

Máster Universitario en Propiedad Intelectual
2022-2023

Trabajo Fin de Máster

“El régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea de la Directiva 2019/790. El ejemplo de TikTok.”

Lucas López Lago

Tutor

David Muñoz De Los Reyes

Julio, Madrid



[Incluir en el caso del interés de su publicación en el archivo abierto]

Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada

RESUMEN

Esta investigación analiza la regulación de responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, del artículo 17 de la Directiva 2019/790, cuyo objetivo es reducir la brecha de valor entre los ingresos obtenidos por los titulares de derechos y los ingresos recibidos por los prestadores de servicios debido al uso de obras y otras prestaciones protegidas. El trabajo toma como referencia el caso de TikTok y analiza los problemas derivados del artículo 17 Directiva 2019/790, como la colisión entre el derecho de propiedad intelectual y los derechos de los prestadores y usuarios, el filtrado de contenidos, las utilidades lícitas, el sistema de notificaciones de contenidos infractores y los mecanismos de reclamación y recurso. En consecuencia, el objetivo es evaluar el impacto del nuevo régimen de responsabilidad de la Directiva 2019/790 y encontrar una solución a estos problemas, proponiendo el ejemplo de TikTok para el resto de las plataformas en línea.

Palabras clave: Directiva 2019/790, TikTok, propiedad intelectual, prestadores de servicios, plataformas en línea, régimen de responsabilidad, reglas de puerto seguro, filtrado de contenidos, utilidades lícitas.

ABSTRACT

This research analyzes the regulation of liability of online content-sharing service providers, from Article 17 of Directive 2019/790, which aims to reduce the value gap between the income obtained by right holders and the income received by service providers due to the use of works and other subject matters. The paper takes as a reference the case of TikTok and analyzes the problems arising from Article 17 Directive 2019/790, such as the collision between intellectual property right and the rights of providers and users, content filtering, fair uses, the notification system for infringing content and the counter-notification mechanisms. Consequently, the objective is to assess the impact of the new liability regime of Directive 2019/790 and to find a solution to these problems, proposing the example of TikTok for the rest of the online platforms.

Keywords: Directive 2019/790, TikTok, intellectual property, service providers, online platforms, liability regime, safe harbor rules, content filters, fair uses.

DEDICATORIA

*Al Máster de Propiedad Intelectual de la Universidad Carlos III (Vigésima edición),
por la valiosa formación recibida.*

A mis compañeros del Máster, por la ayuda brindada y la amistad.

A mi tutor David Muñoz De Los Reyes, por su gran dedicación y sus consejos.

A mis padres, Vicente y Beatriz, por la enorme confianza depositada en mí.

A mis hermanos, Vicente y Clara, por vivir conmigo esta etapa.

ÍNDICE GENERAL

1. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Motivación del trabajo.....	1
1.2. Objetivos.....	2
1.3. Metodología y estructura.....	3
2. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 17 DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/790, DE DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL.....	4
2.1. Régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Directiva de comercio electrónico y Directiva de derechos de autor en la sociedad de la información.....	4
2.2. Transposición de la DCE y la DDASI al ordenamiento jurídico español.....	11
2.3. Análisis de la Propuesta de Directiva de derechos de autor en el mercado único digital. Hacia un sistema vertical de responsabilidad.....	12
3. EL NUEVO ARTÍCULO 17 DDAMUD Y SU RELACIÓN CON OTRAS DIRECTIVAS Y REGLAMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA.....	18
3.1. El régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea.....	18
3.1.1. Ámbito de aplicación subjetiva del artículo 17 DDAMUD.....	18
3.1.2. Modelos de autorización entre prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y titulares de derechos.....	20
3.1.3. Regímenes de exclusión de la responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea.....	22
3.1.4. Salvaguardias de utilidades lícitas y sistemas de reclamaciones y recursos para los usuarios.....	24
3.1.5. Implementación de técnicas de reconocimiento automatizado de contenidos.....	27
3.2. Transposición del artículo 17 DDAMUD en el Derecho nacional.....	33
3.3. Interacción entre el artículo 14 DCE y el artículo 17 DDAMUD. Entrada en vigor del artículo 16 DSA.....	35
3.4. Relación con otras Directivas y Reglamentos. El Reglamento de Servicios Digitales (DSA) y el Reglamento de Mercados Digitales (DMA).....	37
4. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE TIKTOK.....	42
5. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DE INTERCAMBIO DE VÍDEOS EN ESTADOS UNIDOS.....	48
6. CONCLUSIONES.....	52
BIBLIOGRAFÍA.....	55
1. Doctrina.....	55
2. Recursos online.....	56

ÍNDICE DE FIGURAS Y TABLAS

Fig. 1. Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea (OCSSPs) en el contexto de la Directiva sobre el comercio electrónico	37
Fig. 2 Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea (OCSSPs) en el contexto de la DCE.....	40
Fig. 3. Tipología de proveedores de servicios de la sociedad de la información según la DSA.....	40
 Tabla 1. De elaboración propia, con datos de Andrea Bertolini, Francesca Episcopo y Nicoleta-Angela Cherciu, Scientific Foresight Unit “Liability of online platforms”, en Panel for the Future of Science and Technology (Scientific Foresight Unit (STOA), 2021), 5-8. Nathalie Martial Braz, “The Digital Single Market in Europe: the Right Solution in the Transatlantic Area? [Presentación de Power Point], 2023.....	38

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. Motivación del trabajo.

El propósito de este estudio es analizar de forma crítica el artículo 17 de la Directiva 2019/790, de derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (en adelante, «Directiva 2019/790» o «DDAMUD») y su transposición en España, teniendo en cuenta el modelo de la plataforma de intercambio de vídeos cortos «TikTok». El artículo 17, conocido popularmente por la anterior redacción del Proyecto de Directiva como «artículo 13», busca reducir la brecha económica o «*value gap*» entre los ingresos obtenidos por los prestadores de servicios en línea (PSPCCL) por la disponibilidad de obras y prestaciones en sus servicios y los ingresos retornados a los de derechos de autor y derechos afines. Para ello, el artículo 17 DDAMUD crea un régimen de responsabilidad para los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, que pone fin a las reglas de puerto seguro de los artículos 12 a 15 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 (en adelante, «Directiva sobre el comercio electrónico» o «DCE»).

Los principales desafíos en la redacción del artículo 17 DDAMUD son el ámbito de aplicación subjetiva del artículo; la afectación a la libre prestación de servicios y la ruptura con el régimen horizontal establecido en la DCE; la colisión del filtrado de contenidos y la ausencia de un deber general de supervisión; y, por último el régimen de salvaguarda de las utilizaciones lícitas. En este sentido, resulta esencial garantizar a los usuarios y a los prestadores de servicios la libertad de expresión, la libertad de información, la libertad de empresa y el derecho a la protección de datos de carácter personal y garantizar que los usuarios puedan realizar utilizaciones lícitas. Otros desafíos específicos planteados son la falta de poder de negociación de los pequeños creadores de contenido para obtener licencias colectivas, la poca consolidación de las entidades de gestión en algunos Estados miembros y la ausencia de sociedades que gestionen los derechos de algunos titulares, como las entidades de radiodifusión, los titulares de bases de datos y de programas de ordenador.

En el plano subjetivo, la investigación se enmarca en el régimen de exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, cuya regulación se recoge por primera vez en la DDAMUD. A estos efectos, las categorías

legales de los prestadores de servicios no son mutuamente excluyentes. Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea son, en todo caso, prestadores de servicios intermediarios y proveedores de alojamiento de datos. Además, los prestadores de servicios de la sociedad de la información pueden ocupar otras posiciones de responsabilidad a tenor de lo dispuesto en las normas de protección de datos¹; en las normas de servicios de comunicación audiovisual²; en las normas de usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea³; en las normas sobre mercados disputables y equitativos en el ámbito digital⁴ y, por último, en las normas sobre el mercado único de servicios digitales⁵.

El alcance material de este estudio se limita a aquellos supuestos de infracción de los derechos de propiedad intelectual en sentido estricto, es decir, infracción de derechos de autor y derechos conexos, como se contempla en la Directiva 2019/790. Por su parte, se excluyen excluidos de esta investigación los derechos de propiedad industrial, como patentes, marcas y regulación sobre competencia desleal; así como la regulación de protección de datos, de los usuarios profesionales en los servicios de intermediación en línea del Reglamento P2B, de los motores de búsqueda y la normativa de servicios de comunicación audiovisual, sin perjuicio de que estas materias sean mencionadas para establecer las áreas de superposición con el objeto de estudio. En este sentido, cabe destacar que el artículo 17 DDAMUD actúa como «*lex specialis*» en relación con el régimen de responsabilidad de los artículos 12 a 15 DCE, ahora suprimidos y regulados por los artículos 4 a 10 DSA.

1.2. Objetivos.

Los objetivos generales de este trabajo son, en primer lugar, plantear una solución al conflicto entre los derechos de propiedad intelectual y el ejercicio de los derechos

¹ Vid. 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 («Reglamento general de protección de datos» o «RGPD»).

² Vid. Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual («Directiva de servicios de comunicación audiovisual» o «Directiva (UE) 2018/1808»).

³ Vid. Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea («Reglamento P2B»).

⁴ Vid. Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital («Reglamento de Mercados Digitales» o «DMA»).

⁵ Vid. Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales («Reglamento de Servicios Digitales» o «DSA»).

fundamentales contenidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, la «Carta») por parte de los usuarios y prestadores de servicios, teniendo como referencia el modelo de TikTok. El segundo objetivo general es examinar la regulación de los distintos prestadores de servicios de la sociedad de la información en la normativa comunitaria antes y después de la aprobación del artículo 17 DDAMUD. Además, otros objetivos específicos son evaluar los modelos de negociación entre los prestadores de servicios y los titulares de derechos para obtener autorizaciones de uso; analizar el sistema de notificaciones de contenidos lícitos, enjuiciar los mecanismos de reclamaciones y recursos contra la retirada o la inhabilitación de contenidos y, por último, examinar críticamente la colisión entre las técnicas de reconocimiento automatizado de contenidos y la posibilidad de hacer uso de las salvaguardas de utilizaciones lícitas.

1.3. Metodología y estructura.

La metodología utilizada es el análisis cualitativo de las distintas normativas de responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea previas y posteriores a la entrada en vigor del artículo 17 DDAMUD, con especial detenimiento en el caso de TikTok, la jurisprudencia y doctrina desarrollada por las diferentes soluciones dadas para abordar el problema de la proliferación ilícita de obras y prestaciones protegibles en Internet. A tal efecto, se examinan diversos documentos doctrinales, que son citados según las normas Chicago de la 7ª edición y diversos recursos web; se examinan fuentes legislativas supranacionales, comunitarias, estatales, así como instrumentos sin fuerza de ley, como las Comunicaciones, los Informes, las Propuestas y Recomendaciones de la Comisión Europea y, para concluir, las fuentes jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otros tribunales.

En cuanto a la estructura del trabajo, en primer lugar, se realiza un análisis de los antecedentes legislativos al artículo 17 DDAMUD; en segundo lugar, se observa el trámite de aprobación de la Directiva 2019/790 y su anterior propuesta; en tercer lugar, se evalúa críticamente las novedades de la DDAMUD; en cuarto lugar, se estudia el alcance de otras directivas y reglamentos europeos que regulan la responsabilidad de los prestadores intermediarios; en quinto lugar, se analiza el papel de TikTok en la obtención de licencias con los titulares de derechos, y, finalmente, se compara el modelo de responsabilidad de los prestadores en Estados Unidos y en la Unión Europea.

2. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 17 DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/790, DE DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL.

2.1. Régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Directiva de comercio electrónico y Directiva de derechos de autor en la sociedad de la información.

Con la llegada de la era digital y la facilidad para compartir contenidos en Internet, los derechos de autor se enfrentaban a múltiples obstáculos. Para ello, antes de la aprobación de la DCE, diversos países habían aprobado leyes para controlar la piratería en Internet, no obstante, estas medidas no eran uniformes y no abordaban de manera integral la protección de los derechos de autor. En esta línea, la Unión Europea aprobó la Directiva de derechos de autor en el mercado interior (en adelante, la «Directiva 91/250/CEE») que, pese a no regular los derechos de autor en Internet, armonizaba determinados aspectos del derecho de autor en el mercado único y sentaría las bases para una normativa comunitaria en el ámbito digital.

Inicialmente se partirá de una observación de la regulación de los prestadores de servicios desde tres esferas diferentes: la regulación de responsabilidad de los prestadores de servicios en línea⁶; la normativa de derechos de autor en el ámbito digital⁷, por último, la regulación de responsabilidad de los prestadores de servicio de comunicación audiovisual⁸. La regulación de responsabilidad de los prestadores de servicios va a complementarse con estas normas que suponen nuevos retos a la libertad de prestación de servicios.

En un principio, el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios en línea se da lugar con la DCE. Esta Directiva, aprobada en el año 2000, contempla un régimen de exclusión de la responsabilidad inspirado en la DMCA estadounidense, de 1998. A pesar de ello, la figura de los PSCCL aun no se contemplaba en ninguna de estas normas, al no formar parte de la realidad digital del momento. En aquel periodo, las principales compañías tecnológicas, «Microsoft», «IBM», «Intel», «Cisco Systems» y «Oracle», se dedicaban a la fabricación y creación de hardware y software y, de forma incipiente, al comercio electrónico; mientras que, en 2019, las empresas digitales líderes,

⁶ Vid. Directiva 2000/31/CE y Reglamento (UE) 2022/2065.

⁷ Vid. Directivas 2001/29/CE, 2014/26/UE, 2017/1564 y 2019/790.

⁸ Directiva (UE) 2018/1808, que modifica la Directiva 2010/13/UE.

«Apple», «Microsoft», «Alphabet Inc.», empresa matriz de «Google», «Amazon Inc.», «Nvidia» y «Facebook», ofrecían servicios basados en internet, en las redes sociales y en la inteligencia artificial. En efecto, el cambio tan acelerado de esta tecnología va a producir que en este periodo de tiempo la normativa comunitaria se encuentre en constante evolución.

La Directiva 2000/31/CE tenía como propósito favorecer el desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en el mercado interior, suprimiendo las barreras entre legislaciones nacionales que entorpecían la prestación de estos servicios y el desarrollo de la competencia⁹. Bajo esta premisa, la DCE crea un régimen armonizado de responsabilidad al que los prestadores de servicios intermediarios podían acogerse. Este régimen, conocido como «reglas de puerto seguro» se caracteriza por aplicarse de forma horizontal; es decir, por abordar la responsabilidad civil, penal y administrativa de infracciones de cualquier naturaleza, incluidas las infracciones de derechos de autor y derechos afines¹⁰. Aunque la Directiva 2000/31/CE, no define qué se ha de entender por servicio intermediario, siendo objeto de delimitación futura por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, «TJUE»), sí define, en cambio, servicio de la sociedad de la información como *«todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios»*¹¹.

El artículo 3 DCE establece dos consideraciones previas relativas al mercado interior que se aplican al ámbito coordinado¹². Este ámbito coordinado se refiere a la normativa relativa al inicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, incluidas las regulaciones de cualificaciones, autorizaciones o notificaciones, y aquella relativa al ejercicio de su actividad, como la calidad o el contenido del servicio y los requisitos relativos al comportamiento y la responsabilidad del prestador de servicios. En

⁹ 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), Considerando 40.

¹⁰ Laura Rózenfeldová y Pavol Sokol, “Liability regime of online platforms new approaches and perspectives”, en *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series* (ECLIC), Vol. 3, ed. Petrašević, T.; Duić, D.; Novokmet (International Scientific Conference, 2019), 870. <https://doi.org/10.25234/eclic/9034>

¹¹ Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015 por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (versión codificada). Artículo 1, apartado b).

¹² Por ámbito coordinado, el artículo 2 letra h) 2 DCE comprende *«los requisitos exigibles a los prestadores de servicios en los regímenes jurídicos de los Estados miembros aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información o a los servicios de la sociedad de la información»*.

primer lugar, el artículo 3 impone a los Estados miembros la obligación de que los prestadores servicios respeten las normas nacionales aplicables al ámbito coordinado en dicho Estado miembro. En segundo lugar, prohíbe a los Estados miembros restringir la libertad de prestación de estos servicios de otro Estado miembro por causa inherente a este ámbito coordinado. En resumen, el objetivo del artículo 3 es garantizar la seguridad jurídica de los prestadores de servicios establecidos que operan en un Estado miembro, incluso cuando operan en otros Estados miembros¹³. En materia de propiedad intelectual, aunque el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios opere de forma horizontal¹⁴, el artículo 3.3 y el Anexo DCE excluyen expresamente de estas consideraciones a los derechos de autor y a los derechos afines, lo que conlleva que la normativa de propiedad intelectual haya de armonizarse por futuras Directivas^{15 16}.

La responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, o reglas de puerto seguro, se plasman en tres regímenes diferentes, según sus servicios consistan en la «mera transmisión» (*mere conduit*), en la «memoria tampón» (*caching*) o en el «alojamiento de datos» (*hosting*). En este sentido, resultan especialmente relevantes los prestadores de servicios de alojamiento de datos, caracterizados por permitir a los usuarios cargar contenido de forma que queda almacenado en sus servicios. Este era el caso de los servicios de alojamiento de datos de grandes compañías digitales, como Amazon Web Services (2006), IBM Cloud (2007), Google Cloud Platform (2008), Microsoft Azure (2010) y Oracle Cloud (2012). No obstante, aunque este régimen de exención de responsabilidad estaba pensado para servicios de *hosting* tradicionales, la amplitud del artículo 14 DCE permite que este régimen se extienda a los servicios de la Web 2.0 que se alimentan de contenidos generados por usuarios, como blogs, foros, redes

¹³ Comisión Europea. Informe de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo - Primer informe sobre la aplicación de la 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). (21 de noviembre de 2023). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52003DC0702>

¹⁴ Rózenfeldová y Sokol, “Liability regime of online platforms new approaches and perspectives”, 870.

