sentido propio)²². Puede dudarse con toda razón de que el art. 17 sea derivación directa de la jurisprudencia (*GS Media*, *Filmspieler*, etc.)²³, porque no exige intencionalidad en la comisión del ilícito, pero eso, a la postre, es lo que habrá de decidir el TJUE en el caso *Youtube*, pendiente de resolución.

²⁰ Con precisión, HENRICH, <https://www.medienpolitik.net/2019/04/plattformen-werden-verantwortung-uebernehmen/>, (fecha de acceso: 17.4.2019); de la misma opinión, PETERS/SCHMIDT, “Das Ringen um Upload-Filter...”, cit., p. 1008.

²¹ En contra, PETERS/SCHMIDT, “Das Ringen um Upload-Filter...”, cit., p. 1007, pero sin explicar cómo delimitar el público necesario.

²² *Vid.* también F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit., p. 2019, p. 1219; HOFMANN, “Die Plattformverantwortlichkeit...”, cit., p. 620 y ss.; A. WANDTKE/R. HAUCK, “Art. 17 DSM-Richtlinie – Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht”, *ZUM*, 2019, p. 627 y ss., en especial, p. 629; T. PRAVEMANN, “Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt - Eine Analyse der neuen europäischen Haftungsregelung für Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten”, *GRUR*, 2019, p. 783 y ss., en especial, p. 784; VOLKMANN, „Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...“, cit., p. 378 para 11; GIELEN/TIESSEN, “Die neue Plattformhaftung...”, cit., p. 642, sin embargo con la difícilmente defendible presunción de que entonces ya no se aplicaría la *Störerhaftung* (pues ésta sigue existiendo debido a la responsabilidad basada en omisión).

²³ Puesto en duda por LEISTNER, “Grundlagen und Perspektiven...”, cit., p. 586; a favor, F. HOFMANN, “Kontrolle oder nachlaufender Rechtsschutz – wohin bewegt sich das Urheberrecht? Rechtsdurchsetzung in der EU zwischen Kompensation und Bestrafung”, *GRUR*, 2018, p. 21 y ss., p. 28 y ss.; F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit., p. 1222; HOFMANN, “Die Plattformverantwortlichkeit...”, cit. pp. 620, 623 y ss.; T. HOLZMÜLLER, “Anmerkungen zur urheberrechtlichen Verantwortlichkeit strukturierter Content-Plattformen”, *ZUM*, 2017, p. 301 y ss., p. 302; M. STIEPER, “Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen”, *ZUM*, 2017, p. 132 y ss., en especial, p. 137 ss.

13. Según el párrafo segundo del art. 17.1 DCMUD, un prestador de servicios de contenidos en línea, está obligado a obtener permiso de los titulares de los derechos de propiedad intelectual a los que se hace referencia en los arts. 3.1 y 3.2 DCSI-InfoSoc, es decir, autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y películas, así como organismos de radiodifusión. La ampliación de este requisito del consentimiento a otros derechos (derechos afines o conexos) protegidos por la legislación nacional, como la protección de las meras fotografías por el párrafo 72 de la Ley alemana de propiedad intelectual, no se exige por la Directiva y no parece necesario habida cuenta de la complejidad de la norma. Esto es particularmente importante para plataformas como *Instagram*.

C) Obligaciones del prestador de alojamiento

14. El art. 17 DCMUD en esencia establece dos obligaciones de los prestadores de servicios cubiertos por el sentido de la definición del art. 2.6 DCMUD:

- Fundamentalmente la obligación de obtener licencias (art. 17.1 y art. 17.4.a DCMUD).
- Si esto falla, la obligación secundaria de impedir la divulgación de contenidos de terceros que infringan la propiedad intelectual, sin ulterior aclaración de las medidas necesarias para este fin (art. 17.4.b DCMUD).

Además, el art. 17.4.c DCMUD exige que el contenido que infrinja derechos de propiedad intelectual de terceros, que haya sido cargado en la plataforma y notificado al prestador de servicios sea eliminado por este último, tanto bloqueando el acceso, como restringiendo que en el futuro pueda ser vuelto a cargar en la plataforma (notificación y bloqueo permanente, *notice-and-stay-down*)²⁴.

a) Obligación de revisar las licencias necesarias (art. 17.1 y 17.4.a DCMUD)

15. En otras palabras, como primer paso, el prestador de servicios debe verificar si el contenido de su plataforma requiere una licencia; en este caso, debe obtener las licencias necesarias. La obligación del prestador de servicios de obtener licencias (art. 17.1 y 17.4 a) –ya que se le considera generalmente como un posible infractor del derecho de acceso público– lleva inicialmente a una investigación proactiva general de los prestadores de servicios en relación con sus plataformas, ya que, en caso contrario, estarán sujetos a lo dispuesto en el art. 17.4 DCMUD (esto es, serán responsables de la infracción de la propiedad intelectual ajena).

16. En este marco hay que distinguir dos sub-obligaciones: la obligación de comprobar cualquier contenido que pudiera necesitar de licencias (responsabilidad por infracción de propiedad intelectual) y la obligación de cuidar de este (!) contenido determinado mediante la obtención de los derechos oportunos (deber de obtener licencia). Para la obligación de comprobar el contenido, es decisivo fijar si el prestador de servicios tiene que hacerlo por iniciativa propia (de forma proactiva) o únicamente sobre la base de la información facilitada por el titular del derecho. El considerando 66 parece indicar que esto se refiere de forma habitual a la información proporcionada por el titular de los derechos y a la cooperación con los prestadores de servicios. Sin embargo, el considerando 66 se refiere obviamente al artículo. 17.4.b) DCMUD, que establece de manera explícita que los titulares de los derechos deben facilitar la información pertinente. En cuanto a la obligación de determinar en primer lugar si existen contenidos sujetos a licencia, el art. 17.4.b DCMUD no parece ser pertinente, ya que el art. 17.4 DCMUD prevé una responsabilidad por etapas: solo si y cuando se hayan acometido todos los esfuerzos para obtener las licencias –lo que necesariamente implica que se comprobó previamente si el contenido sometido a licencia existía realmente– el art. 17.4.b DCMUD entra en juego. Dicho de otra forma: el art. 17.4.b

²⁴ En detalle, G. SPINDLER, “Die neue Urheberrechtsrichtlinie der EU, insbesondere ‚Upload Filter‘ - Bittersweet?”, *CR*, 2019, p. 277 y ss., en especial, p. 288; HOFMANN, “Die Plattformverantwortlichkeit...”, cit., p. 621 ss.; también GIELEN/TIENEN, “Die neue Plattformhaftung...”, cit., p. 646.

DCMUD no es el único que determina las obligaciones del prestador de servicios. Después tendremos que volver a esta importante distinción y al sistema establecido.

17. Para obtener las licencias o permisos (art. 17.4.a DCMUD), el prestador de servicios tiene que hacer un gran esfuerzo, ya sea con las entidades de gestión colectiva o con los titulares de derechos individuales, en el sentido de ponerse en contacto con ellos y tener una voluntad seria de negociar. No importa si el titular del derecho desea conceder los derechos a cambio de una remuneración razonable: no hay obligación de contratar por parte del titular de los derechos de propiedad intelectual²⁵ ni por parte del prestador de servicios²⁶, dejando de lado las consideraciones de defensa de la competencia y antimonopolísticas. A la luz de la DCMUD, resulta muy dudoso si un Estado miembro puede prever la obligación de contratar al transponer el art. 17²⁷.

18. Sin embargo, el prestador de servicios no tiene que realizar una investigación excesiva para identificar al titular de los derechos, por ejemplo en el caso de las obras huérfanas, ya que en este caso se aplica el principio de proporcionalidad de acuerdo con el art. 17.5 DCMUD. Aquellos titulares de obras protegidas por las reglas de propiedad intelectual que no actúan de manera profesional plantean problemas específicos, desde los fotógrafos aficionados a los video-aficionados, pasando por los autores no profesionales. En estos casos, faltarán las ofertas de licencia correspondientes; además, a menudo será difícil para el prestador de servicios determinar quién es el titular de los derechos. Por lo tanto, también aquí el prestador de servicios no debe ser objeto de obligaciones excesivas. Más allá de la concesión de licencias colectivas de acuerdo con el art. 12 DCMUD²⁸, debería ser suficiente que a los autores no profesionales se les ofrezca una "remuneración", haciéndoles partícipes de los ingresos publicitarios²⁹. Los prestadores de servicios ya no pueden basarse exclusivamente en el presunto (o tácito) consentimiento del titular de los derechos, tal como se ha sostenido en el pasado por el Tribunal Federal Alemán para justificar la búsqueda de imágenes en *Google*³⁰; este concepto ya no es válido desde la decisión del TJUE en el asunto *Renckhoff*³¹.

El prestador de servicios está obligado a presentar pruebas de su disposición a negociar y de su búsqueda de titulares de derechos, lo que requiere la documentación adecuada. En el mejor de los casos, las licencias deberían poder consultarse automáticamente, pero la DCMUD no prevé ningún procedimiento específico al respecto³².

19. En este contexto, el principio de proporcionalidad del art. 17.5 DCMUD se invoca para relativizar el art. 17.1 DCMUD, en relación con las obligaciones del prestador de servicios en el sentido de una diligencia debida moderada, de modo que no se requiere una aclaración completa *ex ante* de los derechos, ya que los prestadores de servicios, a diferencia de los titulares tradicionales de los derechos (prensa, medios de comunicación) no tienen un control completo sobre el contenido³³. Por mucho que sea exigible esa diligencia *ex ante* para la adquisición de derechos (es decir, que se requiere probar el esfuerzo por obtener licencias), ese planteamiento hace caso omiso del hecho de que los requisitos para obtener

²⁵ El final del considerando 61 DCMUD se menciona específicamente que los titulares no están obligados a conceder licencias.

²⁶ A este respecto, el considerando 64 DCMUD sólo se refiere al hecho de que los prestadores de servicios "deben obtener una autorización" de los titulares "también mediante un acuerdo de licencia"; sobre ello, HOFMANN, "Die Plattformverantwortlichkeit...", cit., p. 620; así, *contra legem*, WANDTKE/HAUCK, "Art. 17 DSM-Richtlinie...", cit., p. 630, que sostienen una obligación de celebrar esos acuerdos debido a los "esfuerzos" mencionados en el art. 17.4.a DCMUD.

²⁷ Similarmente, F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1223.

²⁸ T. DREIER, "Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick", *GRUR*, 2019, p. 771 y ss., en especial, p. 777 y ss. se centra en esencia en esto, pero también reconoce las limitaciones de este enfoque.

²⁹ Precisamente, F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1226.

³⁰ Tribunal Federal alemán, *GRUR* 2010, p. 628; crítico con esto, G. SPINDLER, "Bildersuchmaschinen, Schranken und konkludente Einwilligung im Urheberrecht Besprechung der BGH-Entscheidung „Vorschaubilder“, *GRUR*, 2010, p. 785.

³¹ STJUE 7 agosto 2018, asunto C-161/17, *Renckhoff (Cordoba)*, EU:C:2018:634, *GRUR* 2018, p. 911.

³² Sin embargo, el art. 17.10 meramente habilita el ulterior desarrollo mediante futuras orientaciones para la aplicación del art. 17.4, a cargo de la Comisión, en diálogo con las varias partes implicadas.

³³ *Vid.* F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1224.

cualquier derecho significa, en primer lugar, comprobar el contenido de cualquier infracción de la propiedad intelectual. Sin controlar el contenido completo, no puede aclararse si es necesario obtener licencias o en qué cantidad proceden. La DCMUD no pretende que se realice una simple comprobación aleatoria.

El mismo argumento también se aplica a una supuesta restricción de la obligación prevista en el art. 17.1 DCMUD a una inspección sólo basada en una notificación previa por parte de los titulares de los derechos³⁴. Esto entra en clara contradicción con el sistema articulado en los arts. 17.1 y 17.4.a/b DCMUD³⁵.

b) Deberes y limitación de responsabilidad según el art. 17.4.b DCMUD

20. En un segundo paso, esta responsabilidad está limitada por el art. 17.4 DCMUD; los deberes del párrafo 4 (a-c) deberán separarse de los contemplados en el art. 17.1 DCMUD. Según el art. 17.4.b DCMUD, el prestador de servicios tiene que demostrar que ha hecho todo lo posible para obtener una licencia. Sólo si estos esfuerzos han fracasado, el proveedor de servicios podrá recurrir al art. 17.4.b DCMUD, que sin duda también puede interpretarse como una especie de privilegio de exención de responsabilidad. Después (!) de todos los esfuerzos infructuosos para obtener una licencia, el prestador de servicios debe controlar y verificar que no existe ningún contenido en su plataforma que infrinja los derechos de los titulares de los derechos, pero sólo si los titulares de los derechos han facilitado la información necesaria (letra b) del apartado 4 del art. 17 DCMUD). Sin el art. 17.4.b DCMUD, el proveedor sería el principal responsable si no hubiera obtenido una licencia para todo contenido relevante. Sin embargo, el art. 17.4.b DCMUD limita esta responsabilidad, ya que los esfuerzos que deben emprenderse se refieren únicamente a la información proporcionada por el titular del derecho. El considerando 66 DCMUD, en su apartado 5, muestra que los titulares de los derechos deben facilitar activamente esta información³⁶. A la contra, esto significa: si el prestador de servicios no dispone de ninguna información del titular de los derechos, no está obligado a hacer ningún esfuerzo de conformidad con art. 17.4.b DCMUD.

21. En este caso, la obligación real de investigar según el art. 17.1 DCMUD se relativiza de cara a la responsabilidad posterior. En consecuencia, el art. 17.4.b DCMUD puede calificarse como una extensión de la obligación de notificación y bloqueo (*notice-and-stay-down*) o de los procedimientos de notificación y retirada (*notice-and-take-down*) en consonancia con el art. 14 DCE, más o menos como una suerte de protección preventiva³⁷. El art. 17.4.b DCMUD se correspondería con una especie de notificación temprana sobre todo el contenido relevante³⁸, mientras que el art. 14 DCE exige que se notifique al proveedor de un específico contenido incriminado, de modo que el proveedor pueda identificarlo en su plataforma.

Por lo tanto, es inexacto ubicar los “filtros de carga” en el art. 17.4.b DCMUD, como obligación independiente (!) de la información de los titulares de derechos. Ya que la obligación del art. 17.4.b DCMUD depende de esta información de los titulares de los derechos y no hace referencia en general a todo el contenido de la plataforma, el art. 17.4.b DCMUD no puede calificarse como una obligación de comprobar todo el contenido (lo cual sería un “filtro de carga”). Sin embargo, debe señalarse claramente que esta restricción del art. 17.4.b DCMUD no (!) se aplica en absoluto a la obligación anterior del art. 17.1 y 17.4.a DCMUD de obtener licencias; esta obligación es claramente independiente de cualquier información previa de los titulares de los derechos.

22. La Directiva no hace referencia a procedimientos automáticos, sino que se limita a señalar en el art. 17.4.b DCMUD que el proveedor de servicios haya hecho, “de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad” del contenido generado por el usuario correspondiente. Por el contrario, la exigencia explícita del art. 17.9 DCMUD,

³⁴ Sigue manteniendo esta opinión VOLKMANN, „Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...“, cit., p. 378 para 24 ss.

³⁵ *Vid. infra* III.3.A.b).

³⁶ Están conformes con ello PETERS/SCHMIDT, “Das Ringen um Upload-Filter...“, cit., p.1009.

³⁷ PRAVEMANN, “Art. 17 der Richtlinie...”, cit., p. 786 correctamente habla de procedimientos de “notificación e impedimento” (“*Notice-and-prevent*”); *vid.* WANDTKE/HAUCK, “Art. 17 DSM-Richtlinie...”, cit., p. 634.

³⁸ *Vid.* también F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit. p., 1225 y ss.

según la cual las quejas de los usuarios deben ser examinadas por personas, permite concluir que en todos los demás casos se permite el uso de un filtro de carga automatizado, en particular en lo que se refiere a las posibles medidas de conformidad con el art. 17.4.b DCMUD. La Directiva no especifica con mayor detalle cómo se determinarán los altos estándares sectoriales ni quiénes participan en cada proceso.

23. Tampoco explicita la Directiva de qué forma debe proporcionarse la información; sin duda, una información legible electrónicamente de forma automática tendría más sentido, pero el prestador de servicios no puede exigirla. Si la información es correcta, no parece necesario que el proveedor de servicios la examine, de modo que cualquier pretendido derecho de autor podría ser suficiente; las contra-reclamaciones realizadas por las personas afectadas no están previstas por la Directiva³⁹.

c) Notificación y bloqueo

24. Adicionalmente, el art. 17.4.c DCMUD establece el procedimiento de notificación y retirada, ya conocido de la Directiva sobre comercio electrónico, pero añadiendo explícitamente la obligación de impedir que se vuelva a cargar el contenido (*stay-down*) que infrinja los derechos de propiedad intelectual de acuerdo con los estándares del art. 17.4.b DCMUD, siguiendo así de nuevo las "*normas sectoriales estrictas de diligencia profesional*". Sin embargo, la obligación sólo se desencadena después de "*recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos*", por lo que, al parecer, no se desencadena en caso de información facilitada por un tercero (a diferencia de lo que ocurre en el art. 14 DCE)⁴⁰, ni tampoco en el caso de información general. Las obligaciones se desencadenan independientemente de que el prestador de servicios haya cumplido las obligaciones que le prescribe el art. 17.4.a/b y el considerando 66, apartado 6 DCMUD.

25. Desde una perspectiva alemana, la obligación de mantener el contenido "retirado" se asemeja mucho a la llamada "teoría del núcleo" ("*Kerntheorie*")⁴¹, que exige que también se eliminen y bloqueen de forma permanente los contenidos esencialmente idénticos (*stay down*)⁴². El mismo enfoque se aplicó más o menos ya en el caso del art. 14 de la Directiva de comercio electrónico⁴³, aunque restringido a los controles automáticos. La decisión del TJUE sobre los derechos subjetivos en el asunto *Glawischnig-Piesczek* apunta ahora en la misma dirección⁴⁴. Dado que el prestador de servicios está obligado a impedir la carga de contenidos similares o "sinónimos", la obligación derivada del procedimiento de "notificación y bloqueo" es similar a la del procedimiento preventivo del 17.4.c DCMUD, con la única diferencia de que para el art. 17.4.c DCMUD es necesario un mensaje específico que haga referencia a un contenido ya almacenado.

³⁹ Hasta ahora, estos casos de "notificaciones" e informaciones abusivas han sido escasamente abordados, a diferencia de las advertencias de protección injustificadas; ver recientemente: Tribunal Federal alemán, *GRUR* 2016, p. 630, paras 15 ss.; para mayor detalle, *vid.* G. SPINDLER en B. GSELL/*et al.* (dirs.) *Beck'scher Online Großkommentar*, CH Beck, München, 2019, § 823 paras 220 ss. con más referencias.

⁴⁰ Sobre este asunto, *vid.* Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión Europea, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea (C/2018/1177), *DOUE*, L 63 de 6.3.2018, pp. 50-61, cap. I n° 4 (f), cap. II n° 5-8, que identifica a cualquier persona física o jurídica como un suministrador de notificaciones.

