



## **INFORME DEL CONSEJO FISCAL AL PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE DESARROLLA REGLAMENTARIAMENTE LA COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

Índice: 1. Antecedentes. 2. Transcendencia DPI vs. Informe de la Fiscalía General del Estado de 12 de febrero de 2020. 3. Justificación del proyecto. 4. Estructura y contenido del proyecto. 5. El proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla reglamentariamente la composición y funcionamiento de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. 5.1 Disposiciones Generales. 5.2 Composición, función, actuaciones y funcionamiento de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. 5.3 El procedimiento de restablecimiento de la legalidad para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. 5.3.1 Sección 1.ª: Disposiciones generales sobre el procedimiento. 5.3.2 Sección 2.ª: Procedimiento ordinario. 5.3.2.1 Fase preliminar (arts. 13 a 16). 5.3.2.2 Fase de instrucción (arts. 17 a 22). 5.3.2.3 Fase de ejecución (arts. 23 y 24). 5.3.3 Sección 3.ª: Procedimiento especial en caso de servicios anónimos. 5.4. Disposiciones derogatorias y finales. 6. Conclusiones.

### **1. Antecedentes**

En fecha 12 de diciembre de 2022 tuvo entrada en la Fiscalía General del Estado comunicación del Sr. Secretario de Estado de Justicia remitiendo el proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla reglamentariamente la composición y funcionamiento de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante PRD), solicitando el informe del Consejo Fiscal. El PRD se acompaña de su correspondiente memoria de análisis de impacto normativo.

El oficio justifica su remisión en cumplimiento de lo previsto en el artículo 14.4.j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante EOMF).



El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de la ciudadanía y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social (art. 124 CE y art. 1 EOMF).

Según su exposición de motivos, el principal objeto del proyecto es actualizar la regulación del desarrollo reglamentario existente de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante SSCPI), cuya composición y funciones previstas en los arts. 193 y 195 TRLPI no concuerdan con la que actualmente se establece en el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, *por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual* (en adelante RDFCPI/2011), ya que las sucesivas modificaciones legales que se han producido en la legislación en materia de propiedad intelectual a nivel nacional y comunitario obligan a una nueva reglamentación del funcionamiento de la SSCPI y, lo que es más importante, una regulación del procedimiento de actuación de la mencionada Sección que dote al mismo de mayor seguridad jurídica.

El PRD modifica igualmente normas de naturaleza administrativa, concretamente el Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, *por el que se desarrolla reglamentariamente la composición, organización y ejercicio de funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual* (en adelante SPCPI).

El texto proyectado es de evidente naturaleza administrativa, si bien su contenido está vinculado a las funciones del Ministerio Fiscal en la medida en que puedan afectar al control de garantías en el procedimiento de restablecimiento de la legalidad de los derechos de propiedad intelectual afectados por la norma; igualmente, puede incidir en la obtención por parte del Ministerio Fiscal de la *notitia criminis* para la posterior persecución penal de los



delitos que puedan cometer los sujetos a los que afecta su ámbito de aplicación, de conformidad con lo establecido en el párrafo 3º del art. 6 y en el art. 12 del PRD, relativos a las posibles responsabilidades penales que pudieran apreciarse en la tramitación de los procedimientos previstos y, sobre todo, por la existencia de una zona de confluencia común entre los elementos que pueden incidir en la regulación de la responsabilidad penal en materia de propiedad intelectual, de conformidad con lo establecido en los arts. 270 a 272 CP, y, finalmente, en el ejercicio de su misión de velar por la legalidad y el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos, en los procedimientos judiciales que puedan surgir como consecuencia de la aplicación del procedimiento previsto en la norma.

Es por ello que la emisión del presente informe entra dentro de las competencias consultivas del Consejo Fiscal, expresa el parecer de dicho órgano colegiado sobre el proyecto y da cumplimiento al trámite preceptivo previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

## **2. Transcendencia DPI vs. Informe de la Fiscalía General del Estado de 12 de febrero de 2020**

El Real Decreto proyectado aborda el desarrollo reglamentario de la conocida inicialmente como medida Sinde y luego Sinde-Wert, específicamente concebida para la salvaguarda de los DPI en el ámbito de la prestación de los servicios de la sociedad de la información, en definitiva —como dice la rúbrica del art. 195 LPI— en el entorno digital.

