

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065831

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 16 DE MADRID*Sentencia 208/2021, de 20 de diciembre de 2021*

Rec. n.º 139/2020

SUMARIO.**Propiedad intelectual. Agregación de contenidos. Prestador de servicios electrónicos. Agregador de fragmento no significativo. Compensación equitativa. CEDRO. GOOGLE.**

Protección de la obra periodística en la normativa sobre propiedad intelectual, así como la interpretación del alcance de la excepción prevista en el artículo 32.2 del TRLPI, en la redacción resultante de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre.

El nuevo artículo 129 bis del TRLPI reconoce ahora a las editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias establecidas en el territorio español, cuando publican publicaciones de prensa en el sentido de dicho precepto, el derecho exclusivo de reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de una publicación de prensa, así como el derecho exclusivo de puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos para el uso en línea de sus publicaciones de prensa por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información. Prosigue la misma norma en su apartado segundo que la reproducción o puesta a disposición del público por terceros usuarios de cualquier texto, imagen, obra fotográfica o mera fotografía que sean objeto de este derecho estará sujeta a autorización y no excluirá la responsabilidad civil o penal del tercero usuario que eventualmente se pudiera derivar de la utilización no autorizada del contenido publicado. Dicha autorización se recogerá en un acuerdo celebrado al efecto con el prestador de servicios de la sociedad de la información.

El nuevo régimen la agregación de fragmentos de prensa ajenos no es libre, sino más restringido que en la regulación precedente; en la medida en la que la agregación que suponga reproducción o comunicación pública pasa a exigir un acuerdo con cada editor, y de negociar una compensación económica caso por caso (tasa google).

Respecto a la obra periodística y la propiedad intelectual y los “agregadores” de noticias, la propiedad intelectual protege todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro (art. 10 del TRLPI). No es dudoso que la propiedad intelectual también confiere protección sobre los artículos periodísticos que merezcan la calificación de creación original. En lo que respecta a los artículos de prensa, el concepto de creación intelectual original atribuida a un autor [...] proviene normalmente de la forma de abordar el tema seleccionado y del registro lingüístico empleado para ello.

Dicha protección, no significa que el autor de un artículo de prensa obtenga, a través de la propiedad intelectual, un derecho de exclusiva sobre la narración de un determinado suceso, sino que la propiedad intelectual dispensa protección a la concreta narración creada por el periodista, al plasmar en palabras, de forma original, la información sobre un determinado hecho noticiable. Ello supone que nadie puede, entre otras cosas, reproducir o poner a disposición sin su autorización (o la del titular de los derechos que los haya obtenido por cesión o en virtud de otro título) el artículo que un autor de prensa haya escrito; lo cual incluye la totalidad del mismo o de cualquiera de sus partes, salvo que esté amparada por un límite específico (como por ejemplo, el derecho de cita).

Los periódicos tienen la condición de “obras colectivas”, si bien, esa calificación sólo sería predicable de la reunión de artículos que constituyen una creación original, excluyendo por supuesto otras aportaciones que no merezcan esa calificación (carteleros de espectáculos, resultados deportivos, cotizaciones de bolsa, etc.). La redacción del artículo 32.2 TRLPI operada a través de la Ley 21/2014, presupone el reconocimiento legal implícito del derecho de propiedad intelectual sobre los artículos periodísticos, al contemplar como un límite del mismo la no necesidad de autorización para la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos “no significativos” de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento; debiendo entenderse que la merma del derecho que este precepto supone no es la supresión de la protección, sino la inexigibilidad de la autorización del autor, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa.

La idea es que la reproducción o comunicación íntegra de esas obras, o bien de fragmentos significativos, únicamente podría hacerse con la autorización de sus autores (o demás titulares de derechos, como los editores); pero aquella que se limita a incluir un fragmento “no significativo” puede insertarse directamente en los contenidos ofrecidos por el prestador de servicios electrónicos (referidos a los prestadores de

servicios de la sociedad de la información identificados en el Anexo de la Ley 34/2002 como lo es google), con la única salvedad de que deberá liquidarse una compensación equitativa.

En el caso de la agregación de “contenidos periodísticos no significativos”, nos hallaríamos ante un límite diferente, que entraña una suerte de derecho de “inserción sin permiso” por el agregador de un fragmento no significativo de la noticia; inserción con la que el prestador del servicio electrónico se aprovecha de una obra ajena (en lugar de disponer de sus propios autores creadores de tales contenidos), atrayendo hacia sí un tráfico propio en Internet. A cambio de ello, se devenga un derecho de remuneración objeto de recaudación a través de un sistema de gestión colectiva forzoso.

La “agregación” de un fragmento “no significativo” no debería equipararse a la actividad o aprovechamiento de una obra que caiga bajo la libertad de insertar hiperenlaces en un sitio web sino que añadiría en su propio sitio web un fragmento del artículo periodístico, a suerte de “prueba de lectura” del mismo. Tampoco es identificable la “agregación de contenidos” no significativos con la “sinopsis” de una obra ajena que en parte tiene creación original sin que pueda ser objeto de prohibición por el titular; sino que con el agregador, de contenidos “no significativos”, nos hallamos ante una actividad automatizada, en gran medida parasitaria de la propia “creación” original del contenido, donde el agregador sin esfuerzo, se aprovecha o explota la creación de otro.

Por último, no es confundible la agregación de contenidos, con la ausencia de protección de “las noticias del día como simples informaciones de prensa”, pues las meras noticias o sucesos, al igual que las ideas, no son apropiables ni monopolizables por nadie; sin embargo, aquí de lo que se trata es del aprovechamiento del trabajo creativo ajeno.

Es el agregador quien decide, sin autorización, “captar” y “parasitar” contenidos ajenos, siendo ese hecho el único presupuesto preciso para el devengo de la compensación.

La simple inclusión en la interfaz de búsqueda de GOOGLE CHROME o de GOOGLE SEARCH de hiperenlaces que dirigen a sitios web de prensa, debemos entender que es absolutamente libre y que no puede ser subsumida en la actividad de “agregación de fragmentos no significativos” sino de palabras sueltas, considerando su mínima extensión y su carencia de contenido informativo. Por consiguiente, no concurre el supuesto de hecho de la “agregación de fragmentos no significativos” de noticias que hace nacer el derecho a la remuneración.

PRECEPTOS:

Reglamento (UE) 2019/1150.

Real Decreto Legislativo 1/1996 (Ley de Propiedad Intelectual), arts. 32.2.

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, art. 15.1.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, art. 10.

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.

Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas; arts. 1.9, 1.11 y 8.1

PONENTE:

Don Carlos Nieto Delgado.

C/ Gran Vía, 52 , Planta 6ª - 28013

Tfno: 917200890

Fax: 912749947 mercantil16@madrid.org

42020310

NIG: 28.079.00.2-2020/0202045

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 139/2020

Materia: Propiedad intelectual

Clase reparto: DEMANDAS J. ORD. PROP. INTELECTUAL Negociado H

Demandante: CENTRO ESPAÑOL DE DERECHOS REPROGRÁFICOS PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL CARMEN CABEZAS MAYA Demandado: GOOGLE IRELAND LTD
PROCURADOR D./Dña. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA

SENTENCIA Nº 208/2021

En Madrid, a 20 de diciembre de 2021.

Vistos por D. CARLOS NIETO DELGADO, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil núm. 16 de esta ciudad, los presentes autos de juicio ordinario registrados con el nº 139/2020, seguidos a instancia de D^a. MARÍA DEL CARMEN CABEZAS MAYA, Procuradora de los Tribunales y de CENTRO ESPAÑOL DE DERECHOS REPROGRÁFICOS (CEDRO), contra GOOGLE IRELAND LTD., que comparece representada por el Procurador de los Tribunales D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA, sobre PROPIEDAD INTELECTUAL y con los siguientes

I.- ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Que por la referida parte actora se dedujo demanda origen de los presentes autos, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, suplicando que, se tuviera por presentado dicho escrito con los documentos que acompañaba y previos los trámites legales dictara sentencia por la que:

1. Declare que la actividad desarrollada a través de GOOGLE DISCOVER supone un acto de agregación generador de la obligación de compensación equitativa.

2. Condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración.

3. Condene a la demandada a abonar a CEDRO las siguientes cantidades en concepto de compensación equitativa:

3.a. Por el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 2019 y el 30 de abril de 2020, y los medios reflejados en los anexos de las facturas de CEDRO FV20-04339 y FV20- 05838, la cantidad de UN MILLÓN CIENTO TRECE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO EUROS Y SETENTA Y SEIS CÉNTIMOS (1.113.275,76.-€).

3.b Por el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 2019 y el 30 de abril de 2020, excluidos los medios reflejados en los anexos de las facturas FV20-04339 y FV20- 05838, el importe que resulte de aplicar la fórmula expresada en el Fundamento Jurídico NOVENO, párrafo 133, apartados 2 y 4 (número de clics x 0,00029203.-€).

3c Por los periodos comprendidos entre el 6 de diciembre de 2016 y el 28 de febrero de 2019, y entre el 1 de mayo de 2020 y el 31 de octubre de 2020, y por todos los medios, el importe que resulte de aplicar la fórmula expresada en el Fundamento Jurídico NOVENO, párrafo 133, apartados 3 y 4 (número de clics x 0,00029203.-€).

4. Condene a la demandada al pago de las costas.

Segundo.

Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de ella a la parte demandada, para que en el plazo de veinte días compareciera y contestara a la misma.

Tercero.

Dentro de dicho plazo, la parte demandada compareció y presentó escrito de contestación, solicitando la íntegra desestimación de la demanda.

Cuarto.

Por diligencia de ordenación se mandó convocar a ambas partes a la celebración de la audiencia previa, en la que se afirmaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación, solicitando se recibiera el pleito a prueba.

Quinto.

Admitida la prueba, se practicó en el acto del juicio con el resultado que obra en autos, concediéndose a las partes el correspondiente traslado para que formularan sus conclusiones sobre los hechos controvertidos y sobre

los argumentos jurídicos en apoyo de sus pretensiones, tras lo cual quedaron los autos pendientes de dictar sentencia.

Sexto.

En la tramitación de este expediente se han observado todas las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS**Primero.**

Se consideran probados y así expresamente se declaran los siguientes hechos:

a) La entidad CEDRO (CENTRO ESPAÑOL DE DERECHOS REPROGRÁFICOS) es una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual sobre, entre otras clases de obras, las publicaciones periódicas, es decir, diarios, semanarios, revistas, boletines u otros documentos editados a intervalos regulares o irregulares, en serie continua, con un mismo título y una numeración consecutiva o que estén fechados. Su gestión con relación con tales obras comprende el derecho exclusivo de comunicación pública, entendiéndose por esta, en el sentido legal, todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a las obras objeto de gestión y sus copias, sin previa distribución de ejemplares, incluida su puesta a disposición, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a estas desde el lugar y en el momento que ella misma elija, así como cualquier derecho de remuneración que tuviera por causa la utilización bajo licencia legal de las obras objeto de gestión, entre otros, el derecho de compensación por copia privada y remuneración por préstamo público bibliotecario (art. 4 de sus Estatutos aprobados por Resolución del Ministerio de Cultura y Deporte de 23 de abril de 2019).

b) La demandada GOOGLE IRELAND LTD es la filial principal para Europa de la multinacional estadounidense GOOGLE LLC cuya actividad se centra en la explotación de servicios de Internet, incluyendo su popular buscador GOOGLE SEARCH y el navegador GOOGLE CHROME.

c) Desde diciembre de 2016, GOOGLE explota un servicio denominado GOOGLE DISCOVER a través del cual ofrece a los usuarios de GOOGLE SEARCH y GOOGLE CHROME en dispositivos móviles contenidos personalizados, que se seleccionan a partir de los intereses manifestados en búsquedas previas. Entre esos contenidos figuran enlaces a informaciones periodísticas alojadas en los sitios web de diarios y periódicos de actualidad.

d) En fecha 10 de diciembre de 2019 CEDRO dirigió una carta por burofax a GOOGLE IRELAND LTD en la que ponía de manifiesto haber detectado que la actividad desarrollada por GOOGLE DISCOVER resultaba subsumible en el supuesto de hecho del artículo 32.2 del TRLPI ("puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento"), lo que determinaba en virtud de dicho artículo el nacimiento de un derecho de compensación equitativa irrenunciable, que había de hacerse efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. En la citada misiva, se proponía la convocatoria de una reunión que se celebró en fecha 6 de febrero de 2020, en el curso de la cual GOOGLE transmitió a CEDRO su rechazo al pago de ninguna compensación por la prestación del servicio GOOGLE DISCOVER.

e) Partiendo de los datos de tráfico disponibles para CEDRO, esta última entidad ha emitido dos facturas, con la referencia FV 20-04339, de fecha 21 de febrero de 2020 y FV20-05838 de fecha 23 de junio de 2020. En la primera de esas facturas, se refleja como concepto "Liquidación parcial de la compensación equitativa por la prestación de servicios electrónicos de agregación ex art. 32.2 LPI a razón de 0,00029203, EUR por artículo clicado, en aplicación de la tarifa vigente", computando como cantidad 2.723.371.920 clics y como importe a percibir SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SEIS EUROS CON TREINTA CÉNTIMOS (795.306,30 EUR). En la segunda de esas facturas se refleja como concepto "Liquidación parcial de la compensación equitativa por la prestación de servicios electrónicos de agregación ex art. 32.2 LPI a razón de 0,00029203, EUR por artículo clicado, en aplicación de la tarifa vigente", computando como cantidad 1.088.824.629 clics, como período febrero-abril de 2020 y como importe a percibir TRESCIENTOS DIECISIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE EUROS CON CUARENTA Y SEIS CÉNTIMOS (317.969,46 EUR).

