Derecho de autor, brecha de valor y entorno digital

Un estudio comparado entre Latinoamérica y Europa

Rodrigo Javier Gozalbez

DERECHO

UNIVERSIDAD AUSTRAL
EDICIONES

Colección texto

DERECHO

Derecho de autor, brecha de valor y entorno digital

Un estudio comparado entre Latinoamérica y Europa

Derecho de autor, brecha de valor y entorno digital

Un estudio comparado entre Latinoamérica y Europa

Rodrigo Javier Gozalbez

UNIVERSIDAD AUSTRAL
EDICIONES

Gozalbez, Rodrigo Javier
Derecho de autor, brecha de valor y entorno digital / Rodrigo Javier Gozalbez. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad Austral Ediciones. Asociación Civil de Estudios Superiores, 2023.
150 p. ; 23 x 15,5 cm.

ISBN 978-950-893-939-5

1. Derecho de Autor. I. Título.
CDD 346

© 2023 Rodrigo Javier Gozalbez
© Universidad Austral Ediciones

Cerrito 1250, C1010AAZ, CABA.

Primera edición: enero de 2023
ISBN: 978-950-893-939-5

Impreso en la Argentina / Printed in Argentina
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Director de la editorial: Miguel Ángel Rapela
Coordinador editorial: Juan González del Solar
Diseño de colección y diagramación: Daniela Coduto
Corrección: Mariana Gómez Masía

Imagen de contratapa: Freepik

Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada en, o transmitida por, un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin permiso previo por escrito de la editorial.

Tesis presentada para optar
al título de Magíster en Propiedad Intelectual

Esta tesis fue defendida el 6 de julio de 2022. El tribunal estuvo conformado por el Mg. Federico Villalba Díaz - Argentina, la Dra. Gemma Minero - España, y la Mg. Carolina Romero - Colombia.

Director de Tesis Mg. Lucas Lehtinen

Mg. Rodrigo Javier Gozalbez

gzlzabogado@gmail.com

- Rodrigo Javier Gozalbez es abogado, especializado en Derechos de Autor y Derechos Conexos, por la Universidad Católica de Santa Fe (UCSF), y magíster en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral. Es director de Operaciones para la Argentina de la Escuela Latinoamericana de Propiedad Intelectual (ELAPI) y agente de Propiedad Industrial ante el INPI.
- Cuenta con un posgrado en Derechos de Autor y Derechos Conexos de la Universidad de Buenos Aires (UBA), en el que también participó como docente invitado. Asimismo, es docente en el Programa de Actualización en Derechos de Autor y Derechos Conexos de la Asociación de Abogados de Buenos Aires y la UBA, y cuenta con experiencia docente en casas de estudio como la Universidad Nacional del Litoral (UNL), la Universidad de Palermo (UP) y la UCSF.

- Es integrante de la Comisión Foro de Práctica Profesional y del Instituto de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Santa Fe (CASF). Es abogado apoderado de entidades de gestión colectiva y litigante en materia de propiedad intelectual. Es disertante en temáticas relacionadas con los derechos intelectuales y autor de diversos artículos de doctrina especializados en propiedad intelectual.

Índice

Introducción 17

Capítulo 1. El derecho de la puesta a disposición 21

1.1 Conceptualización y evolución interpretativa 23

1.2 Relación con derecho patrimonial de la comunicación al público 32

1.3 Antecedentes normativos argentinos y de legislación comparada 39

1.4 Escenario previo a legislación europea 47

1.5 Crisis frente a los cambios generados 51

Capítulo 2. Alcances de la directiva europea 57

2.1 Modelo europeo de protección de los derechos de autor y conexos 59

2.2 Sujetos responsables y titulares de derecho: nuevo escenario de la relación jurídica 63

2.3 Principios en los que se estructura la normativa: conceptos fundamentales 68

2.4 La doctrina de la brecha de valor como presupuesto de reparación y acción preventiva. 78

Capítulo 3. Innovaciones jurídicas a la administración de derechos de autor y conexos para la reducción de brecha de valor 87

3.1 Breve caracterización de las entidades de gestión colectiva 89

3.2 El fenómeno de la multilateralidad: el reflejo europeo a través de la Directiva 2014/26/UE sobre gestión colectiva y la concesión de licencias multiterritoriales 92
3.3 Modelo existente de gestión actual en la Argentina y América Latina: entidades de gestión colectiva y los convenios de reciprocidad 96
3.4 Modificaciones que plantea la tecnología: su incorporación en las entidades de gestión colectiva 100
3.5 Nuevo modelo a partir de la Nueva Directiva Europea: sus alcances e innovaciones propuestas 104
3.6 Elementos para tener en cuenta en el reconocimiento recíproco de derechos: el modelo posible 113
3.7 Innovaciones futuras que pueden plantearse 120

Conclusión 126

Bibliografía consultada 133

Legislación consultada 137
Internacional 137
Derecho comparado 137
Nacional 138

Resoluciones, declaraciones y documentación de organismos internacionales consultadas 139

Jurisprudencia consultada 141
Internacional 141
Nacional 141

Artículos periodísticos e informativos consultados 143

Páginas web consultadas 145

Capítulo 2

Alcances de la directiva europea

2.1 Modelo europeo de protección de los derechos de autor y conexos

A raíz de lo analizado en el capítulo anterior, en esta sección pretendo profundizar los aspectos característicos del sistema de derecho de autor y derechos conexos europeo, a la luz de la nueva DDAMUD. Ante la pregunta acerca de la existencia de un mecanismo legal de protección idóneo para remunerar a los autores y artistas en el mercado digital, puedo adelantar que la respuesta no es llana.[73] Esta lógica es la que plantea la directiva cuando manifiesta que, en el último tiempo, el mercado en línea ha adquirido mayor complejidad, facilitando el acceso a contenidos protegidos sin intervención de los titulares de los derechos. Expresa así:

> Esa incertidumbre afecta a la capacidad de los titulares de derechos para averiguar si sus obras y otras prestaciones se están utilizando y en qué condiciones, así como su capacidad de obtener una remuneración adecuada por ese uso. Por lo tanto, es importante fomentar el desarrollo del mercado de licencias entre titulares de derechos

73. Rodrigo Gozalbez, "Elementos de la Directiva (UE) 2019/790 sobre el derecho de autor y derechos afines en el mercado único digital respecto a la brecha de valor en internet", en *Derecho y Tecnología: Procedimientos electrónicos. Prueba electrónica. Forensia digital. Litigación y nuevas tecnologías. Jurisprudencia. «legaltech» e innovación legal*, dir. Carlos Ordoñez (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2020), t. 2, 194.

