

Una aproximación a la disposición adicional cuadragésimo tercera de la Ley de Economía Sostenible (conocida como 'Ley Sinde')

Miguel Ángel Davara Fernández de Marcos¹

Resumen

La Ley de Economía Sostenible ha sido la norma más debatida y criticada de los últimos tiempos por atacar, supuestamente, a la libertad de las personas al regular actividades que, realizadas a través de Internet, vulneran los derechos de autor. Sin embargo, la norma española no propone medidas como el corte de acceso a la red de los particulares sino, únicamente, un procedimiento ágil y con intervención judicial para impedir el acceso de usuarios españoles a obras que se han puesto en red sin consentimiento de sus titulares.

Palabras clave

Ley Sinde, Ley de Economía Sostenible, LES, Piratería, Derechos de Autor, Ley de Propiedad Intelectual, WEB, Enlaces, Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Programas Peer to Peer, Plataforma de descarga, Obra protegida, Comisión de Propiedad Intelectual, Procedimiento contencioso administrativo, Sociedad de la Información, Comercio electrónico

Abstract

The Sustainable Economy Act has been the most debated and criticized law lately as it, supposedly, goes against personal freedom as it regulates activities that, handled through Internet, violate copyright. Nevertheless the Spanish Act doesn't include measures such as access cut of users but, simply, an agile proceeding and with judicial participation in order to prevent access to Spanish users to copyright works that have been uploaded without the consent of its right holders.

Keywords

Sinde Act, Sustainable Economy Act, LES, Piracy, Copyright, Intellectual Property Act, WEB, Links, Information and Communication Technologies, Peer to Peer programs, Download platform, Copyright work, Intellectual Property Commission, Contentious Administrative Proceedings, Information Society, E-commerce

¹ Miguel Ángel Davara Fernández de Marcos es Doctor en Derecho por la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid (ICADE) y abogado en ejercicio. Letrado de la Universidad Politécnica de Madrid y profesor asociado de derecho e informática en la Escuela Universitaria de Ingeniería Informática de la Universidad Politécnica de Madrid y ponente en varios Master de derecho y TIC. Correo electrónico: miguelangel.davara@upm.es

1. Razón de ser del tema escogido

La Ley de Economía Sostenible² (en adelante, LES) ha sido la norma que, con toda probabilidad, ha suscitado más comentarios, críticas y presión mediática desde distintos ámbitos para impedir su promulgación y desarrollo, tanto antes como después del acuerdo parlamentario que acabó con su aprobación final.

La iniciativa de esta norma fue presentada por el Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados, y en primera instancia fue rechazada. Sin embargo, antes de la votación en el Senado, se alcanzó un acuerdo con el Grupo Popular quien, tras ligeras modificaciones, aceptó votar a favor de esta norma, tanto en la Cámara Alta como posteriormente de nuevo en el Congreso de los Diputados.

Tras el anuncio del acuerdo entre los dos grandes partidos de ámbito estatal, las redes sociales, los foros, los blogs y prácticamente cualquier medio de comunicación electrónica se hizo eco de esta cuestión y se formaron iniciativas y crearon *hashtags*³ como #leySinde, #nolesvotes, #manifiesto o #redsincensura que dan una visión de los problemas que se pueden suscitar ante una nueva o mayor regulación de la red, bien sea a través de sus contenidos o de las páginas web.

Esta norma ha sido puesta en cuestión, fundamentalmente, por el supuesto ataque que produce a la libertad de las personas, al tratar de regular algunos aspectos de Internet en aquellos casos que los sitios web vulneran cuestiones de derechos de autor en sus contenidos, pudiendo hacer que la administración se convierta en órgano censor de los sitios de la red.

Tras el intento de aprobación de la norma, se han producido ataques, también, a cuestiones que únicamente tienen que ver con esta norma de manera tangencial, como puede ser el derecho de remuneración por copia privada, más conocido como “el canon”. Sin embargo estas cuestiones poco tienen que ver con la disposición adicional que ahora estudiamos, si bien la LES recoge la obligación de que el Gobierno apruebe la normativa sobre copia privada⁴.

2. Estado de la cuestión

Tras un tortuoso camino no exento de polémicas de todo tipo, se ha publicado la ya citada LES, más conocida como “Ley Sinde” por el nombre de la Ministra de Cultura que ha defendido el apartado más debatido y discutido de dicha ley, que no es otro que la Disposición Adicional cuadragésima tercera, que adjuntamos como anexo a este artículo a fin de una mejor comprensión del texto.

¿Cómo es posible que de una ley con una extensión de más de doscientas hojas en el BOE, con un preámbulo, ciento catorce artículos, veinte disposiciones adicionales, nueve disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, sesenta disposiciones finales y un anexo sea comentada hasta casi evitar su aprobación en el Parlamento por una única disposición final?

² Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, publicada en el BOE de 5 de marzo.

