

EL CIERRE DE PÁGINAS WEB Y LA RETIRADA DE CONTENIDOS ILÍCITOS POR LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL (A propósito de las SSTs, Sala 3^a, de 31 de mayo de 2013)

Alicia Armengot Vilaplana
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universitat de València

Fecha de recepción: 30.03.2014
Fecha de aceptación: 30.04.2014

RESUMEN: La conocida coloquialmente como «Ley Sinde» atribuyó a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual dos tipos de actuaciones dirigidas a salvaguardar los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información. Estas actuaciones son, de un lado, un requerimiento al prestador de servicios para que facilite los datos de identificación del posible infractor; de otro, un procedimiento para el restablecimiento de la legalidad, que puede finalizar con la imposición de dos medidas restrictivas: la suspensión del servicio de la sociedad de la información o la retirada de los contenidos ilícitos. Ante las dudas de constitucionalidad que plantean estas medidas, en cuanto suponen ejercicio de potestad jurisdiccional por un órgano administrativo, la Sala Tercera del TS ha declarado la conformidad a Derecho del RD que desarrolla las funciones de esta Sección Segunda, salvo en un inciso. Al análisis de estas funciones y a los argumentos sostenidos por las Sentencias se dedica este trabajo.

PALABRAS CLAVE: Comisión de Propiedad Intelectual. Medidas restrictivas. Suspensión del servicio de la sociedad de la información. Retirada de contenidos ilícitos. Exclusividad jurisdiccional.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LA CPI Y DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES. II. LAS FUNCIONES DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA CPI. 1. EL REQUERIMIENTO PARA OBTENER LOS DATOS DE IDENTIFICACIÓN DEL POSIBLE INFRACTOR. 2. EL PROCEDIMIENTO PARA EL RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD: 1. *El requerimiento al presunto infractor para que*

cese voluntariamente en la conducta ilícita. 2. La adopción de medidas restrictivas por la CPI ante el fracaso del requerimiento anterior. Ejercicio de potestad jurisdiccional por la CPI. 3. La necesidad de recabar autorización judicial para ejecutar las medidas restrictivas, por la posible afectación de derechos y libertades del artículo 20 CE: I. El momento de solicitar la autorización judicial. II. La CPI no valora si debe solicitar o no la autorización; debe solicitarla en todo caso. III. El objeto del procedimiento ante el Juzgado de lo contencioso administrativo para obtener la autorización. III. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS SENTENCIAS DEL TS. 1. EL RECHAZO DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL ART. 158.4 LPI. 1. La insuficiente motivación para el planteamiento de la cuestión. 2. Las funciones de la CPI y el ejercicio de potestad jurisdiccional. 3. La tradicional intervención administrativa en materia de telecomunicaciones y en el sector audiovisual, a pesar de que estén en juego derechos fundamentales. 2. LA LEGALIDAD DEL RD EN RELACIÓN CON EL PRECEPTO LEGAL QUE DESARROLLA. 3. LA EXISTENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA NECESIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS PARA DESLINDAR LOS RESPECTIVOS ÁMBITOS. IV. UNA REFLEXIÓN FINAL: NADA HA CAMBIADO DESDE LA VIEJA LPI DE 1879.

TITLE: THE SHUTDOWN OF WEBSITES AND THE WITHDRAWAL OF ILLEGAL CONTENT THAT THE “SINDE LAW” LEFT US.

ABSTRACT: The known as “Sinde Law” gave two types of competences to the Second Section of the Spanish Copyright Commission. The aim of these competences is to protect intellectual property rights from the infringement committed by those in charge of the information society services. On the one hand, the Second Section was empowered to request the information society service provider, the identifying data from the alleged infringer. On the other hand, the law introduced a procedure in order to re-establish the legality. This procedure may end up with the imposition of two restrictive measures: the suspension of the information society service or the withdrawal of the illegal content. Those measures imply the exercise of jurisdiction by an administrative authority, for this reason some concerns have emerged in connection with their constitutionality. The Third Chamber of the Supreme Court has held the legality of the Royal Decree on the Second Section’s functions, with one exception. This paper aims at analyzing those functions and the arguments raised by the Supreme Court in its judgments.

KEY WORDS: The Spanish Copyright Commission. Restrictive measures. The suspension of the information society service. The withdrawal of illegal content.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. THE SCOPE FOR ACTION OF COPYRIGHT COMMISSION AND NATIONAL COURTS. II. THE COMPETENCES OF THE SECOND SECTION OF THE COPYRIGHT COMMISSION. 1. THE REQUEST TO OBTAIN THE IDENTIFYING DATA FROM THE ALLEGED INFRINGER. 2. THE PROCEDURE TO RE-ESTABLISH LEGALITY: 1. *The request to the alleged infringer to stop voluntarily his illicit conduct.* 2. *The establishment of restrictive measures by the Copyright Commission faced with failure of the previous request. The exercise of jurisdiction by the Copyright Commission.* 3. *The need for prior judicial authorization to enforce the restrictive measures, owing to the rights and freedoms of article 20 of the Spanish Constitution that may be involved:* I. The time for requesting the judicial authorization. II. The Copyright Commission has to request the judicial authorization, without further considerations. III. The subject-matter of knowledge of the Administrative Court when taking a decision on the authorization request. The limits imposed by regulation to the Court's decision. III. REASONINGS OF THE SPANISH SUPREME COURT. 1. THE DISMISSAL OF THE REFERENCE FOR AN EXCEPTION OF UNCONSTITUTIONALITY ON ARTICLE 158.4 IP LAW. 1. *The failure to give reasons for the reference of an exception of unconstitutionality.* 2. *The competences of the Copyright Commission and its exercise of jurisdiction.* 3. *The traditional administrative intervention in relation to telecommunications and in the audiovisual sector, even though fundamental rights may be involved.* 2. THE LEGALITY OF THE ROYAL DECREE IN RELATION WITH THE RULE SUBJECT TO DEVELOPMENT. 3. THE PRESENCE OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE NEED FOR TAKING MEASURES TO DEFINE THE RESPECTIVE FIELDS. IV. A FINAL REFLECTION: NOTHING HAS CHANGED SINCE THE ANCIENT IP LAW OF 1879.

I. INTRODUCCIÓN. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LA CPI Y DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

La Sala de lo Contencioso Administrativo del TS, en sendas sentencias de fecha 31 de mayo de 2013¹, ha declarado la conformidad a Derecho del RD 1889/2011

¹ Las dos sentencias fueron dictadas por la Sección Cuarta de la citada Sala Tercera del TS. Una de ellas resuelve el recurso núm.: 48/2012, interpuesto por la Asociación de Internautas, desestimándolo; otra resuelve el recurso núm.: 185/2012 interpuesto por la "Red de Empresas de Internet",

por el que se desarrolla el funcionamiento de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI)², ello con base en unos argumentos que, ni permiten comprender la razón por la que ese funcionamiento no consiste en ejercicio de potestad jurisdiccional, ni permiten entender los motivos por los que un órgano de la Administración pública puede adoptar medidas para proteger derechos de naturaleza privada (los derechos de propiedad intelectual).

Cierto es que estas sentencias deben analizarse dentro de los márgenes de los recursos contencioso-administrativos que las generaron, limitados a revisar la legalidad del RD en relación con el precepto legal que desarrolla (art. 158.4 LPI); y cierto es también que con ellos se ha perdido una excelente oportunidad para incitar al Tribunal al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, al haberse orientado esta sobre una serie de preceptos (arts. 9, 20, 24, 25 y 97 CE) que no son, en mi opinión, la clave de las dudas de constitucionalidad (art. 117.3, 103.1 CE), y al haberse omitido el juicio de relevancia necesario para motivar el planteamiento de la cuestión (art. 35.2 LOTC).

No obstante, conviene detenerse en los fundamentos jurídicos de las sentencias y reflexionar acerca de la situación creada con las mismas, pues, en tanto no se proceda a una reforma legal, habrá que reconocer que la suspensión de una misma infracción de derechos de propiedad intelectual podrá acordarse por órganos distintos en función del *medio* ante el que se produzca.

Así, la explotación por una entidad de radiodifusión (TV, p. ej.) de obras musicales o audiovisuales sin consentimiento de sus titulares, constituirá una infracción de derechos que deberá ser conocida por los órganos de la Jurisdicción; mientras que si esas mismas obras son explotadas ilícitamente en la red (p. ej. en *streaming*), podrá acudir a un órgano de la Administración pública (CPI), o a un órgano de la Jurisdicción (art. 158.4.IV LPI), pudiendo producirse entonces un concurso de acciones como después veremos.

Centrándonos en la explotación de derechos de propiedad intelectual en el ámbito universitario, la reproducción y distribución de una obra científica (sea en edición papel o en soporte digital) sin consentimiento de sus titulares, constituirá una infracción de derechos que solo podrá ser conocida por los órganos de la Jurisdicción; mientras que si esa misma obra es ilícitamente digitalizada (reproducida) y puesta a disposición del público (comunicación pública) en el entorno digital, estaremos ante una infracción de derechos que

estimando en parte el recurso, al declarar que uno de los incisos del RD constituía un exceso en el desarrollo reglamentario. Más adelante nos referimos a este inciso.

² Puesto que este trabajo está centrado en las funciones que desarrolla la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, las referencias que se hagan a la CPI deberán entenderse efectuadas a la Sección Segunda CPI. En general, sobre las funciones que desarrolla esta Comisión (Sección Primera y Sección Segunda), puede verse mi trabajo, "Las nuevas funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual", en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 27, 2012, pp. 1-27.

podrá paralizarse por un órgano de la Administración (CPI), sin perjuicio de acudir a los órganos de la Jurisdicción (art. 158.4.IV LPI).

Por citar otro ejemplo, piénsese en una revista científica que se edita en papel y que, al mismo tiempo, se edita en formato digital en una web determinada. La publicación, en la revista editada en papel, de un artículo —firmado por uno de los miembros de un Proyecto de Investigación—, en el que se recogen los resultados obtenidos en el marco de dicho Proyecto, pero siendo tales resultados producto del trabajo del equipo investigador, constituirá una infracción de derechos que deberá ser conocida por los órganos de la Jurisdicción; mientras que si esa misma conducta se produce en la revista editada en formato digital y puesta a disposición del público en la red, podrá acudir, además de a los Tribunales, a la Administración pública (CPI), si bien en este último caso, solo podrán adoptarse las medidas restrictivas de suspensión del servicio o de retirada de contenidos ilícitos.

Piénsese, finalmente, en la conducta del Profesor que digitaliza y pone a disposición de sus alumnos en la plataforma digital (aula virtual) de su Universidad una cantidad considerable de monografías y/o artículos doctrinales sin contar con la autorización de sus respectivos titulares (autores y editores)³. En la medida en que estemos ante una vulneración de derechos de propiedad intelectual por responsables de servicios de la sociedad de la información, la CPI podría acordar la suspensión del servicio o la retirada de los contenidos ilícitos. Sin embargo, si la conducta consiste en reproducir en soporte papel (fotocopiar) dichas obras y ponerlas a disposición de los alumnos a través del servicio de reprografía de la Universidad, tal conducta solo podrá perseguirse por los órganos de la Jurisdicción.

