

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, PROPIEDAD INTELLECTUAL E INTERNET

Manuel Rodríguez Portugués

AUTOR/AUTHOR:

Manuel Rodríguez Portugués

ADSCRIPCIÓN PROFESIONAL/PROFESSIONAL AFFILIATION:

Profesor Contratado Doctor (Acreditado TU). Universidad de Córdoba

TÍTULO/TITLE:

Administración pública, propiedad intelectual e internet

Public Administration, Intellectual Property and the Internet

CORREO-E/E-MAIL:

dp2ropom@uco.es

RESUMEN/ABSTRACT:

Las páginas que siguen tienen por objeto algunas reflexiones jurídicas sobre la tutela administrativa de la propiedad intelectual en Internet, en el ámbito de los denominados servicios de la sociedad de la información. No se refieren, por tanto, a la tutela civil y penal, de raigambre en nuestro Derecho, aunque –como se verá– estos tipos de tutela dispensados por el Ordenamiento jurídico no son por completo ajenos a la protección administrativa, razón por la cual se aludirá a ellos en repetidas ocasiones.

The object of the following pages is to give some legal reflexions on the administrative supervision of intellectual property on the Internet, in the field of the so-called information society services. They do not refer therefore, to civil and criminal supervision, traditional in our Law, although –as will be seen– these types of supervision dispensed by Legal Regulations are not completely unrelated to this administrative protection, and for this reason, they will be mentioned on repeated occasions.

PALABRAS CLAVE / KEYWORDS:

Internet; propiedad intelectual; tutela administrativa; derecho Civil; derecho Penal.

Internet; intellectual property; administrative supervision; Civil law; Criminal law.

I. Antecedentes remotos e inmediatos

Fue precisamente en las Cortes de Cádiz donde se sentaron las bases del régimen jurídico contemporáneo de la propiedad intelectual. Las Cortes, preocupadas por tutelar y proteger las nuevas libertades individuales que se instauraban en ese momento, también procuraron la protección de los autores en relación con sus obras de creación. El sistema que se montó, en un Decreto que cumple ahora 201 años, el nº 265 de 13 de junio de 1813, fue un sistema de protección esencialmente judicial:

«[se reconoce] «á los escritores la propiedad de sus obras» y el derecho para imprimirlas «durante la vida [del autor] quantas veces le convinieren, y no otro, ni aun con pretextos de notas ó adiciones (...) Siempre que alguno contravinieren á lo establecido en (...) este decreto, podrá el interesado denunciarle ante el Juez, quien le juzgará con arreglo á las leyes vigentes sobre usurpación de la propiedad ajena» (artículo IV).

Con el tiempo, este sistema protector de tipo judicial se desdobló más claramente en una doble tutela civil y penal. Hay una tutela civil que se va poco a poco consolidando y perfeccionando con sucesivas leyes de propiedad intelectual (1), y hay una tutela punitiva que luce ya en el Código Penal de 1822 (2). Pero ya se trate de una tutela civil o penal, se trata siempre en ambos casos de una tutela judicial.

Estas son las claves básicas a las que responde también la tutela jurídica que llega hasta los comienzos del presente siglo:

- Por un lado, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 1996, que concede a los titulares de los derechos de propiedad intelectual una triple acción civil de cesación, de indemnización y de medidas cautelares urgentes (artículos 138-141 TRLPI)
- Por otro, el artículo 270 del Código Penal, que tipifica como delito perseguible de oficio determinadas vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual por parte de terceros no autorizados: «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, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios».

Sin embargo, tras un intenso debate de gran resonancia pública, una (en apariencia insignificante) disposición final 43ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, trastocó por completo este sistema. La radicalidad de la reforma consistió en que, por primera vez en nuestra historia jurídica, determinadas vulneraciones de derechos de autor no van a ser resueltas sólo por el poder judicial, sino que también van a poder serlo por la Administración.

Para ello, en concreto, la Ley de Economía Sostenible (en adelante LES), modificando las normas correspondientes el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en adelante TRLPI), la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información (en adelante LSSI), y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA) atribuyó a un órgano administrativo incardinado en el Ministerio de Cultura, la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI), la potestad de 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» (artículo 158.4 TRLPI).

Del precepto citado pueden deducirse ya tres características de esta potestad administrativa:

- En primer lugar, la nueva potestad administrativa no se dirige a reprimir cualquier infracción de derechos de autor, sino tan sólo aquellas que se hagan por un «prestador de servicios de la sociedad de la información», «con ánimo de lucro o que haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial» y lo que es su singularidad más notable: en el marco de la «prestación de un servicio de la sociedad de la información».
- En segundo lugar, que no es una vía excluyente de las acciones civiles y penales ya conocidas. En particular, al no tratarse de una potestad sancionadora, sino de restablecimiento de la legalidad, es perfectamente compatible con el ejercicio de las acciones penales que correspondan.
- Y en tercer lugar, que los principales conceptos utilizados por el legislador para configurar esta nueva potestad son conceptos traídos de otras normas; en concreto, si determinada conducta infringe o no derechos de autor, dependerá de lo que al respecto establezcan las normas civiles sobre propiedad intelectual (fundamentalmente el TRLPI) y la jurisprudencia que las haya interpretado. Lo mismo puede decirse del concepto de «prestador de servicios de la sociedad de la información», que remite al Anexo de definiciones de la LSSI.