El establecimiento efectivo de esta medida en nuestro ordenamiento jurídico tuvo lugar con la aprobación de la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo), mediante la introducción de la previsión incorporada en su disposición final cuadragésimo tercera, que operó una serie de modificaciones en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de *Servicios de la Sociedad de la*



*Información y el Comercio Electrónico (LSSICE), en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA).*

En el momento histórico inmediatamente anterior la desvaloración o minusvaloración de los derechos de propiedad intelectual era generalizada y no estaba ausente del sentir institucional del propio Ministerio Fiscal. Baste recordar que el informe del Consejo Fiscal de 12 de febrero de 2010 fue crítico con la iniciativa legislativa plasmada finalmente en la Ley de Economía Sostenible. De hecho, una de las mayores censuras de dicho informe fue que se incorporase *la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual* a la relación de valores o principios que hasta entonces determinaban en el art. 8.1 de la Ley 34/2002 (LSSICE) una protección específica frente a las vulneraciones cometidas a través de los servicios de la sociedad de la información. En síntesis, se argumentó que los DPI —a salvo de la vertiente y dimensión reconocidas en el art. 20.1.b CE a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica— no revisten la consideración de derechos fundamentales, siendo únicamente encuadrables en el art. 33 CE como manifestaciones del derecho de propiedad y que no se sustentaban en un interés general de suficiente relevancia.

No se tuvo en cuenta entonces que la doctrina emanada de nuestro Tribunal Constitucional viene reconociendo al legislador una amplia libertad de configuración para elegir, de entre los diferentes bienes jurídicos reconocidos, aquellos que sean susceptibles de una mayor protección por parte del ordenamiento jurídico, por lo que la elección en este caso y para este concreto ámbito, entre aquéllos, de la propiedad intelectual como bien digno de protección específica frente a atentados cometidos por responsables de servicios de la sociedad de información, era una opción legítima. Tampoco se reparaba en que la ausencia del carácter de derecho fundamental en nuestra Constitución no es imprescindible para erigirse en principio o valor insertable



entre los que el art. 8.1 LSSICE incorpora como habilitantes de la adopción de las medidas que contempla. Ni siquiera la totalidad de los principios o valores antes vigentes como posibilitadores de las medidas de interrupción de la prestación o de retirada de los datos vulneradores presentaban el carácter de derecho fundamental por más que pueda reconocérseles una indudable relevancia.

No cabe duda de que existen sobradas razones para concluir que la propiedad intelectual constituye un bien jurídico de notable trascendencia para la colectividad social y, por ello, digno de protección también desde la perspectiva del interés general. La importancia jurídica del objeto de protección como emanación de la personalidad característica de la condición humana y su relevancia como factor de desarrollo y progreso económico justificaban y justifican emprender la tarea sin perder de vista su anclaje y proyección internacional. Para comenzar, la trascendencia y valor de la propiedad intelectual tiene directo y esencial reflejo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 27.2 contempla el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de la autoría de toda producción científica, literaria o artística. Incluso, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el rango de derecho fundamental a la propiedad intelectual, cuya protección establece en el art. 17.2, justo después de proclamar el derecho de toda persona a disfrutar de sus bienes (derecho de propiedad en general). También nuestra Constitución reconoce y protege tanto la producción y creación literaria, artística, científica y técnica en calidad de derecho fundamental (art. 20.1 b CE), como la modalidad de propiedad especial que hace parte del genérico derecho a la propiedad (art. 33 CE). Y era y es de tener presente que, independientemente del carácter irrefutable como fundamental del derecho a la producción y creación artística o literaria (art. 20.1.b. CE), los restantes derechos de propiedad intelectual constituyen al menos una modalidad de derecho de la Sección Segunda del Capítulo II del mismo Título I (ex. art. 33 CE), al que el art. 53.1 CE asigna el segundo nivel de garantía



constitucional, e incluso su respeto resulta límite constitucional —ex. ap. 4 del art. 20 CE— a las libertades, entre otras, de expresión y comunicación. Se está, en el caso de los derechos de propiedad intelectual, ante auténticos derechos subjetivos invocables directamente ante los tribunales, vinculantes para los poderes públicos —por tanto, de eficacia inmediata— y únicamente regulables en su ejercicio por Ley que deberá respetar su contenido esencial y, por consiguiente, tutelados a través del control de constitucionalidad de las leyes, por lo que la Constitución les asigna un nivel de garantía superior al que se atribuye constitucionalmente hablando a los principios de los apartados b) y d) del art. 8.1 LSSICE.