> y prestadores de servicios para compartir contenidos en línea. Estos acuerdos de licencia deben ser equitativos y mantener un equilibrio razonable entre ambas partes. Los titulares de derechos deben recibir una remuneración adecuada por el uso de sus obras y otras prestaciones. No obstante, al no verse afectada la libertad contractual por esas disposiciones, los titulares de derechos no deben estar obligados a conceder una autorización o concluir acuerdos de licencia.[74]

De igual modo se hace referencia a la actividad de un tipo especial de intermediarios, que son los proveedores de servicios para compartir contenidos en línea.[75] En este caso se entiende que, cuando facilitan el acceso a obras u otras prestaciones protegidas, acontece un acto de comunicación al público o de puesta a disposición:

> Conviene que la presente Directiva aclare que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan un acto de comunicación al público o de puesta a la disposición del público cuando dan acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas cargados por sus usuarios. Por consiguiente, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deben obtener una autorización, también mediante un acuerdo de licencia, de los correspondientes titulares de derechos. Esto no afecta al concepto de comunicación al público o de puesta a disposición del público en otros ámbitos en virtud del Derecho de la Unión ni tampoco afecta a la posible aplicación del artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/29/CE a otros prestadores de servicios que usan contenidos protegidos por derechos de autor.[76]

En este punto, la DDAMUD regula el alcance del derecho de puesta a disposición en sintonía con lo que en este trabajo se abordó en el cap. 1, es decir, no entendiendo ese derecho como una modalidad

74. Directiva (UE) 2019/790, Considerando 61.
75. Figura a la que se le dedicará especial atención en el punto 2.4 de este capítulo.
76. *Id.*, Considerando 64.

de la comunicación al público a secas, sino como un derecho más extenso que puede abarcar otras facultades exclusivas de acuerdo a cómo se lo explote en el entorno digital. Como analizaré más adelante, la directiva propone un cambio de paradigma en el espectro de la responsabilidad de este tipo de intermediarios.

La norma incluye instrumentos inéditos en el marco europeo que serán motivo de análisis detallado en este trabajo. A los efectos de anticipar las aristas a abordar en los próximos títulos de este capítulo, es dable consignar el *principio de remuneración adecuada y proporcionada* en favor de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes, como punta de lanza para proponer un abordaje de la realidad que soslaya el concepto de brecha de valor o *value gap,* como una redefinición de la clásica hiposuficiencia negocial. En este marco, se propone potenciar la acción de los acuerdos con las SGC.

Otro instrumento novedoso y de evidente necesidad en el entorno digital es la *obligación de transparencia.* Su objetivo propone captar en forma periódica información actualizada, pertinente y exhaustiva, relativa a la explotación de sus obras y prestaciones, haciendo extensiva esta carga a los sublicenciatarios cuando la primera parte contratante no disponga de toda la información necesaria. Si bien veremos que existen una serie de elementos que limitan la virtualidad de esta herramienta, la inclusión en la directiva resulta necesaria a los efectos de empoderar a autores y artistas en el marco de sus relaciones sinalagmáticas con la industria.

La directiva establece también los llamados *mecanismos de adaptación de los contratos* para determinados supuestos, como la no existencia de convenios con las SGC y en caso de que se produzca una desproporcionalidad sobreviniente respecto a la retribución acordada en un primer término en perjuicio de los autores y artistas. También se analizará cómo existen distintos aspectos que funcionan como características limitantes a la posible aplicación de este derecho a la hora de adaptarlo a las leyes locales de los países que integran la comunidad europea.

En último término, aparece un elemento disruptivo en el campo de las relaciones entre autores, artistas, productores, intermediarios y usuarios: el *derecho de revocación* total o parcial. Este se despliega para aquellos supuestos en los que el autor o artista hayan negociado sus derechos mediante los instrumentos de cesión o licencia exclusiva, tomando como hipótesis de conflicto la ausencia de explotación de la obra. De igual forma, se planteará en este trabajo que dicho derecho se encuentra limitado por diversos factores que son utilizados para compensar las tensiones entre los distintos actores involucrados.

Respecto a estos instrumentos contractuales, subraya la doctrina el carácter novedoso de dichas herramientas en la legislación comunitaria, pero señalando:

> Resulta ciertamente llamativo que no se hubiera armonizado hasta ahora esta cuestión, sobre todo si tenemos en cuenta las múltiples proclamaciones del legislador europeo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el deseo de alcanzar un elevado nivel de protección de los titulares de derecho de propiedad intelectual.[77]

Otro punto que planteo como necesario para entender las relaciones y responsabilidades que se entrecruzan en el marco de la denominada brecha de valor respecto al rol de los intermediarios. Aunque los sujetos vinculados a la sigla ISP[78] pueden recibir distintas clasificaciones en base a los servicios que estos prestan, la directiva analiza particularmente una clase de estos: los denominados proveedores de servicios para compartir contenidos en línea.[79] En el art. 17 la

77. Gemma Minero Alejandre, "La armonización europea de la obligación de remuneración equitativa y proporcionada de autores y artistas por la cesión de derechos como paso 'sine qua non' para su verdadera tutela efectiva en el territorio europeo", en *Cuadernos Jurídicos, Instituto Autor - 15º aniversario*, 2020, 1.
78. Internet Service Provider.
79. A modo de ejemplo: Youtube, Facebook, Twitter e Instagram pueden entrar en esta definición.

directiva plantea una modificación a los parámetros vigentes hasta el momento en lo relativo a la responsabilidad de los intermediarios en el entorno digital que fue regulado en la DMCA de Estados Unidos y en la Directiva 2000/31/CE como principales normas que legislan el denominado sistema de *safe harbor o* puertos seguros. Como también analizaré oportunamente, la norma comienza a alejarse de un estándar de responsabilidad subjetiva para iniciar un planteo con ribetes hacia un sistema híbrido.

Teniendo en cuenta que el derecho de autor y los derechos conexos son herramientas fundamentales para incentivar más y mejores bienes culturales en pos de la evolución de las sociedades, estos elementos que se presentaron tienen la oportunidad de producir una mejora que acoja el reclamo de los sectores de autores y artistas y titulares de derechos de autor y derechos conexos, en una constante y cada vez más presente demanda por optimizar la participación de los dividendos que se generan en el marco de las industrias creativas.

2.2 Sujetos responsables y titulares de derecho: nuevo escenario de la relación jurídica

El nuevo escenario planteado por la directiva pretende equilibrar los intereses de tres tipos de sujetos cuya relación jurídica se manifiesta en constante tensión: los titulares de derechos de autor y derechos conexos, los usuarios y los intermediarios. En su afán, la norma se manifiesta con un rol preponderantemente armonizador. Desde el punto de vista de los titulares de derecho, la directiva se centra en la situación de los creadores y artistas, abordando la histórica desigualdad jurídica en la que se desarrolla su accionar en el mercado.