Pero, ¿por qué el legislador ha roto de forma tan brusca con la tradición? ¿Qué es lo que le ha llevado a trastocar tan radicalmente lo que hasta ese momento era una constante histórica en nuestro Derecho, a saber, que la protección de los derechos de autor frente a ataques por terceros era una tarea confiada exclusivamente a los jueces y tribunales, y no a la Administración?

A este interrogante suele responderse con que la disciplina tradicional de la propiedad intelectual habría quedado «desbordada» por el desarrollo de las telecomunicaciones y los servicios de la sociedad de la información, caracterizadas por la masificación, la instantaneidad y la globalidad de las comunicaciones. Es evidente que la protección jurídica de la propiedad intelectual, nacida en la época del fonógrafo y de la imprenta, necesariamente tiene que haber

experimentado tensiones y obsolescencias que la hayan puesto en crisis. En nuestro caso, en el caso del Derecho español, esas insuficiencias pueden clasificarse en dos grupos: las que se refieren a la vía penal, por un lado, y las que se refieren a la vía civil, por otro.

- Por lo que se refiere a la vía civil, los titulares de derechos de autor se han tropezado con la conducta quizás más habitual con la que se vulnera la propiedad intelectual en internet: el intercambio de archivos a través de sistemas P2P («peer to peer»).
- Cuando los titulares de derechos han intentado ir contra los fabricantes y distribuidores de *software* de sistemas de intercambio P2P, los jueces civiles han replicado que lo que dichos sujetos realizan es la creación y comercialización de un programa informático, sin que sean ellos los que se encargan de posibilitar el acceso de los usuarios a la red, ni de transmitir los datos, ni de proporcionar servicios de alojamiento de los mismos, ni de facilitar enlaces a otros contenidos protegidos ni son buscadores. En definitiva, que ni siquiera se les puede imputar la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (3).
- Cuando han tratado de ir contra los usuarios que intercambian indiscriminadamente contenidos protegidos a través de programas P2P, el problema ha consistido en la imposibilidad de identificar a dichos usuarios. En estos casos, cuando los demandantes han solicitado que los jueces se dirijan a las empresas de telecomunicación a fin de que revelen la identidad personal asociada a los correspondientes códigos IP utilizados para esa actividad, los jueces civiles se han negado argumentando que esa potestad judicial tan sólo está prevista para la persecución de delitos, no para la preparación de demandas civiles (4).
- Cuando han tratado de ir contra las páginas que suministran a dichos usuarios enlaces o vínculos para descargas en redes P2P, los titulares de los derechos lesionados se han encontrado con sentencias civiles que se niegan a calificar tal conducta como una infracción de derechos de autor, al menos tal y como esta se encuentra definida en el TRLPI, puesto que en tales casos las páginas *web* en cuestión no alojan en sentido estricto ninguno de los contenidos cuyo acceso facilitan con dichos enlaces. Los contenidos en cuestión se encuentran en las carpetas compartidas de cada uno de los ordenadores de los usuarios de la red P2P (5). Incluso alguna sentencia ha resuelto en el mismo sentido cuando los enlaces no se refieren a sistemas de intercambio P2P, sino a descargas directas facilitadas por otras páginas *web* (6).
- Cuando los titulares han intentado ir contra alguna página *web* que permite visionar directamente contenidos audiovisuales sin autorización de los titulares de los derechos de explotación, se han encontrado con que dichas páginas *web* no son consideradas por los jueces civiles como responsables de servicios de la sociedad de la información a tales efectos, sino como «responsables de un servicio de intermedia-

ción de la sociedad de la información» (que es otra categoría de la LSSI). Los «intermediarios» se caracterizan por ofrecer determinados servicios que facilitan a otros sujetos la prestación de servicios propios de la sociedad de la información. Por ejemplo, el alojamiento en un servidor propio de determinada página web (*hosting*). Intermediario sería, por referirnos a un ejemplo conocido, *Youtube*, que simplemente permite a los usuarios alojar los vídeos que estos decidan «subir» tras abrirse un canal o cuenta de usuario en el portal. De hecho, *Youtube* ha sido demandada por el visionado público de contenidos audiovisuales protegidos sin autorización y la jurisdicción civil la ha absuelto sobre la base de considerar que dicha compañía, como mera intermediaria, no es responsable de los contenidos que sus usuarios decidan «subir» a la plataforma (7).

- Tampoco la vía penal se ha mostrado más eficaz para combatir este tipo de conductas intercambio de archivos a través de sistemas P2P (sí ha sido más eficaz, en cambio, cuando la conducta consiste en que la página proporciona el visionado o la audición directos del contenido protegido (8)). Cuando los titulares de derechos de autor han tratado de ir contra las páginas web que ofrecen los enlaces para el intercambio de archivos mediante esos sistemas, los jueces penales han replicado que en tales casos no se da el necesario ánimo de lucro «comercial» (que es así como interpretan el «ánimo de lucro» exigido por el artículo 270 CP, es decir, más intenso que el general en los demás delitos patrimoniales (9)), ni tampoco la conducta típica consistente en comunicar públicamente los contenidos protegidos, puesto que los archivos no se encuentran alojados en la página web correspondiente, que únicamente se limita a proporcionar enlaces o vínculos (10). En resumen, parece que el artículo 270 CP se revela inoperante, insuficiente, para tutelar penalmente con eficacia la propiedad intelectual en el ámbito de Internet.

