

PUBLICACIONES

» “La Ley Sinde: funciones y disfunciones.”

Blanca Cortés Fernández
Pedro Merry Monereo
Ignacio Cárdenas Artola

CMS Albiñana & Suárez de Lezo
Departamento de Propiedad Intelectual

Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la
Competencia

Nº 62 (Abril-junio 2011)



“Con las leyes pasa como con las salchichas: es mejor no ver cómo se hacen”. Otto Von Bismarck.

I.- INTRODUCCIÓN

En 1876, un grupo de diputados de gran prestigio intelectual presentó una proposición de ley por la que se sugería la equiparación de la propiedad intelectual, especialmente en cuanto al concepto de “propiedad” se refiere, con el derecho español común y el tratamiento que se otorga a tal derecho real. Los firmantes eran Manuel Danvila, Víctor Balaguer, Emilio Santos, Gaspar Núñez de Arce, Mariano Carreras, Emilio Castelar e Ignacio Escobar. Las palabras de Danvila en la sesión del Congreso de los Diputados de 14 de noviembre de 1876 reflejan el respeto que estos políticos sentían por la propiedad intelectual:

“Hay un punto capital en que todos los que se han ocupado de la propiedad intelectual convienen, y es en que los autores son dueños de los productos de su talento, y la divergencia consiste en que mientras unos consideran que ese producto no debe ser más que un privilegio que debe cesar en cier-

tas y determinadas circunstancias, hay otros que, como yo y todos los que me han honrado suscribiendo la proposición que hoy está sometida a vuestra deliberación, creen que la propiedad intelectual debe disfrutar los mismos derechos, los mismos beneficios que la propiedad común y que es, si cabe, más aceptable, porque más respetable que la propiedad material es la propiedad intelectual, pues ésta sólo Dios la pone en algunos entendimientos para que se creen un nombre, una posición, y con más raras excepciones, algunas veces se camina hacia la inmortalidad”.

Qué duda cabe, la actividad intelectual es fundamental para el progreso de las sociedades. No hay evolución técnica, revolución estética, conquista económica o superación del bienestar que no haya sido previamente explorada por aquellos cuya actividad fundamental es la de crear e investigar para la construcción de un mundo diferente.

Puede decirse, en consecuencia, que la actividad intelectual es una profesión, aunque no se basa en la repetición mecánica de acciones. Artistas, investigadores, teóricos de todo tipo, realizan actividades en las

que los medios materiales no son prioritarios frente al uso del intelecto como instrumento operativo o a la capacidad para crear algo nuevo, hermoso o útil. El resultado, físico, procedimental o inmaterial, portará como valor máximo e identitario una pequeña o gran porción de talento, especialmente cuando el sistema de producción y consumo no lo ha interiorizado hasta hacerlo invisible en su presentación en sociedad.

Así lo ha entendido, entre otros, el prestigioso sociólogo Richard Florida, quien nombra como factores fundamentales para una economía sana y sostenible el Talento, la Tecnología y la Tolerancia (teoría de las tres “T”), haciendo hincapié en esta última como pieza fundamental para que se cumplan las anteriores, logrando crear un marco en el que se pueda desarrollar el progreso de cada individuo y el auge de su creatividad, contando siempre con la multiculturalidad y el respeto a la riqueza de pensamiento como valores primordiales. Según Florida, la “clase creativa” busca para desarrollarse medios en los que se encuentren estos principios, siendo ejemplos de relevancia entornos urbanos como Silicon Valley, Milán, Nueva York, etc.

Llegados a este punto cabe cuestionarse, aun sabiendo la respuesta de antemano, si es nuestro país un entorno amable para el desarrollo de las tres “T”: Talento, Tecnología y Tolerancia. Desafortunadamente, los hechos parecen arrojar como resultado una contundente negativa, ya que aunque el talento ajeno es espejo de las inquietudes o necesidades de un público anónimo que se encuentra consigo mismo gracias a aquél, ese mismo público se muestra reticente a valorar el beneficio obtenido de semejante provecho o deleite.

El punto de partida de esta ausencia de tolerancia o respeto por la “clase creativa” es, posiblemente, la falta de consciencia sobre un término raramente analizado en su esencia: propiedad intelectual. Como su propio nombre indica la propiedad intelectual es un tipo especial de propiedad y así lo reconoce el Código Civil en sus artículos 428 y 429 en los que se dispone que *“El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad”*. Y es que la obra intelectual es una realidad, no una idea o abstracción, y tal es el motivo por el cual sólo se protege como creación la obra terminada. Así lo entiende el jurista D. Hermenegildo Baylos Corroza:

“Por eso, la obra, la invención deben ser calificadas jurídicamente como hechos materiales. Su significación como realidad acabada, como producto que ha llegado ya a ser en su plenitud real es precisamente lo que da patetismo a la obra, lo que la hace creación. La obra es un resultado de renunciar a la posibilidad; ya no se dará al lienzo una nueva pintada, ni se añadirá un compás a la melodía, ni un capítulo al libro. Ya, la posibilidad no será más que un término de comparación, un elemento de contraste: la obra podía haber sido aquello otro, pero es ya esto”.

Ese momento en que la personalidad del autor se convierte en un resultado objetivo, produce una transformación de la creación en una propiedad definitiva integrada por un valor cultural, artístico e industrial de la que se desprenderán derechos de contenido moral y patrimonial que sólo pertenecerán al autor. El derecho de los creadores, pues, se configura como un derecho de propiedad y ello es lógico pues ninguna propiedad pertenece más al hombre que la producida por el trabajo de su mente.

Sin embargo, en ocasiones, el carácter intangible de la propiedad intelectual convierte a los autores en personajes sospechosos de querer sacar partido a algo que no tiene presencia física y que ha sido sobrevalorado por el prestigio y remunerado con el aplauso del público. Indiscutiblemente, ser autor es una profesión, como también lo es ser intérprete, productor o cualquier desempeño profesional de la actividad del intelecto y, como tal, debe ser remunerado, de una forma u otra, por cada una de sus expresiones.

Es cierto que la aplicación del derecho de propiedad intelectual se ha realizado en los últimos tiempos de forma poco equitativa, lo que ha generado antipatías y una importante alarma social. La principal diana de todas las críticas han sido las entidades de gestión y es que aun reconociendo la complejidad del reparto de derechos que éstas tienen encomendado, toda una maraña de derechos de propiedad intelectual cuya explotación por el usuario es difícil de controlar, no es menos cierto que han incurrido en numerosos abusos que han sido expresamente condenados por los Tribunales.

Sirva como ejemplo el caso Padawan en el que una pequeña empresa informática sita en Barcelona fue demandada por SGAE tras negarse a abonar los

16.759 euros correspondientes a la compensación equitativa por copia privada asociado a los soportes de grabación vendidos por la tienda entre 2002 y 2004.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona estimaba las pretensiones de la demandada y consideraba que el canon no puede aplicarse de manera indiscriminada, debiéndose aplicar sólo en aquellos casos en el que el soporte se destine a la copia privada. Así, para que la recaudación del canon sea lícita *"si bien no es necesario acreditar el uso efectivo de la copia afectada en el soporte afectado por el canon, sí que debe ser verosímil que adquirirá ese destino"*, afirma la sentencia. Por tal motivo, la Audiencia tras haber comprobado que muchos de los clientes de Padawan eran sociedades mercantiles, consideró que *"se pretendió aplicar (el canon digital) indiscriminadamente, incluso a supuestos casos en que claramente no iban a ser destinados a copia privada"*.

La sentencia, además de constituir una muestra de que las revoluciones se inician desde abajo, sigue las pautas que dictaminó el pasado octubre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en respuesta a una consulta de la Audiencia de Barcelona, declarando ilegal cobrar el canon a personas jurídicas (organizaciones, ayuntamientos o empresas privadas), aunque entienden que sí debe hacerse a particulares.

A ello debe añadirse otra resolución judicial de relevancia, esta vez de la mano de la Audiencia Nacional, anulando la Orden Ministerial PRE/1743/2008 que regulaba la imposición del canon digital, sus tarifas y soportes por vicio radical en su forma, debiendo ahora someter la aplicación del mismo, a la espera de la aprobación de una nueva Orden, ya no a un texto expreso y conciso como era la Orden Ministerial PRE/1743/2008, sino a los propios principios, inciertos, establecidos en la LPI (lo cual va a provocar, si no lo está haciendo ya, un problema a la hora de identificar el soporte susceptible de generar remuneración equitativa y un problema de *quantum* respecto de dicha remuneración).

Los principales varapalos judiciales, no obstante, los han hallado las entidades de gestión en la hoy consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a los criterios relevantes a la hora de ponderar las tarifas generales fijadas por aquellas, declarando que es abusivo establecer tarifas a tanto alzado y por dispo-

nibilidad, como se ha venido haciendo hasta el momento, cuando es posible y razonable adaptarlas al uso del repertorio efectivamente realizado y a la utilidad efectiva que de tal uso extrae el usuario. En tal sentido, el Tribunal Supremo ha sugerido repetidamente el empleo de factores análogos a los contenidos en la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, que cita entre otros el uso real y efectivo, la comparación con los acuerdos alcanzados con otras entidades, la cantidad de horas de difusión, índices de audiencia y tarifas practicadas en derecho comparado, entre otras.

De alguna forma podría concluirse manifestando que la aplicación indiscriminada del Derecho ha desacreditado socialmente los intereses legítimos de aquellos titulares que no pretenden realizar un uso abusivo de aquel.