La influencia en las relaciones contractuales que genera el entorno digital lleva a que la posición de los creadores y artistas experimente una nueva forma de hiposuficiencia negocial o, como dije

anteriormente, una reedición del concepto. Concepción Saiz García[80] plantea que existen numerosos factores que generan esa situación de desigualdad entre los creadores y los explotadores de su trabajo (licenciatarios o cesionarios). Me permito sintetizarlos en los siguientes:

- La naturaleza jurídica de determinado tipo de obras y/o prestaciones que pueden conllevar la presencia de ficciones jurídicas que tiendan a desvirtuar la dicotomía conceptual entre autoría y titularidad. Me refiero a los instrumentos de presunciones legales que trasladan la titularidad en cabeza de los productores, normalmente bajo la figura de personas jurídicas, salvo pacto en contrario.[81]
- La necesidad de explotación que tienen las obras. En este punto resulta vital la existencia no solo de artistas, sino también de editores y productores que lleven adelante los aportes industriales necesarios para garantizar la mayor difusión posible de las creaciones. Por parte de los artistas: por el vínculo simbiótico con el autor, sobre todo en aquellos casos en que el creador no realiza la prestación personal de interpretación o ejecución pública de sus obras. En el caso de editores y productores: por el grado de conocimiento del mercado de destino.
- Siguiendo con el punto anterior, editores y productores, en sus roles de licenciatarios o cesionarios según cuál sea el negocio jurídico efectuado, poseen experimentado conocimiento de las condiciones de comercialización y pueden imponer las reglas que van a regir los contratos, que tendrán preponderancia en sus

80. Concepción Saiz García, "El principio de remuneración adecuada y proporcionada en la Directiva 2019/790/UE", en *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, dir. Concepción Saiz García y Raquel Evangelio Llorca (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 373.

81. En la norma argentina se experimenta esta situación en el subsistema de la obra audiovisual (art. 20 - 11.723).

intereses. Este esquema provoca que los creadores y artistas deban recurrir a sus pares para conocer experiencias previas que describan modelos de negocios, remuneración, características contractuales, etc., limitando su poder de negociación. En la práctica, los autores y artistas prácticamente ni siquiera pueden abordar una lectura paciente de las cláusulas negociadas previas a la firma y, en muchos casos, ni siquiera conservan copias de los instrumentos firmados con la contraparte.

- La carencia de información posterior a la concreción del acuerdo. A las circunstancias planteadas en el párrafo anterior se les suma la total ausencia o dificultad para acceder a información detallada respecto a la explotación de las obras o prestaciones. Al no tener la oportunidad de corroborar con certeza datos estadísticos de ventas, distribución, existencias, puesta a disposición en línea, ámbito territorial, sublicencias, etc., ya que la información se encuentra concentrada en un solo lado de la relación jurídica, los creadores y artistas no solo no tienen certeza de la situación en la que se encuentran desde el punto de vista económico, sino también jurídico, al carecer de herramientas para conocer si efectivamente el licenciatario o cesionario se encuentra cumpliendo sus obligaciones, lo que en primera instancia invalida la posibilidad de iniciar un reclamo haciendo valer los resortes del crédito para poner fin al vínculo u obtener incluso una indemnización por los perjuicios que dichos incumplimientos podrían ocasionar.
- La dificultad de encontrar el asesoramiento jurídico adecuado a la hora de esclarecer, controlar o cuestionar el cumplimiento del contrato por parte del licenciatario o cesionario. A esto se le suma el costo del acceso a la Justicia y, como se verá más adelante, las características de los estatutos legales que regulan la responsabilidad de los intermediarios en el entorno digital, que en su mayoría requieren

una actividad jurisdiccional necesaria para confrontar la utilización de obras y prestaciones por parte de los proveedores de servicios.

- El miedo que acarrea la solicitud de información o el reclamo de cumplimiento acorde al contrato contra el licenciatario o cesionario, respecto a la posibilidad de no ser contratados nuevamente o de no tener lugar en el mercado e incluso recibir represalias judiciales al respecto. En este punto es muy común la dependencia que experimentan autores y artistas, sobre todo en determinados tipos de obras, como las musicales, donde existe una constante necesidad de vincularse con ciertos actores de la industria para asegurar la vigencia o el grado de conocimiento, muchas veces a costa de renunciar a derechos que les son reconocidos en el ordenamiento jurídico o a someterse a peores condiciones de contratación.

La precitada lista de factores es meramente enunciativa y pretende describir las circunstancias que motivan la situación de desigualdad inicial y persistente a la que se enfrentan autores y artistas. Ahora bien, en el entorno digital, dichos factores, lejos de morigerarse, se profundizan. Esta cuestión vuelve a traer al lector a una directa relación con el derecho de puesta a disposición que previamente se describió. En el caso de los autores y artistas musicales que controlan sus derechos de explotación comercial, es decir, aquellos que no contrataron con una empresa discográfica para la generación de sus fonogramas,[82] el modelo de negocios experimentado actualmente en internet impide una gestión absolutamente independiente ya que, por lo general, se tendrá que contratar con una empresa agregadora de contenido (distribución digital), para poder acceder al desarrollo práctico del derecho de puesta a disposición:

82. Art. 65, pto. iii ley 26.522.

El gráfico describe el vínculo contractual de un artista independiente[83] para acceder al entorno digital, donde la empresa agregadora[84] ofrece la posibilidad de acceder a la puesta a disposición de su música (en términos técnicos, obras y prestaciones artísticas musicales) en numerosas plataformas de *streaming.*[85] En el caso al que aludimos, el artista contrata en carácter de productor fonográfico, otorgando a esta normalmente una licencia para la realización de una serie de actos vinculados a la distribución digital y otros actos subsidiarios. La exclusividad o no de la licencia y las características de los actos autorizados varían según las diversas agregadoras y los servicios que estas prestan.

La aludida situación resulta relevante a los efectos de justificar la regulación detallada que realiza la DDAMUD de las herramientas contractuales y esquemas de responsabilidad vinculados a la explotación de obras y prestaciones en el mercado único digital europeo. Como mencioné oportunamente, el don de la ubicuidad de la propiedad intelectual constituye un verdadero problema en este punto, lo que motiva un trabajo de constante esfuerzo y resignificación de las SGC, para instrumentar los controles y seguimientos adecuados de repertorios de obras de autores y prestaciones de artistas, como explicaré en el cap. 3 de este trabajo.

83. Que es autor, intérprete y productor fonográfico de sus obras y prestaciones artísticas.
84. Empresas de distribución digital como CDBaby, ONErpm, TuneCore, etc.
85. Empresas como Spotify, Apple Music, Deezer, etc.