Sobre los anteriores hechos existe plena conformidad de las partes (art. 281.3 LEC).

Segundo.

Ejercita la parte actora, entidad de gestión colectiva autorizada en los términos exigidos por el artículo 147 del TRLPI, acción personal de reclamación de cantidad dirigida al cobro de la compensación equitativa irrenunciable prevista por el artículo 32.2 del TRLPI en la redacción dada por el artículo 1.5 de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, devengada por la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, que se pretende lleva a cabo la demandada a través de su servicio GOOGLE DISCOVER.

Conviene de entrada precisar que la norma en que la demandante ampara su reclamación en la fecha en la que se dicta la presente resolución ha sido derogada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 80.2 del 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. Dicha modificación legislativa ha supuesto simultáneamente la reformulación del artículo 32.2 del TRLPI, cuyo primer párrafo pasa ahora a establecer que la puesta a disposición del público, por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos, de textos o fragmentos de textos de publicaciones de prensa objeto de derechos de propiedad intelectual requerirá la concesión, por parte de los titulares de derechos en lo relativo a usos en línea, de la correspondiente autorización prevista en el artículo 129 bis.

El nuevo artículo 129 bis del TRLPI reconoce ahora a las editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias establecidas en el territorio español, cuando publican publicaciones de prensa en el sentido de dicho precepto, el derecho exclusivo de reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de una publicación de prensa, así como el derecho exclusivo de puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos para el uso en línea de sus publicaciones de prensa por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información. Prosigue la misma norma en su apartado segundo que la reproducción o puesta a disposición del público por terceros usuarios de cualquier texto, imagen, obra fotográfica o mera fotografía que sean objeto de este derecho estará sujeta a autorización y no excluirá la responsabilidad civil o penal del tercero usuario que eventualmente se pudiera derivar de la utilización no autorizada del contenido publicado.

La disposición concluye atribuyendo a las editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias la facultad de autorizar el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 129 bis 1 a los prestadores de servicios de la sociedad de la información. La negociación de dichas autorizaciones se realizará de acuerdo con los principios de buena fe contractual, diligencia debida, transparencia y respeto a las reglas de la libre competencia, excluyendo el abuso de posición de dominio en la negociación. Dicha autorización se recogerá en un acuerdo celebrado al efecto con el prestador de servicios de la sociedad de la información, que deberá reunir los siguientes requisitos:

- Se deberá respetar la independencia editorial de las editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias.
- El prestador de servicios de la sociedad de la información, en el marco de la relación contractual que establezca con la editorial de publicaciones de prensa o agencia de noticias, deberá informar de forma detallada y suficiente sobre los parámetros principales que rigen la clasificación de los contenidos y la importancia relativa de dichos parámetros principales, atendiendo a lo establecido en el 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. Esta información deberá mantenerse actualizada.
- No cabrá establecer otros contratos o prestaciones vinculados a este acuerdo que no se refieran a las explotaciones de las publicaciones de prensa.
- Será competente para conocer de las cuestiones litigiosas sobre el acuerdo la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, contra cuyas resoluciones cabrá recurso ante los órganos jurisdiccionales españoles que resulten competentes. Debe quedar claro que en el nuevo régimen la agregación de fragmentos de prensa ajenos no es libre, sino más restringido que en la regulación precedente; en la medida en la que la agregación que suponga reproducción o comunicación pública pasa a exigir un acuerdo con cada editor, y de negociar una compensación económica caso por caso.

Constituye un hecho que consideramos relevante a los efectos de la presente litis, al que las partes no han prestado excesiva atención en sus escritos alegatorios (se alude periféricamente a la cuestión en las notas a pie de página núm. 34 y 36 de las págs. 19-20 del escrito de contestación), que la aprobación de la reforma del TRLPI operada por el artículo 1.5 de la Ley

21/2014, de 4 de noviembre anteriormente aludido, provocó que la demandada GOOGLE dejara de ofrecer en España su anterior servicio GOOGLE NEWS como reacción de disconformidad y protesta a ese cambio legal, en el que la remuneración equitativa por la agregación de noticias llegó a llamarse coloquialmente "Tasa Google" (ampliamente sobre la cuestión, C. SAIZ, "El retorno de Google News", en Diario La Ley, publicación digital, de 1 de diciembre de 2021).

Intentando simplificar para una mejor comprensión de la problemática, tras la renuncia de GOOGLE a mantener su servicio de agregación de noticias GOOGLE NEWS, la entidad de gestión colectiva CEDRO encargada del cobro de la remuneración equitativa prevista por el artículo 32.2 del TRLPI (en versión hoy derogada) ha venido a entender, a través de la interposición de la presente demanda y los requerimientos extrajudiciales a la demandada que la precedieron, que GOOGLE ha seguido llevando a cabo actos que podrían seguirse subsumiendo en el supuesto prevenido en dicha norma legal y generarían igualmente el derecho a una remuneración equitativa; consistiendo estos últimos en la inserción de pequeños fragmentos de texto que se añaden a una selección de noticias que en el interfaz del buscador GOOGLE SEARCH y del navegador GOOGLE CHROME se visualizan para los usuarios de dispositivos móviles, en adición a un hipertexto y a una fotografía. En otras palabras: CEDRO no ha podido recaudar la cantidad que se esperaba con motivo del cambio legal debido a la propia decisión de GOOGLE de discontinuar su servicio GOOGLE NEWS en España, pero pretende mantener su derecho al percibo de una remuneración equitativa por la visualización de hipertextos no solicitados por los usuarios en la interfaz de GOOGLE SEARCH y GOOGLE CHROME, en unión de dos líneas de texto.

La parte demandante no ha efectuado ninguna especial valoración de la derogación normativa, lo que interpreta el Juzgador como implícita asunción de que la misma no afecta retroactivamente al derecho al percibo de la compensación equitativa objeto de gestión colectiva obligatoria que en este pleito se reclama y que se habría devengado en el tiempo anterior al cambio normativo, concretamente en la horquilla temporal que va desde la entrada en funcionamiento del servicio GOOGLE DISCOVER y la pérdida de vigencia del artículo 32.2 TRLPI en la redacción dimanante del artículo 1.5 de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La parte demandada se opone a la presente reclamación, aduciendo como motivos de oposición los siguientes: 1) Inaplicabilidad del artículo 32.2 del TRLPI en la redacción introducida por la Ley 21/2014 y derogada por el Real Decreto-ley 24/2021 al servicio GOOGLE DISCOVER en razón de las propias características técnicas y funcionalidad de dicho servicio, que no puede ser calificado como una "agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento", sino como una mera funcionalidad del motor de búsqueda GOOGLE SEARCH o de la aplicación GOOGLE CHROME; 2) Ineficacia de la norma contenida en el artículo 32.2 del TRLPI, en la redacción introducida por la Ley 21/2014 y derogada por el Real Decreto-ley 24/2021, en razón de no haberse notificado a la Comisión Europea con carácter previo a su aprobación en su condición de "reglamento técnico"; 3) Contradicción de la regulación de la compensación equitativa referida a la agregación de "fragmentos no significativos" con la normativa sobre propiedad intelectual de origen internacional, europeo y nacional; 4) La aplicación del artículo 32.2 del TRLPI en la redacción introducida por la Ley 21/2014 y derogada por el Real Decreto-ley 24/2021 infringe la 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; y es también incompatible con el artículo 3 de esta última; 5) Improcedencia de la compensación equitativa en atención al hecho de que los editores de prensa pueden acceder a una solución tecnológicamente sencilla de exclusión de sus contenidos en la indexación que efectúa GOOGLE; 6) El artículo 32.2 del TRLPI contradice las normas contenidas en los artículos 4(3) del TUE y 101 del TFUE; 7) Inequitatividad de la tarifa reclamada y error en las liquidaciones giradas por la entidad de gestión colectiva.

Consideramos que una ordenada resolución de la presente reclamación pasa por clarificar, con carácter previo, las cuestiones concernientes a la protección de la obra periodística en la normativa sobre propiedad intelectual, así como la interpretación del alcance de la excepción prevista en el artículo 32.2 del TRLPI, en la redacción resultante de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre. Seguidamente daremos respuesta a los motivos de oposición basados en la inaplicabilidad de la normativa interna española en razón de su contradicción con otras normas internacionales y europeas de rango superior. Una vez se haya establecido la posibilidad de dar aplicación a la norma contenida en el artículo 32.2 del TRLPI, se pasará a analizar la subsunción en ella de los actos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica que denuncia la parte demandante como supuestamente cometidos por la entidad demandada, al objeto de determinar si se ha devengado o no con ellos el derecho de remuneración previsto en dicha disposición; pasando a examinarse, en último lugar, las cuestiones concernientes al cálculo de la remuneración equitativa reclamada por la entidad de gestión colectiva demandante.

Tercero.

La obra periodística y la propiedad intelectual. Los "agregadores" de noticias

La propiedad intelectual protege todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro (art. 10 del TRLPI). No es dudoso que la propiedad intelectual también confiere protección sobre los artículos periodísticos que merezcan la calificación de creación original. Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2014 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 16 de julio de 2009 que en ella se cita, donde con todo acierto se argumenta que " en lo que respecta a los artículos de prensa, el concepto de creación intelectual original atribuida a un autor [...] proviene normalmente de la forma de abordar el tema seleccionado y del registro lingüístico empleado para ello".

Dicha protección, correctamente entendida, no significa que el autor de un artículo de prensa obtenga, a través de la propiedad intelectual, un derecho de exclusiva sobre la narración de un determinado suceso o noticia de actualidad, ni que el cesionario de los derechos de explotación sobre dicho trabajo pueda hacer lo propio: significa más bien que la propiedad intelectual dispensa protección a la concreta narración creada por el periodista, al plasmar en palabras, de forma original, la información sobre un determinado hecho noticiable. Ello supone que nadie puede, entre otras cosas, reproducir o poner a disposición sin su autorización (o la del titular de los derechos que los haya obtenido por cesión o en virtud de otro título) el artículo que un autor de prensa haya escrito; lo cual incluye la totalidad del mismo o de cualquiera de sus partes. De modo que también la incontestada reproducción o puesta a disposición de un fragmento de un artículo periodístico que tenga la condición de creación original constituye un acto de infracción de la propiedad intelectual sobre el mismo, salvo que esté amparada por un límite específico (como por ejemplo, el derecho de cita).

Constituye un lugar común afirmar que los periódicos tienen la condición de "obras colectivas" (véase C. ROGEL VIDE, "Periodismo y derecho de autor. Una aproximación histórica", en M.A. ENCABO (coord.), Periodismo y derecho de autor, Madrid:Reus, 2013, pág. 7 y ss.); si bien, como puntualiza la mejor doctrina, esa calificación sólo sería predicable de la reunión de artículos que constituyen una creación original, excluyendo por supuesto otras aportaciones que no merezcan esa calificación (carteleros de espectáculos, resultados deportivos, cotizaciones de bolsa, etc.). Y en todo caso debería matizarse atribuyendo una calificación diferenciada a cada una de las creaciones que integran dicha publicación (que a su vez pueden ser obras singulares, obras en colaboración e incluso obras colectivas).

La redacción del artículo 32.2 TRLPI operada a través del artículo 1.5 de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, presupone el reconocimiento legal implícito del derecho de propiedad intelectual sobre los artículos periodísticos, al contemplar como un límite del mismo la no necesidad de autorización para la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento; debiendo entenderse que la merma del derecho que este precepto supone no es la supresión de la protección, sino la inexigibilidad de la autorización del autor o titular de los derechos de explotación para los actos permitidos, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa.

No son desconocidas para el Juzgador las aceras críticas que la más autorizada doctrina ha lanzado durante su breve vigencia contra la defectuosa redacción de la norma recogida en el artículo 32.2 del TRLPI (entre otros, R. BERCOVITZ, "Tasa Google o canon AEDE: una reforma desacertada", en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.11/2015 –edición digital-; R. XALABARDER, "La reforma del artículo 32 del TRLPI: una reforma explosiva, injustificada y doblemente inútil", en IDP, Revista de Internet, Derecho y Política núm. 20, junio de 2015 –edición digital-; o C. PAUNER, "Los medios de comunicación digitales y los agregadores de noticias, ¿La tasa Google restringe la libertad de información?, en A. FAYOS (ed.), La propiedad intelectual en la era digital, Madrid:Dykinson, 2016, pág. 230 y ss): se ha destacado la caracterización de la norma como una rareza mundial, se ha subrayado su aparición sorpresiva en la tramitación de la reforma legal que la incluyó, y se ha censurado su carácter oscuro, ambiguo y de difícil intelección. Sean cuales sean los reproches que puedan hacerse a la regulación citada es obvio que, como cualquier otra norma vigente, los órganos judiciales tienen la obligación de cumplirla y hacerla cumplir; por lo que no queda otro remedio que, se compartan o no los motivos de crítica esgrimidos, intentar desentrañar su contenido, acudiendo a los criterios de interpretación normativa que sean precisos para su correcta aplicación al objeto de discernir si, en el caso que aquí se plantea, ampara la reclamación deducida.