³ Definidos en wikipedia como “palabras o frases prefijadas con un símbolo de hash (#) con múltiples palabras concatenadas” en <http://es.wikipedia.org/wiki/Twitter#Hashtag>

⁴ Así, la Disposición Adicional Duodécima de la Les exhorta a que “El Gobierno, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, mediante Real Decreto y con plena conformidad al marco normativo y jurisprudencial de la Unión Europea, procederá a modificar la regulación de la compensación equitativa por copia privada”.

La LES desarrolla, modifica o se refiere a temas tan importantes y dispares entre sí como la Administración Electrónica –intentando darle un nuevo impulso después de la Ley 11/2007 y sus normas de desarrollo-, el sector de la energía –en cuanto a las renovables o los hidrocarburos-, las agencias estatales y las cooperativas o cuestiones varias relativas a impuestos peninsulares y de las Islas Canarias, la Ley Orgánica de la Educación o el registro nacional de títulos universitarios. Sin embargo, nada de esto ha tenido tanta repercusión como la citada Disposición Adicional cuadragésimotercera.

¿Y qué contiene esa disposición adicional para ser tan “importante”? Contiene modificaciones de algunas normas que permiten la protección y salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. En concreto habla de modificar la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico⁵ (en adelante, LSSI), el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual⁶ (en adelante, TRLPI) y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa⁷ (en adelante, LJCA).

Así pues, ¿debemos entender que la protección de los derechos de autor supone una cuestión tan trascendental en nuestro país como para movilizar a toda la opinión pública y hacer que todo el mundo opine de una norma –llegando a cambiarle hasta el nombre- antes incluso de haberla leído?

En nuestra humilde opinión esto no es así por la protección de los derechos de propiedad intelectual. La cuestión de los derechos de autor resulta, a nuestro entender, tangencial, en la comprensión de las intenciones de las personas que se oponían –y aún se oponen- a la publicación de esta norma. Y no será la modificación legislativa –desgraciadamente tan profusa en nuestro Derecho- lo que haya suscitado esta movilización.

Dentro de la disposición adicional, el apartado más controvertido es el que permite que la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura adopte “*las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.*” Es decir, que se permite la interrupción de un servicio de la sociedad de la información por parte de un órgano administrativo o, cuando menos, por iniciativa de éste, como veremos más adelante.

Lo que ha provocado la reacción a esta norma ha sido que esta disposición final trata de regular una cuestión que, más allá de la fortuna que pueda tener en la intención o no, es uno de los pocos reductos que se consideran “libres” de intromisión judicial o legislativa, como es el de Internet. Una vez más se ha demostrado que la regulación de Internet resulta complicada y de una extremada sensibilidad para los usuarios finales.

Esta cuestión ha resultado ser extremadamente complicada, llegando a ser necesaria, incluso, la aprobación de una Ley Orgánica complementaria a la LES (en adelante, LOCLES) que ha sido publicada menos de una semana después de la propia LES⁸ y que, en lo que atañe a la materia que estamos desarrollando, ha sido promulgada para

⁵ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, publicada en el BOE de 12 de julio.

⁶ Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, publicado el 22 de abril.

⁷ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, publicada en el BOE del 14 de julio.

⁸ Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, por la que se modifican las Leyes Orgánicas 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOCLES).

modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en cuanto a la adición de un nuevo apartado 5 a su artículo 90, en los siguientes términos:

“5. Corresponde también a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo autorizar, mediante auto, la cesión de los datos que permitan la identificación a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, así como la ejecución material de las resoluciones adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneran la propiedad intelectual, en aplicación de la citada Ley 34/2002 y del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril”.

Además, el tema de la regulación de Internet resulta de especial complicación por la paradoja del ámbito geográficamente limitado de cualquier norma frente al ámbito transfronterizo de las cuestiones físicas u operativas de Internet.

Por este motivo, la unificación de distintas legislaciones supone una necesidad mayor en la sociedad actual. La falta de unificación de estas normas solamente llevará a la creación de “paraísos tecnológicos”, donde se podrán desarrollar actividades aprovechándose de la mayor laxitud de las normas de ese territorio y manteniendo intactas, en la práctica, todas las posibilidades de negocio que tendría en cualquier otra parte del mundo.

En este sentido, resulta importante reflexionar sobre las tendencias sectorializadoras y locales de las legislaciones actuales, frente a las actividades de las redes de comunicaciones electrónicas, cada vez más globales.