Para abordar la problemática planteada, la norma europea incluye, por un lado, un repertorio de instrumentos de carácter contractual y por el otro, un cambio en el paradigma de responsabilidad de un tipo especial de proveedores de servicios en el entorno digital. La doctrina especializada observa que:

> Pese a que algún informe anterior había concluido que las discrepancias entre las reglas contractuales de derecho de autor de los Estados miembros no demostraban, hasta el momento,[86] que ello tuviera algún impacto en el funcionamiento del mercado interior, lo cierto es que la ausencia, en general, de normas en las legislaciones nacionales que refuercen la posición contractual de los creadores es una de las razones que favorecen la realidad expuesta.[87]

En el punto que sigue analizaré en forma detallada las características de esos instrumentos contractuales por considerarlos relevantes en el afán de disminuir la brecha de valor que afecta a los sujetos referenciados más arriba.

2.3 Principios en los que se estructura la normativa: conceptos fundamentales

La velocidad de crecimiento de los modelos de negocios del *streaming* acarreó un esquema aparentemente positivo para la lucha contra los usos no autorizados de obras y prestaciones protegidas, planteando que una mayor oferta de estos servicios de música mediante la

86. Lucie Guibault y Bernt Hugenholtz, "Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union", en *Institute for Information Law*, https://pure.uva.nl/ws/files/3563234/24667_final_report2002.pdf, *ap*. Concepción Saiz García y Raquel Evangelio Llorca (directoras), 375.
87. *Id.*, 375.

modalidad *freemium*[88] o *premium*[89] conduciría a reducir la piratería y las infracciones propias del acceso no autorizado a música, mediante las plataformas de descargas ilegales o puesta a disposición ilícita. Este esquema en cierta parte podría corroborarse,[90] pero no menos real es que, conforme el crecimiento en la oferta de servicios de este tipo, aumentó paulatinamente la desigualdad en el reparto de los beneficios económicos del mercado digital.

Los instrumentos que se anticiparon serán analizados a continuación, tomando como punto de partida el denominado *principio de remuneración adecuada y proporcionada*, que es regulado por la directiva en el art. 18:

> Los Estados miembros garantizarán que, cuando los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes concedan licencias o cedan sus derechos exclusivos para la explotación de sus obras u otras prestaciones, tengan derecho a recibir una remuneración adecuada y proporcionada (...).[91]

El artículo parte de dos formas de negociación de obras y prestaciones protegidas: la licencia y la cesión. Si bien estos conceptos pueden desdibujarse si se los analiza a la luz de otras legislaciones,[92] a los efectos de este trabajo procedo a tomarlos como dos formas distintas y diferenciadas de explotación, la primera consistente en una autorización de uso, con el alcance particular que pueda negociarse, y la otra como

88. Modelo de negocios que se basa en proporcionar características limitadas del servicio ofertado sin realizar pagos por este, pero teniendo que soportar la incorporación de anuncios publicitarios en esa experiencia.
89. El modelo se ofrece con todas sus características y funciones mediante el pago de una remuneración y sin la incorporación de anuncios publicitarios.
90. Aunque proliferaron nuevas formas de piratería como el *stream-ripping* o captación y descarga no autorizada de contenido destinado al *streaming*.
91. Art. 18., Directiva (UE) 2019/790.
92. Como, por ejemplo, la ley de propiedad intelectual española en donde la palabra cesión tiene un contenido más amplio que puede emparentarse en determinados supuestos con una licencia.

transferencia patrimonial, supuesto que adquiere otra connotación ya que puede implicar un daño irreparable del negocio jurídico, considerando los intereses de los autores y artistas.

Respecto al *principio de remuneración adecuada y proporcionada*, la norma presenta una técnica legislativa distinta a la planteada en el proceso de negociación y enmiendas anterior a la adopción del texto definitivo, ya que en esa etapa el art. 14 del Proyecto de Directiva enmendado utilizaba los términos "justa y proporcionada".[93] De un simple análisis de las diferencias entre "justo" y "adecuado" podemos extraer lo siguiente: "Justo: 1. adj. Que obra según justicia y razón. U. t. c. s.[94] Adecuado: 1. adj. Apropiado para alguien o algo".[95] Al visualizar dichas definiciones se me plantean los siguientes interrogantes: ¿Adecuado para quién? ¿Adecuado en qué contexto? Estas son preguntas de compleja respuesta teniendo en cuenta el proceso de trasposición de los países europeos a sus legislaciones domésticas y la lógica carencia de sentencias del TJUE que interpreten las disposiciones de la directiva. No obstante lo anterior, coincido con Gemma Minero Alejandre en que "las tarifas establecidas por las entidades de gestión son un baremo especialmente útil a los efectos de dilucidar si estamos o no ante una remuneración equitativa y proporcionada".[96]

Por lo que, en el marco del ejercicio del derecho de puesta a disposición, el principio permanece en manos de autores y artistas como medio de armonización entre los usos licenciados y la remuneración efectivamente percibida, y el rol de las SGC es relevante para una correcta percepción de la misma. En este lugar y teniendo en cuenta las características mediante las cuales se efectiviza en la práctica el derecho de comunicación pública de los autores y artistas musicales,

93. Rodrigo Gozalbez, "Elementos…", 196.
94. Ver https://dle.rae.es/consulta.
95. Ver https://dle.rae.es/consulta.
96. Gemma Minero Alejandre, "La armonización…", 12.

resulta oportuna la distinción que Concepción Saiz García realiza entre remuneración adecuada y proporcionada vs. licencias legales.[97]

En efecto, un escenario puede ser aquel en el cual la remuneración tenga el objeto de compensar un uso que se encuentra restringido mediante un mecanismo de licencia no voluntaria, sobre todo teniendo en cuenta el caso de la Argentina, donde el sistema de monopolio *ministerio legis* facilita una gestión más completa por parte de las entidades que gozan de este beneficio legal, tornando más accesible la posibilidad de negociar repertorios y el reclamo posterior ante el incumplimiento de la autorización, incluso consagrando la licencia legal sin la necesidad de interpelación previa. Lo anterior puede sustentarse en la causa "AADI-CAPIF c/ Unión Transitoria de Agentes S. A.", en la que la Cámara revocó la sentencia del *a quo* y consideró que el punto de partida de la constitución en mora del obligado al pago nacía de la propia ley y no de un acto de voluntad común, ni tampoco de un acto de voluntad unilateral.[98]

Pero otro contexto es aquel en el que exista un mecanismo previo que, lejos de limitarse al sistema de licencias no voluntarias, permita a los titulares reducir su grado de hiposuficiencia negocial en el contexto de la brecha de valor y con las características propias del entorno digital, como propone el art. 18 de la directiva que en este punto se estudia. En efecto, el instrumento legal consagrado en el precitado artículo constituye un elemento que trasciende las características del contexto analógico para ubicarse como una regla de equilibrio entre los titulares y los usuarios de sus obras y prestaciones protegidas.

