

<http://idp.uoc.edu>

ARTÍCULO

La proyectada reforma de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura y el «procedimiento para el restablecimiento de la legalidad», cuya instrucción y resolución se quiere atribuir a su propuesta Sección Segunda.

Pablo Ferrándiz Avendaño

Fecha de presentación: abril de 2010

Fecha de aceptación: mayo de 2010

Fecha de publicación: junio de 2010

Resumen

La Disposición Final Segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible que el Gobierno ha presentado al Congreso de los Diputados proyecta crear una nueva Comisión de Propiedad Intelectual en el seno del Ministerio de Cultura, que pasará a estar integrada por dos secciones: la Sección Primera y la Sección Segunda. En particular, a la Sección Segunda se quiere atribuir la instrucción y resolución de un nuevo procedimiento administrativo, llamado *para el restablecimiento de la legalidad*, el cual podrá finalizar con la adopción de medidas de restricción a la prestación de servicios de la sociedad de la información, tales como la interrupción del servicio o la retirada de los datos, cuando vulneren derechos de propiedad intelectual, pero siempre que sus responsables los lleven a cabo con ánimo de lucro, directo o indirecto, o hayan causado o sean susceptibles de causar un daño patrimonial. Aunque la ejecución de tales medidas requerirá de la previa autorización judicial mediante auto, siendo el órgano competente para ello el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, la atribución a una Administración pública de competencias para resolver controversias o conflictos entre particulares, sobre derechos (los de propiedad intelectual) de naturaleza estrictamente privada (esto es, unos derechos, aunque sea especial, de propiedad), plantea no pocos interrogantes pasando el asunto por el tamiz del principio de separación de poderes que consagra el artículo 117 de la Constitución y cuestiona la neutralidad de la Administración pública, al no justificarse debidamente en el Proyecto de Ley que con su actuación esté sirviendo con objetividad, como exige el artículo 103 del texto fundamental, a los intereses generales.

Palabras clave

propiedad intelectual, *copyright*, Comisión de Propiedad Intelectual, Sección Segunda, procedimiento administrativo para el restablecimiento de la legalidad, servicios de la sociedad de la información, cierre de páginas web

Tema

Propiedad intelectual, servicios de la sociedad de la información

The reform planned for the Intellectual Property Commission under the Ministry of Culture and the "procedure for the restoration of lawfulness", whose investigation and resolution are to be conferred to the proposed Second Branch of the commission

Abstract

The second point of the final regulations in the bill on Sustainable Economy, presented to Parliament by the Government, foresees setting up a new commission on intellectual property under the Ministry of Culture. The commission is to have two branches, the second having the power to evaluate and rule on a new administrative procedure for the "restoration of lawfulness" which could lead to the introduction of measures to limit the provision of information society services. These measures could include blocking Internet access or removing data that violate intellectual property rights, but only if the liable person is operating in order to make direct or indirect profit or has caused or is likely affect the profits of the property owner. These measures would require a court order issued by the Central Court of Administration Litigation (court cases against public administration) of the Spanish High Courts. However, making public administration responsible for settling disputes or conflicts between private individuals on the, strictly private, intellectual property rights, raises a number of questions when regarded in the light of separation of powers as established in article 117 of the Constitution. There is also the question of the neutrality of public administration as the planned reform of the bill does not properly justify that the administration would be acting objectively in favour of the public interest, one of the principles stated in article 103 of the Constitution.

Keywords

intellectual property, *copyright*, Intellectual Property Commission, second branch, administrative procedure for the restoration of lawfulness, information society services, closing web pages

Topic

Intellectual property, Information Society services

1. El problema

Si en alguna cuestión de la propiedad intelectual no existe a día de hoy una solución que permita componer las diferencias en liza, sin duda alguna por converger intereses contrapuestos, tal es el caso de los medios para su tutela en la sociedad de la información. Mientras unos quieren controlar los actos de puesta a disposición al público de sus conteni-

dos protegidos, otros pretenden lucrarse con la prestación de servicios de «barra libre» *on-line* sobre aquellos contenidos, sin pagar nada a cambio, bajo el anonimato que ofrecen las direcciones IP en Internet e incluso actuando en un ámbito doméstico. Pero en unos tiempos en los que el intercambio de información en redes de telecomunicación forma parte rutinaria ya de nuestras vidas, la idea de poner fin a la descarga ilegal de archivos protegidos por derechos de propiedad intelectual parece una quimera. Pretender que el

acceso llevado a cabo por los abonados a Internet desde sus domicilios no se utilice de forma irresponsable para vulnerar derechos de propiedad intelectual es tanto como hacer un brindis al sol. Sin embargo, la preocupación por afrontar el problema pesa lo suficiente como para poner en marcha los engranajes necesarios para que la cuestión no se quede en un punto muerto y alcance una realidad normativa. Porque, efectivamente, con la legislación actual, sin duda deficitaria, ante la práctica imposibilidad de atajar desde un punto de vista técnico la escalada de infracciones de derechos de propiedad intelectual que se comete a diario en la Red, el colectivo de autores, artistas y productores está viendo como la oferta y la demanda de sus productos se está desplazando a Internet, donde se organiza al margen de los circuitos de comercialización legal, escapando con ello a su control y frustrándose consiguientemente sus expectativas de ganancia, hasta el punto de que, si no se pone remedio a una situación que amenaza directamente al actual modelo de negocio de la industria cultural, algunos vaticinan que éste acabará desapareciendo quedando en evidencia el entero sistema de protección de los derechos de propiedad intelectual. Por consiguiente, es necesario actuar para que esto no ocurra.¹

A nadie escapa que desde el punto de vista de política legislativa la cuestión se presenta harto compleja: ¿qué medidas es factible adoptar en términos de legalidad, de racionalidad económica y de eficiencia procesal? y lo más importante, ¿contra quién o quiénes es dable hacerlo?: ¿frente a los abonados o usuarios?, ¿frente a quienes fabrican los programas que éstos utilizan para intercambiarse archivos protegidos (es decir, los proveedores de software o de tecnología *peer-to-peer*)?, ¿tal vez frente a los intermediarios o prestadores de servicios de la sociedad de la información que promueven o facilitan el intercambio de archivos *on-line*? ¿o acaso, y dentro de los últimos, frente a los operadores de acceso a red?" Como tampoco escapa a nadie que

cualquiera que sea la solución que se convenga y la medida que se adopte la polémica estará servida.

