

Celebrada la mesa redonda Denae sobre «Procedimientos de Salvaguarda de los Derechos de Propiedad Intelectual en Internet»

Escrito por Antonio López Sánchez Publicado en [Noticias](#).



Antonio López expuso sus opiniones sobre los interesantes asuntos abordados en la sesión.

Madrid, 7 de febrero de 2012. Ayer tuvo lugar en Madrid una interesante mesa redonda sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual en Internet, organizada por Denae (*Asociación Española de Derecho del Entretenimiento*), en la que, además de Antonio López, participaron Juan José Marín, Catedrático de Derecho Civil y Abogado del Área de Propiedad Intelectual del despacho Gómez Acebo & Pombo, y Alejandro Sánchez del Campo, gerente de Derecho de la Nueva Economía de Telefónica de España.

La mesa redonda abordó temas de plena actualidad y se aportaron elementos de reflexión muy interesantes en cuanto a asuntos de la importancia, por citar algunos, de la necesidad o no de que exista un sistema legal específico que proteja los derechos de propiedad intelectual en Internet, el papel de la Comisión de Propiedad Intelectual en la salvaguarda de los derechos, quiénes son los responsables contra los que deben dirigirse los procedimientos o cómo deben afrontar la resoluciones administrativas la obligación y cumplimiento de la retirada de los contenidos.

Se recogen a continuación los principales argumentos expuestos por Antonio López a lo largo de la sesión.

Sobre la necesidad o no de que se arbitre un sistema legal específico para luchar contra las vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual en Internet.

La explotación de derechos de propiedad intelectual en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información, es decir, en redes digitales del tipo de internet, implican nuevos retos a los que es necesario dar respuesta desde el punto de vista del derecho material y también desde el plano de los instrumentos que el Estado pone a disposición de los titulares para la debida protección de sus derechos.

Es cierto que en las tradicionales modalidades de explotación previstas legalmente (*reproducción, distribución, comunicación pública y transformación*) tienen cabida las nuevas formas de explotación, y así se ha reflejado en la Directiva 2001/29, concretamente en su Considerando 5. Ahora bien, también es cierto que las tradicionales formas de defensa de los derechos de propiedad intelectual a través del ejercicio de las acciones penales o civiles correspondientes se demuestran ineficaces en el ámbito del uso masivo de obras y prestaciones protegidas en internet. Para acreditarlo daré algunos datos que creo que son relevantes para que nos situemos en la problemática real:

1. De acuerdo con los últimos datos de IDC RESEARCH de 2011, por sectores, la tasa de piratería en internet de contenidos culturales por sectores es la siguiente:

Datos del Observatorio: enero – junio 2011

Sector	Tasa de piratería	Volumen económico pirateado
Música	98,2%	2.746,4 millones €
Cine	73,9%	1.401,6 millones €
Libros	49,3%	793,2 millones €
Videojuegos	61,7%	288,2 millones €
CONJUNTO DE SECTORES	77,3 %	5.229,4 millones €

2. Según datos de IFPI en 2010, en el sector de la música se produjeron casi 75,5 millones de descargas ilegales de canciones, con el siguiente desglose:

3.

Proporción Descargas ilegales potenciales

P2P	65,00%	49.000.000.000
Otros no P2P	35,00%	26.400.000.000
Total descargas ilegales	100%	75.400.000.000

En estas circunstancias, resulta obvio que es necesario otro tipo de intervención, en este caso administrativa, mediante la implantación de un procedimiento administrativo ágil, rápido y efectivo dirigido más a la salvaguarda genérica de los derechos de propiedad intelectual en la sociedad de la información que a la concreta defensa de intereses y derechos particulares, y en tanto como recuerda la Exposición de Motivos del propio Reglamento de funcionamiento de la Comisión de la Propiedad Intelectual, la producción y creación artística no solo es un derecho fundamental reconocido como tal en el art. 20 CE sino un derecho humano recogido en la Declaración Universal de derechos humanos de las Naciones Unidas (*art. 27.2*).