II. De la «Ley Sinde» (2011) a la «Ley Lassalle» (2014)

A todos estos problemas trató de hacer frente la denominada «Ley Sinde», es decir, la reforma realizada por la disposición final 43ª de la Ley de Economía Sostenible, atribuyendo esa nueva potestad administrativa de salvaguarda de la propiedad intelectual en Internet a la Sección Segunda de la CPI.

Sin embargo, la atribución y configuración de esta potestad administrativa ha planteado y sigue planteando numerosos problemas. Algunos han sido superados ya, pero otros no y, además de afectar como veremos a la misma eficacia del sistema, son los que están en la base de las nuevas reformas que se están aprobando y que son las que dibujan el futuro inmediato en esta materia (11). La más importante por el momento acaba de ver la luz en el «Boletín Oficial del Estado». Se trata de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifican el TRLPI y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), también conocida como «Ley Lassalle» en alusión al Secretario de Estado de Cultura que la ha impulsado (12).

A) Potestad administrativa y reserva de jurisdicción: ¿inconstitucionalidad sobrevenida?

El primer problema al que ha debido hacer frente la atribución y configuración de esta potestad administrativa ha sido de gran calado jurídico. Se trata de la cuestión de si puede la Administración intervenir en una disputa entre particulares para decidir el derecho que corresponde a cada uno. ¿No es esto privativo de los jueces y de los tribunales, del poder judicial? ¿No «corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales», es decir, al poder judicial, el «ejercicio de la potestad jurisdiccional», tal y como exige el artículo 117.3 CE? ¿No vulnera, en suma, la «Ley Sinde» la denominada reserva de jurisdicción, expresión de la división de poderes y exigencia del Estado de Derecho?

No se olvide que la Administración aquí, cuando ejerce sus potestades, lo hace directamente a favor de determinados intereses jurídicos configurados en concreto como derechos subjetivos (los derechos de propiedad intelectual), de los que no son titulares ni la propia Administración ni la comunidad en su conjunto, sino determinadas personas físicas o jurídicas, de carácter privado las más de las veces.

Aunque los ecos de la polémica se han amortiguado desde que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre ella en dos sentencias de mayo de 2013, no resultan ociosas algunas observaciones sobre el particular. Las sentencias resolvían dos recursos contra las normas reglamentarias que desarrollan la «Ley Sinde» (RD 1889/2012). Uno de los argumentos esgrimidos por los recurrentes (asociaciones de internautas) fue precisamente este: que el sistema diseñado por el legislador suponía una infracción del principio de división de poderes y de reserva de jurisdicción. El TS, en cambio, no lo vio así sobre la base fundamentalmente de un argumento: que los jueces siguen siendo competentes aquí para juzgar y ejecutar lo juzgado, puesto que la actividad de la Sección Segunda de la CPI es fiscalizable en todo caso por la jurisdicción contencioso-administrativa (13).

Sin embargo, este argumento parece no sólo erróneo, sino también peligroso. Erróneo porque sirve únicamente para demostrar que la atribución de esta potestad a la Administración no resulta contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, en la medida en que los administrados tienen siempre abierta la vía de los tribunales, más en este caso en el que la resolución de la Sección Segunda como establece el artículo 158 TRLPI agota la vía administrativa. Pero no es un argumento válido para afirmar la compatibilidad del sistema con la reserva de jurisdicción del artículo 117.3 CE. La palabra «exclusivamente» utilizada en este último precepto deberá significar algo.

Pero también parece un argumento peligroso por lo siguiente: si la existencia de recurso contencioso-administrativo bastara para justificar la atribución de cualquier potestad a la Administración, ello supondría tanto como admitir la posibilidad (siquiera sea desde un punto de

vista teórico) de una completa «administrativización» de las relaciones sociales, idea parece absolutamente ajena y contraria a nuestra cultura jurídica y constitucional.

Más bien, el auténtico argumento sobre el que se justifica la atribución de esta potestad a la Administración del Estado, intuido por el Tribunal Supremo, parece que deriva del propio concepto de jurisdicción. Si entendemos por jurisdicción la aplicación del Derecho por un órgano o instancia, no sólo independiente y sometido únicamente al Derecho, sino *ajeno* también a los concretos intereses públicos o privados en juego, es decir, con «desinterés objetivo» en relación con la controversia que se ventila (14), es posible afirmar que esta potestad para salvaguardar la propiedad intelectual no vulnera la reserva de jurisdicción por cuanto que la Administración no actúa en realidad aquí con el total desinterés objetivo que es propio de toda función jurisdiccional. Y ello porque lo que está en juego aquí no son sólo derechos subjetivos de determinados particulares, sino «algo más», un determinado interés general en cuyo servicio la Administración encuentra su misma razón de ser, tal y como señala el artículo 103 CE. Que hay aquí un interés general, que justifica la potestad administrativa atribuida por la «Ley Sinde» y es compatible por tanto con la reserva de jurisdicción, parece claro al menos por las siguientes razones:

- Primero, porque la «Ley Sinde» modificó también el artículo 8 LSSI a fin de introducir la tutela de la propiedad intelectual entre los bienes de interés general (orden público, defensa nacional, investigación penal, etc.) susceptibles de justificar medidas administrativas de limitación en Internet.
- Y segundo, porque dicha declaración de interés general, lejos de ser una declaración meramente formal, no parece que haya sido en este caso arbitraria (es decir, irracional y/o desproporcionada), al menos si se tienen en cuenta los datos ofrecidos por los antecedentes parlamentarios de la «Ley Sinde» y los estudios aportados por el Gobierno en la elaboración del reglamento que la desarrolló. Desde este punto de vista se trata, más bien, de que el legislador, desde el poder de configuración que le corresponde en relación con el ejercicio de los derechos fundamentales (artículo 53.1 CE), ha estimado conveniente adoptar determinadas medidas encaminadas a remover los obstáculos (artículo 9.2 CE) que dificultan en el marco de las nuevas tecnologías el disfrute efectivo de los derechos de autor como modalidad especial del derecho a la propiedad privada (artículo 33 CE) (15).

Otra cosa es que, una vez aprobadas las reformas civiles y procesales a que se ha aludido, se entienda que la atribución de esta potestad administrativa haya incurrido en una especie de inconstitucionalidad sobrevenida. Ello puede suceder si los instrumentos penales y procesal-civiles, una vez adaptados a las singularidades de Internet, resultaran ya eficaces para tutelar la propiedad intelectual en ese ámbito. En tal caso, una buena parte de los obstáculos (al menos, los jurídico-procesales) que dificultan el ejercicio de los derechos de autor en el marco de las nuevas tecnologías, habría desaparecido. Seguir atribuyendo, entonces, poderes

a la Administración para resolver controversias sobre derechos privados que pueden ser rápida y eficazmente atendidas por los jueces y tribunales, no parecería compatible con nuestro diseño constitucional de la división de poderes. Y como se verá a continuación, esto es lo que parece haber sucedido con la reforma de la denominada «Ley Lassalle», que al menos en el plano procesal-civil ha supuesto un importante intento de salvar las dificultades que la regulación de la LEC y el TRLPI seguía presentando en orden a una tutela judicial civil eficaz de los derechos de autor en el entorno de los servicios de la sociedad de la información.

B) Los destinatarios del procedimiento administrativo de salvaguarda

En efecto, su compatibilidad con la reserva de jurisdicción no ha sido el único problema jurídico planteado por la configuración de la potestad administrativa de salvaguarda de la propiedad intelectual en Internet, tal y como la realizó la LES en 2011. Uno de ellos ha sido que, como el presupuesto de hecho para el ejercicio de la potestad administrativa de salvaguarda es la realización de una conducta definida por el Derecho civil como vulneración de un derecho de propiedad intelectual, ello hacía como se señaló arriba que el ejercicio de dicha potestad siguiera siendo inútil frente a las páginas *web* que únicamente se dedican a ofrecer enlaces o vínculos a sistemas de intercambio de archivos P2P, sin alojar ellas mismas los contenidos protegidos por derechos de autor. Son los que intercambian los archivos a través de estos sistemas los vulneradores de los derechos de autor. Y como estos no tienen la cualidad de prestadores de servicios de la sociedad de la información, pues son meros usuarios de la red, el procedimiento de salvaguarda no ha podido en estos casos ni siquiera incoarse, pues sólo podía ser iniciado cuando el presunto infractor fuera un prestador de servicios. En tal sentido, una sentencia reciente de la Audiencia Nacional ha declarado por estas razones la nulidad de pleno derecho de un procedimiento tramitado por la Sección Segunda de la CPI por haberse seguido exclusivamente contra una página *web* que sólo ofrecía enlaces (16).

La Ley 21/2014 ha salido al paso de este problema y el apartado 1 del nuevo artículo 158 *ter* TRLPI no deja margen a la duda. Según este precepto el procedimiento administrativo se podrá dirigir directamente no sólo contra prestadores de servicios de la sociedad de la información que presuntamente sean infractores, sino también frente a los «prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual de la forma referida en el párrafo anterior, facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica. En particular, se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio».

C) Ampliación subjetiva de las acciones civiles de cesación, de medidas cautelares y de indemnización por daños y perjuicios

En la misma línea, la Ley 21/2014 ha dado nueva redacción al artículo 138 TRLPI, de forma que las acciones civiles de tutela reguladas en esta Ley se pueden ejercer ahora frente a otros sujetos, además de los tradicionalmente considerados como infractores de los derechos de propiedad intelectual. Tienen cabida ahora, entre los legitimados pasivos, los prestadores de servicios de intermediación, aunque sus actos no constituyan directamente por sí mismos una vulneración de derechos: «Tanto las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h) como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Dichas medidas habrán de ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias».

En correspondencia con estos cambios sustantivos se ha procedido a modificar también la LEC en algunos puntos importantes relacionados con la preparación de los juicios que se sigan para la exigencia de este tipo de responsabilidades. Como se señaló arriba, la legislación procesal civil no apoderaba a los jueces para exigir a los prestadores de servicios de intermediación los datos necesarios (por ejemplo, el código IP) para identificar a los sujetos responsables de las conductas vulneradoras. Ahora, al artículo 256.1 LEC (solicitud de diligencias preliminares para preparar los juicios declarativos) se le han añadido dos nuevos apartados 10º y 11º, destinados específicamente a salvar ese problema. El apartado 11º permite incluso recabar la identificación de usuarios de servicios de la sociedad de la información que, con su actividad, estén realizando conductas vulneradoras que vayan más allá de lo que sería propio de un mero consumidor final de buena fe y sin ánimo de lucro comercial. Sin embargo, la interpretación de estos conceptos dará pie sin duda a debates y a disparidad de criterios en su aplicación (17).