Como primera aproximación, entendemos que lo querido por la norma es que el prestador de servicios electrónicos de agregación de contenidos que incluyan fragmentos no significativos (entre otros) de artículos de prensa queden sujetos a la obligación de liquidar una compensación equitativa a los editores u otros autores. La idea subyacente es que la reproducción o comunicación íntegra de esas obras, o bien de fragmentos significativos, únicamente podría hacerse con la autorización de sus autores (o demás titulares de derechos, como los editores); pero aquella que se limita a incluir un fragmento "no significativo" puede insertarse directamente en los contenidos ofrecidos por el prestador de servicios electrónicos, con la única salvedad de que deberá liquidarse una compensación equitativa, cuyo cobro el artículo 32.2 TRLPI, en la redacción operada por el artículo 1.5 de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, confió a la gestión colectiva obligatoria.

En torno al concepto de “prestador de servicios electrónicos”, no es preciso a los fines de esta resolución adentrarnos en las disquisiciones obvias que resultan de la ausencia de definición en el mismo precepto (o en cualquier otro dedicado a definiciones en la misma disposición de reforma), así como la falta de referentes claros en otras normas del ordenamiento jurídico: no es erróneo afirmar que el Legislador, con impropia terminología, podría haber querido referirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información identificados en el Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que los identifica como aquellos prestadores de servicios a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, ya sea a título oneroso, ya sea sin remuneración cuando constituyan para el prestador una actividad económica. La demandada GOOGLE no controvierte en cualquier caso que sea un prestador de servicios electrónicos (pág. 33 del escrito de contestación in fine), por lo que no parece dudoso que entraría en el ámbito subjetivo de la regulación invocada.

El concepto de “fragmento no significativo” ciertamente es ambiguo e impreciso, aunque su interpretación más plausible no es la que identifica esa expresión (como pudiera desprenderse de algunas lecturas críticas de la norma) con un “fragmento carente de entidad”, “carente de altura creativa”, “carente de significado” o “referido a un aspecto puramente secundario”, sino la que alude más bien al hecho de que la selección efectuada sea breve (por referencia a la extensión del artículo), aunque susceptible de permitir formarse una idea aproximada sobre el contenido del artículo extractado. Quedaría así en la banda baja excluida la reproducción de una mera frase o simples palabras aisladas, que impida conocer, sin más contexto, cuál es el sentido de la información extractada y agregada; y también caería fuera del límite, en la banda ancha, la reproducción casi íntegra de la totalidad del contenido, con exclusión sólo de aquellas frases redundantes o superfluas, o bien aquella otra que equivalga a párrafos completos de la información, excediendo la exigencia de brevedad con la que se define, según la interpretación propugnada, el carácter no significativo.

Para entender el concepto que parece subyacer a la regulación incorporada en el artículo 32.2 del TRLPI a través del artículo 1.5 de la Ley 21/2014, podríamos equipararla a la agregación de versos aislados extraídos de obras poéticas protegidas en un sitio web de poesía, o de estrofas en el caso de letras de canciones; aunque el objeto de la agregación este caso serían fragmentos no significativos (breves) de artículos periodísticos también protegidos por la propiedad intelectual. Si el artículo periodístico es una obra protegida, es obvio que la protección (como en el caso de una obra poética o de la letra de una canción), alcanza a su totalidad o bien a cualquier fragmento de la misma; siendo ociosa la discusión de si la redacción de cada párrafo, extraído de su contexto y al margen del resto del artículo, tiene o no altura creativa independiente. En el caso de las obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, el límite al derecho de autor puede darse a través de la cita, siempre que se den los requisitos necesarios para ello (obras ya divulgadas, inclusión a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico, finalidad del uso en docencia o investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación, indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada). En el caso de la agregación de “contenidos periodísticos no significativos”, nos hallaríamos ante un límite diferente, que entraña una suerte de derecho de “inserción sin permiso” por el agregador de un fragmento no significativo de la noticia; inserción con la que el prestador del servicio electrónico se aprovecha de una obra ajena (en lugar de disponer de sus propios autores creadores de tales contenidos), atrayendo hacia sí un tráfico propio en Internet (con las ventajas económicas en términos de inserción de publicidad, recopilación de datos de tráfico, etc.) y con la eventual pérdida de tráfico que simultáneamente puede darse para el editor original de la noticia (respecto de aquellos usuarios que, dándose por satisfechos con la lectura del fragmento no significativo, optasen por no visitar el sitio en que originalmente se publica la noticia). A cambio de ello, se devenga un derecho de remuneración, que ha de ser objeto de recaudación a través de un sistema de gestión colectiva forzoso.

Intentando discernir el supuesto de hecho de la compensación en comparación con otras figuras afines, queda claro que la “agregación” de un fragmento “no significativo” no debería equipararse a la actividad o aprovechamiento de una obra que caiga bajo la libertad de insertar hiperenlaces en un sitio web conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE contenida en la sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), o en el auto de 21 de octubre de 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), a propósito de la denominada «transclusión» (framing). El “agregador” de contenidos no debería limitarse a facilitar o devolver al usuario una dirección de internet, de manera espontánea o con motivo de una consulta, sino que añadiría en su propio sitio web un fragmento del artículo periodístico, a suerte de “prueba de lectura” del mismo. Que el fragmento sea “no significativo” (en el sentido de breve) no altera la anterior conclusión.

Tampoco es identificable la “agregación de contenidos” no significativos con la “sinopsis” de una obra ajena. En la sinopsis, hay una prestación creativa independiente referida a otra obra, que, en la medida en que reúna los rasgos de una creación original, puede merecer protección autónoma, sin que pueda ser objeto de prohibición por el titular de los derechos de la obra “resumida” o “reseñada”. Sin embargo, en el caso de la “agregación” de contenidos “no significativos”, nos hallamos ante una actividad automatizada, en gran medida parasitaria de la propia “creación” original del contenido, en que el “agregador”, sin esfuerzo de ningún tipo, se aprovecha o explota la creación de otro autor de una obra periodística, extractando párrafos completos, sin dedicar los medios económicos necesarios para crear o retribuir ese trabajo.

Por último, no es confundible la agregación de contenidos (que básicamente es una actividad de aprovechamiento de una obra ajena), con la ausencia de protección de “las noticias del día o los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa”, en los términos del artículo 2.8 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886. Es evidente que las meras noticias o sucesos, al igual que las ideas, no son apropiables ni monopolizables por nadie; sin embargo, aquí de lo que se trata es del aprovechamiento del trabajo creativo ajeno consistente en la descripción (y eventualmente, valoración, adición de contexto, relación de la noticia con otras circunstancias o eventos, etc.) de un hecho noticiable, que es propio del trabajo creativo de un periodista y cuyos derechos de explotación le corresponden a él o bien a quien los tenga cedidos.

Antes de finalizar este examen introductorio al régimen de la agregación de fragmentos no significativos, conviene precisar que el uso o aprovechamiento de la obra que con el artículo 32.12 del TRLPI se permite genera un derecho de compensación equitativa, que es objeto de gestión colectiva y que, según la propia norma legal que lo regula, es irrenunciable. En consecuencia, es intrascendente que el editor de una determinada publicación digital tolere o no que sus contenidos sean “extractados” por el “agregador” a partir de cualquier tipo de consideración, como por ejemplo que la agregación le supone un beneficio económico, le proporciona una oportunidad de atraer mayor tráfico hacia su página por la inserción en el agregador, etc. En tal sentido, este órgano judicial no puede atribuir valor ni efecto alguno a las declaraciones que la demandada acompaña de distintos directores de diarios o asociaciones de editores, que se pronuncian contra la “Tasa Google” y a favor de la abrogación del artículo 32.2 del TRLPI.

Por el mismo motivo, que el editor pueda evitar que sus informaciones y artículos sean “agregados”, añadiendo un protocolo de exclusión en el código de su sitio web, es absolutamente intrascendente para determinar si la compensación equitativa se devenga o no: es el agregador quien decide, sin autorización, “captar” y “parasitar” contenidos ajenos, siendo ese hecho el único presupuesto preciso para el devengo de la compensación. No puede obligar el “agregador” a que los editores y autores de contenidos adopten medidas de protección “anti-agregación”, dejando al margen si la aplicación de esas medidas puede o no entrañar otras consecuencias perniciosas (como por ejemplo, la exclusión total de la indexación en motores de búsqueda). Es el “agregador” el que toma la decisión de utilizar un fragmento no significativo de una obra ajena y el que por tanto debe asumir que, si lo hace, incurrirá en el supuesto legal que genera la compensación equitativa. Es obvio que la prestación creativa “fragmentada” tiene un valor o utilidad para el prestador de servicios electrónicos, pues en otro caso dicho “agregador” no la utilizaría.

Cuarto.

La oposición basada en la contradicción normativa del artículo 32.2 TRLPI con otras normas de rango superior

En su escrito de contestación, la parte demandada controvierte la posibilidad de aplicación del artículo 32.2 TRLPI acudiendo a distintos argumentos, cuyo denominador común es la contradicción de la disposición interna española (o de su aplicación) con otras normas de origen internacional o europeo. Si bien considera que uno de esos argumentos (el de la ausencia de notificación del Anteproyecto de Ley a la Comisión como “reglamento técnico”) sería previo y de “carácter jurídico-procesal”, en tanto que la contradicción con el Convenio de Berna o la normativa europea en materia de defensa de la competencia se califican serían de carácter “jurídico-material”, consideramos que todos los motivos de oposición aludidos comparten un mismo sustrato o naturaleza (el de la jerarquía normativa y la contradicción del Derecho interno español con normas de rango superior o aplicación preferente), por lo que procedemos a examinarlos conjuntamente en este Fundamento.

De forma expeditiva y sucinta despacharemos, sin embargo, la alegación de la demandada que se desarrolla en la pág. 50 y ss. del escrito de contestación de que el artículo 32.2 TRLPI es contrario a los artículos 101 y 106 del TFUE y al artículo 4.3 del TUE: es cierto y constituye una discusión de hondo calado y gran complejidad que la posición monopolística de las entidades de gestión colectiva genera críticas y suspicacias desde la perspectiva del Derecho de la competencia (y así ha sido destacado, entre otros, en distintos informes emitidos por la CNMC, en los que se ha censurado especialmente la existencia de supuestos de gestión colectiva obligatoria al margen de las obligaciones impuestas por la normativa internacional o europea, la ausencia de control y transparencia en cuanto a la fijación de sus tarifas o la discriminación entre usuarios; véase en tal sentido también la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2008, asunto C-52/07, Kanal 5 Ltd, TV 4 AB y Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) u.p.a.). Ahora bien, no es posible apreciar in abstracto la contradicción normativa que en términos difusos se denuncia, con la consecuencia jurídica grave que se pide (inaplicación del Derecho interno español), sin perjuicio del análisis que más adelante se hará sobre la equitatividad y transparencia de las tarifas aplicadas por la entidad de gestión. Que la gestión colectiva obligatoria de derechos de propiedad intelectual, en este y en los demás supuestos que nuestra normativa contempla, no es per se contraria al Derecho de la Unión se infiere indudablemente

de que la propia legislación europea asume esa regulación integrada en los Derechos nacionales (véase el Considerando núm. 12 de la 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). Es una realidad innegable que los órganos de defensa de la competencia en nuestro país han tramitado numerosos expedientes de infracción, asociados a distintos abusos de posición dominante detectados en la actuación concreta de las entidades de gestión colectiva de propiedad intelectual, que esta resolución no cree necesario extraer o resumir en los variados y complejos aspectos a los que los mismos se refieren. No obstante, ninguna de esas actuaciones presupone una contradicción de la gestión colectiva obligatoria con el Derecho de la Unión Europea, ni existen argumentos específicos en esta concreta regulación que permitan alcanzar una conclusión distinta.

a) La supuesta contradicción del artículo 32.2 TRLPI con el Convenio de Berna

España es parte del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, cuya última reforma se produjo el 28 de septiembre de 1979. La norma con la que la demandada aprecia contradicción es el artículo 10.1 del Convenio de Berna, a cuyo tenor “son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa”. La parte demandada entiende que la norma reproducida del Convenio de Berna equipara las revistas de prensa a las citas, de forma que sin necesidad de autorización del editor ni de pago de ninguna compensación, sería lícito tomar extractos breves de publicaciones periodísticas para configurar una revista de prensa. Extrapolando esa interpretación al ámbito digital, considera la demandada que la tradicional revista de prensa sería asimilable a la presentación de resultados de búsqueda o a la agregación de noticias online, pudiendo consistir dicha actividad en mostrar breves extractos de las noticias junto con un enlace a las mismas (de forma que quede asegurada la indicación del autor y la fuente de la noticia).