En este sentido, se está fomentando la creación de un sistema judicial único en determinados ámbitos supranacionales, como en la Unión Europea, donde se sigue impulsando, basándolo en el principio del reconocimiento mutuo, en lo referente a la reducción –supresión en algunos casos- de los procedimientos de exequátur, y simplificación y aceleración de la solución de litigios transfronterizos de escasa cuantía. Como un ejemplo, dentro del ámbito permitido jurídicamente, esto es, en el territorio de la Unión Europea, la promulgación del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil representó un paso importante en el panorama procesal y judicial comunitario, por cuanto supuso un avance fundamental encaminado al objetivo buscado de la necesaria aproximación de las legislaciones de la Unión Europea hacia un espacio judicial único en todas las materias. Si bien resulta indiscutible la desaparición de las fronteras en la práctica, para el perfeccionamiento de relaciones jurídicas, este hecho debe ir acompañado de las correspondientes modificaciones reglamentarias que permitan transmitir la suficiente seguridad jurídica a los intervinientes.

Las TIC en sí mismas han supuesto, en la práctica, una nueva forma de conculcación de los principios reglamentarios en los distintos Estados, a través de su localización en distintos lugares, lo que supone, necesariamente, una adaptación de las normas con el fin de conseguir la debida protección jurídica. Los ámbitos a los que atañe son muy variados, y las posibilidades de defensa también. Así, por ejemplo, uno de los ámbitos tradicionales que necesita una mayor adaptación ha sido el de los derechos de autor, ya que los canales de explotación de estos derechos se multiplican tras el desarrollo de las TIC, por lo que resulta cada vez más complejo administrarlos de manera eficaz. Las posibilidades de transmisión de información, la facilidad de copia y la calidad de esta copia

de los elementos digitalizados suponen barreras importantísimas para la defensa de estos derechos en el ámbito de las TIC.

El aumento potencial –real en la práctica- del número de litigios transfronterizos, lleva a la necesidad de que la ley aplicable sea común a las partes en conflicto o, cuando menos, se basen en principios generales compartidos por los interesados.

Por otra parte, las ventajas que nos permiten las redes de comunicaciones electrónicas en cuanto a la difusión de nuestros contenidos y las interrelaciones profesionales no pueden ser desdeñadas.

3. Desarrollo

La iniciativa legislativa de la LES, aprobada el pasado 15 de febrero por el Congreso de los Diputados, nace con la finalidad de contribuir a la renovación del modelo productivo de la economía española, en clarísima crisis, apostando por uno más sostenible desde todos los puntos de vista (económico, social y medioambiental). Su artículo 1 pone de manifiesto este “deseo” al determinar el objeto de la ley como el de *“introducir en el ordenamiento jurídico las reformas estructurales necesarias para crear condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible”*.

En lo que a la Propiedad Intelectual se refiere, el panorama no puede ser a día de hoy más desalentador. España sigue encabezando las listas de “paraísos piratas” sin que los titulares de los derechos, bien sean los propios creadores o los productores, tengan a su disposición norma legal alguna a la que acogerse para luchar en igualdad de condiciones con quienes se apropian de su obra.

Este hecho no se refiere únicamente a los contenidos que podemos entender como más habituales –obras audiovisuales-, sino que según datos proporcionados por el Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo Digitales, en el primer semestre de 2010 la piratería de libros electrónicos se incrementó un 35,1%, alcanzando los libros pirateados un valor aproximado de 425,1 millones de euros y generando pérdidas al sector editorial de unos 250,3 millones de euros⁹.

La actuación jurídica contra las infracciones en la red es actualmente muy compleja desde un punto de vista técnico. Por otra parte, y aunque se tuviera el marco legal apropiado, no se puede olvidar la lentitud de nuestros procedimientos judiciales y el elevado coste de iniciar un proceso, cuestiones ambas que pueden suponer un problema importante desde el punto de vista de la protección de los contenidos de la red.

Para tener una panorámica clara del tipo de actuaciones a las que nos enfrentamos, podríamos clasificar las más típicas formas de explotación de las obras en la red, sin entrar en la calificación jurídica y “perseguibilidad” de las mismas, en las siguientes:

1. Páginas de enlaces: Se trata de sitios web que únicamente publican enlaces a plataformas de descarga de obras protegidas.
2. Plataformas de descarga de obras protegidas: Son, generalmente, sitios de almacenamiento de ficheros para la posterior descarga por parte de los usuarios. El titular del sitio puede, o no, almacenar sus propios ficheros como un usuario final

⁹ Se puede encontrar este estudio actualmente en la dirección URL <http://www.cedro.org/Files/Observatoriopirateriayhabitosconsumodigitales.pdf>

más. En algunos casos estas páginas contienen un servicio de búsqueda, pero lo normal es que los ficheros concretos con obras protegidas se localicen a través de foros, blogs u otros web, ya que estas plataformas son meros almacenes.

3. Programas P2P (*peer to peer*): Se trata de programas que permiten compartir archivos entre los usuarios que los utilizan. Obviamente, estos usuarios pueden compartir todo tipo de información, incluyendo obras protegidas. Estos programas hacen posible que un usuario cree una carpeta en su ordenador que quede compartida con todos aquellos que utilicen el mismo programa P2P. De esta forma, todos los usuarios del programa pueden compartir entre si los ficheros que se almacenen en dichas carpetas.
4. Sitios web de descarga directa: En estos sitios no sólo se pueden descargar directamente las obras que albergan, sino que generalmente suelen, además, anunciar la posibilidad de descargar las obras.