El último episodio lo protagonizaban algunas asociaciones de internautas después de que el actual Gobierno de la Nación diera a conocer su intención de crear un órgano administrativo en el seno del Ministerio de Cultura para velar por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información, que serán (no los abonados, que quede claro) los únicos sujetos pasivos de las acciones que aquel emprenda. Me refiero a la Sección Segunda de la nueva Comisión de Propiedad Intelectual, como así ha sido bautizada por la Disposición Final Segunda del Proyecto de la Ley de Economía Sostenible (en adelante Proyecto de LES), cuya tramitación parlamentaria justo ahora acaba de iniciarse.

Aunque tendremos ocasión de ver cómo discurren los debates parlamentarios, merece la pena examinar algunas cuestiones de la Disposición Final Segunda del Proyecto de LES que se presentan altamente controvertidas.

2. La solución que propone el Gobierno: La Disposición Final Segunda del Proyecto de LES y la propuesta Sección Segunda de la futura Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura

2.1. La reforma a grandes trazos

Como se ha dicho, el Proyecto LES, que el Gobierno ha presentado al Congreso de los Diputados haciendo uso de su

1. Como puso de manifiesto el Acuerdo de Consejo de Ministros de 9 de octubre de 2009, por el que se creó una Comisión Interministerial de Trabajo para el asesoramiento en la lucha contra la vulneración de los derechos de Propiedad Intelectual mediante páginas de Internet: «La revolución digital y la evolución de las llamadas "nuevas tecnologías", en su condición de fenómenos en constante desarrollo, están suponiendo una oportunidad formidable para la creación y la difusión de los contenidos culturales, pero también han hecho surgir y continúan haciendo aparecer, en paralelo, nuevas modalidades de defraudación de los derechos de Propiedad Intelectual. Este conjunto de circunstancias está ocasionando, además de la vulneración de los derechos de Propiedad Intelectual mediante páginas de Internet, cuantiosas pérdidas al sector de las industrias culturales con la consiguiente destrucción de empleo y riqueza de un sector que genera cerca del 4% del producto interior bruto. Asimismo, la competencia que supone el tráfico ilegal existente, sobre todo en el entorno digital, dificulta notablemente las posibilidades de desarrollo de nuevas vías de negocio en dicho marco, limitando una indudable vía de expansión económica, habiendo pasado también este tema a ocupar un lugar preferente en la agenda internacional y europea, así como en los diversos foros dedicados a la materia de propiedad intelectual». (Resolución de 12 de noviembre de 2009, de la Subsecretaría de la Presidencia del Gobierno, por la que se publicó el citado Acuerdo de Consejo de Ministros, Boletín Oficial del Estado, n.º 281, de 21 de noviembre de 2009).

potestad de iniciativa legislativa,^{2,3} ha venido a crear en su Disposición Final Segunda (en lo sucesivo, *Disposición Final Segunda*), una nueva Comisión de Propiedad Intelectual en el seno del Ministerio de Cultura (en adelante, *CPI*), que pasará a estar integrada por dos secciones:

- La Sección Primera, que se encargará de la mediación y arbitraje, asumiendo así las funciones que ejerce actualmente la Comisión de Propiedad Intelectual o, como antiguamente se llamaba, Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, que pasará a ser por tanto la Sección Primera de la CPI.⁴
- Y la Sección Segunda, que, actuando conforme a los principios de objetividad y proporcionalidad, se encargará de velar por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por parte de responsables de servicios de la sociedad de la información.

Para ello, la Disposición Final Segunda que aquí anotamos proyecta lo siguiente:

- Por un lado, prevé incorporar la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual a los principios cuya lesión justifica la adopción de medidas para que se interrumpa o suspenda la prestación de un servicio de la sociedad de la información o para retirar contenidos que los vulneren, introduciendo para ello, su apartado uno, 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 (en lo sucesivo, *LSSICE*), y creando, su apartado dos, un nuevo artículo 8.2 en la *LSSICE*.
- Y por otro, en sus apartados tres y cuatro, prevé modificar el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, *TRLPI*), introduciendo una nueva Disposición Adicional Quinta en su articulado, y reformado íntegramente su artículo 158 del *TRLPI*, para potenciar las facultades de la CPI en los términos anteriormente expuestos.

Aunque reglamentariamente se determinará la composición, el funcionamiento y el procedimiento que la Sección Segunda de la CPI (en adelante *Sección Segunda*) deberá observar para el ejercicio de la función de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual que se le quiere atribuir, la Disposición Final Segunda del Proyecto de LES especifica que dicha entidad:

- a) Con el objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, podrá requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la comunicación de los datos que permitan tal identificación a fin de que pueda comparecer en el procedimiento, estando los requeridos «obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo tal identificación», como así proyecta el apartado dos de la Disposición Final Segunda, con el que se prevé introducir un nuevo artículo 8.2 en la *LSSICE*.
- b) Y una vez que el responsable del servicio de la sociedad de la información que esté realizando la conducta presuntamente vulneradora haya sido identificado, aquel órgano podrá adoptar medidas para que se interrumpa la prestación de su servicio o para retirar sus contenidos que vulneren la propiedad intelectual, mas siempre que el prestador actúe «con ánimo de lucro, directo o indirecto, o [...] haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial», para lo cual la Disposición Final Segunda, apartado cuatro, pretende crear un nuevo artículo 158.4 del *TRLPI*.