⁴¹ Sobre la "teoría del núcleo", por ejemplo, Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2014, p. 706 con más detalles; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2013, p. 370 paras 29 ss.; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2011, p. 1038 para 39; SPECHT en DREIER/SCHULZE (dirs.), *Urhebergesetz*, 6ª ed., CH Beck, Munich, 2018, § 97 paras 59, 67; sobre la aplicación de la teoría del núcleo a la denuncia de imágenes, véase recientemente sentencia del Tribunal Superior de Frankfurt oM, *ZUM* 2019, pp. 71-72; Tribunal Federal alemán, *ZUM-RD*, 2009, p. 499 para 7 con más referencias.

⁴² *Vid.*, por ejemplo, D. HOLZNAGEL, "Schadensersatzhaftung gefahrgeneigter Hostprovider wegen nicht verhinderter "gleichartiger" Inhalte", *CR*, 2017, p. 463 ss.

⁴³ *Vid.* SPINDLER, en SPINDLER/SCHMITZ (dirs.), *Telemediengesetz*, cit., § 7 paras 51 ss. con ulteriores referencias; HOLZNAGEL/HÖFINGER en HOEREN/SIEBER (dirs.), *Multimediarrecht*, 44 ed., CH Beck, München, 2017, part 18.1 paras 56 ss.; PAAL, § 7 *TMG* n° 65 en GERSDORF/PAAL (dirs.), *BeckOK Informations- und Medienrecht*, 23ª ed., CH Beck, München, 2019.

⁴⁴ STJUE 3 octubre 2019, asunto C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, EU:C:2019:821; sobre este asunto, G. SPINDLER, "Weltweite Löschungspflichten bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet", *NJW*, 2019, p. 3274.

d) Principio de proporcionalidad

26. Respecto a los esfuerzos requeridos por el art. 17.4.a y 17.4.c DCMUD, sin embargo, también se aplica el principio de proporcionalidad inserto en el art. 17.5 DCMUD. Así,

“Al determinar si el prestador del servicio ha cumplido con sus obligaciones en virtud del apartado 4 y a la luz del principio de proporcionalidad, deben tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes elementos:

- a) el tipo, la audiencia y la magnitud del servicio, así como el tipo de obras u otras prestaciones cargadas por los usuarios del servicio, y*
- b) la disponibilidad de medios adecuados y eficaces y su coste para los prestadores de servicios”.*

27. Según la percepción de algunos autores⁴⁵, las pequeñas empresas y las de nueva creación no deberían estar sujetas a las mismas normas que las grandes empresas, e incluso quizás no deberían estar sujetas a las obligaciones del art. 17.4.b DCMUD –a menos que otros criterios contrarresten esto, tales como el tipo de obras cargadas–. Sin embargo, esta idea a duras penas puede conciliarse con el art. 17.6 DCMUD, pues la excepción para las empresas de nueva creación (*starts-ups*)⁴⁶, fue muy controvertida entre los Estados miembros durante el proceso de elaboración de la norma y fue finalmente incluida entre las excepciones, pero sin ampliarlo a cualesquiera PYMES. El art. 17.6 DCMUD no puede sortearse simplemente aplicando el principio de proporcionalidad a las pequeñas empresas.

28. Sin embargo, la relación entre los párrafos 4 y 5 del art. 17 DCMUD tampoco es del todo clara: dado que en el Derecho civil (y por lo tanto también en el derecho de propiedad intelectual –prescindiendo del Derecho penal de propiedad intelectual–) los estándares objetivos de comportamiento son relevantes⁴⁷, queda abierta la cuestión de cuál es el papel que desempeñará el art. 17.5 DCMUD. No se trata de instaurar una "acusación individual", ya que esto diluiría los requisitos de diligencia debida. Por otro lado, el art. 17.5 DCMUD no afirma explícitamente que estos criterios deban tenerse en cuenta a la hora de determinar los estándares, sino "solo" en lo que respecta a la cuestión de si el prestador de servicios cumplió los requisitos, por lo tanto, de forma más individual. O bien se devalúan los altos estándares al uso, en favor de una evaluación caso por caso, o bien existe una especie de análisis en dos etapas, que –como ya se ha dicho– no se corresponde con la dogmática tradicional del Derecho civil. El considerando 66, párrafo 2, DCMUD incluso afirma que "no cabe descartar por ello que en algunos casos solamente pueda evitarse la disponibilidad de contenidos no autorizados previa notificación de los titulares de derechos"; dicho en otros términos, no existe tecnología idónea para cumplir esos criterios.

29. Por último, a diferencia de lo que ocurre en el art. 17.4 DCMUD, no queda claro quién soporta la carga de la prueba en relación con los hechos relevantes: se evita una afirmación general, pues el art. 17.5 DCMUD lo mismo puede ser *agravante* o *atenuante*. En función de esto, la carga de la prueba correspondiente debe asignarse a la parte interesada.

D) Limitaciones a favor de los usuarios

30. Respecto a las limitaciones a favor de los usuarios, el art. 17.7 DCMUD estipula que los usuarios deben poder invocar en cualquier momento a su favor los límites a los derechos de autor en materia de cita, crítica y reseña (artículo 17.7.a DCMUD), así como el uso con fines de caricatura, paro-

⁴⁵ *Vid.*, v. gr., GIELEN/TIESSEN, "Die neue Plattformhaftung...", cit., p. 643 f.; similarmente, F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1227.

⁴⁶ Sobre esto, *vid. infra* IV.3.B.a).

⁴⁷ *Vid.*, por ejemplo, LORENZ, § 276 paras 5, 20 ss. en BAMBERGER/ET AL. (dirs.), *Beck'scher Online Kommentar*, 52ª ed., CH Beck, München, 2019, con más referencias; SCHAUB § 276, paras 72 ss. en GSELL/ET AL., *Beck'scher Online Großkommentar*, CH Beck, München, 2019; *vid.* también G. SPINDLER en SPINDLER/SCHUSTER (dirs.), *Recht der elektronischen Medien*, 4ª ed., CH Beck, München, 2019, § 97 para 19; SPECHT en DREIER/SCHULZE (dirs.), *Urhebergesetz*, cit., § 97 para 58.

dia y pastiche (art. 17.7.b). Los derechos de los usuarios deben estar garantizados por un mecanismo de reclamación y recurso (art. 17.9 DCMUD). En el marco del mecanismo de reclamación es importante que el art. 17.9 DCMUD prevea que:

“Las reclamaciones presentadas con arreglo al mecanismo establecido en el párrafo primero se tramitarán sin dilación indebida y las decisiones de inhabilitar el acceso a los contenidos cargados o de retirarlos estarán sujetas a examen por parte de personas”.

De este modo, la Directiva intenta lograr un equilibrio entre la protección (automatizada) de los derechos de propiedad intelectual, por una parte, y la garantía de los límites y la libertad de expresión, por otra, especialmente en relación con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (considerando 70 DCMUD). Por lo tanto, las medidas no tienen por objeto impedir que las obras libres de derechos de autor o sujetas a restricciones estén disponibles.

31. Desafortunadamente, otros límites, como el de ilustración educativa o científica del art. 5.3.a DCSI-InfoSoc no se mencionan, por lo que no están amparados, lo cual es difícil de entender, ya que el art. 17 DCMUD se refiere sólo a obras protegidas por derechos de autor, por lo que todos los límites del art. 5 DCSI-InfoSoc deben aplicarse (en la medida en que hayan sido transpuestos por los Estados miembros), y no sólo los mencionados en el art. 17.7 DCMUD, aunque esos sean los más importantes. Si estos límites son aplicables, el contenido ya no está sujeto a la infracción de los derechos de propiedad intelectual, por lo que todas las obligaciones del art. 17 tampoco serían de aplicación. Sin embargo, el usuario no puede referirse a ellas y hacerlas cumplir desde el momento en que los arts. 17.7 y 17.9 DCMUD enumeran sólo los límites mencionados.

E) Prohibición de obligaciones generales de supervisión y su relación con la Directiva de comercio electrónico

32. El art. 17.8 DCMUD explica de nuevo:

“La aplicación del presente artículo no dará lugar a ninguna obligación general de supervisión”.

En el mismo sentido, el art. 17.3 DCMUD establece la relación con los puertos seguros de responsabilidad del art. 14 DCE:

“3. Cuando los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea sean responsables de actos de comunicación al público o de puesta a disposición del público en las condiciones establecidas en la presente Directiva, la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE no se aplicará a las situaciones contempladas por el presente artículo.

El párrafo primero del presente apartado no afectará a la posible aplicación del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE a esos prestadores de servicios con respecto a fines ajenos al ámbito de aplicación de la presente Directiva.”

Más adelante se verificará⁴⁸ si esta exclusión de obligaciones generales de supervisión es suficiente desde el punto de vista del Derecho europeo, de manera que se cumplan los requisitos constitucionales exigidos por el TJUE.

F) Influencia del diálogo entre las partes interesadas y orientaciones de la Comisión Europea sobre el art. 17 DCMUD

33. Por último, el art. 17.10 DCMUD estipula que la Comisión debe establecer un diálogo con las partes interesadas –titulares de los derechos, representantes de los prestadores de servicios, pero

⁴⁸ Vid. *infra* III.3.

también asociaciones de usuarios— para que la Comisión pueda elaborar orientaciones para el diseño del procedimiento previsto en el art. 17.4 DCMUD, de cara a su ulterior interpretación. Al hacerlo, *expressis verbis* se tendrán en cuenta los derechos fundamentales de los afectados.

2. Derechos fundamentales afectados

34. Los derechos fundamentales afectados en esta relación multilateral (usuario – prestador de servicios – titulares de derechos – terceros usuarios [usuarios que acceden a los contenidos]) resultan evidentes a partir de la estructura ya descrita del art. 17 DCMUD⁴⁹:

35. En primer lugar, los prestadores de servicios se ven directamente afectados en sus derechos fundamentales relativos a la libertad de ejercer una profesión y prestar servicios en cualquier Estado miembro, así como a la libertad de ejercer una actividad empresarial (arts. 15 y 16 CDFUE) y el respeto a su derecho a la propiedad (art. 17 CDFUE),⁵⁰ porque las obligaciones que se les imponen generan los costes correspondientes y suponen una carga para sus modelos de negocio. No es casual que el legislador de la UE haya introducido las correspondientes excepciones para las empresas de nueva creación (art. 17.6 DCMUD), así como unos parámetros de medida proporcionales en el art. 17.5 DCMUD referidos al funcionamiento y dimensión específicos de cada plataforma.

36. Además, por supuesto, los derechos de los usuarios que suben contenidos a las plataformas se ven afectados en su derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 11 CDFUE). Adicionalmente, estos usuarios también pueden verse afectados en sus derechos de protección de datos (art. 8 CDFUE), ya que el bloqueo de contenidos puede requerir la identificación del usuario correspondiente; lo mismo sucede en el caso en que el prestador de servicios tenga que obtener una licencia que beneficie al usuario en cuestión.

37. Sin embargo, incluso los terceros usuarios que no cargan contenidos ellos mismos, sino que ven o utilizan los contenidos de otros usuarios, se ven afectados en lo que respecta a su libertad de información (art. 11 CDFUE) cuando el contenido de otros usuarios no es de acceso libre. Como ya ha declarado el TJUE en el caso *SABAM/Netlog*⁵¹ y posteriormente (en relación con los proveedores de acceso) en el caso *UPC Telekabel*⁵², los derechos de terceros también se ven afectados por tales medidas.

38. En el “lado opuesto” se encuentran los derechos fundamentales de los titulares de derechos en relación con el derecho a la propiedad (art. 17 CDFUE), pero también está involucrado el art. 7 CDFUE como derecho de la personalidad, en la medida en que afecta a los autores reales (y no sólo a los derechos de los distribuidores).

3. La prohibición de obligaciones generales de supervisión y el art. 17 DCMUD

A) Obligaciones generales de supervisión y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE

a) Procedencia de los derechos fundamentales de la UE

39. La STJUE en el asunto *Netlog*⁵³ es de particular importancia y deriva de los mencionados derechos fundamentales: el supuesto versaba sobre la demanda planteada por una entidad belga de

⁴⁹ Similarmente, HOFMANN, “Die Plattformverantwortlichkeit...”, cit., p. 625 ss.

⁵⁰ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), *DOUE*, C 364, p. 1 ss. de 18.12.2000.

⁵¹ STJUE 18 febrero 2012, asunto C-360/10, *SABAM vs. Netlog*, EU:C:2012:85.

⁵² STJUE 27 marzo 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel*, EU:C:2014:192.

⁵³ STJUE 18 febrero 2012, asunto C-360/10, *SABAM vs. Netlog*, EU:C:2012:85.

gestión de derechos de autor contra un prestador de servicios (una red social), por la que le exigía que investigase activamente todas las transmisiones de datos o las actividades que tuviesen fines de infracción de la propiedad intelectual.

En este caso, el TJUE expresamente se refiere a los derechos de libertad de expresión e información garantizados por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como fundamento para rechazar un procedimiento general de supervisión, que era lo demandado por la entidad belga *SABAM* de gestión colectiva de derechos de autor frente a *Netlog* –un prestador de servicios–. Respecto al sistema de filtrado que se solicitaba, el TJUE inicialmente afirmó:

“36. *A este respecto, consta en autos que el establecimiento de dicho sistema de filtrado implica:*

- *que el prestador de servicios de alojamiento de datos identifique, antes de nada, entre la totalidad de los archivos almacenados en sus servidores por todos los usuarios de sus servicios, los archivos que puedan contener obras sobre las que los titulares de derechos de propiedad intelectual tengan supuestamente derechos;*
- *que determine, seguidamente, cuáles de esos archivos se almacenan y ponen a disposición del público de un modo ilícito y*
- *que proceda, en último lugar, a bloquear la puesta a disposición de archivos que considere ilícitos.*

37. *Así pues, esa supervisión preventiva exige una vigilancia activa de los archivos almacenados por los usuarios en los servicios de almacenamiento del prestador de que se trata y que afecta tanto a casi la totalidad de la información almacenada como a los usuarios de los servicios de ese prestador (véase, por analogía, la sentencia Scarlet Extended, antes citada, apartado 39).*

38. *Habida cuenta de lo anterior, procede declarar que el requerimiento judicial por el que se ordenara al prestador de servicios de alojamiento de datos afectado establecer el sistema de filtrado controvertido le obligaría a proceder a una supervisión activa de la casi totalidad de datos respecto de todos sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual. De ello se desprende que el citado requerimiento judicial impondría a dicho prestador de servicios de alojamiento de datos una supervisión general prohibida por el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31 (véase, por analogía, la sentencia Scarlet Extended, antes citada, apartado 40)”.*

Esas afirmaciones revisten particular interés para solventar la cuestión presente sobre la posible vulneración del Derecho de la Unión Europea por parte del art. 17 DCMUD, pues muestran la cercanía de los deberes examinados en ese momento con los actuales del citado art. 17.

40. Respecto a los derechos fundamentales afectados, el TJUE mantiene, en línea continuista con los principios ya asentados en el caso *Promusicae*, que la protección de los derechos de propiedad intelectual por el art. 17.2 CFDUE no es una garantía incondicional y sin ningún límite; es decir, la ponderación de los derechos fundamentales de otras partes afectadas debe tomarse siempre en consideración⁵⁴. En consecuencia, el TJUE subraya en la sentencia *Netlog*:

“44. *Por lo tanto, en las circunstancias del litigio principal, las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar, en particular, un justo equilibrio entre la protección del derecho de propiedad intelectual que ampara a los titulares de derechos de autor y la protección de la libertad de empresa que ampara a los operadores, como los prestadores de servicios de almacenamiento de datos, en virtud del artículo 16 de la Carta (véase la sentencia Scarlet Extended, antes citada, apartado 46)”.*

41. Respecto a los derechos fundamentales de los proveedores de servicios, el TJUE considera que semejante obligación de investigar y supervisar con carácter general o verificar el contenido supondría una violación de derechos fundamentales:

⁵⁴ STJUE 18 febrero 2012, asunto C-360/10, *SABAM vs. Netlog*, EU:C:2012:85, paras 41 ss.; STJUE 29 enero 2008, asunto C-275/06 *Promusicae*, EU:C:2008:54, paras 62-68, esp. para 68; confirmada recientemente en la STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17, *Spiegel Online*, EU:C:2019:625, paras 56 ss.

“46. Por lo tanto, dicho requerimiento judicial implicaría una vulneración sustancial de la libertad de empresa del prestador de servicios, dado que le obligaría a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas, que además sería contrario a los requisitos recogidos en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/48, el cual exige que las medidas adoptadas para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual no sean inútilmente complejas o gravosas (véase, por analogía, la sentencia *Scarlet Extended*, antes citada, apartado 48).

47. Dadas las circunstancias, procede considerar que el requerimiento judicial por el que se ordenara establecer el sistema de filtrado controvertido no respetaría el requisito de garantizar un justo equilibrio entre, por un lado, la protección del derecho de propiedad intelectual que ampara a los titulares de derechos de autor y, por otro, la protección de la libertad de empresa que ampara a los operadores, como los prestadores de servicios de almacenamiento (véase, por analogía, la sentencia *Scarlet Extended*, antes citada, apartado 49)”.

42. Pero el TJUE no sólo considera que quedarían desproporcionadamente menoscabados los derechos fundamentales del prestador, sino también los de los usuarios:

“48. Además, los efectos de dicho requerimiento judicial no se limitarían a los prestadores de servicios de almacenamiento, ya que el sistema de filtrado controvertido también puede vulnerar los derechos fundamentales de los clientes de ese prestador, a saber, su derecho a la protección de datos de carácter personal y su libertad de recibir o comunicar informaciones, derechos que se encuentran protegidos por los artículos 8 y 11 de la Carta.

49. En efecto, por un lado, el requerimiento judicial por el que se ordenara establecer el sistema de filtrado controvertido implicaría la identificación, el análisis sistemático y el tratamiento de la información relativa a los perfiles creados en la red social por los clientes de ésta, dándose la circunstancia de que las informaciones relativas a esos perfiles son datos protegidos de carácter personal, ya que permiten identificar, en principio, a tales clientes (véase, por analogía, la sentencia *Scarlet Extended*, antes citada, apartado 51).

50. Por otro lado, dicho requerimiento judicial podría vulnerar la libertad de información, dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito. En efecto, no se discute que el carácter lícito de una transmisión depende igualmente de la aplicación de excepciones legales a los derechos de autor que varían de un Estado miembro a otro. Además, en determinados Estados, ciertas obras pueden pertenecer al dominio público o los autores afectados pueden ponerlas gratuitamente a disposición pública en Internet (véase, por analogía, la sentencia *Scarlet Extended*, antes citada, apartado 52)”.⁵⁵

Esta interpretación de la prohibición de las obligaciones generales de control y supervisión corresponde en gran medida a la distinción entre las obligaciones generales y específicas de supervisión ya establecidas en Estados miembros como Alemania⁵⁶. Lo capital aquí no es tanto la cantidad de inspecciones, cuanto si se realizan por una causa específica o sin una razón previa⁵⁷. La prohibición de las obligaciones generales de control se refiere a las inspecciones que no se inician mediante una notificación específica por el titular del derecho y que se refieren al contenido completo de la oferta (de la

⁵⁵ STJUE 18 febrero 2012, asunto C-360/10, *SABAM vs. Netlog*, EU:C:2012:85.