¹⁵ 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), Considerando 40.

¹⁶ Vid. Directivas 2001/29/CE, 2014/26, 2017/1564 y 2019/790.

sociales o plataformas para almacenar y compartir contenidos^{17 18}. En consecuencia, este será también el caso de las plataformas de intercambio de vídeos como YouTube (2005) o TikTok (2016).

El artículo 14, apartado 1 DCE excluye la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento de datos por los datos almacenados cuando, en primer lugar, no tengan conocimiento efectivo de que la información es ilícita y, en lo referido a una acción por daños y perjuicios, que no tengan conocimiento de hechos que revelen su carácter ilícito. En segundo término, exige que, en caso de tener conocimiento de la ilicitud, actúe con prontitud para retirar los datos o imposibilitar el acceso a estos. Es lo que se conoce como «*notice-and-take-down*» en los países anglosajones. Por su parte, el artículo 15 DCE prohíbe a los Estados miembros imponer una obligación general de supervisión a estos prestadores, o de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas. De esta forma, se parte de un régimen de responsabilidad basado en la negligencia o un régimen de responsabilidad subsidiaria por el que, si los prestadores actúan diligentemente al tener conocimiento de la ilicitud, no podrán considerarse responsables. Además, la mayor parte de retiradas de contenido ilícito vendrán de parte de las reclamaciones que realicen los titulares de derechos afectados o de los tribunales competentes que señalen el contenido ilícito y no resultado la búsqueda activa de los prestadores de servicios. En consecuencia, este régimen de responsabilidad va a ser bastante laxo.

La jurisprudencia del TJUE va a analizar, en primer lugar, quiénes son esos «prestadores de servicios de alojamiento de datos». De este modo, la Gran Sala dispuso en el *Caso L'Oréal* que, entre estos *prestadores de servicios de alojamiento de datos*, deben incluirse los prestadores de un servicio que opere en un mercado electrónico y que almacena la información que le facilitan sus clientes y que, además, se traten de «prestadores intermediarios»¹⁹. Asimismo, el TJUE había reconocido en el *Caso Google France*, en virtud del Considerando 42 DCE, que las exenciones de responsabilidad de la Directiva solo se aplican en aquellos casos en que la actividad del prestador tiene

¹⁷ Julián López Richart, “Responsables, *ma non troppo*. Las reglas de exención de responsabilidad de las plataformas para el intercambio de contenidos en línea en la directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital”, en *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, ed. Concepción Saiz García (dir.), Raquel Evangelio Llorca (dir.) (Tirant lo Blanch, 2019), 312.

¹⁸ STJUE (Sala Tercera), de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10 (*Caso Netlog*), ECLI:EU:C:2012:85, ap. 27.

¹⁹ Vid. STJUE (Gran Sala), de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09 (*Caso L'Oréal*), ECLI:EU:C:2011:474. aps. 111-112, en relación con STJUE (Gran Sala), de 23 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08 (*Google France*) ECLI:EU:C:2010:159. aps. 114 y 120.

naturaleza «*meramente técnica, automática y pasiva*» y, en consecuencia, este no desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de tales datos²⁰. Es decir, las exenciones de responsabilidad se limitan a los prestadores que tienen una «posición neutra». En este sentido, la Gran Sala estableció que, cuando el operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, no ha ocupado una posición neutra²¹. Por su parte, en el *Caso Netlog* la Sala Tercera del TJUE reconoce como *prestador de alojamiento de datos* al explotador de una plataforma de red social en línea que almacena en sus servidores información facilitada por usuarios relativa a su perfil²². En consecuencia, el TJUE limita la exención de responsabilidad del artículo 14 DCE a aquellos prestadores de servicios de *hosting*, incluidos los operadores de un mercado electrónico o de una red social en línea, que tengan un comportamiento neutro o meramente técnico, automático o pasivo. Por el contrario, si el prestador desempeña un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos, no resultará de aplicación esta exención.

En segundo lugar, corresponde determinar en qué momentos el prestador de servicios tiene ese «conocimiento efectivo». Sobre esta cuestión, el TJUE establece que, para que no quede sin efecto la disposición del artículo 14, apartado 1, letra a) DCE, este se debe interpretar en el sentido que se contemple cualquier situación en la que el prestatario en cuestión adquiera conocimiento, de una forma o de otra, de tales hechos o circunstancias. En relación con esto, la Gran Sala argumenta que la notificación de la actividad o información presuntamente ilícita es un elemento que el juez nacional puede considerar para determinar si el prestador tenía conocimiento de los hechos o circunstancia que hubieran llevado a un operador económico diligente a reconocer su carácter ilícito²³. En definitiva, cuando un prestador de servicios intermediarios que no ha llevado a cabo un papel activo en el sentido descrito pero que, aun así, ha obtenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de las cuales un operador económico

²⁰ Vid. STJUE (Gran Sala), de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09 (*Caso L'Oréal*), ECLI:EU:C:2011:474. aps. 113, en relación con STJUE (Gran Sala), de 23 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08 (*Google France*) ECLI:EU:C:2010:159. aps. 114 y 120.

²¹ STJUE (Gran Sala), de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09 (*Caso L'Oréal*), ECLI:EU:C:2011:474. aps. 113-116.

²² STJUE (Sala Tercera), de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10 (*Caso Netlog*), ECLI:EU:C:2012:85, ap. 27.

²³ STJUE (Gran Sala), de 23 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08 (*Google France*) ECLI:EU:C:2010:159. aps. 106-114.

diligente hubiera constatado el carácter ilícito, no podrá acogerse al régimen de exclusión de la responsabilidad previsto en el artículo 14 DCE.

A continuación, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante, «DDASI») reconocía el derecho de comunicación al público y el derecho de puesta a disposición del público de distintos titulares sobre sus obras o prestaciones protegibles. En primer lugar, otorga al autor el derecho de comunicación al público y el derecho de «*puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija*»^{24 25} de sus obras. En segundo término, a los artistas intérpretes o ejecutantes, el derecho exclusivo de puesta a disposición del público de las fijaciones de sus actuaciones; a los productores de fonogramas, de sus fonogramas; a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas y a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones. En tercer lugar, recoge el derecho de los titulares de los derechos a solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor²⁶.

En el entorno digital, se entiende por defecto que la puesta a disposición la realiza el usuario que carga el contenido²⁷; sin embargo, el prestador intermediario podrá ser responsable cuando se convierta en la persona que comunica la obra al público²⁸. En el Reino Unido, la Sentencia del *Caso Newzbin* entendía que el prestador de servicios había realizado un acto de comunicación al público porque había intervenido de manera «altamente material» para hacer que las películas del demandante estuvieran disponibles

²⁴ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, sobre la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI), art. 3, ap. 1.

²⁵ El derecho de puesta a disposición proviene de los artículos 8 TODA y 14 TOIEF, conocidos como «Tratados de Internet», pues su naturaleza jurídica tiene en cuenta las nuevas posibilidades de explotación de obras y prestaciones protegidas en el ámbito digital.

²⁶ Directiva 2001/29/CE, art. 8, ap. 3.

²⁷ Vid. STJUE (Sala Tercera), de 7 de diciembre de 2006, asunto C-306/05 (*Caso Rafael Hoteles*). ECLI:EU:C:2006:764 y STJUE (Gran Sala), de 4 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08 (*Caso Premier League*). ECLI:EU:C:2011:631.

²⁸ Christina Angelopoulos, “EU Copyright Reform: Outside the Safe Harbours, Intermediary Liability Capsizes into Incoherence”, *Kluwer Copyright Blog*, 6 de octubre de 2016. <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/10/06/eu-copyright-reform-outside-safe-harbours-intermediary-liability-capsizes-incoherence/>

para un público nuevo²⁹. Posteriormente, el mismo tribunal concluye que, en el *Caso The Pirate Bay* los prestadores autorizan los actos de copia y comunicación al público que llevan a cabo sus usuarios, respaldando, aprobando y tolerando las infracciones de derechos de autor³⁰.

Por su parte, cuando no concurra responsabilidad directa del prestador, se habrá de acudir a la responsabilidad subsidiaria, que no está armonizada a nivel comunitario. Además, en la mayoría de los países de la Unión Europea, el régimen de responsabilidad subsidiaria requiere de condiciones estrictas para su aplicación³¹. El Reino Unido manejaba unos parámetros similares a los de la sentencia del *Caso The Pirate Bay*, pues exigía que el intermediario hubiera autorizado, inducido o actuado en colaboración con los usuarios para llevar a cabo las infracciones³². En Alemania, el artículo 830 del Código Civil regula la responsabilidad civil conjunta³³. Por su parte, el Tribunal Federal de Justicia de Alemania ha interpretado que, para ser responsable, cualquier tercero debe haberse asociado consciente e intencionadamente con el infractor principal para llevar a cabo, inducirle o ayudarlo a realizarla. El consenso general es que, debido la falta del elemento psíquico esencial, los prestadores de servicios intermediarios no cumplen los requisitos³⁴. Por esa razón, la responsabilidad de los intermediarios se maneja generalmente por la doctrina alternativa de la *Störerhaftung*, que impone condiciones menos exigentes, pero se limita a la implementación de medidas cautelares³⁵.

En definitiva, la DCE y la DDASI fueron el primer paso de la Unión Europea para, por un lado, armonizar la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios por la puesta a disposición de obras y otras prestaciones protegibles en línea y, por otro lado, garantizar el derecho de puesta a disposición a los titulares de derechos. Estas medidas buscaban garantizar que el mercado único de los servicios intermediarios

²⁹ England and Wales High Court (Chancery Division). (2010). Twentieth Century Fox Film Corporation & Anor v Newzbin Ltd [2010] EWHC 608 (Ch) (Caso Newzbin). <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2010/608.html>

³⁰ England and Wales High Court (Chancery Division). (2012). Dramatico Entertainment Ltd & Ors v British Sky Broadcasting Ltd & Ors [2012] EWHC 268 (Ch) (Caso *The Pirate Bay*). <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/268.html>

³¹ Giancarlo F. Frosio, “From horizontal to vertical: an intermediary liability earthquake in Europe”, *Oxford Journal of Intellectual Property and Practice* 12, n° 7, (2017): 12. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3009156>

³² Angelopoulos, “EU Copyright Reform: Outside the Safe Harbours, Intermediary Liability Capsizes into Incoherence”.

³³ Código Civil de Alemania (*Bürgerlichen Gesetzbuches*), de 18 de agosto 1896.

³⁴ Angelopoulos, “EU Copyright Reform: Outside the Safe Harbours, Intermediary Liability Capsizes into Incoherence”.

³⁵ Ibid.

despegará, sin embargo, la falta de un régimen de responsabilidad subsidiaria de los proveedores hacía que los Estados miembros abordaran este asunto de forma muy dispar.

2.2. Transposición de la DCE y la DDASI al ordenamiento jurídico español.

La DDASI debía ejecutarse a nivel nacional a la par que la DCE, según el Considerando 50³⁶. Sin embargo, las transposiciones de una y otra se encuentran separadas en el tiempo por cuatro años. De una parte, la ejecución nacional de la DCE se realiza a través de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, «LSSICE»), la cual concreta respecto de la DCE, en su artículo 16 que este «conocimiento efectivo» del prestador de servicios se da *«cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.»*³⁷

Por otro lado, la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en adelante, la «Ley 23/2006») transpone la DDASI. En primer lugar, la Ley 23/2006 agrega nuevo párrafo i) al artículo 20. 2 TRLPI y recoge una nueva modalidad de comunicación al público conocida como *«puesta a disposición del público de obras»*³⁸. En segundo término, se recoge un nuevo derecho de remuneración de los autores por *«(l)a proyección o exhibición sin exigir precio de entrada, la transmisión al público por cualquier medio o procedimiento, alámbrico o inalámbrico, incluido, entre otros, la puesta a disposición en la forma establecida en el artículo 20.2.i) de una obra audiovisual»*³⁹.

En segundo lugar, se recogen los derechos exclusivos a autorizar la puesta a disposición del público de las prestaciones protegibles del artista intérprete o ejecutante del derecho⁴⁰; de los productores de fonogramas, por sus fonogramas; a los productores

³⁶ Directiva 2001/29/CE, Considerando 50.

³⁷ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Boletín Oficial del Estado, núm. 166, de 12 de julio de 2002, p. 26796. Artículo 16, apartado 1.

³⁸ Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Boletín Oficial del Estado núm. 162, de 8 de julio de 2006, art. único, punto 3.

³⁹ Ibid., art. único, punto 9.

⁴⁰ Ibid., art. único, punto 11.

de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas, y de las entidades de radiodifusión de las fijaciones de sus emisiones o transmisiones⁴¹. No obstante, se presume cedido el derecho de puesta a disposición al público al productor de fonogramas o al productor de grabaciones audiovisuales, a salvo del derecho irrenunciable a la remuneración equitativa al autor.

Por último, la Ley 23/2006 recoge la posibilidad de, por un lado, solicitar medidas cautelares de protección urgentes contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley y, por otro lado, instar al cese de actividad del prestador mediante la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para vulnerar los derechos de propiedad intelectual⁴².

En definitiva, tras la aprobación en España de la LSSICE y la Ley 23/2006, que reforma el TRLPI, la legislación española implementó el régimen de exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios por los contenidos cargados por los usuarios, reconoció los derechos de puesta a disposición del público de los autores y los titulares de los derechos afines y reguló las medidas cautelares y acciones de cese de actividad de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para vulnerar los derechos de propiedad intelectual. De esta forma quedaban traspuestas estas materias en España.

2.3. Análisis de la Propuesta de Directiva de derechos de autor en el mercado único digital. Hacia un sistema vertical de responsabilidad.

De la regulación horizontal de la DCE, la responsabilidad de los prestadores de servicios transitará hacia una regulación vertical propuesta por la Comisión Europea⁴³. Este nuevo régimen se debe a la aprobación de normas sectoriales. Por un lado, realizada por la Directiva (UE) 2018/1808 que establece prohibiciones relativas a comunicaciones comerciales audiovisuales e impone obligaciones adicionales de protecciones de menores y protección contra la incitación al odio a las plataformas de intercambio de vídeos como YouTube, TikTok⁴⁴. Por otro lado, la Propuesta de Directiva de derechos de autor en el

⁴¹ Ibid., art. único, punto 22.

⁴² Ibid., art. único, p. 23-25.

⁴³ Frosio, “From horizontal to vertical: an intermediary liability earthquake in Europe”, 1.

⁴⁴ Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado, arts. 6, 6 bis, 9 y 28 ter.

mercado único digital (en adelante, «Propuesta DDAMUD») que preveía la responsabilidad de determinados prestadores de servicios de almacenamiento por infracciones de propiedad intelectual.

A esta última propuesta le preceden una serie de Comunicaciones, tales como «*Una Estrategia para el Mercado Único Digital*» (en adelante, «Estrategia MUD»), que buscaba que los 28 mercados nacionales avanzasen hacia a un mercado único digital mediante la eliminación de barreras para aprovechar las oportunidades en línea⁴⁵ entre las cuales se encontraba el bloqueo geográfico (*geo-blocking*) experimentado por usuarios que adquirirían bienes y servicios tales como libros, juegos o programas informáticos, o libros electrónicos⁴⁶. La Estrategia MUD afirmaba que «*un sistema de protección civil equilibrado y eficaz contra las infracciones a escala comercial de los derechos de propiedad intelectual es esencial para que se invierta en innovación y en creación de empleo.*»⁴⁷. Por su parte, una Comunicación posterior preveía la incorporación de mecanismos de notificación y acción como el principio de «*retirada y no reposición*» o «*take down and stay down*»⁴⁸.

En este periodo la Comisión Europea abrió una serie de consultas públicas. En septiembre de 2015, realizó una consulta pública sobre el rol y responsabilidades de los intermediarios en línea y de las plataformas⁴⁹. En diciembre del mismo año, una nueva consulta pública arrojaría que «*todos los grupos interesados consideraban que las normas vigentes habían contribuido de forma eficaz a proteger la propiedad intelectual y a prevenir las infracciones, sin embargo, la gran mayoría de los titulares de derechos e intermediarios cree que estas medidas y recursos no se aplican de forma homogénea*

⁴⁵ Ibid., p. 2.

⁴⁶ Comisión Europea, “Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las medidas contra el bloqueo geográfico y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad o del lugar de residencia o de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE” (25 de mayo de 2016), 6. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0289>. Nótese que esta Propuesta dio lugar a la aprobación del Reglamento (UE) 2018/302.

⁴⁷ Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, p. 8 (En adelante, Estrategia MUD)” (6 de mayo de 2015). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192>

⁴⁸ Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor” (9 de diciembre de 2015), 13. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0626>.

⁴⁹ Comisión Europea, “Consulta pública sobre el entorno regulador de las plataformas, los intermediarios en línea, la computación en nube y los datos y la economía colaborativa” (24 de septiembre de 2015).

en todos los Estados miembros»⁵⁰. Tras la publicación de los resultados de la primera consulta, se llegó al consenso de que el régimen existente se consideraba adecuado para su finalidad⁵¹. Es entonces cuando la Comisión publica la Comunicación «*Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa*» (en adelante «Comunicación OP&DSM»), en la que, aparentemente, se acuerda mantener el régimen de responsabilidad de la Directiva 2000/31/CE. No obstante, la Comisión tramitaría la Propuesta DDAMUD.