Por demás, de la jerarquía y relevancia de la propiedad intelectual es también muestra el hecho de que en el marco internacional su protección normativa haya sido asumida y se encuentra a cargo a nivel institucional de dos organismos internacionales de tan alto relieve y amplia integración de Estados como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), que administran numerosos convenios y llevan a cabo una continua actividad de evaluación de los resultados que sus Estados miembros obtienen en su tutela.

También la Unión Europea resalta la contribución de la propiedad intelectual a la actividad económica comunitaria y recalca su relevancia para el buen funcionamiento del mercado interior europeo y el comercio exterior. Todo ello verifica la necesidad de su puesta en valor en el actual mundo de la economía globalizada y obliga a no perder de vista las claves de su protección internacional y supranacional.

España, como Estado miembro de la OMPI, la OMC y la Unión Europea, se encuentra vinculada por dichas claves y ha adquirido exigentes compromisos internacionales y supranacionales para acomodar su ordenamiento nacional a un marco homogéneo de elevado nivel de protección a la propiedad intelectual. Sin embargo, su sometimiento a los deberes que se desprenden de



los instrumentos regulativos generados no se detiene ahí, sino que implica la asunción de obligaciones de resultado, lo que se traduce en la necesidad de que el sistema de tutela se aplique con eficacia.

Por consiguiente, la opción o decisión de política legislativa que corresponde al legislador estatal, *ex. art. 149.1.9.<sup>a</sup> CE*, de incluir la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual entre los bienes jurídicos constitutivos de título habilitante para establecer restricciones a la prestación de servicios de la sociedad de información no merece sino un juicio abiertamente positivo.

En cualquier caso, pese a las reticencias del informe del Consejo Fiscal, la regulación de la medida a cargo de la SSCPI fue introducida en el art. 158.4 LPI sin alterar sustancialmente el modelo de sus promotores, si bien recogiendo algunas sugerencias puntuales de los informes del CGPJ de fecha 28 de enero de 2010 y del Consejo de Estado de 18 de marzo de 2010.

Se articuló así un sistema en el que se atribuyó la función y competencia para la salvaguarda de los DPI a un órgano administrativo inserto en el Ministerio de Cultura, la Comisión de la Propiedad Intelectual y, más concretamente, a su Sección Segunda, y en concreción de tal responsabilidad a este órgano administrativo se asignó la facultad de acordar medidas de interrupción del servicio o de retirada de contenidos vulneradores de los derechos de propiedad intelectual en el curso de un procedimiento administrativo de restauración o restablecimiento de la legalidad sobre el que en un principio solo se dispuso a nivel legal que se iniciaría a instancia del titular del derecho de propiedad intelectual, que en él comparecerían los responsables de los servicios de la sociedad de la información y que estaría basado en los principios de celeridad, proporcionalidad y demás previstos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Posteriormente, dicha regulación legal fue desarrollada a nivel reglamentario por el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, que obtuvo convalidación judicial en dos Sentencias del Tribunal Supremo de



fecha 31 de mayo de 2013, si bien en atención a su carácter *ultra vires* se declaró la nulidad del inciso del art. 20.2 en el que se asignaba valor de reconocimiento implícito de la vulneración de DPI a la interrupción del servicio o retirada voluntaria de contenidos.

La reforma operada en el originario art. 158 LPI a través de la Ley 21/2014, concretada en el nuevo art. 158 ter LPI, introdujo algunos retoques sobre la anterior situación que afectaron sustancialmente al diseño originario en algunos aspectos trascendentes en reacción a la negativa experiencia aplicativa advertida hasta ese momento a la que se aludirá más adelante. Ulteriormente, la regulación legal fue objeto de nuevas modificaciones a través de la Ley 2/2019, de 1 de marzo, el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo y la Ley 14/2021, de 11 de octubre, que han desembocado en la vigente redacción del art. 195 LPI con la pretensión de mejorar y adaptar el diseño y alcance de la medida a las nuevas problemáticas surgidas.