El argumento no puede hallar favorable acogida. De entrada, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de febrero de 2014 (Fundamento Jurídico Cuarto), no apreció ninguna contradicción entre el Convenio de Berna y el artículo 32.1 del TRLPI en la redacción resultante de 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, a través del cual se instituyó un derecho de remuneración a título excepcional para “recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales” en beneficio del autor que no se haya opuesto expresamente. Al igual que acontece aquí, la excepción al derecho de cita (y la remuneración que con ella se reconoce) tampoco tenía expresa plasmación en el Convenio de Berna. No puede aducirse que el recurso no invocaba expresamente esa contradicción, pues la aplicación del Convenio de Berna al caso enjuiciado no depende de su alegación por las partes y en todo caso los Tribunales deben resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes (art. 218.1 apartado segundo LEC).

Resulta una obviedad que el Convenio de Berna no pudo haber pretendido establecer ninguna regulación en torno al derecho de autor en la agregación de fragmentos no significativos de noticias en medios digitales por la sencilla razón de que los medios tecnológicos existentes al tiempo de su gestación no podían contemplar tales aprovechamientos de la obra. Es una tesis indefendible sostener que los redactores del Convenio, a finales del s. XIX, hubieran podido querer prohibir a los Estados parte la protección de una modalidad de explotación de la obra que sólo los avances técnicos habrían de posibilitar más de un siglo después. En ausencia de regulación en el Convenio de Berna sobre la cuestión aquí enjuiciada, debe acudir a la inveterada regla de que el Tratado debe ser interpretado de acuerdo con su objeto y fin (art. 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969; sobre la aplicabilidad a la redacción correspondiente al Acta de París R. BERCOVITZ, “Artículo 1” e BERCOVITZ, Comentario al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, Madrid:Tecnos, 2013, pág. 92, n. 43), no siendo este último otro que el de establecer un estándar mínimo de protección para los autores y las obras existentes bajo su manto de protección. En la medida en que la norma española atribuye un derecho a una compensación equitativa por un uso no autorizado de la obra que el Tratado expresamente no pudo contemplar, la conclusión que se alcanza es que la disposición nacional eleva el grado de protección previsto por el Convenio y en consecuencia tiene cabida en la habilitación recogida en su artículo 19, que expresamente atribuye a los Estados miembros la facultad de “reivindicar la aplicación de disposiciones más amplias que hayan sido dictadas por la legislación de alguno de los países de la Unión” (en el mismo sentido para supuestos en que el Convenio nada dispone, S. RICKETSON y J. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and beyond*, Oxford:Oxford University Press, 2006, p. 330, cit. por A. LÓPEZ-TARRUELLA, en R. BERCOVITZ, *Comentarios al Convenio de Berna...* op. cit. pág. 1483; no operaría el concepto de protección máxima examinado por dicho autor si se interpreta que ni el artículo 2.8

ni el 10.1 del Convenio han podido hacer alusión al fijar respectivamente la exclusión y la limitación de la protección a supuestos absolutamente ajenos a la agregación de fragmentos no significativos online).

En la interpretación de la interacción entre el artículo 32.2 del TRLPI y el artículo 10 del Convenio de Berna que hace la demandada pro domo sua, la incardinación de la disposición interna española en una limitación de mayor alcance del derecho de autor que la prevista en la norma convencional (y por tanto, prohibida) paradójicamente deriva en un derecho de compensación a favor de los titulares del derecho (objeto de gestión colectiva forzosa) que no quiere pagar; de tal modo que la consecuencia de aceptar su razonamiento es que el uso online inconsciente de la obra periodística sería libre, lo que no puede calificarse sino como un grado de protección de menor nivel que la dispensada por la normativa interna española. En otro orden de cosas, tal interpretación supondría además que el artículo 15.1 de la Directiva (UE) 2019/790 entraría en contradicción con el Convenio de Berna en aquellos usos en línea que, según su tesis expansiva y partidaria de una interpretación “actualizada y digital” de la expresión, hubieran de equipararse al concepto revista de prensa excediendo del “uso de palabras sueltas o de extractos muy breves”, que quedaría excluido en la aplicación de la norma europea). El argumento debe rechazarse.

b) La ausencia de notificación a la Comisión europea como “reglamento técnico” y la inaplicabilidad de la norma

En su escrito de contestación, GOOGLE argumenta que la norma contenida en el artículo 32.2 del TRLC debió ser notificada a la Comisión europea, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas; derivándose su falta de notificación en la imposibilidad de su aplicación en ningún procedimiento. Esta disposición, cuya finalidad proclamada en su Preámbulo fue en su día garantizar la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en el mercado interior, concebido como un espacio sin fronteras interiores, ordenó a los Estados miembros la comunicación inmediata a la Comisión de todo proyecto de reglamento técnico, salvo si se trata de una simple transposición íntegra de una norma internacional o europea, en cuyo caso bastará una simple información referente a dicha norma; igualmente, los Estados miembros deberán a la Comisión una notificación referente a las razones por las cuales es necesaria la adopción de tal reglamento técnico, a menos que dichas razones se deduzcan ya del proyecto.

El concepto de “reglamento técnico” viene definido en el punto 9) del artículo 1 y hace referencia a las especificaciones técnicas u otros requisitos, incluidas las disposiciones administrativas que sean de aplicación, cuyo cumplimiento sea obligatorio, de jure o de facto, para la comercialización o la utilización en un Estado miembro o en gran parte del mismo, al igual que, sin perjuicio de las mencionadas en el artículo 10, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que prohíban la fabricación, la importación, la comercialización o la utilización de un producto. En particular, se consideran reglamentos técnicos de facto: a) las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro que remiten, bien a especificaciones técnicas u otros requisitos, bien a códigos profesionales o de práctica que se refieran ellos mismos a las especificaciones técnicas u otros requisitos y cuyo cumplimiento otorgue una presunción de conformidad a las prescripciones fijadas por dichas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas; b) los acuerdos voluntarios en los que las autoridades públicas son parte contratante y que, por razones de interés público, tienen por objeto el cumplimiento de las especificaciones técnicas o de otros requisitos, con exclusión de los pliegos de condiciones de las contrataciones públicas; c) las especificaciones técnicas u otros requisitos vinculados a medidas fiscales o financieras que afectan al consumo de productos al fomentar la observancia de dichas especificaciones técnicas u otros requisitos; no se incluyen las especificaciones técnicas u otros requisitos vinculados a regímenes nacionales de seguridad social.

Conviene significar que la Directiva invocada y *ratione temporis* aplicable en la actualidad no se encuentra en vigor y ha sido sustituida por la 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. Esta norma última disposición, que no se hallaba en vigor cuando se aprobó el de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, amplía el deber de notificar a las llamadas “reglas relativas a los servicios”, que se identifican con los requisitos de carácter general relativos al acceso a las actividades de servicios de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario y a su ejercicio; especialmente las disposiciones relativas al prestador de servicios, a los servicios y al destinatario de servicios, con exclusión de las normas que no se refieren específicamente a los servicios determinados en dicho punto.

No es difícil comprender que estas normas tienen como objeto o fin prevenir que, so capa de la aprobación nacional de normas técnicas o reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, se impida o restrinja la libre circulación de productos o servicios en el seno de la Unión Europea. El tipo de normas aludidas podrían ser, por ejemplo, disposiciones que establecen las características específicas de un producto, por ejemplo el tamaño, la

forma, el diseño, las funciones o el rendimiento, o bien la manera en que se etiqueta o embala antes de ponerlo en venta, así como la forma de su elaboración; de tal modo que el incumplimiento de esa reglamentación técnica podría erigirse en un obstáculo técnico al comercio de productos o servicios, en la medida en que impide obtener las autorizaciones necesarias para su venta. Con la notificación previa, se abre la posibilidad de que la Comisión o los restantes Estados miembros remitan observaciones al Estado que proyecta dictar la nueva normativa, que habrán de ser tenidas en consideración en la medida de lo posible. También cabe la posibilidad de que la Comisión reaccione en la forma de emisión de un dictamen, lo que en principio, resumidamente, aplaza las posibilidades de entrada en vigor de la normativa nacional proyectada.

En los términos en que ha quedado descrita la normativa reguladora del deber de notificar los reglamentos técnicos, se hace de entrada difícil apreciar en qué medida lo previsto en esta regulación concierne a una norma nacional que, en relación con la explotación comercial de las obras periodísticas ajenas objeto de protección por el derecho de autor, impone al usuario un deber de liquidar una compensación equitativa, como es el artículo 32.2 del TRLPI. La parte demandada sin embargo invoca para esa equiparación la Sentencia del TJUE VG Media de fecha 12 de septiembre de 2019 (asunto C-299/17), dictada en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Landgericht Berlin, a través de la cual se preguntaba si una norma contenida en la Octava Ley por la que se Modifica la Ley de Derechos de Autor en Alemania, de 7 de mayo de 2013, atribuyendo al editor de periódicos y revistas el derecho exclusivo a hacer accesibles al público con fines empresariales trabajos de prensa o partes de los mismos, salvo que se trate de palabras sueltas o fragmentos muy cortos de texto; y se autorizaba simultáneamente la puesta a disposición del público de trabajos de prensa o partes de los mismos siempre que no lo haga un operador profesional de motores de búsqueda o un prestador de servicios profesionales que elabore contenidos similares.

En el caso planteado, se cuestionaba precisamente la aplicación de esta disciplina a la explotación por parte de GOOGLE de distintos motores de búsqueda en Internet, incluyendo el motor del mismo nombre y el servicio GOOGLE NEWS (que hemos visto es el que España GOOGLE discontinuó), en el que tras la introducción de un término y la activación de la función de búsqueda, se devolvería como resultado un texto breve o un fragmento de texto (snippet), con una vista previa destinada a permitir al usuario valorar la relevancia de la página de Internet indicada respecto de su necesidad de información. En la página de información de GOOGLE NEWS se desplegarían, a modo de revista, noticias procedentes de un círculo limitado de fuentes de información. La información aparecida en esa página sería recopilada por ordenadores por medio de un algoritmo a partir de un gran número de fuentes de información. El Tribunal de Justicia, apoyándose en la doctrina recogida en otra resolución anterior (la sentencia Schwibbert, de 8 de noviembre de 2007, asunto C-20/05, EU:C:2007:652) que ya había concluido que las disposiciones de una ley nacional en materia de propiedad intelectual pueden constituir un «reglamento técnico» sujeto a notificación en virtud del artículo 8, apartado 1, de la citada Directiva, concluyó en respuesta a la cuestión prejudicial planteada que:

El artículo 1, punto 11, de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, en su versión modificada por la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998, debe interpretarse en el sentido de que una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe solo a los operadores profesionales de motores de búsqueda y a los prestadores profesionales de servicios que editan contenidos similares hacer accesibles al público trabajos de prensa, en todo o en parte (a excepción de palabras aisladas o de fragmentos de texto muy breves), constituye un «reglamento técnico», en el sentido de esa disposición, cuyo proyecto debe ser objeto de comunicación previa a la Comisión en virtud del artículo 8, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 98/34, en su versión modificada por la Directiva 98/48.

Dando aplicación a esta doctrina, la parte demandada en este procedimiento alega literalmente en el escrito de contestación que “el art. 32.2 LPI es inaplicable porque el anteproyecto de ley que introdujo esta norma (Ley 21/2014), a pesar de ser un “reglamento técnico”, no fue notificado a la Comisión Europea” (pág. 4 del escrito de contestación y en los mismos términos pág. 27, apartado 83). Aunque nos halláramos ante una cuestión jurídica, en la que en principio no resultaría procedente la aportación de dictámenes, por no tratarse la aplicabilidad o inaplicabilidad de una norma de una cuestión en la que “sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos” la parte demandada acompaña como documento núm. 22 un Informe emitido por los profesores R. ALONSO y P. ASENSIO, que ha sido admitido como prueba, sobre la situación concerniente a dicha notificación y su valoración jurídica.

En dicho informe, sin embargo, se relata una situación parcialmente distinta de la que se expone en el escrito de contestación: la notificación del Anteproyecto sí se produjo, según Nota emitida por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (Subdirección General de Propiedad Intelectual) en fecha 30 de septiembre de 2014, la cual se reproduce y reza como sigue: “1.- La notificación 2013/244/E relativa al entonces Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, fue presentada el 10 de mayo de

2013. 2.- Se abrió un plazo de statu quo (plazo de tiempo que tiene la Comisión Europea y los Estados miembros de la Unión Europea para estudiar el proyecto y ver si contiene barreras técnicas al comercio) que finalizó el 12 de agosto de 2013. 3.- El 8 de agosto de 2013 la Comisión planteó algunas cuestiones sobre el texto notificado. 4. Dichas observaciones fueron contestadas y tramitadas a la Comisión Europea el 15 de julio de 2014, una vez que se había avanzado sobre algunas de estas cuestiones y controvertido ya el texto en Proyecto de Ley a través de la correspondiente tramitación”.

