

PLAGIADORES, PIRATAS Y OTROS DEPREDADORES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Santiago Muñoz Machado*

1. EL CÍRCULO VICIOSO DE LA DESPROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Las tecnologías de la comunicación y la información han disparado los casos de violaciones de la propiedad intelectual, en sus dos vertientes comunes: la forma más clásica, es el plagio, vocablo que en el reciente *Diccionario del español jurídico* hemos definido tanto en su acepción civil como en la penal. Plagio es la “Suplantación de la autoría de una obra literaria, artística o científica”. La versión penal del concepto considera los casos en que el ultraje se lleva a cabo con el ánimo de obtener “un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero”.

Desde hace algunos años, se han sumado a los plagiadores otros violadores de la propiedad intelectual, cuyas actuaciones no consisten en atribuirse la autoría de obras ajenas sino en su aprovechamiento ilícito perjudicando los derechos económicos de los autores. No se usa para estos la denominación de plagiadores, sino la de piratas. La vigésimotercera edición del DEL de la RAE define pirata de dos maneras principales: “3. m.y f. Persona que, junto con otras de igual condición, se dedica al abordaje de barcos en el mar para robar”. Y “4. m. y f. Persona cruel y despiadada”. Esta clase de piratas abundan menos ahora en el mundo que los que van a ser objeto de atención en este escrito. Sin embargo no están incluidos en ninguna de las definiciones del Diccionario académico. Son los que se dedican al abordaje de internet para robar los derechos de propiedad intelectual y perjudicar gravemente a la creación y a las industrias culturales.

* Sesión del día xx de noviembre de 2006.

En los documentos emanados de organizaciones internacionales ya se ha incorporado el sustantivo pirata en este último sentido. La UNESCO ha definido piratería como “Actividad de reproducción y distribución de copias y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual sin la autorización de los propietarios legítimos, cuando dicha autorización resulte necesaria legalmente, así como su transmisión al público o su puesta a disposición en Internet”.

En el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADEPIC), alcanzado por la OMC en 1996, se dice que “Se entenderá por ‘mercancías piratas que lesionan el copyright’ cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se realicen directa o indirectamente... cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación” (art. 51.n.14).

En fin, el Observatorio Mundial de Lucha contra la Piratería de la Unesco (WAPO) define “piratería *on line*” como “la descarga o distribución ilícitas en Internet de copias no autorizadas de obras, tales como libros, películas, composiciones musicales, videojuegos y programas informáticos”, que se puede llevar a cabo mediante “redes de intercambio de archivos P2P, sitios web de descarga directa o *streaming*, foros en Internet o redes sociales”, incluso utilizando servidores ilícitos y ordenadores pirateados.

El crecimiento de la piratería en el mercado de los derechos de autor está haciéndose cada día más relevante. Y los beneficios que produce cuando se ejerce de forma organizada han sido evaluados en muchos millones de dólares, como han demostrado, por ejemplo, las experiencias concretas de Megapload y de Pirate Bay. La primera funcionó desde 2005 hasta su cierre por el FBI en 2012, y su propietario, el delincuente alemán Kim Schmitz, ingresó más de 175 millones de dólares¹.

La acción imparable de los piratas digitales está poniendo en solfa a todos los instrumentos ideados en los últimos doscientos años para proteger la propiedad intelectual, que ha sido preciso reconstruir y renovar. Es muy difícil, por más que se pongan a punto nuevas herramientas de vigilancia y sanción, parar un fenómeno que sucede principalmente a través de internet, en un entorno globalizado en el que es difícil que los perjudicados e incluso los reguladores estatales puedan identificar fácilmente los focos de las actuaciones ilegales e interrumpir las acciones de los piratas y sus colaboradores.

¹ Datos en CAROLINA NAVARRETE BARREIRO, *¿Por qué cuesta tanto aprobar una ley que resuelva eficazmente el grave problema de la piratería digital en España?* El Cronista 49.

Da la impresión de que el mundo estuviera retornando a una época pasada en la que los derechos de propiedad intelectual carecían de protección, a tiempos oscuros y ominosos en los que se discutió con razones aparentemente poderosas si las creaciones literarias o artísticas podían ser objeto de derechos por parte de sus autores o, por el contrario, su uso y disfrute debía pertenecer a la colectividad.

Hasta principios del siglo XVIII no hubo una regulación de los derechos de los autores. La primera se dio en Inglaterra en 1710. Se denominó Estatuto de la Reina Ana, por el nombre de la monarca reinante. Hasta entonces, la edición, en Inglaterra era un privilegio o concesión real del que era beneficiaria la *Stationer's Company*, el gremio de editores. Un régimen de privilegios era el que se utilizaba también en Francia o España. Los privilegios derivaban necesariamente en situaciones de monopolio, contra las que se levantaron protestas de quienes postulaban la libertad de imprenta sin restricciones. Para resolver este problema y reconocer también a los autores derechos sobre sus obras se dictó aquella ley de la reina Ana, cuyo título preciso ilustra bien de sus propósitos: “Una ley para el fomento del saber mediante la concesión de derechos sobre las copias de libros impresos a sus autores, o sus adquirentes, durante los plazos aquí mencionados”.

Los filósofos y juristas discutían entonces si los *copyrights* son la compensación imprescindible del esfuerzo y creatividad de su autor, debiendo atribuírseles como una consecuencia de derecho natural, o si eran un derecho que a ley establecía con la finalidad principal de incentivar la creación artística y literaria. Si era cuestión de derecho natural, el autor de la obra habría de tener la facultad perpetua de disfrutar y disponer de lo creado. Si dependía de la ley, se subordinaba a lo que este dispusiera. En Inglaterra y los países de cultura anglosajona, principalmente en EEUU, se remarcó el carácter económico y comercial de la propiedad intelectual, que debería explotarse con arreglo a la libre competencia en un mercado abierto, sin perjuicio de reconocer algunos derechos, limitados y temporales, a los autores. Un famoso discurso de T. B. Macaulay ante el Parlamento británico, ya en la fecha tardía de 1841, remarcó el carácter puramente legal de esta clase de derechos, negando que las obras intelectuales pudieran ser objeto de propiedad como las cosas muebles e inmuebles. La Constitución de los EEUU incorporó una cláusula sobre el *copyright*, que se ha mantenido vigente hasta hoy y que vincula el reconocimiento de esta clase de derechos a las facultades del Congreso para “promover el progreso de las ciencias y de las artes útiles”, lo que ha de hacer “garantizando por un tiempo limitado a los autores y a los inventores un derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos”. A alguno de los padres fundadores de la nación americana, como T. Jefferson, le resultaba inaceptable que pudieran atribuirse derechos exclusivos sobre las creaciones intelectuales porque las ideas, decía, no pueden ser objeto de apropiaciones exclusivas como si se tratase de bienes materiales.

EEUU se mantuvo durante todo el siglo XIX al margen del sistema internacional de protección de los derechos de autor, que se consolida en el convenio de Berna de 1886, que no ratificaron. En su territorio, las obras de autores europeos no tuvieron ninguna protección.

En la Europa continental, solo Bélgica se abstuvo de reconocer los derechos de autor. Los demás países siguieron, más pronto que tarde, las doctrinas que triunfaron durante la Revolución Francesa. La proclamación de la entonces de libertad y la propiedad como los derechos y principios que guiarían toda la obra revolucionaria, llevó a que se optara por otorgar a los derechos de autor el régimen propio del derecho de propiedad. La Declaración de derechos de 1789 había proclamado la propiedad como un derecho “sagrado e inviolable”. Y a partir de estos conceptos, *Le Chapelier* había expresado de un modo impecable cuál debía ser la protección de las creaciones intelectuales: “la más sagrada y la más legítima, la más inatacable y la más personal de todas las propiedades es la obra, fruto del pensamiento de un escritor”. Así lo aseguró sin perjuicio de reconocer que “es una propiedad muy distinta de las demás”, en el sentido de que “cuando el autor entrega su obra al público, está haciendo compartir su propiedad, o más bien, se la está transmitiendo íntegramente”. Un Decreto de 19 de julio de 1793 regulaba los “derechos de propiedad de los autores” negando que, al darse al público las obras, pudieran considerarse de propiedad pública. Su artículo 1º establecía: “ Los autores de escritos de toda clase, los compositores , los pintores, los dibujantes, gozaran durante toda su vida del derecho exclusivo a vender, hacer vender, distribuir sus obras en todo el territorio de la República y ceder su propiedad en todo o en parte”. Quedaba así establecido que el derecho del autor se mantenía durante toda su vida y se prorrogaba durante algunos años en beneficio de sus herederos. El citado Decreto de 1793 completaba otro anterior, de 13 de enero de 1791, que ya había establecido que la representación de obras requería el consentimiento formal y por escrito del autor, y que transcurridos cinco años de la muerte del autor, las obras pasarían a ser de propiedad pública. Algunos años más tarde empezaría a hablarse del dominio público de las obras, e incluso del *domain public payant*, según una idea de Victor Hugo expresada en el Congreso internacional literario de 1878.

En España, aunque con antecedentes en una Real orden de 1763, la primera regulación de los derechos de autor, la llevó a cabo un Decreto de junio de 1813, tras proclamarse la libertad de imprenta por el Decreto de noviembre de 1810. Pero la primera Ley de Propiedad Intelectual propiamente dicha fue la de 10 de junio de 1847, que seguía el modelo del decreto francés de 19 de julio de 1793. Y la Ley de Propiedad Intelectual española más estable fue la aprobada el 10 de enero de 1879. Más de un siglo tuvo de vigencia, hasta ser sustituida por la Ley 22/1987, de 11 de noviembre.

La legislación de propiedad intelectual vigente hasta esa fecha se ha caracterizado por su anormal estabilidad y larguísima vigencia y por la relativa-

mente satisfactoria protección que han dispensado a los derechos de autor. Su esquema regulatorio es muy simple y no es esta buena ocasión para exponerla con detalle. Pero recuerdo lo esencial: distingue entre el derecho moral de los autores, que es perpetuo y protege el contenido de la obra para que no sea alterado sin permiso de su creador, y los derechos económicos de explotación que pueden ser cedidos a terceros mediante contrato que prevea la retribución que percibirá el autor. De estos derechos de explotación hay una parte, denominada derechos de gestión colectiva, que son irrenunciables, y se gestionan por entidades especializadas en esa tarea, como la SGAE o CEDRO. Los derechos de reproducción o distribución exclusiva tienen alguna excepciones como la copia privada, las citas o el uso de las obras en bibliotecas. En fin, los derechos del autor se mantienen durante toda su vida y se prorrogan 70 años desde su muerte.