⁵⁶ Tribunal Superior Regional de Hamburgo, *MMR* 2006, p. 744 y ss., en especial, p. 747; ALTENHEIN, § 7 *TMG* para 6 en JOECKS/MIEBACH (dirs.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 3ª ed., CH Beck, München, 2019; HOFFMANN/VOLKMANN § 7 *TMG* paras 33 ss. en SPINDLER/SCHUSTER (dirs.), *Recht der elektronischen Medien*, 4ª ed., CH Beck, München, 2019; HOLZNAGEL/HÖFINGER en HOEREN/SIEBER (dirs.), *Multimediarrecht*, cit., apartado 18.1 paras 54 ss.; LEISTNER, “Grundlagen und Perspektiven...”, cit., 724 con referencia a la ley aplicable desde la sentencia del Tribunal Federal alemán, *MMR*, 2007, p. 634 y ss., p. 637 con comentarios de KÖSTER/JÜRGENS.

⁵⁷ Jurisprudencia consolidada del Tribunal Federal alemán, *MMR*, 2004, p. 668, en especial, p. 671 ss. con comentarios de HOEREN; Tribunal Federal alemán, *MMR*, 2007, p. 507, en especial, p. 511 con comentarios de SPINDLER; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2008, pp. 702 y 705; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2011, p. 152 para 48 I, sobre este asunto: G. SPINDLER, “Präzisierungen der Störerhaftung im Internet Besprechung des BGH-Urteils ‘Kinderhochstühle im Internet’”, *GRUR*, 2011, p. 101; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2011, p. 1038; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2013, p. 370 con comentarios de HÜHNER; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2013, p. 1229 para 35; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2015, p. 485 para 51; Tribunal Federal alemán, *GRUR* 2015, p. 1129 para 37; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2016, p. 855.

plataforma). Por otra parte, las obligaciones impuestas al prestador por un tribunal o por las autoridades no están incluidas en esa prohibición⁵⁸ y, si están justificadas por un caso específico, requieren, por ejemplo, eliminar una actividad infractora específica. Así pues, las obligaciones concretas de control derivadas de una orden para evitar una infracción *similar* de la norma ("*stay down*" o bloqueo de contenidos similares) no están incluidas la prohibición de las obligaciones de control no solicitadas⁵⁹; y esto ha sido ratificado recientemente por el TJUE en su sentencia sobre el caso *Glawischnig-Piesczek*⁶⁰.

Sin embargo, el art. 15.2 DCE (¡sólo!) permite a las autoridades nacionales obligar a los prestadores a facilitar información sobre supuestas actividades o informaciones ilícitas⁶¹. No obstante, esta excepción no se aplica a reclamaciones de Derecho privado.

43. En el ámbito del Derecho de marcas, el TJUE mantuvo la misma perspectiva en el caso *L'Oreal* contra *eBay*⁶² respecto a los requerimientos judiciales contra el prestador de servicios *eBay* por infracciones similares:

“139. En primer lugar, del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31, interpretado en relación con el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 2004/48, se desprende que las medidas que pueden exigirse al prestador del servicio en línea de que se trate no pueden consistir en una supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes dirigida a evitar cualquier futura lesión de derechos de propiedad intelectual causada a través del sitio web de este prestador. Por otra parte, tal obligación de supervisión general sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 2004/48, según el cual, las medidas contempladas por esta Directiva deben ser equitativas y proporcionadas y no deben resultar excesivamente gravosas.

140. En segundo lugar, tal como se deduce del artículo 3 de la Directiva 2004/48, el órgano jurisdiccional que dicte el requerimiento debe velar por que las medidas ordenadas no creen obstáculos al comercio legítimo. Ello implica que, en un asunto como el del litigio principal, referido a posibles lesiones provocadas a marcas en el marco del servicio prestado por el operador de un mercado electrónico, el requerimiento que se dirija a este operador no puede tener por objeto o efecto imponer una prohibición general y permanente de poner a la venta, en este mercado electrónico, productos de estas marcas”.

Aunque el TJUE no entra aquí a valorar explícitamente los derechos fundamentales⁶³, esas razones demuestran una vez más que el prestador de servicios no tiene que comprobar el contenido completo a iniciativa propia y desde el principio para detectar posibles violaciones. En consecuencia, sí se permiten órdenes contra los proveedores de servicios que les obligan a identificar a los participantes en las plataformas (a pesar de la obligada protección de datos), así como a evitar infracciones similares⁶⁴.

44. Además, tribunales constitucionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han referido expresamente a los "efectos disuasorios" ("*chilling effects*")⁶⁵ para la libertad de expresión de

⁵⁸ Considerando 47 de la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico; Proyecto gubernamental § 8 (2) n° 1 TDG, materiales impresos del Parlamento Federal alemán, 14/6098, p. 23; JANDT, § 7 TMG para 44 en ROSSNAGEL (dir.), *Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste*, 1ª ed., CH Beck, München, 2013; PAAL, § 7 TMG n° 65 en GERSDORF/PAAL § 7 TMG, para 52.

⁵⁹ Tribunal Federal alemán, MMR, 2004, p. 668, en especial, p. 671 ss. con comentarios de HOEREN; Tribunal Federal alemán, GRUR, 2011, p. 1038; Tribunal Federal alemán, GRUR, 2013, p. 370 con comentarios de HÜHNER; Tribunal Federal alemán, GRUR 2013, p. 1229 para 44; sobre el ámbito de los requisitos de auditoría, D. HOLZNAGEL, *Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung*, 1ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, p. 109 y ss.; F. v. SAMSON-HIMMELSTJERNA, *Haftung von Internetauktionshäusern*, 1ª ed., CH Beck, München, 2008, paras 356 ss.

⁶⁰ STJUE 3 octubre 2019, asunto C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, EU:C:2019:821; sobre este asunto, *vid.* G. SPINDLER, "Weltweite Löschungspflichten...", *cit.*, p. 3274.

⁶¹ *Vid.* también considerando 26 de la Directiva de comercio electrónico.

⁶² STJUE 12 julio 2011, asunto C-324/09, *L'Oreal*, EU:C:2011:474.

⁶³ Hasta cierto punto, STJUE 12 julio 2011, asunto C-324/09, *L'Oreal*, EU:C:2011:474, para 143 con remisión a la STJUE en el caso *Promusicae*.

⁶⁴ STJUE 12 julio 2011, asunto C-324/09, *L'Oreal*, EU:C:2011:474, párrafos 142 y ss.

⁶⁵ Sobre los "*chilling effects*" (efectos congelantes, disuasorios o inhibitorios) y su referencia a la expresión por ejemplo en el Tribunal Constitucional Federal alemán, NJW, 2006, p. 207, en especial, 209; *Thoma v Luxembourg* App. N° 38432/97 (STEDH 29 marzo 2001) para 58; *Standard Verlags GmbH v Austria* App. n° 13071/03 (STEDH 2 noviembre 2006) para 49; STJUE 8 abril 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 *Digital Rights Ireland*, EU:C:2014:238, para 37; sobre el uso expreso

los usuarios debido a un control general de la conducta comunicativa, así como a un "sobrebloqueo" de contenidos legalmente correctos⁶⁶. En relación con la DCMUD, la obligación de filtrar los contenidos y la recanalización de la acción hacia el usuario, que tiene que reclamar sus derechos individualmente contra el prestador de servicios, puede dar lugar a una inactividad de los usuarios, incluso aunque tengan razón, y, adicionalmente, generar en caso de duda un bloqueo de los contenidos por parte de los prestadores de servicios con el fin de evitar sanciones, con los consiguientes efectos "inhibitorios" sobre la libertad de expresión⁶⁷.

b) Aplicación al art. 17 DCMUD

45. Cabe cuestionar si la situación subyacente en la STJUE *Netlog* es comparable a la del art. 17 DCMUD y si, por tanto, este precepto podría ser reo del veredicto de ilegalidad europea en materia de derechos fundamentales. Como se ha expuesto, este no sería el caso del art. 17.4.b DCMUD, ya que las inspecciones que ha de emprender el prestador de servicios se refieren únicamente a la información proporcionada por el titular del derecho; no se establece una supervisión o inspección general de implicaciones iusfundamentales, ya que esta obligación depende explícitamente de la información proporcionada por los titulares de los derechos y, por lo tanto, no se actúa al margen de dicha información, ni tampoco de forma proactiva y preventiva, de modo que los principios de la sentencia *Netlog* no intervendrían⁶⁸.

46. Sin embargo, tomar en consideración aisladamente el art. 17.4.b DCMUD sería –como se ha indicado– demasiado cicatero⁶⁹: principalmente, los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD obligan al proveedor de servicios a inspeccionar todo el contenido para determinar si algún contenido de su plataforma viola los derechos de propiedad intelectual de sus titulares –dado que, como antes se expuso, el art. 17.1. DCMUD extiende al prestador de servicios el derecho de puesta a disposición del público y, por lo tanto, lo convierte en un infractor directo o inmediato–. Por lo tanto, el prestador de servicios debe (tal como se formula en el art. 17.4.a) hacer “los mayores esfuerzos” para obtener las licencias. Sólo si no lo ha hecho (art. 17.4.a: "y"), el art. 17.4.b DCMUD entra en juego. Sin embargo, esto requiere obligatoriamente que el prestador de servicios se asegure de la existencia de los contenidos y de su situación legal⁷⁰; en otro caso, la obligación establecida en los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD de obtener licencias carece de sentido. ¿Qué licencias debería obtener si el proveedor de servicios no sabe qué contenido requiere una licencia? Así que, como primer paso, el prestador de servicios tiene que comprobar y asegurarse por sí mismo acerca de qué contenidos deben ser objeto de licencia. Por lo tanto, debe controlar proactivamente el contenido, sin tener en cuenta la información proporcionada por los titulares de los derechos y sin limitarse a ella. Por lo tanto, los principios establecidos por el TJUE en la sentencia *Netlog* son claramente violados, pues los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD introducen una obligación proactiva de inspeccionar sin restricciones, como las que en cambio sí existen en el art. 17.4.b DCMUD respecto a la información facilitada por los titulares de derechos.

47. Esto también se aplica a los esfuerzos de interpretación que, dada la compleja gestión de la cesión de derechos de propiedad intelectual y la imposibilidad de controlar todo el contenido, se basan en el principio de proporcionalidad y sólo requieren que “se modere la diligencia debida” para el

del término “efectos inhibitorios” en conexión con la *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)* por parte del Gobierno Federal alemán, *vid.* también el proyecto de ley sobre la *NetzDG*, p. 24; crítico al respecto, N. GUGGENBERGER, “Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – schön gedacht, schlecht gemacht”, *ZRP*, 2017, p. 98, en especial, p. 100.

⁶⁶ *Vid.* también el detallado repaso jurisprudencial sobre el concepto de “efectos inhibitorios” en <https://www.telemedicus.info/article/2765-Chilling-Effects-UEbersicht-ueber-die-Rechtsprechung.html>, con extensas referencias.

⁶⁷ Similarmente, K. KAESLING, “Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?“, *JZ*, 2019, p. 586 y ss., en especial, 589; GIELEN/TIESSEN, “Die neue Plattformhaftung...“, *cit.*, p. 645, quien alude a „*overblocking*“ en este caso; M. BECKER, “Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können“, *ZUM*, 2019, p. 636 y ss., en especial, p. 641.

⁶⁸ También GIELEN/TIESSEN, “Die neue Plattformhaftung...“, *cit.*, p. 644; PETERS/SCHMIDT, “Das Ringen um Upload-Filter...“, *cit.*, p. 1015.

⁶⁹ Sin embargo, desde esta perspectiva, PETERS/SCHMIDT, “Das Ringen um Upload-Filter...“, *cit.*, p. 1015.

⁷⁰ Hasta cierto punto, WANDTKE/HAUCK, “Art. 17 DSM-Richtlinie...“, *cit.*, p. 635 ss.

prestador de servicios⁷¹. Esto puede aplicarse a la obtención de licencias, pero no cambia el hecho de que, en primera instancia, todo el contenido tiene que ser inspeccionado para ver si viola algún derecho de alguna forma y, en caso afirmativo, cuál. Dado que la obligación prevista en los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD –y no en virtud del art. 17.4.b DCMUD– se asemeja a la inspección general solicitada en el caso *Netlog*, tal obligación viola la prohibición de la obligación general de supervisión⁷². En otras palabras, los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD infringen la debida consideración de los derechos fundamentales afectados, tanto de los proveedores como de los usuarios concernidos, frente a los de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

48. En este contexto, como medida cautelar, el término “filtro de carga” es inapropiado en la medida en que no está solo en juego el control durante la carga de los contenidos generados por los usuarios, sino la supervisión general de todo el contenido de la plataforma –debido a la obligación de obtener licencias–.

49. También debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el sistema del art. 17.4 y 17.9 DCMUD –el mecanismo de reclamación– el contenido se inhabilita o bloquea en primer lugar y sólo se libera tras una queja del usuario. Esto crea, sin embargo, los mencionados "efectos disuasorios" para la libertad de expresión, especialmente cuando el contenido se refiere a acontecimientos de actualidad⁷³ para los que el procedimiento de reclamación no sería adecuado, debido a la pérdida de tiempo que conlleva. Esto es más evidente cuando se bloquean las emisiones en directo, porque este procedimiento de reclamación ocasiona que se pierda el rasgo de emisión en vivo y en directo, pues la emisión será desbloqueada sólo cuando ya haya pasado el evento transmitido en *streaming*⁷⁴. Una vez más, resulta muy confuso qué debería significar una "diligencia debida moderada", ya que el prestador de servicios tendría que comprobar el *streaming* en directo de forma casi constante o, al menos, aleatoria para controlar constantemente la legalidad de la transmisión.

50. Por último, hay razones para temer que, incluso con el art. 17.4.b DCMUD, cuando se restrinja la supervisión del contenido suministrado por los titulares de derechos, estas listas de contenidos serán tan exhaustivas que *de facto* se producirá una supervisión general de todos los contenidos⁷⁵.

51. Algunos autores abogan por una interpretación restrictiva del art. 17.4 DCMUD para impedir que se vulneren derechos fundamentales por medio de un deber general de supervisión⁷⁶. En consecuencia, los prestadores de servicios supuestamente deberían actuar solo con base en la correspondiente información y notificación e incluso se supone que deberían obtener a continuación los permisos (!). Esto se justificaría con el considerando 66.5 DCMUD, así como con el art. 17.4.b DCMUD⁷⁷. Sin embargo, esta propuesta deja de lado el sistema de dos capas de los arts. 17.1, 17.4.a y 17.4.b DCMUD; el hecho de que el privilegio de responsabilidad del art. 17.4.b DCMUD dependa de que el proveedor de servicio haya hecho un esfuerzo previo o por adelantado (!!) para obtener licencias, etc., no puede negarse. Coherentemente, el considerando 66.5 DCMUD tampoco hace referencia al art. 17.1 y 17.4.a DCMUD, sino al art. 17.4.b/c DCMUD⁷⁸, lo cual se constata a las claras repasando su tenor literal. La conclusión correcta

⁷¹ Vid. F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit., p. 1224.

⁷² Dudas similares expresan GIELEN/TIESEN, “Die neue Plattformhaftung...”, cit., p. 644; vid. También M. SENFTLEBEN, “Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?”, *ZUM*, 2019, p. 369 y ss., en especial, p. 372.

⁷³ SENFTLEBEN, “Filterverpflichtungen...”, cit., p. 369 y ss., en especial, p. 372 ss.

⁷⁴ Esto ha sido correctamente señalado por H. WEIDEN, “Aktuelle Berichte – April 2019 *GRUR*, 2019, p. 370 y ss., en especial, p. 372 y por GIELEN/TIESEN, “Die neue Plattformhaftung...”, cit., p. 645.

⁷⁵ SENFTLEBEN, “Filterverpflichtungen...”, cit., p. 372, quien concluye que esto supone una violación de los derechos fundamentales de la UE.

⁷⁶ A favor, VOLKMANN, “Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...”, cit., p. 378 paras 21 ss.

⁷⁷ Expresamente, VOLKMANN, “Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...”, cit., p. 378 paras 24 ss.; en el mismo sentido, PRAVEMANN, “Art. 17 der Richtlinie...”, cit., p. 787.

⁷⁸ Correctamente PRAVEMANN, “Art. 17 der Richtlinie...”, cit., p. 787, aunque con contradicciones.

a este respecto no es una suerte de reducción de obligaciones basada en los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD, que sería contraria al tenor de la Directiva más que una violación de Derechos fundamentales europeos.

B) Tendencias de signo contrario en la jurisprudencia del TJUE y su trascendencia para el art. 17 DCMUD

52. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que existen tendencias opuestas dentro de la jurisprudencia del TJUE. La STJUE en el asunto *UPC Telekabel*⁷⁹ ha reconocido básicamente que los prestadores de acceso pueden verse obligados a bloquear los sitios web, lo cual también afecta a los derechos fundamentales de los usuarios, prestadores y titulares de derechos. De igual modo, en la reciente sentencia *Glawischnig-Piesczek v. Facebook*⁸⁰, el TJUE ha deslindado lo que son obligaciones concretas de control de lo que son obligaciones generales de supervisión. Veámoslo en detalle.

a) Obligaciones de inhabilitación del prestador de acceso

53. En el caso *UPC Telekabel*, el TJUE subraya de nuevo la afirmación ya hecha en el caso *Netlog* y antes en *Promusicae*, de que se debe buscar un cuidadoso equilibrio entre los derechos fundamentales de los titulares de los derechos por un lado y de los usuarios y prestadores por el otro:

“46. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que, cuando diversos derechos fundamentales entren en conflicto, corresponde a los Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico a una Directiva, procurar basarse en una interpretación de ésta que garantice un justo equilibrio entre los derechos fundamentales aplicables, protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. Posteriormente, al aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dicha Directiva, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con aquélla, sino también procurar no basarse en una interpretación de la misma que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho de la Unión, como el principio de proporcionalidad (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de enero de 2008, *Promusicae*, C-275/06, Rec. p. I-271, apartado 68)”.

54. Respecto al derecho a la libertad de empresa, sin embargo, el TJUE considera que no existen restricciones al derecho de los prestadores de seleccionar las medidas y acciones que consideren adecuadas, con la consiguiente potencial exoneración de responsabilidad:

“52. Por una parte, un requerimiento judicial como el que es objeto del procedimiento principal permite a su destinatario definir las medidas concretas que hayan de adoptarse para alcanzar el resultado perseguido, de modo que ese destinatario puede elegir aplicar las medidas que mejor se adapten a los recursos y capacidades de que disponga y que sean compatibles con las demás obligaciones y retos a que deba hacer frente en el ejercicio de su actividad.

53. Por otra parte, tal requerimiento permite a su destinatario eximirse de su responsabilidad demostrando que ha adoptado todas las medidas razonables. Pues bien, esa posibilidad de eximirse de responsabilidad tiene a todas luces como efecto que el destinatario de dicho requerimiento no se vea obligado a hacer sacrificios insostenibles, lo cual parece justificado ante todo teniendo en cuenta que él no es el autor de la vulneración al derecho fundamental de propiedad intelectual que provocó la emisión del requerimiento”.

Esto es ciertamente importante a la vista de las obligaciones antes mencionadas que se derivan del art. 17.1 DCMUD, pues la exoneración de responsabilidad se utiliza aparentemente por el TJUE para descartar una vulneración de los derechos fundamentales.

55. Sin embargo, el TJUE también hace hincapié en la protección de los derechos (básicos) de los usuarios respecto a su libertad de información:

⁷⁹ STJUE 27 marzo 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel*, EU:C:2014:192.

⁸⁰ STJUE 3 octubre 2019, asunto C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, EU:C:2019:821.