Sobre la necesidad de que la industria de contenidos deba actualizar su modelo de negocio

El modelo de negocio de explotación de productos culturales ha cambiado y creo que la industria cultural se está adaptando a ello; la consideración de la puesta a disposición con un uso principal, primigenio o esencial se demuestra con modelos de negocio como Netflix, Spotify o Filmin, los cuales, en palabras del actual Ministro de Cultura, merecen el fomento y el estímulo. Pero para que funcionen es imprescindible crear un contexto jurídico seguro en el que estas iniciativas puedan competir de forma leal sin encontrarse que sus mismos contenidos son ofrecidos gratuitamente en la red sin que exista, en muchas ocasiones, posibilidad real de obtener el cese de dicha actividad y la retirada del material ilícito.

El Papel de la Comisión de Propiedad Intelectual en la gestión del procedimiento de salvaguarda de los derechos de Propiedad Intelectual

Se debe diferenciar claramente el objetivo de la norma (*Reglamento de la Comisión de Propiedad Intelectual, de índole estrictamente administrativo*) de otros medios de defensa de los derechos de propiedad intelectual.

Las atribuciones de la Comisión de Propiedad Intelectual se enmarcan dentro del ejercicio de las funciones previstas en el art. 8 de la LSSI, es decir, de la interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual o la retirada de los contenidos que los vulneren, es decir, dentro del marco de la necesaria regulación de índole administrativo de las redes de telecomunicaciones.

Esto no afecta al ejercicio de acciones de índole penal y civil correspondiente, como así se determina en el art. 158.4 TRLPI. Y ello sin perjuicio de la obligación genérica de colaboración con la justicia establecida en el art. 262 LECr. en caso de que los hechos investigados por la CPI fueran constitutivos de delito público.

En relación al procedimiento: contra quién se puede dirigir, cuál es su ámbito de aplicación, cómo deben actuar los intermediarios, cómo es valorada la referencia al ánimo de lucro

El procedimiento se ha de dirigir contra los «RESPONSABLES DEL SERVICIO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN» que, indiciariamente, estén vulnerando derechos de propiedad intelectual (*arts. 8.2 LSSI, 158.4 TRLPI y 15.3 RCPI*), y que dicho servicio se realice bien con ánimo de lucro, bien sea susceptible de causar daño patrimonial, o ambas cosas (*por eso se utiliza la conjunción o*).

El ánimo de lucro en el responsable yo entiendo que no es una condición que necesariamente deba darse en tanto:

- a. No se exige en el art. 8 LSSI.
- b. No se deduce de la interpretación literal del párrafo 2º del art. 158.4 TRLPI.
- c. Tampoco se deduce del art. 17.2 c) del Reglamento CPI, que exige solo acreditación de la explotación, lucrativa o no de la obra o prestación.

Cabe preguntarse cómo es posible que se infrinja un derecho de explotación patrimonial de los titulares sin causar un daño patrimonial; más bien, cuál sería el supuesto de

infracción de derechos de propiedad intelectual en internet que no cause un daño patrimonial al titular de la obra o prestación protegida.

Una interpretación podría ser que el legislador, en el párrafo 2º del art. 158.4 TRLPI, esté excluyendo los daños no patrimoniales, es decir, los morales de los titulares y que, por tanto, lo que quede fuera del ámbito de la CPI sean los derechos de propiedad intelectual morales reconocidos a los diversos titulares (*esencialmente, autores y artistas*) en el TRLPI.

Por otra parte cabe preguntarse también quiénes son los responsables del servicio de la sociedad de la información a que se refiere el art. 15.3 RCPI y si en algún supuesto los intermediarios (*operadoras, proveedores de acceso, alojamiento, almacenamiento de datos, buscadores*) y quienes facilitan enlaces pueden ser considerados infractores y, por tanto, responsables a efectos de dicho precepto.