Con esta regulación, los plagiadores habían sido mantenidos a raya, cuando eran descubiertos y denunciados, lo que seguramente ocurría un porcentaje de veces mínimo en relación con la práctica extendida de copiar sin disimulo.

Así las cosas, a partir de los años noventa del siglo pasado se produjo la gran revolución de internet que, por un lado, ha venido a facilitar y a multiplicar exponencialmente el plagio, y por otro, ha permitido que se desarrolle con enorme fuerza el fenómeno de la piratería. En España se hicieron algunas reformas puntuales de la ley de 1987, para intentar mejorar la protección de los derechos de autor, que fueron a parar a un texto refundido de las leyes existentes que se aprobó por el gobierno en 1996.

El mismo año, dada la especificidad de la distribución en un entorno digital y la facilidad de reproducción y difusión masiva de los contenidos, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual promovió la celebración de sendos Tratados Internacionales que definieron un nuevo derecho de explotación proporcionado por este medio: el derecho de puesta a disposición electrónica o interactiva. Se trata del Tratado sobre Derechos de Autor (*WIPO Copyright Treaty*) y del Tratado sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas (*WIPO Performances and Phonograms Treaty*), ambos adoptados en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

En el ámbito europeo, la *Directiva 2001/29/CE*, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, se hizo eco de las previsiones del *WIPO Copyright Treaty*, definiendo el derecho de puesta a disposición como parte del derecho de comunicación pública: "los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del

público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija" (art. 3), que es como actualmente define el art. 20.2.i) del TRLPI el "derecho de puesta a disposición" electrónica, como modalidad de la comunicación pública, tras la reforma introducida por la Ley 23/2006, de 7 de julio. La distribución no autorizada de obras a través de Internet se considera, desde esta perspectiva, una lesión del derecho de reproducción y del de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición interactiva de obras a través de redes de comunicación².

² La Comunidad Europea se hizo eco de estos asuntos en la reunión de Corfú de 24 y 25 de junio de 1996 donde el Consejo Europeo subrayó la necesidad de crear un marco jurídico general y flexible de ámbito comunitario para fomentar el desarrollo de la sociedad de la información. En 1995 la Comisión elaboró el *Libro verde sobre la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, luego completado por el *Libro verde* de 20 de noviembre de 1996. De estos textos saldrían después las Directivas concernientes a la armonización de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.

Desde entonces han sido muchísimas las comunicaciones, resoluciones e informes emitidos en la Unión Europea que abogan por la necesaria mejora de los derechos de propiedad intelectual (DPI) en el mercado único; incidiendo en el problema, dramático para la industria cultural, que supone la piratería de contenidos en el entorno digital. Entre otras, y por referirnos a los últimos paquetes: Comunicación de la Comisión de 11 de septiembre de 2009 [COM (2009) 467 final], *Mejorar el respeto de los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior*; en la que, tras destacar que Internet es una de las herramientas que más se utiliza para generar un mercado de productos ilegales que ahogan a la innovación y la creatividad, y que pone en peligro el empleo, reclama la necesidad de contribuir al respeto de los DPI mediante información exhaustiva y el intercambio de buenas prácticas (apartado 2.1); fomentar la cooperación administrativa en Europa (apartado 3) entre las distintas autoridades de defensa de los DPI, aumentando la transparencia de las estructuras y sistemas nacionales para la tutela efectiva de estos derechos; o potenciar los acuerdos voluntarios entre los interesados (como son los titulares de derechos y los intermediarios en la red). Comunicación que es acogida favorablemente por el Consejo en su posterior Resolución de 1 de marzo de 2010 (DOUE C 56/1 de 6 de marzo de 2010), destacando (apartado 19), entre otros considerando, que en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines, la piratería de bienes culturales y creativos en un entorno digital en rápido desarrollo daña la comercialización legal de los medios, dificultando la aplicación de modelos de negocio competitivos de suministro legal de contenido cultural y creativo, poniendo en entredicho la adecuada retribución de los titulares de los derechos y frenando el dinamismo de la industria cultural europea que brinda acceso a una oferta cultural legal, diversa y de alta calidad.

La Comunicación de la Comisión del año 2009, y la posterior Resolución del Consejo de 1 de marzo de 2010, son valoradas por el Parlamento Europeo en su Resolución de 22 de septiembre de 2010; pese a acoger con satisfacción las propuestas, lamenta que no se aborden o propongan medidas legislativas eficaces para paliar el fenómeno de la vulneración en línea de los DPI; que, entiende, ha alcanzado cifras preocupantes para las industrias de los contenidos creativos, con un marco normativo en el que persisten importantes lagunas y que no parece suficiente para proteger eficazmente a los titulares de derechos en Internet (Considerandos J y O). Ya en su Informe de 22 de diciembre de 2010, la Comisión procedió a efectuar una evaluación sobre la aplicación práctica de la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual [COM(2010)779 final]. Uno de los motivos de esta situación es el aumento excepcional de las oportunidades de infringir estos derechos que ofrece Internet. A la hora de concebir la Directiva, no se tuvo en cuenta este problema.

A este Informe le siguió en el tiempo la Comunicación de 24 de mayo de 2011 [COM (2011) 284 final] sobre *Un mercado único de los derechos de propiedad intelectual*. Contempla, (apartado 3.5), la necesaria intensificación de la lucha contra la piratería, proponiendo reexaminar la, hasta ahora ineficaz, Directiva 2004/48/CE, relativa al respeto de los DPI; sobre todo en lo correspondiente a su protección en el entorno digital. Fomentando, para ello, la cooperación de los intermediarios, como los proveedores de servicios de Internet. Finalmente, como recoge la Comunicación de la Comisión Europea referida a un marco coherente para aumentar la confianza en el mercado único digital del comercio electrónico y de los servicios en línea [COM (2011) 942 final. Bruselas 11.01.2012] la Europa del Internet sigue siendo un mosaico de leyes, reglas, normas y prácticas diferentes.

Además de las Directivas citadas, se han aprobado también las 2006/115/CE, 2009/24/CE, 2012/28/UE y la 2014/26/UE, y nuevas comunicaciones como la de 2015 denominada "Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor".

2. LA CULTURA DE LA GRATUIDAD. EL PIRATEO COMO PRÁCTICA GENERALIZADA

Una gran parte de los usuarios de Internet creen que todos los contenidos, cualquiera que sea su clase y procedencia, que transitan por la red son gratuitos, y si no, que deberían serlo porque el ciberespacio no puede considerarse un mercado sino el lugar de la libertad de expresión y creación sin cortapisas y condicionamientos económicos. La ideología de la gratuidad ha tenido sus teóricos, como Lawrence Lessing de la Universidad de Stanford³, , cuya obra ha tenido multitud de seguidores.

La puesta a disposición de la obra por Internet es un acto sencillo que puede realizar no solo el autor de la obra, que es titular del derecho en cada caso, sino también cualquier otra persona sin derecho alguno sobre la obra, a través, por ejemplo, de redes *peer to peer* (p2p), o mediante el redireccionamiento que realizan las webs de enlaces. En último término, los problemas de supervisión y control por parte de los reguladores se multiplican por el entorno global en el que se pueden desarrollarse las acciones ilegales de pirateo: una web pirata puede operar desde paraísos digitales sin control posible o, al menos, fuera del control de los poderes públicos de un estado. Además, las legislaciones dirigidas a evitar el pirateo y bloquear, en su caso, los mecanismos electrónicos de que se vale, no está armonizada.

Toda legislación que se adopte para la protección de los DPI se enfrenta a un medio (Internet) en constante cambio y de gran inseguridad. Por poner un ejemplo muy significativo apenas transcurrido un mes de la entrada en vigor de la *Ley Sinde* de 2011, de la que luego trataré, que trató de implantar medios suplementarios de lucha contra la piratería, ya estaba disponible en la red un recurso tecnológico para eludir su cumplimiento (el Manual de Desobediencia de la *Ley Sinde*. <http://www.intercambiosvirtuales.org/libros-manuales/manual-de-desobediencia-a-la-ley-sinde-por-hacktivistas>). Manual en el que de forma sencilla se establecen las posibilidades de burlar las medidas previstas, demostrando la ineficacia de la regulación y proponiendo nuevas vías para seguir compartiendo contenidos y archivos libremente en la red. Entre las medidas más significativas (pág. 55 del Manual) que implican el uso de diversas aplicaciones y la elección de proveedores fuera de España, se encuentran: (i) la creación de un manual de herramientas de *hacktivismo* (Tools); (ii) de una wiki con documentación sobre anonimato en Internet, tanto para usuarios como para servidores (Telecomix Crypto Munition Bureau); (iii) un proyecto para registrar las webs que están bloqueadas en todo el mundo (HerdictWeb); o (iv) un proyecto para

³ *Cultura libre. Cómo los grandes medios están usando la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad* (traducido por A. DE CÓRDOBA del original *Free Culture*) <http://cyber.law.harvard.edu/blogs/gems/ion/Culturalibre.pdf>]

la creación de servidores espejo (*mirrors*) de contenidos censurados en Internet (Streisand.me). Subterfugios tecnológicos, todos ellos, dirigidos a burlar las medidas de protección de los DPI en el entorno digital.

Según el último informe, relativo a los datos de 2015, del Observatorio de la Piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales, para España, el 87,48% de los contenidos consumidos en 2015 a través de Internet eran ilegales. Significa que en 2015 hubo 4307 millones de accesos ilegales a contenidos, por valor de 24.058 millones de euros. El 62% de los consumidores que acceden a contenidos ilegales lo justifican argumentando que “los contenidos originales son muy caros”. Destacan también la “rapidez y facilidad del acceso” (55%), o “Ya pago mi conexión a Internet” (53%), y “No pago un contenido que posiblemente luego no me guste” (47%), o “No estoy haciendo daño a nadie” y “No hay consecuencias legales para el que piratea, ya que no pasa nada”, es decir no hay ninguna sanción o es muy liviana.