“56. A este respecto, las medidas adoptadas por el proveedor de acceso a Internet deben estar rigurosamente delimitadas, en el sentido de que deben servir para poner fin a la vulneración cometida por un tercero de los derechos de autor o de los derechos afines a los de autor; sin que se vean afectados los usuarios de Internet que recurren a los servicios de dicho proveedor para acceder lícitamente a la información. De lo contrario, la injerencia de ese proveedor en la libertad de información de dichos usuarios no estaría justificada a la luz del objetivo perseguido.

57. Los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener la posibilidad de verificar que así sea. Ahora bien, en el supuesto de un requerimiento judicial como el que es objeto del procedimiento principal, procede señalar que si el proveedor de acceso a Internet adopta medidas que le permitan hacer efectiva la prohibición establecida, los órganos jurisdiccionales nacionales no tendrán la posibilidad de efectuar tal control durante la fase de ejecución, por falta de oposición al respecto. Por consiguiente, para que los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión no se opongan a la emisión de un requerimiento judicial como el que es objeto del procedimiento principal, es preciso que las normas de procedimiento nacionales prevean la posibilidad de que los internautas hagan valer sus derechos ante el juez una vez conocidas las medidas de ejecución adoptadas por el proveedor de acceso a Internet”.

De nuevo, para el art. 17 DCMUD es importante que los usuarios puedan hacer valer sus derechos en forma oportuna y con certeza procesal, ya se enfoque desde el punto de vista de la libertad de información o desde la libertad de expresión (y en este caso, por ejemplo, con derecho de cita, etc., como recoge el art. 17.7 y ss. DCMUD)⁸¹.

56. La obligación de los proveedores de acceso de bloquear los sitios web afecta, por lo tanto, a la libertad de información del art. 11.2 (2) CDFUE⁸², ya que la inhabilitación del acceso a un contenido constituye un obstáculo para informar al internauta. La libertad de información protege el simple uso de la información así como la obtención activa de la misma⁸³, en particular si el acceso a la información es definitivamente denegado⁸⁴. No se puede negar el peligro de que además del bloqueo de contenidos no permitidos también se desactiven contenidos permitidos –debido a que los sistemas de filtrado normalmente tienen errores de funcionamiento–, y por lo tanto se produzca un importante perjuicio en cuanto a la libertad de información de los usuarios (el llamado *overblocking*)⁸⁵. Exactamente en este punto son evidentes los paralelismos con los filtros de contenido de los servidores de los proveedores de servicios.

b) Examen de contenido similar como obligación específica de supervisión

57. Incluso de forma más clara que en la sentencia *UPC Telekabel*, el TJUE en la reciente sentencia *Glawischnig-Piesczek contra Facebook Irlanda*⁸⁶ ha abordado el deslinde de las obligaciones ge-

⁸¹ Más detalles *infra* III.2.

⁸² *Vid.* también el auto de remisión del Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2016, p. 268; A. WILKAT, *Bewertungsportale im Internet*, 1ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 78 ss.

⁸³ Tribunal Constitucional Federal alemán, *NJW*, 1970, p. 235 y ss., en especial, p. 237; H. SCHULZE-FIELITZ, Art. 5 Abs. 1, 2 GG para 83 en DREIER, *Grundgesetz Kommentar: GG*, 3ª ed., CH Beck, München, 2013; C. STARCK, Art. 5 Abs. 1, 2 GG para 40 en V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK (dirs.), *Grundgesetz Kommentar*, 7ª ed., CH Beck, München, 2018.

⁸⁴ Tribunal Constitucional Federal alemán, *NJW*, 1970, p. 238, en especial, p. 240.

⁸⁵ Sin embargo, aislados “falsos positivos” no deberían llevar a descartar por completo la validez de la medida; en el mismo sentido, LEISTNER, “Grundlagen und Perspektiven...”, cit., p. 732 ss; un número demasiado elevado de “falsos positivos” también puede ser evitado con una comprobación manual de los resultados de los filtros: al respecto, Tribunal Superior Regional de Hamburgo, *MMR*, 2016, p. 269 para 429 con comentarios de FREY; acerca del sobrebloqueo, STJUE 27 marzo 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel*, EU:C:2014:192, *GRUR*, 2014, p. 468 para 56, con comentarios de MARLY; STJUE 15 septiembre 2016, asunto C-484/14, *McFadden*, EU:C:2016:689, *GRUR*, 2016, p. 1146 para 93 ss.; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2016, p. 268; G. NOLTE/J. WIMMERS, “Wer stört? Gedanken zur Haftung von Intermediären im Internet – von praktischer Konkordanz, richtigen Anreizen und offenen Fragen”, *GRUR*, 2014, p. 16 y ss., en especial, p. 22; G. SPINDLER, “Zivilrechtliche Sperrverfügungen gegen Access Provider nach dem EuGH-Urteil „UPC Telekabel“, *GRUR*, 2014, p. 826 y ss., en especial, pp. 829 y 834; G. SPINDLER, “Sperrverfügungen gegen Access-Provider – Klarheit aus Karlsruhe?“, *GRUR*, 2016, p. 451 y ss., en especial, pp. 455 y 457; M. LEISTNER/K. GRISSE, “Sperrverfügungen gegen Access-Provider im Rahmen der Störerhaftung (Teil 2)“, *GRUR*, 2015, p. 105 y ss., en especial, p. 108 con más referencias.

⁸⁶ STJUE 3 octubre 2019, asunto C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, EU:C:2019:821; *vid.* también SPINDLER, “Weltweite

nerales de control (prohibidas) frente a las obligaciones específicas de control (permitidas), tal como se enumeran en el considerando 47 de la Directiva sobre el comercio electrónico, con respecto a un contenido idéntico (aquí: difamaciones, etc.). En este contexto, el TJUE considera que el deber del prestador de servicios de suprimir o bloquear los contenidos similares no daría lugar a una obligación de supervisión general, y, en particular, no existiría obligación de realizar búsquedas activas:

“37. En tales circunstancias, a fin de que el prestador de servicios de alojamiento de datos de que se trate evite que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados, es legítimo que el tribunal competente pueda exigirle que bloquee el acceso a los datos almacenados cuyo contenido sea idéntico al que se ha declarado ilícito con anterioridad, o retire esos datos, sea quien fuere el autor de la solicitud de su almacenamiento. Ahora bien, habida cuenta, en particular, de la identidad de los datos controvertidos en cuanto a su contenido, no cabe considerar que una medida cautelar acordada a tal efecto imponga al proveedor de servicios de alojamiento de datos una obligación de supervisar, con carácter general, los datos que almacene, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas en el sentido del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31”.

58. Sin embargo, el TJUE también reconoce que dicha obligación por parte del prestador de servicios puede ir acompañada de un control sustantivo del contenido "sinónimo", lo que puede conducir en algunas circunstancias a una obligación de supervisión general cuando cada uno de los contenidos cargados por los usuarios tiene que ser revisado, en particular si el contenido relevante (nuevo) es en gran medida similar o idéntico al contenido infractor. Por lo tanto, el TJUE intenta limitar estas obligaciones:

“45. Habida cuenta de todo lo anterior, es preciso que los datos similares a los que se refiere el apartado 41 de la presente sentencia contengan elementos concretos debidamente identificados por el autor de la medida cautelar, como el nombre de la persona víctima de la infracción constatada anteriormente, las circunstancias en las que se ha comprobado dicha infracción, así como un contenido similar al que se ha declarado ilícito. En cualquier caso, las diferencias en la formulación de ese contenido similar con respecto al contenido declarado ilícito no deben obligar al prestador de servicios de alojamiento de datos de que se trate a realizar una apreciación autónoma del referido contenido.

46. En tales circunstancias, una obligación como la descrita en los apartados 41 y 45 de la presente sentencia, por una parte, parece suficientemente eficaz para garantizar la protección de la persona víctima de los actos difamatorios en la medida en que se extiende también a los datos de contenido similar. Por otra parte, dicha protección no queda garantizada mediante una obligación excesiva impuesta al prestador de servicios de alojamiento de datos, ya que la supervisión y la búsqueda que requiere se limitan a los datos que contienen elementos especificados en la medida cautelar acordada y su contenido difamatorio de naturaleza similar no obliga al prestador de servicios de alojamiento de datos a realizar una apreciación autónoma, al poder este utilizar técnicas e instrumentos de búsqueda automatizados”.

59. En consecuencia, para la asunción de una obligación de vigilancia o supervisión específica (lo cual está permitido) es suficiente que el proveedor pueda utilizar técnicas automatizadas y que se establezcan "detalles específicos" que permitan una verificación simple (probablemente automatizada) de la similitud. En otras palabras, el TJUE considera suficiente el uso de tecnologías automatizadas basadas en "detalles específicos" para que no se asuma todavía una obligación de supervisión activa y general por parte del prestador.

60. Cabe señalar en este contexto que el TJUE no lleva a cabo una ponderación de los derechos fundamentales, a diferencia de lo acaecido en las sentencias anteriores, sino que se atiende a consideraciones abstractas relativas a la prohibición de las obligaciones generales de supervisión del art. 15 DCE. Tampoco se hace ninguna mención a los derechos de oposición de los usuarios afectados.

Löschungspflichten...“, cit., p. 3274.

c) Aplicación al art. 17 DCMUD

61. Si se aplican los argumentos de las referidas sentencias del TJUE al art. 17 DCMUD se constata que el art. 17.4.b DCMUD debería resistir la prueba de la sentencia *Glawischnig-Piesczek*, ya que, por un lado, los titulares de derechos tienen que facilitar la información necesaria a los proveedores de servicios ("detalles específicos") y, por otro lado, el uso de herramientas automatizadas está disposición de los prestadores.

Sin embargo, esto no altera la obligación prevista en los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD (la obligación de comprobar el contenido para obtener licencias), ya que el proveedor debe comprobar en primer lugar la legalidad del contenido mismo y explícitamente no puede basarse en detalles específicos proporcionados por otros que permitan el uso de herramientas automatizadas.

C) Conclusión

62. En resumen, aunque el TJUE restringió en recientes sentencias estrictas la prohibición de los deberes generales de supervisión, los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD todavía se muestran propensos a vulnerar los derechos constitucionales fundamentales de Carta de Derechos Fundamentales de la UE, ya que incorporan obligaciones de investigación activa por parte del prestador, las cuales no son compatibles con los principios desarrollados por el TJUE en *SABAM / Netlog*, así como en la sentencia *L'Oréal*.

63. Por lo tanto, sólo resta la cuestión de si una interpretación conforme con los principios constitucionales europeos puede ser suficiente para establecer el equilibrio necesario con los derechos fundamentales o para compaginar el deber de supervisión del contenido con la prohibición de las obligaciones generales de supervisión. Así pues, se alega en ocasiones que los efectos del art. 17.5 DCMUD (proporcionalidad) o la prohibición de las obligaciones generales de control del 17.8 DCMUD deben ser tenidos en cuenta al interpretar los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD; por lo tanto, los "esfuerzos" necesarios deberían interpretarse acordemente⁸⁷. Aparte del hecho de que sigue siendo completamente incierto cómo se debería gestionar esto, en relación a cómo se debe interpretar el esfuerzo requerido (¿con arreglo a qué criterios?) tal enfoque ignoraría la clara redacción y el sistema del art. 17 DCMUD. El control general de contenidos establecido en el art. 17.1 DCMUD no se encuentra limitado por una reducción, por ejemplo, a los contenidos evidentemente ilícitos (v. gr., siguiendo el enfoque del art. 14 DCE), ya que el art. 17.1 DCMUD no contiene tal restricción.

4. Derechos fundamentales de protección de datos

64. Además, las pretendidas obligaciones del prestador de servicios contenidas en los arts. 17.1 y 17.4.a/b DCMUD podrían suponer una interferencia con los principios sobre protección de datos del art. 8 CDFUE. El art. 17.9 DCMUD, en su párrafo 3, subraya:

“La presente Directiva no afectará en modo alguno a las utilizaciones lícitas, tales como usos al amparo de excepciones y limitaciones establecidas en el Derecho de la Unión, y no conducirá a identificación alguna de usuarios concretos ni al tratamiento de sus datos personales, salvo si es conforme con la Directiva 95/46/CE, la Directiva 2002/58/CE y el Reglamento (UE) 2016/679”.

⁸⁷ G. WÜRTEMBERGER/S. FREISCHEM, „Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht (...)“ (GRUR-Statement) http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2019-09-05-GRUR-Stellungnahme_zur_DSM-_und_zur_Online_SatCab-RL_endg.pdf (último acceso el 14.02.2020), p. 57 ss.; en sentido similar, VOLKMANN, „Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...“, cit., p. 382 paras 52 ss.

65. Sin embargo, para evitar la carga de contenidos ilegales, se puede comprobar la identidad o los datos personales (titular de la cuenta, etc.). Hasta la fecha no está claro si la identidad u otros datos personales se pueden separar realmente del contenido –lo cual es una cuestión técnica y fáctica–. En cuanto a las órdenes de bloqueo contra los prestadores de acceso, el TJUE asumió tal interferencia con los derechos de protección de datos⁸⁸, porque las medidas de filtrado o bloqueo del proveedor de acceso afectaban a las direcciones IP de los usuarios, lo que puede suponer un perjuicio del derecho de autodeterminación informativa de los usuarios⁸⁹. No obstante, como se ha mencionado anteriormente, el TJUE consideró en la sentencia *L'Oréal* que la identificación por parte de los proveedores de servicios se podía permitir para evitar infracciones. Por lo tanto, es decisivo cómo se diseñan las inspecciones del art. 17.4.b DCMUD, en particular si el contenido puede ser desacoplado de la identidad de los usuarios; en este caso (y con completa anonimización), no habría interferencia con el Art. 8 CDFUE.

5. Solución alternativa: posibles contrapesos para la protección de derechos fundamentales

66. Si el TJUE no siguiera los planteamientos que se han descrito, al menos tienen que existir ciertas garantías para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas afectadas⁹⁰:

- Los prestadores de servicios –en lo que respecta a su libertad empresarial– no pueden ser obligados a mantener constantemente inspecciones manuales. Como el TJUE ha manifestado expresamente en las sentencias citadas sobre controles aceptables, sólo una revisión automatizada entra dentro de lo razonable; de lo contrario, los modelos de negocio de los prestadores de servicios serían inviables. Sólo en el caso de plataformas claramente dedicadas a cometer infracciones e ilícitos –según la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán– se puede exigir en casos excepcionales una revisión manual⁹¹. Por lo tanto, una transposición específica es necesaria para la protección de los derechos fundamentales.
- Respecto a la protección de los intereses de los usuarios, en particular su libertad de expresión y de información, se debe dotar a los usuarios de mecanismos y procedimientos para marcar los contenidos pertinentes de modo que no se puedan aplicar herramientas automatizadas ("marcado" o "*flagging*"). Como se ha señalado anteriormente, el TJUE ha subrayado en varias ocasiones la importancia de estos derechos para garantizar los derechos fundamentales de los internautas⁹². Estos contenidos, desde el primer momento, deben ser excluidos de un control automatizado y deben ser sometidos a un examen manual, individualizado, realizado por una persona. Por lo que se puede ver, actualmente no se dispone de un control automatizado que tenga en cuenta el equilibrio de la libertad de expresión e información con otros derechos, por ejemplo, reconociendo la parodia. Una vez más, se trata de una aplicación exigida por los principios constitucionales de la Unión Europea.
- Además, también para garantizar la libertad de opinión y el acceso a la información de los usuarios, debe preverse un derecho subjetivo para hacer cumplir las limitaciones por parte del prestador del servicio y del titular de los derechos, teniendo en cuenta asimismo las limitaciones para los usuarios consagradas en el art. 17.7 DCMUD. En la actualidad, estas reclamaciones sólo existen en relación con los límites a las medidas técnicas de protección (los llamados sistemas de gestión de los derechos digitales, *Digital Rights Management* o DRM, del art. 6.4 DCSI-InfoSoc). Aunque el art. 17.7 DCMUD no menciona explícitamente

⁸⁸ En relación con los arts. 8 y 11 CDFUE, STJUE 24.11.2011, asunto C-70/10, *SABAM/Scarlet*, EU:C:2011:771; sobre ello, G. SPINDLER, "Anmerkung zu EuGH C-70/10", *JZ*, 2012, p. 311 ss.; M. SCHRÖDER, "Kommentar zu EuGH, Scarlet Extended", *K&R*, 2012, p. 38; S. MAASSEN, "Pflicht zur präventiven Filterung des gesamten Datenverkehrs zur Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen nicht mit europäischem Recht vereinbar – „Scarlet Extended“", *GRUR-Prax*, 2011, p. 535; LEISTNER, "Grundlagen und Perspektiven...", cit., p. 729.

⁸⁹ Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2016, p. 268; de acuerdo, SPINDLER, "Sperrverfügungen gegen Access...", cit., p. 456.

⁹⁰ Para una argumentación más precisa y sobre el ámbito que queda a los Estados Miembros, *vid. infra* IV.5.

⁹¹ Tribunal Federal alemán, *ZUM*, 2013, p. 288 para 39.

⁹² *Vid. supra* III.3.A.a) sobre la STJUE 27 marzo 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel*, EU:C:2014:192

- este derecho, podría derivarse del objetivo principal de dicho precepto⁹³ y también por exigencias constitucionales, con independencia de los derechos y obligaciones contractuales⁹⁴.
- Adicionalmente, debería existir una protección de los prestadores de servicios y de los usuarios contra el abuso de los derechos por parte de los llamados "trolls del copyright" (abusadores de la propiedad intelectual)⁹⁵. De lo contrario, no se puede excluir –en particular con respecto a la experiencia de los Estados Unidos en el contexto de las notificaciones que indebidamente impiden el acceso (*Digital Millennium Copyright Act*)– que una notificación a los prestadores de servicios con una supuesta infracción de derechos pueda ser (mal) utilizada con el fin de suprimir o bloquear determinados contenidos, por ejemplo, durante campañas políticas.

IV. Transposición del art. 17 DCMUD en los Derechos nacionales

1. Naturaleza de armonización plena

67. Debido a que el propósito de la Directiva es lograr un nivel uniforme de protección en el mercado único, el art. 17 DCMUD se concibe como una disposición de armonización plena⁹⁶. En consecuencia, ni el art. 17 DCMUD contiene ninguna cláusula de apertura explícita para los Estados miembros ni tampoco hay ninguna indicación en los considerandos dedicados al art. 17 DCMUD (considerandos 61-71) que permita a los Estados miembros elevar el nivel de protección de estas disposiciones ni modular ciertos aspectos de manera más matizada. De conformidad con estas disposiciones, el primer proyecto de transposición conocido a nivel nacional –el proyecto de ley de los Países Bajos– sólo prevé una implementación más o menos literal⁹⁷.

Por lo tanto, ni los arts. 17.1 y 17.4. ni el art. 17.4.b DCMUD pueden ser “rechazados” por los Estados Miembros ni pueden proceder a desarrollarlos con un mayor detalle, amén de que no pueden ir más allá de lo en ellos establecido. Sin embargo, los arts. 17.1 y 17.4.a/b DCMUD no prescriben específicamente cómo o en qué procedimiento deben determinarse los esfuerzos necesarios a nivel nacional. Dilucidar si aún hay margen de maniobra para los Estados miembros se analizará **más adelante**.