Especialmente ante estos cambios legislativos, la oportunidad y trascendencia de un nuevo Real Decreto de desarrollo reglamentario de la medida Sinde-Wert es indiscutible e, indudablemente, la iniciativa gubernamental de proceder a abordarlo debe celebrarse como positiva desde todas las perspectivas. Cualquier propuesta normativa, como la presente, que pretenda mejorar y perfeccionar la composición, funcionamiento y procedimientos de intervención del órgano administrativo encargado de la salvaguarda de los DPI en el entorno digital no merece sino una predisposición valorativa altamente acreedora de convencida celebración.

Las obligaciones de resultado y eficacia derivadas de los compromisos internacionales y supranacionales aludidos así lo demandan. En este contexto, por la trascendencia de la protección vaticinada, no es de extrañar que, como se recoge en la memoria del análisis de impacto normativo que acompaña al proyecto de Real Decreto que se informa, se llegue a afirmar que se trata de una *propuesta normativa que actualiza un compromiso adquirido ante la Unión*



Europea y que «la aprobación del Real Decreto es necesaria para no comprometer la recepción de los fondos europeos del Mecanismos de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Unión Europea previstos para ejecutar las inversiones contenidas en el PRTR». Ello da cuenta de la importancia de la iniciativa.

### 3. Justificación del proyecto

La justificación del proyecto se encuentra en las modificaciones operadas respecto a la regulación de la SSCPI en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante TRLPI) y, en especial, las introducidas como consecuencia del apartado ocho del artículo único de la Ley 2/2019, de 1 de marzo, a través del cual se incorporaron a nuestro ordenamiento la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva 2017/1564/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, lo que se tradujo en la modificación del Título V del Libro Tercero, que afectó a las funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual (SSCPI Y SPCPI), que en lo que se refiere a la SSCPI afectan al hecho de que no solo porque se volvió a numerar y modificar los antiguos arts. 158 y 158 ter, que pasan a los arts. 193 y 195 TRLPI, sino que también se ha introducido una regulación del procedimiento de salvaguarda de los derechos en el entorno digital (art. 195) y se ha modificado el apartado quinto de la disposición final quinta en lo relativo al régimen especial de notificaciones.

Asimismo, tanto la disposición final undécima del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, *por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019*, que procedió a dotar de una nueva redacción al precepto, como el apartado diez del artículo decimoprimer de la Ley 14/2021, de 11 de octubre, *por la que se modifica el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para*



*hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019*, vuelven a alterar la citada normativa, ya que se redefine la composición de los miembros de la Sección, de tal forma que se desplaza su asignación al ámbito del Ministerio de Cultura y Deporte (art. 193.4), se amplía la definición de prestadores de servicios de la información contra los que se dirige el procedimiento de salvaguarda (art. 195.2) y se crea el procedimiento especial en el caso de servicios anónimos (art. 195.5), motivos que hacen si cabe más necesario armonizar la regulación reglamentaria existente por no ser acorde con la norma a la que debe desarrollar.

Igualmente, hemos de destacar la normativa comunitaria en la materia, entre las que deben citarse los arts. 12 a 14 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; los arts. 9 a 11 de la Directiva 2004/48CE, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual; la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior, que introduce las entidades de gestión colectiva; y la Directiva 2017/1564/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, que armoniza los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, estableciendo en su art. 5 las obligaciones de las entidades autorizadas para evitar infracciones en materia de propiedad intelectual, y finalmente el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

La propia exposición de motivos y la MAIN del PRD llegan a la conclusión de su actualización, pero citan la necesidad de una nueva norma como única posibilidad regulatoria para el desarrollo de la parte de TRLPI que resulta



afectado por las modificaciones legales, a la vista de la dificultad que implica la aplicación del RDFCPI/2011, que debe ser interpretado como vigente en todos aquellos aspectos que no sean contradictorios con lo previsto en el actual art. 195 TRLPI.