En principio, los operadores de redes y proveedores de acceso del art. 14 LSSI quedarían exentos de cualquier responsabilidad salvo que hayan participado en la transmisión mediante la modificación, selección de datos o destinatarios. Es decir, si han interactuado en el servicio infractor. Cuestión distinta son los servicios de intermediación a que hacen referencia los arts. 16 y 17 LSSI (*alojamiento y almacenamiento de datos, buscadores y enlazadores*), que yo creo que sí que pueden tener el carácter de responsables junto con el último prestador de servicios en el caso de que:

- a. Puedan ser considerados responsables directos de los actos de explotación patrimonial correspondientes (*esencialmente, puesta a disposición del art. 20.2 i/ TRLPI*). Este sería el caso de los denominados enlaces profundos que remiten directamente a la prestación protegida.
- b. Tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de la información que almacenan o remiten y no actúen diligentemente para retirar el contenido ilícito o suprimir el enlace correspondiente.
- c. La actuación de los intermediarios en la fase preliminar del procedimiento se establece en el art. 18 RCPI y se concreta en la identificación del responsable mediante la localización del servicio infractor. Para ello, la CPI necesitará de autorización judicial que, una vez concedida mediante auto (*es decir, motivadamente*) se habrá de trasladar al intermediario a fin de que en el plazo de 48 horas facilite los datos correspondientes del infractor (*contrato y facturas, entiendo*).

La actuación de los intermediarios en la fase preliminar del procedimiento se establece en el art. 18 RCPI y se concreta en la identificación del responsable mediante la localización del servicio infractor. Para ello, la CPI necesitará de autorización judicial que, una vez concedida mediante auto (*es decir, motivadamente*) se habrá de trasladar al intermediario a fin de que en el plazo de 48 horas facilite los datos correspondientes del infractor (*contrato y facturas, entiendo*).

Opinión acerca de que se deje al margen del procedimiento el intercambio de obras protegidas a través de los sistemas peer to peer

Los sistemas P2P es quizá uno de los mayores problemas con los que se encuentra la industria de contenidos, muy especialmente la fonográfica, a la hora de comercializar el

producto cultural, derivándose ingentes daños para toda la cadena de producción, desde los creadores (*autores y artistas*) hasta los empresarios (*editores y productores*). Solo es necesario revisar las cifras de descargas no autorizadas en 2010 a las que se ha hecho referencia para comprobar que el P2P supone el 65% del total de las mismas. Y lo cierto es que la experiencia es desalentadora.

Comenzaré por decir que, efectivamente, el problema no es objeto de regulación en el RCPI. La actuación de particulares compartiendo en redes archivos que contienen prestaciones protegidas entiendo que queda extramuros del propio art. 8 LSSI en tanto dichos particulares no tienen la condición de prestadores de servicios de la sociedad de la información y, consecuentemente, no se encuentran incluidos en el ámbito objetivo definido en el art. 1 LSSI.

Esto no quiere decir que la actuación de estos usuarios particulares sea ajustada a la TRLPI en tanto, a mi juicio, infringen los derechos de propiedad intelectual de los titulares y, concretamente:

- a. El derecho de reproducción al fijar en los archivos de sus correspondientes ordenadores la obra o prestación sin autorización de sus titulares y sin que este acto pueda entenderse incluido dentro del límite del art. 31.2 TRLPI (*ni es para su uso privado, se hace un uso colectivo de la reproducción, suponiendo, que es mucho suponer, que se haya accedido a la misma legalmente*).
- b. El derecho de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición del art. 20.2 i) TRLPI sin perjuicio de que, recordemos, las modalidades de comunicación pública previstas en el art. 20.2 TRLPI no son un *numerus clausus*, pudiéndose entender incluido dentro del art. 20.1 TRLPI.