Independientemente de debates más o menos interesados o demagógicos, hay tres actores que deben tenerse en cuenta en la protección de los derechos de autor de las obras puestas a disposición del público en Internet, que son los creadores de los contenidos, los usuarios de las redes de telecomunicaciones y los operadores de telecomunicaciones o prestadores de servicios de la sociedad de la información.

A día de hoy en Derecho español existen, fundamentalmente, dos formas de perseguir las actividades que puedan vulnerar los derechos de autor en Internet:

- A. **Por la vía penal:** El tipo penal básico recogido en el artículo 270.1 del Código Penal (en adelante, CP) establece que: *“Será castigado (...) quien con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, su transformación (...), sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”*.

La dificultad principal que presenta esta vía es la necesidad de acreditar la existencia de un ánimo de lucro comercial. Recientes resoluciones judiciales limitan el ánimo de lucro comercial, asimilándolo a cobro directo por “descarga” o por “enlace”. De esta forma, no se considera ánimo de lucro comercial el cobro por publicidad que es la vía de remuneración clásica de muchos sitios web.

A este respecto, debemos tener en cuenta la aparente contradicción entre los criterios seguidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006¹⁰ en cuanto a la valoración de los tipos penales de los artículos 270 y siguientes del CP.

Así, en cuanto al concepto del ánimo de lucro, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo que *“en los delitos contra la propiedad el concepto jurídico de ánimo de lucro se identifica con “cualquier ventaja, utilidad, beneficio o rendimiento que se proponga obtener el sujeto activo, de los bienes muebles cuyo apoderamiento o recepción pretenda, no importando ni el modo de materialización de su propósito lucrativo ni si llegó o no a obtenerlo efectivamente, una vez aplicado lo sustraído a la satisfacción de sus fines concretos” (Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 21 de abril de 1989, 10 de junio de 1993 , etc...).* El enriquecimiento patrimonial se identifica, por

¹⁰ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006 sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la ley orgánica 15/2003, actualmente en la dirección URL http://ai.es/IMG/pdf_CIRCULAR1-2006-FISCALIA.pdf

tanto, con toda idea de provecho, ventaja, utilidad o beneficio”¹¹ No importa ni el modo de materialización, ni si llegó o no a obtenerlo efectivamente, considerando ánimo de lucro no sólo el enriquecimiento patrimonial estricto, sino toda idea de provecho, cualquier ventaja o satisfacción, incluso meramente contemplativa. Sin embargo, la circular considera que en lo relativo a las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la comunicación u obtención de obras protegidas tales como “colocar en la red, bajar de Internet” o intercambio de archivos a través de sistemas P2P, el ánimo de lucro debe entenderse de un modo más restrictivo: “las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la comunicación u obtención de obras protegidas, tales como las de “colocar en la Red o bajar de Internet” o las de intercambio de archivos a través del sistema “P2P”, sin perjuicio de poder constituir un ilícito civil, frente al que los titulares podrán ejercitar las correspondientes acciones en dicha vía, no reúnen, en principio, los requisitos para su incriminación penal si no concurre en ellas un ánimo de lucro comercial.”¹².

- B. **Por la vía civil:** En todo procedimiento judicial es esencial que se determine de forma correcta contra quién estamos dirigiendo nuestra acción. Sin embargo, en el ámbito digital resulta en ocasiones muy difícil saber quién está detrás de un sitio web, lo que conlleva la necesidad de plantear medidas preliminares para que el prestador de servicios entregue los datos de carácter personal de quien se encuentra detrás de una página web.

Por lo tanto, en este caso nos encontramos con dos problemas para perseguir las actividades ilícitas, esto es, la identificación del infractor y, además, su localización. Por todas, recordemos la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 29 de enero de 2008, del asunto PROMUSICAE – Telefónica¹³. En este caso, el Tribunal estableció que no era obligatorio comunicar los datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil.

En este sentido nos encontramos con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 18 de febrero de 2008, que considera que el tipo de comportamientos de los P2P no pueden incluirse en el límite de copia privada y que constituyen ilícitos contra los derechos exclusivos de propiedad intelectual, pero rechaza su inclusión en el tipo penal del artículo 270.1 del Código Penal.

Ante este panorama, la única posibilidad que nos queda sería recurrir al artículo 10 de la LSSI que, al prever la obligación de que el prestador de servicios disponga de los medios que permitan la identificación automática y fácil tanto por los destinatarios del servicio como por los usuarios, en caso de su incumplimiento, nos permite acudir al Ministerio de Industria para denunciarlo y solicitar a dicho Ministerio la investigación sobre la identidad del prestador.

