

a) En las operaciones financieras habituales (por ejemplo, préstamos, créditos, prestación de avales) no es un elemento constitutivo del negocio jurídico constituido por la operación financiera (préstamo, etc.) la intervención de fedatario público. Es un elemento destinado a fortalecer la seguridad jurídica de las partes y a facilitar la operabilidad del negocio frente a terceros. No se citan preceptos concretos y específicos del Derecho interno, pues constituyen principios generales del Derecho de obligaciones español. Lo que hace nuestro Derecho es, en los casos en los que no rige la libertad de forma, establecerlo expresamente. Así, el CC establece:

«Art. 1278.

Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.

Art. 1279.

Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.»

b) Como se ha indicado anteriormente, es muy habitual que se realicen operaciones financieras (préstamos, créditos, etc.) entre empresas vinculadas, entre particulares, etc., sin la intervención de fedatarios públicos. Estas operaciones son perfectamente válidas en nuestro derecho y exigibles ante los tribunales de justicia. No se puede decir, en ningún caso, que las obligaciones dimanantes de dichos contratos no sean exigibles o que sean nulas de pleno derecho o carentes de cualesquiera efectos jurídicos. El art. 1279 CC lo que establece es que si la ley exige forma especial los contratantes pueden compelerse a cumplir con la formalidad. Si la ley no requiere forma especial las partes pueden formalizar la operación ante notario voluntariamente. Como bien señala la Comisión, los requisitos necesarios para la validez —siempre que la ley establezca tales requisitos— son independientes del otorgamiento de la escritura pública.

Asimismo, si la posición mantenida por el Gobierno español fuera plausible, se debería sostener que la exención del IVA de los fedatarios públicos debería aplicarse cuando intervienen en una operación relativa a un bien inmueble exento de IVA. En estos casos, en Derecho español, también la intervención de los

fedatarios públicos no es obligatoria. Es decir, tiene plena validez una compraventa realizada entre las partes mediante contrato privado. La compraventa formalizada mediante escritura pública lo que añade es fortalecer la seguridad jurídica de las partes. ¿Autorizaría la Directiva una exención de las intervenciones de los fedatarios públicos en este tipo de operaciones inmobiliarias? Los fundamentos son los mismos.

Debe insistirse en que la exención prevista en la Directiva para las operaciones financieras se refiere, estrictamente, a la operación financiera en sí (la realizada generalmente entre una entidad financiera y su cliente), no a los gastos de formalización de las operaciones financieras. La exención española tiene como efecto nocivo someter a la misma a unos sujetos pasivos (los fedatarios públicos) que no han efectuado operación financiera alguna.

Notas

- (1) Anteriores intentos de supresión aparecieron reflejados en distintos medios. Así, con ocasión del proyecto de ley de medidas medioambientales y tributarias puede verse la noticia aparecida en el diario *Expansión* del 6 de septiembre de 2013, suscrita por Mercedes SERRALLER, «Alivio de impuestos en 2014 para lograr una recaudación extra de 25.000 millones».

En las Referencias del Consejo de Ministros del 26 de abril de 2013, puede leerse: «Hacienda continuará con la reestructuración del sistema tributario de forma que se dé más peso específico a los impuestos indirectos sobre los derechos, manteniendo el principio de solidaridad en la carga tributaria. En el IVA sólo se aplicarán modificaciones por obligación legal, que afectarán a determinados productos sanitarios y servicios realizados por los notarios, modificaciones procedentes de la legislación comunitaria y de las sentencias el Tribunal de Justicia de la Unión Europea». En el diario *Expansión* del 29 de abril de 2013 puede leerse la noticia de Mercedes SERRALLER, «Hacienda gravará con un IVA del 21 % los documentos que firman los notarios».

- (2) http://ec.europa.eu/ea_law/infringement/infringements_es.htm
Sobre el procedimiento de infracción puede verse, entre otros, mi estudio «Graves ausencias procedimentales en el Derecho administrativo de la Unión Europea», WP núm. 21 (2014), Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, Universidad Complutense. <https://www.ucm.es/data/comp/docs/595-2014-01-17-1.pdf>.