El objetivo principal de la Propuesta DDAMUD era eliminar la «brecha de valor» entre las plataformas en línea y los titulares de derechos. Las reclamaciones de los titulares se fundamentaban en que, debido a las exenciones de responsabilidad, a la ausencia de un deber general de supervisión y al sistema de «*notice-and-take-down*», no podían obtener ingresos por el uso de sus obras en las plataformas de contenido generado por usuarios (en adelante, «plataformas UGC»)⁵². Esto se debe a que, en lugar de celebrar acuerdos con los titulares de derechos, estas plataformas eliminaban los contenidos, implementando, en ocasiones, sistemas de identificación automática, como Content ID en la plataforma de YouTube.

Con el objetivo de fomentar la celebración de acuerdos con los titulares de derechos, la Propuesta DDAMUD recoge un nuevo régimen de responsabilidad de los «proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenan y facilitan el acceso a grandes cantidades de obras y otras prestaciones cargadas por sus usuarios». El primer problema se plantearía por esta denominación pues, por un lado, no se establece con precisión a partir de qué volumen de obras o prestaciones queda el proveedor afectado por este régimen. Además, tampoco se establece con precisión qué se entiende por «facilitar el acceso».

En primer lugar, la Propuesta DDAMUD establece el deber de los intermediarios de cooperar con los titulares de derechos y suscribir acuerdos para el uso de obras y otras prestaciones. En este sentido, el artículo 13 les obliga a adoptar, en cooperación con los titulares de derechos, «medidas pertinentes para asegurar el correcto funcionamiento de

⁵⁰ Comisión Europea, “Consulta pública sobre la evaluación y la modernización del marco jurídico para la protección de los derechos de propiedad intelectual” (2015). [Presentación de PowerPoint]. <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/18944/attachments/1/translations/en/renditions/native>.

⁵¹ Comisión Europea. “Resultados de la consulta pública sobre el entorno regulador de las plataformas, los intermediarios en línea, la computación en nube y los datos y la economía colaborativa” (26 de enero de 2016). <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>

⁵² Frosio, “From horizontal to vertical: an intermediary liability earthquake in Europe”, 7-8.

los acuerdos celebrados» o, alternatively, «[medidas] para impedir que estén disponibles en sus servicios obras u otras prestaciones identificadas por los titulares de los derechos en cooperación con los proveedores de servicios»⁵³. Por su parte, el Considerando 38 establece que, si la actividad de los prestadores de servicios no se limita a la mera puesta a disposición de instalaciones materiales y constituye un acto de comunicación al público, estos quedan obligados a suscribir acuerdos de licencia con los titulares de derechos, salvo lo dispuesto en el artículo 14 de la DCE ⁵⁴ ⁵⁵. A continuación, en línea con Sentencia del *Caso L'Oréal*⁵⁶, añade que la exención del artículo 14 DCE no aplica si los prestadores han tenido un papel activo⁵⁷. En otras palabras, si un prestador intermediario, que «almacena y facilita el acceso» a obras y otras prestaciones, desempeña un papel activo, realiza un acto de comunicación al público y, además, no le resultan aplicables las reglas de puerto seguro, deberá suscribir acuerdos con los titulares derechos o, en su caso, retirar las obras u otras prestaciones protegidas⁵⁸.

Este régimen no está exento de críticas, pues, al romper con el sistema horizontal de la DCE, que excluía de responsabilidad a los proveedores cuando cumplieran con las normas de puerto seguro, estos solo podían declararse responsables de forma subsidiaria con arreglo a la norma nacional. En cambio, la Propuesta DDAMUD declararía a los prestadores *de facto* responsables directos por los contenidos cargados por usuarios que vulneren los derechos de propiedad intelectual, lo cual va a limitar la libre prestación de servicios de los intermediarios. La dureza del régimen propuesto llevaría al intermediario a declararse responsable incluso cuando los sistemas de reconocimiento de contenidos fallaran a la hora de prevenir la disponibilidad de los contenidos protegidos. Además, esta regulación atentaría contra la inexistencia de una obligación general de supervisión del artículo 15 DCE.

En segundo lugar, la Propuesta recoge la obligación de los prestadores de implementar medidas para asegurar el funcionamiento de los acuerdos, como «técnicas

⁵³ Comisión Europea, “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital” (14 de septiembre de 2016), art. 13, ap. 1, p. 30. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593>

⁵⁴ Ibid., Considerando 38, p. 21.

⁵⁵ Es decir, el régimen de responsabilidad del artículo 13 Propuesta DDAMUD solamente aplicará cuando el prestador no esté protegido por las reglas de puerto seguro.

⁵⁶ Vid. STJUE (Gran Sala), de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09 (*Caso L'Oréal*), ECLI:EU:C:2011:474. aps. 113-116.

⁵⁷ Comisión Europea, “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital” (14 de septiembre de 2016), Considerando 38, p. 21.

⁵⁸ Frosio, “From horizontal to vertical: an intermediary liability earthquake in Europe”, 10.

efectivas de reconocimiento de contenidos» que, además, deberán ser adecuadas y proporcionadas ⁵⁹. Los proveedores deberán de informar a los titulares de derechos de la implantación y el funcionamiento de estas medidas. Este es el caso Content ID, un sistema de identificación automática de contenidos desarrollado por Google que compara el contenido visual y de audio cargado por los usuarios en YouTube mediante una base de datos de obras musicales, obras audiovisuales, programas de televisión, videojuegos, programas de software y otras obras y prestaciones protegibles en busca de coincidencias⁶⁰. En esta línea, los Estados miembros deben facilitar el diálogo entre las partes interesadas para determinar cuáles son las «mejores prácticas»⁶¹.

La mayor discrepancia con esta obligación es, de un lado, el conflicto planteado con la inexistencia de una obligación general de supervisión del artículo 15 DCE y la jurisprudencia europea en los casos *Scarlet Extended*⁶² y *Netlog*⁶³. En este sentido, en el *Caso Netlog* el TJUE afirmaba que el filtrado de contenidos podía vulnerar la libertad de información, el derecho a la protección de datos de carácter personal y la libertad de empresa⁶⁴. Por otro lado, el filtrado de contenidos va a dificultar a los destinatarios de los servicios el uso de los límites y excepciones a los derechos de autor⁶⁵, como el uso de citas con fines de crítica o reseña, o el uso a efectos de caricatura, parodia o pastiche⁶⁶, pues los algoritmos de reconocimiento de contenidos no tienen capacidad de detectar la intención de crítica o de reseña o el tono humorístico de una parodia.

En tercer lugar, los prestadores intermediarios deberán habilitar un sistema de reclamaciones y recursos para los usuarios en caso de litigio⁶⁷. Esta medida es adecuada para que los usuarios reclamen cuando un contenido cargado a los servicios del intermediario haya sido retirado, bloqueado o desmonetizado por error del algoritmo de

⁵⁹ Comisión Europea, “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital” (14 de septiembre de 2016) art. 13, ap. 1, p. 30-31.

⁶⁰ Servicio de Content ID de YouTube https://support.google.com/youtube/topic/2676339?hl=es&ref_topic=6151248&sjid=18144087693940755381-EU

⁶¹ Comisión Europea, “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital” (14 de septiembre de 2016) art. 13, ap. 3, p. 31.

⁶² STJUE (Sala Tercera), de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10 (*Caso Scarlet Extended*), ECLI:EU:C:2011:771.

⁶³ STJUE (Sala Tercera), de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10 (*Caso Netlog*), ECLI:EU:C:2012:85, aps. 48-51.

⁶⁴ *Ibid.*, aps. 48-51.

⁶⁵ *Vid.*, art. 5 Directiva 2001/29/CE (DDASI); art. 6 Directiva 2006/115/CE; art. 5 Directiva 2009/24/CE; art. 6 Directiva 2012/28/UE; art. 32 Directiva 2014/26/UE y art. 3 Directiva (UE) 2017/1564.

⁶⁶ Directiva 2001/29/CE, art. 5, ap. 3, letras d), k).

⁶⁷ *Ibid.*, art. 13, ap. 2, p. 31.

reconocimiento, o bien, de forma injustificada, al estar amparado el usuario amparado por un límite o excepción a los derechos de autor.

No obstante, el criterio es insuficiente, pues estos mecanismos de reclamación y recursos resultan muy gravosos para los usuarios, que no actúan en igualdad de condiciones, viendo limitada su libertad de expresión e, incluso, su libertad de empresa. Aunado a esto, las grandes plataformas UGC como TikTok se caracterizan porque cada minuto los usuarios cargan numerosos vídeos cuyos contenidos son susceptibles de infringir los derechos de autor o afines, por lo que este sistema de reclamaciones y recursos requeriría de grandes inversiones.

Conforme a lo anterior, el artículo 13 Propuesta DDAMUD operaría como «*lex specialis*» frente al artículo 14 DCE, desplazando la aplicación de este último cuando no fuera aplicable por razón de materia, es decir, cuando el contenido vulnere los derechos de propiedad intelectual. No obstante, el artículo 14 DCE conservaría su vigencia para excluir la responsabilidad de los prestadores intermedios en materia de derecho del consumo o regulaciones de privacidad, entre otros. Autores como Van Eecke afirman que las normas de «notificación y retirada» eran un mecanismo esencial mediante el cual la DCE encontraba un equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos, los prestadores intermediarios y los usuarios⁶⁸. Desde este punto de vista, las normas de puerto seguro fueron claves en el desarrollo y la armonización de los servicios de la sociedad de la información en la Unión Europea.

En conclusión, la Propuesta DDAMUD se enfrentó a muchas críticas que tendrían como resultado la modificación del texto que finalmente se aprobaría en la Directiva 2019/790, que intentaría dar respuestas a las críticas planteadas. En primer lugar, la imprecisión sobre a qué prestadores afecta el artículo 13; en segundo lugar, las barreras a la libre prestación de servicios intermediarios; en tercer lugar, el conflicto entre la obligación de filtrado de contenidos y la inexistencia del deber general de supervisión y, en cuarto lugar, las dificultades para el uso de límites y excepciones a los derechos de autor.

⁶⁸ Patrick Van Eecke, “Online service providers and liability: A plea for a balanced approach. En *Common Market Law Review*, Vol. 48, Nº 5 (2011). <https://doi.org/10.54648/cola2011058>.

3. EL NUEVO ARTÍCULO 17 DDAMUD Y SU RELACIÓN CON OTRAS DIRECTIVAS Y REGLAMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA.

3.1. El régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea.

3.1.1. Ámbito de aplicación subjetiva del artículo 17 DDAMUD.

El artículo 13 Propuesta de DDAMUD se transformará en el nuevo artículo 17 DDAMUD, que reconoce una nueva categoría legal de prestadores intermediarios, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea. Estos se definen como *«[prestadores] de un servicio de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos 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»*⁶⁹.

Por su parte, la DDAMUD incorpora una lista no exhaustiva⁷⁰ de prestadores de servicios que no son prestadores de servicios para compartir contenidos en línea: «enciclopedias en línea sin fines lucrativos», «repositorios científicos o educativos sin fines lucrativos», plataformas para desarrollar y compartir programas informáticos de código abierto», «proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas tal como se definen en la Directiva (UE) 2018/1972», «mercados en línea» y «prestadores de servicios entre empresas y en la nube, que permiten que los usuarios carguen contenido para su propio uso»⁷¹. Además, los prestadores cuyo principal objetivo sea practicar o facilitar la piratería no deben beneficiarse del régimen de exención⁷².

Con la redacción del artículo 2, apartado 6 DDAMUD, se da solución parcial al primer problema planteado por la Propuesta de Directiva, relativo a quiénes son los prestadores a que les afecta el nuevo régimen de responsabilidad de los intermediarios. No obstante, para determinar los prestadores que entran en el ámbito de aplicación del artículo 17 es necesaria la evaluación caso por caso a la luz de los siguientes requisitos a

⁶⁹ 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 (DDAMUD), art. 2, ap. 6.

⁷⁰ Ibid., Considerando 62.

⁷¹ Ibid., art. 2, ap. 6.

⁷² Ibid., Considerando 62.

cumplir de forma cumulativa⁷³. En primer lugar, que el proveedor preste un servicio de la sociedad de la información, en virtud del artículo 1, apartado 1 Directiva (UE) 2015/1525⁷⁴, en segundo lugar, que su fin principal o uno de sus fines principales sea «almacenar y dar acceso al público» a «una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas» que sean «cargadas por sus usuarios» y, en último lugar, que «organice y promocióne con fines lucrativos»⁷⁵. En definitiva, los prestadores de servicios cuyo fin no sea el anterior, no estarán en el ámbito de aplicación del artículo 17 DDAMUD.

En esta línea, el «fin principal» o «uno de los fines principales» debe entenderse como la función principal o predominante del prestador de servicios⁷⁶. A continuación, por «almacenar» se comprende el almacenamiento de contenido que no sea meramente temporal y por «dar acceso al público» se hace referencia al acceso a este contenido almacenado⁷⁷. En cuanto a «gran cantidad», la Directiva 2019/790 no establece ninguna cantidad mínima de obras y otras prestaciones a partir de cual es de aplicación el artículo 17⁷⁸. En ningún caso, los Estados miembros pueden establecer una cantidad, pues resultaría en una disgregación del régimen de responsabilidad de los PSPCCCL en los Estados miembros. La evaluación caso por caso debe hacerse en relación con varios criterios, como la audiencia del servicio o el número de ficheros cargados por los usuarios, pero nunca en consideración de un solo criterio⁷⁹. Por último, los beneficios obtenidos deben ser entendidos como aquellos logrados de forma directa o indirecta con el fin de atraer una audiencia mayor⁸⁰. En este sentido, los fines lucrativos no se pueden presuponer por la naturaleza del prestador y tienen que estar conectados con el contenido cargado por el usuario, por ejemplo, mediante la inclusión de anuncios junto a estos.

⁷³ Ibid., Considerando 63.

⁷⁴ Los servicios de la sociedad de la información se definen como «todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.»

⁷⁵ Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Orientaciones sobre el artículo 17 de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital” (4 de junio de 2021), 5. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0288>

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Directiva (UE) 2019/790, Considerando 63.

3.1.2. Modelos de autorización entre prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y titulares de derechos.

El artículo 17, apartado 1 y 2 DDAMUD recoge un modelo de autorización y adopción de acuerdos entre los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y los titulares de derechos. En primer lugar, el apartado 1 exige a los Estados miembros a disponer que los prestadores de servicios realicen un acto de comunicación pública o de puesta a disposición cuando ofrecen al público contenidos protegidos cargados por un usuario. De esta forma, los prestadores estarán obligados a obtener una autorización de los titulares del artículo 3, apartados 1 y 2 DDASI con el fin de comunicar al público o poner a su disposición obras y prestaciones⁸¹.

En segundo lugar, los modelos de autorización pueden ser varios, de conformidad con las Orientaciones sobre el artículo 17 de la Directiva 2019/790 (en adelante, «Orientaciones»⁸²). En este sentido, se podrán establecer diferentes modelos de autorización para fomentar el mercado de licencias. De esta forma, se podrán conceder licencias gratuitas, mediante una licencia *Creative Commons*, o bien, se podrá autorizar que los titulares de derechos carguen sus propios contenidos en las plataformas o, incluso, se podrá pactar que los titulares de derechos autoricen el uso de sus obras o prestaciones protegibles a cambio de datos o actividades promocionales⁸³.

Por su parte, los Estados miembros podrán establecer mecanismos voluntarios para facilitar acuerdos o recurrir a la concesión de licencias colectivas. En el mercado musical, es práctica común que las empresas discográficas otorguen licencias individuales sobre sus derechos a los prestadores de servicios. Por su parte, en el sector cinematográfico y en la fotografía es habitual la concesión de licencias individuales por parte de los titulares de derechos, mientras que en el ámbito de las artes visuales se suele recurrir a las licencias colectivas entre los prestadores de servicios y las entidades de gestión, como VEGAP en España⁸⁴.

Las entidades de gestión a las que los titulares hayan encomendado sus derechos podrán realizar acuerdos de licencias para el uso de su repertorio con los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea e, incluso, licencias colectivas de efecto

⁸¹ Ibid., art. 17.

⁸² Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Orientaciones sobre el artículo 17 de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital”. (4 de junio de 2021).

⁸³ Ibid., p. 7.

⁸⁴ Ibid.

ampliado, en virtud del artículo 12 DDAMUD y la Directiva 2014/26/UE. En cuando a las licencias ampliadas, estas serán posibles en algunos sectores, cuando no se traten de derechos de gestión colectiva obligatoria y, en relación con el Considerando 45 DDAMUD, cuando sea especialmente identificar a todos los titulares y cuando los costes de obtención de derechos sean especialmente elevados⁸⁵.

En tercer lugar, las *Orientaciones* imponen a los Estados miembros transponer de forma expresa el artículo 17, apartado 2, el cual dispone que, cuando un prestador de servicios haya obtenido una autorización, dicha autorización comprenda también los actos realizados por usuarios de los servicios que entren en el ámbito de aplicación del artículo 3 DDASI «cuando no actúen con carácter comercial» o «en caso de que su actividad no genere ingresos significativos», garantizando mayor seguridad jurídica a los usuarios.