Lo que se desprende del propio informe aportado por la parte demandada es que, habiéndose producido la notificación de la tramitación de la disposición legal, por las fechas en que la misma se produjo se deduce que no pudo incluir la norma recogida en el que, a la postre, sería el artículo 32.2 del TRLPI, ya que esa norma no se encontraba en el Anteproyecto objeto de la notificación y apareció sorpresivamente en el texto remitido a las Cortes en fecha 17 de febrero de 2014. Esto último se infiere además del hecho que no aparece ninguna mención al precepto controvertido ni en el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial de 23 de julio de 2013, ni en el informe del Consejo de Estado de 28 de noviembre de 2013, ni en el informe que fue emitido por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia emitido en fecha 16 de mayo de 2014, la cual dictaminó que “ni éste ni en principio ningún otro órgano consultivo de la Administración General del Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este derecho a la compensación equitativa regulado en el artículo 32.2, en la medida en que la introducción del mismo se produjo con posterioridad a la versión informada por aquellos”.

Recapitulando, lo que en el texto del escrito de contestación constituye un vicio manifiesto, determinante de la imposibilidad de aplicación de la reforma introducida por el artículo 1.5 de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, en el propio informe aportado por la parte como documento núm. 22 presenta importantes matices, porque en el mismo se admite que la notificación del Anteproyecto sí se produjo, pero no se aporta ni clarifica cuál fue el contenido exacto de esa notificación, infiriéndose la falta de inclusión en ella del artículo 32.2 del hecho que los órganos consultivos que emitieron sus informes no aludieron al mismo. La argumentación de la parte actora presenta ya un flanco fáctico débil, y es que orientándose su defensa en la dirección de que la notificación de la concreta norma del artículo 32.2 del TRLPI no se produjo, debería haberse incorporado a la causa el texto auténtico del Anteproyecto que fue informado por los referidos organismos y el que fue remitido a la Comisión Europea. Examinando el dictamen del Consejo de Estado que en todo caso figura en la edición digital del BOE bajo el número de 1064/2013, en el mismo se dice literalmente lo siguiente:

El artículo primero del Anteproyecto tiene por objeto la modificación del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

Este artículo consta de treinta apartados dedicados, respectivamente, a los siguientes extremos:

- (...) 3. -Apartado Tres: modifica el título del artículo 32, que pasa a regular la "cita e ilustración con fines educativos o de investigación científica", así como su apartado 2, añadiendo nuevos apartados 3, 4, 5 y 6.

Examinando las referencias que se hacen en el dictamen del Consejo de Estado al contenido objeto de informe incorporado en el Anteproyecto en el artículo 32.2, se aprecia que efectivamente no hay mención alguna a los agregadores de noticias, pero sí se recogen observaciones en cuanto concierne a la remuneración equitativa en favor de los autores y editores de las obras, objeto de gestión colectiva, para los “actos de reproducción parciales, de distribución y de comunicación pública de manuales universitarios o publicaciones asimiladas a éstos”. En consecuencia, el Anteproyecto en la reforma del artículo 32 ya traía determinados supuestos de empleo inconsentido de fragmentos de obras ajenas, invasivo en sus derechos de explotación (reproducción, comunicación pública...); entre los cuales, si bien no hay indicio alguno que se recogiera el de los agregadores de noticias, pudo indudablemente incorporarse esa regla en una fase avanzada de tramitación de la norma como “un supuesto más de remuneración equitativa”, presentando cierta analogía y coherencia con otras normas “ancla” ya incluidas en el Anteproyecto, que como antes se vio sí fue notificado a la Comisión.

El dictamen de los profesores ALONSO y ASENSIO, a diferencia del escrito de contestación a la demanda, admite en definitiva que sí se produjo una notificación del Anteproyecto, pero lo que viene a sostener es que en esa notificación no se incluía el específico derecho de compensación equitativa devengado por la actividad de “agregación de noticias”, que se introdujo en un fase posterior de tramitación de la norma; de tal modo que no se habría producido el incumplimiento de un deber “primario” de notificar el Anteproyecto, sino un deber “secundario” prevenido en el artículo 8.1 apartado tercero de la Directiva 98/34/CE de proceder “a una nueva comunicación en las condiciones mencionadas anteriormente cuando aporten al proyecto de reglamento técnico de forma significativa modificaciones que tengan por efecto modificar el ámbito de aplicación, reducir el calendario de aplicación previsto inicialmente, añadir especificaciones o requisitos o hacer que estos últimos sean más estrictos.”

Matizada así considerablemente la cuestión de la ausencia de notificación, el Juzgador no puede compartir sin más que la modificación que pretendidamente se introdujo en el artículo 32.2 del Proyecto, en una fase más avanzada de tramitación, fuera un cambio “significativo” afectante a uno de los aspectos del artículo 8 de la Directiva.

Parece claro que, aunque la norma sea relevante y significativa para la actividad de los agregadores de noticias, ello no supone que lo sea en el contexto global de la disposición, su objeto y fin y su ámbito de aplicación (seguimos hallándonos frente a una norma de modificación de la normativa sobre propiedad intelectual, que introduce determinados supuestos de remuneración equitativa para actos invasivos de los derechos de explotación de autores y editores de obras ajenas). En el modo en que se interpreta el deber de notificar por la parte demandada y sus expertos informantes, procedería remitir nuevas notificaciones a la Comisión cada vez que, antes o después de la presentación del Proyecto en Cortes, o incluso en el trámite de enmiendas durante la tramitación parlamentaria, se añadiera cualquier pequeño retoque que fuera “significativo para alguien”, lo que es evidente que, por reducción al absurdo, no puede constituir el propósito ni de la normativa reguladora de la obligación de notificación de los proyectos de reglamentos técnicos, ni del concreto mandato de notificar las modificaciones “significativas” de dichos proyectos.

En todo caso, no puede dejar de observarse que el Texto del Proyecto de Ley que fue publicado en el BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-81-1 de 21/02/2014 Pág. 1, sí que incluía la norma del artículo 32.2 controvertida (“La puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Este derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. En cualquier caso, la puesta a disposición del público por terceros de cualquier imagen, obra fotográfica o mera fotografía divulgada en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica estará sujeta a autorización”); y que, según se recoge en el informe ALONSO/ASENSIO, el intercambio de comunicaciones entre el Estado español y la Comisión se prolongó hasta julio de 2014 (pág. 23 del informe). De tal modo que, como ya se ha explicado antes, ni está claro que la modificación introducida durante la tramitación de la norma fuera “significativa”, ni siquiera puede afirmarse con rotundidad que en el intercambio de comunicaciones que se desarrolló con posterioridad a la aprobación y presentación en Cortes del Anteproyecto se hurtara al conocimiento de la Comisión la modificación introducida en el texto normativo.

De hecho el Dictamen ALONSO/ASENSIO incluye como único dato al respecto clarificador de la situación una pregunta dirigida a la Comisión por la eurodiputada Beatriz Becerra (pregunta con respuesta escrita P-006993/2014), en el que se pretende que se esclarezca si la notificación a la Comisión incluyó o no la redacción definitiva del artículo 32.2; y de hecho la respuesta de la Comisaria Elzbieta Bienkowska no es ni mucho menos concluyente de que la notificación de la definitiva redacción de ese precepto no se hubiera producido, ni menos aún de que, en tal caso, ello supusiera una infracción de las exigencias de notificación de “modificaciones significativas” impuestas por la Directiva. El dictamen discurre en este punto en un grado considerable de conjetura (si la notificación se hubiera producido, no se habría dado pie a responder en los exactos términos en que se hizo, suponiendo la contestación una implícita asunción de que la notificación de la modificación no se dio), lo que en definitiva termina situando toda la cuestión de la infracción en el deber de notificar en un grado de incertidumbre en los términos del artículo 217.1 LEC que este órgano judicial no puede acoger.

Ya para concluir este apartado, coincidiendo con la argumentación desplegada por la parte actora en las páginas 92 y ss. de su reclamación, consideramos que existe una considerable diferencia entre la remuneración equitativa fijada en el artículo 32.2 del TRLPI y la normativa alemana que fue enjuiciada en la Sentencia del TJUE VG Media de fecha 12 de septiembre de 2019 (asunto C-299/17); por lo que las conclusiones del Tribunal de Justicia sobre la inaplicabilidad del § 87 UrhG g) por infracción del deber de comunicación previa de la norma en calidad de “reglamento técnico” entendemos que no son extrapolables al caso del artículo 32.2 del TRLPI en la redacción aplicable a este procedimiento.

Efectivamente, como bien se explica en el escrito de demanda, mientras que la normativa alemana introducida por la Achten Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes instituía un ius prohibendi a favor del titular del derecho frente al prestador del servicio (según reza el § 87 g UhrG: “se permitirá hacer accesibles al público trabajos de prensa o partes de los mismos siempre que no lo haga un operador profesional de motores de búsqueda o un prestador de servicios profesionales que elabore contenidos similares”, norma que por cierto no se halla hoy vigente tras la última redacción del precepto operada por Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes de 31 de mayo de 2021, BGBl. 2021, T. I Nr. 27 de 4 de junio de 2021); en el caso español la disposición controvertida que se recogía en el artículo 32.2 TRLPI y que constituye el fundamento de esta reclamación lo que vino a instituir fue, en sentido inverso, una libertad de uso, imponiendo como contrapartida la obligación de abonar una remuneración equitativa. Ello nos sitúa en un escenario muy distinto desde la perspectiva de la libre circulación de servicios a la que se preordena el deber de notificar. En el caso español, la prestación del servicio de la sociedad de la información consistente en la agregación de fragmentos no significativos de noticias aludido por el artículo 32.2 TRLPI no se ve limitado o restringido en el espacio interior, sino que únicamente hace nacer en favor de los titulares un derecho de remuneración, con la única particularidad de que su recaudación se encomienda a la gestión colectiva con carácter forzoso. Entendemos que ello diluye considerablemente la tesis de que la concreta norma que durante la tramitación de la disposición legal

(que por lo menos en su versión inicial, sí fue objeto de comunicación) terminó recogiendo en el artículo 32.2 TRLPI supusiera un cambio “significativo” que justificase la necesidad de una nueva comunicación; pues el carácter significativo debe serlo para la libertad de circulación de servicios, que en presencia de una regulación como la controvertida no se ha demostrado que se viera afectada.

c) Contradicción con la normativa europea: Directiva 2019/790

La parte demandada considera también que el artículo 32.2 del TRLPI es contrario al artículo 15 de la 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. Concretamente se refiere la parte demandada al considerando 58 de la Directiva, el cual establece lo siguiente:

Los usos de las publicaciones de prensa por prestadores de servicios de la sociedad de la información pueden consistir en el uso de publicaciones o artículos completos, pero también de partes de publicaciones de prensa. Los usos de partes de publicaciones de prensa también han adquirido importancia económica. Al mismo tiempo, el uso de palabras sueltas o de extractos muy breves de publicaciones de prensa por los prestadores de servicios de la sociedad de la información puede que no perjudique a las inversiones realizadas por las editoriales de publicaciones de prensa para la publicación de los contenidos. Por consiguiente, es oportuno prever que el uso de palabras sueltas o de extractos muy breves de publicaciones de prensa no entre en el ámbito de aplicación de los derechos contemplados en la presente Directiva. Habida cuenta de la agregación y el uso a gran escala que hacen de las publicaciones de prensa los prestadores de servicios de la sociedad de la información, es importante que la exclusión de los extractos muy breves se interprete de manera que no afecte a la efectividad de los derechos contemplados en la presente Directiva.

En el desarrollo de estas finalidades en el texto de la norma, el artículo 15.1 de la Directiva establece que los Estados miembros reconocerán a las editoriales de publicaciones de prensa establecidas en un Estado miembro los derechos establecidos en el artículo 2 y en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2001/29/CE para el uso en línea de sus publicaciones de prensa por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información. Los derechos contemplados en el párrafo primero no se aplicarán al uso privado o no comercial de las

publicaciones de prensa por parte de usuarios individuales. La protección otorgada en virtud del párrafo primero no se aplicará a los actos de hiperenlace. Los derechos contemplados en el párrafo primero no se aplicarán al uso de palabras sueltas o de extractos muy breves de una publicación de prensa (el énfasis es añadido).

Conviene significar de entrada que esta disposición europea, al tiempo en que se devengaron los derechos aquí reclamados no había visto expirado el plazo para su transposición al ordenamiento jurídico interno español. Como ya se ha indicado al inicio del Fundamento Jurídico Segundo, la Directiva ha sido incorporada a través del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre y como se ha apuntado el 80.2 ha reformulado el artículo 32.2, que pasa a hora a establecer lo siguiente: “La puesta a disposición del público, por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos, de textos o fragmentos de textos de publicaciones de prensa objeto de derechos de propiedad intelectual requerirá la concesión, por parte de los titulares de derechos en lo relativo a usos en línea, de la correspondiente autorización prevista en el artículo 129 bis. Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios que faciliten instrumentos de búsqueda de palabras aisladas no estará sujeta a autorización ni remuneración siempre que tal puesta a disposición del público se produzca sin finalidad comercial propia y se realice estrictamente circunscrita a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda en respuesta a consultas previamente formuladas por un usuario al buscador y siempre que la puesta a disposición del público incluya un enlace a la página de origen de los contenidos.”