Bien puede decirse que, en lo que a la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual se refiere, el alcance de la reforma se contrae en esencia a esos dos puntos. Sin embargo, ante la posibilidad de que un órgano del Gobierno pudiera cerrar páginas web en casos de supuesta infracción de derechos de propiedad intelectual, sin autorización judicial (como así resultaba de la primera versión del texto del

2. El Proyecto de LES fue aprobado por el Consejo de Ministros de 19 de marzo de 2010 y presentado al Congreso de los Diputados el siguiente día 30, publicándose en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, n.º 60-1, Serie A, de 9 de abril de 2010.
3. La Disposición Final Segunda del Proyecto de LES apenas ha sufrido modificaciones con respecto a la correlativa Disposición Final Primera del Anteproyecto, cuya primera versión fue aprobada por el Consejo de Ministros de 27 de Noviembre de 2009, pero que después fue modificada por una segunda versión que se remitió finalmente a los órganos consultivos competentes para la emisión de informe, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de enero de 2010. Aparte de la nueva numeración, se aprecian únicamente ligeros cambios y correcciones de orden gramatical, además de algunas acotaciones en el texto del articulado, cuya necesidad fue puesta de manifiesto por alguno de los órganos consultivos.
4. A tenor de la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modificó el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual pasó a denominarse Comisión de Propiedad Intelectual. Con la reforma que ahora se proyecta pasará a ser la Sección Primera de la CPI.

Anteproyecto de LES), se encendieron todas las luces de alarma instalándose en el opinión pública un clima de gran inquietud, lo que llevó al Gobierno a redactar una segunda versión de Anteproyecto de LES (que se mantiene mejorada en el Proyecto de LES) con el fin de precisar que la ejecución de las medidas que adopte la Sección Segunda, en cuanto pueden afectar a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución (a saber, las libertades de información, de expresión, de producción y creación artística, científica o literaria, y de cátedra) requerirá de la previa autorización judicial (en congruencia con el artículo 20.5 de la Constitución), de acuerdo con un procedimiento que regulará un nuevo artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante LRJCA).

A diseñar precisamente los cauces de la fase de ejecución de las medidas que adopte la Sección Segunda destina la Disposición Final Segunda sus apartados cinco a ocho. En ellos se proyecta la reforma de una serie de preceptos de la LRJCA con la que se persigue sustancialmente la finalidad de asegurar la intervención judicial en dicha fase de ejecución. Esto es, se contempla un procedimiento de ejecución judicial para las resoluciones que adopte la Sección Segunda,⁵ atribuyéndose su competencia a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, por lo cual ha sido necesario que el Gobierno presentara en paralelo un Proyecto de Ley Orgánica Complementaria de la LES, por la que se modifican, entre otras Leyes Orgánicas, la 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial,⁶ en la que se prevé añadir un nuevo apartado 5 a su artículo 90.

2.2. El llamado *procedimiento para el restablecimiento de la legalidad* cuya instrucción y resolución se quiere atribuir a la Sección Segunda

Al respecto del nuevo procedimiento administrativo para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual cuya instrucción y resolución se quiere atribuir a la propuesta

Sección Segunda, hay que decir que su grado de indeterminación es máximo. De hecho, la Disposición Final Segunda del Proyecto de LES, (introduciendo un nuevo apartado 4 al artículo 158 del TRLPI), se limita a decir lo siguiente: «Reglamentariamente se determinarán la composición y 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, 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». De tal manera que no se sabe aún cuál será el procedimiento a seguir, ni los requisitos que deberán acreditar quienes pretendan acudir al procedimiento que administrativamente resuelva la Sección Segunda. Y no parece que diferir su regulación a un posterior reglamento sea lo más apropiado cuando, como queda expuesto en el Proyecto, pueden afectarse derechos fundamentales.⁷

2.3. La ejecución judicial de las resoluciones que adopte la Sección Segunda para restringir servicios de la sociedad de la información y la atribución de dicha competencia a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional

Una vez que la Sección Segunda dicte una resolución acordando la interrupción o la suspensión del servicio prestado por un intermediario de la sociedad de la información o la retirada de contenido infractor alojado en los servidores de éstos, se prevé que corresponda a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo autorizar, mediante auto, la ejecución de la resolución adoptada, para lo cual, deberá observarse el procedimiento especial de amparo judicial de derechos fundamentales que, por la vía de un nuevo artículo 122 bis en el capítulo I, del título V, de la LRJCA, traza la Disposición Final Segunda, apartado siete, del Proyecto de LES. Con ello, tal y como se adelantaba, se pretenden

5. Aunque la Disposición Final Segunda habla sólo de «actos» y de «actos administrativos», y ya no de «resoluciones» como hacía el Anteproyecto, para referirse a las medidas que adopte la Sección Segunda.
6. El Proyecto de Ley Orgánica Complementaria de la LES fue aprobado por el Consejo de Ministros de 19 de marzo de 2010 y presentado al Congreso de los Diputados el siguiente día 30, publicándose en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, n.º 61-1, Serie A, de 9 de abril de 2010.
7. En este sentido, el Informe al Anteproyecto de LES aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 25 de enero de 2010, dejaba constancia de la preocupación que ello suscitaba, ante un procedimiento administrativo que se aproxima en su naturaleza a los de carácter sancionador (pág. 20).

modificar una serie de preceptos de la LRJCA. Así, la Disposición Final Segunda, en su apartado cinco, numera el texto actual del artículo 9, como apartado 1 de la LRJCA y añade al mismo un apartado 2; en su apartado seis, da una nueva redacción al artículo 80.1 letra d), de la LRJCA; y, en su apartado ocho, modifica el apartado 5 de la Disposición Adicional Cuarta de la LRJCA.

El procedimiento puede decirse sintéticamente que es el siguiente: (i) Acordada la medida restrictiva del servicio por la Sección Segunda de la CPI, ésta solicitará al Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo autorización para su ejecución; y (ii) éste, en el plazo improrrogable de cuatro (4) días siguientes a la notificación de la resolución por la Sección Segunda y poniendo de manifiesto el expediente, convocará al representante legal de dicha Administración pública, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos y libertades afectados por la medida acordada o a la persona que éstos designen como representante, a una audiencia en la que, basándose en el principio de contradicción, oírán a todos los personados, resolviendo después mediante auto, únicamente, autorizar o denegar la ejecución de la medida.