En el primer supuesto, la ausencia de «carácter comercial» está presente en numerosos vídeos cortos generados por usuarios en TikTok, en el que se comunica al público de forma incidental una música de fondo. En el segundo supuesto, la ausencia de «ingresos significativos» se da, por ejemplo, en la situación de un usuario que genera ingresos limitados en TikTok por la carga de vídeos cortos o por la realización de *livestreams* en que se presenten contenidos protegidos, como música o imágenes. Estos ingresos pueden tratarse de ingresos publicitarios, o bien, ingresos derivados de la monetización de la cuenta de TikTok, mediante la cual, la propia plataforma retribuye a sus usuarios, en determinadas ocasiones, por publicar vídeos cortos o por transmitir en directo por Internet⁸⁶. El concepto de «ingresos significativos» ha de ser evaluado caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias de la actividad del usuario, sin que los Estados miembros puedan establecer un umbral cuantitativo.

En cuarto lugar, el concepto de autorización ha de interpretarse en el sentido que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea no necesitan obtener una autorización aparte cuando los titulares de derechos de derechos hayan autorizado expresamente a los titulares de derechos a cargar contenidos protegidos específicos.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ La opción de monetización de la cuenta de TikTok está presente en algunos países como España, Alemania, Francia o Italia.

3.1.3. Regímenes de exclusión de la responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea.

A falta de una autorización del titular de derechos, el prestador de servicios para compartir contenidos en línea podrá acogerse a una exención de responsabilidad prevista en el artículo 17, apartado 4 DDAMUD, siempre que hayan realizado sus mayores esfuerzos por obtener una autorización; por garantizar la indisponibilidad de los contenidos protegidos específicos y, además, que hayan actuado de modo expeditivo, tras recibir una notificación suficientemente motivada, para inhabilitar el acceso a los contenidos protegidos o retirarlos y evitar futuras cargas. Por su parte, el artículo 17, apartado 6 DDAMUD recoge un régimen de exención de responsabilidad más laxo para nuevos prestadores de servicios.

Este apartado está sujeto al principio de proporcionalidad del artículo 17, apartado 5, con el fin de garantizar la libertad de empresa, atendiendo a criterios como el tamaño y audiencia del servicio o los diferentes tipos de contenidos ofrecidos. El concepto de «mayores esfuerzos» se trata de un concepto autónomo del Derecho de la Unión Europea y, por tanto, debe ser transpuesto en los Estados miembros en virtud de *las Orientaciones* y de acuerdo con la finalidad de la DDAMUD.

En primer lugar, el artículo 17, apartado 4, letra a) DDAMUD establece que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea serán responsables de los actos de comunicación al público y de puesta a disposición, a menos que hayan realizado los mayores esfuerzos por obtener una autorización. Para ello, deben tenerse en cuenta las prácticas de mercado o los mecanismos de mediación voluntaria adoptado por los Estados miembros. Además, los prestadores de servicios deben tratar de forma proactiva con los titulares de derechos, en particular con aquellos con un amplio catálogo de obras y prestaciones y las sociedades de gestión colectiva, salvo que estos titulares sean difíciles de identificar. Para aquellos prestadores de servicios más pequeños, cabe que estas obligaciones se apliquen de forma menos rígida, en virtud del principio de proporcionalidad, bastando con que faciliten sus datos de contacto o herramientas para que los titulares de derechos se puedan poner en contacto con él. En el caso de que los titulares de derechos se nieguen a negociar o rechacen ofertas razonables de buena fe, se entenderá que el prestador de servicios ha cumplido con esta obligación.

En segundo lugar, el artículo 17, apartado 4, letra b) DDAMUD exige a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea que hayan cumplido con el requisito anterior a realizar sus mayores esfuerzos para garantizar la indisponibilidad de

obras y prestaciones cuando los titulares le hayan facilitado la información pertinente y necesaria por adelantado. Igualmente, el concepto de «información pertinente y necesaria» debe ser transpuesto por los Estados miembros de conformidad con las *Orientaciones* y la finalidad del artículo 17 DDAMUD. Además, el carácter «pertinente» y «necesario» debe evaluarse caso por caso. Por su parte, para apreciar si se han realizado los mayores esfuerzos el prestador de servicios debe examinar las prácticas del sector.

No obstante, esta norma ha de interpretarse de forma tecnológicamente neutra, es decir, los Estados miembros no deben exigir el uso de una tecnología específica, ya sea la tecnología de reconocimiento de huellas digitales, la tecnología *hashing*, la marca de agua digital, el uso de metadatos, la búsqueda de palabras claves o una combinación de las anteriores, sin perjuicio de que los prestadores de servicios puedan adoptar estas soluciones⁸⁷.

En tercer lugar, el artículo 17, apartado 4, letra c) DDAMUD dispone que los prestadores de servicios son responsables de los actos de comunicación al público y de puesta a disposición del público, a menos que demuestren que han actuado de modo expeditivo, tras recibir una «notificación suficientemente motivada» de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones o para retirarlas, y que han hecho los mayores esfuerzos para evitar futuras cargas en el sentido del párrafo anterior. Este es el caso de los titulares de derecho que no han facilitado previamente a los prestadores la información «pertinente y necesaria» para evitar la disponibilidad de contenidos y actúan *a posteriori* para solicitar su retirada y su no reposición, o cuando, a pesar de hacer los mayores esfuerzos, los contenidos protegidos están disponibles por razones objetivas, como las limitaciones de la tecnología.

Por «notificación suficientemente motivada» el artículo 17, la Comisión recomienda a los Estados miembros que sigan, en su transposición, la Recomendación de la Comisión sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos en línea⁸⁸, que exige que las notificaciones incluyan una explicación de las razones por las que el notificador considera que esos contenidos son ilícitos y una indicación clara de su localización. Por su parte, en cuanto a la «no reposición», los titulares de derechos deben proporcionarles el mismo tipo de «información pertinente y necesaria» que se indica en el artículo 17, apartado 4, letra b).

⁸⁷ Vid. Sección 5, ap. III, pp. 42-42 de este documento.

⁸⁸ Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea.

En definitiva, un prestador de servicios para compartir contenidos en línea podrá acogerse al régimen de exención responsabilidad del artículo 17, apartado 4 DDAMUD cuando haya realizado los mayores esfuerzos para obtener una autorización de los titulares de derechos; además, haya realizado los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad del contenido protegido y, por último, haya actuado de modo expeditivo para inhabilitar o retirar el acceso del contenido protegido y para evitar su reposición. Si no concurre alguno de estos requisitos, el prestador de servicios será automáticamente responsable por los contenidos disponibles en sus servicios.

Por último, el artículo 17, apartado 6 DDAMUD recoge un régimen específico de responsabilidad para los nuevos prestadores de servicios, que lleven operando menos de tres años y que tengan un volumen de negocios anual inferior a 10 millones de euros. Para calcular este volumen anual de negocios, las Orientaciones remiten a la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas. Dentro de estos «nuevos» prestadores de servicios se reconocen dos categorías. Por un lado, aquellos prestadores de servicios que tienen menos de 5 millones de visitantes únicos, los cuales están obligados a hacer los mayores esfuerzos por obtener una autorización (artículo 17, apartado 4, letra a)) y a cumplir con la obligación de «notificación y retirada» (artículo 17, apartado 4, letra c), primera parte). Por otro lado, aquellos «nuevos» prestadores con más de 5 millones de visitantes únicos deben cumplir las mismas obligaciones que los anteriores y, además, garantizar el cumplimiento de la obligación de «no reposición» (artículo 17, apartado 4, letra c) segunda parte). En ninguno de los dos casos les será aplicable la obligación de garantizar la indisponibilidad de contenidos no autorizados. Por su parte, el «número de visitantes únicos mensuales» ha de calcularse sobre la base del año civil anterior. Asimismo, lo que ha de entenderse por «mayores esfuerzos» puede diferir en el caso de los «nuevos» prestadores de servicios, en atención al principio de proporcionalidad del artículo 17, apartado 5.

3.1.4. Salvaguardias de utilizaciones lícitas y sistemas de reclamaciones y recursos para los usuarios.

En relación con la salvaguarda de utilizaciones lícitas, el artículo 17, apartado 7 establece la obligación de que los Estados miembros velen porque los usuarios puedan hacer uso de las excepciones y las limitaciones a los derechos de autor. En este sentido, las utilizaciones lícitas abarcan, en primer lugar, las utilizaciones amparadas por excepciones y límites; en segundo lugar, las utilizaciones de quien hayan obtenido los derechos y, en tercer lugar, aquellos contenidos no cubiertos por propiedad intelectual por

no considerarse prestaciones protegibles, como es el caso de las obras de dominio público o aquellos contenidos donde no se alcance el umbral de originalidad.

En el primer caso, al respecto de las excepciones y los límites, las *Orientaciones* obligan a los Estados miembros a transponer de forma expresa el artículo 17, apartado 7, párrafo primero, relativo a los usos que no infringen los derechos de autor. Por su parte, también será objeto de transposición las excepciones obligatorias del párrafo segundo, relativas al uso de contenidos generados por usuarios para:

- a) *Citas, críticas o reseñas;*
- b) *Usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche.*

Todo ello, sin perjuicio de aquellas otras excepciones o límites que hayan sido adoptados de forma opcional en virtud de la DDASI, como las de inclusión incidental⁸⁹ o el uso de obras realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos⁹⁰. Por su parte, el Considerando 70 dispone que estas excepciones o límites del artículo 17, apartado 7 son importantes para lograr un equilibrio entre los derechos fundamentales de la Carta, en especial, la libertad de expresión y la libertad artísticas y el derecho de propiedad intelectual⁹¹.

Las *Orientaciones* consideran a estas excepciones como conceptos autónomos del Derecho de la Unión Europea⁹². En cuanto a los conceptos de «cita» y «parodia» el TJUE ha establecido que estos deben determinarse conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, teniendo también en cuenta el contexto y los objetivos perseguidos⁹³. Estas excepciones y límites han de interpretarse en un modo coherente con la Carta⁹⁴ y la jurisprudencia del TJUE⁹⁵.

En el segundo caso, relativo a las utilizaciones de quienes hayan obtenido los derechos, las *Orientaciones* se refieren a aquellos casos en que, o bien, el usuario que carga los contenidos es el titular originario y el contenido no incluye derechos de terceros,

⁸⁹ Directiva 2001/29/CE, art. 5, ap. 3, letra i).

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, OJ C 202, 7 de junio de 2016.

⁹² Vid. STJUE (Sala Tercera), de 21 de octubre de 2010, asunto C-467/08 (*Caso Pawadan*). ECLI:EU:C:2010:620, ap. 32.

⁹³ Vid. STJUE (Gran Sala), de 29 de julio de 2019, asunto C-476/17 (*Caso Pelham*), ECLI:EU:C:2019:624, ap. 70. STJUE (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/13, (*Caso Deckmyn*) ECLI:EU:C:2014:2132, ap. 19.

⁹⁴ Vid. STJUE (Gran Sala), de 29 de julio de 2019, asunto C-516/17 (*Caso Spiegel online*), ECLI:EU:C:2019:625, ap. 52. STJUE (Sala Cuarta), de 27 de marzo de 2014, asunto C-314/12 (*Caso Telekabel*), ECLI:EU:C:2014:192 ap. 46.

⁹⁵ Vid. STJUE (Sala Tercera), de 1 de diciembre de 2011, asunto C -145/10 (*Caso Eva Painer*), ECLI:EU:C:2011:798, ap. 133. STJUE (Sala Cuarta), de 11 de septiembre de 2014, asunto C-117/13, (*Caso Technische Universität Darmstad*), ECLI:EU:C:2014:2196, ap. 43.

o bien, porque ha obtenido las autorizaciones necesarias, como en el caso de los usuarios profesionales y los organismos de radiodifusión. Por último, en el tercer caso, relativo al uso de contenidos no protegidos por propiedad intelectual, se incluyen tanto las obras en dominio público como aquellas que no revisten de los criterios de protección⁹⁶.

Los contenidos no constituyan una infracción manifiesta deben aparecer en línea, debiendo los prestadores de servicios informar a los titulares de derechos sin demoras indebidas sobre estos contenidos. En caso de oposición de los titulares de derechos, los prestadores de servicios deberán realizar un «examen humano rápido *a posteriori*». Además, en el caso de un perjuicio económico significativo, los prestadores de servicios deben actuar con especial atención y diligencia a la hora de cumplir con los mayores esfuerzos del artículo 17, apartado 4. En este sentido, la evaluación de aquellos contenidos que constituyen una «infracción manifiesta» se determinará con arreglo a la información facilitada previamente por los titulares de derechos a los prestadores de servicios. En este sentido, algunos titulares indican a los prestadores de servicios que se tenga cierto margen de tolerancia para permitir la disponibilidad de determinados contenidos.

A continuación, las *Orientaciones* disponen que los criterios para determinar las cargas manifiestamente infractoras son, por ejemplo, la duración o el tamaño del contenido⁹⁷, la proporción de contenido coincidente con la carga completa o el nivel de modificación de la obra⁹⁸. Además, estos criterios deben tener en cuenta el tipo de contenido, el riesgo de perjuicio económico y el modelo de negocio. Por ejemplo, en el caso de las plataformas UGC como TikTok, que se caracterizan por la carga de extractos muy breves de contenido, se podría causar un perjuicio importante a los titulares de derechos si se consideran de forma agregada.

En el caso de que se realice un «examen humano rápido *a posteriori*» que determine la inhabilitación o la retirada de contenidos, el prestador de servicios deberá informar lo antes posible a los titulares de derechos y a los usuarios del resultado del examen. Además, el usuario debe poder recurrir a los mecanismos de reclamación y recurso previstos en el artículo 17, apartado 9. Estos mecanismos, junto a los mecanismos solución extrajudicial de conflictos, deben servir para que los usuarios puedan impugnar las decisiones de los prestadores de servicios, ya sea en el caso de los contenidos

⁹⁶ Vid. STJUE (Gran Sala), de 29 de julio de 2019, asunto C-469/17 (*Caso Funke Medien*), ECLI:EU:C:2019:623, ap. 12.

⁹⁷ Este puede ser el caso del límite de citas.

⁹⁸ Asimismo, este puede ser el caso de la parodia o el pastiche.

manifiestamente infractores bloqueados, en virtud del artículo 17, apartado 4, letra b) y apartado 7, como en el caso de los contenidos retirados *a posteriori* tras una notificación suficientemente motivada, de conformidad con el artículo 17, apartado 4, letra c).

El mecanismo de reclamaciones y recursos debe ser eficaz y rápido. Para ello, las *Orientaciones* sugieren a los Estados miembros que recomienden a los prestadores de servicios que faciliten formularios en línea. Este es, nuevamente, el caso de TikTok, pues la plataforma prevé un formulario de denuncia de infracción de derechos de autor en nueva política de propiedad intelectual, aplicable a partir del mes de agosto de 2023 en el Espacio Económico Europeo (en adelante, «EEE»)⁹⁹. Además, los prestadores de servicios también podrían permitir la comunicación de los usuarios y los titulares de derechos dentro de su sistema de recurso.

3.1.5. Implementación de técnicas de reconocimiento automatizado de contenidos.

La Directiva 2019/790 evita cualquier mención de las técnicas de reconocimiento automatizado de contenidos, sin embargo, el artículo 17, apartado 4 parece haber sido redactado teniendo en mente estas herramientas tecnológicas. La obligación de implementar técnicas de reconocimiento de contenido presenta varios conflictos. En primer lugar, su incompatibilidad con la ausencia de un deber general de supervisión y, en segundo lugar, su colisión con los derechos fundamentales como libertad de expresión, la libertad de información, la libertad de empresa y el derecho a la protección de datos de carácter personal.

En primer lugar, el artículo 17, apartado 8, párrafo 1 DDAMUD recoge, de forma similar al artículo 15 DCE, la ausencia de un deber general de supervisión. No obstante, el Considerando 40 DCE estableció que «*[l]o dispuesto en la presente Directiva sobre responsabilidad no supone un obstáculo para que las distintas partes interesadas desarrollen y apliquen de forma efectiva sistemas técnicos de protección e identificación y de supervisión*»¹⁰⁰. En este sentido, parece deducirse que, aunque no es necesario el establecimiento de una tecnología concreta, los titulares de derechos pueden establecer estas medidas de forma voluntaria.

De esta forma, en 2007 compañías como «Disney» y «Sony» llegaron a un acuerdo de buenas prácticas con plataformas «MySpace» y «Dailymotion» basados en sistemas de huella digital. Posteriormente, las plataformas «YouTube» y «Facebook»

⁹⁹ TikTok. “Denunciar incumplimiento de derechos de Copyright”.
<https://www.tiktok.com/legal/report/Copyright>.

¹⁰⁰ Directiva 2000/31/CE, Considerando 40.

implementaron los sistemas de reconocimiento automatizados de contenidos basados, «Content ID» y «Rights Manager»¹⁰¹. Estos sistemas voluntarios generaban problemas como que no todos los titulares de derechos podían beneficiarse de estos, la falta de transparencia sobre el funcionamiento de estos y que cada plataforma dispusiera de su propio procedimiento de recurso frente a la retirada o la inhabilitación¹⁰².

A continuación, el Considerando 47 dispone que las obligaciones de supervisión específicas no son incompatibles con la prohibición del artículo 15 DCE¹⁰³ o «deberes de supervisión en casos específicos». En este contexto, es necesario distinguir entre «deber de supervisión general» y «deber de supervisión en casos específicos». Existen dos posturas doctrinales diferenciadas. De un lado, la que defiende que la obligación de implementar técnicas de reconocimiento automatizado de contenido es incompatible con el artículo 15 DCE, ya que el prestador de servicios se vería obligado a examinar todos los contenidos que el usuario pretenda subir a la plataforma¹⁰⁴ y, de otro lado, la interpretación que argumenta que lo que da lugar a un deber general de supervisión no es la extensión de los datos, sino la falta de precisión en relación con los contenidos que se pretenden filtrar¹⁰⁵.

