

IDAS Y VENIDAS DE LA “LEY SINDE”. COMENTARIO A LA DISPOSICIÓN FINAL 43ª DE LA LEY 2/2011, DE 4 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE*

SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA **

Resumen: En los últimos años, el uso de redes P2P y de otras formas de puesta a disposición al público de contenidos protegidos por la propiedad intelectual sin el consentimiento de los titulares de derechos, ha crecido considerablemente en España. Para hacer frente a los problemas y los daños producidos por la piratería doméstica, se ha aprobado la denominada Ley Sinde (DF 43ª de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible) y el RD 1889/2011, de desarrollo. Se prevé un procedimiento a través del cual se podrá solicitar el cierre de una página web que infrinja los derechos de propiedad intelectual o la eliminación de los contenidos que pudieran infringirlos. De ello se encargará la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, un órgano administrativo, si bien deberá contar con la autorización judicial en dos momentos puntuales del procedimiento: la cesión de datos personales por parte del proveedor del servicio de conexión a Internet y la ejecución forzosa de las medidas citadas.

Palabras clave: Ley Sinde, redes P2P, piratería, Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, cierre de páginas web, cesión de datos personales, compensación equitativa por copia privada, titulares de derechos de propiedad intelectual, prestadores de servicios de la Sociedad de la Información.

Abstract: In recent years the use of P2P networks and other ways of making available to the public of copyrighted contents without the authorization of Intellectual Property rights' holders, has considerably grown in Spain. In order to solve these problems and the damages caused by domestic piracy, it has been approved the called Ley Sinde (Final Provision 43th of the Law 2/2011, on Sustainable Economy) and the Royal Decree 1889/2011, to develop it. It provides a proceeding though which rightholders can ask for the closure of a website that infringes intellectual property rights or the removal of the infringing content. It will be carried out by the Second Section of the Intellectual Property Commission, an administrative body, although the authorization by Judge must be requested in two moments of the proceeding: the transfer of personal data by providers of Internet service and the enforcement execution of the measures.

Keywords: Law Sinde, P2P networks, piracy, Second Section of the Intellectual Property Commission, closure of websites, transfer of personal data, fair compensation for private copying, Intellectual Property rightholders, Information Society service provider.

* Fecha de recepción: 16/06/2011

Fecha de aceptación: 13/09/2011. Actualizado a 1 de marzo de 2012.

** Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA COPIA PRIVADA COMO ORIGEN DEL PROBLEMA; III. LA LUCHA CONTRA LA PIRATERÍA ANTES DE LA DF 43ª LES; IV. EL OBJETIVO DE LA DF 43ª LES; V. LA PROPIEDAD INTELECTUAL AL MISMO NIVEL QUE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; VI. MEDIDAS A ADOPTAR EN CASO DE INFRACCIÓN; VII. CESIÓN DE DATOS PERSONALES; VIII. LOS SUJETOS PASIVOS DE LAS MEDIDAS DE SUSPENSIÓN Y RETIRADA; IX. EL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DEL SERVICIO O RETIRADA DE CONTENIDOS; X. LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA (EL “CANON DIGITAL”); XI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito sobre ella y mucho nos ha sorprendido la llamada “Ley Sinde” (LS), es decir, la Disposición Final cuarentésimo tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES)¹. Qué duda cabe de que la cultura de un país es un índice más de su desarrollo, por lo que es necesario un régimen adecuado que la proteja frente a los usos ilícitos que se hacen de las obras y prestaciones. Ese régimen lo encontramos en la Propiedad Intelectual. Pues bien, el desarrollo tecnológico, además de las evidentes ventajas que supone, trae consigo también formas rápidas y sencillas de vulnerar los derechos de autores y otros titulares de derechos. Se trata de un arma de doble filo: Internet y la tecnología digital permiten una difusión mayor de contenidos protegidos por la Propiedad Intelectual, pero, al mismo tiempo, aumenta el riesgo de explotaciones no autorizadas de los mismos. Y es este problema precisamente el que ha tratado de regular la Ministra de Cultura, Ángeles González-Sinde, a través de “su” Ley.

La DF 43ª LES ha venido a modificar varias normas importantes en esta materia: la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSICE); la Ley 2/1996, de Propiedad Intelectual (LPI); y la Ley 29/1998, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Su objetivo fundamental es luchar contra los efectos y los daños provocados por la piratería de contenidos protegidos (canciones, películas, etc.). Las fuentes más importantes de piratería en este momento son los programas de intercambio de archivos P2P y las

¹ El texto del Anteproyecto es de 27 de noviembre de 2009 y fue presentado ante el Congreso el 2 de diciembre de 2009. Posteriormente, el texto del Proyecto de LES fue aprobado el 19 de marzo de 2010 y superó intacto el primer trámite parlamentario al esquivar las cinco enmiendas a la totalidad presentadas en el Pleno del Congreso, gracias a los votos de PSOE, PNV y CC. Sin embargo, cuando el 21 de diciembre de 2010 se votó por separado la Disposición Final 2ª, la que contenía por entonces la Ley Sinde, la inclusión de esta norma fue rechazada por 20 votos frente a los 16 del PSOE. De esta manera, la LES pasó al Senado sin la DF 2ª. Tras una serie de pactos entre PSOE y PP, consistentes básicamente en reforzar la presencia de los órganos judiciales en estos procesos y en la modificación del canon digital, la DF 2ª volvió al texto de la LES y entró en el Senado. Las enmiendas 567 y 568, que proponían la resurrección de la Ley Sinde a su paso por el Senado, fueron aprobadas por la Comisión de Economía del Senado por unanimidad. El 9 de febrero de 2011, el Pleno del Senado aprobó el texto de la LES, incluida la Ley Sinde (aprobación por 244 votos a favor y 12 en contra). Y finalmente, el 15 de febrero de 2011, el Pleno del Congreso la aprobó con 323 votos a favor (PP, PSOE y CiU), 19 en contra y una abstención. Fue publicada en el BOE de 5 de marzo de 2011.

páginas web de enlaces que permiten las descargas de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual. Tales programas P2P y páginas web son utilizados por millones de usuarios que descargan e intercambian archivos sin contar con la debida autorización de los titulares de derechos. Sin embargo, la aprobación de esta norma fue muy polémica. Hubo muchos grupos de presión, principalmente los usuarios y los titulares de software P2P, pero también por parte de titulares de derechos de propiedad intelectual que entendían que el cierre de páginas web no es la solución correcta para luchar contra la piratería.

La principal contribución de la Disposición Final 43ª LES es la previsión de un procedimiento por el cual los titulares de derechos pueden solicitar el cierre de páginas web que permitan a los usuarios descargar contenidos protegidos sin la preceptiva autorización o la retirada de los contenidos infractores de sus derechos. Esta solicitud deben realizarla los propios titulares de derechos (autores, artistas, productores, entre otros) a la autoridad administrativa competente, esto es, la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI). El procedimiento ha sido desarrollado y regulado por el RD 1889/2011, sobre el funcionamiento de la CPI, aprobado el pasado 30 de diciembre de 2011. Conforme a su DF 4ª, el RD entrará en vigor pasados dos meses desde su publicación en el BOE². Esto significa que las solicitudes por parte de los titulares de derechos podrán producirse a partir de marzo. Curiosamente, el Borrador de este RD estaba preparado para ser aprobado desde el 12 de abril de 2011, pero el Gobierno precedente no quiso aprobar esta norma tan impopular, quizá por el miedo a perder votos en las elecciones del pasado 20 de noviembre.

Por otro lado, la LES también incluye la DF 12ª, que insta al Gobierno para cambiar la regulación de la compensación equitativa por copia privada. Esta disposición estuvo motivada en la sentencia del TJUE sobre el caso *Padawan*. Tras la llegada del nuevo Gobierno, no es que el sistema de la compensación equitativa tal como está regulado en el artículo 25 LPI haya sido modificado, sino que ha sido derogado como después comentaré.

II. LA COPIA PRIVADA COMO ORIGEN DEL PROBLEMA

Antes de entrar a analizar los pros y los contras de la citada norma, conviene poner en antecedentes al lector de este comentario. El artículo 31.2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), contiene el límite de copia privada. Según este precepto, los usuarios de obras y prestaciones podrán hacerse una copia de las mismas, sin tener que pedir autorización, para su uso exclusivamente privado, siempre y cuando no hagan un uso lucrativo ni colectivo de la copia, y únicamente cuando hayan tenido un acceso legal a la obra o prestación de que se

² La Asociación de Internautas ha recurrido el RD, el pasado febrero, ante la Sala Tercera del TS, recurso que ha sido admitido a trámite. A juicio de la recurrente, el reglamento crea inseguridad jurídica, pone en peligro derechos fundamentales de los ciudadanos y atribuye a un órgano administrativo competencias asignadas por ley a los jueces.

trate. El uso privado incluye no sólo el que haga el propio copista, sino también sus amigos o familiares. La ausencia de uso colectivo significa que no puede poner la copia a disposición de un conjunto indeterminado de personas. La ausencia de ánimo de lucro se refiere a que el usuario de la copia no puede venderla o sacar algún tipo de beneficio económico de la misma. Y el acceso legal al contenido que va a ser copiado significa que dicho acceso debe haber sido autorizado por los titulares de derechos de propiedad intelectual.

Ninguno de los requisitos aquí apuntados se cumple cuando se intercambian archivos con contenidos protegidos (canciones, películas, etc.) a través de un programa P2P (eMule, KaZaa o Ares, entre otros) o cuando hacemos la descarga del contenido directamente desde la página web de una persona que, sin autorización, los pone a disposición del público. Para empezar, no hay acceso legal, pues el titular de los derechos no ha consentido el intercambio o la puesta a disposición de sus obras o prestaciones. Hay un uso colectivo, en la medida en que las obras y prestaciones se intercambian por millones y millones de usuarios conectados a esa red. Hay un uso lucrativo por parte de quienes facilitan esos intercambios poniendo a disposición de los usuarios el correspondiente programa de ordenador, ubicado seguramente en páginas web repletas de *banners* de publicidad, o cuando se exige el pago de una cantidad para conseguir la contraseña y poder descargar el archivo. En la medida en que no estamos ante copias privadas³, estaremos ante copias no autorizadas, copias ilícitas, y en nada obsta para esta calificación, el que hayamos pagado la compensación equitativa a la hora de comprar el soporte que nos permite almacenar los archivos descargados. Esta es una de las grandes confusiones de los usuarios: el pagar la compensación equitativa por copia privada –el llamado “canon digital”– no da derecho a copiar y descargar todo con independencia de su origen ilícito.