La vulneración de los derechos de propiedad intelectual a través de la utilización de los servicios de la sociedad de la información supone cuantiosas pérdidas económicas para el sector de las industrias culturales, lo que hace necesario que se promueva el desarrollo normativo preciso para paralizar la vulneración de los derechos de propiedad intelectual de los autores y creadores, e impide el enriquecimiento injusto de los infractores y siempre con el debido respeto que la Constitución española otorga al derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas, palabras y opiniones mediante la palabra, la imagen o cualquier otro medio.

La documentación anexa trasladada es particularmente completa y el prólogo expositivo identifica certeramente su objeto, estructura y contenido, de modo que permite formarse una adecuada idea de los motivos de transformar y actualizar la regulación relativa a la composición, funcionamiento y procedimientos administrativos de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (en lo sucesivo también designada como SSCPI), órgano administrativo de naturaleza colegiada que se encuentra adscrito al Ministerio de Cultura y Deporte y tiene por específico cometido la función de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital.

Por ello y considerando vigentes las razones que se tuvieron en cuenta para la creación de la SSCPI, que son en primer lugar, la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual como interés general susceptible de ser tutelado por la Administración Pública; en segundo lugar, la creación de la SSCPI como organismo tendente a adoptar las medidas para impedir la vulneración de los mencionados derechos, y en tercer lugar, la articulación de un procedimiento administrativo creado expresamente para cumplir con dicho fin, se valoran



positivamente los objetivos perseguidos por el PRD en la búsqueda de un adecuado desarrollo de la normativa del TRLPI, que respetando los principios antes mencionados se adapte a la evolución de los servicios de la sociedad de la información y sea complemento de la misma.

#### 4. Estructura y contenido del proyecto

El PRD consta de una exposición de motivos en la que estudia la regulación que es objeto de modificación, su encaje constitucional y las bases que sustentan el PRD; la normativa nacional e internacional en la materia y la justificación de la homogeneización en la regulación para homologar nuestro ordenamiento a las reglas que rigen en otros Estados y organizaciones internacionales, la estructura del PRD y finalmente los principios básicos que rigen el mismo.

El APL consta de veinticinco artículos distribuidos en tres capítulos, una disposición derogatoria única y cuatro disposiciones finales

El **Capítulo I** (arts. 1 a 2) detalla las disposiciones generales, regulando el objeto de la norma (art. 1) y su régimen jurídico (art. 2).

El **Capítulo II** (arts. 3 a 6) tiene por objeto establecer la composición (art. 3), función (art. 4), actuaciones (art. 5) y funcionamiento de la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual (art. 6).

El **Capítulo III** (arts. 7 a 25) está dedicado al procedimiento de restablecimiento de la legalidad para la salvaguarda de los derechos de propiedad industrial que a su vez se divide en tres secciones que regulan las disposiciones generales sobre el procedimiento (primera), las relativas al procedimiento ordinario (segunda), y finalmente el procedimiento especial en el caso de servicios anónimos (tercera).



En cuanto a la sección primera, se regula su ámbito de aplicación (art. 7), sus principios rectores (art. 8), interesados (art. 9), el principio de colaboración (art. 10), el plazo máximo para resolver (art. 11) y las reglas para la prejudicialidad penal o civil (art. 12).

En la sección segunda y en el procedimiento ordinario, se regula su inicio (art. 13), el requerimiento previo (art. 14), la denuncia (art. 15), las actuaciones previas de comprobación (art. 16), el acuerdo de inicio del procedimiento (art. 17), la acumulación de denuncias o de procedimientos (art. 18), la interrupción del servicio o retirada voluntaria y fase de alegaciones (art. 19), las normas en materia de reanudación de la presunta actividad vulneradora y la reapertura del procedimiento (art. 20), la fase de prueba y propuesta de resolución (art. 21), la resolución del procedimiento (art. 22), la solicitud de autorización judicial para la ejecución subsidiaria (art. 23) y finalmente, la ejecución subsidiaria de la resolución (art. 24).

La sección tercera establece (art. 25) las especialidades en la tramitación del procedimiento en el caso de servicios anónimos de responsables de los servicios de la sociedad de la información.