D-253 La protección de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, a la luz de la inminente reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

Ana MONTESINOS GARCÍA
Profesora contratada Ramón y Cajal de Derecho Procesal, Universitat de València

(Diario La Ley nº 8361, Año XXXV, 24 Jul. 2014, ref.º D-253)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
II. ÁMBITO DE APLICACIÓN
III. PROCEDIMIENTO DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD
IV. REFLEXIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

De la revolución digital ha surgido una extraordinaria oportunidad para la creación y difusión de contenidos culturales, pero también han aparecido y se han desarrollado, en paralelo, nuevas modalidades de fraude de los derechos de propiedad intelectual. La divulgación a través de Internet de datos o información que puede vulnerar derechos de propiedad intelectual, a cuya descarga se puede acceder fácilmente en un contexto de impunidad, es una realidad cada día más común en nuestro país, lo que ha provocado un fuerte reclamo de mejora en la protección de estos derechos frente a las infracciones cometidas a través de páginas web.

En este contexto, fue aprobada la denominada «Ley Sínde», —que en realidad, es una disposición final, la 43, de la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible⁽¹⁾—, que modificó el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante TRLPI), y añadió una sección segunda a la Comisión de la Propiedad Intelectual (en adelante, CPI). A esta sección segunda, a la que le corresponden las funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de los servicios de la sociedad de la información, se le atribuyó la instrucción y resolución de un procedimiento administrativo denominado «procedimiento de restablecimiento de la legalidad», por medio del cual se pueden adoptar medidas de restricción a la prestación de servicios de la sociedad de la información, tales como la interrupción de la prestación del servicio (es decir, el cierre de la página web) o la retirada de los contenidos que vulneran derechos de propiedad intelectual.

Tres años después de la aprobación de la Ley Sínde, el Congreso de los Diputados publicó el pasado 21 de febrero de 2014, el Proyecto de reforma del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual⁽²⁾, por el que se acomete una revisión considerable de dicho procedimiento de restablecimiento de la legalidad, regulado a partir de ahora en el nuevo y extenso art. 158 ter TRLPI. Para ello, señala la exposición de motivos del Proyecto, se dota a la sección segunda de mecanismos más eficaces de reacción, se amplía su ámbito de aplicación y se realizan mejoras técnicas. A las novedades introducidas en el mismo vamos a hacer dedicar las siguientes líneas.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El procedimiento de restablecimiento de la legalidad va dirigido contra los prestadores de servicios que vulneren derechos de propiedad intelectual de forma significativa, atendiendo, entre otros, a su nivel de audiencia en España, 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⁽³⁾.

Además, en el Proyecto se ha añadido expresamente que el procedimiento pueda también dirigirse contra los prestadores de servicios que vulneren derechos de propiedad intelectual de

forma significativa, 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 (las conocidas por todos, web de enlaces o «enlazadores»). En particular, 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. Lo anterior, sin embargo, tal y como manifiesta la exposición de motivos del Proyecto, no afecta a prestadores que desarrollen actividades de mera intermediación técnica, como puede ser, entre otras, una actividad neutral de motor de búsqueda de contenidos o cuya actividad no consista en facilitar activa y no neutralmente la localización de contenidos protegidos ofrecidos ilícitamente de manera indiciaria o que meramente enlacen ocasionalmente a tales contenidos de terceros.

La sección segunda no actúa frente a particulares (que eventualmente puedan descargarse, por ejemplo, una película o música) sino frente a los responsables de mera intermediación de la lónica adoptada en otros países tales como Francia o Gran Bretaña en donde sí que se persigue al internauta que consume contenido pirata. Se conforma así, un sistema en el cual el centro de imputación no son los usuarios sino los agentes que regentan soportes desde los cuales puedan llevarse a cabo las descargas ilegales, vulnerándose derechos de autor⁽⁴⁾.

III. PROCEDIMIENTO DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD

El Proyecto de reforma del TRLPI ha introducido el nuevo art. 158 ter que regula de manera detallada el procedimiento de restablecimiento de la legalidad; hasta ahora contemplado en el art. 158 TRLPI. Este precepto se desarrolla reglamentariamente en el RD 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

En todo caso, adelantamos ya, no estamos ante un procedimiento jurisdiccional sino administrativo, al que, tal y como señala el art. 158 ter.3 del Proyecto, serán de aplicación los derechos de defensa previstos en el art. 135 Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y estará basado en los principios de celeridad, proporcionalidad y demás previstos en dicha ley.