Sin entrar a valorar si la regulación interna española de nueva aprobación se acomoda o no de forma fiel al mandato de la Directiva, por no ser cuestión precisa para resolver lo que aquí se reclama, lo cierto es que el deber de interpretación conforme a la Directiva, que pide la demandante como justificación para que este órgano judicial directamente inaplique el artículo 32.2 del TRLPI en la redacción anterior al Real Decreto-ley 24/2021, excede con mucho de las facultades que la doctrina de la interpretación conforme atribuye a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, como por otra parte se infiere de la propia jurisprudencia del TJUE concerniente a dicha obligación (Fundamento Jurídico 26 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 1984, Sabine von Colson y Elisabeth Kamann contra Land Nordrhein-Westfalen, asunto 14/83 y de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 1984, Dorit Harz contra Deutsche Tradax GmbH, asunto 79/83, o Fundamento Jurídico 11 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de febrero de 1988, Mary Murphy y otros contra An Bord Telecom Eireann, asunto 157/86, que especifica que la operatividad de la doctrina debe darse “dentro del poder discrecional que otorga el Derecho interno”). En el mismo sentido de aplicación prudencial de este canon hermenéutico, cabe citar por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2005 o de la Sentencia de la Sección 28ª Especializada Mercantil de la A.P. de Madrid de 13 de mayo de 2008.

En el presente caso, interpretar el artículo 32.2 del TRLPI en la redacción anterior al Real Decreto-ley 24/2021 conforme al artículo 15.1 de la Directiva 2001/29/CE (“Los derechos contemplados en el párrafo

primero no se aplicarán al uso de palabras sueltas o de extractos muy breves de una publicación de prensa”) no conduce a la conclusión de que la remuneración equitativa prevista por la normativa nacional para la agregación de fragmentos no significativos deba, simplemente, inaplicarse o declararse inexigible, pues ello excede manifiestamente de las facultades que ostenta este órgano judicial.

Quinto.

Controversia sobre el supuesto de hecho que da pie a la demanda y sobre su subsunción en las normas de aplicación

En el presente fundamento, un vez se han examinado y rechazado los óbices de carácter normativo alegados por la parte demandada para aplicar la norma contenida en el artículo 32.2

TRLPI, pasaremos a examinar los hechos objeto de la controversia, lo que nos fuerza a considerar la naturaleza del servicio GOOGLE DISCOVER, su subsunción en la actividad de “agregación de fragmentos no significativos de noticias” y la procedencia de cuantificar el importe de la remuneración que se pide en la cuantía reclamada en la demanda.

a) Naturaleza del servicio GOOGLE DISCOVER

No yerra en absoluto la parte demandada al denunciar en su escrito de contestación (pág. 7) que, siendo clave en este proceso trasladar al órgano judicial la realidad sobre el funcionamiento exacto del servicio GOOGLE DISCOVER y su relación con la actividad de agregación de fragmentos no significativos de noticias, la parte demandante apenas ha desplegado esfuerzos probatorios en esa dirección. A título introductorio, según logramos inferir de una lectura completa de la documentación obrante en las actuaciones, partimos de la premisa de que el servicio GOOGLE DISCOVER se presenta como un “complemento” al navegador GOOGLE CHROME o a la aplicación GOOGLE SEARCH en dispositivos móviles Android e Ios, consistente en la adición, bajo el recuadro propio y habitual de la búsqueda que ofrece el motor en sí, de una selección de noticias ilustradas con una fotografía (de estas últimas prescindiremos, porque la demandante no ostenta ninguna habilitación legal para la gestión de ningún derecho sobre ellas), integradas por el titular (completo o no) de la noticia según aparece en un diario de prensa; y bajo el mismo, unas palabras añadidas a título de “muestra” o “prueba de lectura”.

La parte demandada niega que el servicio GOOGLE DISCOVER pueda calificarse como un genuino servicio de “agregación de fragmentos no significativos” y pretende que la prueba de esa circunstancia se infiera del informe pericial que aporta, emitido por la entidad COMPASS LEXICON y firmado por los expertos D. MIGUEL DE LA MANO y NADINE WATSON. El parecer de estos últimos, en la materia que aquí nos concierne, por desgracia no podemos valorarlo como el más autorizado, ya que en atención a la formación y trayectoria que reseñan los citados peritos en las páginas 4-5 del dictamen, ninguno de los dos atesora formación tecnológica y principalmente han desarrollado su labor en el marco de los aspectos económicos asociados a la regulación de la competencia. Cuestiones que podrían resultar cruciales, como por ejemplo el modo de selección por el motor de búsqueda del texto (aleatoriamente, únicamente el inicio, el fragmento más leído, frases completas...), el número de caracteres insertados, la idéntica visualización en todos los entornos (Android e Ios), etc. tampoco resultan clarificados en el informe, que bajo consideraciones más bien subjetivas y opinables, se limita a defender que el servicio beneficia a los usuarios y editores: a los primeros porque les permite acceder a una información actualizada e individualizada reduciendo costes de matching asociados a la búsqueda del contenido y a los segundos porque aumenta el tráfico de sus páginas, permitiendo verificar qué contenidos tienen mejor aceptación. Estas últimas consideraciones creemos que son intrascendentes para determinar lo que aquí se enjuicia, pues servirían también para defender que la comunicación pública de cualquier obra sin liquidar ninguna remuneración es beneficiosa, ya que por un lado permite a los destinatarios acceder a la misma de forma gratuita y mejora el contacto global de la población con la cultura; y por otro facilita a sus creadores llegar también a una base mayor de lectores o espectadores, aumentando su fama o reputación. Los razonamientos se desautorizan por sí solos, pues la cuestión es que el uso comercial de las obras protegidas ha de entrañar también para el proveedor del servicio algún beneficio, ventaja o utilidad (en la forma de inserción de publicidad, aumento del tráfico de visitas, posibilidad de agrupar destinatarios y potenciar la visualización de determinadas informaciones, creando estados de opinión, etc.); y por esa ganancia con la obra ajena se arbitra un derecho de remuneración para beneficio de los creadores y sus derechohabientes.

En cuanto a la prueba aportada por la parte demandante, al margen de los propios textos informativos y comerciales de GOOGLE descargados de la web que se aportan, relativos al funcionamiento del servicio (y que sirven de nula ayuda para determinar, más allá de generalidades, qué es lo que en el mismo se agrega y en qué resultados esa actividad de agregación se materializa: documentos núm. 7 y 8 de la demanda), en prueba del funcionamiento de GOOGLE SEARCH únicamente se acompaña como documento núm. 9 un acta notarial autorizada por el fedatario público D. JOSÉ PERIEL MARTÍN en fecha 5 de diciembre de 2019, con el número 4.634 de su protocolo. La parte demandante no ha aportado a las actuaciones una prueba pericial informática completa y actualizada, con una muestra representativa de funcionamiento del servicio, discriminando claramente la parte de

GOOGLE DISCOVER que equivale al hipervínculo devuelto como simple resultado de búsqueda no solicitada, la extracción y procedencia del texto añadido de la noticia enlazada y la entidad de ese texto (cuantitativa y cualitativa) por referencia al artículo completo.

Ciñéndonos al acta, se describe en ella una utilización del servicio GOOGLE DISCOVER a partir de un teléfono móvil modelo EVR-L29, versión de Android 9 y versión de EMUIO 9.1.0. El fedatario captura la imagen del escritorio y la incorpora a la matriz (primera de las fotografías que aparecen junto al acta) y a continuación indica que se presenta en la pantalla: un listado de noticias y artículos. Capturo las imágenes del contenido de las primeras posiciones de esta lista y las incorporo a la matriz.

4. Tras pulsar sobre varias de estas noticias compruebo que en todos los casos se abre el sitio web correspondiente con el anticipado en el listado, en la parte inferior izquierda de cada noticia o artículo. Capturo la imagen de algunos de estos contenidos y las incorporo a esta matriz.

Esta es toda la descripción del servicio. Unida a la matriz se reproducen 26 imágenes, sin que el acta especifique con exactitud en qué fotografías aquello que se visualiza responde a lo que ofrece el servicio GOOGLE DISCOVER al usuario y cuáles corresponden a la captura de la imagen del sitio web del medio de prensa al que remite el enlace del servicio GOOGLE DISCOVER. Parece deducirse que las “imágenes de origen” visualizadas en el servicio GOOGLE DISCOVER son las que se reproducen a partir de la imagen núm. 1 (escritorio) y hasta la núm. 20 (en numeración propia, pues el acta no recoge ninguna), y desde la 24 a la 26; mientras que las “imágenes de resultado” (los sitios web de prensa que se muestran tras clicar el enlace) son únicamente las que figuran en los puestos núm. 21 a 23. También parece deducirse que la primera captura del medio de prensa enlazado (la núm. 21) correspondiente al diario EL PAIS, Sociedad, con el titular “Hablamos mucho del coche eléctrico cuando el problema es el todoterreno urbano” se vincula con la imagen núm. 9 correspondiente al servicio GOOGLE DISCOVER; la imagen núm. 22 del diario ABC “El fichaje que revolucionaría la Fórmula 1”, se vincula con la imagen núm. 25 correspondiente al servicio GOOGLE DISCOVER; y la imagen núm. 23, correspondiente a EL ESPAÑOL, con el titular “Así es por dentro la Audiencia, según Eloy Velasco: “sectas” y “jueces” que se la tienen jurada” se vincula con la imagen núm. 19 correspondiente al servicio GOOGLE DISCOVER. Por último, la imagen núm. 23 con el titular “El Wanda Metropolitano ya es territorio All Black” (no se aprecia a qué medio corresponde) se vincula con la imagen núm. 3 (cortada en la fotocopia unida a la matriz, pudiendo leerse sólo una palabra). Esto sin embargo es una mera deducción que el órgano judicial hace tras un examen valorativo del documento, porque el acta no deja constancia de que esos enlaces y correspondencias sean los correctos.

El acta no muestra un dato fundamental para la correcta valoración de las imágenes correspondientes a GOOGLE DISCOVER, que es el contenido íntegro del artículo al que remite el enlace. De ese modo, podría valorarse, al margen de la coincidencia literal del titular en sí a partir del cual hemos establecido la correspondencia entre lo que hemos llamado la “imagen de origen” y la “imagen de resultado”, cuál es la exacta entidad del “fragmento no significativo” que se agrega. Ese “fragmento no significativo” no puede verse en absoluto en la imagen núm. 3 (“El Wanda Metropolitano ya es territorio All Black”); y a duras penas se ve en las otras dos “imágenes de origen”, respecto de las cuales hemos podido establecer cuál es su “imagen de resultado”. Quedándonos únicamente dos imágenes en que ese enlace puede efectivamente establecerse, advertimos los siguientes problemas: a) en la imagen núm. 19 correspondiente al servicio GOOGLE DISCOVER (“Así es por dentro la Audiencia, según Eloy Velasco...”), el fragmento que se reproduce debajo y que literalmente dice “El magistrado Eloy Velasco, que fue magistrado de los casos Púnica y Lezo y ahora...” no se corresponde con ningún texto de la captura de El Español que se reproduce en el acta como “imagen de resultado” núm. 23; b) en la imagen núm. 25 correspondiente al servicio GOOGLE DISCOVER (“El fichaje que revolucionaría la Fórmula 1”), el fragmento que se reproduce debajo y que literalmente dice “Ha empezado el runrún como se inauguran los rumores en la Fórmula 1. Noticias que...”, tampoco tiene ninguna correspondencia con ningún texto de la captura de ABC que se reproduce en el acta como “imagen de resultado” núm. 22.

En resumidas cuentas, no siendo viable establecer una vinculación plausible más que en tres imágenes de GOOGLE DISCOVER y los diarios a los que remite el enlace, en uno de ellos el “fragmento agregado” no es legible y en los otros dos no existe ninguna correspondencia del fragmento con la imagen que se reproduce del diario; dejando al margen que, además, el acta no incluye el texto íntegro de los artículos periodísticos a los que remiten esos enlaces. Por tanto, no podemos establecer que las dos líneas de texto que suceden al titular del artículo sean realmente fragmentos de los artículos periodísticos; ni tampoco podemos establecer ninguna otra conexión para las otras 22 imágenes de lo que se presenta como resultados del servicio GOOGLE DISCOVER, que siendo prácticamente inaccesibles al ojo humano en la copia del acta que se aporta, se limitan a incluir dos breves líneas como las que se reproducen a continuación a título de ejemplo (al objeto de no extendernos demasiado, limitaremos el examen a cuatro “imágenes de origen”):

- 1) Imagen 2: “Los mejores regalos del amigo invisible del Real Madrid: un palo de golf, unas pesas, un ladrillo, un...” (titular) – “El amigo invisible de los jugadores del Real Madrid sacó unas cuantas carcajadas...” (texto agregado en cursiva)
- 2) Imagen 4: “La AN tumba una multa de 180.000 euros de la CNMC al ICAM y recuerda que el Turno de oficio n...” (titular) – “La batalla judicial entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ...” (texto agregado en cursiva)
- 3) Imagen 5: “El severo aviso de Abascal a Batet y los diputados independentistas por su forma de jurar la Constitución” (titular) – “El líder de Vox, Santiago Abascal, pronunció un contundente discurso ante los diputados...” (texto agregado en cursiva).
- 4) Imagen 6 (cortada e íntegra en 7): “Las condiciones de Greta Thunberg para participar en la Cumbre del Clima de Madrid” (titular) – “La llegada de Greta Thunberg a Madrid es toda una incógnita. Mientras sus asesores...” (texto agregado en cursiva).