La **disposición derogatoria única** hace referencia a la expresa derogación de la regulación anterior existente en la materia, entre las que cita el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, *por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual*, y el párrafo b) del art. 2.1 de la Orden ECD/378/2012, de 28 de febrero, *por la que se establece la obligatoriedad para los interesados en el procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, de comunicarse con la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual por medios electrónicos*.

Las **disposiciones finales** establecen la modificación del Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, *por el que se desarrolla reglamentariamente la composición, organización y ejercicio de funciones de la Sección Primera de la*



*Comisión de Propiedad Intelectual* (primera); el título competencial (segunda); las facultades de desarrollo (tercera) y la entrada en vigor (cuarta).

## **5. El proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla reglamentariamente la composición y funcionamiento de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual**

El PRD define con claridad en su MAIN los objetivos perseguidos, que son, en primer lugar, la actualización del texto del RDFCPI/2011 en el que se regula el funcionamiento de la SSCPI; y, en segundo lugar, agilizar la resolución del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, mejorando el cumplimiento de los plazos y la seguridad jurídica y reforzar la intensificación de la salvaguarda de derechos de autor y derechos conexos.

Asimismo, tiene por objeto la regulación reglamentaria de la composición, funciones y procedimientos de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, sustituyendo a la contenida en el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, *por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual*.

En términos generales, la valoración de que se acometa una nueva regulación reglamentaria de estos aspectos, que comportan un desarrollo reglamentario del art. 195 LPI y, por ello, de la función de salvaguarda de los derechos en el entorno digital regulada en dicho precepto legal, ya se ha anticipado que no puede ser sino celebrada como muy positiva.

La actualización y perfeccionamiento normativo son absolutamente imprescindibles ante las significativas carencias del sistema tuitivo generadas por la falta de adaptación de las normas reglamentarias a las sucesivas reformas operadas en la LPI y por toda la serie de ineficiencias del procedimiento de restablecimiento de la legalidad, observadas en su aplicación



práctica, que han determinado que el desempeño de la referida función de salvaguarda no haya resultado ser todo lo ágil y eficiente que debería ser, frustrando los objetivos de inmediatez y eficacia de la respuesta administrativa.

Pero es a partir del qué, por qué y para qué de la medida del art. 195 LPI, así como de su experiencia aplicativa y las dinámicas vulneradoras de DPI en el entorno digital a las que ha de hacer frente con el procedimiento administrativo y, en su caso, contencioso-administrativo, que procede abordar la valoración específica del articulado del proyecto de Real Decreto sometido a informe.

Recapitulando lo ya advertido, en breve síntesis, la medida Sinde-Wert actualizada en el art. 195 LPI para la ejecución de la función de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital: i) tiene naturaleza de procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad compatible con el ejercicio de acciones penales, civiles y contencioso-administrativas; ii) surgió porque era necesario cumplir con los compromisos internacionales (OMC) y supranacionales (UE) que imponen *obligaciones de resultado y eficacia* en la acción contra las vulneraciones de aquellos derechos; y iii) se generó para dar una respuesta inmediata, ágil y eficiente a las singulares dinámicas comisivas en que se concretan dichas vulneraciones en el entorno digital, con el específico propósito de hacer cesar la actividad infractora, así como evitar su continuidad y la de los perjuicios que producen, ello como medio de resolver la situación de marcada lentitud en la adopción de medidas cautelares que se daba en el curso de los procedimientos judiciales civiles y penales.

Por consiguiente, siempre respetando los contornos de la medida establecidos en la ley que desarrolla, del articulado de un RD como el que se proyecta, en cuanto al procedimiento administrativo, ha de demandarse, en primer lugar, que sirva para restablecer el orden jurídico perturbado por las vulneraciones, haciéndolas cesar y evitando la continuidad de sus efectos, de modo que el respeto a los derechos quebrantados se restaure, sin perjuicio de las acciones de otra naturaleza que resulten procedentes; en segundo término, que, por su



diseño, permita obtener resultados reales y efectivos en la salvaguarda de los derechos concernidos; y, en tercer lugar, que proporcione, aun con respeto a las garantías en su tramitación y resolución, una respuesta inmediata, ágil y eficiente a las actuales formas de vulneración de los DPI. Y estos son los ejes sobre los que hay que centrar la evaluación de sus disposiciones.