Otro concepto interesante es el incluido en el art. 19 en cuyo primer párrafo reza lo siguiente:

97. Concepción Saiz García. "El principio de remuneración…", 380.
98. "AADI CAPIF c/Unión Transitoria de Agentes S. A." (CNCiv - Sala K - 19/04/2001), *ap.* Delia Lipszyc, *Régimen legal de la propiedad intelectual* (Buenos Aires: Hammurabi, 2019), 415.

> Los Estados miembros se asegurarán de que los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes reciban periódicamente, y por lo menos una vez al año, teniendo en cuenta las características específicas de cada sector, información actualizada, pertinente y exhaustiva sobre la explotación de sus obras e interpretaciones o ejecuciones por las partes a las que hayan concedido licencias o cedido sus derechos, o de los derechohabientes de estos, especialmente en lo que se refiere a los modos de explotación, la totalidad de los ingresos generados y la remuneración correspondiente.[99]

La llamada *obligación de transparencia* consiste en el aseguramiento de recepción en forma periódica de información directamente relacionada con las formas de explotación de obras y prestaciones, caracterizándose por brindar datos relativos a los ingresos que se generen y la remuneración debida a los titulares. En este punto me permito retornar a lo anteriormente señalado respecto a las numerosas causas que colocan a los creadores y artistas en una relación de disparidad negocial. Es precisamente la ausencia de información y la concentración de esta en manos del explotador lo que contribuye a esas diferencias en la capacidad de negociación de las partes.

Llanos Cabedo Serna razona que la consideración que debe dársele al término "ingresos" debe realizarse teniendo en cuenta los relativos al precio que paga el público para acceder a la obra y no los beneficios obtenidos por el explotador. En primer lugar, porque esta es la forma real de conocer los efectivos ingresos, excluyendo los aspectos relacionados con el volumen de negocios del explotador que puede verse influido por otros factores, como v.gr., la inversión realizada por este. En segundo término, porque esta es la forma correcta de poner en funcionamiento la válvula de otro de los instrumentos que analizaremos en este apartado: los mecanismos de adaptación de

99. Art. 19, pto. 1. Directiva (UE) 2019/790.

los contratos. Finalmente, la extensión de esos ingresos debe considerarse en sentido amplio, es decir, incluyendo todos los ingresos que genera la explotación de las obras y prestaciones de sus titulares.[100]

El artículo 19 hace extensiva la obligación de transparencia a los sublicenciatarios. Destaco la importancia de esta indicación ya que en la práctica los autores y artistas suelen convivir con acuerdos donde se faculta al licenciatario a sublicenciar los derechos que fueron autorizados a un tercero explotador, que puede ser desconocido por los titulares a la hora de recorrer un camino que, con motivo de las cláusulas contractuales, pueda presentar varios explotadores y subexplotadores.

El apartado 4 propone flexibilizar la obligación de transparencia al punto de eliminarla cuando se configure el supuesto de una contribución no significativa del autor o artista. No veo conveniente la posibilidad de eliminar la obligación en este supuesto de no contribución significativa por considerar que esto termina por afectar la posición de los creadores y artistas, circunstancia que se aleja de los fines propuestos por la norma. Asimismo se prevé lo que en otra oportunidad llamé una "excepción de la excepción"[101] al establecer: "A menos que el autor o el artista intérprete o ejecutante demuestre que necesita esa información para el ejercicio de sus derechos en virtud del artículo 20, apartado 1 , y que la solicita a tal efecto".[102]

La obligación de transparencia constituye un elemento necesario para detectar grados de incumplimiento contractual, lo que nivela la postura de los creadores y artistas en el ejercicio de sus derechos respecto a obras y prestaciones que se encuentran bajo explotación. Por eso la presencia de los acuerdos con las SGC incluida en el apar-

100. Llanos Cabedo Serna, "La obligación de transparencia de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital: ¿Un paso más hacia una remuneración adecuada para los autores?", en *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, dir. Concepción Saiz García y Raquel Evangelio Llorca (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 444.

101. Rodrigo Gozalbez, "Elementos…", 197.

102. Art. 19, pto. 4. Directiva (UE) 2019/790.

tado 5.º del art. 19 puede constituir un control más completo en caso de que se incluyan en los modelos de licencias ofrecidas por las SGC cláusulas que respondan a los principios referidos en el art. 19.

Otra de las normas niveladoras de la brecha negocial son los denominados *mecanismos de adaptación de los contratos*, regulada en el art. 20, cuyo primer apartado dispone:

> Los Estados miembros velarán por que, de no existir convenios de negociación colectiva que prevean un mecanismo comparable al establecido en el presente artículo, los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes o sus representantes tengan derecho a reclamar una remuneración adicional, adecuada y equitativa a la parte con la que hayan celebrado un contrato para la explotación de sus derechos, o a los derechohabientes de esta, en caso de que la remuneración inicialmente pactada resulte ser desproporcionadamente baja en comparación con la totalidad de los ingresos subsiguientes derivados de la explotación de las obras o interpretaciones o ejecuciones.[103]

Se contempla la corrección económica de los contratos en el momento en que se evidencia una desproporción en las condiciones sobrevinientes a la celebración del vínculo, en perjuicio de creadores y artistas. En este punto remito a lo analizado respecto a qué se considera ingresos y su extensión por entender que es un concepto necesario a la hora de poner en funcionamiento lo regulado por este artículo. La doctrina denomina a este derecho *acción de revisión* o *cláusula best seller* y se encuentra regulada en las legislaciones de algunos países, v.gr., Francia,[104] Alemania[105] y Polonia.[106] Coincido con la doctrina[107]

103. Directiva (UE) 2019/790, Art. 20.
104. Art. L 131-5.
105. Art. 32.
106. Art. 44.
107. Concepción Saiz García. "El principio de remuneración…", 406.

que entiende que el principio de retroactividad y la subordinación de la aplicación de los mecanismos de adaptación a discriminar por tipo de remuneración pueden transformarse en limitantes que, a la luz de lo regulado en el art. 23 de la presente directiva, contraríe los fines que el legislador europeo tuvo en cuenta a la hora de incorporar estos instrumentos.

En último lugar aparece en la directiva el denominado *derecho de revocación.* En este caso se pone como hipótesis de conflicto la falta de explotación de la obra o prestación, siendo aplicable a los casos de otorgamiento de una licencia exclusiva o una cesión de derechos. Esta facultad otorga la posibilidad de revocar en todo o en parte el contrato celebrado mediante esos mecanismos.