Sin embargo, ni siquiera una vez identificado el responsable del sitio web podemos iniciar un procedimiento con cierta garantía de éxito en todos los casos. Ya hay sentencias que, en el caso de los sitios de enlaces, estiman que éstos no pueden considerarse autores

¹¹ Por todas, la STS 325/09, de 25 de mayo de la sala Segunda.

¹² Apartado “III.2.c) Las conductas de lesión de los derechos de propiedad intelectual a través de los medios de la sociedad de la información”, en la Circular

¹³ Sentencia del TJCE en el asunto C-275/06, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, mediante auto de 13 de junio de 2006, recibido en el Tribunal de Justicia el 26 de junio de 2006, en el procedimiento entre Productores de Música de España (Promusicae) y Telefónica de España, S.A.U.

en el sentido de cooperadores necesarios para la descarga si los contenidos se encuentran alojados en plataformas de contenidos ajenas a ese sitio en concreto. La *ratio decidendi* en estos casos es que no se puede achacar responsabilidad civil a quien simplemente realiza meros enlaces ya que “enlazar” no constituye una puesta a disposición del público, sino una mera “orientación a los usuarios” hacia el material correspondiente, sin que se les pueda achacar responsabilidad alguna por ello.

Existe otra línea jurisprudencial que determina que “como afirma la SAP de Barcelona de 7-4-2005 ”...El artículo 270 del Código Penal sanciona a quienes con ánimo de lucro no sólo reproduzcan, sino también a quienes distribuyan en todo o en parte la obra literaria, artística, científica fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. Pues bien, dentro del mencionado precepto el segundo de los comportamientos típicos recogidos es el de la distribución. Siendo así que la misma, a efectos legales consiste, a tenor del artículo 19 núm. 1 de la Ley de Propiedad Intelectual, en «la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma».

Desglosando dicho concepto o definición, se desprenden los dos primeros requisitos o elementos de esta modalidad de explotación. En tal sentido y en primer extremo, el «poner a disposición», y en segundo orden, «la publicidad».¹⁴

Como nos planteábamos en el caso anterior, la única forma de iniciar un procedimiento exitoso contra estos sitios sería, en todo caso, por incumplimiento de la LSSI como prestadores de servicios que tienen efectivo conocimiento de la actividad ilícita que se desarrolla a través de su sitio web, que continúan con ella y ello les convierte, por tanto, en responsables de esta actividad ilícita.

Al margen de los sitios web que únicamente albergan enlaces, si estudiamos el caso de los sitios de almacenamiento cuando son los terceros los que suben contenidos, existe una tendencia internacional a limitar su responsabilidad al considerar inviable su control sobre los contenidos de los archivos que suben los usuarios. Sin embargo, como hemos expuesto anteriormente, son sitios que suelen ser receptivos con los requerimientos de los titulares o sus representantes y bloquean de forma rápida el acceso solicitado a los ficheros en cuestión.

Avanzando en nuestro supuesto de hecho y, dando por solventados todos los problemas vistos hasta ahora, debemos tener en cuenta lo habitual de que estos sitios estén albergados en países en los que no hay desarrollo legislativo alguno relativo a este particular. La máxima protección que encontraríamos en este caso es intentar conseguir que el prestador de servicios en España corte el acceso. Sin embargo, para esto, habría que analizar cuál es el concepto de acceso “legal” a una copia. Así, la Sentencia nº 67/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010, en el caso “*elrincondejesus.com*”, y en una interpretación literal del artículo 31.2 TRLPI determina que la legalidad o ilegalidad (“*obras a las que se haya accedido legalmente*”) debe entenderse referida al modo en que la persona física que hace la copia accede a la obra o prestación y no a la propia naturaleza lícita o ilícita de la reproducción como tal. Esta Sentencia ha sido apelada y la Audiencia Provincial de Barcelona ha declarado que, aunque no quede acreditado que los archivos musicales hayan sido “colgados” por el demandado en su página web (...) sí lo ha sido que a través de esa página web se permite la reproducción “*al facilitar al usuario de la web la descarga directa y la comunicación pública, al facilitarle la posibilidad de escuchar el contenido de un*

¹⁴ SAP de León núm. 172/2009, de 20 de octubre.

archivo musical”, declarando que se han realizado actos de comunicación pública de obras musicales y condenando a cesar en esta conducta y a una indemnización pecuniaria.¹⁵

Dentro de las medidas recogidas por la LES con el fin de agilizar y hacer efectiva la protección de los derechos de propiedad intelectual cuando nos encontremos ante una infracción cometida a través de Internet, disponemos del nuevo artículo 158.4 TRLPI, introducido por el apartado 4 de la Disposición Final cuadragésimotercera de la LES, que establece que la nueva Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual podrá adoptar, en el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 8 y concordantes de la LSSI, las medidas necesarias para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere los derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea posible que cause un daño patrimonial.