La repercusión en el empleo está calculada en una pérdida de 21.672 nuevos puestos de trabajo, y pérdidas multimillonarias en concepto de IVA y cotizaciones en Seguridad Social. El montante de pérdidas para el Estado es superior a 547 millones de euros.

La protección de los derechos de propiedad intelectual se ha enfrentado, para resolver estos problemas con la cuestión principalísima de concretar quien es un pirata digital y quienes forman parte de su tripulación. Cuestión nada sencilla, teniendo en cuenta las particularidades de la tecnología de internet. Desde luego, vulnera los derechos de autor quien los usa o explota sin permiso del titular. Pero, tales acciones, para poder desarrollarse en las redes, precisan la colaboración de diferentes operadores de servicios: por ejemplo, los que permiten establecerse en la red con un sitio web, los que prestan servicios de alojamiento, los que habilitan enlaces, los que permiten transmisiones de datos, las conexiones entre terminales, etc. Además, es preciso controlar y, en su caso, intervenir, sobre los servicios de pago y sobre las empresas de publicidad que sostienen económicamente los sitios de internet que alojan y ofrecen contenidos sin licencia de los propietarios. Su colaboración es imprescindible para que tengan eficacia las medidas de control sobre esta clase de abusos.

¿En qué casos hay que exigir responsabilidad a esos prestadores de servicios porque su colaboración es indispensable para la ejecución del fraude. Esta cuestión crucial ha tenido que ser abordada por el legislador y los tribunales de modo intensivo en los últimos años, y aunque han acertado a establecer algunas soluciones estimables, a cada paso surgen nuevos retos que enfrentar como consecuencia, sobre todo de la vertiginosa mutación de los sistemas de comunicación digitales.

3. LA REACCIÓN CONTRA LA PIRATERÍA EN INTERNET EN DERECHO COMPARADO

Ante la ausencia de unas bases claras y directas para la lucha contra las descargas ilegales en Internet han sido países como EEUU (*Digital Millenium Copyright Act*) y con posterioridad Francia y Reino Unido los primeros en adoptar normas (*Ley Hadopi* y *Digital Economy Act*), más o menos originales y jurídicamente vinculantes, para la lucha contra la piratería en el entorno digital:

3.1. Notice and take down

La legislación y jurisprudencia estadounidenses han sido un referente en la protección y salvaguarda de los DPI.

La origen inmediato de la moderna normativa estadounidense se sitúa en el año 1995, con el *Libro Blanco sobre Propiedad Intelectual y la infraestructura de información nacional*. El control sobre las vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual en las redes se centraba en los proveedores de servicios de acceso a Internet. Esta orientación se justificaba porque los servidores son más fáciles de localizar y de perseguir que los usuarios individuales. La inicial posición del *Libro Blanco* fue desactivada por las campañas emprendidas por un *lobby* que representaba a los proveedores de Internet (la denominada *Ad Hoc Copyright Coalition*). Consiguieron a través de los “Tratados de Internet” de la OMPI sobre derechos de autor y sobre derechos conexos, del año 1996, que se les eximiera de cualquier responsabilidad directa por infracciones a los DPI cometidas en Internet.

El 28 de octubre de 1998, y a efectos de incorporar los Tratados OMPI a la legislación estadounidense se adoptó por el Gobierno Clinton la *Digital Millenium Copyright Act (DMCA)*. La DMCA consta de cinco títulos; y por lo que ahora interesa, el primero incorpora los Tratados OMPI del año 1996, modificando la antigua Copyright Act, e introduce un nuevo Capítulo 12 sobre medidas de protección tecnológicas y sistemas de información. En segundo lugar, la DMCA regula la limitación de la responsabilidad de los servidores de Internet, a través de los denominados *safe harbors* (puertos seguros), de tal forma que la mera transmisión de contenidos, su almacenamiento en sistemas o redes, y el uso de sistemas de localización no genera responsabilidad ni obligación legal de indemnizar por infracciones de DPI (nueva sección 512 de la Copyright Act introducido por la DMCA). En todo caso, como condiciones específicas que deben reunir los puertos seguros, se establecen las siguientes: 1) que la transmisión de los contenidos que vulneran DPI haya sido iniciada por el infractor (no por el servidor); 2) que las operaciones de mera transmisión se lleven a cabo a través de procesos automatizados (de forma que el servidor no seleccione el material ni modifique su contenido); 3) que el servidor no seleccione

al receptor de la información; 4) y que el servidor no almacene copia alguna del contenido que vulnera los DPI por más tiempo del razonablemente necesario para la transmisión (de manera que no pueda ser accesible por un tercero distinto del receptor). Por lo que a los sistemas de localización de contenidos que vulneran DPI se refiere, la DMCA *requiere como condiciones que no exista conocimiento por parte del servidor de que se produce una vulneración de derechos, y si el servidor tiene medios y capacidad para controlar la actividad infractora que no reciba ningún beneficio económico.*

Por otro lado, la DMCA establece un sistema completo (Sección 512) de detección y retirada de contenidos infractores (*notice and take down*) para hacer posible que los titulares de derechos identifiquen las infracciones y sean notificadas a los servidores para su retirada o acceso. Establece la DMCA sobre este procedimiento lo siguiente:

- 1º. En primer lugar, el proveedor de servicios de Internet ha de designar un agente como persona responsable de recibir las notificaciones relativas a la existencia de contenidos infractores. Los datos de este agente, que ha de estar inscrito en la Oficina del Copyright y pagar las tasas correspondientes, deberán ser publicados en la página web del proveedor de servicios.
- 2º. Para que una notificación de una infracción de los DPI sea válida deberá cumplir los siguientes requisitos:
 - Incluir firma manuscrita o digital de la persona autorizada para actuar en representación del titular de los derechos de autor. Igualmente, aportar dirección, número de teléfono, dirección de correo electrónico y otros datos de contacto de la parte notificante.
 - Descripción del contenido u obra protegida por el copyright cuyos derechos habrían sido vulnerados; incluyendo la localización electrónica donde se encuentre de la obra o copia de la misma.
 - Identificación de la URL del sitio web, u otra localización, donde se encuentre el contenido infractor.
 - Realizar el notificante una declaración responsable en la que se comunique que, de buena fe, cree que el uso que se denuncia no está autorizado y vulnera los DPI. Además de declarar que la notificación realizada es correcta y que el notificante es el titular de los derechos o representante autorizado.
- 3º. Al recibir la notificación (formalmente correcta) el proveedor de servicios de Internet debe retirar o bloquear, expeditivamente, el acceso al material descrito en la misma. En el régimen establecido

por la DMCA, un proveedor de servicios que, de buena fe, retira o bloquea el acceso al contenido infractora está exento de cualquier tipo de responsabilidad.

- 4º. Finalmente establece la DMCA que una vez que el contenido infractor ha sido bloqueado o retirado, el proveedor de servicios debe notificárselo, inmediatamente, al usuario que lo introdujo. Este último está facultado para remitir al proveedor una contranotificación (cumpliendo requisitos similares a los de la notificación) declarando que la retirada o bloqueo de los contenidos ha sido fruto de un error o confusión sobre el material o su licitud. Si la contranotificación cumple con los requisitos establecidos para mantener al proveedor de servicios exento de responsabilidad por la retirada, éste ha de proceder a remitir una copia de la misma al notificante, informando al mismo que el proveedor de servicios procederá a restaurar el material retirado en el plazo máximo de catorce días hábiles desde la fecha de recepción de la contra-notificación; a menos que el titular del derecho supuestamente infringido presente una demanda judicial para obtener la retirada o bloqueo de los contenidos (*restraining order*).

Con este sistema el proveedor de servicios, que cumpla con todos los requisitos anteriores, evitará la responsabilidad derivada tanto de su indirecta participación de medios en la infracción de DPI, como de la derivada de las lesiones generadas por la retirada injustificada de un material lícito colocado en Internet por el propio titular de los derechos o por persona para ello autorizada. Y el titular de los derechos, con el procedimiento de *notice and take down*, no necesita acudir, por lo general, a la vía judicial para obtener que el proveedor de servicios retire o bloquee el acceso a los contenidos infractores.

Los ISP no son responsables, en principio, por el contenido que transmiten a través de la red, pero cuando tienen conocimiento de un posible contenido ilícito, deben suprimir el material infractor de la red, o bloquear el acceso a dicho contenido, presuntamente ilegal. Esta clase de enunciados ha tenido que ser más concretado y definido por la jurisprudencia, que se ha ocupado de determinar con más precisión los supuestos en que algunos proveedores de servicios incurrir en responsabilidad aunque no hayan sido los que han almacenado material ilegal. En este sentido, han sido muy comentadas las sentencias dictadas en los asuntos *Napster* y *Grokster*.

La primera, *Napster*, analiza la denuncia formulada por compañías productoras y discográficas, porque ofrecía un servicio de intercambio de archivos de música. Constituía un servicio entre particulares (*peer-to-peer*), en el que los ficheros de música eran indexados en los servidores de Napster, permitiendo que los usuarios fueran dirigidos hacia los ficheros de su interés. El juez de

instancia paralizó las actividades de Napster y su decisión fue posteriormente confirmada por la Corte de Apelación de San Francisco (Resolución de 12 de febrero de 2001). El caso permitió a la justicia establecer que un sistema centralizado de intercambio de archivos como el enjuiciado contravenía las disposiciones DMCA; no estaba amparado por la doctrina del *fair use*⁴ y la compañía era responsable indirecta de la infracción.

El Tribunal Supremo (*Resolución N° 0480, 27 de junio de 2005*) de los Estados Unidos, en el asunto *Grokster y Streamcast*, hizo una declaración complementaria de enorme trascendencia sobre la responsabilidad de los operadores de servicios de Internet, afirmando que “*quien distribuye un dispositivo con el objetivo de promover su uso para infringir derechos de autor... es responsable de los resultantes actos de infracción por parte de terceros*” (el Juez Souter escribió la opinión de la mayoría). Robert Levine⁵ ha subrayado que esta Sentencia da la clave para actuar frente a las empresas de servicios en Internet como responsables de “la inducción a la infracción” si se dan una serie de condiciones como: promover usos ilegales de un producto, no hacer nada para reducir esos usos, o depender de ellos para obtener beneficios. Para estar protegidos por la DMCA los prestadores de servicios en la red no pueden obtener un beneficio económico directamente atribuible a la actividad económica, o tener conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad infractora es evidente.