Los usuarios de estos programas P2P los defienden y apuestan por ellos sobre la base de las siguientes razones: a) conciben Internet como un medio de comunicación libre de límites, donde no rigen los derechos de propiedad intelectual; b) el interés que despiertan las nuevas tecnologías; c) el descontento general por los precios de discos, películas, libros, etc.; d) el pago del canon digital; e) el acceso a la cultura y a la información; f) alegan que, de la misma manera que los titulares de derechos utilizan Internet para publicitar sus obras y prestaciones y conseguir ingresos económicos, deberán permitir igualmente este tipo de actos por parte de los usuarios; g) a través de estas redes se intercambian no sólo archivos con contenidos protegidos, sino también archivos con contenidos no protegidos por la LPI (por ejemplo, obras sujetas a licencias *Creative Commons* u obras que están en el dominio

³ No obstante, algunas sentencias sí que han entendido que las copias descargadas por los usuarios de redes P2P están incluidas dentro del límite de copia privada. Por ejemplo, el Auto de 15 de octubre de 2009, del Juzgado de Instrucción número 46 de Madrid, que apuntó que las descargas de contenidos por Internet constituyen usos socialmente admitidos y muy extendidos, donde el fin no es, en ningún caso, el enriquecimiento ilícito, sino que tiene que ver más bien con la posibilidad de hacer copias para uso privado, con lo que no debería constituir una infracción. Se trataba de un proceso penal contra un usuario de la red P2P «Ares». En el mismo sentido se pronunció el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona, en su sentencia de 9 de marzo de 2010.

público). Se produce una pugna entre los titulares de derechos de propiedad intelectual y los partidarios de una cultura libre. Existe una gran confusión y desconocimiento sobre el funcionamiento de los derechos de propiedad intelectual, alimentado por quienes no les preocupa lo más mínimo las infracciones a estos derechos con tal de seguir aumentando su negocio.

Además, no existe el derecho a la copia privada. La reproducción para uso privado es un límite al derecho de reproducción de los autores y otros titulares de derechos de propiedad intelectual, pero no es un derecho de los usuarios. Esos titulares de derechos podrían perfectamente eliminar la posibilidad de hacer este tipo de copias respecto de obras y prestaciones explotadas *on-line* mediante un contrato de licencia (art. 161.5 LPI) o restringir el número de copias privadas a realizar a una sola en los supuestos de explotación de obras y prestaciones *off-line* (en soporte físico) u *on-line* pero sin contrato de licencia (art. 161.4 LPI), a través de las oportunas medidas tecnológicas anticopia. En definitiva, los usuarios no pueden exigir la realización de copias privadas, salvo en los supuestos en los que el titular de derechos debe asegurar el disfrute de, al menos, una de ellas.

III. LA LUCHA CONTRA LA PIRATERÍA ANTES DE LA DF 43ª LES

El desmesurado aumento del uso de este tipo de redes y de la piratería en general, con las consiguientes pérdidas para autores, productores de cines, productoras de música, artistas, etc., es lo que ha llevado al Gobierno a aprobar, con mayor o menor acierto, la Ley Sinde⁴. Con anterioridad a esta norma, era prácticamente imposible luchar contra este fenómeno. Encontramos dificultades si vamos contra los usuarios: a) para poder demandar

⁴ Merece la pena echar un vistazo a los estudios estadísticos. Según el estudio “Construyendo la economía digital: la importancia de la defensa del empleo en las industrias creativas de la Unión Europea”, realizado por TERA Consultants y la Cámara de Comercio Internacional, y presentado en marzo de 2010, se calcula que sólo en 2008 en España se destruyeron más de 13.000 empleos en el sector audiovisual y musical, y unos 185.000 en los cinco países que se estudian (Francia, Alemania, Italia, Reino Unido y España). Además, aquí se produjeron casi 2.350.000 de infracciones en el entorno digital en 2009, entre descargas de música y obras audiovisuales.

Según los datos del segundo “Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales”, elaborado por la consultora estadounidense IDC, a instancias de la Coalición de Creadores de Industrias y Contenidos, las pérdidas causadas en 2010 por la piratería en España ascienden a casi 11 millones de euros. Sólo el primer semestre, el valor de los contenidos digitales descargados sin autorización en España durante el año 2010 superó los 5.200 millones de euros –casi cuatro veces el valor del mercado de esos contenidos–.

En los dos últimos años, Estados Unidos ha incluido a España en su “lista negra” –Lista de observación de la piratería (*Watch List*), informe anual emitido por la Oficina para la Defensa de los Intereses Comerciales–, situándose entre los cinco primeros países del mundo con más volumen de piratería en Internet.

Según el último informe anual de la Federación Internacional de la Industria Discográfica, presentado en enero de 2011, el 45% de los internautas españoles hacen uso frecuente de páginas o redes P2P. Y el 95% de las descargas de música de todo el mundo son ilegales y no reportan ningún tipo de compensación a los titulares de derechos, aunque sí a quienes las explotan ilícitamente.

a los usuarios particulares se debía tener acceso a su dirección IP y acudir a los prestadores de acceso a Internet para que revelaran la identidad del usuario que se escondía tras ella, algo que sólo podían hacer en los casos de investigación y enjuiciamiento de delitos graves, lo que no sucede con el delito contra la propiedad intelectual (art. 270 CP), pues la pena de prisión máxima no llega a los cinco años⁵, que es el mínimo para ser considerado como delito grave, entre otros criterios⁶; b) los intercambios entre particulares no constituyen delitos contra la propiedad intelectual, pues no hay ánimo de lucro por parte de éstos, ya que este requisito hay que entenderlo como la obtención de una ganancia o beneficio económico derivado de la explotación de la obra o prestación –los usuarios no venden las copias, sino que se limitan a intercambiarlas o compartirlas–.

Actuar contra quienes ponen el programa P2P a disposición de los usuarios o establecen enlaces a los lugares donde está ubicado el archivo a descargar, tampoco era satisfactorio, pues alegan dos cosas: a) que ellos no cometen la infracción, sino que son los usuarios finales de tales programas; b) que a través de estos programas cabe intercambiar o descargar también contenidos que no están protegidos por la propiedad intelectual (ej.: obras que están en el dominio público o fotografías personales). Y desde el punto de vista penal, es difícil imponerles la sanción, pues no realizan personalmente ninguna de las acciones típicas del artículo 270 CP (reproducir, distribuir, comunicar públicamente o transformar el contenido protegido) ni cooperan a la ejecución de un delito –si aceptamos que los usuarios no cometen una infracción penal –. Frente a todo esto, cabría argumentar que: 1) comercializan un producto cuyos usos lícitos son realmente escasos –podríamos decir, sin equivocarnos, que la práctica totalidad de los programas P2P se utilizan para intercambiar ilícitamente contenidos protegidos por la propiedad intelectual –; 2) aunque no sean ellos quienes directamente cometen la infracción, el artículo 138 LPI, que regula las acciones frente a la vulneración de estos derechos, habla del “infractor” en general, abarcando tanto las infracciones directas como las indirectas; 3) para hacerles responsables bastaría con que tuvieran un conocimiento hipotético de que su tecnología servirá para cometer infracciones contra la propiedad intelectual; 4) el ánimo de lucro que tienen; 5) sin el programa P2P, los usuarios no podrían intercambiar archivos.

⁵ La pena prevista para los delitos contra la propiedad intelectual, en su modalidad más grave, únicamente alcanza los cuatro años (art. 271 CP).

⁶ Delitos graves son, según el artículo 13.1 CP, aquellos sancionados con una pena grave de las enumeradas en el artículo 33.2 CP. En concreto, se consideran penas graves: a) la prisión superior a cinco años; b) la inhabilitación absoluta; c) las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años; d) la suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años; e) la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años; f) la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años; g) la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años; h) la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años; i) la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.

Otros sujetos que intervienen en los intercambios son: a) los prestadores de servicios que facilitan servicios de acceso y transmisión de datos (las compañías de telefonía), y b) los prestadores de servicios que ofrecen herramientas de búsqueda y enlaces a contenidos (los motores de búsqueda). Ambos están exentos de responsabilidad conforme a los artículos 14 y 17 LSSICE, respectivamente, siempre y cuando cumplan los requisitos allí establecidos. Los operadores de redes y proveedores de acceso no serán responsables cuando ellos mismos no hayan originado la transmisión de información, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de esos datos. Y los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda no lo serán si no tienen conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización. Y si la tuvieran, deberán actuar con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. No obstante, estos prestadores de servicios sí estarán expuestos a la acción de cesación, obligándoles a suspender el servicio a aquellos que cometan la infracción.

IV. EL OBJETIVO DE LA DF 43ª LES

La DF 43ª LES ha surgido como un intento desesperado y rápido por intentar frenar este tipo de prácticas. Y digo desesperado porque, en lugar de acometer una reforma de la Ley de Propiedad Intelectual tal y como propuso la Subcomisión de Propiedad Intelectual, se ha hecho a través de una Disposición Final que casi pasa desapercibida de no haber sido por la repercusión y lo popular del tema. La Subcomisión, en un Informe de febrero de 2010, instó al Gobierno a presentar una revisión sistemática y coherente de la LPI o la elaboración de una nueva Ley si fuera necesario, donde se diera solución a los principales problemas actuales. Así también lo aconsejó la Comisión de Cultura del Congreso en un documento aprobado por unanimidad el 9 de marzo de 2010 y que contiene las conclusiones de la Subcomisión. Según la Comisión, la solución para paliar la piratería no es la represión, sino una mejor oferta legal y un mejor servicio de Internet, asociados a nuevos modelos de negocio, en definitiva, un acceso legal a contenidos más sencillo y asequible.