Pues bien, suponiendo como hipótesis que las únicas dos “imágenes de origen” donde se ha apreciado la existencia de “texto agregado” al margen del titular hubieran extraído ese texto de los artículos periodísticos a los que remite el hiperenlace (lo que no hemos podido corroborar, a la vista del acta); y que todos los demás “textos agregados” bajo el titular de las restantes imágenes fueran igualmente frases extraídas de artículos periodísticos a los que conduce el hiperenlace, la valoración que hemos de efectuar es que esa reproducción no es de “fragmentos no significativos” sino de “palabras sueltas”. Efectivamente, la reproducción de una cifra de caracteres sin espacios que oscila entre los 67 y los 75 (en los cuatro ejemplos analizados) y que aisladamente leído en dichas muestras no proporciona ninguna información inteligible, no puede concluirse que constituya la “agregación de ningún fragmento”, por lo que es ocioso siquiera entrar a valorar si es “significativo” o no por referencia al texto completo de los artículos periodísticos.

Si por otra parte se busca cada una de las noticias que hemos numerado como 1) a 4) anteriormente en el motor de búsqueda GOOGLE (el Juzgador considera que esa operativa se basaría en la habilitación que el art. 281.4 LEC confiere para considerar como hechos acreditados los que gocen de notoriedad absoluta, que indudablemente son aquellos que se encuentran inmediatamente disponibles en la red), nos hallamos que en la devolución de resultados que hace dicho motor, junto al titular (eventualmente incompleto) de la noticia, se añaden también las siguientes frases:

- 1) Correspondiendo a la Imagen 2: “Los mejores regalos del amigo invisible del Real Madrid...” (titular fragmentado) – “5 dic 2019 — “El amigo invisible de los jugadores del Real Madrid sacó unas ... del Real Madrid: un palo de golf, unas pesas, un ladrillo, un diccionario...” (líneas adicionales en cursiva visualizadas bajo el hiperenlace en el navegador);
- 2) Correspondiendo a la Imagen 4: “La AN tumba una multa de 180.000 euros de la CNMC al...” (titular fragmentado) – “5 dic 2019 — La AN tumba una multa de 180.000 euros de la CNMC al ICAM y recuerda que el Turno de Oficio no está sujeto a las leyes de Competencia.” (líneas adicionales en cursiva visualizadas bajo el hiperenlace en el navegador);
- 3) Correspondiendo a la imagen 5: “El severo aviso de Abascal a Batet y los diputados ...” (titular fragmentado): “El severo aviso de Abascal a Batet y los diputados independentistas por su forma de jurar la Constitución...” (líneas adicionales en cursiva visualizadas bajo el hiperenlace en el navegador);
- 4) Correspondiendo a la Imagen 6: “Las condiciones de Greta Thunberg para participar en la Cumbre del Clima...” (titular fragmentado) – “5 dic 2019 — Las condiciones de Greta Thunberg para participar en la Cumbre del Clima de Madrid. Además de las incógnitas que hay sobre su llegada a la...” (líneas adicionales en cursiva visualizadas bajo el hiperenlace en el navegador).

Con el precedente análisis, que puede parecer tedioso, pero que deviene necesario por la insuficiencia de las pruebas que aporta del demandante sobre el exacto funcionamiento de GOOGLE DISCOVER, su indubitada extracción del texto que incluye de la página de prensa enlazada y la entidad del texto que se agrega, en los escasos ejemplos que el Juzgador a la vista del acta ha tenido la oportunidad de examinar, la conclusión que podemos alcanzar es que el número de palabras reproducidas bajo la frase en la que se incrusta el hiperenlace en GOOGLE DISCOVER vienen a ser muy similares a las que en el motor de búsqueda se añaden al mismo hiperenlace cuando se formula una consulta. Por consiguiente, si la demandante sostiene que esas palabras son “agregación de fragmentos no significativos”, debería concluir que también lo son las que aparecen en el motor de búsqueda; y por tanto estaría en condiciones de reclamar a GOOGLE no sólo por los fragmentos que figuran en el servicio DISCOVER, sino también en el propio motor de búsqueda.

En definitiva, la simple inclusión en la interfaz de búsqueda de GOOGLE CHROME o de GOOGLE SEARCH de hiperenlaces que dirigen a sitios web de prensa (que es lo que según las pruebas practicadas, constituye la parte fundamental del servicio GOOGLE DISCOVER), debemos entender que es absolutamente libre y que no puede ser subsumida en la actividad de “agregación de fragmentos no significativos” (jurisprudencia Svensson, Sentencia

del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 2014, asunto C-466/12: “El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que no constituye un acto de comunicación al público, a efectos de dicha disposición, la presentación en una página de Internet de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras que pueden consultarse libremente en otra página de Internet”). En cuanto a la adición de dos líneas de texto, que según el examen de los documentos aportados efectuado por el Juzgador oscila entre un mínimo de 67 y un máximo de 75 caracteres sin espacios (y entre un mínimo de 79 y un máximo de 87 caracteres con espacios), no puede reputarse “agregación de fragmentos” de las obras periodísticas protegidas, sino de palabras sueltas, considerando su mínima extensión y su carencia de contenido informativo. En todo caso, las pruebas aportadas ni siquiera permiten establecer: a) que esas líneas hayan sido extraídas del texto del artículo periodístico; y b) que esa práctica haya sido generalizadamente utilizada por el servicio GOOGLE DISCOVER en todo tiempo y en todas las plataformas. En torno a esta última cuestión, debe advertirse que en las imágenes que se recogen en el informe Compass Lexecon (pág. 15), esa adición de “palabras” ni siquiera figura:

Dada la escasa entidad del texto añadido al hiperenlace del titular en los escasos ejemplos recogidos en el acta notarial aportada por la demandante como documento núm. 9, debemos concluir que ni siquiera los caracteres insertados alcanzan la dimensión mínima necesaria para calificarla como un “snippet” en la terminología acogida por el Tribunal de Justicia en la Sentencia VG Media de 12 de septiembre de 2019 (“...un texto breve o un fragmento de texto (snippet) con una vista previa destinada a permitir al usuario valorar la relevancia de la página de Internet indicada respecto de su necesidad de información”; el subrayado es nuestro); y ello porque los ejemplos analizados ni siquiera permiten al usuario efectuar un juicio de relevancia o interés de la noticia a efectos de sus necesidades de información. Por consiguiente, no concurre el supuesto de hecho de la “agregación de fragmentos no significativos” de noticias que hace nacer el derecho a la remuneración.

Resulta por último significativo, que la entidad de gestión colectiva no haya aportado a las actuaciones ejemplos de actividades desplegadas por otros “agregadores” que, según se ha afirmado a lo largo del juicio, sí liquidan los correspondientes derechos, al objeto de contrastar por comparación, si las características de GOOGLE DISCOVER se asemejan al aprovechamiento que esos proveedores comerciales de servicios puedan hacer.

Sexto.

La falta de acreditación de que el servicio GOOGLE DISCOVER constituye agregación de contenidos, de textos o fragmentos no significativos de textos de publicaciones de prensa por parte de un proveedor de servicios electrónicos en el sentido del artículo 32.2

TRLPI haría ya innecesario analizar si la remuneración equitativa reclamada ha sido correctamente calculada. En aras sin embargo de la exhaustividad y en consideración del previsible recurso que pueda deducirse contra esta sentencia, habida cuenta del importante interés económico concernido, entendemos que es procedente que las partes vean debidamente enjuiciada también esta cuestión en todas sus instancias, independientemente de que concurra otra causa principal de desestimación, por lo que pasaremos a establecer seguidamente que, en todo caso, la oposición de la demandada basada en los errores de cálculo, por un lado, y la inequitatividad de las tarifas aplicadas, por otro, igualmente debería conducir al fracaso de la reclamación.

La deuda reclamada por CEDRO se basa en sus tarifas generales, que en su capítulo 21 se limitan a establecer lo siguiente:

Para comprender el origen de esta tarifa (que no proporciona mayores explicaciones sobre lo que deba entenderse por un concepto clave como es “artículo clicado”), hemos de acudir al documento “Catálogo y Memoria de Tarifas Generales”, páginas 112-113, donde se proporciona un desglose adicional de la tarifa, a partir de los siguientes conceptos:

El precio unitario por artículo clicado (en euros) se basa según se aprecia en la suma de dos conceptos: el denominado PUD (según la pág. 8 de la memoria: “Precio por el Uso del Derecho”, que se definiría como “el asociado al valor económico que para la actividad del usuario conlleva el uso de los derechos”) y el PSP (también en la pág. 8 de la memoria: “Precio por el servicio prestado”, que es “el coste del servicio que ofrece la entidad de gestión en su labor de centralizar y posibilitar la gestión de las tarifas, actuando de intermediario entre los titulares de los derechos y los usuarios que explotan obras y prestaciones”). Simplemente haciendo una regla de tres, la tarifa muestra que CEDRO reclama un 96,25% por el uso del derecho y un 3,75% por gastos de gestión.

En la memoria, se explica que el PUD se ha obtenido a través de dos estudios realizados por empresas de reconocido prestigio internacional, con una amplia experiencia y dedicadas exclusivamente a realizar estudios de mercado (que no se identifican). En el primer estudio, se ha conseguido una muestra de 411 entrevistas, mientras que en el segundo la muestra es de 1257 entrevistas. El perfil del entrevistado es el de “usuarios de internet que

leen noticias o artículos de prensa que acceden a las mismas directamente desde las propias webs de los medios, desde buscadores o a través de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos, con un nivel de confianza del 95,5%.”

El primer estudio se indica que ha servido para obtener información sobre: 1) la procedencia de los artículos que aparecen en las búsquedas realizadas a través de los prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos (prensa, revistas, blogs, webs de radio o TV); 2) el número de páginas del prestador de servicios electrónicos de agregación de contenidos que se visualizan; 3) el número de veces al día que utilizan prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos; 4) los artículos en los que se clica, según su procedencia; 5) en el caso de que no se clique en el artículo, los motivos. En este punto se añade que se ha tenido en cuenta en el cálculo de la compensación cuando el entrevistado alega que el titular de la noticia y el fragmento no significativo (snippet) utilizados le ofrecen suficiente información, que es sustitutiva al contenido original, de forma que tras la lectura del titular y fragmento no significativo ya no necesita clicar y acceder al medio original. De una manera sistemática, más adelante en la memoria se explica que en este primer estudio se ha preguntado a los usuarios cuánto estarían dispuestos a pagar al mes por un servicio de estas características. Un 33,3 % de los encuestados declara que no pagaría por un servicio así; sin tener en cuenta estos casos, el precio medio sería de 8,36 €/mes, mientras que, si se contabilizan, el precio que estarían dispuestos a pagar de media es de 5,57 €/mes. Se ignora si los precios que los encuestados “estarían dispuestos a pagar” posteriormente son precios “efectivamente abonados” a los agregadores; siendo en todo caso este parámetro intrascendente para GOOGLE, en razón del carácter gratuito de su servicio.

El segundo estudio se indica que ha sido utilizado para medir el número de impresiones/pantallas (concepto definido a pie de página como el “número de pantallas que se han visualizado”) que realizan los usuarios según el tipo de acceso utilizado: 1) a través del propio medio; 2) a través del prestador de servicios electrónicos de agregación de contenidos, o 3) a través de otros buscadores. Aquí, por un lado se calcula el número de impresiones/pantallas que se realizan en el medio accediendo desde un prestador de servicios electrónicos de agregación de contenidos. Por otro lado, se obtiene el promedio de impresiones que se hacen en el medio accediendo directamente desde el propio medio, desde buscadores, aplicaciones móviles u otros, sin contar las del prestador de servicios electrónicos de agregación de contenidos. Así (prosigue la memoria), es posible conocer el número de impresiones/pantallas que las publicaciones periódicas o sitios web pierden con los usuarios de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos y que deberían ser objeto de compensación equitativa.