Ofrece, pues, el Tribunal Supremo de los EEUU una vía de protección de los DPI mediante la responsabilidad indirecta (*vicarious liability*) de aquéllos que con su actividad induzcan, fomenten o inciten su vulneración⁶.

EEUU se planteó en el año 2011 reformar las medidas de protección de los DPI actuando contra los sitios web pirata de cualquier parte del mundo. En este sentido, se desarrollaron dos iniciativas legislativas, la *Stop On Line Piracy Act (SOPA)* y la *Protect IP Act (PIPA)*, que tenían como objetivo declarado el bloqueo de los sitios web que ofrezcan contenidos ilícitos protegidos por los DPI, la eliminación de enlaces en los buscadores a contenidos ilegales y fuertes sanciones a quienes mantengan relaciones comerciales o publicitarias con los mismos.

Estas Leyes, sin embargo, no contaban con el respaldo suficiente de la Administración Obama que se ha alineado con aquéllos que, bajo el paraguas

⁴ Para la significación de esta doctrina y sus aplicaciones en Internet, remito a mi libro *La regulación de la red. Poder y derecho en Internet*, Madrid, Taurus, 2000.

⁵ En su obra *Parásitos. Cómo los oportunistas digitales están destruyendo el negocio de la cultura*, Ariel. 1ª edición febrero 2013:81 y ss.

⁶ Siguiendo la doctrina de la “inducción” de la Sentencia *Grokster*, la *Motion Picture Association of America (MPAA)* demandó en el año 2011 a *Hotfile.com*, servicio de alojamiento online que paga a las personas que suben archivos entre 2 y 15 dólares por cada mil descargas de su material; siendo el método más fácil para generar las suficientes descargas que permitan ganar dinero subir películas o álbumes musicales populares (*Parásitos. Op.cit.*:205 y ss). En efecto, si bien la piratería depende en gran medida de las redes *peer to peer* de intercambio de archivos, se va desplazando a otras webs como *Megavideo*, servicios de alojamiento *online* como *Hotfile* y listas de enlaces que dirigen a los internautas hacia ambos sistemas.

del dinamismo y la innovación en Internet o la libertad de expresión, se oponen a cualquier intervención administrativa y/o judicial para la debida salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. Por lo que la discusión de estas medidas⁷, y su eventual aprobación, fue aplazada *sine die* a comienzos del año 2012.

En esta misma línea, las denominadas “*Ad Networks*” (empresas proveedoras en la red) como *Google*, *AOL*, *Microsoft* y *Yahoo* llegaron el 15 de julio de 2013 a un acuerdo de buenas prácticas con importantes empresas del sector publicitario y del marketing digital (*24/7 Media*, *Adtegrity* o *SpotXchange*) y con la mayor asociación mundial de publicidad (IAB) para luchar contra las webs que albergan contenidos ilegales, comprometiéndose a reducir, y cortar en la medida de lo posible, el flujo publicitario de las webs dedicadas a las descargas de contenidos, sin los necesarios derechos, y a la venta de objetos falsificados. Tal y como publicó la Casa Blanca en una nota de prensa (<http://www.whitehouse.gov/blog/2013/07/15/coming-together-combat-online-piracy-and-counterfeiting>).

3.2. Autoridades administrativas de supervisión e intervención

Francia ha sido el primer país europeo en poner en práctica un dispositivo completo de sanciones para combatir las descargas en Internet: la denominada Ley “*Hadopi*” que recoge las principales recomendaciones del Informe *Olivennes* presentado en el noviembre de 2007 para la lucha contra la descarga ilegal de música⁸ y/o películas en Internet.

La Alta Autoridad para la difusión de obras y la protección de los derechos en Internet (*Hadopi-Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet*) es una autoridad pública independiente (Artículo L331-12 del Código Francés de la Propiedad Intelectual) con personalidad jurídica, que tiene como funciones (artículo L331-13 CPI) las de: estimular el desarrollo de la oferta legal y observar la utilización lícita e ilícita en Internet de obras protegidas por el derecho de autor y derechos conexos en las redes de comunicación electrónicas utilizadas para la prestación de servicios de comunicación al público online. Proteger las obras contra la vulneración de derechos de autor en Internet. Regular el uso de medidas técnicas de protección y de identificación de obras protegidas por el derecho de autor y derechos conexos.

Hadopi está compuesta por dos establecimientos: 1) Un Colegio formado de nueve miembros elegidos, por un periodo de seis años, por las prin-

⁷ (http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/01/18/actualidad/1326918375_255903.html).

⁸ (<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/rapportolivennes231107.pdf>).

cipales instituciones del país (un miembro del Consejo de Estado, un magistrado del Tribunal de Casación, un magistrado del Tribunal de Cuentas, un miembro del Consejo Superior de la Propiedad Literaria y Artística, tres miembros cualificados designados por los Ministerios del ramo, y dos miembros cualificados designados por el presidente de la Asamblea Nacional y por el presidente del Senado). 2) Una Comisión de Protección de Derechos formada por tres miembros y por un mismo periodo de seis años (designados por el Consejo de Estado, el Tribunal de Casación y el Tribunal de Cuentas), y que tiene la responsabilidad de implementar y ejecutar el proceso de advertencia a los usuarios de Internet que estén siendo utilizando el acceso para la vulneración de los derechos de autor. Procedimiento que se denomina respuesta gradual (*réponse graduée*) y que, en su última fase, puede acarrear el corte al usuario infractor del acceso a Internet.

La Ley prevé la asistencia en la identificación de infracciones, en el seguimiento de direcciones de IP que hayan realizado descargas ilegales y en el procedimiento de avisos previos a la suspensión (por la jurisdicción penal) del acceso a Internet, de agentes públicos habilitados que pueden obtener “cualquier documento, sea cual sea su soporte...” En particular están habilitados para exigir la identidad, la dirección postal, y la de correo electrónico y los datos telefónicos del titular del abono utilizado con el fin de reproducir, representar, poner a disposición o comunicar al público obras u objetos protegidos, sin la autorización de los titulares de los derechos...”.

Sus principales acciones no se dirigen contra los prestadores de servicios de la sociedad de la información, sino contra los usuarios que descargan y/o comparten contenidos protegidos por DPI sin autorización.

Las medidas previstas en el Código Francés de la Propiedad Intelectual, y la intervención de *Hadopi*, han producido resultados estimables⁹: la mayoría de los usuarios detienen su actividad de descarga ilegal en las dos primeras etapas o avisos del procedimiento administrativo (correo electrónico de advertencia y carta certificada), no siendo necesario acudir ante la jurisdicción para la suspensión del servicio de Internet¹⁰.

⁹ EDWIN YESSID BERNAL, *La Protección jurídica de la propiedad literaria y artística en Internet: Modelo francés, Leyes Hadopi*, 8 de septiembre de 2012.

¹⁰ Entre las Sentencias que más repercusión han tenido en Francia en los últimos años, contra las infracciones *online* a los DPI, se encuentran: la de 22 de marzo de 2011 dictada por el Tribunal de Apelación de París contra los creadores del sitio *Radioblog* (confirmada por el Tribunal de Casación mediante Sentencia de 25 de septiembre de 2012). Esta resolución aplica al caso las previsiones del artículo L. 335-2-1 del Código francés de la Propiedad Intelectual que permite actuar contra aquellos que pongan a disposición de los usuarios un software para permitir la comisión de infracciones contra los DPI. *Radioblog* no era otra cosa que un sitio de música en *streaming* que llegó a tener 800.000 visitantes por día. Sus responsables fueron condenados a nueve meses de prisión y una multa de 10.000 €.

De fecha posterior, y no menos relevante, ha sido la Sentencia dictada igualmente por el Tribunal de Apelación de París en el Asunto WIZZGO (Sentencia de 14 de diciembre de 2011). En esta ocasión el Tribunal francés, confirmando la resolución de instancia, rechaza que la sociedad Wizzgo al poner a disposición del público un sistema de com-

No son pocos, sin embargo, los detractores de *Hadopi* (Internautas y proveedores en la red) que defienden la libertad en Internet, la innovación, la privacidad y la libertad de expresión como derechos que deben prevalecer sobre el derecho a la propiedad intelectual. En este contexto el Presidente de la República Francesa, François Hollande, encargó a Pierre Lescure (ex Presidente de Canal+) la redacción de Informe que bajo el título de “*Contribución a las políticas culturales en la era digital*” fue presentado el mes de mayo de 2013)¹¹.

En el Reino Unido fue aprobada en marzo de 2010, en términos similares al sistema de avisos *Hadopi*, la *Digital Economy Act (DEA)* para luchar contra la piratería de creaciones y contenidos en Internet. Al igual que el sis-

putación online que permitía la carga, en el ordenador del usuario del servicio, de los programas de 18 cadenas nacionales de televisión pudiese beneficiarse de las excepciones de copia transitoria (prevista en el derecho francés) y de copia privada; y declaró la comisión por parte de Wizzgo de actos de piratería al reproducir y comunicar al público, sin autorización, programas producidos y difundidos por las sociedades del grupo M6, del grupo TF1, las sociedades NT1 y Panorama. En línea con lo sostenido, como ya se ha expuesto, por la Sentencia del Tribunal Supremo de los EEUU seis años antes (Caso MGM vs Grokster) que esbozó la doctrina de la “inducción” y vulneración de los derechos de autor por parte de aquellos servicios de computación en Internet que permiten transmitir archivos digitales que contienen música, películas, programas de televisión,...etc.

Igualmente el Tribunal de Casación (resolución de 12 de julio de 2012) hizo uso en el asunto SNEP c/ Google France de las previsiones contenidas en el artículo L.336-2 del CPI francés (“en présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des sociétés de perception et de répartition des droits visées à l'article L. 321-1 ou des organismes de défense professionnelle visés à l'article L. 331-1, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier”); considerando que la asociación automática de palabras clave referidas a nombres de artistas o títulos de canciones o álbumes con webs piratas (Torrent, MegaUpload o Rapidshare), a través del servicio Google Suggest, ofrecía los medios para vulnerar los derechos de autor y conexos, y que la supresión de esta asociación podía contribuir a prevenir o cesar las vulneraciones a los DPI.