D) La integración del «conocimiento efectivo» al que se refiere la LSSI

Otro problema tradicional al que no supo dar respuesta la «Ley Sinde» fue el que planteaba la derivación prevista en los artículos 16 y 17 LSSI de la responsabilidad del infractor al intermediario cuando este tuviera «conocimiento efectivo» de la infracción y no hiciera lo que estuviera en su poder para neutralizarla. La cuestión es que nunca ha estado muy clara, en relación con las acciones del artículo 138 TRLPI, el alcance de esa derivación. ¿En relación con todas las acciones del citado artículo, o sólo en relación con algunas de ellas? (18).

La nueva redacción dada por la Ley 21/2014 al artículo 138 TRLPI da pie a pensar en contra de lo que había señalado alguna sentencia anterior a esta última reforma que la responsabilidad derivada cabe en relación con todas las acciones contempladas en el citado artículo.

En esta línea, además, el nuevo artículo 158 *ter* TRLPI trata de facilitar aún más el cumplimiento del requisito del «conocimiento efectivo» para poder dirigirse contra el intermediario, al presumir que se produce dicho conocimiento cuando el titular de los derechos presuntamente lesionados requiera por vía electrónica al presunto infractor. La previsión, sin embargo, tendrá posiblemente nula virtualidad práctica por varias razones. Primero, porque dicho requerimiento carece de los requisitos exigidos por la LSSI para resultar operativo (a saber, que se dirija al intermediario, no al responsable directo; y que se trate de una declaración hecha por órgano competente, y no por el particular presuntamente lesionado). Y segundo, porque desde el punto de vista gramatical a falta de una corrección de errores, que no ha aparecido hasta el momento no se sabe muy bien lo que dice el referido inciso (19).

E) La responsabilidad sancionadora de los infractores de la propiedad intelectual en Internet

Otro defecto, en fin, que acusaba la «Ley Sinde» era la inexplicable diferencia de trato entre el responsable de la infracción y el mero intermediario desde el punto de vista de la responsabilidad sancionadora. Por inadvertencia del legislador del 2011, que se olvidó de retocar las lagunas arrastradas de la legislación anterior, la inejecución por el responsable de las medidas de salvaguarda decididas contra él por la Sección Segunda de la CPI no constituían infracción administrativa, mientras que el incumplimiento de las medidas dirigidas al mero intermediario estaba castigado con sanciones muy gravosas (multas muy elevadas y, en su caso, el cierre del negocio). Ahora, con mayor coherencia, el nuevo artículo 158 *ter* TRLPI tipifica como infracción muy grave, sancionada con cuantiosas multas, la desobediencia reincidente del responsable (20).

F) Otras novedades de la «Ley Lassalle»

Otras novedades destacables introducidas por la Ley 21/2014 en el procedimiento administrativo de salvaguarda son las siguientes:

- Se habilita expresamente a la Administración para recabar la colaboración de los demás intermediarios y empresas relacionadas con el infractor en orden a bloquear sus fuentes de financiación mediante publicidad o su acceso a Internet. También se le podrá retirar el nombre de dominio «.es».

- Bajo la vigencia de la reforma del 2011, la regulación del procedimiento incurría en una cierta ambigüedad que se compadecía poco con la seguridad jurídica. En concreto, se hablaba de «solicitud» del titular de los derechos lesionados, pero se daba a entender que el procedimiento se iniciaba de oficio mediante el correspondiente «acuerdo de iniciación». Por tanto, tampoco se sabía a ciencia cierta si la superación del plazo máximo para resolver y notificar producía el silencio administrativo o la caducidad del procedimiento, o ambas cosas a la vez (caducidad para el infractor y silencio para el titular solicitante). Ahora, el nuevo artículo 158 *ter* TRLPI deja las cosas más claras: a la actuación del titular de los derechos se la califica de «denuncia» y se señala expresamente que el procedimiento se inicia de oficio, además de precisarse que el efecto de la superación del plazo máximo por la Administración es la caducidad.

III. Conclusión y algunos problemas pendientes

En general, el balance de la reforma de la Ley 21/2014 es positivo desde el punto de vista técnico-jurídico. Pero es inevitable que queden aún algunos flecos e, incluso que algún problema que se tenía por superado, pueda resurgir de forma inesperada.

Por empezar con esto último, se señaló más arriba que la atribución de esta potestad para resolver controversias entre particulares se justifica en los obstáculos existentes en el marco de las nuevas tecnologías para el disfrute efectivo de los derechos de autor como modalidad especial del derecho a la propiedad privada. En la medida en que con la reforma de la Ley 21/2014 pueda entenderse que las deficiencias tradicionales de la LEC y del TRLPI han sido subsanadas en orden a resolver rápida y eficazmente controversias sobre este tipo de derechos en relación con Internet, podría entenderse que la atribución de una potestad administrativa con la misma finalidad no resulta compatible ya con nuestro diseño constitucional de la división de poderes.