Por último, debe darse entrada en este escenario hostil a las nuevas tecnologías, las cuales han puesto de manera inmediata al alcance de todos los consumidores un infinito universo de contenidos sujetos a derechos de propiedad intelectual, impidiendo a sus titulares, por imposible, controlar el uso que se hace de su producción creativa. La impunidad imperante ha generado la sensación de que el acceso a tales contenidos debe ser, y es, libre y gratuito, lo que sin duda pone en riesgo la actividad de los creadores y la posibilidad de reconocimiento de una labor que tiene enormes repercusiones y que es, sin duda, esencial para la construcción y el progreso de la sociedad civil.

Seguramente, uno de los asuntos necesarios que requieren de una reflexión profunda es el de los soportes y las formas de comunicación de la obra. Es obvio que la propiedad intelectual debe ser redefinida en un mundo que no pone el énfasis en la fisicidad de los soportes y también lo es que tal transformación no ha sido objeto de suficiente valoración por la industria, aun a pesar de sus indiscutibles ventajas. Nunca como ahora ha existido un acceso tan masivo a los contenidos culturales ni canales de distribución, por lo que la frágil situación de la "clase creativa" parece también tener su origen en que las posesiones efímeras, los consumos a la carta y el disfrute colectivo o instantáneo no son acompañados de la correspondiente revolución en los formatos y en los precios. Quizás esa pueda ser una clave, no suficientemente

valorada, para que el público vuelva a sintonizar y aceptar el valor del talento.

Pues bien, este es a grandes rasgos el contexto de confrontaciones sociales y culturales en el que nuestras Cortes Generales han aprobado finalmente, tras una intensa polémica social, jurídica y política, la llamada “Ley Sinde”, que no es sino un paquete de modificaciones normativas todas ellas incluidas en la disposición final 43ª de la reciente Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, la “Ley de Economía Sostenible”).

Una reforma polémica, impopular para unos, necesaria para otros, que hasta el último momento proporcionó jugosos titulares a los medios de comunicación, golpe de efecto final incluido, cuando el Congreso rechazó su aprobación y resurgió de sus cenizas en el Senado, previa modificación de la misma pactada por los dos principales grupos parlamentarios, PSOE y PP, junto con CiU.

Veamos entonces, pues tal es el objetivo de este escrito, cuál es el verdadero contenido de la Ley Sinde, qué actuaciones se prevén para proceder a la suspensión de los servicios o retirada de los contenidos infractores de la propiedad intelectual y cuál va a ser su grado de eficacia en la compleja realidad que hoy nos rodea.

II. ORIGEN Y MARCO NORMATIVO DE LA LEY SINDE

Con carácter previo al desglose y análisis del contenido de la Disposición Final 43ª de la Ley de Economía Sostenible, conviene hacer un breve repaso histórico de los distintos avances normativos y de las circunstancias ligadas a la evolución técnica que han sido la génesis de la norma que comentamos. Posteriormente, se analizarán los precedentes de esta norma en el Derecho comparado y, por último, se comentará el procedimiento y los vaivenes que la norma ha sufrido en sede política y legislativa hasta quedar definido el texto y contenido final aprobados por las Cortes Generales.

1. Antecedentes normativos en España

No podemos obviar en este análisis, aunque sea someramente, que la Ley Sinde es una norma que tiene por objeto (haciendo abstracción y despojándola de todos los prejuicios de carácter político o ideológico)

garantizar la protección de los derechos de propiedad intelectual de aquellos titulares que, como consecuencia de la conducta ilícita y no autorizada de ciertos terceros que *reproducen y ponen a disposición* de una generalidad de usuarios en Internet sus obras y prestaciones, ven mermados sus derechos patrimoniales.

En definitiva, se trata de adoptar medidas, más o menos acertadas, para proteger la integridad de los derechos de reproducción y comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición regulada en el artículo 20.2 i) del Real Decreto legislativo 1/1996, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, “TRLPI”) ante la aparición de nuevas formas de violación de estos derechos favorecida por el desarrollo de las nuevas tecnologías y la evolución de la sociedad de la información.

No pretendemos en este escrito remontarnos a las normas primigenias en materia de propiedad intelectual, pero sí merece la pena mencionar que la primera norma en España que regula con cierto detalle y sistemática propia los derechos de reproducción y comunicación pública, aunque en este último caso únicamente en relación con las representaciones teatrales y musicales, es la Ley de 10 de junio de 1847. Posteriormente, la Ley de 10 de enero de 1879 (junto con el reglamento que la desarrollaba, de 1880, todavía hoy parcialmente vigente) incidió y profundizó en el contenido de estos derechos, así como en el resto de facultades exclusivas de carácter patrimonial. Esta Ley ha sido la que ha regulado la materia de propiedad intelectual hasta la aprobación de la Ley de 1987, que constituye la base del actual TRLPI.

Esta norma recogía nuevas modalidades del derecho de comunicación pública, una vez “superado” el concepto de exhibición pública: la aparición de la televisión, el satélite y otras formas de comunicación de obras propiciaron el desarrollo normativo en este sentido. La ley de 1987 recogió además algunas de las previsiones contenidas en las normas de derecho internacional más importantes: el Convenio de Berna de 1886 para la protección de las obras literarias y artísticas, y sus posteriores revisiones, o el Convenio de Ginebra de 1971 para la protección de los productores de fonogramas, tratado mediante el cual los estados se comprometían a perseguir la reproducción y comercialización de fonogramas no consentidas por los productores.

Hay que puntualizar que, en sus inicios, las leyes de propiedad intelectual únicamente protegían a los autores y sus obras; los demás titulares de derechos que conocemos hoy en día fueron incorporándose poco a poco a los sistemas de protección de este tipo de derechos. Así, una Orden del Ministerio de Educación Nacional de 10 de julio de 1942 concedió por primera vez a los fonogramas el carácter de obra. Por otra parte, la Ley 17/1966, de 31 de mayo, fue la primera en regular la propiedad intelectual de las obras cinematográficas.

A lo contenido en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, se añadieron varias reformas por medio de diversas leyes que tenían por objeto trasponer a nuestro ordenamiento las Directivas comunitarias dictadas en materia de propiedad intelectual. Todas estas reformas sobre la ley de 1987 dieron lugar a un texto refundido, el actual TRLPI de 1996, que ha sufrido a su vez varias modificaciones desde entonces, las más relevante de las cuales (Ley 23/2006 y Ley 19/2006) obedecieron a la obligación de trasponer las importantes Directivas 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante, la “DDASI”), y la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (la mal llamada “Directiva antipiratería”). A los efectos que interesan en este análisis, es menester señalar que la DDASI introdujo por primera vez en la regulación europea la puesta a disposición de las obras en la red como modalidad del derecho de comunicación pública:

“Art. 3:

1. *Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.*

(...)”

La referida exhortación comunitaria se traspuso en nuestro ordenamiento, pasando a quedar recogido el derecho de puesta a disposición en el artículo 20.2 i)

del TRLPI para los autores, con el contenido que a continuación se verá, y en términos semejantes - aunque no como derecho de comunicación pública, sino como derecho autónomo de puesta a disposición- para los demás titulares de derechos.

Tras este breve viaje en el tiempo por la evolución de las leyes de propiedad intelectual en España, cabe preguntarse cuál es la regulación actual de los derechos de reproducción y comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición que, como se ha señalado, son los que se ven afectados por el problema de las descargas ilegales.

Pues bien, se trata en ambos casos de facultades de carácter patrimonial y exclusivas de su titular. Esto quiere decir que es el titular del derecho, ya sea autor, intérprete o ejecutante, productor, etc. quien, única y exclusivamente, tiene la facultad de autorizar o prohibir los actos de reproducción y/o puesta a disposición del público de sus obras u otras prestaciones objeto de tal derecho. Cualquier acto de los citados realizado por un tercero sin la autorización del titular, a salvedad de las excepciones contempladas en la Ley, deviene ilícito. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 17 TRLPI:

“Art. 17. Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley.”

Por tanto, sabemos que la reproducción y la comunicación pública no autorizadas por el autor (o por los demás titulares de derechos de propiedad intelectual, en su caso), son en principio ilícitas. A estos efectos, el artículo 18 TRLPI entiende por reproducción “la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”, lo cual incluye las copias que tanto el usuario que hace la descarga como el que la comparte necesariamente han de realizar en sus ordenadores.

La comunicación pública es definida en el artículo 20 TRLPI del siguiente modo: “Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de

personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo". Y entre las diversas modalidades de comunicación pública, el apartado 2.i) del referido artículo recoge "la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija". Es decir, quedan reservados al ámbito exclusivo y sagrado de la voluntad del titular del derecho los actos de compartir o comunicar sus obras en Internet como archivos descargables por cualquier persona que a ellos pudiera acceder.

En cuanto a la forma de hacer efectivos estos derechos, el TRLPI recoge en el Título Primero de su Libro III (artículos 138 y siguientes) las acciones y procedimientos diseñados específicamente para la defensa de los derechos de propiedad intelectual. Estos artículos fueron introducidos por la Ley 23/2006, que como ya se ha dicho trasponía al Derecho Español la DDA-SI.

El artículo 139 contiene las acciones de cesación frente a conductas infractoras de los derechos de propiedad intelectual. Entre ellas, además de las clásicas acciones de suspensión y prohibición de las actividades, remoción, etc. figura, en el apartado h) "la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico". Es decir, el propio TRLPI ya contemplaba desde 2006 la posibilidad de suspender servicios de intermediación como son los de acceso a Internet, housing, hosting, etc. Una suspensión de estos servicios es contemplada, en términos similares, en el artículo 141 TRLPI, que recoge las medidas cautelares que pueden ser solicitadas por los titulares de derechos de propiedad intelectual.