Una de las principales novedades introducidas en el Proyecto, es la referente a la posibilidad de que este procedimiento se inicie de oficio —con anterioridad debía iniciarse siempre a instancia de parte—, eso sí, señala el texto, previa denuncia del titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideren vulnerados o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio. Las entidades de gestión también están legitimadas para instar el procedimiento. Nos preguntamos, qué sucedería en el supuesto en el que no existiera la previa denuncia del titular, ¿podría en este caso actuar la Comisión de oficio? A pesar de la contradicción que supone la previsión de la denuncia previa, entendemos que el espíritu que se respira en la reforma va encaminado a aceptar la actuación de oficio de la Comisión.

Se añade, además, un requisito a la interposición de la denuncia, el intento previo infructuoso de requerimiento de retirada de los contenidos ofrecidos sin autorización al servicio

de la sociedad de la información presuntamente vulnerador. Dicho intento se considera infructuoso cuando el prestador no responde o, incluso si haciéndolo, no retira o inhabilita el acceso a tales contenidos en un plazo de tres días desde dicha solicitud. Para ello, será suficiente dirigir la petición a la dirección electrónica que el prestador facilite al público. Este requisito no se exigirá cuando el prestador no proporcione una dirección electrónica válida.

Otra de las novedades introducidas por la reforma en este procedimiento, reside en que frente a la imposición al titular de derechos de denunciar «obra a obra», es decir, especificar la obra objeto de un supuesto uso ilegal o violación de derechos, lo que conllevaba un procedimiento por cada demanda, ahora se puede pedir la retirada de un catálogo de obras en un solo expediente, admitiéndose por tanto, una solicitud genérica.

Para identificar al responsable que está supuestamente vulnerando los derechos de propiedad intelectual, la sección segunda puede requerir a los prestadores de servicios de intermediación la cesión de los datos que permitan su identificación. Este requerimiento exige la previa autorización judicial prevista en el apartado primero del art. 122 bis Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LRJCA), obtenida la cual, los responsables de las páginas web estarán obligados a proporcionar los datos necesarios para proceder a la identificación de quienes se encuentran detrás de la web.

Identificado al responsable del servicio, éste será requerido a fin de que en un plazo no superior a 48 horas proceda a la retirada voluntaria de los contenidos que pudieran resultar ilícitos por vulnerar derechos de propiedad intelectual o, en su defecto, 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. Atendiendo al requerimiento de la sección segunda, si el responsable del servicio interrumpe la prestación del servicio o retira los contenidos, el Real Decreto regulador del funcionamiento de la CPI entiende en su art. 20.2 del Real Decreto que se reconoce implícitamente la vulneración, de modo que pone fin al procedimiento. Este inciso del Real Decreto ha sido declarado nulo por la Sala Tercera del TS en su sentencia de 31 de mayo de 2013 que resolvió el recurso contencioso-administrativo núm. 185/2012 interpuesto por la Red de Empresas de Internet contra el Real Decreto. El TS ha manifestado que si una persona atiende el requerimiento de la Comisión, no debe suponer reconocimiento implícito de vulneración de la Ley de Propiedad Intelectual, pues existe la posibilidad de que el prestador del servicio haya decidido cumplir el requerimiento simplemente para evitar procedimientos que considere engorrosos, aunque estime que no ha incurrido en ninguna lesión a la propiedad intelectual. Además, señala el TS, asignar a la retirada o interrupción voluntaria valor de reconocimiento implícito de la vulneración constituye un exceso de la norma reglamentaria respecto de la Ley a cuyo desarrollo sirve. Sin embargo, el Proyecto de reforma del TRLPI ha incluido esta previsión en el art. 158 ter, por lo que consideramos que la intención del legislador ha sido la de dotar a la misma definitivamente de rango legal.