La necesidad de proteger la propiedad intelectual, como cualquier otro derecho de propiedad, es el fin de esta norma. Hay que tener en cuenta que la propiedad intelectual es necesaria para garantizar la creación cultural, y que debe contribuir al fomento de la creación, a la formación y potenciación de nuevos creadores. Pretende introducir un procedimiento ágil y efectivo para la protección de la propiedad intelectual frente a las vulneraciones realizadas mediante la puesta a disposición de contenidos en los sitios web, todo ello respetando los derechos que pudieran verse afectados. Se trata, en conclusión, de restablecer la legalidad. Prueba de ello es el propio título de la Disposición en el Anteproyecto de LES: “*Modificación de la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de*

la Ley de Propiedad Intelectual para proteger la propiedad intelectual frente a la piratería en Internet". El objetivo era, por tanto, proteger estos derechos frente al gran problema que supone la piratería en el entorno de las redes digitales. Posteriormente, el título de la Disposición se modifica en el Proyecto y se hace más neutral, manteniéndose en el texto actual: "*Modificación de la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, para la protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico*".

No obstante, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sí señalaba que "*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*" (apartado VII). Sin embargo, en el texto final de la LES no aparece esta alusión a los fines de la Disposición, algo que resulta un tanto curioso dado el gran debate público que despertó. Siendo ese el fin de la Disposición, ¿la forma en que lo hace es la correcta?

V. LA PROPIEDAD INTELECTUAL AL MISMO NIVEL QUE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El apartado 1 de la DF 43^a LES introduce una nueva letra e) en el artículo 8.1 LSSICE. Ese apartado establece que los órganos competentes podrán adoptar las medidas necesarias para interrumpir la prestación o retirar los datos en caso de que un determinado prestador de servicios atente contra los derechos de propiedad intelectual. El resto de letras del artículo 8.1 LSSICE incluyen, entre los derechos protegidos: la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional; la protección de la salud pública y de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios; el respeto de la dignidad de la persona y del principio de no discriminación; y la protección de la juventud y de la infancia. Parece equiparar, por tanto, la protección de la propiedad intelectual a la de estos derechos tan importantes, algo que ha sido duramente criticado —entre otros, por el Consejo Fiscal, en su Informe de 12 de febrero de 2010, que considera que la propiedad intelectual debe ser tratada como un derecho de propiedad y no como un derecho fundamental—.

¿Realmente tienen la misma importancia? La propiedad intelectual no es un derecho fundamental como lo son el resto de derechos que aquí se enumeran. La propiedad inte-

lectual no deriva del artículo 20 CE (derecho a la libertad de expresión o a la libertad de creación), sino que deriva del artículo 33 CE, como derecho de propiedad que es. Si bien la producción y creación literaria, artística, científica y técnica están reconocidas como derechos fundamentales en el artículo 20.1.b) CE, la propiedad intelectual no tiene esa posición privilegiada en la Constitución —como demuestra, por otro lado, el hecho de que su desarrollo normativo se haya realizado a través de ley ordinaria y no ley orgánica—. Por tanto, en mi opinión no creo que se trate de equiparar en importancia todos estos derechos, sino, más bien, se está haciendo una enumeración de bienes y derechos que pueden ser vulnerados en el entorno de las redes digitales. Y, como hemos visto, la propiedad intelectual es uno de ellos.

VI. MEDIDAS A ADOPTAR EN CASO DE INFRACCIÓN

Conforme al nuevo artículo 8.1 LSSICE, para proteger la propiedad intelectual se prevén dos medidas: la interrupción de la prestación o impedimento del acceso desde España (el cierre de la página o sitio web) y la retirada de los contenidos (archivos ilícitos, programas P2P, enlaces ilícitos) que vulneren los derechos de autor o los derechos conexos, por parte de la autoridad competente. No se establecen los criterios necesarios para determinar cuál de ellas adoptar (ej.: la gravedad de la conducta, el perjuicio sufrido, etc.). A mi juicio, el imponer una u otra medida dependerá del fin de la página web. Si el único fin es permitir o favorecer la descarga de contenidos protegidos sin autorización de los titulares de derechos, procederá el cierre del sitio web. Al ser una medida demasiado extrema, habrá que aplicarla únicamente en los casos más graves⁷. Y si la página web ofrece, entre otras cosas, el programa, los contenidos o enlaces, procederá entonces la retirada de los mismos para que cese la infracción, garantizando así que el prestador pueda seguir prestando los otros servicios ofrecidos. En cualquier caso, ambas medidas demuestran que no estamos ante una norma eminentemente compensatoria, sino más bien preventiva y resarcitoria del daño.

La primera cuestión que se plantea es si se vulnera con esto derechos fundamentales como el derecho a la información, el derecho de acceso a la cultura o la libertad de expresión. Para empezar, las obras y prestaciones no son información. La información no está protegida por la propiedad intelectual. Los archivos que se intercambian en las redes P2P contienen auténticas obras, es decir, creaciones que cumplen con los requisitos del artículo 10.1 LPI para recibir protección (la película “Celda 211” no es información, sino una obra cinematográfica). Y tampoco se vulnera el derecho de acceso a la cultura, pues nadie ha dicho que el acceso a la misma deba ser gratuito. El derecho de acceso a la cultura no signi-

⁷ DURÁN RIVACOBBA considera que el cierre de páginas web es una medida demasiado dura y que juega como una especie de censura previa. *Vid.* DURÁN RIVACOBBA, R., “La protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico (a propósito de la Ley Sinde)”, en *Aranzadi Civil*, BIB2011/467, 2011.

fica que el mismo se pueda hacer de cualquier manera y menos vulnerando los derechos de otros (autores y titulares de derechos conexos). Ni siquiera se está vulnerando el derecho a la libertad de expresión o creación del responsable sitio web, sino que únicamente se está imponiendo una sanción por la infracción cometida. Simplemente se trata de garantizar los derechos de unas personas, los creadores y otros titulares, que la ley les otorga. Cada uno podrá seguir vertiendo sus opiniones en foros, páginas web, etc. Lo único que se va a controlar son las infracciones a los derechos de propiedad intelectual.

Además, para evitar cualquier conflicto, el artículo 8.1 LSSI prevé que la adopción de estas medidas deberá hacerse respetando “*las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran resultar afectados*”. La intervención de los órganos judiciales garantizará el principio de proporcionalidad a la hora de imponer una u otra. La iniciativa sobre la adopción de alguna de estas medidas y su ejecución se lleva a cabo por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI), pero siempre bajo el control judicial correspondiente. No cabe imponer ninguna de las dos si no se ha pasado por el procedimiento previsto en los artículos 158.4 LPI y 122bis LJCA, que veremos más adelante⁸.

Ya desde la aprobación de la LSSICE en el año 2002, se previó la posibilidad de solicitar la desconexión a la red del responsable de la infracción, el cierre de sitios web o la retirada de contenidos, si bien no respecto de la defensa de la propiedad intelectual. En aquel entonces, nadie se sublevó alegando que estas medidas podían atentar contra derechos fundamentales. ¿Por qué ahora sí? Es más, la misma LPI, desde su modificación por la Ley 23/2006, otorga a los titulares de derechos las acciones necesarias para solicitar la cesación de la conexión a Internet. El artículo 139.1.h) LPI permite solicitar la cesación definitiva de los servicios de ciertos intermediarios cuyos servicios son usados por terceros para violar derechos exclusivos de propiedad intelectual. De la misma manera, el artículo 141.6 LPI establece la posibilidad de solicitar, como medida cautelar, la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir los derechos de propiedad intelectual. El artículo 138.3º LPI indica los requisitos necesarios para proceder a la solicitud de suspensión del servicio. Establece que los titulares podrán solicitar al juez que ordene a los intermediarios la suspensión de sus servicios cuando un tercero los utiliza para violar derechos de propiedad intelectual, siempre que dicha petición sea: apropiada, objetiva, proporcionada y no discriminatoria. No es nada nuevo, como podemos ver.

No se contempla, al contrario que en otras leyes europeas, el corte de acceso a Internet. A nivel internacional destaca el texto del Acuerdo Comercial de Antifalsificación (ACTA), que es un acuerdo internacional promovido desde 2008 por Estados Unidos y que se está

⁸ La Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en Auto de 15 de enero de 2010, denegó el cierre de una página que permitía el P2P como medida cautelar y anterior a la interposición de la demanda, si bien porque no se logró demostrar el *fumus boni iuris* ni el *periculum in mora*.

negociando entre ellos y Japón, Canadá, Corea, Australia, Nueva Zelanda, Méjico, Singapur, Marruecos, Suiza y la Unión Europea⁹. El texto final se presentó el 3 de diciembre de 2010 y fue firmado en Japón por España y por otros veintinueve Estados de la Unión Europea¹⁰. En un principio, se llegó a plantear la posibilidad de que las operadoras pudieran desconectar a sus abonados en caso de que descubrieran que comparten contenidos protegidos por la propiedad intelectual sin autorización. En caso de no hacerlo, las productoras podían demandar a los proveedores de Internet, posibilidad que fue eliminada en la última versión del Acuerdo. El texto actual no hace mención expresa de ninguna medida de protección frente a las infracciones, por lo que será algo a decidir por cada una de las Partes. El artículo 6 de ese Acuerdo establece, entre otras cosas, que: 1) cada Parte deberá asegurar en su legislación el establecimiento de procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier infracción de estos derechos, incluyendo recursos ágiles para prevenir infracciones y recursos eficaces de disuasión de nuevas infracciones; 2) los procedimientos adoptados deberán ser justos y equitativos, y deberán asegurar la protección adecuada de todos los derechos de los participantes en el procedimiento; 3) estos procedimientos no pueden ser innecesariamente complicados o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios; 4) debe haber proporcionalidad entre la gravedad de la infracción, los intereses de terceros y las medidas y sanciones aplicables. El artículo 27.2 prevé esto mismo respecto a las infracciones cometidas en el entorno digital, es decir, la persecución de las infracciones va más allá de Internet. Este precepto aclara que los procedimientos deberán evitar la creación de obstáculos para actividades legítimas y preservar los principios fundamentales de libertad de expresión, procesos justos y privacidad. El artículo 27.4 se refiere a la cesión de información sobre la infracción. Las Partes del Acuerdo podrán establecer que sus autoridades competentes estén facultadas para ordenar a un proveedor de servicios en línea, que divulgue de forma expedita al titular de los derechos información suficiente para identificar a un suscriptor, cuando ese titular haya presentado una reclamación con suficiente fundamento jurídico de infracción, y donde dicha información se busque para efectos de protección u observancia de los derechos de propiedad intelectual. Además, el artículo 33 promueve la cooperación entre las Partes para lograr una protección eficaz de los derechos. En el momento de redactar estas líneas, el Tratado ACTA aún no ha sido aprobado a nivel europeo, pues el 1 de marzo será discutido en el Parlamento Europeo para rechazarlo o confirmarlo.