A diferencia de lo que se viene proclamando por los detractores de la norma respecto a la censura previa, para que la Comisión pueda adoptar medidas de interrupción del servicio o de retirada de contenidos, es necesario que el prestador de servicios actúe, directa o indirectamente, con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.

Por lo tanto esta propuesta de regulación española no afecta directamente a los particulares ni a su acceso a la red sino que se busca, simplemente, impedir el acceso a contenidos que se están explotando de forma ilícita en ese entorno.

Esta aprobación supone la modificación de las tres normas legales citadas (LSSI, TRLPI y LJCA) y una cuarta, si unimos la LOPJ, según la LOCLES. Así, la modificación de la LSSI implica incluir la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en su artículo 8, entre los principios que merecen una protección máxima, al mismo nivel que el orden público, la defensa nacional, el respeto a la dignidad de la persona o la protección a la infancia, entre otros. La vulneración de estos derechos de propiedad intelectual podría llegar a acarrear la interrupción de un servicio de la información o la retirada de los datos que los vulneran.

Los usuarios finales, sean o no responsables últimos de la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, no son objeto de persecución según esta norma. Lo que la norma pretende es establecer una respuesta rápida frente a las vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual.

De ahí la creación de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura que, en un procedimiento mixto con intervención judicial, se encarga de la tramitación de un procedimiento rápido, tras recibir la denuncia del titular de derechos o su representante.

Dicha intervención judicial hace, quizás, impracticables los cortísimos plazos establecidos en la norma.

En caso de apreciarse vulneración, esto es, infracción de los derechos de propiedad intelectual, el procedimiento acabará en uno de los tres posibles supuestos: retirada voluntaria de contenidos por el prestador de servicios, interrupción del servicio ordenada

¹⁵ SAP Barcelona sección 15, núm. 83/2011, de 24 de febrero de 2011.

por la Comisión o retirada de los contenidos, también ordenada por la Comisión. Todo ello según un reglamento de funcionamiento interno de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual que todavía no ha sido desarrollado.

Una de las cuestiones que también ha suscitado un agrio debate, aún a pesar de la falta de desarrollo reglamentario, es la composición de esta Sección Segunda, creada *ex novo* por la LES.

La Comisión de Propiedad Intelectual actuará bajo la presidencia del Subsecretario del Ministerio de Cultura, o de la persona en quien delegue, y se compondrá de un vocal del Ministerio de Cultura, un vocal del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, un vocal del Ministerio de Economía y Hacienda y un vocal del Ministerio de la Presidencia.

Tanto por comparación con la Sección Primera, como desde un punto de vista objetivo, no parece razonable que no haya representación de independientes expertos en materia de propiedad intelectual y tecnologías de la información y de la comunicación.

Entrando ya en el procedimiento previsto en sí, éste comenzará a instancia de parte por denuncia con identificación del servicio que presuntamente está vulnerando los derechos de propiedad intelectual. La denuncia la deberá realizar el titular de derechos, su representante o la entidad representativa de los derechos de los titulares.

Desde un punto de vista práctico, la denuncia ante una presunta vulneración de esos principios implicará el requerimiento a los prestadores de servicios de la comunicación de los datos de los responsables de los servicios que realizan la actividad presuntamente vulneradora. De esta forma, los prestadores están obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación. Para ello, el apartado 1 de la Disposición Final segunda de la LES ha introducido una letra e) en el artículo 8.1 LSSI para implantar la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. A tal fin, el apartado 2 de la Disposición Final segunda de la LES incluye un nuevo apartado 2 en el artículo 8 de la LSSI, estableciendo que para que los órganos competentes puedan interrumpir un servicio de la sociedad de la información o retirar contenidos que vulneren alguno de los principios mencionados en el apartado 1, por ejemplo, la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual, con el objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, podrán requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan tal identificación a fin de que pueda comparecer ante el procedimiento.

La modificación introducida en el artículo 122 bis de la LJCA establece que este requerimiento exige la previa autorización judicial. En caso de obtenerse, los prestadores de los servicios de la sociedad de la información estarán obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación.

La autoridad judicial encargada, de acuerdo con el artículo 9 LJCA, modificado por el apartado 5 de la Disposición Final segunda de la LES, son los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo¹⁶.

El plazo máximo que tienen los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo para decidir, previa audiencia del Ministerio Fiscal, es de 24 horas desde la

¹⁶ Y es precisamente por este motivo por lo que se ha tenido que modificar el art. 90 de la LOPJ mediante la LOCLLES menos de una semana después de la publicación de la LES.

recepción de la petición por parte de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, autorizando la solicitud siempre que no resulten afectados los apartados 1 y 3 del artículo 18 de la Constitución.