Los ejemplos apuntados son una muestra de la diversidad de órganos (jurisdiccionales, administrativos) a los que puede acudir para solicitar la protección de una misma clase de derechos, ello atendiendo al medio (analógico o digital) a través del cual se produzca la infracción. Es muy probable que el legislador no estuviera pensando en este tipo de conductas cuando atribuyó a la Sección Segunda de la CPI la potestad para acordar la suspensión de un servicio de la sociedad de la información, o la retirada de los contenidos ilícitos. Más bien parece que esas funciones se diseñaron para atajar una concreta clase de infracciones: las consistentes en crear webs de enlaces que facilitan la descarga y el intercambio de archivos con contenidos ilícitos⁴. Pero si esa era la intención

³ Se trata del supuesto resuelto por la Sentencia núm. 76/2013, de 2 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona (AC 2013/747), por la que se condena a la Universitat Autònoma de Barcelona, entre otras pretensiones, a la suspensión de todos los actos de explotación y a la retirada de todos los contenidos digitales protegidos que se encontraban en la plataforma digital de la citada Universidad.

⁴ F. CARBAJO CASCÓN, “Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en internet”, *Revista de Internet, Derecho y Política, IDP*,

del legislador; lo deseable hubiera sido que se delimitara el tipo de conductas que pueden perseguirse por la CPI, pues la amplitud de los términos en los aparece redactado el art. 158.4 I LPI, determina que cualquier infracción de estos derechos por responsables de servicios de la sociedad de la información pueda incluirse en el supuesto de hecho de aquel precepto⁵.

Es más, aun asumiendo que la CPI solo pueda conocer de cierto tipo de infracciones —aquellas que no han encontrado respuesta ante los tribunales—, su actuación no excluye la de los órganos jurisdiccionales sobre esas mismas infracciones, planteándose una concurrencia de acciones —judiciales y administrativas— difícil de entender a la vista del principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Y es que, si esas conductas sobre las que puede recaer la actuación de la CPI constituyen un ilícito civil —descartada por el momento su relevancia penal, y ante la falta de tipificación de tales conductas como infracciones administrativas⁶—, no tiene sentido que su apreciación —esto es, la declaración de que existe una conducta que vulnera derechos de propiedad intelectual— y su represión —la imposición de efectos para eliminarla— se atribuyan a un órgano de la Administración pública⁷. Si con esas decisiones un tercero imparcial está resolviendo un conflicto jurídico entre dos partes enfrentadas (titulares de derechos e infractor), ese tercero estará desempeñando la función de juzgar, y el art. 117.3 CE atribuye esta función en exclusiva a los órganos de la Jurisdicción.

Pues bien, en este contexto, las cuestiones que deben ser abordadas son las siguientes: a) las actuaciones que puede desarrollar la Sección Segunda de la CPI para salvaguardar derechos de propiedad intelectual ante su vulneración en la sociedad de la información; b) las notas que diferencian la potestad administrativa de la potestad jurisdiccional y la consideración de las medidas restrictivas que puede adoptar la CPI como manifestación de potestad jurisdiccional; c) el objeto del procedimiento ante el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo para obtener la autorización de ejecución de las medidas, acotado a examinar la posible vulneración de derechos fundamentales (arts. 18.1 y 3; 20 CE), y no extendiéndose a comprobar la existencia de una infracción de derechos de propiedad intelectual.

núm. 15, noviembre, 2012, p. 11; P. RAMÍREZ SILVA, “Webs de enlaces y propiedad intelectual”, *InDret* 2/2012, pp. 3-4.

⁵ B. CORTÉS FERNÁNDEZ, P. MERRY MONEREO, I. CÁRDENAS ARTOLA, “La Ley Sinde: funciones y disfunciones”, en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 62 (abril-junio 2011), ap.III.2.

⁶ M. GÓMEZ TOMILLO, “Megaupload y la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Al mismo tiempo, una propuesta político-criminal sobre los proveedores de enlaces”, *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 41 (mayo-agosto) 2012, pp. 42-49.

⁷ J. BARATA MIR, “La libertad de expresión y el papel de los intermediarios en Internet. La «Ley Sinde» como ejemplo de una problemática global”, *Cuestiones de actualidad sobre propiedad intelectual*, (coord. A. Esteve Pardo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 102-103.

II. LAS FUNCIONES DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA CPI

Antes que nada cabe recordar cuáles son las funciones que la Disp. Final 43^a de la Ley de Economía Sostenible⁸ —conocida coloquialmente como «Ley Sinde»— atribuyó a la Sección Segunda de la CPI. Estas funciones se ejercitan con el fin de salvaguardar los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información, de manera que cualquier otra vulneración de estos derechos que no se produzca en ese ámbito, quedará extramuros de la Comisión.

La CPI puede desarrollar en este contexto dos tipos de actuaciones: de un lado, un requerimiento al prestador de servicios para que facilite los datos de identificación del posible infractor (art. 8.2 LSSI)⁹; de otro, un procedimiento para el restablecimiento de la legalidad, a través del cual, la CPI puede ordenar que se interrumpa la prestación de un servicio que vulnere derechos de propiedad intelectual o que se retiren los contenidos que infringen estos derechos (art. 158.4 LPI).

1. EL REQUERIMIENTO PARA OBTENER LOS DATOS DE IDENTIFICACIÓN DEL POSIBLE INFRACTOR

La primera de las actuaciones es una medida dirigida a que la CPI pueda requerir al prestador de servicios la cesión de los datos de identificación del posible infractor, ello con la finalidad de que el mismo pueda comparecer en el procedimiento (art. 8.2 LSSI). Esto último implica que estamos ante una actuación instrumental o preparatoria del procedimiento para el restablecimiento de la legalidad, de manera que solo cuando se pretenda iniciar o se haya iniciado este procedimiento (art. 18 RD), cabrá acudir a esa conminación. El requerimiento no cumple por tanto una finalidad en sí mismo; quedará vinculado al procedimiento para el restablecimiento de la legalidad.

Este requerimiento se contempla en el art. 8.2 LSSI como una medida a adoptar por los órganos a los que corresponda la protección de los intereses que se relacionan en el apartado 1 de ese mismo precepto¹⁰, siendo una actuación

⁸ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

⁹ Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico (a partir de ahora LSSI).

¹⁰ A saber: “a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional. b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores. c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social. d) La protección de la juventud y de la infancia. e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual (...)”.

que se justifica por la frecuente dificultad para identificar a los usuarios de los servicios de la sociedad de la información¹¹.

La lectura de la primera frase del art. 8.2 LSSI —con su remisión al apartado primero— permite entender que este requerimiento no es exclusivo de los órganos administrativos, sino que puede ser adoptado por un órgano jurisdiccional cuando a él corresponda la tutela de alguno de esos intereses (p. ej., la investigación penal)¹². La lectura de la segunda frase del art. 8.2 LSSI conduce sin embargo a entender que este apartado está pensando exclusivamente en un órgano de la Administración, pues si un órgano jurisdiccional puede acordar este requerimiento es evidente que no precisará autorización judicial (todos los órganos jurisdiccionales tienen atribuida idéntica potestad jurisdiccional, y no cabe llegar al absurdo de que un juez civil o penal deba recabar la autorización de un juez de lo contencioso-administrativo para poder practicar este requerimiento). Volviendo entonces a lo que nos interesa, si las medidas restrictivas (interrupción del servicio o retirada de contenidos) van a ser adoptadas por un órgano administrativo (CPI), el requerimiento dirigido a obtener los datos de identificación del presunto infractor deberá vincularse a ese procedimiento; mientras que si el requerimiento fuera acordado por un órgano de la Jurisdicción, deberá vincularse al proceso judicial.

El requerimiento dirigido por la CPI al prestador de servicios debe ser autorizado por el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo (arts. 9.2, 122 bis 1 LJCA), que podrá autorizarlo cuando la cesión de datos no vulnere los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE), o el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

Esta autorización es un acto judicial —por cuanto interviene un juez— pero no es un acto jurisdiccional, en el sentido de que con él no se está resol-

¹¹ M. DE HOYOS SANCHO, “Las medidas cautelares de suspensión del servicio y clausura de páginas web por vulneración de los derechos de autor en Internet”, *La Propiedad Intelectual en la era digital*, (Dir. R. M. Mata y Martín, Coord. A. M^a, Javato Martín), La Ley, Madrid, 2011, pp. 327-333. También sobre las dificultades para que el prestador del servicio pueda facilitar los datos de identificación del usuario, posible infractor, amparándose en la normativa de protección de datos, A. RUBÍ PUIG, “Derecho al honor *on line* y responsabilidad civil de ISPs”, *Indret*, 4/2010, www.indret.com, p. 12; y con interesantes ejemplos, M. PEGUERA POCH, “Sólo sé que no sé nada (efectivamente)»: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI”, *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007, <http://idp.uoc.edu>, pp. 12-13.

¹² De ahí que afirme P. FERRÁNDIZ AVENDAÑO, “La proyectada reforma de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura y el «procedimiento para el restablecimiento de la legalidad», cuya instrucción y resolución se quiere atribuir a su propuesta Sección Segunda”, *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 10, 2010, <http://idp.uoc.edu>, p. 7, que a partir de esa norma (8.2 LSSI) es posible que un órgano jurisdiccional practique este requerimiento en un proceso civil para obtener los datos de identificación del posible infractor (p. 8), pues, por órganos competentes hay que entender, según la definición dada por la propia LSSI (anexo, letra j), “todo órgano jurisdiccional o administrativo, ya sea de la Administración General del Estado, de las administraciones autonómicas, de las entidades locales o de sus respectivos organismos o entes públicos dependientes, que actúe en el ejercicio de competencias legalmente atribuidas”.

viendo un conflicto jurídico de derechos de propiedad intelectual¹³. Con esta autorización el Juzgado no deberá decidir si existe o no una infracción de estos derechos y qué medidas deben adoptarse para lograr su paralización. La cuestión que deberá decidir el Juzgado es si la cesión de los datos de identificación por el prestador de servicios implica una intromisión en derechos fundamentales.

Desde este punto de vista, no cabría apreciar dudas de constitucionalidad en este requerimiento preparatorio del procedimiento posterior, pues con tal requerimiento la CPI no está juzgando (art. 117.3 CE) un conflicto de derechos de propiedad intelectual. Con este requerimiento, la CPI estará prevaleciendo de su posición de autoridad para obtener una información que el titular de derechos no puede obtener por sí mismo.

Ahora bien, el hecho de que este requerimiento no cumpla una finalidad en sí mismo, sino que sea instrumental o preparatorio del procedimiento para el restablecimiento de la legalidad, conduce a que recaigan sobre aquel las mismas dudas de constitucionalidad que planean sobre este, pues se trata en definitiva de una actuación necesariamente vinculada a este último.

Si así no fuera, esto es, de entender que este requerimiento tiene virtualidad propia, habría que reconocer que, en este punto, la Administración (CPI) aparece como colaboradora del conjunto de titulares de derechos que ven defraudadas sus obras en el entorno digital, pues esa actuación les permitirá obtener ciertos datos sin los cuales no podrá perseguirse al presunto infractor¹⁴. Sin embargo, la finalidad a la que se orienta este requerimiento —que el presunto infractor pueda comparecer en el procedimiento (art. 8.2 LSSI)— indica que se trata de una actuación vinculada a este último, de suerte que los datos obtenidos en virtud del requerimiento no podrían utilizarse para otras actuaciones distintas (p. ej. un proceso judicial).