En relación con lo anterior, cabe preguntarse qué entiende la ley por "intermediarios". La respuesta nos la ofrece el Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, la "LSSI"), que define el servicio de intermediación como "servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad

de la información o el acceso a la información", puntualizando que "son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet."

Se comprueba pues que el legislador de 2006 ya introdujo en nuestro Derecho una serie de medidas que tienen cierta semejanza, al menos en el fondo, con las contenidas en la Ley Sinde.

A mayor abundamiento, tras la reforma obrada por la mencionada Ley 23/2006, el artículo 138 TRLPI señala en su tercer párrafo que "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."

De manera que, al menos sobre el papel, no constituye ninguna novedad recoger en una norma la posibilidad de interrumpir la prestación de ciertos servicios de la sociedad de la información como consecuencia de la infracción de derechos de propiedad intelectual.

Lo anterior, que a priori parece claro y evidente, en la práctica deviene hartamente complicado, máxime teniendo en cuenta que los medios "tradicionales" de defensa jurídica son completamente ineficaces frente a las agresiones producidas en Internet, y ello debido a múltiples razones:

En primer lugar, por la agilidad, dinamismo y rapidez de las transmisiones de datos en el mundo digital, frente a la pesadez y lentitud de los sistemas previstos por las leyes para combatir estas agresiones: muy a pesar de la regulación contenida en los artículos 138 y siguientes del TRLPI, un procedimiento judicial para hacer valer una acción de cesación, o incluso

una medida cautelar frente a un infractor o un intermediario, es infinitamente más lento que el sencillo acto de descargar ilegalmente una película. El mundo digital y tecnológico le saca muchos caballos de ventaja a los mecanismos de defensa jurídica.

En segundo lugar, por la enorme dificultad de localizar e identificar al infractor, que actúa “enmascarado” por una IP o combinación numérica que, para más inri, está especialmente protegida por la normativa de protección de datos. Las acciones y medidas cautelares frente a intermediarios han sido hasta ahora inútiles, entre otras razones, por una disfunción en nuestro ordenamiento jurídico, que sólo permitía (Ley 25/2007, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas) a los operadores ceder los datos personales de los infractores mediando autorización judicial y con fines de detección, investigación y enjuiciamiento únicamente de delitos graves, lo cual excluía en todo caso la materia de propiedad intelectual. Esta norma, tremendamente restrictiva, trasponía la Directiva 2006/24/CE, pero chocaba con ciertas previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en concreto, su artículo 256.1.7º) que parecían permitir la revelación de datos personales en el ámbito de procedimientos civiles. En consecuencia, los artículos 138 y siguientes del TRLPI no eran sino papel mojado.

El mayor exponente de esta disfunción fue el famoso asunto *Promusicae vs. Telefónica* (STJCE de 29 de enero de 2008), en el que el Tribunal de Justicia terminó concluyendo, de forma bastante ambigua, que se hace necesario hacer una ponderación de los intereses en conflicto: el derecho a la protección de datos, la defensa de la propiedad intelectual, y el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva.

Por último, no debe olvidarse que Internet es un mundo sin fronteras, en el que, pese a haberse buscado fórmulas de lograr un régimen común y global, nunca se ha conseguido; los infractores y demás usuarios pueden interactuar desde cualquier parte del mundo, sometidos a muy diversas legislaciones en materia de propiedad intelectual, protección de datos, comercio electrónico, etc., con los problemas que jurídicamente ello comporta.

Todas estas razones han motivado la búsqueda urgente de una solución legal al problema de las descargas ilegales, y ello es el motivo por el cual se inició el proceso legislativo que ha terminado en la aprobación de la Ley Sinde que, sin embargo, se ha topado con obstáculos de muy difícil escapatoria, como han

sido la impopularidad de las medidas propuestas, el tinte político que ha adquirido el proceso, y los numerosos intereses cruzados que se han puesto de manifiesto. Las prisas, los desacuerdos, las idas y venidas, sin olvidar algunas proposiciones de dudosa legalidad y justificación, así como el hecho de introducir medidas anti descargas como disposiciones complementarias de una ley de marcado contenido económico, han terminado por empañar y polemizar un proceso que, a priori, parecía bastante lógico y necesario.

Mención aparte merecen las filtraciones o cables divulgados por la plataforma *Wikileaks*, que fueron revelados por el diario *El País* el 4 de diciembre de 2010 y en los que se pone de manifiesto la presión ejercida por el Gobierno de Estados Unidos al ejecutivo español para aprobar una norma que atajase definitivamente, mediante el cierre de los sitios web con más volumen de infracciones, el problema de las descargas ilegales, algo tremendamente inquietante para un país cuya economía descansa, en un importante porcentaje, sobre la industria cinematográfica. La propiedad intelectual, no cabe duda, es para Estados Unidos una materia estratégica, y parece que el influjo ejercido por la administración Obama sobre el Gobierno español ha sido un factor decisivo en el desarrollo de los acontecimientos.

Sea como fuere, lo cierto es que el 27 de noviembre de 2009 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, que incluía en su disposición final primera una serie de modificaciones sobre LSSI y sobre el TRLPI para, en sus propias palabras “proteger la propiedad intelectual frente a la piratería en Internet”.

2. Precedentes en el Derecho comparado

Difícil resulta entender el nacimiento de una estrategia de lucha contra la piratería como ha sido o, al menos pretende ser, la Ley Sinde, sin enmarcarla dentro de una estrategia geográfica aún mayor, marcada por el consenso de las industrias afectadas a nivel multinacional, comunitario, incluso global (al menos en lo que al mundo occidental se refiere) y en una fuerte táctica de presión de los actores que protegen los derechos de propiedad intelectual.

Los antecedentes comunitarios más relevantes, que encuentran todos ellos su germen en la DDASI, y que deben ser traídos a colación en este artículo, sin duda

porque han supuesto un gran empuje dentro de la Unión Europea (especialmente en España) son la Ley Hadopi en Francia y la Digital Economy Act del Reino Unido. Por su lado, resulta asimismo de especial relevancia incluir un esbozo del marco normativo en Estados Unidos.

a) Estados Unidos

Cabe hacer mención a la legislación y jurisprudencia norteamericana como antesala de las iniciativas europeas, y ello no sólo por la importancia y tradición que la industria del copyright ostenta en tal país (áreas geográficas como Silicon Valley o Hollywood dependen de su buen funcionamiento), sino por las veladas imposiciones que el Gobierno de Estados Unidos realiza a los países en los que la piratería de sus contenidos es significativa a través de las inclusiones en la famosa "Lista 301".

Una primera regulación de importancia tuvo lugar en el año 1995, fecha en que la industria inició una campaña con el fin de asegurar la protección de sus intereses en Internet; el resultado, el llamado Libro Blanco sobre Propiedad Intelectual, señalaba a los proveedores de servicios de acceso a Internet (en adelante, "ISP") como responsables de las infracciones a los derechos de propiedad intelectual de sus usuarios.

Ante tales acusaciones, los ISP se organizaron a través de la "Ad Hoc Copyright Coalition" consiguiendo tanto a nivel interno como internacional - tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, la "OMPI") - que no se les eximiera de responsabilidad directa por las infracciones cometidas en Internet por sus usuarios.

En tales circunstancias nace en el año 1998 la Digital Millennium Copyright Act (en adelante, la "DMCA"), texto que modifica la antigua Copyright Act e implementa los dos tratados de la OMPI de 1996. La DMCA regula la limitación de la responsabilidad en línea de los ISP, sanciona la infracción de los derechos de propiedad intelectual on line y la utilización de cualquier tecnología que elimine medidas de protección del copyright (en adelante, "DRM").

En lo que a la responsabilidad de los ISP se refiere, la DMCA elimina cualquier obligación de indemnizar directamente por las infracciones de derecho de autor acaecidas en Internet. Tal exención de responsabilidad es denominada puerto seguro o *safe harbor*, cual

es la mera transmisión de contenidos, su almacenamiento en sistemas o redes bajo la dirección de los usuarios (*hosting* de páginas web) o el uso de mecanismos de localización de la información (motores de búsqueda, directorios, *pointers*, enlaces de hipertexto, etc.), a través de los que se dirige a los usuarios a contenidos infractores. Se puede decir que, en cierto modo, se trata de un antecedente del régimen de responsabilidad de los intermediarios que en España recogería la LSSI a partir de 2002.

Por otra parte, la DMCA establece un sistema de *notice and take down* (detección y retirada) para hacer posible que los titulares identifiquen las infracciones y sean notificadas a los servidores para su retirada o acceso.

Por último, las medidas adoptadas para evitar la piratería musical en la red han sido contundentes tanto a nivel legislativo como jurisprudencial. El caso Napster tiene resultados bien conocidos por todos: las empresas discográficas ganaron el juicio pero perdieron la batalla. El Tribunal consideró que los usuarios de Napster obtenían gratuitamente grabaciones que tenían un precio en el mercado, por lo que tal intercambio no se encontraba amparado por la doctrina del *fair use*, declarando que Napster era responsable solidario (*vicarious liability*) de la infracción. Napster fue condenado, pero el intercambio de archivos musicales P2P no se ha detenido y ha seguido creciendo por medio de plataformas más sofisticadas como Gnutella, Freenet, FastTrack, AudioGalaxy o Morpheus, entre otros, que no requieren de un servidor central y, por tanto, carecen de un responsable identificable que pueda ser demandado.