¹¹ (<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Actualites/Missions-et-rapports/Rapport-de-la-Mission-Acte-II-de-l-exception-culturelle-Contribution-aux-politiques-culturelles-a-l-ere-numerique>).

Entre las propuestas más significativas cabe destacar las siguientes:

- *Reorientar la lucha contra la piratería hacia las infracciones lucrativas* (pág. 30 y ss. del Informe). Se llega a proponer la “legalización” de los intercambios sin ánimo de lucro; lo que reconoce presenta grandes dificultades jurídicas, económicas y prácticas; y, centrar, al contrario, las acciones sobre los sitios infractores que se lucran de las vulneraciones a los DPI.

- Defiende el sistema de “respuesta gradual” dirigido al Internauta realizada por *Hadopi*, calificando de excesivas las críticas al sistema y reafirmando que el coste, directo e indirecto, de la respuesta gradual es proporcionado para la defensa de los intereses patrimoniales y morales que se defienden. Incide en la eficacia que vienen teniendo las intervenciones de *Hadopi*, derivadas de los avisos dirigidos a unos usuarios de Internet que, en la gran mayoría de los casos, han cesado en la realización de descargas ilegales a través de redes P2P.

- Propone mantener el sistema, centrándose en el carácter pedagógico y disuasorio del mismo, sin perjuicio de reducir las sanciones a los usuarios que considera desproporcionadas. En este sentido plantea suprimir la sanción complementaria de suspensión del servicio de acceso a Internet y reducir las sanciones pecuniarias a una suma fija de 60 €. La primera de estas propuestas ha sido acogida mediante el *Decreto núm. 2013-596, de 8 de julio de 2013* (JORF núm. 157 de 9 de julio página 11428) por el que se suprime el apartado III del artículo R 335-5 (parte reglamentaria) del Código francés de la Propiedad Intelectual.

- Por lo que se refiere específicamente la lucha contra la piratería comercial online (pág. 385 y ss. del Informe); reconoce LESCURE que para algunos sitios de Internet la vulneración de los DPI constituye una actividad industrial y una fuente importante de beneficios, por lo que propone dirigir fundamentalmente las acciones frente a los autores y/o editores de sitios piratas (de *streaming* o descarga directa) cuya actividad principal es la infracción de los derechos de autor y que ejercen un control sobre los contenidos puestos a disposición en la red. Reclama, a estos efectos, la implicación de los servicios de intermediación en Internet (páginas de alojamiento, motores de búsqueda, servicios de pago y de publicidad, prestadores de servicios de acceso a la red,...) como medida indispensable para la eficacia de toda medida que se adopte. Lo que ya permite la legislación francesa actual (Ley para la confianza en la economía digital- LCEN- artículo 6.1.8- y el CPI en su artículo L.336-2) y la Directiva comunitaria sobre comercio electrónico.

tema francés basado en el criterio de los tres avisos, la nueva legislación británica se centra en establecer ciertos mecanismos tendentes a hacer posible la limitación o supresión de la prestación de servicios de acceso a Internet a los clientes de las empresas proveedores de acceso que infrinjan derechos de propiedad intelectual, al tiempo que contempla también la posibilidad de que los tribunales adopten medidas para bloquear sitios de Internet a través de los que se infringen tales derechos.

La *Digital Economy Act* considera que los titulares de derechos de autor pueden inicialmente elaborar informes sobre la infracción de derechos de autor por los usuarios de servicios de acceso a Internet. Una vez que el proveedor de acceso recibe ese informe se le impone, en primer lugar, la obligación de notificarlo a su cliente. Esta ley prevé la desconexión de los usuarios que descarguen de forma continuada archivos con derechos de autor. Primero se realizará una serie de avisos para luego cortar la conexión a internet e incluso multas que pueden llegar hasta 56.000 €. También se contempla el cierre de páginas web que ofrezcan enlaces ilegales a contenidos con derechos de autor. Además los proveedores de servicios de Internet tienen que vigilar a sus usuarios para detectar si descargan archivos protegidos y, en caso de que sea así, avisar al titular de los mismos. Si un proveedor se niega a cumplir estas normas se le puede llegar a imponer una multa de hasta 280.000 €¹².

4. LAS MEDIDAS PARA LA LUCHA CONTRA LA PIRATERÍA EN INTERNET EN ESPAÑA: LAS INNOVACIONES APORTADAS POR LA LEY SINDE Y SU INEFICACIA

La disposición final 43^a de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, enseguida llamada, por el apellido de la ministra promotora de la reforma, “ley Sinde”, introdujo una serie de modificaciones legales para implantar un sistema de tutela de los derechos de propiedad intelectual en Internet. Hasta ese momento, las garantías de los derechos en España estaban mayor-

¹² Cabe destacar por su importancia la decisión de la *High Court of Justice* británica (*Chancery Division*) de 28 de julio de 2011 en el Asunto *Twentieth Century Fox Film Corp v British Telecommunications PLC* (puede leerse la resolución completa, de gran interés, en el siguiente enlace: <http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Judgments/twentieth-century-fox-film-corp-others-v-bt.pdf>). En este asunto el Alto Tribunal británico falló a favor de los seis principales estudios cinematográficos de los EEUU (Twentieth Century, Universal, Warner Bros, Paramount, Disney y Columbia Picture) imponiendo al proveedor de acceso a Internet más importante en el Reino Unido (*BT Plc*) medidas de bloqueo a todas las direcciones IP y URLs desde las que se podía acceder a los sitios webs Newzbin/Newzbin2 en los que se vulneraban los DPI de los estudios cinematográficos.

O, igualmente, la Sentencia de la *Court of Appeal (Civil Division)*, de 6 de marzo de 2012 que en el Asunto *British Telecommunications Plc. Y TalkTalk Telecom Group Plc. contra Secretary of State for Culture*, avaló la regulación que para la tutela de los derechos de la propiedad intelectual contiene la *Digital Economy Act*; siendo compatible con las normativa comunitaria limitar los derechos que en relación con los datos de tráfico establece el art. 6 de la *Directiva 2002/58/CE*, cuando la limitación constituya una medida proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para proteger la propiedad intelectual.

mente judicializadas en cuanto que correspondía a la jurisdicción civil o a la penal la defensa de los titulares de los derechos o la punición de los contraveniente. La *Ley Sinde* se abre más francamente a las vías promocionadas por la legislación comparada que acabamos de mencionar, aunque con franca inseguridad y excesivos formalismos.

Se modifica el TRLPI atribuyendo al Ministerio de Cultura (Disposición Adicional Quinta) las facultades para velar “por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información en los términos previstos en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”. Modificando, a su vez, el artículo 158 TRLI, creando en su apartado 4º una Sección Segunda en la Comisión de Propiedad Intelectual a la que confiere las facultades para la salvaguarda de los DPI frente a su vulneración por los responsables de los servicios de la sociedad de la información¹³. En concreto, este era el procedimiento:

“...Corresponde a la Sección Segunda, que actuará conforme a los principios de objetividad y proporcionalidad, el ejercicio de las funciones previstas en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información.

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

¹³ La Sección, bajo la presidencia del Subsecretario del Ministerio de Cultura o persona en la que éste delegue, se compondrá de un vocal del Ministerio de Cultura, un vocal del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, un vocal del Ministerio de Economía y Hacienda y un vocal del Ministerio de la Presidencia.

Reglamentariamente se determinará el funcionamiento de la Sección y el procedimiento para el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. El procedimiento para el restablecimiento de la legalidad, que se iniciará siempre a instancia del titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideran vulnerados o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio y en el que serán de aplicación los derechos de defensa previstos en el artículo 135 de la Ley 30/1992, estará basado en los principios de celeridad, proporcionalidad y demás previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido tendrá efectos desestimatorios de la solicitud. Las resoluciones dictadas por la Comisión en este procedimiento ponen fin a la vía administrativa.

En coherencia con lo anterior, se modifica la LJCA atribuyendo, a través del artículo 9.2, la competencia para autorizar el requerimiento de información a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, sobre los datos de los infractores, a los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo; así como para adoptar las medidas de retirada de contenidos o interrupción de servicios (“Corresponderá a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, la autorización a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002 así como autorizar la ejecución de los actos adoptados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulnere la propiedad intelectual, en aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”).

La regulación de la Comisión de Propiedad Intelectual por la legislación comentada fue impugnada ante el Tribunal Supremo que confirmó, en sus Sentencias de 31 de mayo de 2013, la legalidad del Real Decreto 1889/ 2011.

Antes 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. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La Comisión en el plazo máximo de tres días dictará resolución. La retirada voluntaria de los contenidos pondrá fin al procedimiento. En todo caso, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes.

El procedimiento ideado por la Ley Sinde toma elementos de la regulación de la *Digital Millenium Copyright Act*, y del sistema HADOPI, pero manifiestamente los empeora. La regulación española pierde inmediatez y agilidad y enzarza a los perjudicados por violaciones de derechos de autor en un procedimiento lento, lleno de prevenciones y burocratizado, en el la acción depende mucho de la capacidad de respuesta de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Todos los operadores se quejaron enseguida de que esta no había sido dotada de los medios necesarios y, además, que la regulación no resolvía el problema de la responsabilidad de las página de enlaces, que eran el vehículo más usado por los piratas.

La cuestión de la responsabilidad de las páginas de enlaces había sido, como acabamos de ver, tanto en EEUU como en Francia, crucial en la lucha contra la piratería digital, pero en España los lobbies constituidos para defender los intereses de los grandes buscadores habían conseguido mantener su absoluta exención, considerando que su posición es neutral, que ayudan a encontrar páginas pero ellos no las crean ni se lucran de la eventual ilegalidad en que incurrían.

Estos argumentos de la neutralidad, la no concurrencia de inducción a la utilización de contenidos que vulneran la propiedad intelectual, el desconocimiento por el operador de las webs de enlaces de las infracciones en que incurrían las página que se consultan por terceros, o la rápida retirada de los contenidos en cuanto tienen noticia de la concurrencia de alguna ilegalidad, son las causas más habituales que maneja la legislación y la jurisprudencia para declarar la exención de responsabilidad. Así quedó establecido también en la

Ley 34/ 2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico¹⁴.