¹³ Existen supuestos en los que la ley atribuye a los jueces ciertas actuaciones —p. ej. protocolizar un testamento; formalizar una adopción; deslindar un terreno— pero con las que no está desempeñando la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). Es lo que ocurre, p. ej., con los actos de jurisdicción voluntaria. Como explica A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2001, p. 37: “cuando en la jurisdicción voluntaria se acude al juez, no se le toma como árbitro o dirimidor de una contienda, sino como sujeto dotado de autoridad —*auctoritas*— y potestad jurídica, que son elementos necesarios para los efectos que se pretenden”. En la medida en que estas actuaciones no son ejercicio de potestad jurisdiccional no están afectados por el principio de exclusividad jurisdiccional. De ahí que se encomienden actos de jurisdicción voluntaria a otros órganos y funcionarios públicos (p. ej. notarios).

¹⁴ Y así, entiende M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, *La tutela administrativa de la Propiedad Intelectual en la Sociedad de la Información*, Iustel, Madrid, 2013, p. 122, que el conjunto de las actuaciones llevadas a cabo con este requerimiento pueden ser útiles para el ejercicio de las correspondientes acciones civiles previstas en el TRLPI. Por mi parte, entiendo que con ello se tiende a desvincular este requerimiento del procedimiento para el restablecimiento de la legalidad, o a admitir que los datos obtenidos con él no se circunscriben a ese procedimiento.

Se trataría en definitiva de un requerimiento funcionalmente equivalente a una diligencia preliminar del proceso civil, a través de la cual, se solicita la colaboración del Tribunal para la obtención de ciertos datos que el futuro demandante no puede obtener por sí mismo, y sin los cuales no puede concretar elementos imprescindibles del acto de la demanda (arts. 399.1, 437.1 LEC)¹⁵. De hecho, el art. 256.1.7º LEC contempla una diligencia preliminar dirigida a obtener datos acerca del *origen* y las redes de distribución de mercancías o *servicios* que infringen derechos de propiedad intelectual, y que consiste en interrogar —entre otros sujetos— a quien haya *prestado* o utilizado *servicios* que puedan haber lesionado derechos de esa clase¹⁶. Esta diligencia sin embargo, no ha sido admitida por nuestros Tribunales como adecuada para obtener datos de identificación de los usuarios de servicios de la sociedad de la información, ello por entender que tales usuarios no desarrollan actos «a escala comercial»¹⁷.

¹⁵ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La Ley Sinde», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2011, Parte Tribuna (BIB 2011/386) quien apunta que hubiera sido más sencillo “modificar por ley orgánica el párrafo 2º del artículo 138 de la Ley de Propiedad Intelectual para permitir a los titulares de derechos protegidos por ella solicitar como medida preliminar la identificación de los hipotéticos infractores de los mismos, además de la adopción de las medidas cautelares, que ya se les reconoce”.

¹⁶ Sobre estas diligencias puede verse mi trabajo, “Las nuevas diligencias preliminares y las especialidades en materia probatoria introducidas por la Ley 19/2006 en la LEC”, *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, núm. 13, octubre 2007; también J. LÓPEZ SÁNCHEZ, “Las nuevas diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual y propiedad industrial: el denominado «derecho de información» y la exhibición de documentos comerciales”, *Diario La Ley*, núm., 6429, viernes, 24 de febrero de 2006; y más recientemente, F. J. GARCÍA SANZ, C. VENDRELL CERVANTES, “Doctrina judicial en torno a las diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual”, *Diario La Ley*, núm. 8.128, 17 de julio de 2013, p. 4.

¹⁷ Como expresa el Informe del CGPJ de 25 de julio de 2013 al Anteproyecto de Ley de Modificación del TRLPI, en el apartado 125: “La práctica judicial ha puesto de manifiesto algunas de las carencias de la regulación de estas diligencias preliminares. Así, la exigencia de que la infracción respecto de la cual se pretenda preparar la acción, se haya concretado en actos desarrollados a escala comercial —los cuales son definidos por la propia Ley como los “realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos” (art. 256.1.8.º in fine LECiv)—, ha imposibilitado la aplicación de estas diligencias a aquellas infracciones imputables a usuarios de redes de intercambio peer-to-peer, en el entendimiento de que tales sujetos no llevan a cabo actos a escala comercial, sino actos con alcance particular por los que no se cobra una contraprestación (vid. *ad exemplum*, los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 10 y 15 de diciembre de 2009; este último advierte de que ello no significa prejuzgar que la actividad de los usuarios de ese tipo de plataformas no constituye una infracción, sino tan solo constatar que estos supuestos actos infractores no han sido realizados a escala comercial, y por ello no encajan en el art. 256.1.7.º LECiv)”. Y continúa el Informe en el punto 126: “También en el célebre caso Promusicae c. Telefónica, que acabaría dando lugar a la STJUE de 29 de enero de 2008 (asunto C-275/06), la actora pretendía la averiguación de los nombres y direcciones de los usuarios de programas de intercambio peer-to-peer con base en el art. 256.1.7º LECiv. Promusicae disponía de las direcciones IP (Internet Protocol) de los usuarios involucrados en esa clase de tráfico, dato susceptible de detección cuando alguien hace uso de una de estas aplicaciones, pero desconocía los datos personales de los abonados a los que tales direcciones IP correspondían, lo que imposibilitaba entablar una demanda frente a ellos, a menos que el operador de acceso prestase su colaboración. El obstáculo a salvar era, en principio, el ya enunciado: al exigir la norma que la infracción sea cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, cabía la duda de si los usuarios de este tipo de redes desarrollan su actividad con la finalidad de lograr beneficios económicos o comerciales, directos o indirectos. Sin embargo, Telefónica se opuso a la pretensión de Promusicae con base en la protección que por su parte merecía la privacidad de sus clientes, y habida cuenta

En todo caso, debe tenerse en cuenta que en el proceso civil, las diligencias preliminares quedan sujetas también a esa nota de instrumentalidad, de manera que la no iniciación del proceso para cuya preparación se solicitó la diligencia podrá implicar la pérdida de la caución depositada por el solicitante (art. 256.3 LEC). Además, los datos obtenidos merced a la diligencia preliminar solo podrán utilizarse para la tutela jurisdiccional de los derechos de propiedad intelectual del solicitante, con prohibición de divulgarlos o comunicarlos a terceros (art. 259.4 LEC), exigencia que estimo debería aplicarse al requerimiento que nos ocupa si de él se predica también la nota de instrumentalidad con respecto al procedimiento al que sirve.

2. EL PROCEDIMIENTO PARA EL RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD

Por otra parte, la CPI es competente para realizar un procedimiento dirigido a acordar bien la suspensión de un servicio de la sociedad de la información porque a través del mismo se infringen derechos de propiedad intelectual, bien la retirada de los contenidos ilícitos alojados en un servicio de la sociedad de la información. Este procedimiento consta a su vez de dos actuaciones distintas: un requerimiento al posible infractor para que retire voluntariamente los contenidos ilícitos; y, en defecto de lo anterior, la CPI podrá adoptar las medidas restrictivas de suspensión del servicio o de retirada de contenidos.

El inicio del procedimiento precisa la solicitud del titular de derechos —o de la persona que actúe en su nombre— dirigida a la CPI y en la que deberá acreditarse, entre otros extremos, la existencia de una infracción de derechos de propiedad intelectual (art. 17.2 RD). Presentada la solicitud, la CPI acordará si inicia o no el procedimiento (art. 19 RD). En caso de que se inicie, dirigirá requerimiento al responsable del servicio de la sociedad de la información para que proceda a la retirada de los contenidos —las obras protegidas— que aparezcan señalados en el acuerdo de iniciación (art. 20.1 RD), o, en su defecto, alegue las razones por las que entiende puede seguir con esa actividad de explotación.

de que la diligencia instada constituía una medida preparatoria de un proceso civil, y no de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, únicos casos en que la normativa le obligaba a conservar ciertos datos y ponerlos a disposición de los Jueces y Tribunales. En su resolución de la cuestión prejudicial planteada, el TJUE señaló que las Directivas en juego, incluidas las que regulan la protección de los datos personales en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, no obligan —aunque tampoco impiden— a los Estados miembros a imponer, en una situación como la del asunto principal, el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual en el marco de un procedimiento civil. Con posterioridad, el TJUE ha tenido oportunidad de dictaminar que las Directivas comunitarias sobre protección de datos personales tampoco se oponen a una normativa nacional que prevea requerir judicialmente a un prestador de acceso para que comunique al titular de un derecho de autor la identidad del abonado a quien se ha asignado determinada IP, supuestamente empleada para la vulneración de ese derecho (Sentencia de 19 de abril de 2012, caso *Bonnier Audio AB*, asunto C-461/10)".

1. *El requerimiento al presunto infractor para que cese voluntariamente en la conducta ilícita*

El requerimiento dirigido por la CPI al responsable del servicio de la sociedad de la información aparece como una actuación obligatoria para la CPI una vez ha acordado el inicio del procedimiento (art. 158.4 III LPI¹⁸ y 20.1 RD¹⁹).

Este requerimiento podrá cumplirse o no por el sujeto requerido, con las consecuencias que después veremos en caso de que no se cumpla. Desde este punto de vista, se tratará de una actuación similar a cualquier otro requerimiento —notarial o judicial— que puede dirigirse a una persona para que realice una conducta distinta de la personación en juicio (art. 149.4º LEC). El requerimiento dirigido por la CPI al presunto infractor no implicará, por tanto, ejercicio de potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), sino que constituirá un intento de restablecer la legalidad de manera voluntaria por el sujeto requerido.

El art. 158.4.III LPI parecía contemplar este requerimiento como una actuación a practicar por la CPI una vez declarada por ella la existencia de “contenidos infractores”. El RD de desarrollo lo incluyó como una actuación a practicar por la CPI una vez acordado el inicio del procedimiento, pero antes de que la misma declarara la existencia de infracción (art. 20 RD). La Sala Tercera del TS, en Sentencia de 31 de mayo de 2013 (recurso núm. 185/2012) ha declarado que el RD se ajusta en este punto a la norma que desarrolla, pues según esta, en el momento de practicar el requerimiento, los contenidos infractores son los que *han sido declarados por el solicitante*, ello sin perjuicio de la posterior fase de instrucción (alegaciones, pruebas) dirigida a la comprobación de la existencia de infracción²⁰.

¹⁸ Dice este precepto en su primer inciso “[a]ntes de proceder a la adopción de estas medidas, el *prestador de servicios* de la sociedad de la información deberá ser requerido 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 alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de Propiedad Intelectual”.

¹⁹ De acuerdo con este artículo: “El acuerdo de inicio dará lugar al requerimiento *al responsable del servicio* de la sociedad de la información, que podrá proceder, en el plazo de 48 horas inmediatamente siguientes a la práctica del requerimiento, a la retirada voluntaria de los contenidos señalados en el acuerdo de inicio del procedimiento que pudieran resultar ilícitos por vulnerar derechos de propiedad intelectual, o, en su defecto, a realizar las alegaciones y proponer las pruebas que estime oportunas sobre la existencia de una autorización para la explotación o la aplicabilidad de un límite a los derechos de propiedad intelectual o cualquier otra circunstancia en su defensa”.