Transcurrido el plazo de 48 horas sin que se haya producido voluntariamente la interrupción del servicio o la retirada de los contenidos, se hayan formulado o no alegaciones, el órgano instructor practicará las pruebas pertinentes en el plazo de dos días; procediendo a continuación a la elaboración de una propuesta de resolución que dará traslado a los interesados para

que presenten sus conclusiones en el plazo máximo de cinco días. Cumplido el período para conclusiones, la sección segunda en los tres días siguientes dictará resolución motivada declarando la existencia o inexistencia de la vulneración de los derechos de propiedad intelectual. La ausencia de una resolución por parte de la Comisión en el plazo reglamentariamente establecido producirá la caducidad del procedimiento.

La misma resolución que declare la existencia de la vulneración de los derechos de propiedad intelectual por el responsable del servicio de la sociedad de la información, ordenará la interrupción de la prestación del servicio o la retirada de los contenidos que infrinjan tales derechos, debiendo aquél dar cumplimiento a la misma en un plazo de 24 horas desde su notificación (art. 22.2 del Real Decreto). Si no cumpliera voluntariamente la orden, para la ejecución forzosa de la medida será necesaria la autorización judicial del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del art. 122 bis LRJCA.

A efectos de garantizar la efectividad de la resolución, el Proyecto ha introducido la posibilidad de requerir colaboración a los prestadores de servicios de intermediación, de servicios de pagos electrónicos y de publicidad, en aras a que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor, e incluso que bloqueen su financiación. La falta de colaboración de los mismos, se considerará como infracción de lo dispuesto en el art. 11 Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. En todo caso, la ejecución de la medida de colaboración exigirá asimismo la previa autorización judicial.

Otra de las novedades fundamentales incorporadas en el Proyecto es la relativa a las sanciones económicas que pueden imponerse a quienes incumplan de manera reiterada (dos o más veces) los requerimientos de retirada de contenidos infractores, por parte de un mismo prestador, al considerarse que constituye una infracción administrativa grave. Las correspondientes multas pueden oscilar desde los 30.000 a los 300.000 euros. Lo mismo sucederá cuando se reanude dos o más veces tales actividades. El ejercicio de la potestad sancionadora se regirá por el procedimiento establecido en el Título IX de la Ley 30/1992 y en su normativa de desarrollo y corresponderá su imposición al Secretario de Estado de Cultura.

Además, cuando así lo justifique la gravedad y repercusión social de la conducta infractora, podrán adoptarse estas dos medidas: a) La publicación de la resolución sancionadora, una vez sea firme, a costa del sancionado, en el BOE, en dos periódicos nacionales o en la página de inicio del sitio de Internet del prestador. b) El cesar de las actividades declaradas infractoras del prestador durante un período máximo de un año.

Las resoluciones dictadas por la sección segunda en este procedimiento agotan la vía administrativa, pudiéndose recurrir —recurso contencioso-administrativo— directamente en única instancia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (disp. adic. 4.ª LRJCA).

IV. REFLEXIONES FINALES

A modo de conclusión, nos encontramos ante un mecanismo que viene a añadirse al amplio abanico de facultades subjetivas reconocidas por el ordenamiento jurídico a los titulares de este tipo de derechos. El alcance de la nueva potestad administrativa es, tal y como señala RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, sin embargo más modesto que el de las acciones civiles y penales. En primer

lugar, no es posible su ejercicio en relación con cualesquiera infracciones de propiedad intelectual, sino sólo con aquellas que se produzcan a través de la prestación de un servicio de sociedad de la información. Y en segundo lugar, no proporciona una tutela integral de los derechos lesionados, pues tan sólo se dirige a la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o a la retirada de aquellos contenidos que vulneren los derechos de propiedad intelectual (5).