El caso Grokster-Streamcast, posterior en el tiempo, ofrece una nueva vía de protección de los derechos de propiedad intelectual en materia de P2P. La cuestión sobre la que gira la decisión judicial es la de bajo qué circunstancias el fabricante-suministrador de un producto susceptible tanto de un uso lícito como ilícito, es responsable por este último uso. En este caso, el Tribunal Supremo sentenció que las demandadas eran responsables de las infracciones cometidas por sus usuarios por haber distribuido las primeras un dispositivo con el objeto de promover su uso para infringir el copyright, revelado tal fin por expresiones y actos inequívocos en tal sentido. Así, el Tribunal manifestaba lo siguiente:

“Internet file-sharing services will be held responsible if they intend for their customers to use software primarily to swap songs and movies illegally, the Supreme Court ruled Monday, rejecting warnings that the lawsuits will stunt growth of cool tech gadgets such as the next iPod.”

En resumidas cuentas, la jurisprudencia ofrece una vía de protección mediante la “*vicarious liability*”, una suerte de responsabilidad por contribución que soluciona el tema de la causalidad, de prueba tan complicada en cualquier procedimiento judicial.

b) Francia

La Ley “Hadopi” o Ley “Olivennes”, la cual debe su nombre a la autoridad pública independiente creada *ad hoc* para la vigilancia de los derechos de propiedad intelectual en Internet (*Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet*), basa su sistema de control de la piratería en lo que comúnmente se conoce como “respuesta graduada” o “disuasión” y, a diferencia del sistema adoptado en España, como veremos, se dirige al control de los usos ilícitos realizados por los abonados de los prestadores de servicios de acceso a internet. En otras palabras, no pretenden bloquear a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, a los responsables de sitios web, sino a los propios usuarios que descargan obras protegidas a través del sistema de descarga *peer to peer* (en adelante, “P2P”).

La redacción definitiva de la Ley Hadopi, tras atravesar un largo y penoso proceso legislativo (que terminaría con la aprobación de la ley 2009-669, siendo el principal obstáculo en su primera redacción, al igual que en España, la pretendida potestad administrativa exclusiva) culminó en una estructura de escalas, cuyo principal objetivo en una primera y segunda fase era la disuasión y, en una tercera fase, represiva esta vez, el corte de acceso a internet y la imposición de sanciones económicas.

En efecto, el artículo L331-21-1 del Código de la Propiedad Intelectual francés permite a los miembros de la comisión HADOPI, así como a sus agentes habilitados ante la autoridad judicial, comprobar los hechos susceptibles de constituir infracciones de los derechos de autor (previamente comunicados por los derechohabientes) cometidos vía internet, cuando los mismos

fueran susceptibles de suspensión de acceso a internet conforme a los artículos L335-7 y L335-7-1 del Código.

Así, el titular del alta del servicio de Internet, identificado supuestamente por su dirección IP, que hubiera realizado una descarga P2P recibirá dos avisos por medio de notificación en su correo electrónico antes de proceder a cursar la baja en el servicio. El primero de los avisos, enviado en nombre de HADOPI a través del prestador del servicio de acceso a Internet, incluiría información relativa a los derechos infringidos (sin especificar más que la hora y fecha en los que se detectó la supuesta infracción) y los intereses que se están viendo afectados por su actividad. Si la actitud del infractor persistiera, en el plazo máximo de seis meses desde el envío del primer aviso, una nueva notificación sería enviada con la misma información que la anterior, indicando además el teléfono, dirección postal y correo electrónico a los que el usuario se puede dirigir, si lo desea, para obtener más información sobre los hechos que se le imputan.

Si a pesar de todo ello la infracción persistiese, la comisión HADOPI podrá instar al tribunal correspondiente la determinación de la pena correspondiente, que oscilarían desde la suspensión del servicio de acceso hasta la imposición de una pena de prisión, todo ello sin perjuicio de que los titulares de derechos pudieran instar los correspondientes procedimientos civiles o penales.

c) Reino Unido

En cuanto a la iniciativa anglosajona, sobre la que no nos detendremos en exceso, fue aprobada en su mayoría, a falta de ciertos desarrollos reglamentarios, el 8 de abril de 2010, y puede decirse que bebe claramente de su antecesora francesa y de las directrices establecidas por la Directiva 2001/29/CE, aunque podríamos hablar de una suerte de combinación, no exacta, entre la Ley francesa y la que se acaba de aprobar en España.

Aunque su aplicación en la práctica conlleva sin duda resultados muy similares a los adoptados por el ejecutivo francés, existen ciertos aspectos que difieren con este modelo y que, de alguna manera, pueden acercarse a su vez a la propuesta española.

Al igual que los sistemas basados en el criterio de los tres avisos, la Digital Economy Act tiene como objetivo establecer mecanismos tendentes a limitar o suprimir el acceso a Internet a los usuarios que infrinjan derechos de propiedad intelectual, así como la posibilidad de que el poder judicial adopte medidas para bloquear sitios webs de Internet en las que se realicen intercambios no consentidos de obras protegidas por la propiedad intelectual.

3. El proceso legislativo de la Ley Sinde

El 7 de abril de 2009, el Presidente del Gobierno anunció el nombramiento de Ángeles González-Sinde como Ministra de Cultura, sucediendo en el cargo a César Antonio Molina. La nueva Ministra se marcó como objetivo prioritario poner cuerpo a la norma que había de ser la que solucionara el acuciante problema de las descargas ilegales de contenidos, siguiendo la tendencia marcada por el Parlamento Europeo con la aprobación del llamado “Paquete de Telecomunicaciones” y en consonancia con las normas que en países como Francia y el Reino Unido ya habían empezado a tramitarse.

Desde el primer momento, el Ministerio de Cultura estableció conversaciones y reforzó sus encuentros con los representantes de la industria cultural, agrupados en la Coalición de Creadores -que engloba tanto a entidades de gestión como a asociaciones de titulares de derechos, como Promusicae-. En estas conversaciones se hicieron esfuerzos por aunar posturas en torno a la regulación de las descargas, que fueron a converger en la voluntad de promulgar una ley “anti descargas” al estilo de la Ley Hadopi francesa.

Sin embargo, los primeros rumores sobre la posible elaboración de tal norma levantaron una polvareda considerable entre comunidades de usuarios, internautas, blogueros, periodistas, abogados, etc. el aluvión de críticas a la iniciativa del Gobierno fue realmente importante, aduciendo sobre todo que el procedimiento legislativo atendía a intereses creados de la industria cultural y no a los pretendidos “derechos” de los internautas: la libertad de expresión y el libre acceso a la cultura.

En noviembre de 2009, vio la luz en el Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, una propuesta que recogía múltiples medidas que tenían como finalidad común modernizar la economía española ante la grave crisis económica que sacudía el país, medidas que incidían principalmente en tres

aspectos: financiero, empresarial y medioambiental. En palabras del Gobierno recogidas en la referencia emitida por el Consejo de Ministros con motivo de la aprobación del Anteproyecto, el objetivo de este era *“situar a la economía española sobre los cimientos del conocimiento y la innovación, con herramientas respetuosas con el medio ambiente y en un entorno que favorezca el empleo de calidad, al igualdad de oportunidades y la cohesión social”*.

Sin embargo, en la Disposición Final primera del referido Anteproyecto figuraban una serie de modificaciones legales en aras a la protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información. Entre otras medidas, se habilitaba a los órganos competentes para, sin necesidad de recabar ningún tipo de autorización judicial, requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (que estaban obligados a atender tal petición) para que facilitasen los datos que permitiesen identificar a los responsables de servicios infractores de derechos de propiedad intelectual.

Por otro lado, se creaba una Sección Segunda en la Comisión de Propiedad Intelectual con facultades para *“adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o para retirar los contenidos que vulneren la propiedad intelectual por parte de un prestador con ánimo de lucro, directo o indirecto, o de quien pretenda causar un daño patrimonial”*.

En un primer momento, el Anteproyecto de ley daba plenas facultades a la Sección Segunda para cerrar los sitios web infractores, pero el gran revuelo ocasionado y el temor a que se repitiese en España el caso francés, en el cual el Consejo Constitucional anuló en un primer momento la Ley HADOPI precisamente por la falta de control judicial, obligó al Gobierno a recular y someter dichas medidas a una autorización por parte de los Juzgados Centrales de lo contencioso administrativo, eso sí, en un plazo sumarisimo e improrrogable de cuatro días.

El Anteproyecto introdujo además nuevas categorías jurídicas indeterminadas como la de “ánimo de lucro indirecto” o la “pretensión de causar un daño”, cuyo alcance es difícil de delimitar y que han sembrado la incertidumbre en relación con el ámbito de aplicación de estas medidas.

El conocimiento de este texto provocó el estallido de una “revuelta” en Internet a la que además se suma-

ron asociaciones de consumidores como FACUA, medios de comunicación, y otros colectivos sociales. Se redactó incluso un manifiesto y se crearon plataformas en contra de la Ministra Sinde y el cierre de páginas web.

Salpicado de los numerosos avatares tanto en sede política como en la calle y, sobre todo, en la red, el Proyecto de Ley fue aprobado por el Gobierno el 19 de marzo de 2010 y remitido al Congreso de los Diputados para su tramitación parlamentaria. Tras las necesarias reuniones y debates en las diversas comisiones parlamentarias, el 21 de diciembre el Congreso de los Diputados aprobó, con las enmiendas oportunas, el Texto de la Ley de Economía Sostenible, pero rechazando sorprendentemente la Disposición Final segunda que incorporaba las medidas anti descarga: aparentemente, la propuesta de la Ministra de Cultura y del Gobierno había fracasado estrepitosamente, al obtener únicamente el respaldo del Grupo Parlamentario Socialista.