VII. CESIÓN DE DATOS PERSONALES

La DF 43ª introduce un nuevo apartado segundo en el artículo 8 LSSICE, según el cual, los órganos competentes, para poder adoptar las medidas antes indicadas, y con el objeto de

⁹ *Vid.* texto en http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147939.pdf.

¹⁰ Holanda, Chipre, Eslovaquia, Estonia y Alemania son países europeos que no han suscrito el Tratado.

identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información desde donde se está realizando la conducta presuntamente infractora, podrán requerir a los prestadores de servicios correspondientes (las compañías de telefonía y acceso a Internet) la cesión de los datos que permitan tal identificación, con el fin de que puedan comparecer en el procedimiento. Para descubrir quiénes son las personas que se esconden bajo las direcciones IP, se tiene que recurrir a los proveedores de acceso a Internet, pues sólo ellos pueden asociar el nombre de su cliente a una dirección IP concreta. La identificación se hará básicamente a través de la dirección IP utilizada por el presunto infractor. El acceso a esa información es vital, pues los creadores, de no poder conocer la identidad de quienes comunican públicamente sus obras, no podrían presentar las correspondientes demandas por daños y perjuicios, negándoseles el derecho de acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva, un derecho fundamental de todo ciudadano (art. 24.1 CE). Como he señalado antes, la revelación de estos datos sólo era posible en procedimientos penales, pero no en el ámbito civil¹¹.

La imposición de las medidas de suspensión o retirada implica el levantamiento de una IP y la revelación de unos datos relacionados con el derecho a la intimidad, amparado por el secreto de las telecomunicaciones, algo que habría vulnerado el artículo 18.3 CE si no se hubiera previsto la necesidad de autorización judicial para la cesión de estos datos de carácter personal. El incumplimiento por parte de los prestadores de servicios de esta obligación de cesión de datos, dará lugar a las oportunas sanciones previstas en el artículo 39 LSSICE.

Como garantía de la correcta cesión de información, se establece que tal requerimiento exigirá la previa autorización judicial, conforme el artículo 122bis de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). En el texto del Proyecto de la Disposición, la solicitud de los datos de los responsables y supuestos infractores podía hacerla directamente la Sección Segunda de la CPI, es decir, un órgano administrativo. Se preveía la adopción de las medidas sin necesidad de obtener la autorización judicial previa, sino directamente a través del órgano administrativo, algo que efectivamente podía atentar contra el derecho a la tutela judicial efectiva. Esto fue debido quizá a la aprobación por parte de la Eurocámara del llamado “Paquete Telecom”, en noviembre de 2009, que consiste en un conjunto de normas comunitarias que permite que los Estados miembros puedan cortar el acceso a Internet sin orden judicial previa a los usuarios que descarguen contenidos protegidos por la propiedad intelectual. No obstante, se prevé también una disposición para proteger los derechos de los internautas, donde se establece que las restricciones al acceso a Internet “*sólo pueden imponerse si son adecuadas, proporcionadas y necesarias en una sociedad democrática*”. En definitiva, con la inclusión del requisito de la autorización judicial previa, se trata de garantizar el derecho de defensa de los acusados frente a posibles abusos.

¹¹ Hasta ahora, la jurisprudencia menor ha hecho prevalecer el derecho a la intimidad y la protección de los datos personales sobre la protección de la propiedad intelectual. *Vid.*, entre otros, el Auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de diciembre de 2009 y de 15 de diciembre de 2009, y el Auto de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de abril de 2010.

Esa autorización a que se refiere el artículo 8.2 LSSICE para conseguir la identificación de los supuestos infractores corresponderá a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo. Llama la atención que, en lugar de ser la jurisdicción ordinaria la competente para estos asuntos, como es propio respecto de otros temas de propiedad intelectual, sea la contencioso-administrativa. Quizá sea por la gravedad de la medida: se desprotege la privacidad de los datos personales de los supuestos infractores para proteger los derechos de propiedad intelectual. Como la privacidad constituye un derecho fundamental (art. 18 CE), estamos ante una materia en la que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa es propia. Según el artículo 2 LJCE, este orden jurisdiccional conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la protección de los derechos fundamentales.

¿Y por qué son los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo los encargados de esta materia? Con carácter general, estos órganos conocerán de los recursos contencioso-administrativos contra disposiciones y actos emanados por órganos administrativos con competencia en todo el territorio nacional (art. 90.4 LOPJ). Parece que la elección de este órgano judicial es debida a la dificultad que surge para ubicar físicamente los sitios web, que en muchas ocasiones pueden estar en servidores del extranjero.

El tema de la cesión de esta información planteó muchos problemas con anterioridad a la DF 43ª LES respecto a los usuarios de redes P2P. Un caso importante, a este respecto, fue el que enfrentó a *Promusicae* y a *Telefónica*. La primera interpone demanda ante el Juzgado de lo Mercantil, número 5, de Madrid, al que acudió con las direcciones IP de algunos usuarios que habían intercambiado películas y música a través del programa KaZaa. Solicita que se inste a *Telefónica* para que los identifique. Sin embargo, *Telefónica* se opuso alegando la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal (LOPD) y el derecho a la intimidad. Además, su negativa se asentaba en que se trataba de un proceso civil o una medida preparatoria del mismo, y no de uno de los supuestos del artículo 12.3 LSSI, para los que se prevé que los prestadores de servicios en línea deban poner los datos en cuestión a disposición del juez o tribunal o del Ministerio Fiscal¹². El Juez elevó el 26 de junio de 2006 una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con el objeto de determinar si ese artículo 12.3 LSSI se adecúa al Derecho comunitario. El TJCE, en sentencia de 29 de enero de 2008, consideró que las operadoras no tienen la obligación de identificar a los usuarios de los programas P2P (Asunto C-275/06). Según el Tribunal, el Derecho comunitario no obliga a los Estados miembros a divulgar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en el marco de un procedimiento civil. Es decir, no se impone tal deber, pero tampoco se excluye que los Estados miembros puedan imponerlo. Sin embargo, al mismo tiempo señala que cada Estado debe interpretar las directivas comunitarias para que se garantice el justo equilibrio entre los derechos protegidos, entre los que se incluyen tanto el derecho a la intimidad como el derecho a la propiedad y la tutela judicial efectiva. En cualquier caso, en

¹² Este precepto ha sido derogado posteriormente por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación.

este asunto el equilibrio entre derecho a la intimidad y derecho de autor se rompió a favor del primero, viendo el usuario de la Red reforzada su posición para cometer infracciones sin miedo a que su identidad sea revelada.

Pero, ¿cuál es la información que deben aportar los prestadores de acceso? El nuevo artículo 8.2 LSSICE dispone que: “*Los órganos competentes [...], con el objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, podrán requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan tal identificación*”. El texto del Proyecto decía: “*los prestadores estarán obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación*”. Y el texto del Anteproyecto: “*facilitar los datos que se dispongan*”. Se trata de acotar la información que están obligados a ceder los prestadores de servicios, que será únicamente la necesaria para identificar al supuesto infractor, ni más ni menos. Según el artículo 1.2 de la Ley 25/2007, se tratará de los datos estrictamente necesarios para identificar al abonado o usuario registrado. Lo que en ningún caso podrá recabar la Comisión ni puede ser proporcionado por los prestadores de servicios son informaciones referidas a comunicaciones privadas, pues afectaría al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

La obtención de datos pasa por dos fases. Una primera, donde el titular de los derechos recoge los datos sobre la infracción. Los titulares de derechos tendrían legitimación para recabar los siguientes datos relativos a las infracciones que se producen mediante las redes P2P: fecha y hora de comisión de la infracción, dirección IP utilizada y obras y prestaciones protegidas compartidas. Los titulares de derechos obtienen estos datos de la propia red P2P. Se trata de datos que no sirven para identificar al infractor, sino que el fin es especificar la conducta supuestamente ilícita y el servicio cuya suspensión se insta, para que órgano competente pueda resolver lo que proceda. Al amparo del artículo 6.2 LOPDCP, los datos extraídos de las redes P2P pueden ser utilizados por los titulares de derechos para defenderlos. El segundo paso consistiría ya en ponerse en contacto con el prestador del servicio de acceso a Internet, a través de la CPI, para que revelen la identidad de las personas que se esconden tras las direcciones IP recogidas.