En el caso de los prestadores de servicios establecidos en el extranjero, pero que dirijan sus servicios específicamente al territorio español o cuya actividad incida negativamente con carácter sustancial en los derechos de titulares españoles, la identificación tendrá que hacerse por cualquier medio al alcance de los titulares de derechos. Dado el plazo máximo de 24 horas que establece la norma, el Juez no podrá valorar el fondo del asunto, salvo en lo que respecta al derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen o al secreto de las telecomunicaciones. En caso de no apreciar posible vulneración de estos derechos, el Juez debe autorizar la identificación en dicho plazo. El mínimo plazo concedido hace temer que en la práctica esta intervención se convierta en un mero trámite.

No será necesaria esta intervención judicial en la identificación del prestador si el denunciante o la propia Sección Segunda de la Comisión puede identificarle por cualquier medio; por ejemplo, por los datos que el propio prestador debe facilitar en su sitio web.

Una vez identificado el responsable del servicio de la sociedad de la información, será requerido por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que en un plazo máximo de 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos infractores por los que ha sido denunciado o para que realice alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la pertinente autorización o aplicabilidad de un límite al derecho de propiedad intelectual.

La Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual cuenta con un plazo adicional de dos días, como máximo, para practicar pruebas que considere oportunas.

Por último, los interesados dispondrán de un plazo máximo de cinco días desde que la Sección Segunda les dé traslado del expediente, para presentar conclusiones.

La vaguedad en la redacción de este párrafo, relativo al plazo de cinco días para, aparentemente, la práctica de la prueba y conclusiones son indeterminaciones de la LES que deberán ser solventadas por el reglamento que habrá de desarrollarse al efecto.

Las medidas adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual se entienden sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que sean procedentes. De esta forma, el derecho de tutela judicial efectiva para ambas partes, consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, queda inalterado.

En cualquier caso, los actos administrativos dictados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual serán recurribles, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Audiencia Nacional.

Respecto a los prestadores de servicios sometidos a las competencias de la Sección Segunda de la Comisión, parece claro que la Comisión podrá conocer de las denuncias formuladas contra servicios de la sociedad de la información españoles, así como los provenientes de otros países de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo. En el resto de casos, es decir, para los servicios procedentes de países no pertenecientes a la

Unión Europea y el Espacio Económico Europeo, sus servicios estarán cometidos a las decisiones de la Sección Segunda de la Comisión siempre que sus servicios se dirijan específicamente al territorio español y salvo que los convenios internacionales limiten la competencia para conocer de conflictos sobre propiedad intelectual o responsabilidad extracontractual a los órganos judiciales.

Por lo tanto esta propuesta de regulación española no afecta directamente a los particulares ni a su acceso a la red sino que busca, simplemente, impedir el acceso a contenidos que se están explotando de forma ilícita en ese entorno.

En eso difiere de las legislaciones de otros países europeos de indudable tradición democrática como Francia o el Reino Unido que sí prevén el posible “corte” a los particulares de su acceso a la red si, tras un número determinado de avisos, continúan llevando a cabo actos de explotación ilícitos de obras y prestaciones protegidas por los derechos de propiedad intelectual.

En la práctica, sin embargo, existen problemas técnicos que ralentizan cuando no impiden, de forma casi definitiva, este procedimiento, como podrían ser el de la localización física de los servidores o la posibilidad, prácticamente inmediata, de trasladar los contenidos de una dirección web a otra, sin perder casi operatividad.

Por lo tanto, parece que la norma no es lo suficientemente satisfactoria para los titulares, que podrán ver nuevamente sus obras accesibles para los usuarios de forma prácticamente inmediata e, incomprensiblemente, tampoco para los usuarios que, a pesar de haber optado el legislador español por aprobar una norma absolutamente neutral para sus intereses, siguen manifestándose en contra de la supuesta “censura”. Cuestión ésta que, desde nuestro punto de vista, simplemente no tiene cabida en el debate jurídico o social sobre la LES.

Anexo

Disposición final cuadragésima tercera. Modificación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, para la protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Uno. Se introduce una nueva letra e) en el artículo 8.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico con el siguiente tenor:

«e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.»

Dos. Se introduce un nuevo apartado segundo del artículo 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, con reenumeración correlativa de los actuales 2, 3, 4 y 5:

«2. Los órganos competentes para la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior, con el objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, podrán requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan tal identificación a fin de que pueda comparecer en el procedimiento. Tal requerimiento exigirá la previa autorización judicial de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Una vez obtenida la autorización, los prestadores estarán obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación.»

Tres. Se introduce una disposición adicional quinta en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, con la siguiente redacción:

«El Ministerio de Cultura, en el ámbito de sus competencias, velará por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información en los términos previstos en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.»

Cuatro. Se modifica el artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril con la siguiente redacción:

«Artículo 158. Comisión de Propiedad Intelectual.

1. Se crea en el Ministerio de Cultura la Comisión de Propiedad Intelectual, como órgano colegiado de ámbito nacional, para el ejercicio de las funciones de mediación y arbitraje, y de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual que le atribuye la presente Ley.