Sin embargo, bien es sabido que el arte de la política es el arte de la negociación, de las cesiones y concesiones, y que nada debe darse por sentado hasta que el BOE diga lo contrario; la historia así lo demuestra, y con la Ley Sinde hizo excepción: el mismo día que finalizaba el trámite de enmiendas al texto de la Ley de Economía Sostenible en el Senado, concretamente el 24 de enero de 2011, el Partido Socialista logró llegar a un acuerdo con el Partido Popular y Convergencia i Unió por el cual los tres grupos parlamentarios votaron a favor de una enmienda a la Ley, que se incorporó como Disposición final cuadragésimo tercera, y que volvía a introducir las medidas anti descargas propuestas por el Gobierno, pero con ciertos matices de relevancia.

El primero de dichos matices fue la introducción de un sistema de doble intervención judicial, esto es, el sometimiento a autorización expresa por parte del juzgado tanto del cierre de los sitios web (algo ya previsto en el Proyecto) como de la comunicación de los datos de identificación de los infractores por los prestadores de servicios.

La segunda novedad del acuerdo fue el compromiso obtenido del Gobierno de modificar la regulación de la compensación equitativa por copia privada en el plazo de tres meses desde la aprobación de la Ley, recogiendo la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 21 de octubre de 2010, que respondía a la cuestión pre-

judicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en el caso Padawan.

Finalmente, se modificaron algunos aspectos del procedimiento de cierre de sitios web, fundamentalmente concediendo al prestador de servicios infractores de derechos de propiedad intelectual la posibilidad de retirar voluntariamente los contenidos que vulneren tales derechos, evitando así la continuación del procedimiento.

El texto devuelto por el Senado fue aprobado definitivamente por el Congreso de los Diputados el 15 de febrero de 2011 y publicado en el BOE de 5 de marzo, que fijaba su entrada en vigor para el día siguiente.

Es evidente que ha sido un procedimiento convulso y complicado, y que el producto final de este es algo incierto. En cualquier caso, a continuación analizaremos el contenido de la Disposición final cuadragésimo tercera de la Ley de Economía Sostenible, que es ya una norma vigente de nuestro ordenamiento jurídico.

III. ANÁLISIS DE LA NORMA

1. Modificaciones normativas efectuadas por la Ley de Economía Sostenible

Poco entusiasmo debió provocarle a la Ministra de Cultura, sobre todo por lo impopular de la reforma, que las directrices europeas relativas a la defensa de los derechos de propiedad intelectual en Internet que en su esencia recoge la Ley de Economía Sostenible, adoptaran en su aplicación nacional la denominación, por voto popular, de Ley Sinde.

Esta mal denominada Ley Sinde se incluyó en la redacción original del proyecto de Ley de Economía Sostenible como Disposición final segunda (que pasó a ser la Disposición final cuadragésimo tercera en el texto definitivo), relativa a la protección de la propiedad intelectual. Como ya se ha mencionado anteriormente, en el proceso de aprobación parlamentaria de la Ley de Economía Sostenible esta disposición fue eliminada del proyecto, pero recuperada y modificada en el Senado gracias a la ayuda del PP y CiU. El 15 de febrero de 2011 fue finalmente aprobada por el Congreso. El 5 de marzo fue publicada en el BOE y entró definitivamente en vigor el 6 de marzo del mismo año.

Así pues, el marco normativo del conjunto de normas tendentes a regular la propiedad intelectual en Internet se encuentra incluido como Disposición Final cuadragésimo tercera de la Ley de Economía Sostenible, que a su vez, encuentra, al menos en lo que a la protección de lo inmaterial se refiere, su semilla en la DDASI y en la Directiva 2004/48/CE.

La Ley de Economía Sostenible pretende impulsar la recuperación económica, y por tanto la creación de empleo, con una renovación profunda del patrón productivo, modificando decenas de leyes de muy diversos sectores con diferentes objetos, entre los cuales se encuentra la implantación del nuevo sistema que pretende acabar, en definitiva, con la piratería en España.

Las leyes que modifica la Ley de Economía Sostenible a los efectos que nos ocupa son la LSSI, el TRLPI y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, la "LJCA").

Respecto de la LSSI, se introduce una nueva letra e) en el artículo 8.1 relativo a las restricciones a la prestación de servicios y procedimiento de cooperación intracomunitario, elevando así el nivel de la propiedad intelectual a los principios que justifican las facultades de actuación administrativa frente a los servicios de la sociedad de la información. Asimismo, se incluye la necesaria cesión de los datos que permitirá la identificación del infractor a fin de que pueda comparecer en el procedimiento, exigiéndose en todo caso la previa autorización judicial.

Por su lado, el TRLPI atribuye mediante su nueva Disposición adicional quinta, facultades al 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 en los términos previstos en la LSSI y modifica, consiguientemente, el artículo 158 relativo a la Comisión de Propiedad intelectual, creando una Sección Segunda a la que otorga expresamente las facultades de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en Internet.

Por su lado, en lo que a novedades propiamente procesales se refiere, se modifica LJCA, atribuyendo a través de su artículo 9.2 competencia a los Juzgados Centrales de lo Contencioso para autorizar el requerimiento de información sobre los datos de los presuntos infractores a los prestadores de servicios de la so-

iedad de la información, así como para otorgar la autorización para adoptar las medidas de retirada de contenidos o interrupción de servicios y regulando (art. 122.bis) el procedimiento de intervención de los Juzgados Centrales de lo Contencioso, y la atribución de competencia para conocer de los recursos por parte de la Audiencia Nacional (Disposición Adicional cuarta).

2. Requisitos para la aplicación de las medidas de la Ley Sinde

Según establece el apartado 4, párrafo segundo, de la Disposición final cuadragésimo tercera de la Ley de Economía Sostenible, tantas veces citada, la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de los contenidos podrá realizarse, como requisito previo, si se trata de un servicio "que vulnere derechos de propiedad intelectual". Pero el precepto introduce el requisito de que el prestador "directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial".

Sin perjuicio de las cuestiones controvertidas que más adelante se analizarán, la amplitud y vaguedad de estos requisitos previos solamente arrojará dudas y dificultades de aplicación práctica de la norma. Hubiese sido deseable que se tipificaran con precisión cuáles son los contenidos infractores y a qué derechos de la propiedad intelectual nos estamos refiriendo. ¿El ataque contra cualquiera de las facultades de explotación puede dar lugar a la puesta en marcha del procedimiento? ¿También cuando la infracción lo sea de aspectos morales del derecho de autor que pueda degenerar en daños patrimoniales? ¿Sólo piensa el legislador (lo que resultaría bastante sensato) en el derecho de puesta a disposición?

En cualquier caso, es necesario, según lo previsto en la norma, que exista ánimo de lucro y causación de un daño patrimonial, sea real o potencial. Y de ambas condiciones, es probable que la primera sea la que traiga consigo más disparidad de soluciones. En general, en materia de piratería, nuestro país ha conocido avatares singulares. Sería bueno si el Fiscal General del Estado corrigiera los dislates de su Circular 1/2006, en la que se entiende que no hay ánimo de lucro si el infractor no hace explotación masiva o comercial de sus copias. Que pueda, en fin, haber una persecución penal efectiva (como en Francia), y no escondida entre las líneas de un Código Penal que di-

ce que es delito lo que don Cándido Conde-Pumpido prefiere decir que no, aceptando por tanto que coexistan sentencias como la de la AP de Madrid de 11 de octubre de 2006 (que condena cuando solo fueron incautados 57 CDs y 39 DVDs) con otras como la de la AP de Zaragoza de 17 de febrero de 2005 (la cual entiendo que no existe ánimo de lucro al tratarse únicamente de “89 CDs y 15 DVDs”).

No es descartable, en fin, que la concurrencia o no del requisito del ánimo de lucro encuentre también dificultades derivadas de que haya tanta diversidad de criterios, como más adelante se analizará.

3. Procedimiento para la adopción de las medidas contempladas

Las modificaciones operadas por la Ley Sinde en las diversas leyes afectadas ofrecen a los titulares de derechos de propiedad intelectual un sistema de corte excepcional para frenar su vulneración, evitando los eternos procesos judiciales a los que se ven sometidos el resto de disciplinas.

El organismo encargado de este proceso es la Comisión de Propiedad Intelectual, órgano colegiado creado en el seno del Ministerio de Cultura y único responsable de las diversas etapas de este proceso (identificación del infractor, cese en la prestación de servicios de la sociedad de la información o retirada de contenidos), previa autorización judicial que corresponderá a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.

La Comisión de Propiedad Intelectual, entidad ya existente a la fecha de aprobación de la Ley Sinde, quedará dividida en dos secciones bien diferenciadas:

La Sección Primera continuará ejerciendo su papel de mediación y arbitraje entre entidades de gestión, titulares de derechos, entidades de radiodifusión y de distribución por cable. Como es conocido, esta sección estará formada por tres expertos en materia de propiedad intelectual nombrados por el Ministro de Cultura.

La Sección Segunda, de nueva creación por la Ley Sinde, tendrá como objetivo la protección de aquellos derechos de propiedad intelectual infringidos por los responsables de servicios de la sociedad de la información. Esta sección se compondrá de cuatro vocales del Ministerio de Cultura, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, de Economía y Hacienda y de la Presidencia respectivamente. Dada la importancia y

extensión de las funciones otorgadas a esta Comisión, llama la atención su falta de especialización en materia de propiedad intelectual, pues excepción hecha del representante del Ministerio de Cultura, los demás vocales nombrados carecen a priori de los deseables conocimientos en la materia.