Pues bien, para ordenar el análisis seguiremos la propia estructura del proyecto de RD, de modo que abordaremos primero las disposiciones generales del Capítulo I (arts. 1 a 3); a continuación, las disposiciones relativas a la composición, función, actuaciones y funcionamiento de la SSCPI del Capítulo II (arts. 4 a 6); y finalmente las disposiciones procedimentales del Capítulo III que, ordenado en tres Secciones, comprende la mayor parte del articulado del PRD (arts. 7 a 25), y serán el foco de preferente atención.

## 5.1 Disposiciones generales

El **art. 1** precisa y delimita el objeto del PRD haciendo referencia a la legislación que desarrolla, y que se establece en el artículo 193 TRLPI, que cita la función de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual que es llevada a cabo por la SSCPI (párrafo 1º) y la composición de la Sección (párrafo 4º), mientras que las referencias al régimen jurídico del procedimiento lo son al que aparece establecido en el art. 195 TRLPI, y no al art. 153 que cita el texto de la actual regulación.

Es por ello que el procedimiento regulado tiene como ámbito de aplicación exclusivo el restablecimiento de la legalidad en los supuestos de vulneración de los derechos de propiedad intelectual por los responsables de los servicios de la sociedad de la información, es decir, los producidos a través de internet, por lo que el centro de imputación no se dirige a los usuarios sino a los agentes que regentan soportes desde los cuales puedan llevarse a cabo las descargas ilegales, vulnerándose derechos de autor, que es el ámbito de desarrollo de actividad de los responsables de los servicios de la sociedad de la información.



Además, la vulneración debe catalogarse como de carácter grave, entendida bajo los criterios de audiencia, número de obras afectadas y prestaciones ofrecidas conforme a lo establecido en el art. 195.2.a) TRLPI. La regulación prevista en el TRLPI y el PRD describe dos tipos de procedimientos: el primero, declarativo, que declara la vulneración de los derechos de propiedad intelectual y el orden de cese de la conducta; y el segundo, ejecutivo, que supone la ejecución forzosa por los órganos judiciales en los casos de incumplimiento de la citada resolución.

Finalmente, llama la atención que no se incluya una referencia explícita a los procedimientos administrativos siendo que constituyen el objeto de tratamiento mayoritario y preponderante en el articulado del PRD, pero tampoco es estrictamente necesario sugerir una modificación que la contemple, puesto que sin esfuerzo pueden entenderse implícita en las referencias a la regulación del funcionamiento de la SSCPI y del régimen jurídico aplicable a la función que tiene legalmente encomendada.

El **art. 2** define el régimen jurídico aplicable, diferenciando dos planos, el principal, que se basa en el TRLPI y, en lo no dispuesto en este, en la Ley 34/2002, de julio, *de Servicios de Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico* (en adelante LSSI), en especial sus arts. 8 y 11, y el presente PRD; y el supletorio que se ciñe a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (en adelante LPACAP), a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público* (en adelante LRJSP) y a la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (en adelante LJCA), modificando el actual art.13.2 que menciona legislación actualmente derogada en materia administrativa.

Dicho precepto comporta superar la presente situación de desajuste reglamentario con la legislación vigente. En la actualidad, el desarrollo reglamentario de la función de la salvaguarda de DPI en el entorno digital y del



procedimiento para el restablecimiento de la legalidad que contiene el Real Decreto 1889/2011 no ha sido adaptado a las sucesivas reformas legislativas aprobadas sobre la materia, operadas a través de las Leyes 21/2014, de 4 de noviembre, 2/2019, de 1 de marzo y 14/2021, de 11 de octubre, a lo que cabe añadir que tampoco lo está ni a la LPACAP ni a la LRJSP.

A la vista de que la SSCPI es un órgano administrativo con competencias en materia de propiedad intelectual en el ámbito digital, el régimen jurídico debe estar capitalizado por la legislación sectorial especial que norma sus aspectos específicos: la LPI, la LSSICE y la regulación que se contenga en el RD que se proyecta y, en el supuesto de que estas normas no prevean algún aspecto, por la normativa general contenida en las Leyes 39/2015 y 40/2015 y, en su caso, por la LJCA. Así lo viene a certificar el art. 2 PRD y, por tanto, sus previsiones resultan impecables.