> Los Estados miembros garantizarán que, cuando un autor o un artista intérprete o ejecutante haya concedido una licencia o cedido sus derechos en una obra u otra prestación protegida de forma exclusiva, el autor o el artista intérprete o ejecutante pueda revocar en todo o en parte esa licencia o cesión de derechos si dicha obra u otra prestación protegida no se está explotando.[108]

La directiva otorga la posibilidad a los Estados de incluir en sus normas nacionales distintos supuestos de aplicación de este derecho teniendo en cuenta las características del sector y el tipo de obras y prestaciones, como así la posibilidad de analizar los supuestos de cotitularidad para discriminar el grado de aporte o contribución individual.[109]

Esta herramienta contiene una serie de limitaciones que pueden poner en jaque su aplicación:

108. Directiva (UE) 2019/790, Art. 22, pto. 1.
109. *Id.*, Art. 22, pto. 2.

- En el caso de contribuciones de varios autores o artistas, que permite la posibilidad de la inaplicabilidad del derecho de revocación.
- La introducción de un plazo determinado para limitar su ejercicio.
- La posibilidad de que este no sea efectivo cuando las circunstancias de no explotación puedan ser subsanadas por el autor o artista.
- La introducción de un plazo que deba cumplirse para poder ejercer dicho derecho.

El derecho de revocación debe ejercitarse siguiendo el procedimiento establecido por la norma que consiste en el requerimiento previo del explotador mediante una notificación sujeta a un plazo para posteriormente poner fin a la exclusividad o revocar el contrato. El pto. 2 *in fine* contiene la eventualidad de que los creadores y artistas puedan optar entre poner fin a la exclusividad o revocar el contrato. En el primer caso se morigeran las consecuencias gravosas de un vínculo contractual perjudicial en favor del autor o artista. De una comparación entre este punto y la parte final del pto. 3 del artículo pueden presentarse dudas respecto al carácter optativo o imperativo de la opción por revocar o convertir en licencia no exclusiva. Pero teniendo en cuenta el grado de discrecionalidad que les otorga la norma a los Estados nacionales a la hora de su incorporación puede concluirse que, en principio, la norma tiene carácter facultativo.[110]

Cuando las condiciones en las que los autores o artistas negociaron sus obras o prestaciones fueron desfavorables y dicho perjuicio se tradujo en la falta de explotación de la obra o prestaciones, se presenta la solución planteada por el art. 22 de la directiva como otro instrumento nivelador del grado de subordinación experimentado

110. Concepción Saiz García, "El principio de remuneración…", 408-409.

por autores y artistas respecto a los explotadores. Aquí resulta difícil no traer a colación la herramienta regulada en el art. 203 de la Copyright Act de Estados Unidos,[111] que plantea el denominado "derecho de terminación" o "segunda chance", cuyo propósito resulta comparable con lo analizado.

En otra oportunidad[112] utilicé un ejemplo para demostrar la aplicación de estos preceptos en torno a la desigualdad negocial del sector musical en materia de negociación de derechos de autor y conexos, y me remonté al inicio de la carrera de "un músico x", en un ámbito temporal que puede plantearse a fines de la década de los 70. Movido por las pasiones, la necesidad de darse a conocer y el desconocimiento de sus derechos intelectuales, celebró un contrato de cesión de derechos de autor. Si volvemos a las razones por las cuales se genera la diferencia de capacidad de negociación entre las partes, la expresión "take-it-or-leave-it"[113] es de correcta aplicación al ejemplo. Los efectos negativos del contrato que celebró el músico que es sujeto en este ejemplo se configuran muy difíciles de revertir sin la existencia de una norma niveladora de esa injusticia.

Me permito comparar el art. 22 de la DDAMUD con esta norma anglosajona ya que su aparición significó un remedio para disminuir el grado de subordinación jurídico-económica. Por lo expuesto entiendo que el antecedente del art. 203 de la ley estadounidense permite, salvando las diferencias técnicas de ambas normas, proyectar la aplicación práctica del derecho de revocación incorporado en la directiva. En el ejemplo planteado en el párrafo anterior, la presencia de una SGC representando los intereses del artista podría generar que el contrato no tenga lugar o sea rectificado. Más aún para aquellos

111. Conf. 17 U.S. Code § 203. Termination of transfers and licenses granted by the author.
112. Rodrigo Gozalbez, "Elementos...", 199-200.
113. Sean Kane, "Copyright Assignment Termination after 35 Years: The Video Game Industry Comes of Age", en *Mag. Intellectual Property & Technology Law Journal,* vol. 26, 1 (Jan. 2014): 17.

derechos de gestión obligatoria, en relación con los cuales algunas entidades desconocen expresamente la posibilidad de cesión de dichas facultades patrimoniales.[114]

2.4 La doctrina de la brecha de valor como presupuesto de reparación y acción preventiva

Hasta aquí me encargué de hacer alusión al concepto de brecha de valor en forma general con el objeto de visibilizar las diferencias que el entorno digital genera en materia de usos de obras y prestaciones, y la necesaria, justa y proporcionada compensación que sus titulares merecen conforme a esos usos. Pero el concepto de *value gap* o brecha de valor puede analizarse con distintos enfoques. Un enfoque amplio se presenta ante todo desequilibrio entre la obtención de beneficios económicos y el uso de obras y prestaciones protegidas, independientemente de que estas se encuentren autorizadas o licenciadas. En este punto, el concepto tiende a analizar las diferencias de valor que se presentan de forma injustificada y cuál debería ser una aproximación hacia una compensación económica más cercana con relación al uso en favor de los titulares de derechos de autor y conexos. Algunos de estos conceptos fueron analizados en el punto 1.5.

Por este motivo se consideraron en los puntos anteriores distintas herramientas contractuales propuestas por la directiva con el objeto

114. Artículo sexagésimo quinto: "La cesión o venta de los derechos autorales no será reconocida por SADAIC, en tanto los autores y compositores de música, por decisión registrada en este Estatuto, han renunciado a esa posibilidad, dejando en poder de la sociedad el ejercicio y defensa de sus facultades.- Esa nulidad regirá también para aquellos actos que constituyan una desvirtuación del derecho autoral, como ser: la renuncia a la percepción de derechos económicos, a la autoría, la exigencia de participaciones autorales no habiendo creador ni creación artística, la imposición de reintegración de derechos, y demás procedimientos similares" (Estatuto de SADAIC).

de mejorar la situación que experimenten autores y artistas frente a esta problemática. Pero el concepto de brecha de valor también puede plantearse desde un enfoque restringido y circunscribirse específicamente para analizar esa desigualdad cuando se plantea motivado por la captación de valor realizada por los intermediarios en el entorno digital, gracias al sistema de responsabilidad desarrollado en numerosas legislaciones del mundo previo a la adopción de la DDAMUD.