En este sentido, debemos hacer referencia a la previsión contemplada en el art. 158 bis ter.7 del Proyecto, ya recogida con anterioridad a la reforma, que manifiesta expresamente que las medidas que puede adoptar la sección segunda se entienden sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes. A pesar de la innecesariedad de la norma, se deja claro que no se impide el legítimo acceso a los órganos jurisdiccionales, permitiéndose en el ámbito de lo civil, según lo previsto en el Título I del libro III TRLPI («De la protección de los derechos reconocidos en esta Ley») además del planteamiento del fondo del asunto, la interposición de medidas cautelares urgentes necesarias para la protección de los derechos de propiedad intelectual (arts. 138 a 141 TRLPI). Nada imposibilita, por tanto, la adopción de medidas cautelares, como podría llegar a ser la suspensión temporal de una página web supuestamente vulneradora de derechos de propiedad intelectual, por parte del juez civil. Al respecto, compartimos con DAMIAN MORENO, que dado que nuestro país cuenta con unos tribunales especializados a quienes se les ha atribuido la resolución de las controversias relativas a la defensa de los derechos de propiedad intelectual (art. 86 ter LOPJ), no es descartable que pueda surgir algún conflicto entre el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y los Juzgados de lo Mercantil en relación con la aplicación de esta normativa, que tendría que ser resuelto a través del cauce adecuado previsto en la LO 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales (6).

En todo caso, no podemos sino pronunciamos en desacuerdo con la opción por la vía administrativa adoptada por el legislador, para establecer las mencionadas medidas restrictivas ante vulneraciones de los derechos de la propiedad intelectual en el entorno digital, pues la sede natural de protección de estos derechos o intereses privados, consideramos, debe seguir siendo la judicial civil. Podemos, por tanto, concluir que la regulación de las funciones de la sección segunda de la CPI de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, no ha pretendido la búsqueda de una mejora y agilización de los mecanismos de tutela de los derechos de propiedad intelectual (sumamente vulnerables en la sociedad de la información) en el seno de procesos judiciales civiles, sino que el legislador se ha decantado

por la creación de un nuevo procedimiento administrativo que permite erradicar la piratería en la red y poner fin a las descargas ilegales de archivos protegidos por derechos de propiedad intelectual pero que plantea serias dudas constitucionales, pues consideramos hace caso omiso a la exigencia de exclusividad jurisdiccional del art. 117.3 CE, y ello a pesar de que el TS se haya pronunciado en sentido contrario a la presente afirmación (7).

Notas

- (1) Su denominación proviene del apellido de la ex Ministra de Cultura, Angeles González-Sinde, promotora del referido texto legal.
- (2) Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de febrero de 2014, serie A, núm. 81-1.
- (3) La exigencia relativa al especial significado de la vulneración ha sido añadida por el Proyecto, por lo que parece ser que, a partir de ahora, si un titular de derechos de propiedad intelectual comprueba que una obra suya está siendo utilizada ilícitamente, pero sin embargo, la web en la que se expone su uso tiene poca audiencia en España, el número de contenidos protegidos indiciariamente no autorizados no es numeroso y no se vulnera su modelo de negocio de forma cuantitativamente apreciable, no podrá acudir al procedimiento de salvaguarda de la CPI.
- (4) Que su centro de imputación sean los prestadores de servicios y no los usuarios constituye un indiscutible acierto, que aleja del ámbito de la norma una represión ciudadana claramente desmedida, pues a que algunos la estimen conveniente. Semejante propósito supondría, una invasión directa y generalizada en la intimidad de los internautas, totalmente incompatible con el principio de proporcionalidad. DURÁN RIVACOBRA, R., «La protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico», *Aracadi-Civil Mercantil*, núm. 2, 2011, pág. 8.
- (5) RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Reserva de jurisdicción, potestad reglamentaria y propiedad intelectual (en torno a las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2013 sobre la denominada Ley Síndes», *Revista de Administración Pública*, núm. 192, Madrid, septiembre-diciembre, 2013, pág. 35.
- (6) DAMIAN MORENO, J., «Consideraciones en torno al procedimiento previsto para el cierre de páginas web (a propósito de la "Ley Sínde")», *Diario LA LEY*, núm. 7455, Sección Tribuna, 28 de julio de 2010, año XXXI, págs. 7 y 8.
- (7) Recordamos que la Sala Tercera del TS en dos sentencias de 31 de mayo de 2013, se ha pronunciado a favor de la compatibilidad de los nuevos poderes de la Administración en esta materia con el art. 117.3 de la Constitución, que reserva a jueces y tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Evolución del secreto profesional de los abogados

Cristina FUERTES-PLANAS ALEIX
Profesora de Filosofía del Derecho. Universidad Complutense de Madrid

(Diario La Ley nº 8362, Año XXXV, 25 Jul. 2014, ref.ª D-254)