La jurisprudencia comunitaria producida en relación con la Directiva 2001/29, ha insistido en que el concepto de comunicación al público, a efectos de determinar la responsabilidad de los operadores de servicios, debe interpretarse en un sentido amplio. Por ejemplo, la *STJUE de 7 de marzo de 2013 (Asunto TVCatchup Ltd. C-607/11)* en su apartado 20, establece: “la Directiva 2001/29 tiene como principal objetivo la instauración de un nivel elevado de

¹⁴ La Ley de 2002 mencionada, modificada en 2007 y en 2014, regula la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información en los siguientes términos:

Artículo 15. *Responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios.*

Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si:

a) No modifican la información.

b) Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita.

c) Respetan las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información.

d) No interfieren en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y e) Retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de:

1.º Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente.

2.º Que se ha imposibilitado el acceso a ella, o 3.º Que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

Artículo 16. *Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.*

1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.

Artículo 17. *Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.*

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

protección en favor de los autores, que les permita recibir una compensación adecuada por la utilización de sus obras, en particular con motivo de su comunicación al público. De ello se desprende que *el concepto de comunicación al público debe entenderse en un sentido amplio*, como por otra parte establece expresamente el vigesimotercer considerando de dicha Directiva (sentencias SGAE de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League* y otros, C 403/08 y C 429/08, Rec. p. I 0000, apartado 186)". Esta interpretación (STJUE de 7 de diciembre de 2006.- Asunto MP: J. Malenovsky – C-306/05) resulta, por otra parte, indispensable para la consecución del objetivo principal de la Directiva, que se concreta "en lograr un elevado nivel de protección en favor, entre otros, de los autores, con el fin de que éstos puedan recibir una compensación adecuada por el uso de su obra, y concretamente, en el caso de su comunicación al público".

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostiene ordinariamente que incurren en responsabilidad los prestadores de servicios en la red que facilitan la vulneración de los derechos de propiedad intelectual. Entre otras, Sentencias de 13 de febrero de 2014 (*Asunto C-466/12 Svensson*) y de 27 de marzo de 2014 (*Asunto C-314/12 UPC Telekabel Wien*). En la primera de ellas el tribunal comunitario consideró que "el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de 'puesta a disposición' y, en consecuencia, 'acto de comunicación' en el sentido de la referida disposición" (apartado 20). En *Svensson* sostiene el Tribunal que el enlace a una página cuyos contenidos han sido puestos a disposición del público lícitamente, aunque se trate de un *deep link*, es legítima y no puede exigirse responsabilidad al operador de la web de enlaces. Lo contrario sucede si la página enlazada es ilegal y concurren las demás circunstancias indicadas que son determinantes de la responsabilidad del operador.

En su posterior Sentencia de 27 de marzo de 2014, el TJUE además de aclarar que el término "intermediario" designa, de conformidad con la Directiva 2001/29 sobre derechos de autor y derechos afines, a "cualquier persona que transmita por la red la infracción contra la obra o prestación protegidas cometida por un tercero" (apartado 30), considera que todo proveedor de acceso a Internet "que permite a sus clientes acceder a prestaciones protegidas puestas a disposición del público en Internet por un tercero, es un intermediario a cuyos servicios se recurre para infringir derechos de autor o derechos afines a los de autor" (apartado 32). Lo anterior, sin necesidad de que exista un vínculo contractual entre el proveedor de acceso a Internet y quien ha cometido la infracción poniendo a disposición obras protegidas (apartado 34) y sin necesidad de demostrar que los clientes del proveedor de acceso a Internet hayan accedido efectivamente, en el sitio web, a las prestaciones y obras protegidas puestas a disposición sin consentimiento (apartado 36, entre otros). De tal forma que como recuerda el TJUE en su Sentencia de 23 de marzo de 2010 (Asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08. *Google France y Google Inc. Con-*

tra Louis Vuitton) las exenciones de responsabilidad sólo se deben aplicar “a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza ‘meramente técnica, automática y pasiva’, lo que implica que el prestador ‘no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada’ (apartado 113).

Esta doctrina ha sido confirmada por la STJUE, de 8 de septiembre de 2016 [Asunto C-160/15. *GS Media BV/ Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*] que declara ilegales los enlaces a copias privadas con ánimo de lucro y con conocimiento razonable del carácter ilegal de la publicación. Igualmente el TJUE considera en esta sentencia que sí hay un acto de comunicación pública cuando el hipervínculo permita eludir las medidas de protección adoptadas por el sitio donde se encuentra la obra.

La anterior doctrina del TJUE viene siendo aplicada con rotundidad por nuestros Tribunales en los últimos años. Así, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2014, dictada en el recurso 302/2013 – Asunto *Elitetorrent* (videojuegos); Sentencia de 17 de noviembre de 2014, recurso 54/2013 – Asunto *Goear* (obras musicales); y Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de noviembre de 2014, recurso 345/2013 – Asunto *Multiestrenos* (obras cinematográficas)] la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, confirmó las Resoluciones dictadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual sobre salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en la red, aplicando al caso la doctrina del TJUE (Asunto *Svensson*) e incluso las previsiones de la Ley 21/2014 de modificación del TRLPI que se encontraba pendiente de entrar en vigor¹⁵.

¹⁵ Establece la primera de estas Sentencias (Asunto *Elitetorrent*) que el responsable de la página web infractora “tiene un rol activo que implica crear o, al menos, controlar la creación de las páginas especificadas dedicadas a cada obra, y una actividad de selección, ordenación e indexación de los instrumentos de acceso y localización específicos que facilitan el acceso a las obras. Lo que hace el actor en su página de internet es elaborar un directorio específico destinado a facilitar las descargas de videojuegos objeto del presente procedimiento accesibles a redes P2P”. Y ya con posterioridad (FJ Séptimo), en línea con el contenido y sentido de la STJUE de 13 de febrero de 2014 (asunto *Svensson*) concluye que la actividad desarrollada por el responsable de www.elitetorrent.net <<http://www.elitetorrent.net>> constituye un acto de comunicación pública, no autorizado, que no fue tomado en consideración por los titulares de derechos de autor. Siendo responsable el gestor de la web al tener “un control de los instrumentos específicos de localización de contenidos facilitados en su página web, incluidos Torrents, que permiten el acceso a las obras cuestionadas”. Posición que refrenda la Sección en su posterior Sentencia de 26 de noviembre de 2014 (Asunto *Goear*) confirmando la responsabilidad de los administradores de la web (FJ Quinto) al ordenar y categorizar los contenidos a través de una base de datos que no se nutre en exclusiva de la información facilitada por los usuarios, al requerir un sistema de etiquetas o *tags* creados por los programadores que revelan que “la intervención del titular de la web no es meramente técnica sino que desarrolla un papel proactivo”; acogiendo, igualmente (FJ Sexto) la doctrina *Svensson*. Y ya por último, en la reciente Sentencia de 26 de noviembre de 2014 (Asunto *Multiestrenos*) la Audiencia Nacional volvió a confirmar, tomando como referencia la doctrina del TJUE que la sociedad gestora de la www.multiestrenos.com <<http://www.multiestrenos.com>> era responsable de la infracción de derechos de propiedad intelectual sobre obras cinematográficas, al tener “un rol activo que implica crear o, al menos, controlar la creación de las páginas especificadas dedicadas a cada obra, y una actividad de selección, ordenación e indexación de los instrumentos de acceso y localización específicos que facilitan el acceso a las obras. Lo que hace la sociedad actora en su página de internet es elaborar un directorio específico destinado a facilitar las descargas de las películas objeto de los procedimientos accesibles a redes P2P”.

5. LAS REFORMAS DE 2014

La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual se había hecho necesaria para aclarar conceptos oscuros de nuestra legislación, regular mejor el concepto de *puesta a disposición*, precisar los supuestos de infracción de los derechos de propiedad intelectual, entre otras razones, para ajustarla a las interpretaciones asentadas en la jurisprudencia y normas comunitarias sobre la responsabilidad de los servicios de búsqueda y enlace. Pero también, quizá sobre todo, por la ineficacia demostrada por la Comisión de Propiedad Intelectual y la inutilidad de sus acciones, tardías e insuficientemente contundentes. Además, la regulación de los delitos contra la propiedad intelectual también incurría en la misma falta de precisión sobre los prestadores de servicios que deben considerarse responsables.

El artículo 138 de la Ley de Propiedad Intelectual, tras la modificación de 2014, contempla entre los responsables contra los que se pueden adoptar medidas, incluso cautelares urgentes a “*quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor...*” La nueva regulación es, sin duda, más precisa respecto de los sujetos responsables.

Otra cosa distinta es que los medios para actuar contra ellos hayan mejorado sensiblemente. Se mantienen, desde luego, las vías judiciales, civiles y penales, que se pueden utilizar contra los infractores. Las penales con definiciones de la conducta típica más afinadas y acordes con la evolución de la legislación comparada y la jurisprudencia europea¹⁶.

En esta misma línea se pronunció la Sección 2ª de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 5 de febrero de 2016, confirmada recientemente por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de diciembre de 2016 (Asunto *Youkiosque*). A través de la referida web se permitía acceder ilegalmente, desde cualquier dispositivo electrónico-informático, a más de 17.000 libros y publicaciones de diversos países sin la debida autorización de los titulares de derechos, consiguiendo los acusados importantes cantidades de dinero a través de la publicidad existente en la página; y a quienes se condena, aplicando la doctrina del TJUE comentada, por un delito contra la propiedad intelectual y otro delito de organización criminal. ¹⁶ La reforma del Código Penal de 1995 llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 3º de marzo, artículos 270 a 272, también han reforzado la represión de las conductas infractoras, teniendo especial consideración por las páginas de enlaces. Los tres primeros apartados del artículo 270 establecen:

1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

2. La misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios.

La regulación de las intervenciones de naturaleza administrativa, a cargo de la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual, no ha mejorado francamente. Más bien, en opinión de los analistas de la reforma, ha empeorado en relación con la *Ley Sinde*¹⁷. Es lamentable realmente esta falta de confianza en los remedios administrativos del tipo *Digital Milenium* o *Hadopi*, cuando está probado que las vías judiciales tradicionales, aunque puedan ser contundentes, no se desenvuelven con la rapidez que sería necesaria en el universo digital.