La hipotética resolución del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo acordando ejecutar una medida adoptada por la Sección Segunda de la CPI, esto es, llevándola a puro y debido efecto, aparte de que tendrá que revestir la forma de auto, tratándose de una medida que puede restringir derechos y libertades fundamentales deberá estar suficientemente motivada en Derecho, de tal modo que para poder acodarla, el juez tendrá que realizar (aunque sea en la fase de ejecución en la que está llamado a intervenir) una ponderación o juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental de que se trate (libertad de expresión, etc.) y la situación de aquél a quien pretenda tutelar (el titular del derecho de propiedad intelectual infringido), autorizando la ejecución de la medida restrictiva de la prestación del servicio de intermediación adoptada por la Sección Segunda sólo en el caso de que se cumpla el principio de proporcionalidad.⁸ Lo que obligará a aquellos Juzgados a ser sumamente cautelosos y a analizar todas las circunstancias del caso concreto.

Por lo demás, la razón por la que se inviste de competencia a los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional es

que, teniendo estos órganos jurisdicción en toda España, podrán llevar a ejecución las resoluciones que dicte la Sección Segunda en todo el territorio nacional, en coherencia con la extraterritorialidad propia de Internet.

En cualquier caso, las resoluciones de la Comisión serán recurribles directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Y por supuesto, también en segunda instancia, las resoluciones (autos) de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, tanto las que autoricen, como las que denieguen la ejecución del acto administrativo, acordando la suspensión del servicio o la retirada de contenido (artículos 66-c de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 11.2 de la LRJCA).

Una vez dicho lo anterior, ha llegado el momento de que algunas cuestiones, sin duda polémicas o controvertidas, sean examinadas. A ello dedicaremos la siguiente parte de este trabajo.

3. Análisis de algunas cuestiones polémicas o controvertidas de la reforma que ha proyectado el Gobierno para proteger los derechos de propiedad intelectual en la sociedad de la información.

3.1. ¿Es necesario incluir la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en los principios cuya lesión justifica la adopción de medidas restrictivas de servicios de la sociedad de la información previstos en la LSSICE?

Como hemos visto, la Disposición Final Segunda del Proyecto de LES prevé incorporar la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual a los principios cuya lesión justifica la adopción de medidas para que se interrumpa o suspenda la prestación de un servicio de la sociedad de la información o para retirar contenidos que los vulneren, y que se contemplan en el artículo 8.1 en la LSSICE. Sin

8. La orden de suspensión del servicio de alojamiento de una página web sería desproporcionada, por ejemplo, si el contenido supuestamente infractor sólo se encuentra en un sub-dominio y puede ser retirado sin afectar al resto de la página (con contenido no infractor).

embargo, es discutible que sea necesaria una reforma en este sentido.

En efecto, desde que entró en vigor la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se ampliaron los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial (en adelante, *Ley 19/2006*), tanto los titulares de derechos de propiedad intelectual, como los de propiedad industrial, pueden instar la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir sus derechos, ya sea como objeto de una acción de cesación principal -artículo 139.1, letra h) del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (*TRLPI*, en adelante); artículo 63.1, letras a) y e), de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (*Ley de Patentes*, en adelante), artículo 41 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (*Ley de Marcas*, en adelante); artículo 53 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño industrial (*Ley del Diseño Industrial*, en adelante)-, ya como objeto de una acción de cesación cautelar -artículo 141.6 del TRLPI, Artículo 134.1.⁹ de la Ley de Patentes (aplicable a la de Marcas y a la del Diseño Industrial, por remisión de la Disposición Adicional Primera de la Ley de Marcas y de la Disposición Adicional Primera de la Ley del Diseño industrial).

Y aunque en las mencionadas leyes se haga referencia únicamente a «la suspensión de los servicios prestados por intermediarios»,⁹ y no a la retirada de contenidos (modalidad de la acción de cesación que no ha de conllevar necesariamente la suspensión del servicio), está claro que donde cabe lo más ha de haber lo menos. En este sentido, los artículos 8.2 y 11.1 de la LSSICE, junto a la interrupción de la prestación de un servicio, hablan: el artículo 11.1 de «la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España», y el artículo 8.2, de «[...] la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España», a los efectos, este último precepto, de la solicitud de medidas de auxilio tecnoló-

gico para la efectividad de la medida de restricción del servicio de que se trate.

En definitiva, la aprobación de la Ley 19/2006 supuso un auténtico hito en la tutela judicial por la vía civil de los derechos de propiedad intelectual e industrial en nuestro país. Dicha Ley, que vino a transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (más conocida como *Directiva Enforcement*), modificó una serie de leyes tuitivas de los derechos de propiedad intelectual e industrial, entre otras cosas, para atajar infracciones cometidas en Internet. De modo que la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual (e industrial) frente a actos en ese frente es ya una realidad en España. Por consiguiente no parece que haga falta introducir una nueva letra e) en el artículo 8.1 de la LSSICE, en el sentido que proyecta la Disposición Final Segunda, en su apartado primero.

De hecho, la única razón por la cual se puede querer incorporar la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual al catálogo de principios del 8.1 de la LSSICE es que ello permitiría que un órgano administrativo como la Sección Segunda pudiera adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa la prestación de un servicio o para retirar los datos que vulneren aquellos derechos. En efecto, el artículo 8.1 de la LSSICE dice que: «En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, *los órganos competentes para su protección*, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneren [...]».¹⁰ Y si nos atenemos a la definición que de órgano competente aparece en el anexo, letra j), de la LSSICE, observamos que por el mismo hay que entender «todo órgano jurisdiccional o administrativo, ya sea de la Administración General del Estado, de las administraciones autonómicas, de las enti-

9. Como dice la Ley 19/2006, en su Exposición de Motivos: «[...] es necesario reconocer al titular del derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial infringido la posibilidad de instar acciones para la cesación de la actividad ilícita y las medidas cautelares que procedan contra los intermediarios cuyos servicios se utilicen por terceros para materializar la infracción. La plena adecuación de estas previsiones exige modificar los artículos 138 y 139 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, 63 y 135 de la Ley de Patentes, 41 de la Ley de Marcas y 53 de la Ley de protección jurídica del diseño industrial».