VIII. LOS SUJETOS PASIVOS DE LAS MEDIDAS DE SUSPENSIÓN Y RETIRADA

El procedimiento para la imposición de alguna de las dos medidas irá dirigido contra el responsable del servicio de la sociedad de la información. La LSSICE no contiene un concepto de “responsable”, pero sí de “prestador de servicios de la sociedad de la información”, que es el siguiente: “*persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información*” (Anexo). Y “servicio de la sociedad de la información” es: “*todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición*

individual del destinatario”, incluyéndose también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. El artículo 8.2 LSSICE habla de “responsable” del servicio en general para así incluir a cualquiera de ellos que, con ánimo de lucro, comunique públicamente o permita la comunicación pública de contenidos protegidos. Todo aquel que preste un servicio en la sociedad de la información, ya sea persona física o jurídica, consistente en la comunicación pública de obras y prestaciones protegidas o su favorecimiento sin el consentimiento de los titulares de derechos, estará sujeto a estas acciones. Así, los destinatarios de las actuaciones represoras de la Comisión serán aquellos que realicen los ataques de mayor gravedad y lesividad a los derechos de propiedad intelectual. Además, aunque el servidor emigre y siga funcionando en el extranjero, será inaccesible desde España, tal como prevén los apartados 3 y 4 del artículo 8 LSSICE¹³.

Para que ese prestador sea considerado responsable de la infracción y se le pueda imponer la medida correspondiente, el párrafo 2º del nuevo artículo 158.4 LPI establece que aquél debe actuar directa o indirectamente con ánimo de lucro o que su conducta sea susceptible de causar un daño patrimonial –este último inciso no aparecía en el Anteproyecto de LES –. El ánimo de lucro directo se produce, por ejemplo, en aquellos prestadores que ponen el programa P2P a disposición de los usuarios o que permiten la descarga directa de los archivos almacenados en su web, ambas conductas a cambio de un precio. Y el indirecto lo tendrá aquel que, sin cobrar a los usuarios por las descargas o por la adquisición del programa P2P, obtiene ingresos a través de la publicidad que colocan en sus páginas web. Pero además, incluso aquel que no cobrara un precio por las descargas ni obtuviera ingresos por publicidad, podría estar sujeto a las acciones del artículo 158.4 LPI, pues la mera puesta a disposición del público de obras y prestaciones sin autorización está causando ya un perjuicio patrimonial para los titulares de derechos de propiedad intelectual –ni él obtiene beneficios ni deja que los autores cobren por la venta de sus obras dada la comunicación pública gratuita y sin autorización realizada por el responsable del sitio web –. Las únicas causas de exoneración de responsabilidad serían: 1) la aplicación de alguno de los límites legales previstos en los artículos 31 y siguientes LPI; 2) que estemos ante obras caídas en el dominio público; 3) que las obras estén sujetas a licencias *Creative Commons*; 4) que se cuente con la autorización del titular de los derechos.

No obstante, la Disposición no distingue, y a mi juicio resulta criticable, entre las conductas que pueden resultar vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual: a) la puesta a disposición del público del programa que permite los intercambios; b) la puesta a disposición del público de los archivos con contenidos protegidos para su descarga; c) el establecimiento de enlaces a los sitios web desde donde descargar el programa P2P o

¹³ No obstante, los informáticos y *hackers* más avezados ya han empezado a plantear formas de eludir la Ley Sinde: mover los servidores fuera de España, utilizar nombres de dominio internacionales, usar redes privadas virtuales o encriptar las comunicaciones, entre otras.

los contenidos protegidos; d) los sitios que permiten el *streaming*¹⁴. Una cosa es poner a disposición la obra con ánimo de lucro y otra distinta es decir dónde está a través de un link que guíe al usuario hasta la obra misma.

Quienes permiten el *streaming*, están realizando actos de puesta a disposición del público¹⁵. Lo mismo cabe decir respecto de los sitios que almacenan los archivos con los contenidos protegidos permitiendo las descargas directas. Quienes enlazan a contenidos ilícitos, pero no los albergan, no comunican públicamente la obra o prestación, pero sí causan un perjuicio patrimonial a los titulares de derechos. La página web no aloja los archivos, sino que únicamente establece enlaces para facilitar a los usuarios la búsqueda de los mismos. En este caso, son los usuarios quienes *de facto* comunican públicamente las obras y prestaciones. El enlace no vulnera directamente la propiedad intelectual. Pero cuando se enlaza a contenidos protegidos con conocimiento de que su fuente es ilícita, se infringe entonces la LSSICE. Si tiene conocimiento efectivo de que la actividad o los contenidos a los que remite son ilícitos o lesionan bienes o derechos de terceros, se les podrá considerar responsables de la infracción. La diferencia de estos sitios respecto de los buscadores tipo *Google* es clara: estos últimos dan enlaces a todo tipo de contenidos, mientras que los primeros sólo redireccionan a sitios que suministran archivos ilícitos.

En principio, el establecer un enlace en una página web no constituye una infracción *per se*, pero puede llegar a causar daños patrimoniales cuando el destino de ese enlace sean obras o prestaciones puestas a disposición del público sin el consentimiento de sus titulares. Aunque esto ya sí constituye una infracción, no necesariamente dará lugar a una acción de indemnización de daños si éstos no se producen efectivamente. El artículo 158.4 LPI establece que las acciones de defensa de estos derechos pueden ejercitarse contra cualquiera que realice un acto susceptible de causar un daño patrimonial. Este precepto se aplica también cuando se infrinjan los derechos de propiedad intelectual aunque no se haya probado una efectiva pérdida para los titulares. Se trata de una medida preventiva, motivada quizá en los muchos casos en los que los jueces han absuelto a los titulares de páginas web que enlazaban a programas P2P o sitios web donde se descargan directamente los contenidos¹⁶. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, y en la medida en que estos titulares de

¹⁴ El *streaming*, que es una práctica que consiste en ver obras audiovisuales *on-line* sin necesidad de descarga, sin contar con la autorización de los titulares de derechos.

¹⁵ Esta práctica también debe quedar sujeta a las acciones de suspensión y retirada, pues, en caso contrario, los que permiten las descargas directas o los que establecen enlaces emigrarían a esta otra forma de comunicación pública de contenidos al estar fuera del ámbito de aplicación del artículo 158.4 LPI.

¹⁶ No obstante, muchas sentencias han declarado que establecer enlaces a sitios de descargas P2P no es delito. Entre ellas, la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Barakaldo, de 11 de febrero de 2011, donde se indicó que los acusados, al establecer únicamente enlaces, no realizaron desde la perspectiva típica delictual ninguna de las conductas recogidas en el artículo 270 CP. Según el Juez, a lo sumo podría hablarse de cooperación necesaria para desarrollar una actividad entre particulares –el intercambio de archivos –, que tampoco es delictiva. En cuanto a los ingresos obtenidos por publicidad, apunta el Juez que los *banners* de anuncios se visualizaban con independencia de que se produjeran o no descargas. Y que dichos ingresos no compensan la descarga de los títulos, sino la publicidad del acceso genérico a la página.

páginas y sitios web no cometen ellos mismos la infracción directamente, se les podría imponer una medida de cesación (ej.: la retirada del link o del contenido infractor), a la vista de cómo se regula en el artículo 138.3º en relación con el artículo 139.1.h) LPI. De ambos preceptos se deduce que, sin perjuicio de lo dispuesto en la LSSICE, cabe acordar la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual (art. 139.1.h) LPI), aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción (art. 138.3º LPI). La labor de colaboración en la infracción, al poner a disposición de los usuarios los enlaces y los medios técnicos para establecerlos, de los titulares de estas webs es clara, pues sin esa organización, los usuarios no podrían descargarse los archivos o, al menos, podrían pero de una forma significativamente más limitada.

Desde los comienzos de la tramitación de la Ley Sinde se ha temido que se pudiera ir contra los usuarios particulares. Y la Ministra de Cultura se ha apresurado a aclarar, también desde el principio, que ese no era el fin. Según González Sinde, la intención de la Disposición no es aplicar medidas punitivas contra los usuarios finales de Internet, tal como hacen países como Francia o Estados Unidos, respecto al corte de Internet para los usuarios de redes P2P, sino más bien atacar el origen del problema y a quienes se benefician de ello. El objetivo de la Ley es atacar la raíz del problema, es decir, actuar contra quienes ponen a disposición del público las obras y prestaciones o favorecen esa comunicación pública, todo ello sin consentimiento de los titulares de derechos. Como hemos visto, no es necesario siquiera que tenga ánimo de lucro, sino que basta con que cause o pueda causar un perjuicio patrimonial al titular de los derechos.

¿Tienen ánimo de lucro los usuarios de los programas P2P en la medida en que se ahorran el coste de adquirir la obra o prestación por los medios autorizados? Los usuarios no son, a mi juicio, prestadores de servicios por mucho que intercambien archivos, puesto que no tienen ánimo de lucro en sentido estricto, pero sí causan un perjuicio a los titulares de derechos. La Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2006, de 5 de mayo, y algunos órganos judiciales han señalado en varias ocasiones que no (*vid.*, entre otros, el Auto de la

La Audiencia Provincial de Madrid, en los Autos de 10 y 15 de marzo de 2011 y de 11 de mayo de 2010, también lo declaró así. Entendía la Audiencia que no hay ánimo de lucro directo, pues los usuarios eran los que ponían los enlaces a disposición de los demás. En el mismo sentido, el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Madrid, de 15 de marzo de 2011, el Auto del Juzgado de Instrucción de El Ferrol, de 24 de enero de 2011, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 de julio de 2011, de la Audiencia Provincial de Valencia, de 26 de octubre de 2010, y de la Audiencia Provincial de Álava, de 3 de febrero de 2012 (en estos dos últimos casos, se sostuvo que ni siquiera el *streaming* era un delito).

En contra, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de febrero de 2011, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 27 de septiembre de 2001, y la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Vitoria, de 13 de mayo de 2011, que entienden que el hecho de enlazar hacia archivos es un acto de puesta a disposición y que existe ánimo de lucro por parte del responsable del sitio web, dado que se obtienen ingresos a través de la publicidad del sitio o de los mensajes SMS que, en su caso, envían los usuarios para activar el *software* necesario para descargar contenidos.

Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de mayo de 2010)¹⁷. Según ellos, el ánimo de lucro penal hay que entenderlo como la obtención de una ganancia económica derivada de la explotación comercial de la obra o prestación, y los usuarios de este tipo de programas únicamente comparten entre ellos, pero no venden –aunque lo que está claro es que sí causan un daño patrimonial a los titulares de derechos –¹⁸. Ahora bien, el hecho de no cometer un ilícito penal no significa que tampoco lo cometan civilmente. La incorporación en el artículo 31.2 LPI del requisito del acceso legal a la obra o prestación que va a ser objeto de copia privada, impide que estos intercambios puedan estar sometidos al límite y constituyan, en consecuencia, una infracción civil. Con esta condición, ni siquiera los usuarios que se dedican únicamente a descargar y no comparten los archivos pueden estar dentro del límite al derecho de autor. Aunque los usuarios no van a ser objeto de las medidas, resulta que en la gran mayoría de estos programas son ellos quienes realmente están cometiendo la infracción¹⁹. Los usuarios de redes P2P realizan básicamente dos actos: un acto de reproducción (la descarga de archivos) y un acto de comunicación pública (la puesta de sus archivos a disposición del resto de usuario), todo ello sin el consentimiento del titular de estos derechos exclusivos previstos en los artículos 18 y 20.2.i) LPI. Pues bien, los infractores reales quedan excluidos. No obstante, considero que el efecto disuasorio habría aconsejado no dejarles indemnes (¿acción de cesación, quizá, y multa para reincidentes?).

También se ha dicho erróneamente que se van a ilegalizar los sitios web que enlazan a contenidos protegidos, en la medida en que el mero hecho de establecer un enlace va a quedar sometido a autorización del titular de los derechos del contenido enlazado. Nada más lejos de la realidad. Como ya he señalado, no todo el que establezca un enlace será perseguido²⁰. Si en un *blog* pongo un enlace a una noticia que aparece en la edición digital

¹⁷ El Gobierno ha señalado que la Circular no es vinculante. Sin embargo, los órganos judiciales la han utilizado como argumento para justificar la falta de acción penal contra los usuarios de redes P2P.

¹⁸ Señala la Circular: “*Respecto del usuario que «baja o se descarga de la Red» una obra, y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica [...] En este sentido, el elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no puede tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial*”. Sin embargo, la Circular termina diciendo que “*la limitación al derecho de propiedad intelectual que supone el derecho de copia privada, no reúne en los supuestos de colocación en lugares Internet o en casos de intercambio de archivos, los requisitos exigidos por el art. 31.2 de la LPI, puesto que es necesario que la copia obtenida no sea utilizada para uso colectivo o lucrativo*”. Así, la Circular parece dejar fuera de la infracción penal a aquellos usuarios que únicamente descargan contenidos mediante estas redes P2P sin compartirlos, y a aquellos que comparten pero no obtienen una contraprestación económica a cambio.

¹⁹ La Coalición de Creadores amenazó, en su momento, con que si el texto de la LES no era aprobado o si sufría cambios sustanciales, propondrían ante las correspondientes instancias de la UE el modelo para acabar con la piratería en Internet establecido en países como Francia o Reino Unido, persiguiendo a los usuarios como objetivos de la acción legal, con los sistemas de avisos y el corte del acceso a Internet tras los mismos.

²⁰ Así lo declaró la Ministra González-Sinde al periódico El Mundo. *Vid.* <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/01/09/navegante/1263057897.html>. Según la Ministra, las medidas no tienen como fin cerrar

de El País, no cometo con ello una infracción, pues no tengo ánimo de lucro ni causo con ello un perjuicio a los titulares de derechos de esa noticia enlazada –más bien al contrario, estoy favoreciendo la visita a esa página web–. Una cosa es enlazar con ánimo de hacer referencia a algo, comentar una noticia o ilustrar una opinión, y otra cosa distinta es enlazar a sitios que permiten la descarga ilegal de contenidos protegidos, algo que sí constituirá una infracción²¹. Para evitar que usuarios de *blogs* particulares temieran por su actividad cuando establecen un enlace, una solución que se podría haber adoptado, por ejemplo, es ampliar el límite de cita previsto en el artículo 32.1 LPI y no restringirlo únicamente a fines de docencia e investigación. En cualquier caso, para poder realizar el enlace lícitamente y sin necesidad de contar con la autorización del titular, debemos estar ante páginas web de acceso libre, donde hay un consentimiento implícito del titular para que el acceso sea gratuito. Si la página web que se enlaza contiene algún tipo de cláusula restringiendo el establecimiento de enlaces o algún tipo de dispositivo de control del acceso, prevalecerá la voluntad del titular de esa página web.

Finalmente, cabe destacar el famoso caso de Pablo Soto, resuelto por sentencia del Juez de lo Mercantil número 4 de Madrid, de 25 de noviembre de 2011. El caso comenzó en 2008, cuando la industria musical (*Promusicae, Warner, Universal, EMI y Sony*) demandaron a Pablo Soto, creador de un programa de ordenador que permitía el intercambio ilícito de música protegida por la propiedad intelectual. El Juez de lo Mercantil, desestimando la demanda, sostuvo que el software tenía una función técnica totalmente neutra de cara a la comunicación pública de contenidos protegidos y su intercambio entre los usuarios. Además, entendió que el demandado no podía ser considerado como prestador de servicios de la Sociedad de la Información. Por otro lado, los demandantes alegaron que la conducta de Pablo Soto constituía un acto de competencia desleal, en un intento de reproducir el caso *Napster* en España. Sin embargo, según el Juez, el demandado no es competidor de los demandantes, ya que ni Pablo Soto participa en los mercados de producción y comercialización de fonogramas, ni los actores participan en el negocio de la explotación de redes P2P. Los demandantes interpusieron recurso de apelación el pasado 18 de enero de 2012.

IX. EL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DEL SERVICIO O RETIRADA DE LOS CONTENIDOS

El procedimiento para imponer las medidas de suspensión o retirada está regulado en los artículos 158.4 LPI y 122bis LJCA. El procedimiento estará basado en los principios de celeridad, proporcionalidad y demás previstos en la Ley 30/1992, de régimen jurídico

blogs personales, sino únicamente los sitios web que se lucran y explotan obras y prestaciones para las que no tienen licencias ni contratos.

²¹ Han sido muchos los sitios de enlaces ilegales que han protestado contra esta medida (SeriesYonkis.com, CineTube.es o DivxOnline.info, entre otros), cerrando sus sitios web durante algunas horas o días.

de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC). Igualmente, se debe garantizar los derechos de defensa del supuesto infractor, conforme al artículo 135 LRJPAC, que hace referencia al derecho a ser notificado de los hechos que se le imputan, las infracciones supuestamente cometidas y las sanciones que se le pudieran imponer, y el derecho a formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia. Además, los miedos a que sea un órgano administrativo el que imponga las medidas deben quedar disipados al preverse, en dos momentos concretos del procedimiento, la intervención de los órganos judiciales (solicitud de los datos personales del supuesto infractor y ejecución de la medida adoptada).

La tramitación del procedimiento se lleva a cabo por la Sección Segunda de la CPI. El apartado cuatro de la DF, que modifica el artículo 158 LPI, y el Capítulo VI RD 1889/2011, se centran en este órgano administrativo. Al contrario de lo que se puede leer en la prensa, la DF no crea esta Comisión, que ya estaba creada desde la incorporación de la Directiva 2001/29/CE, de derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI), a través de la Ley 23/2006. Únicamente crea una segunda sección, que será la que se encargue de la defensa de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de las redes digitales, mientras que la Sección Primera seguirá dedicándose a la labor de mediación y arbitraje en los conflictos sobre propiedad intelectual²². No se sabe muy bien por qué se ha creado esta Sección Segunda en lugar de atribuir estas nuevas competencias a la Comisión ya existente²³. Quizá sea por la complejidad y la especialidad del tema. Según la nueva redacción del artículo 158.4.6º LPI, reglamentariamente se deberá establecer el funcionamiento de la Comisión, algo que ya ha ocurrido el pasado 30 de diciembre de 2011, a través del RD 1889/2011. Sus artículos 15 y siguientes regulan el procedimiento de cierre de páginas web o eliminación de contenidos infractores.

El procedimiento gira en torno a las siguientes fases:

- a) Se inicia a instancia del titular de los derechos de propiedad intelectual considerados vulnerados –autor, artista intérprete o ejecutante, productor de fonogramas, productor de videogramas, entidad de radiodifusión, ciertos editores, realizadores de meras fotografías– o la persona que tuviera encomendado su ejercicio –bási-

²² Esta Sección Segunda estará formada por la persona titular de la Secretaría de Estado de Cultura o persona en la que ésta delegue, que ejercerá la presidencia de la Sección y por cuatro vocales de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte, Industria, Energía y Turismo, Presidencia, y Economía y Competitividad (art. 14.1 RD). Se ha intentado dar representación a todas las partes que pudieran resultar implicadas en estos casos.

²³ El Gobierno británico también ha creado, al estilo de nuestra Comisión, un grupo de trabajo especial para tratar el cierre de páginas web que comparten contenidos protegidos por la propiedad intelectual sin el consentimiento de los titulares de derechos. Este grupo de trabajo está formado por artistas, representantes de la industria y los buscadores web. La Sección 17 de la Ley de Economía Digital de Reino Unido permite a las autoridades el cierre de sitios web que permitan estas conductas.

camente, las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (SGAE, AGEDI, AISGE, EGEDA, AIE, DAMA, CEDRO)–. El procedimiento no se iniciará nunca de oficio.