68. Además, con respecto a las disposiciones del art. 17.7 y ss DCMUD, hay que tener en cuenta la jurisprudencia más reciente del TJUE. En vista de las sentencias de los asuntos *Funke Medien Gruppe* y *Spiegel Online*, cabe concluir que el TJUE claramente ha establecido que los límites previstos en la *DCSI-InfoSoc* son exhaustivos y no pueden ser ampliados por el Derecho nacional⁹⁸, a menos que esos mismos límites contengan un margen de maniobra para que los Estados miembros completen conceptos jurídicos indeterminados⁹⁹. Así pues, el TJUE inaugura un ámbito (moderado) para que los Estados miembros especifiquen los conceptos jurídicos indefinidos, los cuales, sin embargo, deben respetar estrictamente las exigencias del Derecho de la Unión, en particular los objetivos de la DCMUD.

69. En la STJUE del asunto *Funke Medien Gruppe* el Tribunal europeo afirma que debe respetarse la necesaria coherencia y:

⁹³ *Vid. infra*, I.B.4.b.

⁹⁴ *Vid. supra* III.3.A.a) sobre la STJUE 27 marzo 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel*, EU:C:2014:192.

⁹⁵ *Vid.* D. PACHALI, “Copyright Trolls and presumptively fair uses”, *iRights info*, 9 July 2013 <https://irights.info/webschauer-urheberrechts-troll-und-mittel-gegen-ihn/15727> (último acceso 14.02.2020); B. A. GREENBERG, “Copyright Trolls and Presumptively Fair Uses”, *University of Colorado Law Review*, 85, 2014, p. 53 ss.

⁹⁶ PETERS/SCHMIDT, “Das Ringen um Upload-Filter...”, cit., p. 1006, 1011; KAESLING, “Die EU-Urheberrechtnovelle...”, cit., p. 590.

⁹⁷ *Vid. infra* IV.5.

⁹⁸ STJUE 29 julio 2019, asunto C-469/17, *Funke Medien Gruppe*, EU:C:2019:623 para 62; STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17 *Spiegel Online* EU:C:2019:625, paras 42 ss.

⁹⁹ *Vid.* STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17 *Spiegel Online* EU:C:2019:625, paras 25 ss.

“62. En este contexto, permitir, a pesar de la voluntad expresa del legislador de la Unión, a la que se ha hecho referencia en el apartado 56 de la presente sentencia, que cada Estado miembro introduzca excepciones a los derechos exclusivos del autor, contemplados en los artículos 2 a 4 de la Directiva 2001/29, al margen de las excepciones y limitaciones establecidas con carácter exhaustivo en el artículo 5 de esta Directiva pondría en peligro la efectividad de la armonización de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor efectuada por dicha Directiva, así como el objetivo de seguridad jurídica perseguido por esta (sentencia de 13 de febrero de 2014, *Svensson y otros*, C-466/12, EU:C:2014:76, apartados 34 y 35). En efecto, en el considerando 31 de esta misma Directiva consta expresamente que las diferencias existentes en las excepciones y limitaciones a determinados actos restringidos incidían directa y negativamente en el funcionamiento del mercado interior de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor y que, por lo tanto, la lista de excepciones y limitaciones del artículo 5 de la Directiva 2001/29 tiene la finalidad de garantizar el correcto funcionamiento de ese mercado. “

En particular, dado que el art. 17.7 y ss. DCMUD no contempla ninguna cláusula abierta para los Estados miembros, éstos no pueden ir más allá de los límites previstos en el art. 17.7 y 17.9 DCMUD.

70. Sin embargo, el TJUE también afirmó en los casos *Spiegel Online and Funke Medien Gruppe*¹⁰⁰, que:

- “... los Estados miembros no son libres en todos los casos para precisar, de manera no armonizada, el conjunto de parámetros de esas excepciones o limitaciones”.¹⁰¹ En este contexto, “Los Estados miembros también están obligados, en este contexto, a observar los principios generales del Derecho de la Unión, entre los que figura el principio de proporcionalidad, del que se desprende que las medidas adoptadas deben ser aptas para alcanzar el objetivo propuesto y no ir más allá de lo que es necesario para alcanzarlo”¹⁰².
- “...el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para aplicar las excepciones o limitaciones establecidas en el artículo 5, apartados 2 y 3, de la Directiva 2001/29 no puede utilizarse de manera que se comprometan los objetivos de esta Directiva, que, según se desprende de los considerandos 1 y 9 de esta, son el establecimiento de un elevado nivel de protección en favor de los autores y el correcto funcionamiento del mercado interior”¹⁰³.
- “... el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros (...) se ve limitado también por el artículo 5, apartado 5, de esta Directiva, que supedita tales excepciones o limitaciones a un triple requisito”¹⁰⁴.
- “... los principios consagrados en la Carta rigen en los Estados miembros cuando estos aplican el Derecho de la Unión. Por lo tanto, corresponde a los Estados miembros, al transponer las excepciones y limitaciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, de la Directiva 2001/29, procurar basarse en una interpretación de estas que garantice un justo equilibrio entre los diferentes derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión”.¹⁰⁵

71. En conclusión, siempre existe el riesgo de que el TJUE reduzca el ámbito de transposición abierto por los conceptos jurídicos indeterminados¹⁰⁶. Por lo tanto, y especialmente en lo que se refiere a la competencia de la Comisión de la UE para emitir orientaciones en virtud del art. 17.10 DCMUD, se recomienda trabajar con reglas omnicomprendivas (“*catch all*”), que pueden prever una desviación en un caso individual¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Con prácticamente el mismo tenor literal, STJUE 29 julio 2019, asunto C-469/17, *Funke Medien Gruppe*, EU:C:2019:623, paras 43 ss.

¹⁰¹ STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17 *Spiegel Online* EU:C:2019:625, para 31 con cita de la STJUE 6 febrero 2003, asunto C-245/00, *SENA* EU:C:2003:68 para 34, STJUE 7 marzo 2013, asunto C-145/10, *Painer*, EU:C:2011:798, para 104, STJUE 3 septiembre 2014, asunto C-201/13, *Deckmyn and Vrijheidsfonds*, EU:C:2014:2132, para 16.

¹⁰² STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17 *Spiegel Online* EU:C:2019:625, para 34.

¹⁰³ STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17 *Spiegel Online* EU:C:2019:625, para 35.

¹⁰⁴ STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17 *Spiegel Online* EU:C:2019:625, para 37.

¹⁰⁵ STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17 *Spiegel Online* EU:C:2019:625, para 38.

¹⁰⁶ En similar sentido, WÜRTEMBERGER/FREISCHEM, “Stellungnahme des GRUR...”, cit., p. 50 ss.

¹⁰⁷ WÜRTEMBERGER/FREISCHEM, “Stellungnahme des GRUR...”, cit., p. 51 ss.

2. Transposición de las definiciones del art. 2.6 DCMUD

72. En cuanto a las varias definiciones de los prestadores de servicios afectados por el art. 2.6 DCMUD, el legislador nacional puede concretar cantidades y especificar el "gran" número de contenidos, pero con el riesgo de que en casos individuales el TJUE considere que el número elegido no es representativo. Además, la finalidad de la definición, a saber, el papel de los prestadores de servicios, y en particular que sus plataformas actúan en lugar de los canales tradicionales de distribución, debería incluirse en la transposición de la definición, así como, a la inversa, la excepción de las plataformas abusivas como cláusula general.

73. Otras especificaciones, como, por ejemplo, del rasgo de que el servicio "organiza" los contenidos, no son aconsejables; ahora bien, sería preferible transponer disposiciones que operen con ejemplos que ilustren principios, por ejemplo, la capacidad de encontrar el contenido con herramientas de búsqueda, ya que permiten desviaciones en casos específicos al tiempo que proporcionan más seguridad jurídica.

74. La definición negativa debería ser acogida literalmente por los legisladores nacionales, ya que pueden plantearse cuestiones de delimitación de casos individuales que apenas pueden concretarse de forma abstracta y autónoma respecto a los hechos concretos.

3. Restricción y orden de las obligaciones del prestador del servicio

A) Obligaciones de obtener licencias según los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD

75. Como consecuencia de la extensión del derecho de puesta a disposición del público, el art. 17.1, apartado 2 DCMUD establece en su apartado 1 que:

"Por consiguiente, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deberán obtener una autorización de los titulares de derechos a que se refiere el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/29/CE, por ejemplo, mediante la celebración de un acuerdo de licencia, con el fin de comunicar al público o de poner a su disposición obras u otras prestaciones".

76. Además, en caso de que la licencia no se conceda, el art. 17.4.a DCMUD exige para la excepción de responsabilidad:

"han hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización"

77. Como ya se ha comentado, esto da lugar a las obligaciones del prestador de servicios de revisar el contenido de su plataforma para verificar si se requieren licencias y de "hacer los mayores esfuerzos" para obtener el permiso. Los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD no prevén ninguna cláusula abierta, por lo que estos requisitos tienen que ser transpuestos en la legislación nacional. En lo que respecta al principio de proporcionalidad del art. 17.5 DCMUD, algunos autores sostienen que los Estados miembros tienen la facultad de "explicar" las implicaciones de la flexibilidad de la DCMUD, lo que debería significar la exclusión de las empresas pequeñas y de nueva creación de la obligación de los filtros de carga¹⁰⁸. Sin embargo, como ya se ha mencionado, esta exclusión general contradiría la excepción explícita contemplada en el art. 17.6 DCMUD, que fue políticamente objeto de gran controversia en el proceso de tramitación legislativa.

78. No está claro si el art. 17 DCMUD permite a los Estados miembros modificar o concretar los estándares, códigos de conducta y normas sectoriales "estrictas" sobre la diligencia profesional.

¹⁰⁸ GIELEN/TIESSEN, "Die neue Plattformhaftung...", cit., p. 643.

Como el art. 17.4.a/b DCMUD no se basa en una obligación específica de supervisión definida por el Estado miembro, sino más bien en los esfuerzos necesarios para consensuar normas de autorregulación (“*industrial standards*”) al margen de la ley, estos esfuerzos no pueden limitarse, por ejemplo, a la búsqueda de “huellas digitales” de obras protegidas por la propiedad intelectual (y dejar otros contenidos sin inspeccionar).

79. Además, la obligación de los titulares de derechos de registrar sus derechos en una plataforma controlada por el Estado no sería compatible con el art. 17.1 DCMUD, ya que éste no estipula cómo ha de obtener el prestador de servicios la información relativa a las licencias necesarias; sería deseable la canalización en una plataforma para los titulares de derechos, a la que el prestador de servicios sólo tendría que acceder a ella (ventanilla única), pero se acercaría al registro de derechos de autor que no está previsto por el ADPIC, la OMPI, etc.¹⁰⁹

80. Una transposición nacional que restrinja los esfuerzos relacionados con la consulta de licencias de las entidades de gestión de derechos de autor también se enfrenta con el problema de que incluso esas entidades no siempre disponen del repertorio completo necesario para la concesión de licencias para los contenidos generados por los usuarios¹¹⁰. Además, aunque la aplicación del art. 12 DCMUD (licencias colectivas) puede remediar parcialmente esta situación, no exime al prestador de servicios de comprobar todas las ofertas de licencias. Existen problemas similares respecto a los derechos de explotación de los autores no profesionales, como los fotógrafos o productores de vídeo aficionados, o los autores de textos y obras literarias; a menudo no existe un contrato aparente en este caso, pero el art. 12 DCMUD también puede ayudar en este supuesto. Sin embargo, esta solución fracasa cuando se requieren licencias paneuropeas, las cuales tampoco existen en todos los casos (por lo que el art. 12 DCMUD no puede llegar a regularlo y, así, se ciñe a las licencias gestionadas “en su territorio”)¹¹¹. Por lo tanto, definir las obligaciones del proveedor de servicios a nivel nacional de tal manera que una consulta por parte de una entidad de gestión colectiva fuese suficiente, no supone una transposición adecuada del artículo 17.1 y 17.4.a DCMUD.

81. En definitiva, es posible, y también recomendable, que cada Estado Miembro esboce los esfuerzos requeridos utilizando un catálogo de ejemplos (con una suerte de cláusula de puesta al día), que, sin embargo, no debe ser en modo alguno exhaustivo. Éste puede regularse mediante la consabida cláusula del tipo “en particular”, que enumere los servicios concretos por volumen, ingresos, número de usuarios, contenido, etc., para los que pueda aplicarse entonces un catálogo de esfuerzos graduados. Por ejemplo, se puede establecer la presunción de cumplimiento del esfuerzo necesario cuando se haya consultado a las entidades de gestión¹¹², con más razón cuando éstas ofrecen licencias colectivas siguiendo el art. 12 DCMUD; y dejar, en cambio, para un caso específico si son necesarios más esfuerzos. Lo mismo podría aplicarse con respecto a contenidos muy pequeños o personales cuya autoría y situación jurídica (¿consentimiento? ¿aplicación de límites?) son difíciles de determinar. En este caso, podría ser suficiente con obligar al prestador de servicios a realizar una única búsqueda. La fijación de esta posible presunción no debería ser, en todo caso, exhaustiva.

82. Sin embargo, no bastaría con ofrecer a los titulares de derechos una remuneración¹¹³, sin emplear los prestadores de servicios ningún esfuerzo para obtener de aquellos las autorizaciones oportunas. Esto equivaldría a una inversión del mecanismo previsto en los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD, ya que entonces los titulares de derechos tendrían que solicitar ellos mismos la licencia.

¹⁰⁹ Art. 9.1 del Tratado ADPIC, en relación con el art. 8 del Convenio de Berna.

¹¹⁰ Vid. WEIDEN, “Aktuelle Berichte – April 2019”, *GRUR*, 2019, p. 370, en especial, p. 371.

¹¹¹ Sobre los problemas relativos a las licencias, vid. SENFTLEBEN, “„Filterverpflichtungen...“”, cit., p. 371.

¹¹² Vid. también GIELEN/TIESSEN, “Die neue Plattformhaftung...”, cit., p. 643.

¹¹³ Vid. F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit., p. 1225; WÜRTEMBERGER/FREIS-CHEM, “Stellungnahme des GRUR...”, cit., p. 50 ss.

83. Se podrían especificar más los esfuerzos mediante la normativa nacional de transposición: por ejemplo, concretar la cantidad de búsquedas de licencias o derechos en función del tamaño de la plataforma. Esto también podría hacerse mediante la creación de una plataforma estatal en la que los titulares de derechos pudieran registrar sus derechos en un formato electrónico legible automáticamente, que luego pudiera ser recuperado (automáticamente) por el prestador de servicios. Siempre y cuando esta especificación de esfuerzos no acabe en un catálogo exhaustivo en lugar de una regla de presunción (dejando margen para casos específicos), porque el art. 17 DCMUD no tolera una lista exhaustiva realizada por los Estados Miembros. Tampoco esta presunción conduciría a la inversión de la carga de la prueba impuesta a los prestadores ("a menos que") prevista en el art. 17.4 DCMUD. Esta inversión de la carga de la prueba se refiere al cumplimiento de las normas sectoriales que el prestador debe demostrar en cada caso concreto; la presunción de conformidad que se propugna aquí se refiere, en cambio, a la determinación de las propias normas sectoriales, que no es lo mismo.

84. Por último, parece tener sentido una aclaración por el legislador nacional de la licitud de que el prestador de servicios ponga el contenido a disposición pública mientras se llevan a cabo las negociación de licencias y la obtención de "permisos"¹¹⁴. Esto tiene su justificación, entre otras cosas, en que el prestador de servicios sigue haciendo todo lo posible por obtener licencias (art. 17.4.a DCMUD) y por tanto no será responsable hasta que esos esfuerzos fracasen.

85. En definitiva, las posibilidades de justificar finalmente los esfuerzos requeridos por los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD son limitadas y corren grave riesgo de colisionar con la legalidad europea.

B) Limitación y diseño de los filtros de carga según el art. 17.4.b DCMUD

a) ¿Exclusión de filtros de carga?

86. Como se ha explicado, el art. 17.4.b DCMUD también es una norma de armonización plena. Los procedimientos que debe aplicar el prestador de servicios no se especifican en dicho precepto. Por el contrario, la libertad del prestador de servicios para elegir los instrumentos adecuados dentro de los límites del art. 17.4.b DCMUD no está limitada. En cualquier caso, los procedimientos deben cumplir las "normas sectoriales estrictas" ("*high industry standards*", en la versión inglesa). art. 17.4.b DCMUD se refiere a una regla flexible no legislativa que no puede ser excluida o sustituida por el legislador nacional¹¹⁵. Esto también vale para las herramientas automatizadas (filtros de carga); como ya se ha mencionado, el art. 17.9 DCMUD menciona expresamente la gestión humana de las reclamaciones, lo que deja claro que en otros casos los procedimientos del art. 17.4.b DCMUD pueden ser automatizados y, por lo tanto, no pueden ser excluidos por el Estado miembro a la hora de efectuar la transposición¹¹⁶.

87. Algunos autores infieren del principio de proporcionalidad del art. 17.5 DCMUD que las plataformas en línea más pequeñas o financieramente débiles están exentas de la obligación de establecer filtros de carga, ya que de lo contrario se enfrentarían a dificultades insuperables y se erigirían nuevas barreras de entrada al mercado, lo que también estaría en contradicción con el enfoque de la Directiva sobre la innovación en el mercado único digital. Por lo tanto, los Estados Miembros deberían tener la facultad de "aclarar" que dichas empresas sólo están sujetas a la obligación de notificación y retirada o de notificación y bloqueo¹¹⁷. Sin embargo, como ya se ha argumentado, este punto de vista es diametral-

¹¹⁴ Lo destaca correctamente DREIER, "Die Schlacht ist geschlagen...", cit., p. 776.

¹¹⁵ E.g. KAESLING, "Die EU-Urheberrechtsnovelle...", cit., p. 590; SENFTLEBEN, "Filterverpflichtungen...", cit., p. 371; F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1221.

¹¹⁶ De igual forma, KAESLING, "Die EU-Urheberrechtsnovelle...", cit., p. 590; GIELEN/TIESSEN, "Die neue Plattformhaftung...", cit., p. 644; VOLKMANN, "Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...", cit., p. 380 para 32.

¹¹⁷ GIELEN/TIESSEN, "Die neue Plattformhaftung...", cit., p. 643 y ss.; en sentido similar, F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1227.

mente opuesto a la excepción para las empresas de nueva creación consagrada en art. 17.6 DCMUD, que fue objeto de numerosas discusiones en el procedimiento de diálogo a tres bandas entre las instituciones europeas. Las excepciones previstas originalmente para las pequeñas y medianas empresas eran, por lo tanto, mucho más amplias que las previstas en la versión final del art. 17.6 DCMUD¹¹⁸. Sólo para las empresas contempladas en el art. 17.6 DCMUD las obligaciones de los prestadores de servicios se reducen al art. 17.4.c DCMUD (notificación y bloqueo permanente). Esta decisión crucial no puede ser socabada por la “puerta trasera” de la proporcionalidad¹¹⁹. Una exención estatal que fuera más allá del art. 17.6 DCMUD y que se desvinculara del caso individual (que siempre debe ser determinado por los tribunales bajo el parámetro del principio de proporcionalidad), no puede cohonestarse con el art. 17.6 DCMUD.