En apoyo de lo expuesto podemos citar ya múltiples resoluciones dictadas por los Juzgados y Tribunales al respecto, incluso en aquellas que deniegan la responsabilidad de otro tipo de intervinientes en estos actos. Así, el Auto de 11 de noviembre de 2009 de la sección 3ª de la AP de Barcelona, el Auto de 16 de septiembre de 2009 de la sección 5ª de la AP de Murcia y la reciente sentencia de 25 de noviembre de 2011 del Juzgado de lo mercantil nº 4 de Madrid. En el mismo sentido, la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado.

En relación con la identificación del responsable presuntamente vulnerador, la implicación de los prestadores de servicios de intermediación y la regulación que se hace de esta materia.

A mi juicio, la regulación de esta cuestión en el art. 18 RCPI es demasiado garantista en esta cuestión, defecto este que viene heredado de la norma que desarrolla (*Ley de Economía Sostenible*).

Este requerimiento para la cesión de datos, a mi juicio, se podría haber previsto perfectamente sin necesidad de acudir a la autorización judicial para ello agilizando y descargando de carga de trabajo al Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo, cuyos titulares no sabemos hasta qué punto están dispuestos a asumir y poner en práctica las competencias que les atribuye la LES y el RCPI.

Los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen, así como al secreto de las comunicaciones (*art 18, apartados 1 y 3, CE*) implicados perfectamente podrían haberse evaluado por la CPI antes de adoptar la medida, máxime cuando el Juzgado solo puede denegar la autorización en caso de afectación de dichos derechos fundamentales, es decir, no puede entrar a evaluar si se dan las demás premisas establecidas en el RPI para la iniciación del procedimiento (*entre otras, la titularidad de las obras o prestaciones o la explotación de la las mismas a través del SSI objeto de solicitud*).

Y desde luego que, a la vista de la sentencia del TJUE de 29 de enero de 2008 (PROMUSICAE/TELEFÓNICA), hubiera sido perfectamente razonable que la autoridad administrativa estuviera investida de la competencia suficiente para la solicitud y obtención de los datos necesarios para la identificación del responsable, como posteriormente ha venido a ratificar el propio TJUE en su auto de 19 de febrero de 2009 (LSG-TELE 2), aún tratando en este caso del deber de colaboración de los proveedores de acceso a internet en un procedimiento civil.

Sobre el cumplimiento de los plazos establecidos en la norma

El cumplimiento depende de los medios y dotación presupuestaria.

Y sobre todo también depende de que no se colapse en el inicio la sección 2ª de la CPI. Yo no soy favorable al ejercicio masivo de denuncias ante la CPI en un primer momento hasta que el sistema no comienza a funcionar razonablemente.

En cualquier caso, si verdaderamente se quiere establecer un procedimiento de salvaguarda, el mismo tiene que estar fundamentado en la agilidad y rapidez.

El conocimiento efectivo contemplado en la LSSI

El conocimiento efectivo del que tratan los arts. 16 y 17 LSSI se produce, en todo caso, en el mismo momento que un órgano competente (*CPI o Juzgado o Tribunal*) haya declarado la vulneración de derechos de propiedad intelectual por el responsable del servicio de la sociedad de la información y esa resolución es comunicada (*por cualquier medio*) al intermediario de que se trate. A partir de ese momento, si el intermediario no retira la obra o prestación, o no suprimen o inutilizan el enlace, no podrán alegar la exención de responsabilidad prevista en dichos preceptos.

La mención del art. 24.2 RCPI (*..., sin perjuicio de que dicho conocimiento efectivo se pudiera haber producido por otros medios*) debe entenderse, a mi juicio, como una cláusula de cierre de forma que, como es obvio, la notificación del auto autorizando la interrupción del servicio acordada a instancia de la CPI por el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo, hace surgir la responsabilidad del intermediario respecto a la actividad ilícita realizada, no pudiendo por tanto alegar en ningún caso, a partir de ese momento, la exención de la responsabilidad correspondiente.