La solicitud deberá dirigirse a la Secretaría de la Sección Segunda de la CPI (art. 17.1 RD). Esa solicitud deberá contener la siguiente información y documentación: identificación de la obra o prestación objeto de la solicitud; acreditación de la titularidad de los derechos de propiedad intelectual alegados; acreditación de la explotación lucrativa de la obra o prestación, a través de dicho servicio, describiendo e identificando la actividad; declaración de no haber concedido autorización para la explotación al supuesto infractor; justificación del daño causado o que pudiera causarse; los datos de que se dispongan para identificar al responsable; cualquier otra circunstancia relevante para el procedimiento (art. 17.2 RD).

El pasado 28 de febrero de 2012, se aprobó la Orden ECD/378/2012, por la que se establece la obligatoriedad para los interesados en el procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, de comunicarse con la Sección Segunda de la CPI por medios electrónicos. Tanto los sujetos legitimados para iniciarlo como los prestadores de servicios responsables de las infracciones tienen la obligación de comunicarse con la CPI mediante medios electrónicos y de admitir las notificaciones a través de estos mismos medios, así como de utilizar los registros electrónicos señalados en dicha Orden.

- b) Identificación del infractor con la autorización judicial correspondiente. Si al inicio del procedimiento el supuesto infractor (responsable del servicio de la sociedad de la información) no aparece debidamente identificado, la CPI solicitará de forma inmediata al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo la autorización para que sea identificado y para que pueda serle notificado el inicio del procedimiento a fin de que pueda personarse (art. 18.1 RD). En la solicitud, la Comisión deberá exponer las razones que justifican la petición, adjuntando los documentos pertinentes. El Juzgado, en el plazo de 24 horas siguientes a la petición –quizá un plazo demasiado corto– y previa audiencia del Ministerio Fiscal, dictará resolución autorizando la solicitud efectuada siempre que no resulten afectados los derechos a que se refieren los apartados 1 y 3 del artículo 18 de la Constitución.

En el Auto de autorización judicial para la localización, la CPI notificará el contenido del mismo al prestador de servicios para que aporte de forma inmediata los datos que permitan la identificación inequívoca y la localización del responsable (art. 18.4 RD). Una vez obtenida la autorización, los prestadores estarán obligados a facilitar los datos necesarios para la identificación.

- c) Antes de la adopción de las medidas de retirada o suspensión, el prestador de servicios deberá ser requerido, mediante un Auto de la Comisión, para que, en un plazo no superior a las 48 horas, proceda a la retirada voluntaria de los contenidos

declarados infractores o realice las alegaciones y pruebe la concurrencia de alguna de las causas de exoneración señaladas anteriormente –que tiene la autorización del titular de los derechos o que su conducta puede subsumirse en alguno de los límites al derecho de autor previstos en los artículos 31 y siguientes LPI (la copia privada, como hemos visto, no cabe aplicarla aquí)–. Según el artículo 20 RD, si se retira el contenido o si se interrumpe el servicio voluntariamente, el instructor deberá proceder al archivo del procedimiento sin más trámite.

- d) Una vez que transcurre ese plazo de 48 horas, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo de cinco días –se entiende que estos plazos empiezan a contar desde la notificación formal al supuesto infractor –.
- e) Transcurrido el plazo para las conclusiones, la CPI, en un plazo máximo de tres días, dictará una resolución sobre la necesidad de las medidas y declarando la existencia o inexistencia de infracción (art. 22.1 RD).
- f) Declarada en la resolución de la CPI la existencia de vulneración por el responsable, la misma resolución le ordenará la interrupción de la prestación del servicio o la retirada de los contenidos, debiendo aquél dar cumplimiento a la misma en un plazo de 24 horas desde su notificación (art. 22.2 RD).

Si transcurre ese plazo y no procede a la retirada voluntaria de los contenidos, cabrá la ejecución forzosa de alguna de las dos medidas anteriores. El artículo 24.4 RD se encarga de apuntar que la ejecución forzosa será subsidiaria del cumplimiento voluntario por parte del infractor. La ejecución forzosa exigirá de nuevo la autorización judicial previa, conforme al artículo 122bis LJCA. Así, la CPI solicitará del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo la autorización para la ejecución, dada la posible afectación a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 CE. De esta manera, el Juez podrá parar el procedimiento si considera que la clausura del sitio web puede afectar a la libertad de expresión o al derecho a la información. Así lo prevé también el artículo 8.1 LSSICE: *“En todos los casos en los que la Constitución y las Leyes Reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información”*. La intervención del Juez es necesaria para garantizar la legalidad de la actuación de los órganos administrativos e impedir actuaciones arbitrarias o irregulares que puedan atentar contra la libertad y los derechos de los ciudadanos.

En el plazo improrrogable de dos días siguientes a la recepción de la notificación de la resolución de la Comisión, el Juzgado convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos afectados o, en

su caso, a sus representantes, 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 el Proyecto de LES, el plazo era de cuatro días, y no de dos. El PP presentó una enmienda al texto, a su paso por el Congreso, donde se proponía ampliar a nueve días el plazo de duración del procedimiento de cierre de sitios web, algo que fue finalmente rechazado.

- g) Una vez recibido el Auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, autorizando o denegando la ejecución forzosa, se notificará de forma inmediata a la parte que haya iniciado el procedimiento, al infractor y, en su caso, a los prestadores de servicios de intermediación cuya colaboración sea necesaria para hacer efectiva la medida a adoptar (art. 24.1 RD). Deberán dar cumplimiento a la medida autorizada en el plazo de 72 horas desde la notificación del Auto.

Hay que apuntar que los Autos dictados por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo respecto de los artículos 8.6 y 122bis LJCA son apelables (art. 80.1.d LJCA).

El procedimiento, en total, vendría a durar entre veinte días y tres meses como máximo, antes del cierre de una web. La falta de resolución en los plazos determinados tendrá efectos desestimatorios de la solicitud (art. 158.4.6º LPI). En la medida en que estamos ante un procedimiento administrativo, su trámite se entiende sin perjuicio de las acciones civiles penales y contencioso-administrativas que sean procedentes (art. 158.4.4º LPI). Además, las resoluciones dictadas por la Comisión en este procedimiento pondrán fin a la vía administrativa (art. 158.4.6º LPI). Contra ellas cabría un recurso contencioso-administrativo, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (DA 4ª, apartado 5 LJCA).

Se trata de un procedimiento muy confuso y complejo, tanto para interrumpir la prestación del servicio o retirar los contenidos que infringen los derechos de propiedad intelectual, como para solicitar a los prestadores de servicios la identificación del supuesto infractor. Además, siguen quedando fuera los verdaderos infractores de la propiedad intelectual que intercambian los contenidos protegidos a través de las redes P2P. La sobreprotección al usuario hace que, confiado en el anonimato que proporciona Internet y que estará libre de toda acción judicial, continúe cometiendo infracciones²⁴. Y debería castigarse de manera

²⁴ R. BERCOVITZ apunta estas mismas críticas. Señala que, aunque necesario, es realmente un procedimiento complejo y un sistema extremadamente garantista. *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La Ley Sinde”, en *Aranzadi Civil*, BIB2011/386 (2011). Por el contrario, DURÁN RIVACOBIA considera que si la LS fuera contra los usuarios, se infringiría su derecho a la intimidad e iría en contra del principio de proporcionalidad de las sanciones. *Vid.* DURÁN RIVACOBIA, R., “La protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico (a propósito de la Ley Sinde)”, en *Aranzadi Civil*, BIB2011/467 (2011).

especial la reincidencia en caso de que el infractor retire los contenidos o cierre el sitio web voluntariamente y vuelva a la práctica de las actividades infractoras.

X. LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA (EL “CANON DIGITAL”)

Por otro lado, no hay que olvidar el tema del famoso “canon digital”. El ejercicio del límite de copia privada en el entorno digital pasa por el reconocimiento al titular de los derechos de una compensación para atenuar los posibles perjuicios que esta práctica le puede provocar. Se trata de compensar los ingresos que el titular de derechos deja de percibir como consecuencia de las copias privadas, en la medida en que no puede evitarlas, al constituir un límite a sus derechos²⁵. Este gravamen se aplica a todos los equipos y soportes idóneos para realizar o almacenar copias privadas de obras y prestaciones protegidas (grabadoras de CDs y DVDs, *pendrives*, etc.), con independencia de que, finalmente, se utilicen o no estos bienes para esos fines. Pues bien, la Disposición Adicional 12ª establece el compromiso del Gobierno para que, en el plazo de tres meses, adecue la regulación de la compensación equitativa por copia privada a la doctrina expuesta con respecto a la misma por el TJUE en el caso *Padawan*. Pone sobre la mesa un compromiso esencial para el Gobierno: la reestructuración y reforma del régimen del canon digital. Se trata de una condición que impuso PP a PSOE para apoyar la LES y que fuera finalmente aprobada en el Senado, si bien la propuesta consistía no en modificar el régimen del canon, sino en eliminarlo completamente.

Todo esto viene a raíz del caso *Padawan*. El Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona dictó sentencia el 14 de junio de 2008, resolviendo un caso en el que SGAE interpuso demanda contra la compañía *Padawan*, que comercializaba soportes vírgenes y reproductores MP3. La actora reclamaba la compensación equitativa correspondiente a los soportes y dispositivos comercializados. *Padawan* alegó que la aplicación de la compensación de forma indiscriminada y sin distinguir la finalidad a la que van destinados contradice la DDASI. El Juzgado estimó la demanda y *Padawan* recurre en apelación. La Audiencia Provincial, en ese Auto de 15 de septiembre de 2008, plantea una cuestión prejudicial ante el TJCE sobre cómo debe interpretarse la compensación equitativa por copia privada y para que determine si la aplicación de la compensación a todos los equipos y soportes digitales de reproducción de forma indiscriminada es contraria a la DDASI.