Entonces, en este enfoque, el concepto puede presentarse como los importantes ingresos que obtienen los intermediarios, especialmente el tipo de intermediario analizado por la directiva y conocido como prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, sin que exista una correspondencia con la compensación económica en favor de los titulares de esos contenidos en línea. Estos usos muchas veces se desarrollan sin la autorización de sus titulares, hecho que potencia la brecha de valor ya que, con el objeto de crear la apariencia de un uso gratuito,[115] los intermediarios realizan cuantiosos negocios que normalmente se sustentan en publicidad y manejo de datos personales.

En este marco, el reclamo de los titulares se basa en una crítica contundente al sistema de puertos seguros o *safe harbors,* que se estructura como un tipo de responsabilidad subjetiva fabricada a la medida de los intermediarios en internet. En materia de derecho de autor y derechos conexos, y en el contexto normativo comunitario europeo, la norma rectora de los puertos seguros era la Directiva 2000/31/CE, en adelante DCE, cuyo corazón se encuentra en los arts. 14 y 15. El primero de estos reza que, para posibilitar el funcionamiento del puerto, deben cumplirse las siguientes condiciones:

115. 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*, dir. Concepción Saiz García y Raquel Evangelio Llorca (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 373.

- Ausencia de conocimiento previo.
- Actuación expeditiva ante la notificación de la infracción.

Por su parte, el art. 15 regula la no existencia de una obligación general de control por parte del ISP:

> Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas (...).[116]

El sistema plantea un factor de atribución subjetivo para determinar responsabilidad basado en la culpa en caso de que el ISP no pueda ampararse en la exención de responsabilidad regulada por el art. 14 DCE. Ante la notificación del contenido infractor, el obrar expeditivo —*notice and take down*—[117] permite el goce de los beneficios del puerto seguro. Pero mientras el prestador del servicio no sea anoticiado de la infracción, su conducta es indiferente a los efectos de la legislación, cuestión que se explica en parte por la no sujeción a un deber general de vigilancia del contenido de sus usuarios.

116. Art. 15 pto. 1. Directiva 2000/31/CE.

117. En el caso de la regulación establecida por la DMCA, la US Copyright Office en mayo de 2020 publicó el documento "Section 512 of title 17. A report of the register of copyrights", donde se cuestiona la actualidad del sistema de puertos seguros o *safe harbors.* Desde el punto de vista de los titulares de derechos, el documento señala que no obstante que lo consideren exitoso el sistema de puertos seguros, los titulares de derechos entienden que la norma no logró el objetivo buscado por el legislador en relación con la protección del uso no autorizado de obras y prestaciones protegidas. Según estos, el órgano legislativo no logró captar con anticipo las características actuales de internet en relación con la gestación de infracciones. Los titulares de derechos advierten que el entorno actual por un lado permitió mejorar la capacidad de comunicar el contenido pero por el otro hizo posible la proliferación de facilidades de cometer actos de infracción a los derechos tutelados. ("Section 512 of title 17. A report of the register of copyrights", US Copyright Office, 2020, 77, disponible en https://www.copyright.gov/policy/section512/section-512-full-report.pdf, consultado el 9 de octubre de 2021).

En este contexto, el art. 17 de la DDAMUD llega como consecuencia de un conjunto de fuertes cuestionamientos al sistema de puertos seguros desde la óptica del derecho de autor y los derechos conexos, lo que llevó a la doctrina[118] a plantear que estamos ante una derogación del régimen de responsabilidad regulado por la DCE. Como anticipé más arriba, el ámbito subjetivo de aplicación de la norma estudiada es un tipo de ISP que la directiva denomina "prestadores de servicios para compartir contenidos en línea".[119] La nota distintiva es que estos se encuadran como responsables de actos de comunicación pública y puesta a disposición de obras y prestaciones protegidas respecto a la actividad de sus usuarios, motivo que justifica la exclusión expresa por parte de la DDAMUD del régimen de responsabilidad regulado en la DCE.[120]

Esta situación es la que motiva a la norma a establecer un criterio preventivo: estos prestadores de servicios deben realizar sus mayores esfuerzos para contar con la autorización de los titulares. Aquí nuevamente resulta importante el aspecto gramatical al que hice referencia al analizar el art. 18 de la DDAMUD. La propuesta de la directiva utilizaba la palabra "obligados", lo que generó una serie de tensiones entre titulares y usuarios basadas en el argumento de estos últimos de la absoluta discrecionalidad de los representantes de los autores y titulares de derechos conexos a la hora de negociar con las plataformas, lo que las obligaría a acordar sin posibilidad de negociación. Entonces, comienza a desdibujarse el aparente factor de atribución objetivo.

118. Julián López Richart, "Responsables, *ma non troppo*…", 319.

119. Un prestador 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 (art. 2, pto. 6 - Directiva [UE] 2019/790).

120. 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 (art. 17, pto. 3 - Directiva [UE] 2019/790).

Los prestadores deben realizar mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y prestaciones, respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria.[121] Coincido con Lopez Richart[122] en el sentido de que la norma en este punto hace referencia a los mecanismos tecnológicos de reconocimiento de contenido. Esta información puede proporcionarse mediante distintas técnicas de identificación de obras y prestaciones protegidas. En el cap. 3 me refiero puntualmente al sistema de ISWC desarrollado por la CISAC. Este resulta un ejemplo de cómo los titulares de derechos no solo pueden mejorar la gestión en materia de recaudación y distribución, sino también en cuestiones de observancia, facilitando a los prestadores de servicios que utilizan sus creaciones la posibilidad de observar la legislación vigente con mayor eficiencia. A este punto volveré oportunamente.

El último requisito exigido por la norma para permitirle al prestador de servicios evitar ser responsable por las infracciones cometidas en su plataforma consiste en una actuación expeditiva al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, noticia destinada a inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web. Asimismo el prestador debe demostrar que ha hecho los mayores esfuerzos por evitar que nuevamente se cargue el contenido en infracción.[123] Esta última circunstancia constituye una diferencia con el sistema *notice and take down* regulado en el art. 14 de la DCE ya que lo que se exige en esta oportunidad es, además, el denominado *notice and stay down.* Una ponderación práctica de ese requerimiento constituye que los prestadores de servicios deben poner en funcionamiento mecanismos de detección de contenido infractor en sintonía con lo que referencié previamente cuando me referí al inc. b del mismo apartado.

121. Art. 17, pto. 4 inc. B - Directiva (UE) 2019/790.
122. Julián López Richart, "Responsables, *ma non troppo*…", 340.
123. Art. 17, pto. 4 inc. c - Directiva (UE) 2019/790.