10. El énfasis en cursiva es nuestro.

dades locals o de sus respectivos organismos o entes públicos dependientes, que actúe en el ejercicio de competencias legalmente atribuidas». Por consiguiente, añadiendo la salvaguarda de la propiedad intelectual a los principios cuya vulneración justifica la adopción de medidas restrictivas, se permitiría que éstas pudieran ser adoptadas, además de por los órganos del poder judicial, por un órgano administrativo, lo cual, como tendremos ocasión de exponer más adelante, constituye un remedio tan excesivo como injustificado al problema al que hacíamos referencia al comienzo.

En cualquier caso la conveniencia de incluir la salvaguarda de la propiedad intelectual en los principios del artículo 8.1 de la LSSICE únicamente podemos encontrarla en la necesidad de dotar a los titulares de derechos de propiedad intelectual supuestamente infringidos, en el ámbito del proceso civil, de una disposición que de forma clara y precisa establezca la posibilidad de obtener los datos necesarios para identificar al responsable de la presunta infracción a través de una nueva diligencia preliminar insertada en la LSSICE, como se dirá en el siguiente apartado, aunque no parece que ésta haya sido la intención del Gobierno.

3.2. El requerimiento de información a los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Su importancia para los órganos de la jurisdicción civil

Como se adelantaba, una de las novedades más destacable de la reforma que se proyecta es la posibilidad que tendrán los órganos de la jurisdicción civil que son competentes para adoptar medidas de restricción de servicios de la sociedad de la información, para requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información a que faciliten los datos que permitan identificar a los responsables del servicio de la sociedad de la información que estén realizando una conducta presuntamente vulneradora de derechos de propiedad intelectual (a lo que habría que añadir también de derechos de propiedad industrial), estando aquéllos obligados a facilitar al órgano judicial los datos necesarios para llevar a cabo dicha identificación.

En efecto, parece que no se ha reparado lo suficiente en la importancia que tendrá dicha medida en caso de aprobarse la reforma. Con ella vendrían a mitigarse en gran medida los efectos de la doctrina sentada por la Senten-

cia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 29 de enero de 2008 asunto C-275/06 (Promusicae c. Telefónica), resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid, y que puede resumirse así: El Derecho comunitario no obliga a los Estados miembros a imponer a un proveedor de acceso a Internet el deber de revelar la identidad y dirección de sus clientes cuando se dirija contra él un requerimiento de información en el marco de un procedimiento de diligencias preliminares promovido para preparar una demanda por supuesta infracción de derechos de propiedad intelectual en un futuro procedimiento ante los órganos de la jurisdicción civil.

Con todo, el Tribunal de Justicia dejó claro que aunque ninguna norma comunitaria imponga el deber de revelar datos personales en un procedimiento civil, así lo pueden establecer los Estados miembros.

Pues bien, con la reforma que ahora se proyecta el Gobierno ha querido establecer expresamente esa obligación en lo relativo a determinadas infracciones de derechos de propiedad intelectual cometidas en línea, obligando a los prestadores de acceso a Internet o de alojamiento de datos a revelar la identidad de sus clientes, cuando éstos sean responsables de un servicio de la sociedad de la información que esté realizando una conducta presuntamente vulneradora, y más particularmente cuando sean responsables de servicios de provisión de enlaces a sitios de Internet, que faciliten la vulneración de derechos de propiedad intelectual (a saber, páginas de enlaces a archivos de obras y/o prestaciones protegidas puestas a disposición del público en redes p2p o en servidores para su descarga o para su mero disfrute mediante técnicas como el *streaming*, etc.).¹¹

Con lo cual ese deber de facilitar información se podría exigir, caso de prosperar la reforma, por la vía de un procedimiento de diligencias preliminares, ante la jurisdicción civil -así resultaría interpretando el nuevo artículo 8.2 de la LSSICE junto con la definición que de *órgano competente* aparece en Anexo, letra f), de dicha Ley (y que antes hemos transcrito), sistemáticamente con el artículo 256.1.9.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, según el cual: «[T]odo juicio podrá prepararse: [...] 7.º Por petición de las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos [como serían los de propiedad intelectual], provean las correspondientes leyes especiales [como sería la LSSICE]». Y una reforma en ese sentido sin duda sería justa y conveniente ante las

dificultades con que se encuentran los titulares de derechos de propiedad intelectual ante los órganos de la jurisdicción civil para identificar a los responsables de las infracciones cometidas *on line*. Sin embargo, el Gobierno se ha empeñado en que lo anterior lo pueda también ordenar un órgano administrativo: la Sección Segunda. Y si podemos convenir que lo primero (la instauración de un requerimiento judicial de información como diligencia preliminar ante la jurisdicción civil en los términos anteriormente expuestos) constituiría una novedad muy destacable de la reforma que serviría para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de propiedad intelectual frente a determinadas vulneraciones en Internet, en la vía civil, adelantamos que lo último (que eso mismo lo pueda hacer una administración pública) supone un auténtico dislate.¹²

3.3. La adopción de medidas restrictivas de servicios de la sociedad de la información para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en la sociedad de la información por parte de un órgano de la Administración pública

Volviendo a las súper facultades (pues no cabe otro calificativo) con que se quiere dotar a la Sección Segunda y

señaladamente a la potestad para resolver pretensiones de restricción de servicios de la sociedad de la información en casos de supuesta vulneración de derechos de propiedad intelectual, conforme a la Disposición Final Segunda hay que decir, como antes adelantábamos, que suponen un auténtico atropello.