El 21 de octubre de 2010, el TJUE dictó sentencia y apuntó que no cabe una aplicación indiscriminada del canon a todos los productos capaces de hacer o almacenar copias priva-

²⁵ Salvo los supuestos de explotación en línea de obras y prestaciones con contrato de licencia, donde el titular de derechos podrá impedir completamente la realización de copias privadas.

das²⁶. Según el TJUE, deben quedar fuera los supuestos de adquisición de soportes y equipos por personas jurídicas, pues ellas no pueden hacer copias privadas y los utilizan para fines distintos al almacenamiento de obras y prestaciones protegidas (grabación de información, de documentos, entre otros). Nuestro ordenamiento no responde a ese concepto, pues la remuneración se aplica a todos los soportes y aparatos que se comercializan. Posteriormente, el 2 de marzo de 2011, la Audiencia Provincial de Barcelona, atendiendo a estos razonamientos del TJUE, dicta sentencia para poner fin al conflicto de *Padawan*. Acepta el recurso de la empresa demandada y declara que no debe pagar nada –no la condena a pagar una cantidad menor, sino que no debe pagar nada–²⁷. El razonamiento es que, en base a la sentencia de Luxemburgo, entiende que es una interpretación correcta el considerar que SGAE debería haber probado las ventas realizadas a personas jurídicas. Sin embargo, esa prueba jamás podrá aportarla una entidad de gestión. Es justamente al revés: quien debe probar que ha vendido a sujetos que no van a destinar los soportes y equipos a copias privadas, será quien quiere eximirse y quien tiene las facturas y puede aportarla. Esa interpretación es contraria al artículo 25 LPI. Da la sensación de que el juez de la AP quería simpatizar con la protesta popular contra el canon. Lo preocupante es que prospere como doctrina esa interpretación sobre la acreditación del destino de los soportes y equipos.

Poco después, el 22 de marzo de 2011, la Audiencia Nacional ha declarado en varias sentencias que la Orden Ministerial PRE/1743/2008, que establece el listado de equipos y soportes gravados por la compensación, así como la cuantía, es nula de pleno derecho por razones formales en la tramitación de la Orden –ausencia del informe del Consejo de Estado y de las memorias justificativa y económica–. Esto ha provocado muchas incertidumbres sobre el régimen aplicable hasta que se apruebe un nuevo régimen y sobre los efectos retroactivos de esta decisión.

El Gobierno actual aprobó el pasado 30 de diciembre el Real Decreto-ley 20/2011 sobre medidas urgentes para controlar el déficit público. Conforme a su Disposición Adicional 10ª, el artículo 25 LPI, que regula el sistema de la compensación equitativa por copia privada, queda derogado. En el momento de redactar estas líneas, España está incumpliendo el artículo 5.2.b) DDASI, que obliga a los Estados miembros que prevean el límite de copia privada a otorgar a los titulares de derechos la correspondiente compensación. Además, esa DA 10ª establece que el Gobierno regulará, mediante Real Decreto, el procedimiento de pago de una compensación por este tipo de copias, con cargo en los Presupuestos Generales del Estado. Es decir, que ahora los deudores seremos todos, con independencia de si compramos o no los equipos y soportes necesarios para realizar copias privadas, y con independencia de si tales equipos y soportes, de comprarlos, los utilizamos con ese fin. Si

²⁶ Para un análisis detallado de esta sentencia, *vid.* LÓPEZ MAZA, S., y MINERO ALEJANDRE, G., “El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de octubre de 2011 (caso *Padawan*)”, en *Revista Pe.i.*, núm. 36, 2010, pp. 89-116.

²⁷ Lo mismo sostuvo la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 22 de diciembre de 2011. Según la Audiencia, no se logró probar que los equipos y soportes eran usados para hacer copias privadas de contenidos protegidos por la propiedad intelectual.

el sistema anterior era indiscriminado, este lo es aún más. Esta previsión no tiene ningún sentido: si el Gobierno quiere reducir el gasto público, ¿por qué incluye la compensación por copia privada con cargo en los Presupuestos Generales? Y, finalmente, también apunta la DA que esta compensación se determinará teniendo en cuenta el daño causado a los titulares de derechos.

Junto al tema de las descargas, el del canon digital no es menos importante, pues también ha generado multitud de discusiones. Será hartamente difícil conseguir un consenso al respecto y elaborar un sistema que satisfaga los intereses de todos y que resulte realmente equitativo. Para que lo fuera, y que sólo se gravaran los soportes y equipos que efectivamente se utilizaran para hacer copias privadas, sería necesario cobrar la compensación no en el momento en que se adquiere el soporte, sino en el momento en que se decide qué es lo que se va a almacenar en él, lo cual resulta imposible. El consumidor se vería obligado a declarar cuál es el uso que va a hacer del soporte o equipo que compra, algo que podría atentar contra su derecho a la intimidad. En definitiva, la compensación es justa en su reconocimiento, pero injusta en su funcionamiento.

XI. A MODO DE CONCLUSIÓN

A pesar de las críticas que se le puedan hacer a la DF 43ª LES, se trata de una norma necesaria²⁸. Si la LPI está concediendo a los autores y otros titulares una serie de derechos, ¿por qué luego no los pueden hacer valer judicialmente? ¿Por qué deben ser los autores los únicos que “paguen” por el desarrollo de las nuevas tecnologías? Los creadores en general deben tener derecho y libertad para decidir cómo quieren explotar sus obras, sin imposiciones de ningún tipo. El autor es el único que puede decidir si desea obtener rendimiento económico por sus obras o si prefiere ponerlas a la libre disposición de los usuarios mediante una licencia *Creative Commons*. Nadie tiene derecho a decidir por un autor, arrojándose la facultad de poner a disposición del público las obras de los demás sin haber obtenido autorización y obteniendo, además, un beneficio económico. El aprovecharse del esfuerzo ajeno con ánimo de lucro debe estar perseguido, pues nos encontraríamos ante un enriquecimiento injusto. Crear no es algo fácil y lleva muchas horas de trabajo –y no sólo del creador, sino de muchas personas que intervienen–. Sin medios eficaces de tutela de los derechos, la innovación y la creación se desincentivan y las inversiones se reducen. Era necesario evitar que muchas páginas web que se benefician del esfuerzo ajeno pongan en riesgo la sostenibilidad de muchas empresas y muchos empleos.

²⁸ La Comisión Europea parece preparar una Directiva prácticamente idéntica al texto de la Ley Sinde para permitir el cierre de sitios que permiten el intercambio de contenidos protegidos sin autorización de los titulares de derechos. Se pretende obligar a los proveedores de acceso a bloquear los sitios que permitan las descargas consideradas ilegales y obligarles a colaborar en el combate contra estas prácticas. *Vid.*: <http://www.euractiv.es/noticias/noticia.php?noticia=3154>.

Otras soluciones distintas a la DF 43ª LES para luchar contra el fenómeno de las redes P2P podrían ser: a) las campañas de concienciación social –algo que se ha demostrado como totalmente ineficaz–; b) la adopción de medidas tecnológicas que permitan controlar el copiado de obras y prestaciones –pero no existen dispositivos tecnológicos lo suficientemente eficaces como para controlar al 100% el objeto al que se añaden; tarde o temprano acaban siendo hackeados–; c) hacer del P2P algo legal. ¿Cómo hacer efectiva esta última opción? A través de tres formas:

- 1) Convertirlo en un límite legal y total a los derechos de propiedad intelectual, como la cita o la parodia. Un uso permitido sin necesidad de autorización de los titulares de derechos y sin tener que pagar ningún tipo de remuneración. Problema: chocaría con la regla de los tres pasos (art. 40bis LPI), al perjudicar los intereses legítimos de los titulares de derechos y afectar a la explotación normal de obras y prestaciones. Además, la tendencia del legislador es restringir cada vez más el límite de copia privada y la creación de este nuevo límite iría en contra del artículo 5 DDASI, que contiene un listado cerrado de límites.
- 2) Convertirlo en un límite legal y parcial, como la copia privada o el préstamo de libros por determinadas bibliotecas. Se trataría de un uso permitido sin necesidad de autorización de los titulares de derechos, pero por el cual habría que pagar una determinada remuneración a favor de éstos. Esa compensación gravaría los bienes o servicios que vieran incrementado su valor como consecuencia del intercambio P2P (el *software* de intercambio o los servicios de acceso a Internet) y la pagarían los usuarios. Problemas: a) el solapamiento con la compensación equitativa por copia privada; b) la fuerte reacción que ello provocaría en los usuarios; c) la tendrían que pagar incluso usuarios que no utilizan estos programas.
- 3) Convertirlo en una actividad sometida a licencia. ¿Quiénes deberían solicitar esta licencia? Podrían solicitarla los operadores de los programas P2P, es decir, quienes facilitan los medios necesarios para permitir el intercambio de archivos. El precio de esa licencia podrían luego recuperarlo a dos maneras: a) exigiendo a los usuarios un precio por la descarga o utilización del programa; b) mediante los ingresos de publicidad. También podrían solicitar esta licencia los prestadores del servicio de acceso a Internet. El precio de la licencia podrían recuperarlo cobrando a sus clientes la remuneración correspondiente. Éstos, a la hora de contratar Internet, podrían hacerlo optando entre tener o no acceso a redes P2P, pagando una tarifa mayor en caso afirmativo. No obstante, esta opción requeriría la utilización de dispositivos tecnológicos capaces de discriminar el acceso a estas redes.

Estoy de acuerdo en que hay que cambiar el modelo de negocio. Sin embargo, mientras siga existiendo el modelo del “gratis total” difícilmente podrán los creadores luchar contra él, contra esa competencia tan desleal. El gratis total no puede ser el modelo al que se vean abocados los creadores, pues eso les obliga a renunciar a la explotación comercial de sus

obras y a bajar la calidad de los contenidos que ofrecen. Es necesario que los creadores consideren que merece el esfuerzo de crear cultura, garantizándoles una compensación. La cuestión es: si a los usuarios se les ofrecen contenidos protegidos a precios bajos y asequibles pero, al mismo tiempo, se mantiene la posibilidad de descargar ilícitamente esos mismos contenidos, ¿optarán por pagar aunque sea una cantidad nimia? Sería muy inocente pensar que sí, ¿no? La propiedad intelectual, como cualquier otro derecho de propiedad, debe ser respetada.