Por otra parte, la reforma de la llamada «Ley Lassalle» plantea otras cuestiones nuevas de orden menor en relación con esta potestad administrativa. El primero es que el artículo 158 *ter* TRLPI ha terminado por perfilar una potestad administrativa discrecional, no sólo en cuanto al contenido de la resolución final, sino sobre la misma iniciación del procedimiento (21). Desde este punto de vista, la reforma tan sólo beneficia a la Administración. La inseguridad jurídica que ello genera no puede satisfacer ni a los responsables de servicios de la sociedad de la información, ni a los titulares de derechos de propiedad intelectual.

En segundo lugar, la Ley 21/2014 ha reintroducido con rango legal una previsión del RD 1889/2011 que la STS de 31 de mayo de 2013 anuló por insuficiente rango normativo: la de que la retirada voluntaria de los contenidos presuntamente ilícitos, a raíz del requerimiento incluido en el acuerdo de iniciación, tendría «valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración de derechos de propiedad intelectual y pondrá fin al procedimiento». Aunque se

le haya dado ya el suficiente rango normativo, seguir insistiendo en esta especie de confesión del presunto vulnerador de cara a un eventual ejercicio de acciones civiles, no parece que sea el mejor modo de fomentar la interrupción voluntaria de la conducta infractora; más bien, se disuade de ello y se desactiva la finalidad de propiciar una solución al conflicto lo más rápida posible, sin necesidad de instruir el procedimiento hasta el final.

Para terminar, resulta inexcusable aludir a un problema planteado recientemente por la aplicación judicial de la «Ley Sinde» y que la Ley 21/2014 ha dejado subsistente: el del alcance de los controles judiciales previos a la terminación del procedimiento administrativo de salvaguarda. Como es sabido, el legislador ha querido que el ejercicio de esta potestad se encuentre controlado por el poder judicial de forma previa a su culminación en dos momentos diferentes: al inicio cuando la CPI desconozca la identidad del presunto infractor, para dirigirse al intermediario correspondiente exigiéndole los datos personales necesarios para tal identificación; y al final, cuando las medidas impuestas al responsable no son cumplidas voluntariamente por este. En este último caso, la Administración podrá dirigirse al intermediario para suspender al infractor la prestación del servicio de intermediación. Pero la Ley exige que para la ejecución de esta medida dirigida al intermediario, deberá recabarse autorización del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo. El principal problema que plantea esta autorización es el relativo a su objeto: ¿qué es lo que debe controlar el juez? No que haya efectivamente vulneración de derechos de propiedad intelectual, ni siquiera que las medidas administrativas acordadas sean proporcionadas, sino simplemente que las actuaciones de la Comisión de Propiedad Intelectual no supongan una suerte de censura previa, una ablación de las libertades de expresión e información en Internet. Así lo señala el artículo 122 *bis* LJ: «referida a la posible afectación a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución».

Si las medidas no recaen sobre libertades de este tipo, el juez no puede negarse a otorgar la autorización, aunque aquellas sean desproporcionadas o inadecuadas en relación con otros derechos (por ejemplo, la libertad de empresa). Para combatir estos otros defectos de la resolución de la CPI, los afectados siguen teniendo a su disposición los recursos ordinarios correspondientes. Sin embargo, el Auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de 20 de marzo de 2014, no sólo confunde la potestad de la CPI con una potestad sancionadora (haciendo toda una serie de reflexiones y alusiones jurisprudenciales a los principios del Derecho Administrativo Sancionador), sino que procede a delimitar su ámbito de control de la manera más amplia posible con expresiones como las siguientes: «En el presente caso, a la vista de la apreciación de la Administración de una conducta antijurídica, es el órgano judicial el que tiene que decidir si efectivamente, existe tal conducta y obrar en consecuencia. En todo caso, se trata de apreciar la legalidad del procedimiento a la vista de lo expuesto por las partes en el acto de comparecencia celebrado el pasado día 18 de marzo de 2014 y de las pruebas presentadas, pues es, en dicho acto cuando las partes han puesto de manifiesto ante el Juzgador sus pretensiones, puesto que el órgano judicial no ha tenido otro momento anterior para conocer del asunto. En conclusión, el contenido de nuestra de-

claración deberá determinar si el mantenimiento de la situación antijurídica existe o no y en caso afirmativo, adoptar las medidas necesarias para que se cumpla lo solicitado. (...) Este Juzgador antes de adoptar la medida que se solicita, deberá valorar si, en este momento, se mantiene la infracción de legalidad y para ello debe apoyarse en las pruebas presentadas por ambas partes».

Acto seguido, el Juez valora las pruebas presentadas por ambas partes y concluye que la pretensión de la Administración en el caso, el cierre de la página *goear.com* es desproporcionado, pues de los cuatro millones de archivos alojados, sólo quedó acreditado que 34 vulneran la propiedad intelectual. Sin embargo, no es este tipo de control el que el artículo 122 bis 2º LJ le pide al Juez, sino si la medida administrativa afecta o no a las libertades de expresión e información. Se adivina en este Auto una tendencia a convertir este control judicial en un juicio plenario sobre lo actuado por la Administración hasta ese momento. Si la interpretación defendida por este Auto llegara a generalizarse como práctica habitual, podría arruinarse el sistema entero e incluso el legislador sentir la tentación de suprimir esta garantía judicial.