En efecto, no parece que un órgano del Gobierno pueda adoptar medidas como las descritas, enarbolando para ello la bandera de los derechos de los particulares. Con ello no sólo se verían afectados diversos derechos fundamentales - los de las personas contra quienes se adoptasen esas medidas (y siendo así tampoco se entiende cómo una reforma tan importante se introduce como de tapadillo, por la puerta de atrás de una disposición final, además de una ley ordinaria)-, sino que quedaría cuestionado el más elemental principio de cualquier Estado social y democrático de Derecho: la separación de poderes. Y ello por cuanto, correspondiendo exclusivamente a los órganos del poder judicial juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, no puede encomendarse lo primero al Ministerio de Cultura, el cual carece naturalmente de competencia para resolver cuestiones tan ajenas a sus funciones administrativas como resolver pretensiones de suspensión de servicios o retirada de datos en defensa de derechos de los particulares.¹³ Al contrario, cuando no existe una protección penal, estas cuestiones son de la competencia del orden

11. Tal como aparece redactada la Disposición Final Segunda el deber que se pretende recaiga sobre los prestadores de acceso es el de comunicar los datos de cualquier prestador que realice una conducta presuntamente infractora, si bien serían los responsables de tales páginas de enlaces los que estarían situados más en el punto de mira. No hay que olvidar que con anterioridad a la aprobación de lo que fue el Anteproyecto de LES, por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 9 de octubre de 2009, el Gobierno creó la Comisión Intermunicipal de Trabajo para el asesoramiento en la lucha contra la vulneración de los derechos de Propiedad Intelectual mediante páginas de Internet, a que antes hemos hecho referencia, para «[e]studiar y poner de manifiesto posibles desajustes entre el marco jurídico vigente y el nuevo escenario digital que se plantea con el creciente número de páginas de Internet que facilitan la vulneración de derechos de Propiedad Intelectual» (énfasis añadido) (artículo segundo, del Anexo de la disposición por la que se creó dicha Comisión, relativo a sus actividades). No obstante, en una reciente resolución -ciertamente importante- (Sentencia de 9 de marzo de 2010), el Juzgado de lo Mercantil 7 de Barcelona desestimaba una demanda presentada por infracción de derechos de autor por la SGAE contra el prestador de un servicio de la sociedad de la información que facilitaba enlaces a redes «P2P» a través de su dominio (elrincondejesus.com). Según la sentencia (F. J. 2.º): «La página web de enlace a redes P2P, de la manera que se configura la web de elrincondejesus [como dice el juez de lo Mercantil: «no existe ánimo de lucro ni directo ni indirecto»], no vulnera en la actualidad los derechos de explotación que les confiere a los autores la Ley de Propiedad Intelectual».
12. Nótese que en materia penal la Sala General de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó un Acuerdo el día 23 de febrero de 2010 para dejar por sentado la necesidad de autorización judicial «para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el Ministerio fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre el Ministerio Fiscal precisa de la autorización judicial para que le sea desvelada». De modo que si en sede penal, donde se enjuician los actos u omisiones más graves, se exige una autorización judicial para obtener aquellos datos, no se explica cómo puede pretender el Gobierno que lo haga un órgano meramente administrativo sin autorización judicial.
13. Hay que advertir que no se quiere instaurar una vía alternativa a la judicial, a la que las partes puedan acudir voluntariamente para resolver una disputa o controversia en sus relaciones como particulares, sino que lo que se pretende es trasladar a la Administración pública el poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar determinadas disputas en materia de propiedad intelectual (las derivadas de supuestas infracciones cometidas por prestadores de servicios de la sociedad de la información), y tal posibilidad la tendrían los titulares de los derechos supuestamente infringidos sin necesidad de contar para ello con el consenso de la contraparte, que quedaría por tanto sometida forzosamente al procedimiento -aún por desarrollar- que se iniciara ante aquel órgano administrativo. Faltaría con ello el elemento de voluntariedad que es fundamental en cualquier resolución de conflictos entre particulares que sea alternativa a la vía judicial, como por ejemplo el arbitraje, y se pondría en marcha la acción de una Administración pública exclusivamente a conveniencia de los intereses de un sujeto particular. Ni siquiera se contempla si quedaría con ello excluida la vía judicial, a la que por tanto podría acudir cualquiera de las partes (incluso iniciado ya el procedimiento ante la Sección Segunda) con el consiguiente riesgo de que se duplicara la controversia y se dictaran resoluciones contradictorias.

jurisdiccional civil,¹⁴ y dentro del mismo, su conocimiento corresponde a los juzgados de lo mercantil, en tanto que órganos especializados dentro de la jurisdicción civil en materia de propiedad intelectual.¹⁵

Desde un punto de vista objetivo la competencia para conocer de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a derechos de propiedad intelectual recae por tanto en los Juzgados de lo mercantil. Y atribuir sus competencias a un órgano administrativo carece por completo de justificación. Por consiguiente, disponer que la ejecución de las medidas de restricción de servicios de la sociedad de la información que acuerde la Sección Segunda sea después autorizada por un juez -además, no especializado en la materia como ya hemos visto-, y sin que el mismo haya resuelto previamente el asunto, además de una irresponsabilidad, parece una medida de cara a la galería, que no podría suplir la falta de competencia de aquel órgano para las cuestiones que se le quieren atribuir.

Véase como el artículo 11.3, apartado segundo, de la LSSICE es tajante en este punto cuando dice: «En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de forma excluyente para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo. En particular, la auto-

rización del secuestro de páginas de Internet o de su restricción cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución solo podrá ser *decidida*¹⁶ por los órganos jurisdiccionales competentes».

De ahí que las únicas medidas restrictivas de servicios de la sociedad de la información para cuya adopción puede estar legitimada una Administración pública son aquellas con las que se pretende salvaguardar el interés general. Y es por ello que en la Exposición de Motivos de la LSSICE se dice que «[...] sólo se permite restringir la libre prestación en España de servicios de la sociedad de la información [...] que consistan en la producción de un daño o peligro graves contra ciertos valores fundamentales como el orden público, la salud pública o la protección de los menores». Pero fuera de esos valores fundamentales está claro que cualquier restricción de servicio ha de ser acordada (y después ejecutada, pero antes acordada) por un juez.¹⁷

Hemos de partir pues de la base de que la Administración pública debe servir con objetividad a la satisfacción del interés general (artículo 103.1 de la Constitución Española).¹⁸ Como dice Guillén: «El punto de partida se encuentra en el artículo 103.1 CE, en el que se establece que la Administración *sólo puede actuar para el servicio de los intereses generales*. Esta regla constitucional marca el contorno y los límites al legislador a la hora de atribuir nuevas