Me limito a resumir los complejos trámites a que se somete la actuación de la mencionada Sección Segunda. El procedimiento de actuación está sembrado de obstáculos que muestran que el legislador de la reforma ha estado más preocupado por evitar responsabilidades y no asumir riesgos que por proteger eficazmente los derechos. Recapitularé brevemente sobre el tortuoso camino que hay que seguir para obtener medidas de retirada de contenidos o de bloqueo de sitios infractores:

- Para empezar, no cabe cualquier denuncia ante la Comisión sino cuando la vulneración de los derechos afecta a un cierto número de obras protegidas, sobre cuya cuantificación nada dice la Ley.
- El interesado tiene que mostrar indicios suficientes de que la reproducción no ha sido autorizada. Y además debe facilitar datos suficientes sobre la descripción y la localización.
- El prestador de servicios debe desarrollar una labor activa, que sea relevante para producir el efecto lesivo, y no actuaciones neutrales y simples de intermediación técnica. En particular, esa acción positiva puede consistir en el ofrecimiento de listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras implicadas.
- Si se suman todos estos requisitos previos, el procedimiento puede iniciarse de oficio previa denuncia del titular o la persona que tenga encomendado el ejercicio de los derechos.
- Para que el procedimiento arranque es necesario que el denunciante aporte una prueba razonable de que ha intentado la retirada voluntaria de las obras indebidamente distribuidas o incorporadas a un

3. En estos casos, el juez o tribunal ordenará la retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción. Cuando a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos objeto de la propiedad intelectual a que se refieren los apartados anteriores, se ordenará la interrupción de la prestación del mismo, y el juez podrá acordar cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Excepcionalmente, cuando exista reiteración de las conductas y cuando resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz, se podrá ordenar el bloqueo del acceso correspondiente.

¹⁷ Remito a los comentarios de E. ARTACHO GARCÍA MORENO, A. MARTÍNEZ RIVERO, L. BLANQUE REY, T. GONZÁLEZ CUETO, J.M. TOURNÉ, y C. NAVARRETE BARREIRO, en el nº 49 de *El Cronista*, dedicado monográficamente al estudio de las reformas bajo el título *El problema de las violaciones de la propiedad intelectual en Internet*.

- sitio de Internet. La Ley dispensa del requerimiento previo si el prestador de servicios no da la dirección del infractor o éste no contesta.
- Se da la asombrosa circunstancia de que si el denunciante no actúa ágilmente en estos preliminares, la Administración puede declarar la caducidad del procedimiento sin necesidad de responder expresamente a la denuncia, como es obligación de las Administraciones públicas cuando se formula ante ellas una petición.
 - La Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual puede interrumpir el servicio cuando se vulneren derechos; y, además, retirar los contenidos infractores cuando se produzcan lesiones patrimoniales.
 - No obstante, antes de adoptar estas decisiones ha de requerir al prestador de servicios para que retire los contenidos ilegales. Otorgará a este efecto un plazo de 48 horas para que lo haga voluntariamente o, en su caso, aporte pruebas de que cuenta con autorización o de que los contenidos afectados se benefician de una excepción o límite a los derechos de propiedad intelectual.
 - El denunciado puede proponer prueba, que se desarrollará los dos días siguientes a la terminación del plazo de 48 horas.
 - Terminada la prueba, se abre un plazo de alegaciones de 5 días. Y, concluidas éstas, la Sección Segunda resolverá dentro del plazo de los 3 días siguientes.
 - Luego vendrán, en su caso, las medidas de ejecución a cargo de la Sección 2ª, que, si afectan a la interrupción del servicio o a la retirada de contenidos, requiere autorización judicial, para la que son competentes los jueces de lo contencioso-administrativo.
 - Para dar efectividad a las medidas adoptadas, la Sección 2ª puede solicitar la colaboración de los servicios de pago electrónico y de las empresas de publicidad, siempre con el objetivo de bloquear la financiación del sitio infractor¹⁸.

¹⁸ “A) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual, atendiendo la Sección Segunda para acordar o no el inicio del procedimiento a su nivel de audiencia en España, y al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio o a su modelo de negocio.

B) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual de la forma referida en el párrafo anterior, facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica. En particular, se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio.

3. El procedimiento se iniciará de oficio, previa denuncia del titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideren vulnerados o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio, debiendo éste aportar junto a la misma una prueba razonable del previo intento de requerimiento de retirada infructuoso al servicio de la sociedad de la información presentando infractor solicitando la retirada de los contenidos específicos ofrecidos sin autorización, siendo suficiente dirigir dicho requerimiento a la dirección electrónica que el prestador facilite al público a efectos de comunicarse con el mismo. Este requerimiento previo podrá considerarse cuando proceda, a efectos de la generación del conocimiento efectivo en los términos establecidos en los artículos 16 y 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, siempre y cuando identifique exactamente la obra

Es más que previsible que la Sección 2ª de la Comisión de Propiedad Intelectual, con los medios con que cuenta, tendrá unas posibilidades muy limitadas de desarrollar simultáneamente muchos procedimientos como el descrito, dada su complejidad. Y es absolutamente probable que, cuando termine cualquiera de ellos, las lesiones producidas a los derechos de propiedad intelectual sean irreversibles.

La conclusión de esta rápida visita al mundo del pirateo global en Internet no puede ser muy esperanzadora sobre las posibilidades que ofrece nuestro concreto ordenamiento jurídico, considerando los escasos medios puestos al servicio de la aplicación de las voluntariosas regulaciones legales, de reducir las violaciones de la propiedad intelectual en el entorno de las redes. Hasta ahora las tecnologías de la información y la comunicación están venciendo al derecho y dando la razón a quienes a los viejos libertarios de Internet que proclamaron el principio de que la red debe ser un espacio libre no sometido a los dictados de ningún mercado, requerimiento económico o límites de ninguna clase.

Cuando los reguladores globales, como la OMPI o la OMC, o los regionales como la UE, se vieron en la necesidad de establecer nuevas reglas para la

o prestación, al titular de los derechos correspondientes y, al menos, una ubicación donde la obra o prestación es ofrecida en el servicio de la sociedad de la información. En caso de que el prestador de servicios no facilite una dirección electrónica válida para la comunicación con el mismo no será exigible el intento de requerimiento previsto en este párrafo. El intento de requerimiento se considerará infructuoso si el prestador requerido no contesta o, incluso contestando, no retira o inhabilita el acceso a los contenidos correspondientes en un plazo de tres días desde la remisión del correspondiente requerimiento.

Las entidades de gestión estarán legitimadas para instar este procedimiento en los términos de lo dispuesto en el artículo 150 (...).

La falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido producirá la caducidad del procedimiento (...).

4. La Sección Segunda podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulnere los citados derechos siempre que el prestador haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. Dichas medidas podrán comprender medidas técnicas y deberes de diligencia específicos exigibles al prestador infractor que tengan por objeto asegurar la cesación de la vulneración y evitar la reanudación de la misma.

La Sección Segunda podrá extender las medidas de retirada o interrupción a otras obras o prestaciones protegidas suficientemente identificadas cuyos derechos representen las personas que participen como interesadas en el procedimiento, que correspondan a un mismo titular de derechos o que formen parte de un mismo tipo de obras o prestaciones, siempre que concurran hechos o circunstancias que revelen que las citadas obras o prestaciones son igualmente ofrecidas ilícitamente.

Antes 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. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La Sección dictará resolución en el plazo máximo de tres días.

La interrupción de la prestación del servicio o la retirada voluntaria de las obras y prestaciones no autorizadas tendrán valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración de derechos de propiedad intelectual y pondrá fin al procedimiento.

5. En caso de falta de retirada voluntaria y a efectos de garantizar la efectividad de la resolución dictada, la Sección Segunda podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor.

protección de la propiedad, consideraron que el entorno era nuevo, pero que los principios tradicionales utilizados en la legislación establecida, que procede de convenios adoptados en el siglo XIX, seguían teniendo la misma utilidad de siempre. El problema concernía solo al nuevo entorno de difusión de las creaciones intelectuales. Pero habrá que poner en duda este análisis considerando que el descontrol de los abusos contra la propiedad intelectual en Internet no ceden. Las conclusiones del Observatorio de la Piratería, que he mencionado al comienzo, son tan expresivas como desasosegantes. La legislación se incumple impunemente y en un marco de desatención y desafecto a las medidas de control que serán difíciles de superar. Hará falta un cambio de cultura o un pacto de convivencia de los intereses que conviven en la red, para que la situación se enderece.

6. OTRAS DEPREDAIONES

Ese cambio de mentalidad que considero imprescindible debe extenderse también a las administraciones públicas. Hay signos, más que expresivos, de que algunas convicciones y prácticas extendidas en organismos gubernamentales o en instituciones públicas, son tan displicentes con la protección de la cultura y, en especial, de los creadores.

6.1. Acciones del gobierno contra la retribución por copia privada

La compensación a los autores y titulares de los derechos de propiedad intelectual por la realización de reproducciones para uso privado no autorizadas, fue incorporado por primera vez al ordenamiento jurídico español con

En la adopción de las medidas de colaboración la Sección Segunda valorará la posible efectividad de aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor.

El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet deberá motivarse adecuadamente en consideración a su proporcionalidad, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance.

En el caso de prestarse el servicio utilizando un nombre de dominio bajo el código de país correspondiente a España (.es) u otro dominio de primer nivel cuyo registro esté establecido en España, la Sección Segunda notificará los hechos a la autoridad de registro a efectos de que cancele el nombre de dominio, que no podrá ser asignado nuevamente en un periodo de, al menos, seis meses.

La falta de colaboración por los prestadores de servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad se considerará como infracción de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

En todo caso, la ejecución de la medida de colaboración dirigida al prestador de servicios de intermediación correspondiente, ante el incumplimiento del requerimiento de retirada o interrupción, emitido conforme al apartado anterior, por parte del prestador de servicios de la sociedad de la información responsable de la vulneración, exigirá la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (...)

la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual. Los sujetos obligados al pago de la remuneración o compensación equitativa por copia privada serían (artículo 25.4.a TRLPI) los fabricantes y distribuidores de equipos, aparatos y soportes idóneos para realizar las referidas reproducciones. Este modelo, en el que los deudores de la financiación de la compensación equitativa por el uso privado de obras protegidas, eran los fabricantes y distribuidores de dispositivos de reproducción (con la repercusión del canon a los usuarios finales de la copia privada) fue declarado conforme con los principios de la Directiva comunitaria 2001/29/CE (STJUE *Padawan*, apartado 50). Recuerda el TJUE que debe existir una “necesaria” vinculación entre la aplicación del canon por copia privada en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción y la utilización de éstos para realizar reproducciones privada; no siendo compatible con el Derecho de la Unión un sistema que aplique el canon por copia privada de forma “indiscriminada”. Igualmente, el modelo previsto en el art. 25 TRLPI ha sido avalado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de junio de 2012 (asunto *EGEDA/Freephone*).