En relación con el deber general de supervisión, el TJUE había reconocido, en el *Caso Netlog*, que la imposición de un sistema de filtrado de todos los contenidos subidos por usuarios, que identificara con carácter preventivo los archivos electrónicos que incluían una obra musical, cinematográfica o audiovisual, como exigía en este caso la entidad de gestión SABAM, suponía un deber de supervisión general, no solo por aplicarse a todos los usuarios, sino porque esa supervisión preventiva exigiría una vigilancia activa¹⁰⁶. Es importante tener en cuenta que el TJUE solamente sobre el sistema

¹⁰¹ López Richart, “Responsables, *ma non troppo*. Las reglas de exención de responsabilidad de las plataformas para el intercambio de contenidos en línea en la directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital”, 348.

¹⁰² Ibid., p. 347.

¹⁰³ Directiva 2000/31/CE, Considerando 47.

¹⁰⁴ Christina Angelopoulos, “Study on Online Platforms and the Commission’s New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market”, Centre for Intellectual Property and Information Law (CIPL), University of Cambridge (2017), 36-37 <https://doi.org/10.17863/CAM.23091>

¹⁰⁵ Vid. Jan Bernd Nordemann, “Liability for Copyright Infringement on the Internet: Host providers (Content Providers) The German Approach”, 2, *JIPITEC* (2011): 42. https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-1-2011/2962/JIPITEC_Nordemann.pdf Jan Bernd Nordemann, “Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content – Regulatory Action Needed?”. (Dirección General de Políticas Internas, 2018): 17-19.

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA\(2017\)614207_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA(2017)614207_EN.pdf)

¹⁰⁶ STJUE (Sala Tercera), de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10 (*Caso Netlog*), ECLI:EU:C:2012:85, ap. 37.

de filtrado de contenidos propuesto por SABAM y no otro, por lo que esta sentencia no es concluyente sobre ninguna de las anteriores tesis¹⁰⁷.

Posteriormente, en el *Caso Eva Glawischnig-Pieczek v. Facebook Ireland Ltd.* (en adelante, «Caso Facebook Ireland Ltd.»), el TJUE había concluido, respecto de una medida cautelar a efectos de retirar un comentario que atentaba contra el derecho al honor, que no cabe considerar que tal medida imponga al prestador de servicios de alojamiento un deber general de supervisión o de búsqueda activa de hechos sobre declaraciones idénticas o contenido similar realizada en el futuro por el mismo o por otros usuarios¹⁰⁸. El TJUE ya había dispuesto en el *Caso L'Oréal* que un prestador de alojamiento de datos puede ser obligado a adoptar medidas que contribuyan a evitar que reconozca que estas medidas no pueden consistir en la supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes dirigida a evitar cualquier futura lesión de derechos de propiedad intelectual¹⁰⁹.

No obstante, el TJUE no deja claro si lo que califica de general a un deber de supervisión era su carácter subjetivo, es decir, la supervisión de cada cliente, o su carácter objetivo, es decir, cualquier futura lesión de derechos de propiedad intelectual. En esta dirección, el Abogado General en el *Caso Facebook Ireland Ltd.* consideró que un prestador de servicios de alojamiento puede ser obligado a buscar e identificar todos los contenidos idénticos a aquellos declarados ilícitos, sin que exista un deber general de supervisión, puesto que la búsqueda se limita a un caso concreto de una lesión y porque la reproducción de este ilícito puede detectarse con ayuda de herramientas informáticas, sin estar obligados a realizar un filtrado activo de todos los contenidos¹¹⁰. Por tanto, parecía llegarse a la conclusión de que el reconocimiento automatizado de contenidos previamente identificados por los titulares no es incompatible con el artículo 15 DCE.

El sistema que se limita a la búsqueda de casos concretos de lesión, propuesto por el Abogado General en el *Caso Facebook Ireland Ltd.*, presenta similitudes del artículo 17, apartado 4, letra b) DDAMUD, que parece resolver este problema a la hora de

¹⁰⁷ López Richart, “Responsables, *ma non troppo*. Las reglas de exención de responsabilidad de las plataformas para el intercambio de contenidos en línea en la directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital”, 351.

¹⁰⁸ STJUE (Sala Tercera), de 3 de octubre de 2019, asunto C-18/18 (*Caso Eva Glawischnig-Pieczek v. Facebook Ireland Ltd.*) ECLI:EU:C:2019:821.

¹⁰⁹ STJUE (Gran Sala), de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09 (*Caso L'Oréal*), ECLI:EU:C:2011:474, ap. 139.

¹¹⁰ Conclusiones del abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 4 de junio de 2019, asunto C-18/18 (*Caso Eva Glawischnig-Pieczek v. Facebook Ireland Ltd.*) ECLI:EU:C:2019:821, ap. 57.

referirse tan solo a los contenidos concretos previamente identificados por los titulares de derechos.

En segundo lugar, respecto al deber de implementar técnicas de reconocimiento automatizado de datos y la colisión con derechos fundamentales, el *Caso Netlog* establecía que estas órdenes de filtrado podían ser incompatible con los derechos fundamentales, en especial, la libertad de empresa, el derecho a la protección de datos de carácter personal y la libertad de expresión¹¹¹. Esto es pues, aunque el derecho de propiedad intelectual sea un derecho fundamental consagrado en el artículo 17 de la Carta¹¹², no se trata de un derecho absoluto, debiendo ponderarse con el resto de los derechos afectados.

En cuanto a la libertad de empresa, recogida en el artículo 16 de la Carta, el Tribunal de Justicia en el *Caso Netlog* había concluido que el requerimiento judicial por el que se estableciera un sistema de filtrado como el propuesto por SABAM implicaría una vulneración sustancial de la libertad de empresa del prestador de servicios, dado que obligaría a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas¹¹³. A diferencia del sistema propuesto por SABAM, el artículo 17 DDAMUD prevé que los titulares de derechos hayan de facilitar la información pertinente y necesaria para identificar las posibles obras y otras prestaciones cargadas. En este sentido, los prestadores de servicios solo deberán contrastar los datos facilitados por los titulares de derechos.

El TJUE consideró en el *Caso Telekabel* que la libertad de empresa no es incompatible con las órdenes de bloqueo porque no se imponía una determinada técnica de bloqueo¹¹⁴. La Sala Cuarta entendió que no se veía afectada la esencia del derecho a la libertad de empresa, en virtud de la legislación austriaca aplicable al litigio principal, puesto que el proveedor podía eximirse demostrando que había adoptado todas las medidas razonables a su alcance¹¹⁵. Este aspecto está también previsto en el artículo 17, apartado 4, letra b) DDAMUD, que exime de responsabilidad a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea si demuestran que han realizado sus

¹¹¹ STJUE (Sala Tercera), de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10 (*Caso Netlog*), ECLI:EU:C:2012:85, aps. 41-42.

¹¹² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹¹³ STJUE (Sala Tercera), de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10 (*Caso Netlog*), ECLI:EU:C:2012:85, ap. 46.

¹¹⁴ STJUE (Sala Cuarta), de 27 de marzo de 2014, asunto C-314/12 (*Caso Telekabel*), ECLI:EU:C:2014:192, ap. 52.

¹¹⁵ Ibid., ap. 53.

«mayores esfuerzos» para evitar la disponibilidad de obras y otras prestaciones previamente identificadas por los titulares de derechos¹¹⁶.

En cuanto a la protección de datos de carácter personal, recogida en el artículo 8 de la Carta, no parece justificado que el sistema de filtrado identifique, analice y trate información relativa a los perfiles creados en la red social, puesto que no es necesario para comprobar si el perfil contiene una obra o prestación protegida.

Mayor atención merece la protección de la libertad de expresión, incluida en el artículo 11 de la Carta, en la medida que ninguna de las técnicas de reconocimiento automatizado evita lo que se conoce como falsos positivos, es decir, la identificación y bloqueo de contenidos por considerar que infringían derecho de propiedad intelectual. Es el caso de las utilidades lícitas que abarcan las excepciones y limitaciones a los derechos de autor, las utilidades de quien hayan obtenido los derechos y aquellos contenidos no cubiertos por propiedad intelectual por no considerarse prestaciones protegibles, como es el caso de las obras de dominio público o aquellos contenidos donde no se alcanza el umbral de originalidad.

El artículo 17, apartado 7 DDAMUD establece una serie de excepciones y limitaciones obligatorias, a tenor del Considerando 70, que persiguen precisamente obtener un equilibrio entre los derechos fundamentales de los usuarios y los derechos de propiedad intelectual. No obstante, se plantea el problema de cómo hacer que se respete el derecho de los usuarios a la libertad de expresión si los algoritmos de reconocimiento de contenidos no tienen capacidad de detectar la intención de crítica o de reseña o el tono humorístico de una parodia. Una posible solución a este problema es *«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»)»*¹¹⁷.

El artículo 17, apartado 9 pretende resolver este problema mediante el establecimiento de un mecanismo de reclamación y recurso ágil y eficaz, así como mecanismos de solución extrajudicial de litigios¹¹⁸. El primer problema que plantean estos mecanismos es que, en un entorno caracterizado por la actualidad y la inmediatez, la posibilidad de acudir a un procedimiento de reclamación y recurso no parece resolver

¹¹⁶ Directiva (UE) 2019/790, art. 17, ap. 4, letra b).

¹¹⁷ Gerald Spindler, “¿Compartir contenidos en línea o no? Un análisis del artículo 17 de la Directiva sobre propiedad intelectual en el mercado único digital”. En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(1), (marzo de 2020), 984. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5232>.

¹¹⁸ López Richart, “Responsables, *ma non troppo*. Las reglas de exención de responsabilidad de las plataformas para el intercambio de contenidos en línea en la directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital”, 360.

de forma adecuada para los intereses de los usuarios¹¹⁹. En este sentido, en los sistemas jurídicos donde, además de un mecanismo de «notificación y retirada», existe un procedimiento de reclamación por el que la persona manifieste su oposición a la retirada de un contenido presuntamente ilícito (*counter-notice and put back*), son muy pocas las veces en que los afectados recurren a ellos¹²⁰.

En el caso de Content ID, la plataforma YouTube reconoce que menos del 1% de los usuarios reclaman ante el bloqueo de contenidos y los titulares de derechos aceptan una de cada tres reclamaciones presentadas¹²¹. Esto sucede porque el sistema ofrece pocos incentivos a los prestadores de servicios para resolver a favor de los usuarios. En este sentido, los prestadores de servicios, ante la duda, siempre van a ponerse del lado de los titulares de derechos para evitar ser demandados¹²². Una posible solución a este problema sería incorporar una cláusula que proteja al prestador de servicios que ha restablecido un contenido o desatendido una notificación de retirada por considerar de buena fe que no existía una vulneración de los derechos de autor¹²³.

El segundo problema que plantean los mecanismos de reclamación y recurso es la posibilidad los titulares soliciten la retirada o identifiquen como contenidos protegidos obras cuyos derechos han expirado o no les pertenecen. Algunos autores plantean para estos casos un mecanismo de sanción¹²⁴.

El artículo 17, apartado 8 DDAMUD exige a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea que faciliten a los titulares de derechos, cuando lo soliciten, información adecuada sobre el funcionamiento de las herramientas utilizadas para garantizar la indisponibilidad de contenidos no autorizados, es decir, las técnicas de reconocimiento automatizado de contenidos. Por su parte, las *Orientaciones* establecen

¹¹⁹ Jan Van Vegchel, “European Council’s Amended Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market; Is It Enough to Ward Off the Threat to Press Freedom?” (2018), 7. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3234175>

¹²⁰ Jennifer M. Urban, Joe Karaganis y Brianna Schofield, “Notice and takedown in everyday practice”, en *UC Berkeley Public Law Research Paper* (2016), 44-46. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2755628>

¹²¹ Oliver Japiot y Laure Durand-Viel, “La protection du droit d’auteur sur les plateformes numériques : les outils existants, les bonnes pratiques et leurs limites”, (conseil supérieur de la Propriété littéraire et artistique, 2017), 27. <https://www.vie-publique.fr/rapport/273251-la-protection-du-droit-dauteur-sur-les-plateformes-numeriques>

¹²² Sabine Jacques, Krzysztof Garstka, Morten Hviid, and John Street, “Automated anti-piracy systems as copyright enforcement mechanism: A need to consider cultural diversity”, *European Intellectual Property Review*, 40, n° 4 (2018): 229. <https://ueaeprints.uea.ac.uk/id/eprint/65880>

¹²³ Giovanni Sartor, “Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future” 2017. (Dirección General de Políticas Internas, 2017), 30. <https://doi.org/10.2861/81985>

¹²⁴ Vid. Urban, J.M., Karaganis, J. y Schofield, B., “Notice and takedown in everyday practice” (2016), 128. Van Vegchel, “European Council’s Amended Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market...” (2018), 7.

que la información facilitada sobre estos instrumentos puede incluir una descripción del tipo de tecnologías, información sobre terceros proveedores de tecnología cuyos servicios pueden utilizar o el nivel medio de eficiencia de estas herramientas. No obstante, no será preciso facilitar información que puedan menoscabar los secretos comerciales de la plataforma, como las características del software utilizado¹²⁵.

No obstante, esta obligación de transparencia no se da frente a los usuarios. En línea con la Comisión en su Recomendación sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, la opinión pública debería tener acceso al funcionamiento de las medidas, a las obras y prestaciones identificadas por los titulares, los contenidos denunciados, el número de reclamaciones presentadas, el tiempo de resolución y las respuestas ofrecidas por los prestadores¹²⁶. En este sentido, opina Niva Elkin-Koren que se podría hacer presión para sobre los prestadores de servicios y los titulares de derechos para que ambos sean cautelosos en el diseño de sus políticas¹²⁷.

En definitiva, tras la aprobación del artículo DDAMUD se habían conseguido solventar algunos problemas planteados en la Propuesta DDAMUD, como el del ámbito de aplicación subjetiva de las obligaciones legales; mientras que otras cuestiones, como la afectación de la libre prestación de servicios, y la colisión de filtrado de contenidos con la ausencia del deber general de supervisión y las utilidades lícitas, no han sido adecuadamente resueltas. En la línea del último caso, el Estado miembro de Polonia expresó su disconformidad con el artículo 17 DDAMUD manifestando, mediante un recurso ante el TJUE que dicho artículo vulnera la libertad de expresión y de información garantizada por el artículo 11 de la Carta¹²⁸. Pese a que este recurso fue desestimado por el Tribunal de Justicia, un sector importante de la doctrina sigue señalando estas deficiencias.

3.2. Transposición del artículo 17 DDAMUD en el Derecho nacional.

La transposición de la DDAMUD se realizó mediante el *Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de*

¹²⁵ Comisión Europea, “Orientaciones sobre el artículo 17 de la Directiva 2019” (4 de junio de 2021), 31.

¹²⁶ Recomendación (UE) 2018/334, puntos 16-17.

¹²⁷ Niva Elkin-Koren, “After twenty years: Copyright liability of online intermediaries”, en *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age*, editado por Susy Frankel & Daniel J Gervais (2014 Forthcoming), 50. <https://ssrn.com/abstract=2483877>.

¹²⁸ STJUE (Sala Tercera), de 26 de abril de 2022, asunto C-401/19 (Caso Polonia v. Parlamento y Consejo), ECLI:EU:C:2022:297.

*derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (en adelante, el «RD-ley 24/2021»)*¹²⁹. Esta regulación es atípica, pues, por un lado, el Real Decreto-ley modifica el *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia* (en adelante, «TRLPI»), y, por otro lado, se incluyen determinadas disposiciones que afectan a la propiedad intelectual que quedan fuera del texto refundido.

En particular, el artículo 17 DDAMUD se plasma en el artículo 73 RD-ley 24/2021, que establece disposiciones adicionales respecto del texto de la Directiva. En primer lugar, el artículo 73, apartado 1 RD-Ley 24/2021 dispone que la negociación de las autorizaciones entre los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y los titulares de derechos deberán realizarse de acuerdo con «los principios de buena fe contractual, diligencia debida, transparencia y respeto a la libre competencia, lo que excluye el ejercicio de posición de dominio»¹³⁰. Estas autorizaciones se regularán por el artículo 20 TRLPI.

En segundo lugar, sin perjuicio del régimen de exención de responsabilidad que deben ejecutar en virtud del artículo 17, apartado 4 DDAMUD, el artículo 73, apartado 4 RD-ley 24/2021 dispone que:

*«[L]os titulares de derechos podrán ejercer las acciones legales dirigidas a reestablecer el daño patrimonial, tales como la acción de enriquecimiento injusto, en el caso de que, aunque los proveedores de servicios hayan hecho sus mayores esfuerzos para eliminar el contenido no autorizado, éste continúe siendo explotado por ellos, causando un perjuicio significativo a los titulares de derechos»*¹³¹.

¹²⁹ Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes.

¹³⁰ Ibid., art. 71, ap. 1.

¹³¹ Ibid., art. 73, ap. 4.

En tercer lugar, el artículo 73, apartado 5 RD-ley 24/2021 establece que cuando un prestador de servicios para compartir contenidos en línea sea responsable de actos no autorizados de comunicación al público será de aplicación, aparte de la posible responsabilidad penal, el régimen de acciones y procedimientos de los artículos 138 y siguientes TRLPI¹³². A continuación, los apartados 6, 7, 8 y 9 se limitan a transponer *mutatis mutandis* el texto de los apartados 5, 6, 7 y 8 DDAMUD, respectivamente.