14. Como el resto de conflictos que se plantean en las relaciones entre particulares de naturaleza estrictamente privada los que surgen en materia de propiedad intelectual en la sociedad de la información corresponde resolverlos a los órganos de la jurisdicción civil.
15. Artículo 86 ter, apartado 2, letra a, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). Los juzgados de lo mercantil se crearon, precisamente, para que las pretensiones como las que se quieren hoy ejercitar ante la Sección Segunda sean resueltas «por titulares con conocimiento específico y profundo de la materia, lo que ha de facilitar unas resoluciones de calidad en un ámbito de indudable complejidad técnica» (apartado II de la Exposición de Motivos de Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modificó la LOPJ). Su creación se motivaba como sigue: «la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo y su repercusión en las diferentes ramas del ordenamiento aconseja avanzar decididamente en el proceso de especialización. Con tal finalidad, se encomiendan a los juzgados de lo mercantil otras competencias añadidas a la materia concursal» (Ley últ. y lug. cit.).
16. La cursiva es nuestra. Nótese que el verbo *decidir* equivale a 'resolver' lo que significa tanto como que las medidas a que se refiere el precepto sólo pueden ser adoptadas por los órganos del poder judicial, no pudiendo por tanto hacerlo los de la Administración pública. Lo cual ha sido obviado en el Proyecto de LES.
17. En palabras de FLEINER «Toda medida de policía tiende a asegurar el orden público; por tanto, encuentra su limitación allí donde comienzan las relaciones estrictamente privadas. De aquí que la policía tampoco pueda actuar a requerimiento de un particular para proteger sus intereses meramente privados; para esto están los Tribunales de Justicia», véase Fritz FLEINER, *Instituciones de Derecho administrativo*, Labor, 1933, pág. 321, citado por Fernando GARRIDO FALLA, en «Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, n.º 28, Madrid (1959), pág. 20.
18. Lo que se reitera en el artículo 3 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en varios de los apartados de la Exposición de Motivos de la misma: «III. [...] La Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración, puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos [...] como el instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y los grupos que interpretan la sociedad sean reales y efectivos»; «VII. [...] el principio de neutralidad [...] exige mantener los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales».

potestades a las administraciones y permite, a su vez, al Tribunal Constitucional controlar la legalidad constitucional de las normas en que se contengan estas habilitaciones. El interés, indudablemente público, de que los conflictos jurídicos que enfrentan a los diversos sujetos se resuelvan mediante la intervención de terceros, caracterizados por la nota de imparcialidad, no es suficiente por sí solo para legitimar una actuación administrativa dirigida a su resolución, puesto que esta función se encuentra atribuida a los órganos judiciales, como se deduce del ya citado artículo 117 CE. Esto implica que para que se encuentren debidamente legitimadas desde una perspectiva constitucional las normas que atribuyen a la Administración la potestad de resolver este tipo de conflictos, mediante las fórmulas que ellas mismas prevean, es necesario que esos conflictos afecten o se encuentren ligados con una especial intensidad a algún interés público cuya tutela se encuentre de forma directa encomendada a la Administración. Pues bien, la concurrencia del elemento del interés público que justifique la atribución de este tipo de potestades a la Administración es decidida por el legislador, que dispone de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de discernir si se dan los suficientes argumentos que aconsejen el otorgamiento o no de la potestad de resolución de conflictos *inter privados* a las administraciones públicas. La discrecionalidad de que goza el legislador ha de tener unos límites, pues no cabe el otorgamiento con carácter general de una fase prejudicial administrativa de resolución de conflictos. Por ello será necesaria una especial atención del legislador a la hora de examinar el interés público legitimador de la intervención administrativa arbitral en un sector concreto que deberá ser el mismo interés público –concreto y específico– que legitima el resto de las potestades administrativas que se ejerzan en ese sector».¹⁹

Pues bien, parece que el Gobierno habría apreciado la existencia de un interés general que justificaría la atribución de las potestades que la Disposición Final Segunda proyecta conferir a la Sección Segunda para salvaguardar los derechos de propiedad intelectual y limitar con ello derechos fundamentales de determinados prestadores de servicios de la sociedad de la información. Sin embargo no parece que el mismo esté suficientemente justificado en el Proyecto de LES, cuya

Exposición de Motivos lo único que dice al respecto es lo siguiente (Apartado VII): «El objeto de estas reformas es introducir un régimen de protección de la propiedad intelectual coherente con las previsiones de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y que tome en consideración tanto las necesidades de una actuación ágil y efectiva frente a las vulneraciones de la misma realizadas mediante la puesta a disposición de contenidos en la web, como las garantías de los derechos que pudieran verse afectados y, muy especialmente, la intervención judicial en garantía de la libertad de expresión e información».

Si nos atenemos a «las necesidades de una actuación ágil y efectiva frente a las vulneraciones [...] realizadas mediante la puesta a disposición de contenidos en la web» a las que alude la Exposición de Motivos, podría pensarse que el Gobierno ha considerado que la rápida resolución de los casos de supuesta defraudación de derechos de propiedad intelectual por parte de determinados responsables de servicios de la sociedad de la información es necesaria para que la industria pueda seguir funcionando en condiciones de libre competencia, siendo el buen funcionamiento del mercado cultural y la protección de los sujetos que en él participan el *interés general* que legitimaría la atribución a la Sección Segunda de competencia para resolver los conflictos. Hasta sería posible que se hubiese pensado en ello, como una fórmula alternativa a la vía judicial (sin excluirla), ante una (más aparente que real) inadecuación de ésta para dar una solución rápida y eficaz al conflicto al que hacíamos referencia al inicio. Siendo esta la razón por la cual se habría decidido que la Administración pública ha de tomar cartas en el asunto, y quedar a su actuación sometidos los particulares.