88. Por último, cuando algunos autores sostienen que el prestador de servicios en general (!) sólo tiene que actuar sobre la base de una notificación o de la información proporcionada¹²⁰, esto sólo es cierto en lo que respecta al sistema del art. 17.4.b DCMUD, pero no con respecto a los arts. 17.1 y 17.4.a; esto no altera el hecho de que sea necesario instalar un filtro para la información sobre estos derechos¹²¹.

b) Transposición

89. Como se ha explicado anteriormente, el art. 17.4.b DCMUD se refiere a normas sectoriales estrictas sobre diligencia profesional. Sin embargo, la Directiva no especifica cómo deben definirse estas normas, de modo que los Estados miembros tienen libertad para definir los procedimientos mediante los cuales se determinarán estas normas en el marco de los elevados estándares habituales en el sector. Cuando se transponga el art. 17.4.b DCMUD, por ejemplo, se podrían crear comisiones y procedimientos que puedan ser similares a los fijados para la normalización técnica nacional, siempre que se garantice que el Estado no tiene ninguna influencia en los procedimientos de selección o filtros relevantes para orientar las opiniones de esas comisiones. Sin embargo, al mismo tiempo también hay que tener en cuenta que estas normas son "las habituales en el sector", por lo que deben diferenciarse según el tipo de prestador de servicios (por ejemplo, plataformas de vídeo como *YouTube*, redes sociales como *Facebook*).

90. La forma en que se configuren estas normas en concretos debe determinarse en cooperación con los informáticos y no puede aclararse en el contexto de un dictamen jurídico. La medida más efectiva concebible aquí sería la "señalización" o marcado (*flagging*) de los contenidos por parte de los usuarios, de modo que estos contenidos se clasifiquen automáticamente y se sometan a examen por una persona, no por una máquina.

91. También podría pensarse en considerar a ciertos usuarios que no han cometido ninguna infracción en el pasado como "cargadores de confianza" (*trusted uploaders*), por lo que quedarían excluidos de un filtro preventivo¹²². De acuerdo con el art. 17.5 DCMUD, también sería necesario considerar la extensión o el ámbito de una obra o prestación protegida por propiedad intelectual cuando sea utilizada al generar un contenido en relación con ese contenido en toda su extensión –pues podría ser una mera cita, incluso si, como se explicará luego, la Directiva no reconoce ningún límite *de minimis*–.

¹¹⁸ Vid. A. VOSS, “Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on copyright in the Digital Single Market”, COM(2016)0593, p. 236.

¹¹⁹ Sostienen una opinión diferente GIELEN/TIESEN, “Die neue Plattformhaftung...”, cit., p. 644, que afirman sin más justificación que las excepciones de la DCMUD “no pueden interpretarse como una declaración negativa de que todas las demás plataformas en línea deben estar incluidas la obligación de filtrar”. Lo que estos autores no indican es la razón por la que surgieron las considerables discusiones sobre las exenciones relacionadas con las empresas de nueva creación.

¹²⁰ Vid. VOLKMANN, “Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...”, cit., p. 379 para. 29, quien, sin embargo, sólo se refiere a una obligación de filtrado uniforme.

¹²¹ En sentido similar, VOLKMANN, „Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...“, cit., p. 379 para. 32 ss.

¹²² Vid. la propuesta de J. B. NORDEMANN (en prensa).

92. Finalmente, sería posible excluir de antemano de un filtro de subida aquellas infracciones ambiguas o poco claras, cuando no sean evidentes, y transferirlas a una supervisión humana¹²³; tal excepción encontraría apoyo en el art. 17.5 DCMUD en el contexto de la proporcionalidad que también tiene en cuenta la naturaleza de los contenidos. Esto incluiría, por ejemplo, la directriz del TJUE descrita antes en relación con procedimientos automatizados para contenidos con significado similar. Sin embargo, esto dejaría abierta la cuestión de cuándo se producen infracciones poco concluyentes.

93. Sin embargo, todas estas propuestas están sujetas, en última instancia, a la premisa de que: a) los estándares sean los habituales en el sector y b) los estándares sean altos. En consecuencia, es difícil valorar si un Estado Miembro puede determinar que sólo aquellos estándares que se han establecido en el procedimiento regulado por ese Estado representan la diligencia debida que es habitual en sector. También es incierto si un Estado miembro puede finalmente regular las normas/estándares de acuerdo con las propuestas mencionadas. Por último, las consecuencias jurídicas de cumplir estas normas siguen siendo poco diáfanas: ¿el cumplimiento de una norma sectorial significa la exención completa de la responsabilidad o sólo una prueba *prima facie* de que se han realizado los esfuerzos necesarios? La completa exoneración de responsabilidad cuenta con mejores argumentos, dado que el art. 17.4.b DCMUD se refiere a esas normas o estándares como la especificación de los esfuerzos necesarios, y no sólo como una especie de regla sobre la prueba.

94. Sin perjuicio de lo anterior, el legislador nacional, al transponer, podría establecer una presunción de conformidad con la diligencia requerida por art. 17.4.b DCMUD si se cumplen las normas adoptadas en el marco de los procedimientos establecidos por el Estado. La violación de la regla de la carga de la prueba del art. 17.4.b DCMUD no se aplicaría aquí, ya que sólo se determinaría el efecto probatorio de la existencia de norma/estándar fijado por medio de los procedimientos regulados por el Estado; el prestador de servicios todavía tendría que explicar y probar cómo cumplió con esta norma. Si es necesario, este procedimiento también puede combinarse con certificados que avalen la presunción de conformidad.

95. Si técnicamente no se conoce ningún filtro en el sector, estamos en un supuesto en que el prestador de servicios no puede ser obligado a algo que es técnicamente imposible¹²⁴. Por ejemplo, la tecnología de filtro *ContentID*¹²⁵ es empleada por *YouTube*¹²⁶. Para las redes sociales pueden aplicarse entonces otros criterios, como por ejemplo los filtros utilizados por *Facebook*, los cuales, sin embargo, también están sometidos a la correspondiente crítica¹²⁷. En la actualidad cabe poner en duda la existencia de tecnologías comparables para otras obras, especialmente películas¹²⁸. En particular, esto es lo que ocurre con las parodias, etc., como lo demuestra el conocido ejemplo de la película de RTL "*Not Heidis*

¹²³ *Vid.* la propuesta de J. B. NORDEMANN (en prensa).

¹²⁴ GIELEN/TIESSEN, "Die neue Plattformhaftung...", cit., p. 644 y ss. G. PFENNIG, "Forderungen der deutschen Urheber und ausübenden Künstler zum Reformprozess des Urheberrechts der EU", *ZUM*, 2018, p. 252 y ss., en especial, p. 255; STIEPER, "Die Richtlinie...", cit., p. 216.

¹²⁵ Acerca de cómo funciona Content ID, *vid.* "Help Center: How Content ID works", <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=de> (último acceso 14.02.2020); J. HENRICH, "Plattformen werden Verantwortung übernehmen" (*medienpolitik.net*, 16 abril 2019), <https://www.medienpolitik.net/2019/04/plattformen-werden-verantwortung-uebernehmen>, (último acceso: 14.02.2020).

¹²⁶ Sobre las diferentes tecnologías de filtrado, *vid.*, por ejemplo, KAESLING, "Die EU-Urheberrechtsnovelle...", cit., p. 588; G. KASTL, "Filter – Fluch oder Segen?", *GRUR*, 2016, p. 671 y ss.

¹²⁷ Sobre las cláusulas de eliminación correspondientes, *vid.* G. SPINDLER, "Löschung und Sperrung von Inhalten aufgrund von Teilnahmebedingungen sozialer Netzwerke", *CR*, 2019, p. 238 ss. con referencias adicionales.

¹²⁸ Un desarrollo posterior del *PhotoDNA* de *Microsoft*, por ejemplo, un filtro de carga, del que ya se dice que es capaz de detectar y bloquear la llamada pornografía de venganza y el material pornográfico infantil mediante el uso de aprendizaje automático por inteligencia artificial, podría traerse a colación aquí; sin embargo, los detalles técnicos del filtro no se conocen todavía; *vid.* S. KREMPPL, "Upload-Filter: Facebook und Instagram löschen Rache pornos automatisch" (*heise online*, 16 marzo 2019), <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Upload-Filter-Facebook-und-Instagram-loeschen-Rache-pornos-automatisch-4338270.html>, (último acceso: 14.02.2020).

Girls", cuyo carácter paródico no fue reconocido por el filtro utilizado por *Google*¹²⁹. Ya que el art. 17.4.b se refiere a las normas habituales del sector, debe prescindirse de las obligaciones si simplemente no existen en un sector.

96. Otro conflicto general entre las especificaciones de los Estados miembros y la Directiva podría derivarse del art. 17.10 DCMUD, que otorga a la Comisión Europea la competencia de definir las orientaciones respecto al art. 17.10 DCMUD, siguiendo un procedimiento complejo en el que participen los interesados. El considerando 71 se refiere de manera similar al diálogo previsto con las partes interesadas. Los Estados miembros se mencionan sólo al referirse a la cooperación con la Comisión. Los posibles diálogos nacionales con las partes interesadas o los procedimientos de estandarización no se mencionan en el art. 17.10 DCMUD. Las orientaciones que debe emitir la Comisión se refieren en su integridad a los procedimientos recogidos en el art. 17.4 DCMUD y, por lo tanto, también al 17.4.b y a las normas sectoriales estrictas que en él se mencionan.

97. Sin embargo, el art. 17.10 DCMUD no es completamente claro, ya que habla expresamente de “en particular en lo relativo a la cooperación a que se refiere el apartado 4”, lo que probablemente se refiera a la información que deben proporcionar los titulares de los derechos. Por otra parte, el art. 17.10 DCMUD muestra que los procedimientos del art. 17.4.b DCMUD también deben entenderse incluidos, ya que de lo contrario la obligación de los prestadores de servicios de proporcionar a las organizaciones de usuarios el acceso a la información adecuada “sobre el funcionamiento de sus prácticas en lo que se refiere al apartado 4” carecería prácticamente de sentido.

98. Como resultado, la Comisión Europea tiene una cuasi "soberanía" sobre la especificación de los procedimientos del art. 17.4.b DCMUD, de manera que un procedimiento de creación de normas sectoriales establecido por un Estado Miembro en relación con el art. 17.4 DCMUD debe respetar las orientaciones del art. 17.10 DCMUD. Sin embargo, según el Art. 17.10 DCMUD, las orientaciones de la Comisión no tienen ningún eficacia jurídica vinculante para los tribunales o las autoridades; a diferencia de las autorizaciones para transponer Directivas o aplicar Reglamentos, no se trata actos jurídicos con eficacia vinculante. Así, el TJUE ha determinado en el contexto de los procedimientos antimonopolio que:

“209. Pronunciándose sobre unas medidas internas adoptadas por la administración, el Tribunal de Justicia ha declarado ya que, si bien éstas no pueden calificarse de norma jurídica a cuya observancia está obligada en cualquier caso la administración, establecen sin embargo una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la administración no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato. Por consiguiente, dichas medidas constituyen un acto de carácter general cuya ilegalidad pueden invocar los funcionarios y agentes afectados en apoyo de un recurso interpuesto contra decisiones individuales adoptadas con arreglo a las mismas (véase la sentencia de 15 de enero de 2002, Libéros/Comisión, C-171/00 P, Rec. p. I-451, apartado 35)”¹³⁰.

99. Más bien, existe un cierto grado de autocompromiso por parte de la Comisión¹³¹; los tribunales (nacionales) y las autoridades de los Estados miembros deben tener en cuenta las recomendaciones u orientaciones, pero pueden desviarse de ellas¹³². Por lo tanto, es posible que un Estado miembro establezca procedimientos para fijar los altos estándares habituales de un sector, pero con la restricción de que éstos deben cumplir con las orientaciones de la Comisión de conformidad con el art. 17.10 DCMUD

¹²⁹ Vid. I. DACHWITZ/A. FANTA, “Not Heidis Girls: Wie Youtube eine Kampagne gegen Sexismus ausbremste” (Netzpolitik.org, 6 March 2018), <https://netzpolitik.org/2018/not-heidis-girl-wie-youtube-eine-kampagne-gegen-sexismus-ausbremste/>, (último acceso 14.02.2020).

¹³⁰ STJUE 28 junio 2005, asuntos acumulados C189/02 P, C202/02 P, C205/02 P bis C208/02 P y C213/02 P *Dansk Rørindustri*, EU:C2005:408, para 209.

¹³¹ STJUE 28 junio 2005, asuntos acumulados C189/02 P, C202/02 P, C205/02 P bis C208/02 P y C213/02 P *Dansk Rørindustri*, EU:C2005:408 para 211.

¹³² Una discusión con argumentos sobre este tema, puede verse J. SCHWARZE, “Soft Law im Recht der Europäischen Union”, *EuR*, 3, 2011, p. 8 ss. con más referencias.

100. Más allá de la transposición por parte de los Estados miembros, éstos pueden apoyar a nivel político el desarrollo de filtros de carga mediante la financiación estatal o el apoyo a comisiones y plataformas (pero evitando al mismo tiempo la influencia estatal) que intentan fijar procesos automatizados mediante la programas de código abierto y los ponen a disposición del público en general para su posterior desarrollo, en particular para las pequeñas y medianas empresas¹³³.

c) Información que deben suministrar los titulares de derechos

101. Como ya se expuso, el prestador de servicios está obligado, en virtud del art. 17.4.b (a diferencia del art. 17.1 y 17.4.a DCMUD) a supervisar los contenidos generados y subidos por los usuarios sólo sobre la base de la información de los contenidos proporcionada por el titular del derecho. Sin embargo, la Directiva no especifica cómo debe facilitarse esta información. Así pues, los Estados miembros pueden optar por determinadas especificaciones, como, por ejemplo, en lo que respecta a la legibilidad de la información por parte de las máquinas, a fin de facilitar el tratamiento de la información. Dichas especificaciones, sin embargo, dependen de si la Directiva no debe considerarse cerrada en sentido "negativo", si deja a los titulares de los derechos decidir cómo proporcionan en concreto la información a los proveedores de servicios. Esta armonización "negativa" absoluta se vería apoyada por el hecho de que otras Directivas o Reglamentos –como el art. 20.1 RGPD–¹³⁴ estipulan expresamente la legibilidad automática, por ejemplo con respecto a la portabilidad de los datos. El diálogo entre las partes interesadas del art. 17.10 DCMUD también habla a favor de que el legislador nacional no tiene ningún margen discrecional en este sentido. Sin embargo, el legislador nacional podría trabajar de nuevo con presunciones a favor de los proveedores de servicios en determinados procedimientos; por ejemplo, en plataformas en las que los titulares de derechos puedan registrar sus contenidos, pero que no creen una prueba irrefutable y que tengan en cuenta la competencia orientativa de la Comisión de la UE en virtud del art. 17.10 DCMUD.

102. En este contexto, debido al peligro de los "*copyright trolls*" o de la información sobre derechos ilegítimos y, por tanto, de los posibles bloqueos de (indeseados) contenidos, se deben tener en cuenta también los requisitos para proceder a la necesaria identificación de los titulares de derechos y la indicación inequívoca y verificable de los derechos, como, por ejemplo, mediante los denominados "notificantes fiables" ("*trusted flaggers*"), que también deben aplicarse a las correspondientes solicitudes de eliminación¹³⁵. Sin embargo, tal concreción debe tener presente también la competencia para fijar orientaciones que tiene la Comisión de acuerdo con el art. 17.10 DCMUD¹³⁶.

103. Lo que no queda afectado por el art. 17.10 DCMUD, sin embargo, es la creación de derechos para los usuarios involucrados, incluida la creación de una responsabilidad más estricta para los "*copyright trolls*" cuando se haya producido una notificación abusiva de los supuestos derechos. El legislador nacional tiene un gran grado de flexibilidad en este punto¹³⁷. La jurisprudencia nacional reconoce la responsabilidad por los avisos injustificados relativos a los derechos de propiedad industrial, pero éstos están vinculados solamente a las empresas (y no a las meras personas físicas). Por otra parte, el requisito de las llamadas "banderas o marcas de confianza" ("*trusted flags*") para las notificaciones

¹³³ Vid. la declaración del Gobierno alemán de 15 abril 2019: *Draft Directive of the European Parliament and of the Council on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/6/EC and 2001/29/EC – Statements* [2019] 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2.

¹³⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), *DOUE*, L 119, pp. 1–88 de 4.5.2016; el art. 20 RGPD establece que la transmisión para operar la portabilidad debe ser "en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica".

¹³⁵ Declaración del Gobierno alemán en la votación en el Consejo de Ministros de 15 abril 2019, *Statements* [2019] 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2, point 8.

¹³⁶ Lo deja abierto F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1228, quien, sin embargo, sostiene que las reglas del art. 17.10 DCMUD tienen prioridad.

¹³⁷ WÜRTEMBERGER/FREISCHEM, "Stellungnahme des GRUR...", cit., p. 60.

fiables de los titulares de derechos en el marco art. 17.4.b DCMUD se enfrentaría de nuevo a la objeción de infringir el art. 17.10 DCMUD, lo que deja a la Comisión la tarea de determinar la forma de tales procedimientos; sin embargo, fijar presunciones respecto al art. 17.10 DCMUD es posible.

C) Licencias colectivas

104. En última instancia, el procedimiento de "licencias colectivas con efecto ampliado" (o "*extended collective licenses*" en la versión inglesa) se basa en el modelo escandinavo y se recoge en el art. 12 DCMUD, según el cual los derechos (o los titulares de derechos) no representados por las entidades de gestión colectiva también pueden ser licenciados por ellas. Esto permitiría a los prestadores de servicios obtener los permisos necesarios, evitando al mismo tiempo las extensas búsquedas para obtener derechos¹³⁸. Sin embargo, esta solución no debe ser sobreestimada, especialmente en lo relativo a evitar los filtros de carga¹³⁹: la concesión de licencias del art. 12 DCMUD depende de que los titulares de los derechos no opten por excluir las licencias colectivas *ex art.* 12.3.c DCMUD¹⁴⁰. En particular, los grandes titulares de derechos harán uso de la posibilidad de optar por la exclusión y excluirán sus derechos de la explotación por parte de las entidades de gestión colectiva, como ya ha demostrado la experiencia en los mercados de la música y el cine¹⁴¹. Además, la concesión de licencias con arreglo al art. 12.1 DCMUD sólo se refiere a su utilización en el territorio del Estado miembro respectivo. Si el art. 12 DCMUD no se transpone en todos los Estados miembros y no se celebran acuerdos de reciprocidad entre las entidades de gestión colectiva, los efectos de las "licencias colectivas con efecto ampliado" serán escasos de cara a evitar los problemas de concesión de licencias que se plantean en esta Directiva¹⁴².

105. Una transposición que introdujese licencias colectivas obligatorias¹⁴³ entraría en contradicción con la STJUE en el asunto *Soulier*¹⁴⁴, en la cual el Tribunal subrayó claramente el derecho individual del autor a consentir y siempre que cuente con información previa; por lo demás, tampoco estaría amparado por el art. 12 DCMUD.

4. Límites legales a favor de los usuarios

A) Ausencia de límites legales adicionales en los Estados miembros

106. Como se expuso antes, el TJUE ha dictaminado recientemente en varias sentencias que los límites legales DCSI-InfoSoc, y por tanto también de la DCMUD, constituyen un *numerus clausus* para los Estados miembros; no pueden ir más allá. Sólo en el marco de conceptos jurídicos indeterminados y de acuerdo con los criterios del TJUE mencionados anteriormente, los Estados miembros pueden disfrutar de un margen de maniobra para su transposición.