En el caso "Alone in The Dark",[124] el Tribunal Supremo de Alemania consideró viable exigir la utilización de filtros e incluso actividades manuales tendientes a evitar la continuidad de infracciones, sin considerar que dicha imposición podría transgredir la no obligación de un deber general de control regulada por la DCE.[125] Este antecedente se coloca en sintonía con el tema que trato en este apartado del cap. 2, ya que el desarrollo de técnicas de detección de contenido infractor constituye un mecanismo de acción preventiva que puede contribuir a remediar el problema de la brecha de valor que observé al inicio.

La prohibición consagrada en el art. 17 pto. 8 de la DDAMUD podría presentarse como un obstáculo para el desarrollo de la idea preventiva que trae consigo la norma analizada, ya que los mecanismos de detección de contenidos infractores a través del filtrado o medidas tecnológicas similares pueden entenderse como una transgresión al principio ya sostenido por la DCE en su art. 15 y también presente en esta legislación. En este punto es dable plantear un análisis de las normas citadas a los efectos de fundamentar un argumento que tienda a resolver estas tensiones. Con dicho propósito me permito iniciar la comparación tomando como eje central la relación entre los términos "general" y "específico". El considerando 47 de la DCE establece:

> Los Estados miembros no pueden imponer a los prestadores de servicios una obligación de supervisión exclusivamente con respecto a obligaciones de carácter general. Esto no se refiere a las obligaciones de supervisión en casos específicos y, en particular, no afecta las órdenes de las autoridades nacionales formuladas de conformidad con la legislación nacional.

124. "Störerhaftung von File-Hosting-Dienst (Rapidshare) - Alone in The Dark" (BGH v. 12.7.2012 - I ZR 18/11).
125. Para profundizar, ver Julián López Richart, "Responsables, *ma non troppo*…", 344.

Entonces, uno de los grandes problemas al que se enfrentan los titulares de derechos que versa sobre la falta de control de las sucesivas nuevas infracciones luego del retiro puede resolverse analizando dicho deber como un requerimiento específico, lo que lo alejaría de la prohibición contenida en los arts. 15 y 17, pto. 8 de las DCE y DDAMUD, respectivamente. Un enfoque similar fue el utilizado por el abogado general en la causa "Eva Glawischnig-Piesczek c/Facebook Ireland Limited (C18/18)".[126] Si bien el caso no versaba sobre cuestiones vinculadas al derecho de autor y los derechos conexos, sino a ilícitos contra el honor, se plantearon cuestiones vinculadas a este análisis:

> Como establece el considerando 47 de la Directiva 2000/31, la prohibición de imponer obligaciones de carácter general, prevista en el artículo 15, apartado 1, de dicha Directiva, no se refiere a las obligaciones de supervisión en casos específicos. En efecto, del tenor literal del artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2000/31 resulta que un prestador de servicios de alojamiento de datos puede estar obligado a prevenir una infracción, lo cual lógicamente entraña, como señala la Comisión, una cierta forma de supervisión en el futuro, supervisión que no puede transformarse en una obligación de supervisión general. (12) Además, el artículo 18 de dicha Directiva exige a los Estados miembros velar por que los recursos judiciales existentes en virtud de la legislación nacional en relación con las actividades de servicios de la sociedad de la información permitan adoptar rápidamente medidas destinadas, en particular, a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados.[127]

126. "Eva Glawischnig-Piesczek c/Facebook Ireland Limited (C18/18)". Sentencia, recursos y conclusiones generales disponibles en http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-18/18 (Consultado el 27 de febrero de 2021).
127. Considerando 41 de las Conclusiones del Abogado General, disponible en http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=3E91EFCD60D80EE3D4DE7C4FF21CD7A0?text=&docid=214686&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3924436 (Consultado el 27 de febrero de 2021).

En este caso se avanza sobre el análisis de un deber general o específico, recalcando una serie de requisitos que deben establecerse para la puesta en práctica de un deber no general de supervisión, entre los que se destacan "que las lesiones sean de la misma naturaleza, provengan del mismo usuario y vayan dirigidas contra los mismos derechos",[128] llegando a la conclusión de que no es inconcebible con el derecho de la unión la existencia de un deber de supervisión en estos parámetros.

En el caso concreto, el abogado general demuestra la posibilidad de aplicar criterios preventivos en base a los mecanismos de filtrado que, con las características analizadas, no dan lugar a que se aplique la válvula del art. 15 de la Directiva DCE. A la luz de lo analizado en virtud del art. 17 de la DDAMUD, entiendo que resultaría viable una obligación específica de control y utilización de filtros que permitan prevenir infracciones y evitar futuras reediciones de estas, sobre todo teniendo en cuenta el suministro por parte de las SGC de mecanismos de identificación de obras y prestaciones, tema al que me referiré en el próximo capítulo.

Lo anterior mejoraría la gestión de licencias con los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea ya que, si bien los titulares de derechos no gozan de un poder de negociación omnicomprensivo en virtud de los supuestos limitativos de responsabilidad del art. 17, los prestadores de servicios deberían ofrecer un rol activo y de carácter preventivo tendiente a realizar sus mayores esfuerzos en lograr la autorización, mayores esfuerzos que pueden desarrollarse conforme las herramientas tecnológicas de reconocimiento de obras y filtrado previo, lo que en última instancia mejoraría la posición de los autores y titulares de derechos conexos en el contexto de la brecha de valor analizada en este capítulo. En efecto, la situación no se encontraría en la pasividad de la DCE, pero tampoco en un supuesto de

128. *Id.*, Considerando 45.

responsabilidad estrictamente objetivo, por lo que la regulación de la DDAMUD consagra un sistema híbrido que puede mejorar la situación de los miembros más débiles de la cadena de valor.

En el cap. 3 analizaré las consecuencias de estas normas a los efectos prácticos, donde la existencia de nuevas herramientas por parte de los proveedores de servicios comienza a visibilizar los cambios en materia de responsabilidad y rol de dichos sujetos del entorno digital. En este marco, la doctrina de la brecha de valor no solo puede utilizarse como un mecanismo de acción preventiva, como se demostró en los párrafos anteriores, sino también como una herramienta de reparación. Un funcionamiento armónico de los esquemas de licenciamiento que se analizarán en el próximo capítulo, junto con las herramientas tecnológicas de control y filtrado de contenido con carácter específico, constituyen la posibilidad para autores y artistas de mejorar su situación en el mercado, evitando que sus obras y prestaciones sean utilizadas a costa de su trabajo y permitiendo una nueva armonía entre el negocio publicitario y de intercambio de datos personales y los mecanismos de licenciamiento.