²⁰ STS, Sala 3ª, de 31 de mayo de 2013, FJ Décimo Primero: “De modo que el diseño de la ley deja claro que la Comisión sólo se pronuncia sobre las medidas de interrupción de la prestación o de retirada de contenidos, una vez sustanciado el procedimiento. Cuando el artículo 20.1 del reglamento se refiere a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores se refiere a los que *han sido declarados así por el denunciante*, pues recordemos que ese procedimiento se inicia por el titular del derecho de propiedad intelectual que considera consumada su agresión y aporta cuantos documentos y ficheros resulten procedentes, la Sección Segunda de la Comisión iniciará, entonces, el procedimiento”.

Practicado el requerimiento, puede ocurrir que el posible responsable cumpla voluntariamente con la conducta requerida, ya sea retirando los contenidos señalados en el acuerdo de iniciación, ya sea suspendiendo el servicio de la sociedad de la información.

El RD estableció en su art. 20.2 que a dicha interrupción del servicio o retirada voluntaria se le daría el “valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración”, inciso que ha sido declarado nulo por la STS, Sala Tercera, de 31 de mayo de 2013 (recurso núm. 185/2012), por constituir un exceso en el desarrollo reglamentario²¹. Ha entendido el TS que si el sujeto requerido cesa voluntariamente en la conducta aparentemente ilícita, no es preciso efectuar ningún reconocimiento posterior, pues la aparente ilegalidad habrá desaparecido; además de que no siempre el cese voluntario de la actividad puede ser debida a un reconocimiento de la existencia de infracción²².

2. La adopción de medidas restrictivas por la CPI ante el fracaso del requerimiento anterior. Ejercicio de potestad jurisdiccional por la CPI

De otro lado, cabe que el presunto infractor no cese voluntariamente en la conducta aparentemente ilícita, sino que alegue razones por las cuales estima que puede efectuar esa actividad de explotación (bien porque cuenta con la autorización de los titulares, con una licencia legal, o porque las obras explotadas no precisan autorización, etc.). En tal caso, podrá proponerse prueba dirigida

²¹ Como explica el TS, “[c]uando, tras recibir el requerimiento formulado, se retira voluntariamente un contenido que había puesto en conocimiento de la Sección Segunda, el titular del derecho de propiedad intelectual, provocando el inicio del expediente, carece de sentido hacer ningún pronunciamiento posterior sobre el restablecimiento de una legalidad que ya ha dejado de estar conculcada. Dicho de otro modo, las medidas para restablecer la legalidad tienen sentido si mediante las mismas se puede alcanzar el fin para el que están concebidas, es decir, reponer el estado de cosas a su situación legal. Cuando la legalidad ya se ha restablecido, por la retirada voluntaria del contenido o la interrupción del servicio, carece de sentido y de objeto hacer reconocimiento alguno de ilegalidad, ni establecer presunciones al respecto. Salvo que lo que se pretenda es que dicho reconocimiento de la vulneración surta efecto en otro procedimiento ajeno al que ahora se sustancia, que es exclusivamente el de reposición de la legalidad, lo que desde luego no está previsto en la Ley ni se infiere de su regulación. (...). Además, el cumplimiento del requerimiento mediante la retirada del contenido o la interrupción del servicio, puede obedecer a muy distintas razones que resultan incompatibles con tal reconocimiento de la vulneración. Dicho de otro modo, puede que si el prestador del servicio hubiera hecho alegaciones no hubieran prosperado las medidas de interrupción de la prestación o retirada de contenidos, o puede que el prestador del servicio haya decidido cumplir el requerimiento simplemente para evitar procedimientos que considera engorrosos, aunque considere que no ha incurrido en ninguna lesión a la propiedad intelectual”.

²² Véase, en este punto, M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, “*La tutela administrativa...*”, cit., pp. 51, 127. Como dice en esta última página.: “Si con ello lo que quiere decirse es que el cumplimiento del requerimiento equivale a una especie de confesión del presunto vulnerador con efectos probatorios de cara a un eventual ejercicio de acciones civiles, el RD 1889/2001 en este punto es ilegal, en la medida en que la potestad reglamentaria del Gobierno no alcanza a aprobar normas que desarrollen o regulen, sin habilitación específica en la Ley al menos, las relaciones jurídico-privadas o, más en general materias que no sean administrativas”.

a la demostración de esas alegaciones, la CPI efectuará una propuesta de resolución, y finalmente resolverá si existe infracción de derechos y si impone como medida la suspensión del servicio o la retirada de contenidos (art. 22 RD).

Pues bien, estimo que en este punto, la actuación de la Administración supone ejercicio de potestad jurisdiccional, pues la CPI comprobará si se está produciendo una infracción de estos derechos y, caso de que así sea, impondrá las consecuencias previstas por la ley (art. 158.4.II LPI). Dicho con otras palabras, cuando la CPI ordena el cese de una actividad ilícita de derechos de propiedad intelectual está aplicando el derecho objetivo (en este caso, la LPI) en una situación de conflicto entre dos partes (los titulares de derechos y el infractor); o mejor, está comprobando si el solicitante de las medidas es titular de los derechos o está legitimado para su ejercicio; si se está produciendo una infracción de tales derechos porque la explotación carece de título que la justifique, y si tal actuación es imputable a otra persona; en definitiva, lo mismo que debe examinar el juez civil en un proceso sobre esta materia²³.

Además, esa actuación de la ley por la CPI se efectúa por vía de heterotutela, pues la Administración actuante (CPI) es un tercero imparcial en una situación jurídica que le es ajena. Para que la Administración actuara en este caso de acuerdo con los fines que constitucionalmente tiene atribuidos (servir con objetividad los fines generales —art. 103.1 CE—), sería preciso que esa aplicación de la ley se efectuara en una situación de conflicto en la que ella misma es parte, o en la que estuvieran en juego intereses generales cuya defensa le corresponde, mientras que en este caso, los intereses en conflicto son los pertenecientes a un colectivo de titulares de derechos. No se trata solo del desempeño por la Administración de una función que no le corresponde (juzgar un conflicto de intereses privados); se trata de la actuación por la Administración de una potestad que corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales (art. 117.3 CE)²⁴.

²³ Para un análisis de otros presupuestos que deben concurrir para que la CPI pueda decretar estas medidas, F. CARBAJO CASCÓN, “Aspectos sustantivos...”, cit., pp. 9 y ss. Explica D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “Ciberpiratas, Administración y jueces: a propósito de la aplicación de la Ley Sinde”, *Diario La Ley*, núm. 7822, 21 marzo de 2012, epígrafe II.1: “el objeto preciso del procedimiento administrativo es la declaración de ilegalidad de las descargas en Internet o del uso de material afectado por los derechos de propiedad intelectual sin la preceptiva autorización de sus titulares”.

²⁴ Como explica P. FERRÁNDIZ AVENDAÑO, “La proyectada reforma...”, cit., p. 9: “(...) correspondiendo exclusivamente a los órganos del poder judicial juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, no puede encomendarse lo primero al Ministerio de Cultura, el cual carece naturalmente de competencia para resolver cuestiones tan ajenas a sus funciones administrativas como resolver pretensiones de suspensión de servicios o retirada de datos en defensa de derechos de los particulares”. Sobre el tema puede verse también, J. M. VILLAR URIBARRI, y C. ANGULO DELGADO, “Análisis crítico respecto de las medidas administrativas previstas en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible para evitar la explotación no autorizada de obras de creación a través de Internet”, *Los derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, (coord. X. O’Callaghan), Madrid, 2011, pp. 619-622. O como explica R. DURÁN RIVACOBÁ, “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»)”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2011, p. 10: “(...) resulta polémico que un órgano administrativo

Con ello no quiere decirse tampoco que no sea posible la actuación de la Administración en esta materia. Si, como viene afirmándose, en ciertos sectores de la propiedad intelectual estamos ante la tutela de intereses colectivos y no ante la tutela de intereses individuales, cabrá afirmar la necesidad de atribuir legitimación a órganos de la Administración (CPI u otras entidades) para que puedan *detectar* la existencia de infracciones y puedan *promover las acciones* en defensa de ese interés colectivo²⁵. Pero una cosa es que se atribuya a una entidad pública la legitimación para actuar en defensa de intereses colectivos, y otra distinta que esa entidad tenga la potestad para resolver el conflicto. No se olvide que el interés colectivo —así, el que corresponde al conjunto de autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual— es distinto del interés general, y que solo para servir a este último debe actuar la Administración con objetividad (art. 103.1 CE)²⁶.

3. *La necesidad de recabar autorización judicial para ejecutar las medidas restrictivas, por la posible afectación de derechos y libertades de artículo 20 CE*

Adoptadas las medidas restrictivas por la CPI, surge de nuevo la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional para que autorice la ejecución de las mismas, siempre que con tal ejecución no se lesionen derechos fundamentales (art. 20 CE).

juzgue preliminarmente cuestiones materiales relativas a intereses de los particulares que, de otra forma, le serían vedadas”.

²⁵ Y así, en Francia, existe una autoridad pública independiente creada ad hoc para la vigilancia de los derechos de propiedad intelectual en Internet (Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet); esta autoridad puede dirigir hasta dos avisos al usuario del servicio que esté realizando alguna actividad ilícita; si tras esos dos avisos no cesa en la conducta, dicha autoridad “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”, B. CORTÉS FERNÁNDEZ, P. MERRY MONEREO, I. CÁRDENAS ARTOLA, “La Ley Sinde: Funciones y disfunciones”, cit., ap. II.2. Más ampliamente, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, “Iniciativas legales para luchar contra las descargas ilegales en Internet: El ejemplo francés”, *Cuestiones de actualidad sobre propiedad intelectual*, (coord. A. Esteve Pardo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4-5.

²⁶ Así, el Informe del CGPJ, de 25-07-2013, al Anteproyecto de Ley de Modificación del TRLPI, en su apartado 21 afirma en relación con las competencias de la Sección Segunda de la CPI: “Siendo esto así —persecución de grandes infractores y de servicios de localización masiva de contenidos mediante enlaces—, no se ve por qué no dar el paso de configurar definitivamente este procedimiento de interrupción de servicios de la sociedad de la información, o de retirada de datos, como un *mecanismo de tutela de intereses colectivos o difusos*, no exigiendo que el procedimiento deba iniciarse a solicitud del titular individual de los derechos vulnerados, ni que deba ir referido a unos contenidos específicos, sino legitimando a los sujetos que aglutinan intereses profesionales o colectivos a que pidan la intervención de la CPI cuando detecten esa clase de infracciones masivas, sin necesidad de que se concrete la vulneración sobre determinadas obras o prestaciones. Ello sería más coherente con el contexto en el que se inscribe, que no es otro que el art. 8.1 LSSI, en el que junto a los derechos de propiedad intelectual se tutelan otros intereses o derechos, todos ellos de carácter general o de naturaleza colectiva o difusa (salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública, la defensa nacional; protección de la salud pública y de los consumidores o usuarios; respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación; protección de la juventud y de la infancia). De este modo quedaría reservada a las acciones civiles —y eventualmente penales— la protección frente a vulneraciones de concretos derechos individuales” (cursivas mías).

En relación con esta autorización se plantean varias cuestiones: de un lado, si la misma debe solicitarse inmediatamente después de la adopción de la medida (art. 122.bis.2 LJCA) o solo cuando haya fracasado el cumplimiento voluntario de la misma (art. 23 RD); en segundo lugar, cabe cuestionarse si esta autorización debe solicitarse por la CPI en todos los casos, o solo cuando esta aprecie la posible vulneración de derechos fundamentales (art. 20 CE); y en tercer lugar, debe concretarse cuál debe ser el objeto de la resolución del Juzgado o qué es lo que debe valorar esta jurisdicción para conceder o denegar la autorización.