En cuarto lugar, el artículo 73, apartado 10 RD-ley 24/2021 recoge la obligación de que mientras las obras y prestaciones sean objeto del procedimiento de reclamación y recurso no se mantengan accesibles en el servicio del prestador¹³³, posiblemente a tenor de las *Orientaciones sobre el artículo 17*, mientras que el artículo 73, apartado 11 RD-ley 24/2021 limita el tiempo en el que se han de tramitar las reclamaciones a diez días, en virtud del artículo 17, apartado 9 DDAMUD, que, pese a no señalar ningún plazo concreto, dispone que estas reclamaciones se tramitarán sin dilación indebida

Por último, el artículo 73, apartado 13 RD-ley 24/2021 establece la competencia de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual en materia de mediación o arbitraje en los litigios relacionados con el acceso y retirada de obras por aplicación de este artículo¹³⁴.

En el resto de las disposiciones del artículo 73 RD-ley 24/2021 se transpone exitosamente el artículo 17 DDAMUD, sin ninguna contradicción con la Directiva ni con las *Orientaciones sobre el artículo 17*, salvo las críticas que señalan la mala técnica legislativa y la confusión y posible falta de seguridad jurídica que supone que el TRLPI se haya escindido en dos cuerpos legales distintos, tras muchas décadas estando regulados por una misma Ley.

3.3. Interacción entre el artículo 14 DCE y el artículo 17 DDAMUD. Entrada en vigor del artículo 16 DSA.

El régimen de exclusión de responsabilidad del artículo 17 DDAMUD desplaza al régimen del artículo 14 DCE como «*lex specialis*» en materia de propiedad intelectual. En este sentido, el artículo 17, apartado 3, párrafo primero DDAMUD dispone lo siguiente:

¹³² Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (TRLPI).

¹³³ Real Decreto-ley 24/2021, art. 73, ap. 10.

¹³⁴ Ibid., art. 73, ap. 13.

«(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»¹³⁵.

A continuación, el párrafo segundo establece que lo dispuesto en el párrafo primero no afecta a la posible aplicación del artículo 14, apartado 1 Directiva 2000/31/CE con respecto a fines ajenos al ámbito de aplicación de la presente Directiva. Es decir, mientras que el régimen de responsabilidad de la DDAMUD es únicamente aplicable a las infracciones en materia de propiedad intelectual, los prestadores de servicios intermediarios podrán acogerse a la exención de responsabilidad de la DCE cuando no concurra el ámbito de aplicación. Esta situación ya se preveía con la redacción del artículo 13 Propuesta DDAMUD.

En consecuencia, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, en cuanto prestadores de servicios de alojamiento, están obligados a cumplir con una normativa de responsabilidad mucho más estricta, en tanto que son responsables directamente de la comunicación al público y la puesta a disposición del público de los contenidos cargados por los usuarios. A continuación, el régimen de exclusión de responsabilidad solo se da si el prestador de servicios ha realizado los mayores esfuerzos por obtener una autorización; los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de la obra o prestación protegida y, además, el prestador inhabilita o retira y evita la reposición de contenidos infractores, previa notificación suficientemente motivada del titular de derechos.

No obstante, con la entrada en vigor de la DSA, el régimen del artículo 14 DCE será suprimido¹³⁶ y su regulación pasa a estar contenida en el artículo 6 DSA, que establece un régimen de responsabilidad para los prestadores de servicios de alojamiento de datos esencialmente idéntico al artículo 14 DCE. Por su parte, los artículos 16 a 18 DSA establecen unas obligaciones adicionales para estos prestadores, incluidas las plataformas en línea, consistentes en mecanismos de notificación y acción, declaraciones

¹³⁵ Directiva (UE) 2019/790, art. 17, ap. 3.

¹³⁶ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales). «DOUE» núm. 277, de 27 de octubre de 2022, art. 89.

de motivos y notificaciones de sospecha de delitos. Además, como se analizará a continuación, la DSA y otros Reglamentos, como el RGPD y el Reglamento 2019/1150 contendrán nuevas obligaciones para los prestadores de servicios.

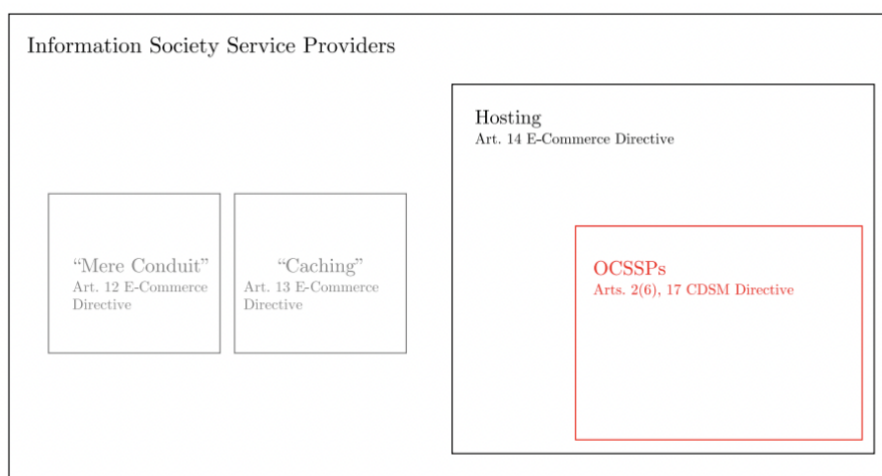


Fig. 1. Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea (OCSSPs) en el contexto de la Directiva sobre el comercio electrónico^{137 138}.

3.4. Relación con otras Directivas y Reglamentos. El Reglamento de Servicios Digitales (DSA) y el Reglamento de Mercados Digitales (DMA).

En el contexto del Derecho digital de la Unión Europea, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea van a regirse por diferentes normas de responsabilidad. Como se hizo constar *más atrás*, la regulación de los prestadores de servicios se concretaba inicialmente en tres esferas diferentes: el régimen de responsabilidad, la normativa de derechos de autor y la normativa de servicios de comunicación audiovisual. En este sentido, las plataformas de intercambio de vídeos de gran tamaño, como TikTok, están sujetas a las obligaciones de los servicios de comunicación audiovisual de la Directiva (UE) 2018/1808. Posteriormente, los prestadores de servicios se verán afectados por las obligaciones recogidas en el RGPD (2016), relativa a la protección de datos, y en el Reglamento P2B (2019), respecto al régimen de los usuarios profesionales de intermediación en línea. Pese a que estas regulaciones no tienen como ámbito de aplicación la propiedad intelectual, ciertamente tienen un impacto en el desarrollo de los prestadores de servicios y en la libertad de prestación de servicios que se corresponden con los objetivos de este trabajo.

¹³⁷ João Pedro Quintais y Sebastian Felix Schwemer, “The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?”, *European Journal of Risk Regulation* 13, nº2 (2022): 196 <https://doi.org/10.1017/err.2022.1>

¹³⁸ CDSM Directive se refiere a la Directiva (UE) 2019/790.

Desde el punto de vista de la responsabilidad, el régimen horizontal de los prestadores intermediarios, desarrollado por las Directivas 2000/31/CE, va a verse modificado por la normativa sectorial contenida en la DDAMUD y, además, por la DSA, la cual suprime los artículos 12 a 15 DCE, que pasan a ser regulados por los artículos 4 a 8 del mismo Reglamento. En el caso de los prestadores de servicios de alojamiento de datos, estos verán su regulación contenida en el artículo 6 DSA, así como en los artículos 11 a 18 DSA.

Tipo de servicio.	Marco legal.	Régimen de responsabilidad.
Servicios de alojamiento de datos (<i>hosting</i>).	Art. 14 DCE. <i>Suprimido por DSA.</i>	Reglas de puerto seguro
Servicios de plataformas de intercambio de vídeos (<i>VSP</i>).	Directiva (UE) 2018/1808.	Responsabilidad en el procedimiento.
Servicios de alojamiento de datos (<i>hosting</i>), incluidas las plataformas en línea (<i>online platforms</i>).	Arts. 16 a 18 DSA	Reglas de puerto seguro + Mecanismos de notificación y acción; declaración de motivos; notificaciones de sospecha de delitos.
Prestadores de plataformas en línea (<i>online platforms</i>).	Arts. 19 a 28 DSA.	Ídem + Obligaciones acumuladas de prestadores de plataformas en línea.
Prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño (<i>VLOP</i>).	Arts. 33 a 41 DSA.	Ídem + Obligaciones acumuladas de VLOP.
Guardianes de acceso (<i>gatekeepers</i>).	Arts. 5 a 15 DMA	Obligaciones de tratamiento, de datos personales; de antielusión; de informar sobre las concentraciones y de auditoría.
Servicios de intermediación en línea (<i>online intermediation services</i>).	Art. 2, ap. 2 Reglamento P2B	Transparencia y responsabilidad en el procedimiento
Responsable del tratamiento (<i>controller</i>) y encargado del tratamiento (<i>processor</i>).	Art. 4, ap. 7 y 8; arts. 24 a 34 RGPD.	Derechos y obligaciones para una protección efectiva de los datos personales como derecho fundamental; obligaciones relativas a la protección de datos desde el diseño y por defecto, y seguridad de datos personales.

Tabla 1. De elaboración propia, con datos de Andrea Bertolini, Francesca Episcopo y Nicoleta-Angela Cherciu, Scientific Foresight Unit “Liability of online platforms”, en *Panel for the Future of Science and*

Technology (Scientific Foresight Unit (STOA), 2021), 5-8. Nathalie Martial Braz, “The Digital Single Market in Europe: The Right Solution in the Transatlantic Area?” [Presentación de Power Point] (2023).

Conforme a la DSA, se entiende como servicio de alojamiento de datos aquel «consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de éste». En primer lugar, las reglas de puerto seguro son esencialmente replicadas en el artículo 6 del Reglamento. Junto a estas reglas, los prestadores de servicios de intermediación están sujetos a la obligación de elaborar informes de transparencia, relativos a su actividad de moderación de contenidos, requisitos sobre las condiciones de servicios, cooperación con las autoridades nacionales mediante puntos de contacto o, en su caso, de un representante legal¹³⁹. A continuación, los artículos 16, 17 y 18 DSA prevén exigencias adicionales para los prestadores de *hosting*, consistentes en la notificación y adopción de medidas, la obligación de informar a los usuarios de las restricciones llevadas a cabo y, además, la denuncia de infracciones penales sobre las que se tengan sospechas.

En segundo lugar, los artículos 19 a 28 DSA imponen a los prestadores de plataformas en línea obligaciones relativas a mecanismos de reclamación y recurso y de resolución extrajudicial de conflictos, así como medidas contra las notificaciones y *contranotificaciones* abusivas. En este sentido, deberán dar prioridad a las notificaciones enviadas a los «alertadores fiables». Además, se recogen deberes de transparencia de los sistemas de recomendación y de publicidad en línea para los usuarios y medidas de protección de menores en línea.

Por último, los artículos 33 a 43 DSA recogen el régimen de responsabilidad de los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño (en adelante, «VLOPs»). A su vez, estos artículos se refieren a los motores de búsqueda en línea, que no son objeto de este trabajo. Estas obligaciones se aplicarán a las plataformas en línea que tengan un promedio mensual de usuarios activos en la Unión igual o superior a cuarenta y cinco millones, así como aquellas que se designen como VLOPs por parte de la Comisión Europea, teniendo en cuenta la información facilitada por el coordinador de servicios digitales. En este sentido, la Comisión Europea ha designado como prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño a las plataformas «Facebook», «Google Play», «Pinterest», «Instagram», «TikTok» o «Twitter», conocidas por poner a disposición del público grandes cantidades de contenidos protegidos por propiedad intelectual. Las

¹³⁹ Comisión Europea, “Ley de Servicios Digitales: para un entorno en línea seguro y responsable”, 2023. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es

obligaciones que deben de cumplir abarcan desde evaluaciones de riesgos sistémicos y mecanismos de respuesta a las crisis; deberes de auditoría externa e independiente, función de cumplimiento interna y rendición de cuentas; requisitos de intercambio de datos con administraciones e investigadores y códigos de conducta.

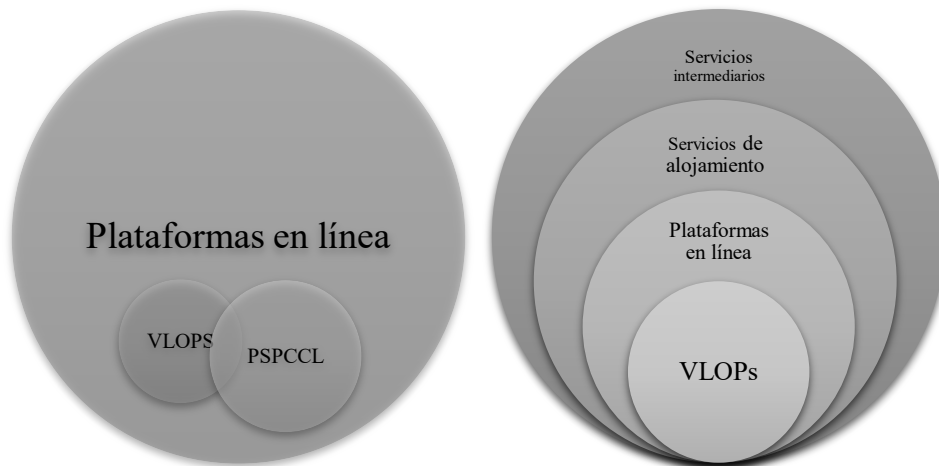


Fig. 2 Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea (OCSSPs) en el contexto de la DCE¹⁴⁰.

Fig. 3. Tipología de proveedores de servicios de la sociedad de la información según la DSA¹⁴¹.

De forma paralela, la DMA impone a los «guardianes de acceso» un conjunto de deberes a los que deben adaptarse antes del seis de marzo de 2024¹⁴². Este Reglamento entiende por «guardián de acceso» «una empresa prestadora de servicios básico de plataforma» designada como tal por su gran influencia en el mercado interior y por tener una posición avanzada y duradera respecto a sus operaciones, o sea previsible que la alcance en el futuro próximo. Dentro de los «servicios básicos de plataforma», el artículo 3, apartado 2 DMA, engloba los servicios de intermediación en línea, los servicios de redes sociales en línea y los servicios de plataforma de intercambio de vídeos, entre otros.

En este sentido, se presume que un prestador es guardián de acceso cuando obtenga un volumen de negocios anual en el EEE igual o superior a siete mil quinientos millones de euros en cada uno de los tres últimos ejercicios, o cuando su capitalización

¹⁴⁰ Quintais y Schwemer, “The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?” (2022), 202 <https://doi.org/10.1017/err.2022.1>

¹⁴¹ Quintais y Schwemer, “The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?” (2022), 206 <https://doi.org/10.1017/err.2022.1>

¹⁴² Comisión Europea, “Preguntas y respuestas: Ley de Mercados Digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos”, 7 de julio de 2023. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_2349

bursátil alcance tal cifra en el último ejercicio y preste el mismo servicio básico en al menos tres Estados miembros, y cuando proporcione un servicio básico de plataforma que obtenga cuarenta y cinco millones de usuarios finales y diez mil usuarios profesionales en cada uno de los últimos tres ejercicios. El primer conjunto de empresas designadas como guardianes de acceso será anunciado por la Comisión el seis de septiembre de 2023¹⁴³

¹⁴³ Ibid.

4. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE TIKTOK.

TikTok es una red social creada en 2016 por la compañía china «ByteDance» que permite crear e intercambiar vídeos cortos generados por usuarios. La aplicación fue lanzada en China bajo el nombre de «Douyin» y en el resto del mundo con el nombre de «TikTok» en 2017. Esta plataforma se creó inicialmente para compartir vídeos que contenían música, pero pronto se empezaron a incorporar otros contenidos protegidos por propiedad intelectual, como fragmentos de vídeos, de películas y de obras plásticas, entre otros.

La red social TikTok no solo es considerada como prestadora de servicios de alojamiento de datos, sino también como plataforma de intercambio de vídeos, plataforma en línea de gran tamaño y prestador de servicios para compartir contenidos en línea. En primer lugar, el prestador encaja en la definición del artículo 2. a bis) Directiva (UE) 2018/1808, que entiende como «plataforma de intercambio de vídeos»:

«(Un) servicio, tal como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuya finalidad principal propia o de una de sus partes disociables o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas tal como se definen en el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/21/CE, y cuya organización determina el prestador de la plataforma de intercambio de vídeos, entre otros medios con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación».

En este sentido, la falta de responsabilidad editorial¹⁴⁴ se debe precisamente a que los vídeos son generados por los usuarios. El artículo 1, apartado ii), letra c) Directiva 2010/13/UE entiende como «responsabilidad editorial»:

¹⁴⁴ A este respecto es importante señalar que el Considerando 3 Directiva (UE) 2018/1808 matiza que los canales u otros servicios de comunicación audiovisual que estén bajo la responsabilidad editorial de un prestador, incluido una plataforma de intercambio de vídeos, pueden constituir servicios de comunicación audiovisual por sí mismos, lo que implica que algunos servicios de plataformas de intercambio de vídeos como «YouTube» o «TikTok», podrán estar sujetos a la responsabilidad editorial, siempre que no se traten de vídeos generados por usuarios.

«(El) ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico, en el caso de las radiodifusiones televisivas, ya en un catálogo, en el caso de los servicios de comunicación audiovisual a petición. La responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados».