Establecida su controvertida composición, es momento de analizar cuáles son las funciones legalmente otorgadas a la Sección Segunda y que le permitirán suspender los servicios de la sociedad de la información o retirar los contenidos infractores de la propiedad intelectual.

Con carácter previo, es menester apuntar que la Comisión de Propiedad Intelectual sólo actuará a petición de parte (*“titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideran vulnerados o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio”*), no siendo viable la actuación de oficio aún teniendo ésta conocimiento de infracciones considerables en la red. El denunciante deberá presentar un modelo oficial, cuyo contenido figurará a priori como Anexo del Reglamento de desarrollo, en el que obrarán la identificación del solicitante y de la obra u obras vulneradas, acreditación de titularidad o derecho análogo, datos acerca de la vulneración, del servicio y de su responsable, así como una justificación sobre el ánimo de lucro y daño actual o potencial por parte del supuesto infractor.

Si una vez interpuesta la denuncia, resultase no ser identificable el responsable de la infracción, la Comisión podrá requerir a los prestadores de servicios la cesión de los datos que permitan su identificación a fin de que el denunciado pueda comparecer en el procedimiento. Para ello, la Comisión deberá obtener previa autorización judicial, presentando ante el Juzgado *“las razones que justifican la petición acompañada de los documentos que sean procedentes a estos efectos”*. El Juzgado, en el plazo de las 24 horas siguientes a la petición, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, dictará resolución autorizando la solicitud de datos, siempre que esta no vulnere el contenido del artículo 18 apartados 1 y 3 de la Constitución Española (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y derecho al secreto de las comunicaciones, respectivamente).

Una vez identificado el presunto responsable de la infracción, la Sección Segunda deberá requerirle a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alega-

ciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicación al caso de un límite al derecho de propiedad intelectual. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La Comisión dictará su resolución en el plazo máximo de tres días.

Es necesario destacar que el proceso objeto de mención, incluida la solicitud de retirada voluntaria de contenidos, se llevará a cabo sin intervención judicial alguna, lo cual puede ser leído bien como un trato de favor hacia los titulares de derechos, bien como la dispensación de un trato diferente a una situación diferente, dados los impactantes datos de piratería en la red que diferencia esta disciplina de otras en las que las infracciones son cuantitativamente menores.

Cuando la resolución sea favorable a la retirada de contenidos y el responsable no cumplimente voluntariamente el requerimiento correspondiente, la ejecución de la medida, que podrá ser de retirada de contenidos o de suspensión de servicios, requerirá de la correspondiente autorización judicial *“referida a la posible afectación a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución”*, es decir, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, entre otros.

Recibida la notificación de la resolución de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, en el plazo improrrogable de dos días y poniendo de manifiesto el expediente, el Juzgado convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos y libertades afectados o a la persona que éstos designen como representante a una audiencia, en la que, de manera contradictoria, el Juzgado oír a todos los personados y resolverá en el plazo improrrogable de dos días mediante auto. La decisión que se adopte únicamente podrá autorizar o denegar la ejecución de la medida.

En resumidas cuentas, del contenido de la Ley Sinde debe desprenderse que la Sección Segunda ostentará una potestad en exclusiva a la hora de decidir si desde una página web se están vulnerando derechos de propiedad intelectual y de proceder al cierre de la misma o a la retirada del contenido en conflicto. Sólo quedaría reservada a los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo la facultad de autorizar el

cierre acordado por la Comisión, sin entrar en el fondo del asunto, esto es, impidiendo un ulterior análisis sobre la existencia de la infracción que motiva el cierre. De este modo, la actuación judicial quedará limitada a ejecutar la medida acordada, salvo que su adopción afecte a los derechos fundamentales de libertad de expresión o información.

La principal duda que despierta la descripción del procedimiento es si tanto la Comisión como el colapsado sistema judicial español podrán hacer frente a los estrictos plazos establecidos por la Ley Sinde. Ya durante el proceso de elaboración de la Ley, el Consejo General del Poder Judicial alertó de la concentración de casos en los Juzgados que podrían producirse de aprobarse su contenido, lo que apunta que será necesario aumentar el número de Juzgados de lo Contencioso Administrativo que a día de hoy son víctimas de una carga de trabajo desproporcionada.

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

Una vez examinado el contenido y el procedimiento de cierre de páginas web regulado por la Ley Sinde, procede que nos detengamos ahora en algunas de las cuestiones, no del todo claras, que más dudas e incertidumbre ofrecen y que tienen que ver mayoritariamente con el alcance y la aplicación de esta norma.

1. Alcance territorial de la norma

Uno de los aspectos que más dudas ha suscitado, en relación con la efectividad de la Ley Sinde, es el de su alcance territorial. Mucho se ha opinado y escrito acerca de que los servidores de webs domiciliadas en el extranjero iban a resultar impunes a esta nueva regulación.

Sin embargo, no debe obviarse que todo el sistema diseñado por la Ley Sinde se apoya sobre la base de la modificación obrada en el artículo 8 de la LSSI, de manera que queda incluida la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual entre los “valores” cuyo respeto y protección pueden ser merecedores de actuaciones de la autoridad competente -en este caso, la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual- que supongan la interrupción de servicios de la sociedad de la información que atenten contra aquellos, en los términos establecidos por su normativa específica (ej. el TRLPI).

El hecho de que la habilitación legal para este tipo de actuaciones esté incorporada en la LSSI tiene una importancia capital, porque ello implica que, indefectiblemente, van a regir en este ámbito sus disposiciones en relación con el ámbito de aplicación territorial. Estas disposiciones están recogidas en los artículos 2, 3 y 4 LSSI y, en términos generales, establecen que la ley se aplicará:

- A los prestadores de servicios establecidos en España, o en cualquier otro estado pero con un establecimiento permanente en España (art. 2 LSSI);
- A los prestadores de servicios establecidos en un estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y afecten a la propiedad intelectual (art. 3 LSSI);
- A los prestadores de servicios establecidos en otros países, cuando sus servicios se dirijan específicamente al mercado español, siempre que no se contravenga lo dispuesto en tratados o convenios internacionales (art. 4 LSSI).

Además, el artículo 11.2, de aplicación a todos los prestadores extranjeros por remisión del artículo 4, establece la posibilidad de ordenar a los prestadores de servicios de intermediación españoles (como por ejemplo Telefónica, u otros ISP) que impidan el acceso desde España a los servicios o contenidos infractores radicados en el extranjero.

Por tanto, debe concluirse que, sea donde fuere que estuviese ubicado un servidor que albergue páginas web infractoras de derechos de propiedad intelectual, si la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual decide retirar un contenido o interrumpir un servicio, puede hacerlo: si se entiende que ese servicio está específicamente destinado al público español (la gran mayoría de sitios web de descarga ilegal utilizadas por los usuarios españoles cumplen este requisito), la Comisión estará habilitada para eliminar su contenido o interrumpir el servicio; si por el contrario se entiende que no son servicios específicamente destinados al público español, podrá simplemente solicitarse que se imponga a los ISP la prohibición de acceso desde España.

2. Alcance material: aplicación a webs de enlaces y redes Peer to Peer (P2P)

Los sitios web de enlaces

El nuevo artículo 158.4 TRLPI, tras la modificación obrada por la Ley de Economía Sostenible, tiene la redacción que sigue:

“Corresponde a la Sección Segunda, que actuará conforme a los principios de objetividad y proporcionalidad, el ejercicio de las funciones previstas en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información. La Sección podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.”

Por tanto, uno de los requisitos para que puedan adoptarse las medidas contempladas en la nueva norma es que exista una vulneración de los derechos de propiedad intelectual.

Quizá no sea ahora el momento de hacer un repaso de las bases del derecho de autor, pero básicamente podemos recordar que, además de los derechos morales, el gran bloque de derechos de propiedad intelectual que puede verse afectado por las vulneraciones a las que alude la Ley Sinde son los derechos patrimoniales exclusivos (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, en el caso de los autores, con algunas particularidades para otras clases de titulares).

La gran incógnita surge entonces en relación con ciertas páginas web que son utilizadas masivamente por los usuarios para llevar a cabo descargas ilegales de contenidos pero que se limitan simplemente a enlazar a contenidos infractores. Son las famosas webs de enlaces, en las que, estrictamente, no se contienen archivos para su descarga por los usuarios, sino que simplemente se proporcionan enlaces o *links* a las páginas o servidores donde los archivos se ubican. Sin perjuicio de la regulación en materia de responsabilidad de los proveedores de servicios de enlaces,

que está recogida en el artículo 17 LSSI y que la supedita a la existencia de conocimiento efectivo de la infracción, en lo que atañe estrictamente a derechos de propiedad intelectual, la jurisprudencia ha sido relativamente constante al establecer que las webs de enlaces no hacen comunicación pública de obras, y, en consecuencia, no debería apreciarse la “vulneración” de la que habla la Ley Sinde.

Sin embargo, en los últimos meses esta tendencia ha cambiado y, curiosamente desde la aprobación en las Cortes Generales de la Ley de Economía Sostenible, hemos empezado a conocer sentencias que rompían con la postura hasta el momento imperante.