Tomando los datos de ambos estudios, se indica que se obtiene el número medio de impresiones/pantallas que hay que compensar por pantalla de resultados del prestador de servicios electrónicos de agregación de contenidos y por tipo de medio original de la noticia. Con los ingresos obtenidos por cada medio con base en el sistema CPM (concepto no definido en la memoria, precio que entendemos alude al “coste por mil impresiones”: “precio que abonan los anunciantes en internet por cada mil impresiones –pantallas- en que aparecen sus anuncios”), se indica que se puede calcular el ingreso total por impresiones a compensar. Con este dato y el total de pantallas al día se puede calcular el importe de cada artículo clicado.

En cuanto al Precio por el Servicio Prestado, se indica que se ha obtenido a través de datos cerrados y auditados correspondientes al ejercicio 2015, siendo el desglose de los mismos de 70,73 € por contrato (incluyendo costes de: obtención y agregación del repertorio (63,80 %), gestión de autorización (4,99 %), gestión de cobro (31,21 %)). Teniendo una estimación del número medio de usuarios por prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de contenidos, se determina el valor mostrado del PSP por tarifa.

Lo que antecede es todo lo que podemos saber sobre la metodología que ha llevado a CEDRO a aprobar en sus tarifas que cada vez que un usuario de un servicio de agregación de fragmentos no significativos hace clic en una noticia agregada y se devenga un derecho de remuneración unitario de 0,00029203€. Simplificadamente, hay que suponer que por cada clic en una noticia del agregador, el medio periodístico original de la noticia ha perdido accesos que se habrían producido directamente de no existir dicho agregador; siendo la causa que se presume para esa pérdida que la información obtenida a través del proveedor de servicios de agregación ya satisface el interés informativo del usuario, por lo que este último deja de precisar acudir a la fuente original. El número de clics se considera así determinante de un número de “no clics”; y estos últimos, se supone que generan a los medios periodísticos unas pérdidas, que se calculan a partir de los precios que los anunciantes pagan por aparecer en la pantalla del medio periodístico.

Si en el punto anterior decíamos que el dictamen de COMPASS LEXECON era intrascendente para enjuiciar las cuestiones controvertidas, en este punto es demoledor al poner en evidencia la manifiesta arbitrariedad del cálculo de la entidad demandante, en unos términos que esta resolución judicial no puede más que acoger y validar. En primer lugar, debe subrayarse que los dos estudios aludidos por la memoria en que se ha basado el cálculo del precio unitario por “clic” no han sido aportados a la causa; la demandada afirma no haber tenido en ningún momento acceso a los mismos y entendemos que, al haber sido cuestionados, deberían haber sido aportados por la entidad de gestión colectiva CEDRO.

De una manera muy significativa, la parte demandante propuso como testigo-perito en el acto de la audiencia previa al Sr. JUAN SANTALÓ MEDIAVILLA, cuya relevancia se justificó por su directa participación en la elaboración de la tarifa reclamada y por la explicación de la misma, habiendo renunciado posteriormente CEDRO a la práctica de dicha prueba. Por tanto, nos hallamos con una tarifa basada en dos estudios cuya autoría, efectiva existencia y contenido se desconoce; y cuyo afirmado autor ideológico no ha comparecido en el procedimiento al objeto de proporcionar las explicaciones necesarias sobre numerosos aspectos inciertos de la metodología aplicada. Difícilmente puede ser fuente de convicción un cálculo basado en estudios de campo cuyos resultados se desconocen; dejando al margen que, además, como bien se afirma en el informe COMPASS LEXECON y en el escrito de contestación, si esos estudios fueron elaborados como se sostiene en el año 2016, sus datos habrían quedado completamente obsoletos por la evolución de los medios online y de la propia Internet en los últimos años, careciendo además de validez por la escasez de la muestra tomada. La vaguedad de la explicación en la memoria y la ausencia de la documentación que le sirve de soporte impide conocer, por ejemplo, cuál es la ratio que se ha considerado de "no- clics" por cada "clic" efectuado en una noticia en un agregador; qué agregadores de noticias se han considerado, qué medios periodísticos se han utilizado, en qué clases se han subdividido estos últimos, qué precios se han considerado a efectos de calcular el ingreso perdido por CPM en el medio periodístico, qué datos de tráfico han sido tenidos en cuenta para determinar la pérdida aplicando dicho sistema CPM, qué base de usuarios contra pago de remuneración se ha considerado a efectos de calcular los ingresos del agregador, etc. etc.

Las Sentencias del Tribunal de 12 de diciembre de 2014, 10 de diciembre de 2014 y 13 de diciembre de 2010 con relación a las tarifas generales establecieron la siguiente doctrina: no es correcto estar a las tarifas generales, por el hecho de que el órgano competente de la Administración al que fueron las mismas comunicadas no hubiera formulado objeciones, puesto que las facultades que al mismo atribuye la norma, no son de aprobación de las tarifas, sino de vigilancia general que implica un grado de tutela insuficiente, desde luego, para considerar trasladada en exclusividad a la Administración y a la jurisdicción contencioso-administrativa el examen de la equidad de las tarifas; (2º) que la imposibilidad de llegar a un acuerdo en la negociación no comporta, automáticamente, que las sociedades de gestión impongan sus tarifas generales, tanto más si las mismas no tuvieran carácter equitativo; (3º) que, ante la ausencia de acuerdo entre las dos partes, uno de los criterios a considerar a estos fines es el que ofrece la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con distintas entidades, " pues la equidad tiene una estrecha relación con la necesidad de que las tarifas sean comparativamente adecuadas entre unas y otras [...] ", lo cual no significa que deban ser idénticas, pero sí el rechazo de una excesiva desproporción que no aparezca justificada; (4º) que la norma pone en relación el deber de la sociedades de fijar tarifas generales con la utilización de su repertorio, lo que significa que no pueden quedar al margen los criterios relacionados con la amplitud del de cada una de estas entidades.

Ampliando y clarificando esos razonamientos, como muy bien explica la Sentencia de la Sección 28ª Especializada Mercantil de la A.P. de Madrid de 22 de marzo de 2019: "el art. 157 (actualmente art. 164) TRLPI dispone, en lo que ahora interesa, lo siguiente: "1.-Las entidades de gestión están obligadas:...b) A establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa. El importe de las tarifas se establecerá en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscando el justo equilibrio entre ambas partes, para lo cual se tendrán en cuenta al menos los siguientes criterios: 1.º El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario. 2.º La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario. 3.º La amplitud del repertorio de la entidad de gestión. A estos efectos, se entenderá por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestionan una entidad de gestión colectiva. 4.º Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio. 5.º El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas. 6.º Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización. 7.º Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación. La metodología para la determinación de las tarifas generales se aprobará mediante orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos" .

Siguiendo con el marco conceptual de fijación de los criterios relevantes para evaluar la equidad intrínseca del sistema de tarificación, y para el desarrollo de la última previsión del citado precepto legal, se dictó la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre , por la que se aprueba la Metodología para la Determinación de las Tarifas Generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, cuyo art. 4 dispone: " 1. Para la determinación del importe de las tarifas generales se aplicarán, al menos, los siguientes criterios enumerados en el artículo 157.1.b) del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual , en los términos desarrollados en el presente capítulo: a) Grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad económica del usuario. b) Intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad económica del usuario. c) Amplitud del repertorio de la entidad de gestión. d) Ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio. e) El valor económico del servicio

prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas. f) Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de explotación. g) Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación. 2. El importe de la tarifa será mayor cuanto mayor sea el grado, la intensidad y relevancia del uso del repertorio, y la amplitud del mismo, así como cuanto mayores sean los ingresos económicos obtenidos por la explotación comercial y el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión. 3. Las tarifas con otros usuarios para la misma modalidad de explotación, así como las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso se utilizarán a efectos de garantizar que las tarifas son equitativas y no discriminatorias y que su importe se ha establecido en condiciones razonables".

Aplicando los anteriores criterios al caso enjuiciado, hemos de concluir que la tarifa aplicada por CEDRO no es clara ni transparente ya que: a) se han silenciado y resultan inciertos múltiples parámetros supuestamente considerados en los estudios no publicados ni aportados que se afirma fueron elaborados y al parecer se fueron considerados al fijarlas; b) incorporan aspectos absolutamente ajenos a la explotación de las obras por el "agregador" y por el "medio" (los ingresos publicitarios genéricos, hipotéticamente perdidos por este último, a los que de manera arbitraria se les atribuye como premisa la calificación de "ingresos perdidos por la explotación de la obra por parte del medio periodístico"), en los términos exigidos por el artículo 164 del TRLPI y la Orden ECD/2574/2015; y c) carecen de cualquier referente, según se expresa en la misma memoria, en las utilizadas por ningún otro país. Por tales motivos, hemos de rechazar que las mismas puedan ser utilizadas como parámetro del cálculo de la remuneración equitativa.

Sin embargo, la tarifa no es la única variable inválida en el cálculo de la deuda reclamada: también lo es la cifra de unidades considerada para llegar al monto del importe objeto de la presente demanda. En las facturas emitidas que sirven de base a esta reclamación, se computan unas cifras astronómicas de "clicks" (2.723.371.920 en la factura FV 20-04339 y 1.088.824.629 en la factura FV20-05838), cuya estimación se basa en meras conjeturas, basadas al parecer en la negativa de GOOGLE a proporcionar datos de tráfico. El modelo parte por un lado de las liquidaciones abonadas por otros agregadores (UPDAY y SQUID) y de los datos de tráfico obtenidos de GOOGLE DISCOVER entre el mes de marzo de 2019 y abril de 2020. Si se comprende bien el sistema propuesto por la entidad de gestión colectiva demandante (cosa difícil, dado el innecesariamente complejo empleo de fórmulas, letras y ecuaciones, que ningún experto ha explicado al órgano juzgador en el acto del juicio), lo que se pretende es, partiendo de los datos de tráfico conocidos desde GOOGLE DISCOVER hacia los medios de prensa en cuanto a meses y períodos contrastados, integrar las lagunas de los datos y meses no contrastados haciendo una regla de tres, partiendo de la proporción que suponen los medios sin datos sobre el volumen total de la tarifa de los proveedores que sí liquidan su remuneración.

También en este segundo parámetro, imprescindible para el cálculo de la deuda, nos hallamos ante meras hipótesis no contrastadas ni demostrables: desconociendo qué noticias fueron agregadas por GOOGLE DISCOVER y qué tráfico exactamente se dio hacia medios para los que se no se dispone de datos, supone abandonarse a una conjetura establecer que habrá debido darse a través de GOOGLE DISCOVER un porcentaje equivalente de "clicks" al que en otros agregadores se ha registrado respecto de los medios sin datos. No existe el menor dato objetivo (ni prueba pericial) que avale que en los períodos considerados, los "clicks" reflejados en las facturas fueron los que realmente los usuarios de GOOGLE DISCOVER en territorio español (atendiendo al principio de territorialidad aplicable a la propiedad intelectual, conforme la inveterada regla *lex loci protectionis*) y sin duplicidad alguna (un usuario, una noticia y un "click"), hicieron en las noticias visualizadas en los navegadores de sus dispositivos móviles en que se pudiera mostrar esa funcionalidad. Habida cuenta de que esta resolución no considera que la actividad de GOOGLE DISCOVER sea subsumible en el concepto legal de agregación de fragmentos no significativos aludido por el artículo 32.2 TRLPI (en versión hoy derogada), no consideramos ni posible ni necesario que esta resolución establezca cuál, a criterio del órgano juzgador, sería la compensación equitativa debida. Ello no empece para que en esta resolución sí quede establecido que, aun asumiendo que el servicio GOOGLE DISCOVER no entra dentro del concepto legal previsto para el devengo de la remuneración, esta última en los términos que se reclama, tampoco ha quedado justificado que pudiera ser la debida, por la invalidez tanto de la tarifa aplicada como del parámetro unitario considerado en las facturas. Estos motivos nos parecen suficientes para desestimar íntegramente la demanda, lo que hace ya ociosa cualquier otra argumentación adicional incluida en la contestación a la demanda, de soporte o apoyo a la misma conclusión.

Séptimo.

Se imponen las costas a la parte demandante (art. 394 LEC).

Vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por CENTRO ESPAÑOL DE DERECHOS REPROGRÁFICOS (CEDRO) contra GOOGLE IRELAND LTD. absolviendo a la parte demandada de todos los pedimentos contra ella deducidos.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

Notifíquese la presente Sentencia en legal forma a las partes comparecidas enterándoles que la misma no es firme y que cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN en el plazo de VEINTE DÍAS según lo previsto en los artículos 457 y 458 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En el escrito de recurso deberá acreditar el recurrente haber consignado en la cuenta de este Juzgado la cantidad de CINCUENTA EUROS (50 EUR) conforme a lo dispuesto por la D^a. 15^a de la LOPJ en la redacción dada por la L.O. 1/2009, siendo este requisito necesario para su admisión a trámite.

Llévese la presente resolución al libro de Sentencias del Juzgado quedando testimoniada en las presentes actuaciones y tómese oportuna nota en los libros de este Juzgado.

Así por esta mi Sentencia a cuya publicación en forma, se procederá, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el día de la fecha por el Magistrado-Juez que la dictó estando en Audiencia Pública y presente yo el Secretario de lo que doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