I. El momento de solicitar la autorización judicial

Se plantea en primer lugar si esta autorización es un requisito para que la medida adoptada por la CPI tenga eficacia ejecutiva, o si tal autorización es un requisito para proceder a la ejecución forzosa de una medida de por sí ejecutiva, de modo que solo cabrá recabar la autorización ante el incumplimiento voluntario de la misma. Si la medida adoptada por la CPI tiene eficacia ejecutiva, una vez notificada al infractor e incumplida voluntariamente, podrá procederse a la ejecución forzosa, para la cual será precisa la autorización judicial. Si, en cambio, la medida precisa de autorización judicial para que tenga eficacia ejecutiva, será preciso recabar la autorización una vez acordada la medida y antes de proceder a su notificación al infractor.

De la lectura de los arts. 22.2 y 23 RD cabe entender que la solicitud de autorización judicial para la ejecución de la medida será necesaria cuando esta no haya sido cumplida voluntariamente por el responsable²⁷. Se produciría con ello algo similar a lo que ocurre en el proceso civil cuando, notificada la sentencia de condena al demandado, no se cumple voluntariamente, siendo preciso acudir al Tribunal para que proceda a su ejecución forzosa. De acuerdo pues con los preceptos citados, habría que entender que acordada la medida restrictiva por

²⁷ El art. 23 RD dice: “Si la resolución que declara, a los solos efectos del artículo 158.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, *no hubiera sido cumplida voluntariamente por el interesado* en el plazo de 24 horas señalado en el artículo 22.3, la Sección se dirigirá al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente, según lo establecido en el artículo 122 bis, apartado 2, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, para que dicte el auto autorizando o denegando la ejecución de las medidas impuestas por la resolución de la Sección Segunda”. Por su parte el art. 22.2 RD establece: “Declarado en dicha resolución que para la Sección Segunda ha quedado acreditada la existencia de una vulneración de derechos de propiedad intelectual por el responsable del servicio de la sociedad de la información, la misma resolución de la Sección Segunda ordenará al referido responsable la retirada de los contenidos que vulneren derechos de propiedad intelectual o la interrupción de la prestación del servicio de la sociedad de la información que vulnere los citados derechos objeto del procedimiento, *debiendo aquél dar cumplimiento a la misma en un plazo de 24 horas desde su notificación*, siendo notificada asimismo al correspondiente prestador de servicios de *intermediación* de la sociedad de la información”.

la CPI deberá notificarse al responsable, y caso de que no la cumpla voluntariamente, deberá solicitarse la autorización judicial²⁸.

Diferente es la conclusión a la que se llega tras la lectura de los arts. 158.4.III LPI y 122.2 LJCA. De acuerdo con este último, la ejecución de la medida adoptada requiere de la autorización judicial previa (apartado primero), y tal autorización debe ser solicitada por la CPI una vez *acordada la medida* (apartado segundo), abstracción hecha de todo intento de cumplimiento voluntario. De acuerdo con el art. 158.4.III LPI, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exigirá “en todo caso” de la previa autorización judicial. Es decir que, fracasado el requerimiento dirigido a posibilitar el cese voluntario en la conducta, y adoptada la medida restrictiva por la CPI, deberá solicitarse la autorización al Juzgado para proceder a su ejecución, antes por tanto de cualquier notificación al sujeto pasivo. De este modo, la medida adoptada por la CPI vendría a ser una medida declarativa de la existencia de infracción que precisa, para tener eficacia ejecutiva, de la autorización judicial²⁹.

El principio de jerarquía normativa conducirá a entender que la solicitud de autorización no será subsidiaria del incumplimiento voluntario, sino que el auto de autorización deberá acompañar a la resolución acordando la medida para que ésta tenga fuerza ejecutiva. Y así, acordada la medida por la CPI y dotada de eficacia ejecutiva por el juez, deberá notificarse al responsable, y, caso de que no la cumpla voluntariamente, podrá procederse a la ejecución forzosa. Véase en esta línea, el art. 22.3 RD cuando alude a la notificación al prestador de *servicios de intermediación* de la orden de suspensión de la actividad ilícita acompañada del auto autorizando la suspensión³⁰.

²⁸ Así, entiende M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, “*La tutela administrativa...*”, cit., p. 140, que el transcurso del plazo de 24 horas al que se refiere el RD sin que la resolución haya sido cumplida por el responsable, “da paso a la exigencia de la medida de suspensión de los servicios de intermediación correspondientes, que puede ser más eficaz (...) que la ejecución forzosa. (...) (...) Lo que sí es necesario para que esta suspensión devenga obligatoria es que sea autorizada judicialmente, según lo dispuesto en el art. 122 bis 2 LJCA”. Por tanto, la medida acordada por la CPI sería ejecutiva; incumplida voluntariamente por el responsable, podría procederse a ordenar el cumplimiento de la medida por el prestador de servicios de intermediación y para esto último es para lo que se necesitaría la autorización judicial.

²⁹ R. DURÁN RIVACOBA, “La protección de la propiedad intelectual...”, cit., p. 23; asimismo, J. M. VILLAR URIBARI, y C. ANGULO DELGADO, “Análisis crítico...”, cit., p. 620, entiende que esta diferencia entre la adopción de la medida por la CPI y la necesaria autorización judicial para su ejecución, es un “sistema semejante al de la ejecución judicial de los laudos arbitrales, con la diferencia de que los árbitros intervienen por acuerdo entre las partes afectadas y la sección segunda de la Comisión decide por imposición legal”.

³⁰ Art. 22.3 RD: “La resolución (se refiere a la que adopta la medida) contemplará, asimismo, para el caso de incumplimiento por parte del responsable del servicio de la sociedad de la información dentro del plazo de 24 horas señalado en el apartado anterior, la suspensión dirigida a los servicios de intermediación de la sociedad de la información que correspondan para el eficaz cumplimiento de la resolución, en los términos precisos que sean aplicables de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8 y 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, y 158.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Los servicios de intermediación deberán dar cumplimiento a esta orden de

A la anterior conclusión —la de la necesaria autorización judicial tras la adopción de la medida— se llega también si se tiene en cuenta que esta autorización es necesaria en todo caso, y no solo cuando se prevea una posible infracción de derechos fundamentales como vamos a ver. De entender que la autorización judicial solo debe solicitarse ante el fracaso del cumplimiento voluntario por el responsable, habrá que admitir que se puede prescindir de esa autorización, cosa que no parece compatible con el tenor literal de los arts. 122.bis.2.II LJCA y 158.4.III LPI. Es más, no parece que el infractor quiera cumplir voluntariamente una medida impuesta por la CPI si no tiene fuerza ejecutiva, pues previamente a su adopción, ya se habrá posibilitado un cese voluntario de la infracción por medio del requerimiento.

No me resisto finalmente a apuntar la complejidad que esta autorización conlleva para la operatividad del sistema: la CPI puede adoptar unas medidas restrictivas que no serán ejecutivas si no cuentan con la autorización judicial; esta autorización corresponde a un órgano jurisdiccional distinto de aquel que, en su caso, pueda conocer de la conducta ilícita a los efectos de imponer otras consecuencias distintas de la mera suspensión (p. ej. la indemnización de daños y perjuicios), y que será el Juzgado de lo Mercantil. Es evidente que todo sería más sencillo si, de entrada, la adopción de las medidas (cautelares o definitivas) de protección de estos derechos correspondiera al órgano jurisdiccional.

II. La CPI no valora si debe solicitar o no la autorización; debe solicitarla en todo caso

La segunda cuestión que se plantea es si esta autorización debe ser solicitada siempre y en todo caso por la CPI, o solo cuando esta considere que puede quedar afectado un derecho fundamental. De seguir la primera opción, la CPI no deberá valorar la posible afección de derechos fundamentales, sino que deberá limitarse a acordar la medida, siendo el Juzgado el que deba decidir si la ejecución de la misma afecta a un derecho fundamental. De acuerdo con la segunda, la CPI debería valorar si la ejecución de la medida puede lesionar o no un derecho fundamental y, en función de esa valoración, decidir si solicita o no la autorización judicial.

Los preceptos antes apuntados —en especial, el art. 158.4.III LPI al indicar “en todo caso”—, así como los informes que precedieron a su aprobación (Informe del CGPJ de 28 de enero de 2010, y Dictamen del Consejo de Estado de 18 de marzo de 2010), avalan la tesis de que la autorización judicial es necesaria en todos los casos, de modo que la CPI no debe examinar si la decisión por ella

suspensión en un plazo de 72 horas desde la notificación a los mismos del auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo autorizando, en su caso, la misma, en los términos descritos en los artículos 23 y 24. Dicha medida será objetiva, proporcionada y no discriminatoria”.

adoptada puede lesionar o no un derecho fundamental; sea cual sea la medida adoptada, y sea cual sea la implicación que en esa situación puedan tener los derechos fundamentales, la CPI estará obligada a recabar la autorización³¹.

III. El objeto del procedimiento ante el Juzgado de lo contencioso administrativo para obtener la autorización

Según lo dicho hasta ahora, parece que el Juzgado no debe entrar a examinar la adecuación de la medida adoptada por la CPI, ni la existencia o no de una infracción de derechos de propiedad intelectual, pues esas cuestiones han sido ya juzgadas por la CPI. El Juzgado deberá examinar si la ejecución de la medida supone una lesión de derechos fundamentales. En efecto, la CPI habrá declarado que entiende existente una infracción de derechos y que para restablecer la legalidad el infractor debe retirar los contenidos ilícitos o debe suspender el servicio de la sociedad de la información. La decisión del Juzgado partirá por tanto de esa previa resolución, y estará orientada a comprobar si con el cumplimiento de la medida se lesiona alguno de los derechos fundamentales del art. 20 CE, no pudiendo revisar la cuestión de fondo resuelta por la CPI³².

Esto dicho, no parece tan sencillo deslindar los dos objetos de conocimiento pues, de un lado, la CPI puede que deba tener en cuenta la posible afeción

³¹ J.M. VILLAR URIBARRI, C. ANGULO DELGADO, “Análisis crítico...”, cit., pp. 619-622; M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, “La tutela administrativa...”, cit., p. 143.