NOTAS

(1) Especialmente, la Ley 10 de enero de 1879, que estuvo vigente más de un siglo y que aún continúa estándolo, por cierto, en Guinea Ecuatorial.

(2) Disponía su artículo 782: «Cualquiera que turbe a sabiendas al inventor, perfeccionador o introductor de un ramo de industria en el uso exclusivo de la propiedad que le concede la ley, sufrirá la multa de cuatro tantos del perjuicio causado. La misma pena sufrirá cualquiera que turbare en el uso exclusivo de la propiedad que conceda o concediere la ley al autor de escritos, composiciones de música, dibujos, pinturas o cualquier otra producción impresa o grabada».

(3) Así, últimamente SAP de Madrid, de 31 de marzo de 2014, nº 103-2014.

(4) Dicha negativa ha quedado, por lo demás, autorizada por la STJUE en el asunto *Promusicae* de fecha 29 de enero de 2008. Sobre el particular pueden verse, por ejemplo, los comentarios a esta Sentencia de M. J. BOTANA AGRA (2007-2008). «Infracción de derechos de autor y protección de datos personales en redes P2P: [comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala), de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06]», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 28; M. SOTO GARCÍA (2008). «TJCE. Sentencia de 29-01-2008, *Promusicae*, C-275/06. Sociedad de la Información, protección de datos personales, deber de divulgación de proveedores de servicios, protección de los derechos de autor». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 31, pp. 867-ss; J. F. ORTEGA DÍAZ (2009). «El acceso a fonogramas a través de programas de intercambio de archivos y la protección de derechos y de protección de datos. Comentario a la STJCE de 29 de enero de 2008, *Promusicae* contra Telefónica, C-275/06». *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18; y R. DURÁN RIVACOBIA y V. GARCÍA LLERENA (2011). «Protección de datos personales y del derecho de la intimidad vs. protección de la propiedad privada de carácter intelectual: consecuencias del caso *Promusicae*» en X.

O'Callaghan (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*. Madrid: Dykinson, pp. 205-ss. Incluso la Agencia Española de Protección de Datos ha prohibido a las entidades de gestión de derechos de autor crear bases de datos de IP a través de las que se vulneran sus derechos en aras a las acciones civiles y penales correspondientes. La AN ha confirmado esta prohibición haciendo una interpretación literal de la LOPD, que no contempla dicho supuesto entre las excepciones a la prohibición de tratamiento de datos sin consentimiento de su titular (SAN de 1 de septiembre de 2011; recurso nº 625/2009).

(5) Así, por ejemplo, la SAP de Barcelona de 24 de febrero de 2011 (recurso 370/2010).

(6) Véase: SAP de Barcelona de 7 de julio de 2011 (recurso 589/2010).

(7) En este sentido puede verse la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid de 20 de septiembre de 2010, y confirmada por SAP de Madrid nº 11/2014, de 14 de enero de 2014.

(8) Por ejemplo, recientemente SAP de Valencia 40/2014, de 20 de enero.

(9) Esta interpretación, que es la que por el momento se ha generalizado en la práctica de los tribunales, se debe a la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006. Frente a la interpretación defendida por la Circular –fundamentalmente basada en el principio de intervención mínima– un sector de la doctrina es partidario de manejar también en relación con los delitos en materia de propiedad intelectual, el concepto amplio de ánimo de lucro formulado tradicionalmente para los delitos patrimoniales. Con anterioridad a la citada Circular se manifestaba en este sentido, y en relación con una de las conductas más habituales en la red, J. M. PALMA HERRERA (2005). «Las redes P2P de intercambio de archivos desde la perspectiva del Derecho penal» en *Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Dykinson, especialmente pp. 677 y 678.

(10) Véase, por ejemplo, recientemente, SAP de León 67/2014, de 20 de enero.

(11) Como causa extra-jurídica o política de la reforma puede aludirse al denominado «Informe Especial 301». En virtud de la vigente sección 301 de la Ley estadounidense de Comercio de 1974, el Representante Comercial de los Estados Unidos debe aprobar anualmente un informe –el «Especial 301»– sobre los obstáculos que puedan constituir para las empresas norteamericanas las legislaciones de los diversos países del mundo en materia de propiedad intelectual. El informe anual contiene una lista con los casos más graves, la lista de «países extranjeros prioritarios» contra los que Estados Unidos puede adoptar diversas medidas comerciales como represalia. Es un ejemplo de *softlaw*. Pero además de esta categoría, se incluyen también una «lista de vigilancia» y una «lista de vigilancia prioritaria». La «lista de vigilancia prioritaria» comprende aquellos países que tienen graves deficiencias en materia de derechos de propiedad intelectual y que merecen una particular atención por parte de la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR). En la «lista de vigilancia» están los países que presentan deficiencias serias en esta materia, pero que aún no merecen estar en la «lista de vigilancia prioritaria». En el informe de 2011 España figuraba entre los países de la «lista de vigilancia», pero –a raíz de la creación de este nuevo procedimiento por la «Ley Sinde»– desapareció de las listas del informe. Sin embargo, los medios de comunicación se hicieron eco de la recomendación efectuada por la *International Intellectual Property Alliance* (IIPA) a la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR), en el sentido de incluir nuevamente a España en la «Lista de Vigilancia» del «Informe Especial 301» correspondiente al año 2013. La IIPA justifica su recomendación de incluir de nuevo a España en la «lista de vi-

gilancia» en la lentitud e ineficacia que el nuevo procedimiento habría demostrado en su primer año de aplicación para remover los contenidos ilegales alojados o enlazados en diversas páginas web. La IIPA es una asociación que reúne a productores estadounidenses de contenido y materiales protegidos por las leyes de propiedad intelectual, incluyendo *software*, películas, programas de televisión, música, libros y revistas. Colabora estrechamente con el USTR en la elaboración del «Informe Especial 301».