107. Aplicado al art. 17 DCMUD, esto significa que los Estados miembros no pueden introducir un nuevo límite legal general respecto a los contenidos generados por los usuarios, porque ni el art. 17.4-10 DCMUD ni el art. 5.2/3 DCSI-InfoSoc establecen ese tipo de límite en relación con el derecho

¹³⁸ Están de acuerdo DREIER, "Die Schlacht ist geschlagen...", cit., p. 777 y ss.; KAESLING, "Die EU-Urheberrechtnovelle...", cit., p. 589 f.; GIELEN/TIESSEN, "Die neue Plattformhaftung...", cit., p. 643.

¹³⁹ De forma similar, M. HUSOVEC/J. QUINTAIS, "How to Licence Art. 17?" (SSRN, 14 octubre 2019, p. 19), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3463011, (último acceso 14.02.2020).

¹⁴⁰ Escéptico, F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1223.

¹⁴¹ Véase especialmente C. WIRTZ, "Perspektiven des Urheberrechts im Informationszeitalter", ZUM, 2019, p. 203 y ss., en especial, p. 206.

¹⁴² Esto es justamente señalado por DREIER, "Die Schlacht ist geschlagen...", cit., p. 777 ss.

¹⁴³ Lo abordan HUSOVEC/QUINTAIS, "How to Licence Art. 17?", cit., p. 22.

¹⁴⁴ STJUE 16 noviembre 2016, asunto C-301/15, *Soulier*, EU:C:2016:878.

de comunicación al público¹⁴⁵ (incluso si consideramos que la limitación del art. 5.2.b DCSI-InfoSoc sobre la excepción de copia privada es relevante aquí, ya que no incluye el derecho de comunicación al público). Esto se aplica con más razón a los prestadores de servicios.

108. Se ha intentado en varias ocasiones justificar un límite favorable a los contenidos generados por los usuarios mediante una interpretación extensiva del límite de cita y del límite sobre el pastiche, en particular a la luz de la libertad de expresión según el art. 11 CDFUE¹⁴⁶. Otros hablan de "licencias legales" con obligación de pago, lo que conduciría exactamente al mismo resultado que los límites, pero revestidas de la apariencia de licencias¹⁴⁷.

Sin embargo, a la luz de las decisiones más recientes del TJUE, en las que el Tribunal establece requisitos muy estrictos en cuanto a la creación de excepciones o límites legales por los Estados miembros y rechaza nuevos límites a nivel nacional, tal extensión parece difícilmente posible. En particular, en lo que respecta al derecho de cita, calificar las remezclas como arreglos no supera el requisito del puro uso de una obra para ilustrar las propias ideas o la propia obra¹⁴⁸. En el mejor de los casos, con la transposición del límite de los pastiches se podría crear una cierta libertad para el contenido generado por los usuarios, ya que los pastiches se definen como "una obra de arte visual, literatura, teatro o música que imita el estilo o la naturaleza de la obra de uno o más artistas"¹⁴⁹. Sin embargo, el legislador nacional no podrá ir más allá de estos conceptos al transponer la Directiva. Por lo tanto, quedará para los tribunales la tarea de definir los límites y la posibilidad de interpretar que los contenidos generados por los usuarios caben en el límite del pastiche¹⁵⁰. Lo mismo cabe decir sobre el intento de establecer "licencias legales". Como se ha explicado anteriormente, a pesar del término diferente, éstas corresponden a límites y no pueden ocultar el hecho de que las licencias obligatorias están sometidas a las mismas condiciones. Un uso diferente del lenguaje por sí solo no cambiará eso.

109. Ni el art. 17 DCMUD ni la DCSI-InfoSoc contienen ningún límite *de minimis*¹⁵¹. En consecuencia, tampoco para los usos a pequeña escala ni para los usos sin ningún valor económico existe ningún límite específico en su favor¹⁵².

110. Sin embargo, el punto de partida para una interpretación diferente, en particular para sostener que la lista de límites del art. 17.7 párrafo 2º DCMUD no es exhaustiva, sería la afirmación general (de hecho evidente) del propio art. 17.7 párrafo 1º DCMUD según la cual la cooperación entre los prestadores de servicios y los titulares de derechos no debe tener como efecto que los contenidos cargados por los usuarios no infrinjan los derechos de autor o estén "amparados por una excepción o límite". Esto también abarcaría, sin embargo, todos los límites del art. 5.2 y 5.3 DCSI-InfoSoc –más allá de los mencionados en el segundo párrafo del art. 17.7 DCMUD–, ya que si las limitaciones de aquel precepto DCSI-InfoSoc operan, no habría infracción de los derechos de propiedad intelectual. De este modo, la aplicación de límites a favor de la ciencia y la investigación también podría encontrar su justificación en el marco del art. 17.7 DCMUD, ya que éstos también abarcan el derecho de comunicación al público dentro del art.3.a DCSI-InfoSoc. Sin embargo, el legislador también debería introducir un derecho de recurso contra los límites a disposición de los usuarios, lo que a su vez entra en conflicto con la enumeración exhaustiva de los arts. 17.7 y 17.9 DCMUD.

¹⁴⁵ Sigue la opinión dominante F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1221.

¹⁴⁶ Vid. especialmente SENFTLEBEN, "Filterverpflichtungen...", cit., p. 373.

¹⁴⁷ V. gr., HUSOVEC/QUINTAIS, "How to Licence Art. 17?", cit., p. 23 y ss.

¹⁴⁸ SENFTLEBEN, "„Filterverpflichtungen...“, cit., p. 373 llega a la misma conclusión y pide la creación de un nuevo límite para los contenidos generados por usuarios que vaya más allá del derecho de cita –lo cual, sin embargo, a tenor de la jurisprudencia del TJUE, será prácticamente imposible ya–.

¹⁴⁹ Vid. "Pastiche" (*Wikipedia*, 14 Febrero 2020), <https://en.wikipedia.org/wiki/Pastiche>, (último acceso 14.02.2020).

¹⁵⁰ En parecido sentido, WÜRTEMBERGER/FREISCHEM, "Stellungnahme des GRUR...", cit., p. 67.

¹⁵¹ STJUE 29 julio 2019, asunto C-476/17, *Phonogram producer*, EU:C:2019:624; respecto a la DCMUD, F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1221; antes, vid. G. SPINDLER, "Die neue Urheberrechtsrichtlinie...", cit., p. 290; para una opinión distinta *contra legem* vid. T. J. GERPOTT, "Artikel 17 der neuen Eu-Urheberrechtsrichtlinie-Fluch oder Segen?", *MMR*, 2019, p. 420 y ss., en especial, p. 424.

¹⁵² Vid. WÜRTEMBERGER/FREISCHEM, "Stellungnahme des GRUR...", cit., p. 67 y ss.

B) Derecho a exigir a los prestadores el respeto de los límites

111. Por el contrario, el legislador nacional está obligado ahora a introducir un derecho subjetivo para el usuario que quiera hacer valer los límites basados en el tenor literal del art. 17.7 DCMUD. Esto queda claramente reflejado en el texto del art. 17.7, párrafo 2º DCMUD:

“Los Estados miembros garantizarán que los usuarios en cada Estado miembro puedan ampararse en cualquiera de las siguientes excepciones o limitaciones vigentes al cargar y poner a disposición contenidos generados por usuarios en los servicios para compartir contenidos en línea:

- a) citas, críticas, reseñas;*
- b) usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche”.*

112. Si todos los usuarios deben poder alegar las excepciones, se les debe otorgar un derecho subjetivo para hacerlas valer, cuando en algunos ordenamientos como Alemania éstas no existen, salvo en el marco del art. 6.4 DCSI-InfoSoc (¡aquí, sin embargo, contra los titulares de los derechos!). Esta protección jurídica se establece aún más claramente en el art. 17.9 párrafo 2º DCMUD:

“Cuando los titulares de derechos soliciten que se inhabilite el acceso a obras u otras prestaciones específicas suyas o que se retiren tales obras o prestaciones, deberán justificar debidamente los motivos de su solicitud. Las reclamaciones presentadas con arreglo al mecanismo establecido en el párrafo primero se tramitarán sin dilación indebida y las decisiones de inhabilitar el acceso a los contenidos cargados o de retirarlos estarán sujetas a examen por parte de personas. Los Estados miembros garantizarán además que se disponga de mecanismos de solución extrajudicial de litigios. Dichos mecanismos permitirán una resolución imparcial de los litigios y no privarán al usuario de la protección jurídica que ofrece el Derecho nacional, sin perjuicio de los derechos de los usuarios de emplear otros recursos judiciales eficaces. En particular, los Estados miembros garantizarán que los usuarios tengan acceso a un tribunal o a otro órgano jurisdiccional competente a fin de invocar el uso de una excepción o limitación a los derechos de autor y derechos afines”.

113. En concreto, este requisito expreso de que los usuarios deben poder hacer valer sus derechos ante un tribunal implica la introducción de derechos subjetivos exigibles a favor de los usuarios; de lo contrario, los usuarios no podrán presentar reclamaciones ante los tribunales¹⁵³.

114. Hasta ahora, los tribunales alemanes han aceptado reclamaciones contractuales independientes en el caso de las redes sociales, sobre la base de la existencia de un contrato *sui generis*¹⁵⁴, especialmente en los casos en que el contenido es eliminado por el gestor de una red social (normalmente *Facebook*) con fundamento en las correspondientes condiciones generales. Sin embargo, una referencia a esta jurisprudencia por sí sola no sería suficiente para aplicar el art. 17.2 DCMUD, en su segunda frase, ya que, por un lado, no siempre se puede aceptar que existe un contrato entre el usuario y el prestador de servicios¹⁵⁵ y, por otro lado, este contrato no está tipificado, lo que significa que no satisfaría los requisitos del TJUE para la correcta transposición de una Directiva¹⁵⁶. En un asunto contra los Países Bajos, el TJUE declaró claramente que:

“21. Por lo que atañe a la alegación del Gobierno neerlandés según la cual el principio de la interpretación de la normativa neerlandesa conforme a la Directiva, tal como ha sido sentado por el Hoge

¹⁵³ Sigue la opinión consolidada, F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit., p. 1227.

¹⁵⁴ Tribunal Superior Regional de Munich, *MMR*, 2018, p. 753 y ss., 7en especial, p. 54 para 18, pero sin ninguna declaración explicativa adicional, pues sólo se refiere a la alegación del carácter gratuito y deja abierto el resultado; Tribunal Superior Regional de Munich, *MMR*, 2018, p. 760, para 20; sentencia de 30 noviembre 2018 del Tribunal Superior Regional de Munich (24 W 1771/18, no publicada aún, p. 6); de forma similar, Tribunal Superior Regional de Stuttgart, *NJW-RR*, 2019, p. 35, para 20.

¹⁵⁵ En el mismo sentido, F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit., p. 1227.

¹⁵⁶ En contra, VOLKMANN, “Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...”, cit., p. 382 paras 50 y ss., quien aparentemente prefiere permitir las reclamaciones contractuales y considera que basta con la eficacia indirecta hacia terceros de los derechos fundamentales –pero esto no cumpliría con los requisitos de transposición de la Directiva–.

Raad der Nederlanden (Países Bajos), permite, en cualquier caso, remediar una divergencia entre lo dispuesto en la legislación neerlandesa y las normas de la Directiva, basta destacar que, como ha señalado el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones, una jurisprudencia nacional, aun cuando se la reputa consolidada, que interprete unas disposiciones de Derecho interno en un sentido considerado conforme con las exigencias de la Directiva no puede tener la claridad y la precisión necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica. Debe añadirse que éste es especialmente el caso en el ámbito de la protección de los consumidores”¹⁵⁷.

115. Por lo tanto, sólo puede ser cuestionable si se debería instaurar sólo una demanda de ejecución de los límites correspondientes al art. 6.4 DCSI-InfoSoc contra el prestador de servicios (¡no contra los titulares de los derechos!) o si, en general, se debería introducir una reclamación legal y obligatoria para subir contenidos a una página web. Existen, sin embargo, algunas reservas contra un derecho subjetivo tan amplio que iría mucho más allá de asegurar una posición procesal: por un lado, esto interferiría con la configuración privada y autónoma de los prestadores de servicios (aunque algunos operadores de red con una gran cuota de mercado, como *Facebook*, están sujetos a la eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales¹⁵⁸);¹⁵⁹ por otro lado, se adelantaría a cualquier regulación en leyes específicas sobre medios de comunicación, especialmente porque pueden introducir reglas específicas para los medios de comunicación.

C) Protección de los límites mediante tecnología obligatoria: el marcado

116. Además del derecho subjetivo de hacer cumplir los límites, éstos pueden protegerse mediante la introducción de un contenido "marcado" por los usuarios, lo que conduce a la exclusión del contenido correspondiente del filtrado automático de conformidad con el art. 17.4.b DCMUD. La introducción de este procedimiento, que sería obligatorio para los prestadores de servicios, garantizaría también que los usuarios pudieran poner en ejercicio los límites o excepciones a las que tienen derecho¹⁶⁰.

117. Sin embargo, como se ha explicado *supra*, la instauración de un procedimiento obligatorio de "marcado" en los Estados miembros puede entrar en conflicto con la facultad de la Comisión europea de definir las orientaciones para la interpretación del art. 17.4 DCMUD. El art. 17.10 DCMUD también se refiere expresamente a los derechos fundamentales de los usuarios y, por lo tanto, también a los límites del art. 17.7 DCMUD, de manera que la Comisión también puede modular más en concreto los límites del procedimiento del art. 17.4.b DCMUD en forma de orientaciones interpretativas.

118. Por otro lado, el art. 17.7 párrafo 2º DCMUD exige expresamente medidas en la transposición de los Estados miembros, que “garantizarán” que los usuarios puedan hacer valer sus derechos. Como ya se ha expuesto, esto queda claro sobre todo por la exigencia explícita de ejecución en los tribunales estatales según el art. 17.9 párrafo 2º DCMUD. Si no se establecen procedimientos específicos para proteger los límites y los derechos fundamentales consagrados en ellos, tales derechos quedan desprote-

¹⁵⁷ STJUE 10.5.2001, asunto C-144/99, *Commission vs Netherlands*, EU:C:2001:257.

¹⁵⁸ En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán, *NVwZ*, 2019, p. 959 paras 1-25; en detalle, B. RAUE, “Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken”, *JZ*, 2018, p. 961; para un repaso de las diferentes decisiones de los Tribunales Superiores Regionales, *vid.* M. BEURSKENS, “Hate-Speech“ zwischen Lösungsrecht und Veröffentlichungspflicht”, *NJW*, 2019, p. 3418 y ss.

¹⁵⁹ SPINDLER, “Löschung und Sperrung...“, *cit.*, p. 238 y ss.; D. HOLZNAGEL, “Put-back-Ansprüche gegen soziale Netzwerke: Quo Vadis”, *CR*, 2019, p. 518; D. HOLZNAGEL, “Overblocking durch User Generated Content (UGC) – Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz?”, *CR*, 2019, p. 369; J. LÜDEMANN, “Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken”, *MMR*, 2019, p. 279; en parecido sentido, F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, *cit.*, p. 1227.

¹⁶⁰ Declaración del Gobierno alemán de 15 abril 2019: *Draft Directive of the European Parliament and of the Council on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/6/EC and 2001/29/EC – Statements* [2019] 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2; *vid.* también DREIER, “Die Schlacht ist geschlagen...“, *cit.*, p. 778.

gidos. También se podría abordar el problema del bloqueo de las emisiones en directo¹⁶¹. Además, como ya se ha mencionado, las orientaciones de la Comisión no tienen efecto vinculante para los tribunales o las autoridades según el art. 17.10 DCMUD. No son actos jurídicos con eficacia vinculante como las autorizaciones de la Comisión para transponer las directivas o para ejecutar reglamentos¹⁶². Antes bien, los tribunales y las autoridades de los Estados miembros deben tener en cuenta las recomendaciones u orientaciones, pero pueden apartarse de ellas. En cambio, el art. 17.7 párrafo 2º DCMUD exige un derecho legalmente garantizado para que los usuarios hagan cumplir los límites que les benefician; la mera inclusión de este derecho en las orientaciones no lo garantizaría suficientemente y sería exigible en cualquier caso. Por lo tanto, a pesar de la autoridad de la Comisión para proporcionar orientaciones, los Estados miembros deben tener la competencia –e incluso el deber (de base constitucional)– de garantizar la aplicación de los límites, también y especialmente con la ayuda de los procedimientos de "marcado" descritos.

119. A la inversa, la responsabilidad por la infracción de los derechos propiedad intelectual recae sobre los usuarios que marcan erróneamente o incluso de forma abusiva sus contenidos como amparados por los límites ("marcado erróneo" o "*wrongful flagging*"). Mientras no haya un error jurídico que exonere de culpa¹⁶³, existirá responsabilidad por negligencia¹⁶⁴. Además, para evitar abusos, dicho usuario puede ser excluido del mecanismo de reclamación en caso de abuso repetido y deliberado¹⁶⁵.

120. No obstante, sería deseable como parte de la transposición informar a los usuarios sobre las licencias existentes en las plataformas y, al contrario, cuándo ciertas subidas no están amparadas por una licencia¹⁶⁶.

D) ¿Establecimiento de un sistema de reclamaciones y recursos?

121. El art. 17.9 DCMUD proporciona algunos ejes básicos para la configuración del procedimiento de reclamaciones de los usuarios, como por ejemplo que deben ser "ágiles" y "eficaces" o que las quejas deben ser atendidas inmediatamente por un ser humano, y que deben existir procedimientos de reparación extrajudiciales que permitan el enjuiciamiento imparcial sin vetar el acceso a los tribunales estatales. Además, los Estados miembros tienen libertad para establecer los procedimientos con una serie de opciones. La garantía procesal de los derechos de los usuarios es necesaria para garantizar su derecho fundamental a un juicio justo, especialmente a la vista de la mencionada STJUE en el asunto *UPC Telekabel*¹⁶⁷.

122. No obstante, los Estados miembros deben respetar el procedimiento de reclamación establecido en el art. 17.9 DCMUD, que sólo puede ser activado mediante la queja de un usuario. En este contexto, se podría utilizar el procedimiento desarrollado por el Tribunal Supremo Federal alemán en la sentencia "*Mallorca-Blogger*" para las violaciones de los derechos de la personalidad: el prestador transmite la reclamación de la persona afectada (titular del derecho de personalidad) al bloguero (como infractor); si el bloguero no reacciona dentro de un plazo razonable, el contenido se bloquea. En caso de una respuesta del bloguero, se invita a quien reclamó a responder; si no lo hace en un plazo razonable, el contenido permanece en línea¹⁶⁸.

¹⁶¹ Correctamente, F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1228.

¹⁶² *Vid. supra*, n. 131.

¹⁶³ Sobre los requisitos, *vid.* WOLFF, § 97 para 56, en WANDTKE/BULLINGER (dirs.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, 5ª ed., CH Beck, München, 2019; SPINDLER, en SPINDLER/SCHUSTER (dirs.), *Recht der elektronischen Medien*, cit., p. § 97 paras 30 ss.; SPECHT en DREIER/SCHULZE (dirs.), *Urhebergesetz*, cit., § 97 para 78.

¹⁶⁴ En sentido similar, WÜRTEMBERGER/FREISCHEM, "Stellungnahme des GRUR...", cit., p. 68.

¹⁶⁵ *Vid.* también F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1228. Por esta razón, no se necesita una relga de responsabilidad específica; aparentemente, otra opinión tienen WÜRTEMBERGER/FREISCHEM, "Stellungnahme des GRUR...", cit., p. 68.

¹⁶⁶ Correctamente F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1227 y ss.

¹⁶⁷ *Vid. supra*, n. 52.

¹⁶⁸ Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2012, p. 311, para 27.