³² R. SÁNCHEZ ARISTI, “Ley de Economía Sostenible y propiedad intelectual (Análisis de la llamada «Ley Sinde»)”, *Cuestiones de actualidad...*, cit., p. 62; J. J. TIRADO ESTRADA, “Consideración crítica sobre la disposición final del Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos Constitucionales y aplicación práctica”, *Los derechos de propiedad intelectual...* (coord. X. O’Callaghan), cit., p. 526; R. DURÁN RIVACOBÁ, “La protección de la propiedad intelectual...”, cit., p. 26; B. CORTÉS FERNÁNDEZ, P. MERRY MONEREO, I. CÁRDENAS ARTOLA, “La Ley Sinde: funciones y disfunciones”, cit., ap. III.3. No ha sido entendido así por el Auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de 20 de marzo de 2014 (JUR\2014\107355) que ha denegado la ejecución de las medidas acordadas por la CPI, sin aludir en ningún momento al art. 122.bis.2 LJCA ni a la posible afectación de derechos y libertades fundamentales. Este Auto ha entendido que el objeto de este procedimiento consiste en revisar la legalidad de la decisión adoptada por la CPI: “En el presente caso, a la vista de la apreciación de la Administración de una conducta antijurídica, es el órgano judicial el que tiene que decidir si efectivamente, existe tal conducta y obrar en consecuencia. En todo caso, se trata de apreciar la legalidad del procedimiento a la vista de lo expuesto por las partes en el acto de comparecencia celebrado el pasado día 18 de marzo de 2014 y de las pruebas presentadas, pues es, en dicho acto cuando las partes han puesto de manifiesto ante el Juzgador sus pretensiones, puesto que el órgano judicial no ha tenido otro momento anterior para conocer del asunto. En conclusión, el contenido de nuestra declaración deberá determinar si el mantenimiento de la situación antijurídica existe o no y en caso afirmativo, adoptar las medidas necesarias para que se cumpla lo solicitado”. En este caso, las medidas consistían en ordenar la retirada de los contenidos ilícitos (obras titularidad de los socios de AGEDI) del sitio www.goear.com, así como la orden al responsable del servicio de intermediación para que, en caso de que no se procediera a la retirada de los contenidos, suspendiera el servicio de direccionamiento IP de la página www.goear.com. El Auto citado deniega la ejecución de estas medidas por estimar que en el momento en que se pide su ejecución muchas obras habían sido ya retiradas de la web.

de un derecho fundamental para, en función de ello, acordar una u otra medida (la retirada de contenidos en lugar de la suspensión del servicio), y, por su parte, el Juzgado puede que deba conocer la situación que ha justificado la adopción de la medida para comprobar si con ella se vulnera o no un derecho fundamental³³.

En otras palabras, ni la CPI puede estar totalmente al margen de la posible vulneración de derechos fundamentales, ni el Juzgado puede prescindir por completo del conflicto de propiedad intelectual resuelto por la CPI. Es más, la delimitación normativa del contenido de la decisión judicial, en el sentido de restringirla a la concesión o denegación de la autorización, puede conducir a la inoperatividad del sistema en esos casos en los que la medida adoptada es vulneradora de un derecho fundamental, pero es susceptible de sustitución por otra igualmente eficaz y menos onerosa, situación que puede conducir al Juzgado a la denegación de la autorización ante la imposibilidad de pronunciarse sobre otra medida más adecuada. Asimismo, pueden plantearse supuestos en los que la medida adoptada lesiona un derecho fundamental pero que, aun así, esa injerencia en el derecho sea adecuada y proporcionada a los fines que se persiguen (tutela de derechos de propiedad intelectual), supuesto en que el juez no podrá prescindir del conocimiento del conflicto sometido a la CPI.

Puestos a imaginar hipótesis en las que la retirada de un contenido ilícito o la suspensión de un servicio puede lesionar algún derecho fundamental del art. 20 CE, habría que pensar en el cierre de una página web que ha sido diseñada por una persona y en la que se han incluido obras protegidas sin contar con la autorización de los titulares; el cierre de esa página web podría lesionar el derecho a la creación literaria, artística o científica del creador de la web (art. 20.1.b CE), en tanto la medida impedirá difundir su obra; pero si con esa web se están lesionando derechos de propiedad intelectual, o bien la CPI debiera acordar la retirada de los contenidos ilícitos manteniendo la página web, o bien debiera acordar el cierre de la web en tanto no se proceda a eliminar la infracción de derechos. Parece pues, que la CPI no es totalmente ajena a la posible afectación del derecho fundamental. Otro supuesto podría ser el cierre de un medio de comunicación digital a través del cual se difunde información pero se utilizan también obras protegidas sin contar con las necesarias autorizaciones.

³³ En este sentido, entiende P. FERRÁNDIZ AVENDAÑO, “La proyectada reforma...”, cit., p. 6, que para poder acordar la autorización judicial, “el juez tendrá que realizar (...) una ponderación o juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental de que se trate (libertad de expresión, etc.) y la situación de aquél a quien pretenda tutelar (el titular del derecho de propiedad intelectual infringido), autorizando la ejecución de la medida restrictiva de la prestación del servicio de intermediación adoptada por la Sección Segunda sólo en el caso de que se cumpla el principio de proporcionalidad. Lo que obligará a aquellos Juzgados a ser sumamente cautelosos y a analizar todas las circunstancias del caso concreto”. Sobre la posibilidad de que el juzgado entre siquiera parcialmente en el fondo del asunto, F. CARBAJO CASCÓN, “Aspectos sustantivos del procedimiento...”, cit., p. 13, nota 10.

La suspensión del servicio (el cierre del medio de comunicación) puede suponer una lesión del derecho a comunicar libremente información veraz (art. 20.1.d CE); pero es necesario que ese medio de comunicación respete los derechos de propiedad intelectual. Si se acuerda por la CPI la suspensión del servicio y tal medida lesiona el derecho fundamental, el Juzgado deberá conocer la situación jurídica resuelta por la CPI (en qué medida existen contenidos ilícitos en ese medio de comunicación digital o de qué modo se están explotando), por lo que no creo que pueda conceder o denegar la autorización sin tener un conocimiento de la conducta ilícita.

En definitiva, si el Juzgado considera que la ejecución de la medida no lesiona derechos fundamentales podrá autorizar su ejecución; si considera que la ejecución de la medida lesiona el derecho fundamental deberá denegarla. Ahora bien, en este último caso, la injerencia en un derecho fundamental puede acordarse judicialmente cuando tal injerencia es adecuada o proporcional a los fines que se persiguen³⁴; ello lleva a plantearse qué deberá decidir el juez cuando estima que existe una injerencia en el derecho fundamental pero tal injerencia es necesaria, proporcionada o justificada para tales fines. De acuerdo con la regulación legal, ¿el juez deberá denegar la autorización porque, en verdad, el derecho fundamental queda afectado, o deberá autorizarla porque la medida es adecuada? Si se entiende que el juez no debe valorar la proporcionalidad de la medida porque ello corresponde a otro órgano jurisdiccional³⁵, la segunda opción deberá excluirse³⁶. De otro lado, cuando el Juzgado considera que la medida acordada lesiona un derecho fundamental pero podría haberse adoptado otra igualmente eficaz pero no lesionadora de ese derecho, deberá también denegar la autorización, sin poder pronunciarse acerca de la adecuación de otra medida.

Pienso, en fin, que estas disquisiciones no serían necesarias si ambas decisiones —la adopción de la medida y la ejecutividad de la misma— corres-

³⁴ Esta proporcionalidad implica que la medida se dirija al cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo (en este caso, la tutela de derechos de propiedad intelectual); que la decisión se base en indicios suficientes que permitan sostener el necesario juicio de proporcionalidad (en este caso, la medida acordada por la CPI); y que la autorización especifique los hechos y la persona sobre la que recae la intervención. Véase, sobre este punto, R. DURÁN RIVACOBBA, V. GARCÍA LLERENA, “Defensa civil de la propiedad intelectual e identificación del usuario de Internet”, en *Actualidad Civil*, núm. 10, Quincena del 16 al 31 Mayo 2011, p. 1090, tomo 1.

³⁵ El competente para conocer del recurso contencioso administrativo que pueda plantearse frente a la resolución de la CPI acordando las medidas, esto es, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

³⁶ Así, entiende M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, “*La tutela administrativa...*”, cit., p. 146, que en este proceso ante el juzgado es dudoso que pueda controlarse si la medida es objetiva, proporcionada y no discriminatoria, como dice el RD, y que el control de proporcionalidad de la medida por el juez dependerá de cada caso (p. 148). Otros autores entienden que el juez, al conceder o no la autorización, debe efectuar una valoración de la proporcionalidad de la medida. Así J.J. TIRADO ESTRADA, “*Consideración crítica...*”, cit., p. 527; P. FERRÁNDIZ AVENDAÑO, “*La proyectada reforma...*”, cit., p. 6.

pondiera a un único órgano jurisdiccional, siguiendo el sistema que sería coherente para tutelar los derechos de propiedad intelectual y los derechos fundamentales.

III. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS SENTENCIAS DEL TS

Conocidas las actuaciones que puede desarrollar la CPI, podemos detenernos en las razones esgrimidas por el TS para declarar la legalidad de tales actuaciones.

Los recursos interpuestos contra el RD 1889/2011 pretendían la declaración de nulidad de la citada norma de desarrollo por entender que la misma atribuye a un “organismo de carácter administrativo, de forma genérica y sin habilitación legal previa, potestades de restricción de derechos e imposición de sanciones, que actualmente son propias del poder judicial”. Además, se razonaba que la LSSI se refiere a los órganos jurisdiccionales cuando la medida acordada afecta a los derechos y libertades de expresión e información (arts. 8 y 11). Finalmente, los recurrentes solicitaban el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 158 LPI por lesionar los arts. 9, 20, 24, 25 y 97 CE.

Dejando a un lado los defectos formales achacados a la tramitación del RD, y la cuestión de la falta de legitimación activa de los recurrentes, sobre lo que no parece oportuno detenerse, dos son las líneas sobre las que versan los razonamientos del TS: de un lado, la constitucionalidad del precepto legal (art. 158.4 LPI) que da cobertura a la norma de desarrollo; de otro, la legalidad de esta última en relación con el precepto legal.

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es rechazado por el TS con base en los siguientes fundamentos: a) la falta de motivación del planteamiento de la cuestión o la ausencia de razonamiento por parte del recurrente acerca del modo en que el art. 158.4 LPI puede lesionar preceptos constitucionales; b) la consideración de que la función que desempeña la CPI no consiste en ejercicio de potestad jurisdiccional, y la revisión que en todo caso corresponde a la Jurisdicción de los actos adoptados por la CPI; d) la existencia de otros supuestos en materia de telecomunicaciones y en el sector audiovisual en los que se atribuyen competencias a la Administración pública, a pesar de que están implicados derechos fundamentales.

En cuanto a la segunda línea argumentativa, la relativa a la adecuación del RD con el precepto legal (art. 158.4 LPI), apunta el TS que no existe exceso en el desarrollo reglamentario puesto que la mayoría de objeciones que se efectúan al RD son cuestiones que vienen establecidas en el precepto legal, de suerte que es la ley la que ha optado por esa tutela administrativa y no el RD de desarrollo.

Finalmente, apunta el TS que la confluencia de una serie de derechos (el derecho a la libertad de expresión e información, a la producción literaria, artística, científica y técnica, a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales), “determina la necesidad de adoptar medidas que delimiten sus respectivos ámbitos y equilibren sus conexiones”.

1. EL RECHAZO DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL ART. 158.4 LPI

1. *La insuficiente motivación para el planteamiento de la cuestión*

Planteado el recurso en los términos antes vistos, el TS comienza por rechazar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad porque la misma había sido solicitada de forma genérica e imprecisa, sin expresar razonamiento alguno acerca del modo en que el art. 158 LPI lesiona ciertos preceptos de la CE³⁷. Ello a pesar de que se cumplen los requisitos para el planteamiento de la misma, pues el precepto cuestionado es una norma con rango de ley, aplicable al caso —presta cobertura a la disposición general impugnada—, y de la validez de la misma depende el fallo, pues si el art. 158 LPI es declarado contrario a la CE, el sentido de las sentencias que nos ocupan sería distinto.