(12) Desde el punto de vista penal, es incierto el futuro del proyecto que en su día se remitió a las Cortes Generales («Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados», Serie A, núm. 66-1, 4 de octubre de 2013), y cuyos aspectos más sobresalientes, en cuanto a la materia que aquí nos ocupa, pueden resumirse en los siguientes: 1) Se habla ya de «ánimo de lucro directo o indirecto», con la clara intención de descartar la exigencia de ánimo de lucro comercial. 2) Se extiende expresamente el delito a la administración de páginas *web* que simplemente suministren enlaces a los contenidos protegidos que se ofrezcan ilícitamente en Internet. Quedarían incluidas aquí por tanto las páginas de enlaces para el intercambio P2P, no así los usuarios, que siguen sin ser considerados sujetos activos del delito.

(13) Sobre esas sentencias y el problema a que se alude en el texto, puede verse M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS (2013). «Reserva de jurisdicción, potestad reglamentaria y propiedad intelectual: en torno a las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2013, sobre la denominada «Ley Sinde»». *Revista de Administración Pública*, nº 192, pp. 231-256.

(14) Según la concepción de A. DE LA OLIVA SANTOS (1988) en *Derecho Procesal Civil I*, con Miguel Ángel Fernández. Barcelona: PPU, p. 6, como traducción del término *alienità* utilizado en la doctrina italiana por Chiovenda.

(15) Para un mayor desarrollo de estos argumentos, véase: M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS (2013). *La tutela administrativa de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Madrid: lustel, pp. 53-67.

(16) Se trata de la SAN de 22 de julio de 2014 (recurso contencioso-administrativo 155/2013). Establece que es nulo de pleno derecho el procedimiento de restablecimiento de la legalidad en Internet frente a los ataques contra la propiedad intelectual, dirigido exclusivamente contra el prestador de servicios de intermediación. Ya se advertía de este límite subjetivo de la potestad administrativa en M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, *La tutela administrativa...*, ob. cit., pp. 96-99. Lo que no aclara la citada Sentencia es la causa concreta de nulidad concurrente en el caso. Se supone que será la relativa a la ausencia total y absoluta de los trámites del procedimiento legalmente establecido [artículo 62.1.e) Ley 30/1992].

(17) Dispone literalmente ese apartado 11º: «Todo juicio podrá prepararse: (...) Mediante la solicitud, formulada por el titular de un derecho de propiedad intelectual que pretenda ejercitar una acción por infracción del mismo, de que un prestador de servicios de la sociedad de la información aporte los datos necesarios para llevar a cabo la identificación de un usuario de sus servicios, con el que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio, sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual, y mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, teniendo en cuenta el volumen apreciable de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas».

(18) Sobre la incertidumbre, los vaivenes de la doctrina y la situación en la jurisprudencia, véase: M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, *La tutela administrativa...*, ob. cit., pp. 160 y 161.

(19) Se trata del siguiente inciso del apartado 2 del artículo 158 ter TRLPI: «Este requerimiento previo podrá considerarse cuando proceda, a efectos de la generación del conocimiento efectivo en los términos establecidos en los artículos 16 y 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, siempre y cuando identifique exactamente la obra o prestación, al titular de los derechos correspondientes y, al menos, una ubicación donde la obra o prestación es ofrecida en el servicio de la sociedad de la información».

(20) «El incumplimiento de requerimientos de retirada de contenidos declarados infractores, que resulten de resoluciones finales adoptadas conforme a lo previsto en el apartado 4 anterior, por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información de los descritos en el apartado 2 anterior, constituirá, desde la segunda vez que dicho incumplimiento tenga lugar, inclusive, una infracción administrativa muy grave sancionada con multa de entre 150.001 hasta 600.000 euros. La reanudación por dos o más veces de actividades ilícitas por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información también se considerará incumplimiento reiterado a los efectos de este apartado. Se entenderá por reanudación de la actividad ilícita el hecho de que el mismo responsable contra el que se inició el procedimiento explote de nuevo obras o prestaciones del mismo titular, aunque no se trate exactamente de las que empleara en la primera ocasión, previa a la retirada voluntaria de los contenidos. Incurrirán en estas infracciones los prestadores que, aun utilizando personas físicas o jurídicas interpuestas, reanuden la actividad infractora».

(21) «El procedimiento de restablecimiento de la legalidad se dirigirá contra: A) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual, atendiendo la Sección Segunda *para acordar o no el inicio del procedimiento* a su nivel de audiencia en España, y al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio o a su modelo de negocio (...)» (artículo 158 ter 2 TRLPI).