La cuestión es: ¿puede haber un conocimiento por parte del intermediario anterior a los hitos indicados? Entiendo que sí por varias razones:

- a. En primer lugar, porque la Sala de lo Civil del TS ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en tres ocasiones (*sentencias de 9/12/2009 – putasgae -, 18/5/2010 y*

19/2/2011 *alabarricadas* -) y en idéntico sentido: no es necesaria resolución judicial o administrativa para el conocimiento efectivo en el caso de que la vulneración de los derechos sea notoria y manifiesta y no se observe el deber de diligencia consistente en la rápida retirada de los datos o impedir el acceso a los mismos.

- b. En segundo lugar, porque incluso tratando específicamente de derechos de propiedad intelectual, la interpretación de las exenciones de responsabilidad de los arts. 16 y 17 LSSI no llevan a esa conclusión (*sentencia de 20-9-2010 del Juzgado de lo mercantil nº 7 de Madrid, TELECINCO contra YOUTUBE*).

El artículo 20 CE y en qué supuestos se estaría vulnerando. (*El artículo 23 establece que es necesario que el Juzgado Central Contencioso Administrativo dicte un auto autorizando o denegando las medidas recogidas en la resolución administrativa. Para ello el juzgado analizará si tales medidas afectan al artículo 20 CE.*)

Objetividad y proporcionalidad

No olvidemos que el presunto responsable llegaría a este momento después de haber tenido hasta tres trámites para exponer sus alegaciones sobre la presunta infracción de los derechos de propiedad intelectual en cuestión y, por supuesto, sobre la medida de suspensión del SSI que propusiera la CPI conforme al art. 19 b) RCPI. Estos trámites son los siguientes:

1. Fase de alegaciones del art. 20 RCPI.
2. Fase de conclusiones del art. 21 RCPI.
3. Fase de alegaciones ante el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo (art. 122.bis.2 Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Si aún así, el responsable del SSI persiste en la infracción de los derechos de propiedad intelectual, consideramos ciertamente discutible que en términos del “justo equilibrio” entre la libertad de expresión y la libertad de producción y creación se decante a favor del primero en el auto que dicte el Juzgado, máxime cuando la medida de suspensión en la prestación del SSI se configura como temporal en el art. 24.4 RCPI pues:

- a. Cesará en el momento que se restablezca la legalidad por parte del SSI.
- b. En todo caso, transcurrido un año desde que fuera ejecutada.

Autorización judicial para la retirada de contenidos

Entiendo que para la retirada de contenidos es necesaria la autorización judicial, con base en:

1. El párrafo 3º del art. 158.4 TRLPI. Obviamente, la norma reglamentaria de desarrollo (*RCPI*) no puede ir más allá que la norma legal y, exigiéndose en el citado precepto autorización judicial tanto para la retirada de contenidos como para la interrupción del servicio, en ambos casos entiendo que se debe contar con la autorización judicial en cuestión.
2. El art. 122 bis 2 LJCA apoyan esta interpretación cuando señala claramente que la ejecución de las medidas requieren, en cualquier caso, autorización judicial.

Las páginas de enlaces y su responsabilidad directa de la infracción

Esta ha sido la interpretación de la sentencia de la sentencia de 27 de septiembre de 2011 dada por la sección 1ª de la AP de Vizcaya o el auto de 11 de noviembre de 2009 de la sección 3ª de la AP de Barcelona.

Con la definición de puesta a disposición del público del art. 20.2 i) TRLPI, es evidente que una página web que introduce en su contenido enlaces profundos, y no superficiales, en virtud de los cuales se accede directamente a la parte de la página web referenciada en que se aloja la prestación protegida, pueden ser perfectamente calificados como responsables de la puesta a disposición de la misma a título directo y personal y, por tanto, responsables directos de la infracción.

Otras medidas para frenar la piratería digital en nuestro país

Las demás medidas deberán de seguir ejercitándose por los titulares por la vía penal o civil correspondiente.