No obstante, entiende el TS que no existen dudas de constitucionalidad de dicha norma *en relación con el planteamiento que se hace*³⁸. Es decir, que tal como se había planteado, la norma no presentaba dudas de constitucionalidad, lo cual no significa que no pueda presentarlas cuando el planteamiento sea distinto, o cuando los preceptos constitucionales que se estiman infringidos sean otros (arts. 117.3 y 106.1 CE).

2. *Las funciones de la CPI y el ejercicio de potestad jurisdiccional*

En segundo lugar, el TS afirma que las funciones desarrolladas por la Sección Segunda de la CPI no consisten en ejercicio de potestad jurisdiccional, y que las mismas no invaden ni interfieren en el ejercicio de dicha potestad.

³⁷ Como dice la sentencia “[s]in explicar la concurrencia de los requisitos precisos que establecen los artículos 163 de la CE y 35 de la LOTC, ni en qué forma la norma legal que se cita (el artículo 158 de la Ley de Propiedad Intelectual según redacción dada por la disposición final cuadragesimo tercera, apartado cuarto, de la Ley de Economía Sostenible) vulnera la Constitución”.

³⁸ Como afirma el TS, en el FJ 4º, párrafo cuarto, en relación con los distintos preceptos constitucionales que habían sido invocados por los recurrentes: “No albergamos duda de constitucionalidad de la citada norma legal, respecto de los preceptos constitucionales alegados, sobre lo que luego volveremos, porque no se ha incurrido en la arbitrariedad denunciada (artículo 9.3 de la CE), porque no resulta lesión a los derechos de expresión e información (artículo 20 de la CE), porque no se impide el acceso a los tribunales ni el derecho a un proceso con garantías (artículo 24 de la CE), ni estamos ante el alcance retroactivo de una norma sancionadora que se alega (artículo 25 de la CE), ni, en fin, se ha producido un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria (artículo 97 de la CE)”.

Así, tras apuntar algunas de las notas que caracterizan la potestad jurisdiccional frente a la potestad administrativa, afirma el TS que “(...) la caracterización legal y reglamentaria de las funciones de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual no es la propia de quien ejerce una función jurisdiccional, tampoco supone una suplantación ni usurpación de la función que constitucionalmente se atribuye, en régimen de exclusividad, a jueces y magistrados”. Continúa razonando el TS que la atribución a la CPI de competencia para adoptar medidas restrictivas “no guarda relación con el ejercicio de la función jurisdiccional. *Simplemente se configura un órgano administrativo específico* [que se concibe con la finalidad de salvaguardar los derechos de propiedad intelectual, frente a la vulneración por los responsables de los servicios de los profesionales de la sociedad de la información], *al tiempo que se diseña un procedimiento* presidido, por la propia naturaleza de la actividad a que se refiere, por la celeridad” (corchetes y cursivas mías).

Tras la lectura de este razonamiento, no es fácil comprender la razón por la que la competencia atribuida a la CPI *no guarda relación* con el ejercicio de potestad jurisdiccional³⁹. Considero que, en este punto, lo deseable hubiera sido un razonamiento dirigido a aplicar las notas que caracterizan la potestad jurisdiccional a la función que desempeña la CPI. No parece tampoco que la creación de un órgano administrativo y el diseño de un procedimiento a través del cual pueda ejercer las funciones que se le atribuyen, sean de por sí suficientes para descartar el desempeño por la CPI de función jurisdiccional. Dependerá del modo en que esa Comisión aplique el Derecho en el caso concreto (por vía de autotutela o de heterotutela; de modo irrevocable o no), lo que determinará si la función que desempeña aquella es administrativa o jurisdiccional.

De otro lado, el hecho de que estas competencias de la CPI se establezcan “sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes”, o que este procedimiento “no suplente ni sustituya, las correspondientes vías jurisdiccionales”, tampoco parecen motivos para descartar que se esté ante el ejercicio de potestad jurisdiccional. Ciertamente, el procedimiento de la CPI no suplente la vía jurisdiccional porque para ello sería preciso que existiera un vacío legislativo o que la vía jurisdiccional fuera insuficiente; tampoco puede sustituir a la vía jurisdiccional porque para ello sería preciso que se derogaran las normas que permiten a los jueces adoptar esas mismas medidas (art. 139.1 apartados *a, b, h*; tutela cautelar del art. 141 apartados 2 y 6, todos ellos del LPI); sin embargo, sí se produce un solapamiento en tanto este tipo de infracciones podrán perseguirse por la Administración (CPI), pero también por la Jurisdicción⁴⁰.

³⁹ Véase el comentario a estas dos sentencias de M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, “Reserva de Jurisdicción, Potestad reglamentaria y Propiedad Intelectual (En torno a las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2013, sobre la denominada «Ley Sinde»)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 192, Madrid, septiembre-diciembre, 2013, p. 240.

⁴⁰ De ahí que quepa pensar en la posibilidad de plantear un conflicto de jurisdicción por el Juez que —de oficio o a instancia de parte— considere que la Administración pública (CPI) está cono-

En fin, la afirmación de que el acto administrativo adoptado por la CPI pueda ser revisado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, parece salvar la adecuación y legalidad del procedimiento. Pero lo relevante no es que dicha actuación administrativa sea revisable por la Jurisdicción; lo relevante es si esa actuación correspondía a la Administración atendiendo a los fines constitucionales que a la misma se le asignan (art. 103.1 CE). Téngase en cuenta que, en el caso de que la medida acordada por la CPI fuera impugnada ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la AN (Disp. Adic. Cuarta 5 LJCA), tal recurso no tendrá por objeto la infracción de derechos de propiedad intelectual, sino la conformidad a Derecho del acto administrativo impugnado (arts. 1, 25, 31 LJCA)⁴¹.

Como características identificadoras de la potestad jurisdiccional, el TS apunta dos: la función que se cumple con el ejercicio de esa potestad —la determinación del Derecho en el caso concreto—, y la nota de irrevocabilidad de las resoluciones judiciales⁴².

En relación con la primera, debemos decir que si bien es la función que cumplen los jueces cuando ejercitan esa potestad, por sí misma, no es útil para diferenciarla de la potestad administrativa, pues es sabido que la Administración también actúa el Derecho en el caso concreto. Es preciso buscar otras características que permitan identificar la potestad jurisdiccional y diferenciarla de la potestad administrativa, y estas notas son, de un lado, el modo en que la Jurisdicción aplica el Derecho en el caso concreto (por vía de heterotutela o en una situación jurídica que le es ajena) y, de otro, la eficacia irrevocable de las resoluciones judiciales (el efecto de cosa juzgada), notas ambas que no concurren en la potestad administrativa (arts. 103.1 y 103.1 CE)⁴³.

Respecto al modo de aplicar el Derecho en el caso concreto, se ha afirmado en páginas precedentes que la adopción de medidas restrictivas por la CPI supone actuación del Derecho por vía de heterotutela, pues la CPI aplicará el

ciendo de un asunto que corresponde a su jurisdicción (arts. 38 LOPJ, 9.1 Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales).

⁴¹ Véase en mi obra, *La tutela judicial civil de la Propiedad Intelectual*, Madrid, 2003, p. 73 y el ejemplo que se cita más abajo en relación con las medidas gubernativas de la LPI de 1879.

⁴² “Tradicionalmente, y muy sucintamente, el concepto de jurisdicción, propio de nuestra actividad jurisdiccional que recoge el artículo 117.3 de la CE, se vincula con la función de determinar el derecho en un caso concreto, respecto de determinadas personas y sobre determinados actos. Y la diferenciación entre la actividad administrativa y la jurisdiccional radica en la nota de la irrevocabilidad, a pesar de las resoluciones administrativas firmes, y de los recursos procedentes en sede jurisdiccional”.

⁴³ M. ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada, 1999, pp. 69-71 y en pp. 72-96, sobre las diferencias entre la potestad jurisdiccional y la potestad administrativa. Una versión más reciente, por el mismo autor en *Introducción al Derecho Procesal*, Aranzadi, Navarra, pp. 136-141. También sobre las notas que diferencian la potestad administrativa de la jurisdiccional, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal. Introducción*, Madrid, 2001, pp. 23-26.

derecho objetivo (LPI) en una situación de conflicto entre titulares de derechos e infractor, situación en la que no está presente el interés general al que debe servir la Administración.

En relación con la eficacia de la resolución por la que se acuerdan estas medidas, hay que apuntar que estamos ante un acto administrativo que, en cuanto tal, es revisable por la Jurisdicción (arts. 158.4.VI LPI *in fine* y Disp. Adic. Cuarta 5 LJCA), por lo que no cabe predicar de ella la nota de irrevocabilidad ni el efecto de cosa juzgada que caracterizan a las decisiones judiciales. Con todo, existen resoluciones judiciales que carecen de efecto de cosa juzgada (sentencias dictadas en procesos sumarios, resolución que acuerda una medida cautelar), sin que por ello dejen de ser manifestación del ejercicio de potestad jurisdiccional.

En definitiva, la adopción de medidas restrictivas por la CPI supone un claro ejemplo de atribución a un órgano administrativo de potestad jurisdiccional, atribución que queda proscrita por el art. 117.3 CE al exigir la atribución en exclusiva de esa función a los órganos de la Jurisdicción.

3. La tradicional intervención administrativa en materia de telecomunicaciones y en el sector audiovisual, a pesar de que estén en juego derechos fundamentales

Otro de los argumentos que mantiene el TS para entender correctas las funciones de la CPI descansa en la tradicional intervención de la Administración en materia de telecomunicaciones y en el sector audiovisual. La generalidad de este argumento no permite extraer mayores conclusiones. La intervención de la Administración en el sector audiovisual o en el de las telecomunicaciones puede ser muy variada y de muy distinto alcance. Pero debe tenerse en cuenta que una cosa es el incumplimiento de las normas administrativas reguladoras de esos sectores, y que podrá dar lugar al correspondiente procedimiento administrativo y a su posterior impugnación jurisdiccional, y otra distinta la infracción de los derechos subjetivos que la LPI reconoce a autores y demás titulares, derechos de naturaleza estrictamente privada y cuya tutela corresponde a los órganos de la Jurisdicción⁴⁴.

⁴⁴ A. SALAS CARCELLER, "El papel y las funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual: la base de la Comisión", *Los derechos de propiedad intelectual...*, cit., p. 597 al referirse a un comunicado conjunto presentado por la Asociación Jueces para la Democracia y la Unión Progresiva de Fiscales en relación con esta ley, y en el que se alude a la naturaleza privada de estos derechos y a lo incomprensible de atribuir su defensa a la Administración; en el mismo sentido y en la misma obra colectiva, M^o. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, "La posible configuración de la propiedad intelectual como un derecho de la personalidad en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible", cit., pp. 666-667.

2. LA LEGALIDAD DEL RD EN RELACIÓN CON EL PRECEPTO LEGAL QUE DESARROLLA

Descartada la posible inconstitucionalidad del precepto (art. 158.4 LPI), el TS rechaza también los posibles excesos en el desarrollo reglamentario que habían sido denunciados por los recurrentes, alegando esencialmente que los elementos principales del RD (las medidas restrictivas que puede adoptar la CPI) habían sido fijados ya por la ley (art. 158.4 LPI).