Pese a que las plataformas de intercambio de vídeos, como TikTok, no tengan responsabilidad editorial y organicen los contenidos mediante algoritmos automáticos, a diferencia de otros servicios de comunicación audiovisual como los canales de televisión convencionales y plataformas de VOD, el Considerando 47 Directiva (UE) 2018/1808 exige a las plataformas de intercambio de vídeos que tomen medidas de protección de menores de los vídeos generados por usuarios y comunicaciones comerciales audiovisuales que puedan perjudicar su desarrollo físico, psíquico y moral, y al público general de aquellos contenidos que inciten a la violencia o al odio contra un grupo de personas, de conformidad con el artículo 21 de la Carta¹⁴⁵. Además, las plataformas de intercambio de vídeos deben cumplir con las disposiciones comunes a los servicios de comunicación, relativas a las comunicaciones comerciales audiovisuales que utilizan técnicas subliminales, atentan contra el respeto a la dignidad humana, fomentan al odio, a comportamientos nocivos para la salud o para el medio ambiente y aquellas que puedan causar perjuicio moral y físico a menores.

En segundo lugar, como ya se adelantó, la plataforma TikTok debe considerarse como «plataforma en línea» en virtud de la DSA, y como «plataforma en línea de gran tamaño» de conformidad con la DSA y el comunicado de prensa de la Comisión Europea. En este sentido, el artículo 3, letra i) DSA, que define el término como:

«(Un) servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento».

¹⁴⁵ Directiva (UE) 2018/1808, art. 28 ter.

De forma paralela, para saber si resulta aplicable la DMA, se debe esperar al seis de septiembre 2023, fecha en la cual la Comisión europea comunicará que plataformas, inicialmente se considerarán «guardián de acceso» y deben cumplir las obligaciones del Reglamento europeo.

En tercer lugar, la plataforma TikTok encaja en la categoría de prestador de servicios para compartir contenidos en línea del artículo 2, apartado 6 DDAMUD, en la medida que facilitan y dan acceso a una gran cantidad de contenidos cargados por los usuarios. La Directiva 2019/790 define como prestadores de servicios para compartir contenidos en línea a:

«(los prestadores) de un servicio de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos 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»¹⁴⁶

En este sentido, TikTok realiza un acto de comunicación pública o de puesta a disposición cuando ofrecen al público contenidos protegidos cargados por un usuario. En este sentido, TikTok estará obligado a obtener una autorización de los titulares del artículo 3, apartados 1 y 2 DDASI con el fin de comunicar al público o poner a su disposición obras y prestaciones. En defecto de esta, la plataforma podrá acogerse al régimen de exención de responsabilidad previsto en el artículo 17, apartado DDAMUD, debiendo, por un lado, demostrar sus «mayores esfuerzos» por obtener una autorización, por garantizar la indisponibilidad de los contenidos protegidos específicos y, por otro lado, actuar de modo expeditivo, tras recibir una notificación suficientemente motivada, para inhabilitar el acceso a los contenidos protegidos o retirarlos y evitar futuras cargas.

En cuanto al modelo de autorización de TikTok, el artículo 17, apartado 2 DDAMUD dispone que, cuando un prestador de servicios haya obtenido una autorización, dicha autorización comprenda también los actos realizados por usuarios de los servicios que entren en el ámbito de aplicación del artículo 3 DDASI «cuando no actúen con carácter comercial» o «en caso de que su actividad no genere ingresos significativos». En este sentido, la música de fondo que se comunica al público en vídeos

¹⁴⁶ 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 (DDAMUD), art. 2, ap. 6.

generados por usuarios en TikTok podría estar ausente de «carácter comercial», mientras que los ingresos generados por vídeos cortos o los *livestreams* realizados en la plataforma de TikTok podrían resultar en «ingresos no significativos», en los que la música no tiene un carácter esencial. Los ingresos obtenidos por los usuarios en TikTok pueden deberse, o bien, a ingresos publicitarios, o bien, a ingresos derivados de la monetización de la cuenta de TikTok.

En línea con lo anterior, la suscripción de acuerdos de TikTok se ha dado, por una parte, con las distribuidoras para la puesta a disposición del público obras musicales en su biblioteca de contenidos¹⁴⁷. En este sentido, TikTok llegó a acuerdos con las principales distribuidoras a nivel global, «Sony Music Entertainment», «Warner Music Group» y «Universal Music Group», así como con las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

La firma del acuerdo con Sony Music Entertainment se dio en noviembre de 2020, y en él se ceden los derechos para el uso de un amplio catálogo de música de la compañía. Sobre las negociaciones llevadas a cabo, el Presidente de Negocios Digitales Globales y Ventas en Estados Unidos de Sony Music Entertainment, Dennis Kooker, declaró en un comunicado que *«los vídeos de formato corto se han convertido en una emocionante nueva parte del ecosistema musical que contribuye al crecimiento general de la música y la forma en que los fans la experimentan»*¹⁴⁸.

Posteriormente, en enero de 2021 TikTok y Warner Music Group (en adelante, «WMG») firmaron un acuerdo de licencia que cubre canciones de la división editorial de Warner Chappell Music, además del catálogo de música grabada de WMG¹⁴⁹. De forma similar, en febrero de 2021 TikTok y Universal Music Group (en adelante, «UMG») cerraron un acuerdo por el que los usuarios de la plataforma pueden incorporar fragmentos del catálogo completo de música de UMG, que abarca los sellos de la

¹⁴⁷ Álvaro Marín Pérez, “La música en TikTok: Aspectos legales y oportunidades de negocio”, *Sympathy for the Lawyer*, 2021. https://sympathyforthelawyer.com/hub/musica-tiktok-legal-negocio-musical/#La_musica_en_TikTok

¹⁴⁸ Ethan Millman, “TikTok has a new deal with Sony Music to promote more Sony artists”, *Rolling Stone*, 2 de noviembre de 2020. <https://www.rollingstone.com/pro/news/tiktok-sony-music-licensing-deal-1084854/>

¹⁴⁹ Murray Stasen, “Warner Music group inks licensing deal with TikTok”, *Music Business Worldwide*, 4 de enero de 2021. <https://www.musicbusinessworldwide.com/warner-music-group-inks-licensing-deal-with-tiktok/>

compañía, compositores y territorios globales¹⁵⁰. En relación con este acuerdo, el Director de Operaciones de UMPG, Marc Cimino, afirmó que:

«esta alianza establece un ejemplo a nivel de la industria de las compañías de redes sociales que reconocen, respetan y remuneran a los creadores de música cuyas canciones son fundamentales para sus plataformas. Apreciamos la asociación con TikTok y esperamos trabajar juntos para brindar apoyo y oportunidades a nuestros compositores».

Por último, el acuerdo alcanzado por TikTok y la asociación empresarial «International Copyright Enterprise» (en adelante, «ICE») sobre los términos para otorgar licencias a la plataforma en relación con las obras musicales representadas por ICE tuvo lugar en noviembre de 2020. La asociación ICE gestiona licencias multiterritoriales sobre los catálogos de obras de miembros y compositores de «GEMA» en Alemania, «STIM» en Suecia, «PRS for Music» en el Reino Unido, «Concord», «Downtown Music Publishing/Songtrust», «Peer music» e «IMRO» en Irlanda, «SABAM» en Bélgica, «AKM» en Austria y «BMI» en Estados Unidos. Al respecto de estas negociaciones, TikTok y ICE declararon que:

«Este acuerdo plurianual cubre a TikTok (y a sus predecesores) desde su lanzamiento y garantiza una compensación adecuada a los compositores y editores por el uso de sus obras»¹⁵¹.

Al respecto de estas negociaciones, el artículo 17, apartado 2 DDAMUD dispone que, cuando un prestador de servicios haya obtenido una autorización, dicha autorización comprende también los actos realizados por usuarios de los servicios que entren en el ámbito de aplicación del artículo 3 DDASI «cuando no actúen con carácter comercial» o «en caso de que su actividad no genere ingresos significativos». Es decir, la suscripción de acuerdos con el titular de derechos por parte de la plataforma no obsta de la infracción de derechos de propiedad intelectual que dé lugar un usuario. En este sentido, queda cubierta la música de fondo que se comunica al público en vídeos generados por usuarios en TikTok podría estar ausente de «carácter comercial», así como los «ingresos no significativos» generados por vídeos cortos o los *livestreams* realizados en la plataforma

¹⁵⁰ TikTok. “TikTok and Universal Music Group announce expanded global alliance”, 8 de febrero de 2021 <https://newsroom.tiktok.com/en-us/tiktok-and-universal-music-group-announce-expanded-global-alliance>

¹⁵¹ Murray Stassen, “TikTok inks multi-year licensing deal with ICE”, *Music Business Worldwide*, 27 de noviembre de 2020. <https://www.musicbusinessworldwide.com/tiktok-inks-multi-year-licensing-deal-with-ice/>

y en los que la música no tiene un carácter esencial. Los ingresos obtenidos por los usuarios en la aplicación pueden deberse, o bien, a ingresos publicitarios, o bien, a ingresos derivados de la monetización de la cuenta de TikTok.

5. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DE INTERCAMBIO DE VÍDEOS EN ESTADOS UNIDOS.

En Estados Unidos con la promulgación en 1998 de la DMCA, se añadió una nueva sección 512 al Título 17 del Código de los Estados Unidos, que regulaba las limitaciones de responsabilidad relativas al material en línea. Particularmente, la subsección (c) regula la responsabilidad de los prestadores de servicios por la información que reside en sistemas o redes bajo la dirección de los usuarios. Esta categoría de prestadores encaja con la de prestadores de alojamientos de datos del artículo 14 DCE en la Unión Europea. Además, el régimen de exclusión de responsabilidad de la subsección (c) se parece lo suficiente al del artículo 14 DCE como para asegurar que el legislador comunitario se inspiró en la DMCA para su redacción, presentando diversas similitudes.

El Código de los Estados Unidos, establece lo siguiente:

«Un prestador de servicios no será responsable de indemnizaciones monetarias ni, salvo lo dispuesto en la subsección (j), de medidas cautelares u otras indemnizaciones equitativas, por infracción de derechos de autor debido al almacenamiento, bajo la dirección de un usuario, de material que resida en un sistema o red controlado u operado por o para el prestador de servicios, si el prestador de servicios:

(A)

(i) no tiene conocimiento real de que el material o una actividad que utiliza el material en el sistema o red es infractor¹⁵²;

(ii) en ausencia de tal conocimiento real, no tiene conocimiento de hechos o circunstancias de los que se desprenda una actividad infractora¹⁵³; o

(iii) tras obtener tal conocimiento o conciencia, actúe con prontitud para eliminar el material o inhabilitar el acceso al mismo¹⁵⁴».

¹⁵² Igualmente, en cuanto a los prestadores de servicios de alojamiento de datos facilitados por el destinatario del servicio, el párrafo a), apartado 1, artículo 14 DCE prevé que este no pueda ser responsable por los datos almacenados cuando «no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita».

¹⁵³ A continuación, el párrafo a), apartado 1, artículo 14 DCE establece, en lo referido a una acción por daños y perjuicios que el prestador «no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito».

¹⁵⁴ Por su parte, el apartado b), apartado 1, artículo 14 DCE exige que, en cuanto tenga conocimiento de los puntos expresados anteriormente, «el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible».

Estos requisitos encajan sustancialmente con los recogidos en el artículo 14 DCE, que fue aprobada dos años después, por lo que cabe apreciar que la Directiva 2000/31/CE fue inspirada en buena medida por la DMCA. Los requisitos para la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios son los siguientes. En primer lugar, no tener conocimiento efectivo de que la información es ilícita y, en lo referido a una acción por daños y perjuicios, no tener conocimiento de hechos que revelen su carácter ilícito; en segundo lugar, en caso de tener conocimiento de la ilicitud, actuar con prontitud para retirar o imposibilitar el acceso a los datos.

A continuación, el sistema estadounidense exige para que el prestador de servicios pueda acogerse a la exención de la responsabilidad, que «*no obtenga un beneficio económico directo atribuible a la actividad de la infracción, en un caso en que el prestador tiene el derecho y la capacidad de controlar tal actividad*»¹⁵⁵. En este sentido, el TJUE en el *Caso Google France* dispone, en virtud del Considerado 42 DCE, que las exenciones de responsabilidad solo se aplican cuando la actividad del prestador es «*meramente técnica, automática y pasiva*» y el prestador no tiene ni conocimiento ni control sobre la infracción¹⁵⁶. Es decir, cuando el operador no ha ocupado una «*posición neutra*» y, por tanto, ha tenido un papel activo que le ha dado conocimiento o control de los datos, no cabe aplicar la exención de responsabilidad.

No obstante, la regulación estadounidense presenta diferencias importantes con la Directiva 2000/31/CE que, de algún modo han ido solventándose con soluciones legislativas parecidas. En primer lugar, el tipo de infracciones que regulan. Mientras que artículo 14 DCE se refiere a cualquier naturaleza de infracción, la DMCA regula exclusivamente a las infracciones de los derechos de autor. Es decir, el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios en la DMCA es vertical, a diferencia del primer régimen aplicable a los prestadores de servicios en la Unión Europea. En este sentido, la DMCA presenta más similitudes con el actual régimen de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea de la Directiva 2019/790.

En segundo lugar, otra diferencia es que en la ley americana se exige designar un agente, o «*designated agent*», para recibir notificaciones de la supuesta infracción y el procedimiento de notificaciones. En caso de que este agente no se designe, los prestadores

¹⁵⁵ U.S. Code. Título 17, Sección 512(c)(1)(A). (1998).

¹⁵⁶ STJUE (Gran Sala), de 23 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08 (*Google France*) ECLI:EU:C:2010:159. aps. 106-114.

de servicios no podrán acogerse a las exenciones de responsabilidad previstas en la subsección c).

En la Unión Europea, la figura más parecida es la del «alertador fiable», recogida en la DSA. No obstante, este alertador fiable no es requisito para que a los prestadores de servicios les sean de aplicación las exenciones de responsabilidad. En los Estados miembros el alertador fiable es designado, previa solicitud de cualquier entidad que lo desee, por el coordinador de servicios digitales del Estado miembro de la Unión Europea donde el solicitante esté establecido. Por su parte, los prestadores de servicios deben otorgar prioridad a los alertadores para resolver las notificaciones.

De acuerdo con el artículo 22, apartado 3 DSA, los alertadores fiables publicarán informes de forma anual detallados y comprensibles que incluirán como mínimo, el número de notificaciones clasificadas en función de:

- «a) la identidad del prestador de servicios de alojamiento de datos;*
- b) el tipo de contenido notificado presuntamente ilícito;*
- c) las acciones adoptadas por el prestador.»*

En tercer lugar, la DMCA impone pena de perjurio para aquellas personas que presentan una notificación para la retirada de un contenido afirmando falsamente que está legitimado para actuar en nombre del titular del derecho exclusivo que, supuestamente, se ha infringido.

En cuarto lugar, la ley americana dispone que toda persona que, a sabiendas, tergiverse materialmente en virtud de la Sección 512 que:

- «(1) el material o la actividad constituye una infracción, o*
 - (2) el material o la actividad se retiró o inhabilitó por error o identificación errónea,*
- será responsable de los daños y perjuicios, incluidos los costes y honorarios de abogados, en que incurra el presunto infractor, cualquier titular de derechos de autor o licenciataria autorizado del titular de derechos de autor, o un prestador de servicios, que se vea perjudicado por dicha falsedad, como resultado de que el prestador de servicios se base en dicha tergiversación para eliminar o inhabilitar el acceso al material o actividad que se alega que está infringiendo, o para sustituir el material eliminado o dejar de inhabilitar el acceso al mismo».*

Por su parte, en la Unión Europea algunos autores¹⁵⁷ han propuesto que los titulares de derechos que soliciten la retirada o la identificación como contenidos protegidos de obras cuyos derechos no les pertenecen o han expirado se enfrenten a una sanción.

En quinto lugar, la DMCA dispone que *«un prestador de servicios no será responsable ante ninguna persona por ninguna reclamación basada en la desactivación de buena fe por parte del prestador de servicios del acceso a, o la eliminación de material o actividad presuntamente infractora o basada en hechos o circunstancias de los que se desprenda una actividad infractora, con independencia de que finalmente se determine que el material o la actividad son infractores»*. En este sentido, la ley americana está desprotegiendo al usuario que, o bien, actuando en amparo de un uso legítimo o *«fair use»*, ve sus contenidos retirados o inhabilitados, o bien, han sido retirados o inhabilitados erróneamente. Por su parte, la normativa comunitaria establece salvaguardas para las utilidades lícitas, que se contemplan en el artículo 17, apartados 7 y 9 DDAMUD.

En último lugar, los mecanismos de reclamación y recurso (*«counter notification»*) difieren pues, en la DMCA se exige, bajo pena de perjurio, una declaración de que el solicitante cree de buena fe que el material fue retirado o inhabilitado como resultado de un error o de una identificación errónea del material que debe retirarse o inhabilitarse. En cambio, la legislación europea no recoge ninguna disposición similar, por lo que cabe apreciar, bajo esta disposición, que la ley americana juega más a favor de la protección del derecho de la propiedad intelectual que la normativa comunitaria. La posibilidad de que se imponga la pena de perjurio conlleva a que los usuarios se sientan desincentivados en el momento realizar una reclamación o recurso.

En consecuencia, la DMCA no protege oportunamente los intereses de los usuarios, no establece mecanismos eficaces para la reclamación por retirada o inhabilitación de contenidos y, además, no prevé adecuadas salvaguardas para las utilidades lícitas. En cambio, el nuevo régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea de la DDAMUD y el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento de datos otorgan un mayor equilibrio entre los intereses de los destinatarios de servicios y los titulares de derechos.