El Real Decreto-Ley 20/2011 suprimió la compensación equitativa por copia privada regulada en el artículo 25 TRLPI (disposición adicional décima, apartado 1) y habilitó al Gobierno para establecer el procedimiento de pago a los perceptores de la compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (apartado 2). Modelo que desarrolló, sustantiva y procedimentalmente, el Real Decreto 1657/2012. Igualmente el apartado 2º del artículo primero de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, estableció que la compensación equitativa privada se abonaría con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Sin embargo, ni las Sentencias TJUE *Padawan/Thuiskopie* ni la interpretación que de las mismas han venido haciendo nuestros Tribunales daban soporte a un cambio de modelo para pasar la compensación equitativa a cargo de los presupuestos del Estado, ni hay país alguno en Europa que así lo haya hecho, haciendo recaer el importe de la deuda sobre todos los ciudadanos. El nuevo modelo supuso que la compensación equitativa por copia privada pasara de los 115 millones de euros que se abonaron en el año 2011 a las entidades de gestión, a 8'6 millones en el año 2012, y a 5 millones de euros a repartir entre las entidades de gestión en los años 2013, 2014 y 2015 (Orden ECD/1649/2016, de 10 de octubre).

Lo anterior motivó que entidades de gestión como EGEDA, DAMA o VEGAP formularan recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1657/2012 por el que se regulaba el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. La Sala 3ª del Tribunal Supremo que tramitó el recurso. Como estaba implicado un problema de interpretación de derecho de la Unión Europea for-

muló ante el TJUE la siguiente cuestión prejudicial: “A) *¿Es conforme al art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29 un sistema de compensación equitativa por copia privada que, tomando como base de estimación el perjuicio efectivamente causado, se sufraga con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación sea soportado por los usuarios de copias privadas?* Cuestión que obtuvo respuesta por parte del TJUE mediante Sentencia de 9 de junio de 2016. Dando respuesta negativa a la cuestión en los siguientes términos:

«El artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de compensación equitativa por copia privada que, como el controvertido en el litigio principal, está sufragado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación equitativa sea soportado por los usuarios de copias privadas.»

Habida cuenta lo anterior, el Tribunal Supremo, Sentencia de 10 de noviembre de 2016, estimó el recurso formulado por las entidades de gestión anulando no sólo el RD 1657/2012, sino inaplicando al caso las previsiones del apartado segundo, artículo 1, de la Ley 21/2014 por la que se modifica el TRLP y la DA 10^a del Real Decreto-Ley 20/2011 por ser contrarios al derecho a la Unión Europea.

Estas Sentencias han llevado a que el Gobierno tuviera que negociar con las entidades de gestión un nuevo sistema de compensación por copia privada, de tal forma que la compensación a los autores forme parte del precio de los soportes o aparatos de grabación de contenidos sujetos a propiedad intelectual (un CD, un móvil, una memoria USB...).

Se espera, según diversos estudios, que la cuantía global pase a ser de entre 50-80 millones de euros frente a los 5 que se venían abonando con cargo a los PGE los últimos años.

Legislación, la demolida por los tribunales, verdaderamente asombrosa, porque no solo era absurdo, en una época de crisis de las finanzas públicas, cargar contra el presupuesto del Estado esta clase de pagos, sino que además ningún miembro de la UE había optado una solución como esa que solo es posible encontrar, en términos aproximados, en Noruega y Turquía, de donde parece que procede la inspiración. Un insólito capricho de nuestro legislador contrario a la creación cultural y a los derechos de los autores.

6.2. La reproducción incoentida de libros de texto y materiales de enseñanza

La tecnología digital no solo ha favorecido la multiplicación del pirateo de obras protegidas por derechos de autor a través de internet, sino que ha generado un incremento exponencial de los plagios y las copias no autorizadas de libros y otros materiales impresos. Llevarlos a cabo usando internet es mucho más sencillo. Basta con un clic para reproducir un texto. Los alumnos, obligados por los planes de estudios a preparar trabajos de fin de master, emplean este método con frecuencia. Una sentencia del juzgado de lo contencioso administrativo nº 25 de Madrid, de 27 de septiembre de 2016, acaba de confirmar la calificación de suspenso de un trabajo de dicha clase porque estaba copiado de otro. El juez estimó que no hacía falta ninguna prueba pericial porque saltaba a la vista el plagio, comparando los dos escritos.

Fenómeno distinto, que también es una vulneración de los derechos de autor, son las copias ilegales. Este ha sido un fenómeno bastante tradicional en las universidades. Pero antes era ejecutado individualmente por los alumnos. Ahora es, cada día con más frecuencia, una acción programada por la propia universidad.

La Ley 21/2014 de modificación del TRLPI, reformó el artículo 32 del TRLPI que mantiene la regla de que las citas, reseñas e ilustraciones con fines educativos no vulneran los derechos de autor. Pero estas acciones deben ser proporcionadas y no masivas o que hagan imposible el disfrute de los derechos de autor por sus titulares.

Respecto a las citas y reseñas lo que la Ley permite es la inclusión en una “obra propia” de fragmentos de obras ajenas siempre que su inclusión se realice a título de cita o para su análisis o comentario y con fines docentes o de investigación. Lo que no cabe es invocar el derecho de cita para copiar libros enteros o partes sustanciales de ellos por centros y alumnos. Esta reproducciónes amplias o totales de una obra requieren autorización de los titulares y el abono de la correspondiente remuneración¹⁹.

¹⁹ No necesita, sin embargo, autorización de los autores “el profesorado de la educación reglada” y “el personal de Universidades” para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras y de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, cuando, no concurriendo una finalidad comercial, se cumplan simultáneamente las siguientes condiciones: (...) c) “Que las obras no tengan la condición de libro de texto, manual universitario o publicación asimilada, salvo que se trate de: 1.º Actos de reproducción para la comunicación pública, incluyendo el propio acto de comunicación pública, que no supongan la puesta a disposición ni permitan el acceso de los destinatarios a la obra o fragmento. En estos casos deberá incluirse expresamente una localización desde la que los alumnos puedan acceder legalmente a la obra protegida. 2.º Actos de distribución de copias exclusivamente entre el personal investigador colaborador de cada proyecto específico de investigación y en la medida necesaria para este proyecto. A estos efectos, se entenderá por libro de texto, manual universitario o publicación asimilada, cualquier publicación, impresa o susceptible de serlo, editada con el fin de ser empleada como recurso o material del profesorado o el alumnado de la educación reglada para facilitar el proceso de la enseñanza o aprendizaje. (...) A estos efectos, se entenderá por pequeño fragmento de una obra, un extracto o porción cuantitativamente poco relevante sobre el conjunto de la misma”.

Estas excepciones o límites han sido invocados, sobre todo, por Universidades para proceder a la reproducción íntegra o sustancial de manuales y libros de texto, contrariando el objeto y finalidad de la excepción, muy limitada y concreta como se ha visto. De tal forma que han tenido que ser los Tribunales los que amparasen los derechos de los autores y editores perjudicados. En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante Sentencia de 29 de octubre de 2014, ha condenado a la Universitat Autònoma de Barcelona (UAB) por vulnerar en su campus virtual los derechos de propiedad intelectual de los autores y editores de libros y otras publicaciones representados por CEDRO. Esta sentencia confirma en lo esencial la del Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona del 2 de mayo de 2013, que desestima el recurso presentado por la UAB en el que pedía su absolució e incrementa la indemnización por daños y perjuicios a la que tendrá que hacer frente la UAB, tal y como CEDRO solicitaba en su recurso. La Audiencia Provincial de Barcelona confirma como hechos probados que la UAB reproducía y comunicaba públicamente en su campus virtual obras protegidas por el derecho de autor sin autorización de los titulares o de CEDRO, lo que constituye una acción «vulneradora de derechos de propiedad intelectual». Y ratifica que esta Universidad tenía que haber solicitado a CEDRO la licencia necesaria para utilizar digitalmente las obras de su repertorio.

En el mismo sentido se pronunció la anterior STS de 9 de enero de 2013 que resolvió en última instancia la demanda formulada por CEDRO contra Arte Comunicación Visual, S.L que era la concesionaria de los servicios de reprografía de los centros universitarios de la Laguna y que reproducía ilícitamente libros técnicos, académicos y de estudio, mediante fotocopia para su posterior venta, sin haber celebrado contrato con la entidad de gestión ni haber recibido autorización al efecto. Como bien recuerda el Tribunal, la excepción de la Ley (la cita) exige que los fragmentos de la obra de otro se incluyan en una obra propia. *Lo que pone de manifiesto que la justificación del límite se encuentra en el propósito de fomentar la creación literaria, artística o científica.* En este caso, el Alto Tribunal entiende que “no hubo incorporación *alguna de parte de obra ajena a la supuesta de los profesores*”, ya que se producían copias no para la incorporación a otras, sino para que los materiales fueran estudiados por los alumnos. El Tribunal Supremo condena al servicio de reprografía a cesar en la actividad infractora y a abonar a CEDRO la cantidad que como remuneración, hubiera percibido de ella si hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

Tras la anterior Sentencia, CEDRO ha celebrado diversos acuerdos, como ha sucedido en el caso de la Universidad Carlos III a la que igualmente había demandado en el año 2012 por copia ilícita de libros y otras publicaciones en el entorno digital. CEDRO ha otorgado, mediante el nuevo acuerdo, a la referida universidad una licencia que le permitirá la reproducción, distribución y comunicación pública digital de artículos de periódicos y/o revistas y hasta el 10% de un libro. Según recoge un comunicado «Los usos autorizados comprenden el

acceso a dichos contenidos por parte de profesores, alumnos y personal de administración y servicios de la UC3M, a través de la intranet de la Universidad o del correo electrónico».