Así, explica el TS que estas medidas estaban previstas por los arts. 8 y 11 LSSI como medidas a adoptar por el “órgano competente” y que por tal debe entenderse no solo un órgano administrativo sino la propia CPI: “(...) cuando los artículos 8 y 11 de la Ley 34/2002, 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y del Comercio electrónico, se refieren al «órgano competente», están señalando a un órgano administrativo, pues aunque no se califica al nombre ni como administrativo ni judicial, lo cierto es que del contexto del precepto se infiere, sin duda alguna, que se trata de lo primero. Igualmente cuando se refiere a las competencias que «legalmente tenga atribuidas», se alude a las competencias de la Sección Segunda que ya se predeterminan legalmente por el artículo 158 de la Ley de Propiedad Intelectual. Y, en fin, cuando en ese mismo precepto se citan las medidas de interrupción del servicio o de retirada de un contenido, que únicamente pueden acordarse respetando las «garantías, normas y procedimiento previstos por el ordenamiento jurídico» para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, la protección de los datos personales o la libertad de información, cuando pudieran resultar afectados, se está refiriendo al citado artículo 158 y al desarrollo reglamentario, porque ambas normas integran el ordenamiento jurídico” (STS, Sala 3ª, de 31 de mayo de 2013, Rec. núm. 48/2012, FJ9º, párrafo 4).

Como ha sido tratado antes (apartado 2.a), el art. 8 LSSI, en su apartado 1, no se refiere exclusivamente a un órgano administrativo, puede referirse también a un órgano jurisdiccional. Es, en cambio, la interpretación conjunta del apartado 2 del art. 8 LSSI la que obliga a entender que *en ese apartado 2* se está aludiendo exclusivamente a la CPI. Pese a la generalidad con la que se cita el art. 8 LSSI por la sentencia, entiendo que esta interpretación del TS solo será aplicable para el supuesto que nos ocupa —la tutela de derechos de propiedad intelectual—, no siendo extrapolable a la protección de los demás intereses que se enumeran en el art. 8.1 LSSI. Si así fuera, habría que admitir que para la investigación penal, p. ej., es un órgano administrativo el que puede adoptar estas medidas restrictivas y no el propio órgano jurisdiccional (juez instructor).

En segundo lugar, frente a las críticas del recurrente dirigidas a que la tutela de estos derechos debiera corresponder a los jueces y no a un órgano de la Administración, el TS afirma que se trata de una opción —la de la tutela administrativa— “tan legítima como cualquier otra, entre muchas”, y que en definitiva es la ley la que ha elegido esa opción, siguiendo un diseño diferente

del que postula la recurrente. Al respecto creo que hay que insistir, en línea con lo apuntado más arriba, que la CE no permite elegir entre la atribución de potestad jurisdiccional a un órgano administrativo o a un órgano jurisdiccional. Si la función que desarrolla la CPI en este punto implica ejercicio de potestad jurisdiccional (es decir, juzgar una situación ajena a ella, aplicando el derecho objetivo), tal función solo puede corresponder a los órganos jurisdiccionales. El art. 117.3 CE no permite por tanto optar, sino que impone una única solución: la atribución en exclusiva a los jueces de la potestad de juzgar.

3. LA EXISTENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA NECESIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS PARA DESLINDAR LOS RESPECTIVOS ÁMBITOS

Finalmente, el TS alude a la existencia en este tipo de conflictos de una variedad de intereses implicados (derechos fundamentales y derechos de propiedad intelectual) y que ello exige adoptar medidas que delimiten sus respectivos ámbitos y equilibren sus conexiones. Intuimos que con este razonamiento el TS está aludiendo a la intervención del órgano jurisdiccional dirigida a velar por ciertos derechos fundamentales y dirigida a equilibrar las conexiones entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos fundamentales. Pero, como ha podido comprobarse, el reparto de funciones que se establece entre la CPI y el Juzgado Central de lo Contencioso administrativo impide que pueda efectuarse una delimitación de los respectivos ámbitos, pues, en principio y sin perjuicio de los problemas antes apuntados, la CPI deberá limitarse a acordar la medida sin entrar a valorar la posible vulneración de un derecho fundamental, y el juzgado debería limitarse a conceder o denegar la autorización, sin entrar a examinar el conflicto de propiedad intelectual.

IV. UNA REFLEXIÓN FINAL: NADA HA CAMBIADO DESDE LA VIEJA LPI DE 1879

Han pasado muchos años desde que la vieja LPI de 1879 y su Reglamento de desarrollo (1880) atribuyeran a Gobernadores de provincia y a Alcaldes la competencia para decretar la suspensión de la ejecución de una obra musical o dramática que estuviera realizándose sin consentimiento de sus titulares⁴⁵.

⁴⁵ El art. 49 LPI 1879 establecía: “Los Gobernadores de provincia y donde éstos no residieran, los Alcaldes, decretarán a instancia del propietario de una obra dramática o musical, la suspensión de la ejecución de la misma o el depósito del producto de la entrada en cuanto baste a garantizar los derechos de propiedad de la mencionada obra”. Y añadía el mismo precepto: “Si dicho producto no bastase a aquel objeto podrá el interesado deducir ante los Tribunales la acción competente”. En desarrollo de esta competencia, el Reglamento de 3 de septiembre de 1880, en su título II dedicado a los Teatros, y en su capítulo I titulado “De las obras dramáticas y musicales”, establecía que “[l]os Gobernadores, y donde éstos no residieran los Alcaldes, mandarán suspender inmediatamente la representación o lectura que se haya anunciado de toda obra literaria, o musical, siempre que

Pero, a poco que se piense, puede observarse que con la atribución a la CPI de potestad para acordar medidas restrictivas, estamos ante una situación idéntica a la de aquella Ley: la adopción por un órgano administrativo de medidas dirigidas a resolver un conflicto entre particulares (los titulares de derechos y las personas que explotan sus obras sin autorización).

Cierto que el escenario ha cambiado mucho desde aquellas peculiares medidas gubernativas a estas otras que puede acordar ahora la CPI. Y así, la CPI no ejercerá esas funciones ante una infracción de derechos que pueda producirse en un teatro, en una entidad de radiodifusión (radio, TV), o en cualquier otro medio analógico en el que pueda ejecutarse una obra teatral o musical; la actuación de la CPI se limitará a la explotación de las obras en la sociedad de la información⁴⁶.

Sin embargo, cualquiera que sea el medio a través del cual se explota la obra, debe advertirse que los derechos en conflicto siguen siendo los mismos (reproducción, distribución, comunicación pública, etc.); sus titulares también (autores, artistas, productores); y el conflicto, en definitiva, es también el mismo: la explotación de obras protegidas sin contar con la debida autorización.

el propietario de ella o su representante acudan a su Autoridad en queja de no haber obtenido las empresas el correspondiente permiso, y aun sin necesidad de reclamación alguna si les constase que semejante permiso no existe” (art. 63). El art. 104 del Reglamento, añadía que esas mismas autoridades “decretarán a instancia del interesado, el depósito del producto de las entradas para el pago de los atrasos que adeude una empresa por derechos de propiedad de obras, después de satisfechos los correspondientes a los propietarios de las obras que en cada noche se ejecuten”. Por último, el art. 119, a modo de norma de cierre, atribuía a los Gobernadores y Alcaldes la competencia para decidir todas las cuestiones que se suscitaran en la aplicación del Reglamento entre las empresas de espectáculos públicos y los autores, actores artistas y dependientes de los mismos, cuyos acuerdos serán ejecutados sin perjuicio de las reclamaciones ulteriores.

⁴⁶ Un ejemplo de adopción de estas medidas gubernativas lo encontramos en la STS (Sala 3ª) de 11 de abril de 1991 (RJ 1991\2876). Los hechos que resolvía esta Sentencia eran resumidamente los siguientes: con fecha 20 de abril de 1982 se suspendió por el Gobernador Civil de Madrid, a instancias del cantante y autor D. Juan Manuel Serrat, la reproducción a través de Televisión Española de determinada obra musical de dicho autor, que había sido empleada como soporte publicitario de los productos que promocionaba la entidad «H. G., S. A.»; interpuesto recurso de reposición, fue desestimado el 25 de mayo de 1982; interpuesto recurso contencioso-administrativo por R. P., S. A. y otros, la Sala de la Audiencia Territorial de Madrid, en sentencia de 3 de junio de 1988, lo desestimó. Promovida finalmente apelación, el TS la desestima confirmando la sentencia apelada. El TS declaró que las cuestiones sujetas a esta jurisdicción quedaban reducidas al examen de la conformidad a Derecho del acto administrativo de suspensión, no pudiendo pronunciarse en este orden sobre la reclamación de derechos de autor: “De entre las diversas cuestiones litigiosas planteadas como consecuencia de los supuestos fácticos corresponde exclusivamente a esta Sala, a tenor de su propia jurisdicción pronunciarse sobre si fue conforme al ordenamiento en su día el acto del Gobernador Civil de Madrid de 20 de abril de 1982 de suspensión de la reproducción de la obra musical como soporte publicitario. No corresponde en cambio a la jurisdicción contenciosa pronunciarse sobre las cuestiones civiles y criminales planteadas o en curso, más que, como afirma la Sentencia recurrida, en cuanto determinen el cumplimiento de los requisitos administrativos. Pues en definitiva es éste el sometido a revisión según el carácter de esta jurisdicción”. Pueden verse más ejemplos en mi obra, *La tutela judicial civil...*, cit. pp. 72-75.

Aquellas medidas gubernativas dejaron de ser aplicables con la entrada en vigor de la CE que proclamó, como es sabido, el principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE)⁴⁷; además, aquella regulación tropezaba con la falta de competencia de las autoridades administrativas para adoptar medidas en materia de propiedad intelectual. Con la LPI de 1987, las medidas adecuadas para proteger estos derechos pasaron a ser acordadas judicialmente, bien como medidas definitivas en la sentencia [art. 139.1. ap. a) y b) LPI], bien como medidas cautelares del proceso principal (art. 141.2 LPI). Y así ha funcionado el sistema hasta que llegó la conocida «Ley Sinde».

Con todo lo anterior, no pretendo transmitir la idea de que no sea necesario remediar el grave perjuicio económico y cultural que la explotación ilícita de obras en la sociedad de la información implica para la gran variedad de personas involucradas en este sector productivo (no solo titulares de derechos de propiedad intelectual). Antes al contrario, pienso que si los instrumentos de tutela previstos por el legislador no han resultado útiles, o no han sabido adaptarse a las nuevas situaciones, deberán articularse las reformas necesarias para lograr la efectividad de estos derechos. Pero que la solución a tan grandes males pase por atribuir a un órgano administrativo función jurisdiccional, supone prescindir de los más elementales principios de nuestro Ordenamiento, con el riesgo que ello supone para otros ámbitos —ceranos o no a la propiedad intelectual—, e igualmente vulnerables en la sociedad de la información (p. ej. el derecho al honor).

⁴⁷ Como afirmaba QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, Madrid, T. III, 1978, p. 595, a Gobernadores y Alcaldes correspondían unas facultades que no se limitaban como sería lógico a prevenir la consumación de las defraudaciones, sino a reparar y sancionar en planos más bien propios del poder judicial; también J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, “Comentario al auto de 5 de enero de 1988 del Juez de Primera Instancia nº 2 de Palma de Mallorca aplicando la nueva LPI”, *Poder Judicial*, nº 9, marzo 1988, p. 87.