2. La Comisión actuará por medio de dos Secciones.

La Sección Primera ejercerá las funciones de mediación y arbitraje que le atribuye la presente Ley.

La Sección Segunda velará, en el ámbito de las competencias del Ministerio de Cultura, por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información en los términos previstos en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

3. Corresponde a la Sección Primera el ejercicio de las funciones de mediación y arbitraje, de acuerdo con las siguientes reglas:

1.º En su función de mediación:

a) Colaborando en las negociaciones, previo sometimiento de las partes, para el caso de que no llegue a celebrarse un contrato, respecto a las materias directamente relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, y para la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión, por falta de acuerdo entre los titulares de los derechos de propiedad intelectual y las empresas de distribución por cable.

b) Presentando, en su caso, propuestas a las partes.

Se considerará que todas las partes aceptan la propuesta a que se refiere el párrafo anterior, si ninguna de ellas expresa su oposición en un plazo de tres meses. En este supuesto, la resolución de la Comisión surtirá los efectos previstos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y será revisable ante el orden

jurisdiccional civil. La propuesta y cualquier oposición a la misma se notificará a las partes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El procedimiento mediador se determinará reglamentariamente.

2.º La Comisión actuará en su función de arbitraje:

a) Dando solución, previo sometimiento de las partes, a los conflictos que se susciten entre entidades de gestión, entre los titulares de derechos y las entidades de gestión, o entre éstas y las asociaciones de usuarios de su repertorio o las entidades de radiodifusión o de distribución por cable. El sometimiento de las partes a la Comisión será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.

b) Fijando una cantidad sustitutoria de las tarifas generales, a los efectos señalados en el apartado 2 del artículo anterior, a solicitud de la propia entidad de gestión afectada, de una asociación de usuarios, o de una entidad de radiodifusión, siempre que éstas se sometan, por su parte, a la competencia de la Comisión con el objeto previsto en la letra a) de este apartado.

Reglamentariamente se determinará el procedimiento para el ejercicio de su función de arbitraje.

La decisión de la Comisión tendrá carácter vinculante y ejecutivo para las partes.

Lo determinado en este apartado se entenderá sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse ante la jurisdicción competente. No obstante, el planteamiento de la controversia sometida a decisión arbitral ante la Comisión impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de la misma, hasta que haya sido dictada la resolución y siempre que la parte interesada lo invoque mediante excepción.

3.º En el ejercicio de sus funciones para la fijación de cantidades sustitutorias de tarifas, la Comisión valorará, el criterio de utilización efectiva, por el usuario, del repertorio real de titulares y obras o prestaciones que gestionen las entidades y la relevancia y utilización en el conjunto de la actividad del usuario.

La Comisión también podrá tener en cuenta, entre otros criterios o antecedentes, las tarifas existentes para la explotación de los mismos derechos y que hayan sido establecidas por la Comisión o en los acuerdos y contratos firmados por la propia entidad para situaciones análogas.

4.º La Sección Primera de la Comisión estará formada por tres miembros nombrados por el Ministro de Cultura, a propuesta de los Subsecretarios de los Ministerios de Economía y Hacienda, Cultura y Justicia, por un período de tres años renovable por una sola vez, entre expertos de reconocida competencia en materia de propiedad intelectual. Los Ministerios de Cultura y Economía y Hacienda nombrarán, conjuntamente, al Presidente de la Sección Primera. La Sección se regirá por lo establecido en el presente texto y, supletoriamente, por las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

4. Corresponde a la Sección Segunda, que actuará conforme a los principios de objetividad y proporcionalidad, el ejercicio de las funciones previstas en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información.

La Sección podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulnere los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.

Antes de proceder a la adopción de estas medidas, el prestador de servicios de la sociedad de la información deberá ser requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de Propiedad Intelectual. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La Comisión en el plazo máximo de tres días dictará resolución. La retirada voluntaria de los contenidos pondrá fin al procedimiento. En todo caso, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exigirá de

la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes.

La Sección, bajo la presidencia del Subsecretario del Ministerio de Cultura o persona en la que éste delegue, se compondrá de un vocal del Ministerio de Cultura, un vocal del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, un vocal del Ministerio de Economía y Hacienda y un vocal del Ministerio de la Presidencia.

Reglamentariamente se determinará el funcionamiento de la Sección y el procedimiento para el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. El procedimiento para el restablecimiento de la legalidad, que se iniciará siempre a instancia del titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideran vulnerados o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio y en el que serán de aplicación los derechos de defensa previstos en el artículo 135 de la Ley 30/1992, estará basado en los principios de celeridad, proporcionalidad y demás previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido tendrá efectos desestimatorios de la solicitud. Las resoluciones dictadas por la Comisión en este procedimiento ponen fin a la vía administrativa».