Particularmente llamativa es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de febrero de 2011, que resuelve en segunda instancia el célebre caso de la web “elrincondejesus.com” (que hasta ese momento constituía el paradigma en que se amparaban todas las sentencias que absolvían a las webs de enlaces), y que por primera vez reconoce y manifiesta que ciertos enlaces a obras sí son comunicación pública.

Por tanto, parece que, salvo que se regule positivamente en nuestro Derecho, la consideración sobre si una web de enlaces vulnera o no los derechos de propiedad intelectual de un titular es un aspecto que tendrá que sustentarse sobre una fundamentación jurisprudencial. Si, como puede atisbarse, la jurisprudencia empieza a considerar que este tipo de servicios de la sociedad de la información cometen actos ilícitos de comunicación pública de obras sujetas a derechos ajenos, parece que la Sección Segunda no tendrá apenas problemas para dirigirse contra este tipo de páginas web.

Por último, en relación con las webs de enlaces, debe puntualizarse que aquellas que hayan sido previamente enjuiciadas y absueltas por los tribunales (en aplicación de la jurisprudencia hasta el momento predominante), en principio quedan impunes y protegidas por esa prejudicialidad: una vez que los jueces ya han determinado que su conducta no vulnera los derechos de propiedad intelectual, la Comisión no podría dirigirse contra ellas, ya que de lo contrario estaríamos ante un delito de prevaricación por parte de los funcionarios responsables. Aquellas páginas que estén inmersas en un procedimiento judicial también gozarán de la prejudicialidad frente al procedimiento administrati-

vas, por lo que en principio también quedarían a salvo.

Redes Peer to Peer (P2P)

Mucho se ha escrito acerca de la legalidad o no del intercambio de archivos protegidos por medio de redes P2P. Ante todo, debe quedar claro que dicho intercambio no es legal (algo que no sólo es discutido doctrinalmente por una minoría), dado que en la ejecución del mismo se perfeccionan tanto actos de reproducción, como de comunicación pública no autorizados.

En el momento actual y con la regulación vigente, hay que distinguir entre dos posiciones:

- a. Posición del que pone a disposición: La persona que pone a disposición archivos protegidos en una red de igual a igual ha de llevar a cabo, necesariamente, actos de reproducción de tales archivos en su sistema o servidor. Pero además, la puesta a disposición en una red constituye, de acuerdo con lo establecido en el TRLPI, un acto de comunicación pública no autorizado.

En consecuencia, es patente la existencia de un ilícito civil contrario a las normas del TRLPI. ¿Podría ser perseguido el infractor, además, a través de la vía penal del artículo 270 del Código Penal? Lo habitual es que el que incluye en su página archivos para compartir con otros no pueda ser perseguido por esta jurisdicción al no existir ánimo de lucro (salvo en contadas ocasiones, por ejemplo, cuando el sujeto en cuestión tiene en su página un banner por el que gana dinero en concepto de publicidad, pero esto no suele ocurrir en las plataformas P2P), ya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es unánime al establecer que, en este ámbito, el “ánimo de lucro” al que se refiere la ley es un ánimo pecuniario, económico, sin que pueda considerarse como tal otro tipo de beneficios o prestaciones que pudiera obtener el sujeto activo.

En consecuencia, el *uploader* sólo puede ser perseguido por el ilícito civil.

- b. Posición del que descarga la obra: En este caso no hay una comunicación pública, sino solamente una reproducción in consentida de la obra protegida. Se considera que no hay ánimo de lucro, por lo que el tipo penal no se cumple, y se ha llegado a discutir si, en el ámbito civil, podría caer dentro del límite de copia privada. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia son unánimes tras la reforma de la copia privada llevada a cabo en 2006: no hay copia privada puesto que no ha habido un acceso legal a la obra, que es uno de los presupuestos que exige el artículo 31.2 TRLPI.

En el ámbito de las redes P2P, la peculiaridad es que quien descarga está a su vez compartiendo los archivos, poniéndolos a disposición de los demás usuarios de la red; por lo que cada usuario es, simultáneamente, *uploader* y *downloader*.

Como se ha dicho, estas conductas, hoy por hoy, sólo pueden perseguirse por vía civil, pero ello en la práctica es imposible, fundamentalmente por dos motivos que ya se han dejado entrever en este artículo: el primero, que no se puede localizar a los infractores, dado que los proveedores de acceso no pueden facilitar los datos de estos salvo que se esté en un procedimiento penal por delitos graves y exista un mandato judicial al efecto; y el segundo, porque cuando un juez, tras un largo procedimiento, ordena cerrar una página, inmediatamente quien está detrás de ella cambia de servidor, o incluso de país en el que registra el dominio, y a las pocas horas puede volver a estar operativa.

En este contexto cabe preguntarse: ¿son aplicables las medidas contempladas en la Ley de Economía Sostenible a la lucha contra el intercambio ilegal de archivos en redes P2P? La respuesta no puede ser otra: muy difícilmente.

En efecto, cuando hablamos de redes P2P no nos encontramos estrictamente en un ámbito semejante al de los sitios web u otros servicios de la sociedad de la información análogos. En estos casos no hay un concreto prestador de servicios al que se pueda identificar e interrumpir el servicio: la peculiaridad de las redes P2P viene dada porque la red la construyen los miles de usuarios que simultáneamente ponen sus archivos a disposición de los demás. El único nexo común entre ellos es que han instalado previamente

un software en sus ordenadores (ej. Kazaa, Emule, Ares, etc.) que facilita el intercambio de archivos y que no necesariamente ha de estar específicamente diseñado para los intercambios no consentidos.

Estos programas están instalados en los ordenadores de los usuarios, por lo que nada puede hacerse para eliminarlos o limitar su funcionalidad, pues recordemos que las medidas de la Ley Sinde solamente son ejecutables frente a prestadores de servicios, no frente a usuarios. Por otra parte, tampoco sería justificable la exigencia al fabricante del software (en los casos en que este se identifica, ya que muchas veces es anónimo) de interrumpir su actividad, puesto que tales programas son aptos, en principio, para el intercambio de archivos de todo tipo, no solo de obras o prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual.

En consecuencia, resulta previsible que las redes P2P quedarán impunes a las nuevas medidas introducidas en nuestro Derecho. Esto ha de llevarnos a una reflexión acerca de la conveniencia de las mismas, ya que la realidad dicta que, en nuestro país, la inmensa mayoría de descargas ilegales se realizan a través de redes P2P, que en principio van a continuar produciéndose sin ningún tipo de traba.

3. La exigencia de ánimo de lucro

Otra de las incógnitas que más dudas plantean en relación con el alcance material de la Ley Sinde es la de a qué páginas y/o servicios pueden aplicarse las medidas que regula: ¿se puede actuar contra todas las páginas que infrinjan derechos de propiedad intelectual? O por el contrario, ¿ha de exigirse un “plus”, en términos de lucro o beneficio, para justificar dicha intervención?

El nuevo artículo 158.4 TRLPI, tras la reforma efectuada por la Ley de Economía Sostenible, dispone lo siguiente en su párrafo segundo:

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

Por tanto, parece que sí ha de exigirse una cualificación en el acto infractor, cual es que este se lleva a cabo por el prestador bien (i) con ánimo de lucro, o bien (ii) habiendo causado o siendo susceptible de causar un daño patrimonial.

Sobre lo anterior pueden discutirse varias cosas. En primer lugar, el significado que debe darse al término “ánimo de lucro”: ¿ha de seguirse el criterio introducido por la Fiscalía General del Estado y confirmado por la jurisprudencia en materia de propiedad intelectual, de exigir que sea un lucro económico y comercial? ¿O por el contrario, debe interpretarse según la doctrina general de entender que el lucro es cualquier ganancia o beneficio, sea o no económico?

Por otra parte, han sido numerosas las críticas a la alusión que hace la ley a la “susceptibilidad” de causar un daño. El término “susceptibilidad” es definitivamente ambiguo e indefinido, aunque parece que se quiere introducir un elemento de prevención o de idoneidad, términos de difícil encaje cuando lo que se está regulando son medidas restrictivas de la libertad en la red. La justificación de este elemento de “potencialidad del daño” no es ni mucho menos pacífica, sobre todo si se tiene en cuenta la dosis de discrecionalidad que tal apreciación exigiría, con la merma en términos de seguridad jurídica que ello implicaría.

Sea como fuere, lo cierto es que en nuestra opinión este debate pasa a un segundo plano debido a lo que, a nuestro entender, supone un error en términos de técnica legislativa. En efecto, de nada sirve especificar unos requisitos de aplicación cuando se ha empleado previamente en la norma otro concepto, “servicio de la sociedad de la información”, que ya está definido e, inherentemente, ya exige que exista un ánimo de lucro, de conformidad con la definición que de tales servicios ofrece la LSSI:

“Servicios de la sociedad de la información o servicios: todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.”

Se observa, por tanto, que el ánimo de lucro es una nota distintiva de los servicios de la sociedad de la información (ya sea con base en la onerosidad de los servicios, o en que estos constituyan una actividad económica), por lo que, con independencia de que el TRLPI establezca la exigencia de que en la infracción concorra ánimo de lucro o un daño económico potencial o efectivo, lo cierto es que los sitios web que no tengan ánimo de lucro en su actividad, o que no realicen una actividad económica, no pueden ser considerados servicios de la sociedad de la información a los efectos de la LSSI, y en consecuencia, quedarían fuera del ámbito de aplicación de las medidas de la Ley Sinde, que sólo alcanzan a los prestadores de dicho tipo de servicios.