Sin embargo, lo anterior, que podría ser legítimo si no hubiera otro remedio, no lo es en el caso que nos ocupa, porque no está suficientemente justificado (ni sería responsable) afirmar que los órganos del poder judicial no están dando una solución rápida y eficaz a los conflictos que se plantean en materia de propiedad intelectual en la sociedad de la información. Sostener

19. Javier GUILLÉN CARAMÉS, «Administración y actividad arbitral: la necesidad de simplificación y la reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo». *Revista de Administración Pública*, n.º 166, Madrid, enero-abril (2005), pág. 361-362.

esto sería tanto como decir que no se garantiza en España una tutela judicial efectiva de los derechos de propiedad intelectual en Internet. Lo cual no podemos admitir (cuando además son muy pocas las acciones entabladas contra prestadores de servicios de la sociedad de la información, sobre todo en la vía civil, como para hacer balance) e iría en contra del artículo 24.1 de la Constitución. Lo único que acaso podemos convenir es que la tutela de estos derechos en lo que a la sociedad de la información respecta debería revisarse continuamente ante la existencia de una fenomenología de supuestos tan cambiante como la propia tecnología.

Pero no por ello puede sustraerse el enjuiciamiento de los conflictos que en ese ámbito se plantean al único poder del Estado que tiene reservada la función jurisdiccional.

Desde luego no podemos obviar que en la protección de la propiedad intelectual reside un interés público, por aquello de que recompensando el esfuerzo que presupone la creación intelectual mediante el reconocimiento de unos derechos de exclusiva se fomenta la creatividad y con ella se abre paso a que la colectividad pueda acceder a un bien escaso como son las obras del espíritu,²⁰ pero no creemos que el mismo predomine hasta el punto de que sea necesario confiar su salvaguarda a la Administración pública.²¹ Y entre otras cosas porque nuestro Estado de Derecho ya dispone de los mecanismos de defensa por medio de una tutela judicial efectiva. O planteémonos si, de lo contrario, no vendrá

alguien a preguntarse (y razón no le faltará) quién ha de contribuir al gasto público que genere esa encomienda.

En definitiva, los medios de tutela de tales derechos no corresponde adoptarlos al Ministerio de Cultura sino a los órganos del poder judicial, tras un procedimiento declarativo y contradictorio.

4. Conclusión

A nuestro juicio el Gobierno ha emprendido una reforma en falso y con los titubeos propios de quien no sabe cómo atajar el problema a que se hacía referencia al comienzo. Sólo hay que ver cómo, bajo la rúbrica de «proteger la propiedad intelectual frente a la piratería en Internet», se presentaba la actual Disposición Final Segunda en la primera versión del Anteproyecto y aparecía en la segunda bajo la de «protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información» [«y de comercio electrónico» añade el Proyecto de Ley].

Pero sin duda lo más criticable es que con la reforma se pretenda que una Administración pública pueda resolver conflictos que se susciten entre particulares sobre derechos de naturaleza exclusivamente privada. Cuando los derechos de propiedad intelectual son subjetivos, de modo que su tutela debería estar ya garantizada judicialmente. Y si alguien cree que no lo está, aún estamos a tiempo de reaccionar.

20. Véase en este sentido el trabajo de José FORNS, «Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura», en *Anuario de Derecho Civil*, t. IV, 1951, pág. 985 y ss. Nótese que actualmente las autoridades públicas sólo pueden intervenir en defensa de derechos de autor sobre obras que aún no han ingresado en el dominio público en los casos en que habiendo fallecido ya el autor no se de con las personas mencionadas en el artículo 15 del TRLPI para su defensa. Véase, en este sentido, el artículo 16 del TRLPI. También el artículo 40 del TRLPI. De hecho, la antiguamente llamada Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual se creó (bajo la denominación originaria de Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual, adoptando aquel nombre en virtud de la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 28/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable) con la finalidad de promover mediante su intervención «la solución de los conflictos que puedan plantearse» para así «favorecer la difusión de las obras y la explotación de los derechos gestionados» (Exposición de Motivos de la Ley 22/1987, de 22 de noviembre, de Propiedad Intelectual). Siendo en esa materias donde realmente existe un interés general, mas no cuando los titulares ya disponen (o han de disponer para así garantizar la tutela judicial efectiva de sus derechos) de las armas adecuadas para defenderlos.

21. Así lo ponía de manifiesto el teniente fiscal del Tribunal Supremo: «hasta esta reforma la intervención de los poderes públicos en la redacción vigente de la Ley 34/2002 venía justificada por la salvaguarda de intereses generales (investigación penal, orden público, salud pública, dignidad de la persona) o de colectivos situados en una posición de debilidad (menores, consumidores o usuarios). La defensa y salvaguarda de la propiedad intelectual no parece alzarse al mismo nivel, aunque se pueda reconocer su importancia en las modernas sociedades y los valores productivos y económicos derivados de la misma», Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LES, 12 de febrero de 2010 (Madrid), pág. 4-5.

Cita recomendada

FERRÁNDIZ AVENDAÑO, Pablo (2010). «La proyectada reforma de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura y el "procedimiento para el restablecimiento de la legalidad", cuya instrucción y resolución se quiere atribuir a su propuesta Sección Segunda» [artículo en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 10. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].

<<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n10-ferrandiz/n10-ferrandiz>>

ISSN 1699-8154



Esta obra está bajo la licencia Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 2.5 España de Creative Commons. Así pues, se permite la copia, distribución y comunicación pública siempre y cuando se cite el autor de esta obra y la fuente (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*) y el uso concreto no tenga finalidad comercial. No se pueden hacer usos comerciales ni obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.es>>

Sobre el autor

Pablo Ferrándiz Avendaño
 pferrandiz@uoc.edu

Profesor/consultor de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC). Abogado especialista en litigación y resolución de disputas en materia civil/mercantil y en propiedad industrial/intelectual. Presidente de la Sección de Derechos de Autor y Derechos de Imagen del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Miembro del Grupo de Expertos de la Corte de Arbitraje del Consejo Superior de Cámaras para la resolución extrajudicial de conflictos sobre nombres de dominio .es.

Universitat Oberta de Catalunya
 Estudios de Derecho y Ciencia Política
 Av. Tibidabo, 39-43
 08035 Barcelona, España