¹⁵⁷ Vid. Urban, J.M., Karaganis, J. y Schofield, B., “Notice and takedown in everyday practice” (2016), 128. Van Vegchel, “European Council’s Amended Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market...” (2018), 7.

6. CONCLUSIONES.

I. En este trabajo se ha conseguido se han establecido posibles soluciones a la colisión entre el derecho de propiedad intelectual y los derechos fundamentales de los usuarios y prestadores de servicios establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para ello, se ha argumentado cómo las técnicas de reconocimiento automatizado de contenidos, a las que deben recurrir según las prácticas de mercado los prestadores de servicios, entran en conflicto con las salvaguardas establecidas en el artículo 17, apartado 7 DDAMUD, como los límites y excepciones.

En este sentido, las técnicas de reconocimiento automatizado de contenidos deben ir acompañadas, en primer lugar, de los mecanismos de recurso y reclamación y, asimismo, deben proteger oportunamente los derechos de los usuarios. A tal efecto, en primer lugar, es necesario crear un régimen de exención de responsabilidad para aquellos prestadores de servicios que hayan decidido reponer un contenido o rechazar una notificación realizada por un titular de derechos cuando entienda de buena fe que el uso se encuentra protegido por las utilizaciones lícitas. En segundo lugar, es fundamental que se sancione la conducta de un titular de derechos que notifica que un contenido presuntamente ilícito contiene su obra cuando esta no le pertenece o los derechos sobre esta han expirado.

II. Por su parte, se ha realizado un estudio de la legislación aplicable a los prestadores de servicios desde la aprobación de la Directiva 2000/31/CE hasta la entrada en vigor de la DDAMUD y los Reglamentos DSA y DMA. Para ello, se ha planteado diversas críticas al régimen de responsabilidad planteado por el artículo 13 Propuesta de DDAMUD y el artículo 17 DDAMUD.

En primer lugar, se han tenido en cuenta los problemas de aplicación subjetiva de la Directiva, la dificultad planteada en obtener autorizaciones para prestadores de servicios menos importantes, en Estados miembros donde las entidades de gestión no están suficientemente asentadas o en relación con titulares de derechos que no disponen de sociedades de gestión, como los organismos de radiodifusión, los titulares de bases de datos y programas de ordenador.

Para resolver este problema debe defenderse, a favor de los usuarios, la aplicación de los mecanismos ya establecidos por el artículo 17 DDAMUD, como el principio de proporcionalidad para los prestadores con menor capacidad de negociación, la exención

de responsabilidad de los prestadores que actúen al rechazar una notificación de un titular o al reponer un contenido problemático cuando este entienda de buena fe que existe una utilización lícita y, por último, la previsión de un régimen sancionador para los titulares de derecho que notifican, erróneamente y a sabiendas, la presencia de una obra o prestación protegida.

Por su parte, para defender los intereses de los usuarios, los Estados miembros deben crear entidades de gestión para aquellos titulares que aún no tienen acceso a instrumentos de gestión colectiva y dotarles del suficiente poder de negociación para proteger adecuadamente los intereses de los usuarios.

En segundo lugar, se han evaluado los posibles problemas planteados por el artículo 17, apartado 4 DDAMUD en relación con el régimen de exclusión de responsabilidad, que obliga a los prestadores de servicios a realizar los mayores esfuerzos para garantizar la indisponibilidad de contenidos infractores, lo que abre la puerta a las técnicas de reconocimiento automatizado de contenidos.

En tercer lugar, se ha analizado el conflicto entre las salvaguardas de utilidades lícitas y los sistemas de reconocimiento de contenidos. En este sentido, defiende que los usuarios puedan indicar con carácter previo o a la carga de contenidos mediante marcado o «*flagging*» de los contenidos cargados al amparo de una utilización lícita, con objeto de que estos contenidos sean clasificados automáticamente y se sometan a examen humano. De esta forma, se evitaría recurrir finalmente a los mecanismos de reclamación y recurso, pues estos presentan insuficiencias para proteger los intereses de los usuarios.

Por último, las líneas de investigación futura deberán proponer el desarrollo de códigos de buenas prácticas y medidas voluntarias para facilitar la transparencia, a tenor del artículo 17, apartado 8 DDAMUD, sobre los acuerdos llegados con los titulares de derechos, protegiendo siempre la confidencialidad, sobre las técnicas de reconocimiento automatizado de contenidos utilizadas, sobre los mecanismos de reclamación y recurso, así como el número de solicitudes presentadas a los mismos y el éxito de estos.

III. En relación con el funcionamiento de TikTok, se defiende la posibilidad de que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y otras plataformas en línea lleguen a acuerdos similares con los titulares de derechos para obtener los derechos de comunicación pública y puesta a disposición del público de obras y otras prestaciones protegidas, pues el modelo de TikTok ha resultado especialmente exitoso. En este sentido, resulta favorable la incorporación de bibliotecas virtuales de pequeños fragmentos de

música, previa autorización de los titulares de derechos, y a través de los cuales los usuarios puedan generar sus propios contenidos.

Por consiguiente, se recomienda incentivar a los diferentes prestadores de servicios de la sociedad de la información a que implementen modelos de acuerdos similares a TikTok, con la creación de bibliotecas con fragmentos cortos autorizados de música, obras audiovisuales, obras cinematográficas, obras literarias, obras plásticas, obras visuales, fotografías y otras obras y demás prestaciones protegidas para el uso de los destinatarios de servicios. A tal efecto, es indispensable favorecer la negociación de estos modelos de autorización y apostar por la extensión de la gestión colectiva para los diferentes titulares de derechos.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Doctrina.

- Angelopoulos, Christina. “EU Copyright Reform: Outside the Safe Harbours, Intermediary Liability Capsizes into Incoherence”, *Kluwer Copyright Blog*, 6 de octubre de 2016, <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/10/06/eu-copyright-reform-outside-safe-harbours-intermediary-liability-capsizes-incoherence/>.
- Elkin-Koren, Niva. “After twenty years: Copyright liability of online intermediaries”. En *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age*, editado por Susy Frankel & Daniel J Gervais. 2014 Forthcoming: 2014. <https://ssrn.com/abstract=2483877>.
- Frosio, Giancarlo. “From horizontal to vertical: an intermediary liability earthquake in Europe”. *Journal of Intellectual Property Law & Practice* Vol. 12, No. 7, 565-575. Center for International Intellectual Property Studies, 2017. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3009156>.
- Jacques, Sabine, Krzysztof Garstka y Morten Hviid, and John Street. “Automated anti-piracy systems as copyright enforcement mechanism: A need to consider cultural diversity”. *European Intellectual Property Review*, Vol. 40, nº 4 (2018). <https://ueaeprints.uea.ac.uk/id/eprint/65880>.
- Japiot, Oliver y Laure Durand-Viel. “La protection du droit d'auteur sur les plateformes numériques: les outils existants, les bonnes pratiques et leurs limites”. *Conseil supérieur de la Propriété littéraire et artistique* (2017). <https://www.vie-publique.fr/rapport/273251-la-protection-du-droit-dauteur-sur-les-plateformes-numeriques>.
- López Richart, Julián. “Responsables, *ma non troppo*. Las reglas de exención de responsabilidad de las plataformas para el intercambio de contenidos en línea en la directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital”. En *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, editado por Concepción Saiz García (dir.), Raquel Evangelio Llorca (dir.), 308-366. Tirant lo Blanch, 2019.
- Nordemann, Jan Bernd. - “Liability for Copyright Infringement on the Internet: Host providers (Content Providers) The German Approach”, 2. *JIPITEC* (2011).

- “Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content – Regulatory Action Needed?”. Dirección General de Políticas Internas, 2018. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA\(2017\)614207_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA(2017)614207_EN.pdf).

Quintais, João Pedro y Sebastian Felix Schwemer. “The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?”. *European Journal of Risk Regulation* 13, nº 2 (2022): 191–217. <https://doi.org/10.1017/err.2022.1>.

Rózenfeldová, Laura y Pavol Sokol. “Liability regime of online platforms new approaches and perspectives”. *EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC)* 3, editado por Petrašević, T.; Duić, D.; Novokmet. International Scientific Conference, 2019. <https://doi.org/10.25234/eclic/9034>

Sartor, Giovanni. “Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future”. *Dirección General de Políticas Internas*, 2017. <https://doi.org/10.2861/81985>

Spindler, Gerald. “¿Compartir contenidos en línea o no? Un análisis del artículo 17 de la Directiva sobre propiedad intelectual en el mercado único digital”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 12, nº1 (marzo de 2020): 962-1002. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5232>

Urban, Jennifer M., Joe Karaganis, y Brianna Schofield. “Notice and takedown in everyday practice”. *UC Berkeley Public Law Research Paper* (2016): 44-46. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2755628>.

Van Eecke, Patrick. Online service providers and liability: A plea for a balanced approach. *Common Market Law Review*, 48, nº 5 (2011): 1455-1502. <https://doi.org/10.54648/cola2011058>.

Van Vegchel, Jan. “European Council’s Amended Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market...” (2018). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3234175>.

2. Recursos online.

Comisión Europea, “Ley de Servicios Digitales: para un entorno en línea seguro y responsable”, 2023. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es

- Comisión Europea, “Preguntas y respuestas: Ley de Mercados Digitales: garantizar unos mercados digitales justos y abiertos”, 7 de julio de 2023.
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_2349
- Google Support. Servicio de Content ID de YouTube. Última consulta 5 de julio de 2023.
https://support.google.com/youtube/topic/2676339?hl=es&ref_topic=6151248&sjid=18144087693940755381-EU
- MARÍN PÉREZ, Álvaro, “La música en TikTok: Aspectos legales y oportunidades de negocio”, *Sympathy for the Lawyer*, 2021.
https://sympathyforthelawyer.com/hub/musica-tiktok-legal-negocio-musical/#La_musica_en_TikTok
- MILLMAN, Ethan, “TikTok has a new deal with Sony Music to promote more Sony artists”, *Rolling Stone*, 2 de noviembre de 2020.
<https://www.rollingstone.com/pro/news/tiktok-sony-music-licensing-deal-1084854/>
- STASSEN, Murray, “Warner Music group inks licensing deal with TikTok”, *Music Business Worldwide*, 4 de enero de 2021.
<https://www.musicbusinessworldwide.com/warner-music-group-inks-licensing-deal-with-tiktok/>
- STASSEN, Murray “TikTok inks multi-year licensing deal with ICE”, *Music Business Worldwide*, 27 de noviembre de 2020.
<https://www.musicbusinessworldwide.com/tiktok-inks-multi-year-licensing-deal-with-ice/>
- TikTok, “Denunciar incumplimiento de derechos de Copyright”.
<https://www.tiktok.com/legal/report/Copyright>.
- TikTok, “TikTok and Universal Music Group announce expanded global alliance”, 8 de febrero de 2021 <https://newsroom.tiktok.com/en-us/tiktok-and-universal-music-group-announce-expanded-global-alliance>.

ANEXO A. GLOSARIO.

DCDSM	Directive on Copyright in the Digital Single Market
DCE	Directiva de Comercio Electrónico (Directiva 2000/31/CE).
DDAMUD	Directiva de los Derechos de Autor en el Mercado Único Digital (Directiva 2019/790).
DDASI	Directiva de los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información (Directiva 2001/29/CE).
DMA	Reglamento de Mercados Digitales (Digital Markets Act).
DMCA	Digital Millennium Copyright Act.
DSA	Reglamento de Servicios Digitales (Digital Services Act).
EEE	Espacio Económico Europeo
LGCA	Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.
LSSICE	Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y de Comercio Electrónico.
MUD	Mercado Único Digital.
P2B	Platform 2 Business.
PSPCCL	Prestador de servicios para compartir contenidos en línea.
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRLPI	Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril).
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.
UGC	User-generated content (contenido generado por usuario).
VLOP	Very large online platform (prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño).
VOD	Video on-demand (vídeo bajo demanda).
VSP	Video-sharing platforms (plataformas de intercambio de vídeos).

ANEXO B. LEGISLACIÓN.

1. Tratados internacionales.

Tratado OMPI sobre los Derechos de Autor (WCT) (1996).

Tratado OMPI sobre la Interpretación y Ejecución de Fonogramas (WPPT) (1996).

2. Normativa comunitaria.

2.1. Derecho primario.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, OJ C 202, 7 de junio de 2016.

2.2. Derecho secundario.

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). (DO L 178 de 17 de julio de 2000).

Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, sobre la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. (DO L 167, de 22 de junio de 2001).

Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. (DO L 376, de 27 de diciembre de 2006).

Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (Versión codificada). (DO L 111, de 5 de mayo de 2009).

Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas. (DO L 299, de 27 de octubre de 2012).

Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. (DO L 84, de 20 de marzo de 2014).

Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015 por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (versión codificada). (DO L 241, de 17 de septiembre de 2015).

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 (Reglamento de protección de datos).

Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE 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. (DO L 242, de 20 de septiembre de 2017).

Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual). (DO L 284, de 12 de noviembre de 2018).

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 (DO L 130, de 17 de mayo de 2019).

Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.

Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Reglamento de Mercados Digitales)

Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales). «DOUE» núm. 277, de 27 de octubre de 2022.

3. Comunicaciones, Informes, Propuestas y Recomendaciones de la Comisión Europea.

Informe de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo - Primer informe sobre la aplicación de la 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). (21 de noviembre de 2023). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52003DC0702>

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa (6 de mayo de 2015). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192>

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor (9 de diciembre de 2015). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0626>.

Consulta pública sobre el entorno regulador de las plataformas, los intermediarios en línea, la computación en nube y los datos y la economía colaborativa (24 de septiembre de 2015).

Consulta pública sobre la evaluación y la modernización del marco jurídico para la protección de los derechos de propiedad intelectual (2015). [Presentación de PowerPoint].

Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las medidas contra el bloqueo geográfico y otras formas de discriminación por razón de la

nacionalidad o del lugar de residencia o de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (25 de mayo de 2016). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0289>.

Resultados de la consulta pública sobre el entorno regulador de las plataformas, los intermediarios en línea, la computación en nube y los datos y la economía colaborativa (26 de enero de 2016). <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital (14 de septiembre de 2016). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593>

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Orientaciones sobre el artículo 17 de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital (4 de junio de 2021). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0288>

4. Legislación española.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. (Boletín Oficial del Estado, núm. 166, de 12 de julio de 2002, p. 26796).

Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. (Boletín Oficial del Estado núm. 162, de 8 de julio de 2006).

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

5. Legislación extranjera.

Congress, U. S. Digital Millennium Copyright Act. *Public Law*, vol. 105, no 304, p. 112. (1998)

Código Civil de Alemania (*Bürgerlichen Gesetzbuches*), de 18 de agosto 1896.

ANEXO C. JURISPRUDENCIA.

6. Jurisprudencia de la Unión Europea.

STJUE (Sala Tercera), de 7 de diciembre de 2006, asunto C-306/05 (*Caso Rafael Hoteles*). ECLI:EU:C:2006:764.

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

STJUE (Sala Tercera), de 21 de octubre de 2010, asunto C-467/08 (*Caso Pawadan*). ECLI:EU:C:2010:620.

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

STJUE (Gran Sala), de 4 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08 (*Caso Premier League*). ECLI:EU:C:2011:631.

STJUE (Sala Tercera), de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10 (*Caso Scarlet Extended*), ECLI:EU:C:2011:771.

STJUE (Sala Tercera), de 1 de diciembre de 2011, asunto C -145/10 (*Caso Eva Painer*), ECLI:EU:C:2011:798.

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

STJUE (Sala Cuarta), de 11 de septiembre de 2014, asunto C-117/13, (*Caso Technische Universität Darmstad*), ECLI:EU:C:2014:2196.

STJUE (Sala Cuarta), de 27 de marzo de 2014, asunto C-314/12 (*Caso Telekabel*), ECLI:EU:C:2014:192.

STJUE (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/13, (*Caso Deckmyn*) ECLI:EU:C:2014:2132.

STJUE (Gran Sala), de 29 de julio de 2019, asunto C-469/17 (*Caso Funke Medien*), ECLI:EU:C:2019:623.

STJUE (Gran Sala), de 29 de julio de 2019, asunto C-476/17 (*Caso Pelham*), ECLI:EU:C:2019:624.

STJUE (Gran Sala), de 29 de julio de 2019, asunto C-516/17 (*Caso Spiegel online*), ECLI:EU:C:2019:625.

Conclusiones del abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 4 de junio de 2019, asunto C-18/18 (*Caso Eva Glawischnig-Pieczek v. Facebook Ireland Ltd.*) ECLI:EU:C:2019:821.

STJUE (Sala Tercera), de 3 de octubre de 2019, asunto C-18/18 (*Caso Eva Glawischnig-Pieczek v. Facebook Ireland Ltd.*), ECLI:EU:C:2019:821.

STJUE (Sala Tercera), de 26 de abril de 2022, asunto C-401/19 (*Caso Polonia v. Parlamento y Consejo*), ECLI:EU:C:2022:297.

7. Jurisprudencia de otros Estados miembros.

England and Wales High Court (Chancery Division). Twentieth Century Fox Film Corporation & Anor v Newzbin Ltd [2010] EWHC 608 (Ch) (*Caso Newzbin*). <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2010/608.html>

England and Wales High Court (Chancery Division). Dramatico Entertainment Ltd & Ors v British Sky Broadcasting Ltd & Ors [2012] EWHC 268 (Ch). (*Caso The Pirate Bay*). <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/268.html>