Esto significaría, a priori, la exclusión del ámbito de aplicación de páginas como los blogs, o aquellas webs gratuitas y sin publicidad. Eso sí, habrá que esperar a observar qué interpretación hace la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual de estos extremos.

4. Cuestiones procedimentales

Además de los aspectos ya planteados, existen numerosos elementos en el procedimiento para la adopción de medidas de interrupción de servicios o retirada de contenidos vulneradores de derechos de propiedad intelectual que plantean enormes dudas, relativas tanto a su justificación legal como a las posibilidades de que vaya a poder hacerse una aplicación real y efectiva de estas.

En primer lugar, cabe plantear el interrogante acerca de la proporcionalidad de las medidas a adoptar. La ley señala que podrá hacerse efectivo la retirada de contenidos y/o la interrupción de servicios que vulneren derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, no establece criterios de moderación o proporción de tales medidas al tipo de infracción realizado, de manera que en principio, podrían aplicarse de forma extremadamente contundente e incluso injustificada en casos de páginas que, por ejemplo, incorporen un fonograma que se comunique públicamente de manera no autorizada mediante su ejecución automática al abrir la página. O, por ejemplo, páginas que tengan en su interfaz un video que infrinja derechos de terceros. Estas páginas podrían soportar la misma sanción que otras con auténticas bibliotecas de contenidos infractores, lo cual no parece muy adecuado.

Por otra parte, se plantea la cuestión sobre la naturaleza jurídica de la intervención administrativa para tomar las medidas que la ley contempla. En cierto modo, esta dificultad se ha salvado ya durante el procedimiento legislativo, al incorporar el requisito de autorización judicial tanto para la comunicación de datos como para la adopción de las medidas de interrupción del servicio o retirada de contenidos. Sin embargo, el tema sigue siendo delicado, toda vez que tales autorizaciones se ciñen únicamente a un examen de no afcción de los derechos constitucionales contenidos en los artículos 18 y 20, respectivamente, de la Constitución Española.

Finalmente, debe hacerse notar la inusitada brevedad en los plazos establecidos para un procedimiento complejo como el que se analiza. Sumando todas sus fases, la duración total desde la solicitud de autorización para la comunicación de datos del infractor por parte de la Comisión hasta la resolución ordenando las medidas de retirada o suspensión no supera los 20 días. Por otra parte, se restringen de forma extrema los plazos para que la autoridad judicial estudie y autorice las medidas de comunicación de datos (24 horas) y de retirada de contenidos o suspensión del servicio (2 días para la celebración de la audiencia y otros 2 días improrrogables para resolver mediante auto). En todo caso, parecen unos plazos demasiado cortos cuando las decisiones que han de adoptarse son de un calado que pueden alcanzar la afcción de derechos fundamentales.

No parece factible a priori, o al menos ofrece grandes dudas, que los juzgados vayan a ser capaces de respetar estos plazos, máxime teniendo en cuenta la enorme carga de trabajo que tiene a día de hoy. Por otra parte, tampoco resulta justificable que se establezca un procedimiento tan breve y privilegiado para proteger unos derechos que, al fin y al cabo, no resultan más importantes que cualesquiera otros que a diario buscan amparo en nuestros tribunales y que, en muchos casos, no alcanzan una protección efectiva hasta pasados varios años.

V. CONCLUSIONES

Partimos de una realidad insoslayable: España es un país con uno de los índices de piratería más altos de Europa. Esta situación supone un contexto de actuación en el que la necesidad de regulación no se refiere solo al establecimiento de normas de retribución de un derecho reconocido sino a la pura transformación

de una cultura que desprecia por intangible una propiedad que no admite discusión.

En este contexto, la irrupción de las nuevas tecnologías han venido a incrementar exponencialmente la impunidad y anular toda conciencia o responsabilidad precisamente por aquello que debería ser considerado la máxima ventaja del sistema: la accesibilidad universal, la capacidad de almacenamiento y transmisión y la individualidad del uso. Este uso de las redes como soporte fraudulento de un ilícito que se comete amparado por la invisibilidad, está suponiendo en la actualidad en nuestro país una explotación indiscriminada de la creatividad ajena que no se corresponde en absoluto con ninguno de los índices de desarrollo económico, cultural y social.

Ante esta situación, es absolutamente necesario adaptar la legislación relativa a la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual a unas coordenadas propias de una sociedad avanzada en todos los sentidos y muy especialmente a la nueva realidad creada por Internet. Sin embargo, hay que puntualizar que la ley solo podrá sancionar una práctica ya establecida y reducir su impacto, pero esto no será suficiente si no se da la información adecuada para que los usuarios cambien de mentalidad y los empresarios del sector rediseñen sus modelos de negocio para adaptarlos a unas tecnologías en las que ciertos mitos como la fisicidad de los soportes, la erótica de la compra o la relación temporal entre el bien consumido y la exigencia de dedicación han quedado trastocados sin remedio.

No caben ya lamentos sobre su desaparición, sino urgencias por describir la situación como una oportunidad de oro para rediseñar la industria cultural, llegar a un público aún mayor y regular de forma no agresiva la recaudación implícita de los derechos de los autores. En este sentido, es evidente cuánto la reducción de los costes de producción y distribución pueden revertir en un mayor alcance de los productos reequilibrando la ecuación coste-penetrabilidad gracias a unas políticas de mercados y precios ajustada a la realidad.

Ambos campos, la transformación de los modelos productivos y de distribución y la adaptación de la legislación a una realidad tan establecida que ya parece invisible, operan conjuntamente en el espectro de un entorno que es la base de todo lo comentado: España

y la Unión Europea son estados de derecho en los que la propiedad intelectual está regulada. Por la simple definición de estado de derecho, ni la ley ni la industria que vive de esos autores pueden aceptar un sistema en el que los titulares de derechos no ostenten ningún control sobre su obra quedando abocados a una situación no decidida de gratuidad tremendamente dañina no solo para el sujeto creador sino para el espectro cultural de todo el país que renuncia de esta forma a otorgar valor a una actividad que es en sí misma motor de progreso y crecimiento de la sociedad. Una sociedad en la que el creador no es remunerado es una sociedad abocada a la extinción creativa.

Desde estos dos puntos iniciales (un país en el que la piratería se ha instalado con impunidad notable y la condición del mismo de estado de derecho que regula la propiedad intelectual), una norma como la Ley Sinde es más que necesaria aunque no sea más que por el hecho de tratar de regularizar una situación legalmente no autorizada y a pesar de las incógnitas sobre la eficacia de su aplicación que se ciernen a su alrededor. En este sentido, apuntamos el interés de conceder al tiempo su labor como agente legislador en la confianza de que las circunstancias cambiantes del entorno de aplicación, el propio perfeccionamiento de la doctrina al hilo de su práctica y la jurisprudencia que tal práctica vaya generando, pueda perfilar una mayor adecuación de la ley a su campo de acción. De esta forma, lagunas como la regulación del P2P no incluidas ahora en la ley por razones claramente electoralistas o la activación de recursos para equilibrar el acceso ágil a la cultura sin atentar contra la propiedad intelectual como el propuesto por Voluntary Collective Licensing que permite acceder previo pago de una pequeña cantidad a la reproducción de contenidos, irán colonizando ese desierto que es hoy el instrumental tecnológico necesario para aunar nuevas tecnologías y propiedad intelectual.

Con esto, estamos asumiendo que la Ley Sinde será de compleja aplicación y que de poco valdrá su cerzón a un articulado referido a un entorno en el que se suceden revoluciones tecnológicas cada día. Por ello entendemos que se trata de una Ley que precisa de complicidades y conciertos colectivos en los que los legisladores deberán trabajar mano a mano con el gobierno, con las entidades de gestión y con la propia industria que finalmente elabora, distribuye y arriesga su capital en aras de la propiedad intelectual.

Más información

Blanca Cortés

blanca.cortes@cms-asl.com

Pedro Merry

pedro.merry@cms-asl.com

Ignacio Cárdenas

ignacio.cardenas@cms-asl.com

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, C/ Génova, 27 – 28004 Madrid – España

T +34 91 451 93 00 – F +34 91 442 60 45 – madrid@cms-asl.com

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es una de las firmas de abogados con más historia y prestigio del mercado español, con oficinas en Madrid, Sevilla y Marbella. Combinamos tradición y vanguardia, experiencia e innovación, como valores para lograr la máxima satisfacción de los clientes.

Con más de 90 abogados, nuestra finalidad es mantener una relación estrecha de trabajo con el cliente para comprender y anticipar sus necesidades y estar a su entera disposición para llevar a cabo sus objetivos de negocio.

Despacho multidisciplinar, ofrecemos a través de nuestras distintas áreas de experiencia un servicio completo de asesoramiento legal y fiscal que cubre todas las necesidades de nuestros clientes.

CMS Albiñana y Suárez de Lezo pertenece a la organización CMS, organización de los mayores despachos europeos independientes y cuya ambición es ser reconocida como la mejor firma de servicios legales y fiscales en Europa.

www.cms-asl.com

CMS oficinas y oficinas asociadas: **Ámsterdam, Berlin, Bruselas, Londres, Madrid, París, Rome, Viena, Zurich**, Aberdeen, Argelia, Amberes, Arnhem, Beijing, Belgrado, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Colonia, Dresde, Dusseldorf, Edimburgo, Estrasburgo, Frankfurt, Hamburgo, Kiev, Leipzig, Ljubljana, Lyon, Marbella, Milán, Montevideo, Moscú, Munich, Praga, Sao Paulo, Sarajevo, Sevilla, Shanghái, Sofia, Stuttgart, Utrecht, Varsovia y Zagreb.