Por lo tanto, podría reflexionarse sobre una transferencia de estos principios al procedimiento de reclamaciones del art. 17.9 DCMUD. Tras la reclamación de un usuario, se pediría al titular de los derechos que respondiese; en ausencia de una reacción en un plazo extremadamente corto (por ejemplo, 1-2 días), el contenido se pondría de nuevo en línea presuponiendo que el límite prevalece o que no existe interés legítimo en el procedimiento por parte del titular de los derechos. Esto también encuentra fundamento en el art. 17.9 párrafo 1º DCMUD, que exige que el titular del derecho justifique la demanda de bloqueo.

123. En lo que respecta a los procedimientos ante los tribunales estatales, el legislador nacional debería establecer un procedimiento de tramitación acelerada, lo más rápido posible de conformidad con los precesos de medidas cautelares que cuentan con plazos abreviados; el procedimiento principal podría entonces reservarse para cuestiones más complejas que requieran sopesar los límites con los derechos de propiedad intelectual existentes.

E) Acciones colectivas

124. Los límites contemplados en beneficio de los usuarios también podrían reforzarse con un derecho a presentar demandas colectivas¹⁶⁹. Sin embargo, los arts. 17.7 y 17.9 DCMUD están formulados como un derecho individual y están orientados a un determinado contenido de un concreto usuario que difícilmente podría hacerse valer en el contexto de una acción colectiva. Por lo tanto, una demanda colectiva podría estar dirigida únicamente contra una directriz o práctica específica de los prestadores de servicios; por ejemplo, contra específicos filtros de carga utilizados por un prestador de servicios que no cumplen con las condiciones de los arts. 17.7 y 17.9 DCMUD.

5. ¿Configuración y límites de las consecuencias jurídicas (indemnización)?

125. Finalmente, otra opción sería una limitación o exclusión de los daños en relación con los usuarios. Sin embargo, esto entraría en contradicción con el art. 13.1 de la Directiva 2004/48 sobre respeto a los derechos de propiedad intelectual¹⁷⁰, que contempla una reclamación plena de los daños y perjuicios a favor del titular del derecho vulnerado. Por lo tanto, los Estados miembros no tienen ningún margen de maniobra en este punto.

V. Derecho internacional privado

126. De acuerdo con art. 8.1 del Reglamento Roma II¹⁷¹, el principio *lex loci protectionis* se aplica al Derecho internacional de propiedad intelectual¹⁷². Sin embargo, el principio no responde directamente a la cuestión de si un sistema jurídico nacional se designa en función del *lugar de la acción* y del *lugar donde se produjo el hecho dañoso*. En lo que respecta a una copia o réplica (en relación con derechos de autor) depende del lugar en el que se produjo la copia porque ese proceso constituye la auténtica explotación comercial¹⁷³. Por lo tanto, en el caso de las descargas se acepta generalizadamente

¹⁶⁹ En este sentido va la propuesta de SPECHT, en prensa.

¹⁷⁰ Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DOUE, L 157, 45 y ss.)

¹⁷¹ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DOUE, L 199 de 31.7.2007, p. 40 y ss.

¹⁷² Sobre este término BACH, IPR Art. 8 ROM-II-VO para 1 en SPINDLER/SCHUSTER (dirs), *Recht der elektronischen Medien*, cit.; vid. WELSER, Anotaciones preliminares a los §§ 120 y ss. *UrhG*, para 15, en WANDTKE/BULLINGER (dirs.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, cit.

¹⁷³ Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 1965, p. 323 y ss., en especial, p. 325.

que el sistema jurídico del país en el que se realiza la copia es decisivo para fijar la ley aplicable a las posibles reclamaciones, pero también a los límites de la explotación comercial¹⁷⁴.

127. Respecto al derecho de comunicación al público (o puesta a disposición del público), por lo tanto, para las cargas de contenidos la situación jurídica es más complicada: la utilización real consiste en el hecho de que el acceso es posible para todos, de modo que, por un lado, el acto de comunicación al público podría estar relacionado con el lugar donde se pone la obra en Internet¹⁷⁵ o, por otro lado, con el lugar donde se recupera o descarga (teoría de Bogisch modificada¹⁷⁶) – lo cual, debido a la globalidad de Internet desembocaría entonces en la aplicación de cada ordenamiento jurídico desde el que el contenido en Internet puede ser recuperado–. En realidad, la opinión predominante tiende a favorecer la última opción, aunque todavía no se ha dictado ninguna sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán al respecto¹⁷⁷.

128. Ya que, de acuerdo con el art. 17.1 DCMUD, los propios prestadores de servicios violan el derecho de comunicación al público, se aplican todas las legislaciones en las que se pueden descargar los contenidos subidos por los usuarios. Esto, a su vez, crea un "mosaico" europeo en caso de transposición divergente en cada Estado miembro: si, por ejemplo, Alemania introduce un procedimiento de "marcado" pero Francia no, este procedimiento no se aplicaría a los usuarios franceses que quieran subir contenidos a una plataforma alemana, ya que el procedimiento de marcado no operaría en Francia. Por lo tanto, los prestadores de servicios pueden empezar a usar las oportunas técnicas de geobloqueo. Estas geolocalizaciones son bien conocidas sobre todo en el ámbito de los juegos de azar y apuestas en Internet y permiten realizar localizaciones precisas con un margen de error de pocos kilómetros, y cuando se combinan con otros métodos, como el seguimiento de los teléfonos móviles, alcanzan tal precisión que el margen de error es de pocos metros¹⁷⁸. Sin embargo, estas medidas se pueden eludir utilizando servi-

¹⁷⁴ DREIER, Anotaciones preliminares a §§ 120 y ss. para 33, en DREIER/SCHULZE (dirs.), *Urheberrechtsgesetz UrhG*, 6ª ed., CH Beck, München, 2018; KATZENBERGER/METZGER, Anotaciones preliminares a los §§ 120 y ss. para 133, 143, en SCHRICKER/LOEWENHEIM (dirs.), *Urheberrecht*, 5ª ed., CH Beck, München, 2017; NORDEMANN-SCHIFFEL, Anotaciones preliminares a los §§ 120 y ss. para 67 en FROMM/NORDEMANN (dirs.), *Urheberrecht*, 12ª ed., Kohlhammer 2019; G. SPINDLER, "Morpheus, Napster & Co. - Die kollisionsrechtliche Behandlung von Urheberrechtsverletzungen im Internet", en S. LEIBLE (dir.), *Die Bedrohung des internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart/München, 2003, p. 155 y ss., en especial, p. 163 y ss.; sobre la valoración de cuándo una reproducción se produce dentro de un país *vid.* Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 1965, p. 323 y ss., en especial, p. 325; Tribunal Federal alemán, *ZUM*, 2004, p. 371.

¹⁷⁵ J. DIESELHORST, "Anwendbares Recht bei Internationalen Online-Diensten", *ZUM*, 1998, p. 293 y ss., en especial, p. 299 y ss.; F. KOCH, "Internationale Gerichtszuständigkeit und Internet", *CR*, 1999, p. 121 y ss., en especial, p. 123; H. SCHACK, "Zum auf grenzüberschreitende Sendevorgänge anwendbaren Urheberrecht", *IPRax*, 2003, p. 141 y ss., en especial, p. 142; R. SACK, "Das internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB-Novelle", *WRP*, 2000, p. 269 y ss., en especial, p. 277; G. SPINDLER, "Die kollisionsrechtliche Behandlung von Urheberrechtsverletzungen im Internet", *IPRax*, 2003, p. 412 y ss., en especial, p. 417.

¹⁷⁶ *Vid.* ya P. KATZENBERGER, "Urheberrechtsfragen der elektronischen Textkommunikation", *GRUR Int.*, 1983, p. 895 y ss., en especial, p. 916 y ss.; la teoría de Bogisch fue desarrollada por Arpad BOGISCH, antiguo Director General de la OMPI, en relación con el derecho de emisión televisiva por satélite; sobre ello, A. KUR, "Haftung für Rechtsverletzungen Dritter: Reformbedarf im europäischen IPR?", *WRP*, 2011, p. 971 y ss., en especial, p. 977; se muestran críticos SCHWARZ/REBER, § 21 paras 100 y ss., con ulteriores referencias, en LOEWENHEIM (dir.), *Handbuch des Urheberrechts*, 2ª ed., CH Beck, München, 2010.

¹⁷⁷ *Vid.* v. WELSER, Anotaciones preliminares a los §§ 120 y ss. *UrhG* para 19, en WANDTKE/BULLINGER (dirs.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, cit.; KATZENBERGER/METZGER, cit., pre §§ 120 y ss. *UrhG* paras 142 y ss.; HOEREN/SIEBER (dirs.), *Multimedienrecht*, cit., part 7.8 para 23; HOEREN, part 14 paras 5 y ss., en KILIAN/HEUSSEN (dirs.), *Computerrechts-Handbuch*, 34ª ed., CH Beck, München, 2018; sobre la ley aplicable en esta materia, *vid.* Tribunal Superior Regional de Hamburgo, *BeckRS*, 2008, p. 23065, que aplicó el § 19a *UrhG* en un caso en que una empresa radicada en Estados Unidos de América había hecho miniaturas de imágenes protegidas por derechos de autor que estaban públicamente accesibles en internet; en este sentido, ya G. SPINDLER, "Die kollisionsrechtliche Behandlung...", cit., p. 418 ss. con más referencias.

¹⁷⁸ Sobre esta materia, T. HOEREN, "Geolokalisation und Glücksspielrecht", *ZfWG*, 2008, p. 311 y ss., en especial, p. 312 y ss.; se muestra crítico con la idoneidad técnica de conseguir una geolocalización suficientemente precisa en el contexto de las apuestas en línea el Tribunal Superior Administrativo de Lüneburg, *NVwZ*, 2009, p. 1241 y ss., en especial, p. 1243; igualmente, el Tribunal Administrativo de Berlín, *BeckRS*, 2012, p. 48575; en contra, Tribunal Administrativo de Düsseldorf, *BeckRS*, 2011, p. 53037, que considera que los métodos disponibles son suficientes para la normativa sobre juegos de azar; igualmente, el Tribunal Superior Administrativo de Münster, *BeckRS*, 2010, p. 51049; para ulteriores referencias sobre derecho y foro aplicables, *vid.* M. WINKELMÜLLER/H. W. KESSLER, "Territorialisierung von Internet-Angeboten – Technische Möglichkeiten, völker-, wirtschafts-

cios de anonimización, redes privadas virtuales (VPN) o servidores proxy, que se instalan y apuntan al lugar deseado, a menos que se vinculen a ellos otros servicios de posicionamiento (como el seguimiento de teléfonos móviles)¹⁷⁹. Sin embargo, dado que la geolocalización requiere el tratamiento de datos personales mediante la identificación del origen de las direcciones IP y de las solicitudes, es inevitable al menos la seudonimización. Los encargados federales y regionales de protección de datos en Alemania consideran que el uso de sólo los primeros 4 bytes para la geolocalización es suficiente para las direcciones IP según el protocolo de Internet IPv6¹⁸⁰.

129. En este contexto, el llamado Reglamento (EU) de geobloqueo¹⁸¹ no impide la aplicación de estos métodos: según su art. 1.5, esta norma europea no se aplica a la ley sobre propiedad intelectual; por lo tanto, se permiten las acciones y herramientas utilizadas por los prestadores de servicios para excluir a los usuarios de otros países.

130. El nuevo Reglamento (UE) de portabilidad transfronteriza¹⁸² tampoco cambia la situación, ya que sólo se aplica a los consumidores creando una ficción legal para ellos en el art. 4. A resultas de ello, los derechos de uso de ciertos contenidos en línea se limitan al Estado miembro de residencia, independientemente de dónde resida realmente el usuario¹⁸³. Sin embargo, esta regla no afecta a las obligaciones de los prestadores de servicios del art. 17 DCMUD.

VI. Obligaciones de las plataformas fuera del ámbito de aplicación de la DCMUD en materia de propiedad intelectual

131. Si una plataforma o un proveedor de servicios no cae dentro de la definición del art. 2.6 DCMUD, el art. 17 DCMUD no se aplicará¹⁸⁴ (por supuesto), con la consecuencia de que el art. 14 CDFUE sigue siendo aplicable, así como la jurisprudencia del TJUE que se sintetizó antes. Si el TJUE¹⁸⁵ califica como propias infractoras directas del derecho de puesta a disposición del público (art. 3 DCSI-InfoSoc) a las plataformas que emplazan anuncios relacionados con contenidos generados por

verwaltungs- und ordnungsrechtliche Aspekte”, *GewArch*, 2009, p. 181 y ss., en especial, p. 182. Crítico con el geobloqueo, A. OHLY, “Geoblocking zwischen Wirtschafts-, Kultur-, Verbraucher- und Europapolitik”, *ZUM*, 2015, p. 942; para otras áreas de aplicación y servicios *vid.* también T. HOEREN, “Zoning und Geolocation - Technische Ansätze zu einer Reterritorialisierung des Internet”, *MMR*, 2007, p. 3 y ss.

¹⁷⁹ En detalle sobre esta materia, A. PRILL, *Webradio-Streamripping: Eine neue Form der Musikpiraterie?*, 1ª ed., Peter Lang, Bern, 2013, p. 37 y ss. con explicaciones tecnológicas adicionales; *vid.* también HOEREN, “Geolokalisation...”, *cit.*, p. 311 y ss.; HOEREN, “Zoning und Geolocation...”, *cit.*, p. 6; sobre los servicios de anonimización, *vid.* M. RAU/M. BEHRENS, “Catch me if you can ... Anonymisierungsdienste und die Haftung für mittelbare Rechtsverletzungen”, *K&R*, 2009, p. 766 y ss.

¹⁸⁰ *Vid.* la resolución del 82º Congreso de Supervisores de Protección de datos del Gobierno Federal y los Estados de Alemania de 28-29 septiembre 2011 en Munich, p. 2, disponible en: http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Entscheidungssammlung/DSBundLaender/82DSK_IPv6.pdf;jsessionid=0E81AF686CF133FA9272C5BFF4342070.1_cid354?__blob=publicationFile, (último acceso: 14.02.2020); propone diferenciar según el fin de la localización U. KÜHN, “Geolokalisierung mit anonymisierten IP-Adressen”, *DuD*, 2009, p. 747 y ss., en especial, p. 751.

¹⁸¹ Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, *DOUE* L 60 I, 2.3.2018, p. 1 y ss.

¹⁸² Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, *DOUE* L 168, de 30.6.2017, p. 1 y ss.

¹⁸³ NORDEMANN-SCHIFFEL, Art. 4 PortVO en FROMM/NORDEMANN (dirs.), *Urheberrecht*, 12ª ed., Kohlhammer 2019; v. WELSER, *Anotaciones preliminares a los §§ 120 y ss. UrhG para 19*, en Wandtke/Bullinger (dirs.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, *cit.*; para un examen de detalle sobre el Reglamento de portabilidad transfronteriza, *vid.* J. HEYDE, “Die Portabilitätsverordnung – Auswirkungen auf die Lizenzverträge”, *ZUM*, 2017, p. 712.

¹⁸⁴ Esto no se aplica a las empresas de nueva creación según el art. 17.6 DCMUD, ya que también están sujetas al régimen del art. 17 DCMUD, pero con las obligaciones reducidas que establece el art. 17.6 en relación con el art. 4.c DCMUD. En este contexto, no está claro hasta qué punto las disposiciones del considerando 66, según las cuales los remedios nacionales deben seguir aplicándose –y por tanto también la “*Störerhaftung*” alemana–.

¹⁸⁵ *Vid. supra*, n. 7 y ss.

los usuarios y que proceden a una organización ulterior de esos contenidos, esas plataformas que quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 17.6 DCMUD estarían, sin embargo, sujetas a obligaciones similares. Si el TJUE extendiera la autoría de la infracción a las plataformas y, por lo tanto, presumiera una responsabilidad por el incumplimiento del deber de diligencia en el procedimiento en curso entre *YouTube/Uploaded*, la actual responsabilidad del perturbador (*Störerhaftung*), que reconoce obligaciones sólo después de tener conocimiento de la infracción, sería de hecho nula¹⁸⁶.

132. Desde un punto de vista dogmático, no queda claro si el art. 17 DCMUD debe considerarse entonces como la norma decisiva para el art. 3 DCSI-InfoSoc¹⁸⁷, de modo que una aplicación extensiva del art. 3 DCSI-InfoSoc también quedaría excluida si el ámbito de aplicación del art. 17 DCMUD no se puede interpretar extensivamente. Por lo tanto, la jurisprudencia del TJUE sobre el derecho de puesta a disposición del público (con sus ampliaciones) tampoco sería aplicable en este contexto. La DCMUD no contiene ninguna disposición clara sobre este tema. Más bien, el considerando 64 DCMUD establece que el art. 17 DCMUD no debe interferir en la aplicación del art. 3 DCSI-InfoSoc. Así, el considerando 64 DCMUD, en su tercera sentencia, afirma lo siguiente:

“Esto no afecta al concepto de comunicación al público o de puesta a disposición del público en otros ámbitos en virtud del Derecho de la Unión ni tampoco afecta a la posible aplicación del artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/29/CE a otros prestadores de servicios que usan contenidos protegidos por derechos de autor”.

133. Sin embargo, la expresa regulación de los privilegios de responsabilidad y la excepción, por ejemplo, para las empresas de nueva creación (art. 17.6 DCMUD), indican que para otras plataformas no afectadas por la DCMUD (por ejemplo, plataformas no comerciales, servicios de almacenamiento en la nube, etc.) no puede aplicarse una responsabilidad más estricta (basada en una interpretación extensiva del art. 3 DCSI-InfoSoc), ya que de lo contrario las regulaciones y privilegios no irían a ninguna parte. Incluso si el art. 3 DCSI-InfoSoc fuese interpretado extensivamente por el TJUE (prescindiendo de la DCMUD), los usuarios aún deberían beneficiarse de una aplicación analógica de las garantías procesales para garantizar los derechos fundamentales.

VII. Conclusión

134. En estas páginas se ha analizado el complejo triángulo formado por usuarios, prestadores de servicios y titulares de derechos de propiedad intelectual. Parece imposible garantizar todos los derechos al mismo tiempo, por lo que el problema constitucional esencial consiste en lograr un equilibrio justo entre esos derechos. Mientras que el art. 17.4.b DCMUD respeta que no exista una obligación proactiva de los proveedores de supervisar sus plataformas, estableciendo así un equilibrio más o menos adecuado entre los derechos si al mismo tiempo los usuarios disponen de procedimientos de marcado o similares, lo mismo no es, lamentablemente, cierto respecto al deber general de control de la plataforma respecto a los contenidos que tienen que contar con una licencia (art. 17.1 DCMUD). Además, los legisladores nacionales deberían transponer cuidadosamente los derechos subjetivos de los usuarios y los procedimientos de reclamación con el fin de garantizar sus derechos constitucionales.

¹⁸⁶ STIEPER, “Die Richtlinie...”, cit., p. 216 y ss.; Tribunal Supremo Federal alemán, *GRUR*, 2018, p. 1132 y ss., en especial pp. 1139 y 1141 con comentarios de OHLY.

¹⁸⁷ Para los diversos intentos de interpretación de la relación entre el art. 17 DCMUD y el art. 3 DCSI-InfoSoc, puede consultarse HUSOVEC/QUINTAIS, “How to Licence Art. 17?”, cit., quienes consideran el art. 17 en sí mismo como un derecho *sui generis*.