La única propuesta que necesariamente ha de realizarse en relación con este art. 2 es que se proceda a corregir el error manifiesto de asignar el número 1 a su primera frase, lo que encuentra razón en que no existe ningún apartado 2. Bastaría, por tanto, con eliminar dicho número (1).

## **5.2 Composición, función, actuaciones y funcionamiento de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual**

El **art. 3** establece la composición de la Comisión, adaptándose a las previsiones del actual art. 195 TRLPI y derogando el art. 14 RDFCPI/2011. Por lo tanto, dicha SSCPI está llamada a ejercer la función prevista en el art. 4, es decir «las funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, frente a su vulneración por los responsables de los servicios de información a través de un procedimiento cuyo objeto será el restablecimiento de la legalidad», mejora sensiblemente la actual conformación interministerial del art. 14.1 del RD 1889/2011, tanto en lo que respecta a la procedencia orgánica de los Vocales, que exclusivamente tienen inserción en el propio Ministerio de



Cultura y Deporte o en sus organismos adscritos con precisiones añadidas de ámbitos de origen especialmente relacionados con la función a desarrollar, como en lo que atañe a las exigencias de titulación y conocimientos específicos que deberán poseer de modo efectivo y no meramente ser de valorados «adicionalmente». Con ello se ponen las condiciones para superar el déficit de perfiles y especialización que se había venido apreciando en sus componentes.

La naturaleza jurídica relativamente compleja y la transcendencia de las funciones requiere como bien establece el propio precepto conocimientos, que por un lado, afecten a la normativa vigente (derecho administrativo, derecho procesal, derecho de las comunicaciones electrónicas o jurisdicción contencioso administrativa) y por otro, a la materia objeto de estudio (propiedad intelectual y tecnología de la información y las comunicaciones) y finalmente a la titulación académica necesaria para formar parte de la misma (licenciatura, ingeniería, arquitectura y grado), por lo que las exigencias de dichos conocimientos a los miembros de la citada sección resultan necesarias.

Pero, además, se aprecia en la redacción del precepto la falta de reglas o menciones que hagan referencia a la existencia de criterios de valoración aplicables a la elección de los citados miembros. En este sentido, cabe citar por remisión las menciones previstas en el art. 3 del Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, que al regular la SSCPI habla de valorar en la propuesta de nombramiento los méritos que son tenidos en cuenta para formular la misma, o incluso las establecidas en el art. 14.1 del RD que se deroga, que igualmente prevé un procedimiento de valoración.

Entendemos que el ámbito de actuación de los miembros de la SSCPI es un marco sustantivo y procedimental de dimensión jurídico-pública, lo que conlleva tareas de calificación jurídica, admisión, depuración y apreciación de pruebas, control de garantías relativas a la contradicción del procedimiento, el derecho de defensa, la transparencia o el principio de acceso permanente, que hacen necesaria una correcta elección de sus componentes, cuyos conocimientos



deber ser valorados y deben de acreditar los requisitos de formación y experiencia para el acceso a la función de vocal.

En este sentido, sigue llamando la atención la diferencia de cualificación que se exige a los miembros de la SPCPI, a los que según el art. 3 del RD 1023/2015 que regula su composición se les exige ser «expertos de reconocida competencia en materia de propiedad intelectual», mientras que en el PRD se dice que simplemente deben acreditar «conocimientos específicos en materia de propiedad intelectual», diferencia si cabe más llamativa, ya que las funciones que desarrollan los vocales de la SPCPI son de mediación o arbitraje que carecen de la complejidad jurídica que requiere la labor de los vocales de la SSCPI.

Igualmente, resulta indispensable fijar un plazo de duración del mandato de los vocales (titulares o suplentes), con la posibilidad de renovación, como se cita en el art. 3 del Real Decreto 1023/2015 respecto al SPCPI, ya que en caso contrario los nombramientos serían vitalicios, descartando en todo caso los razonamientos que la MAIN establece respecto a la redacción del precepto para justificar los plazos de duración del cargo de vocal, en especial, cuando cita la imposibilidad de cambio de vocales al ser funcionarios del Ministerio.

En cuanto a los suplentes, dada la redacción del art. 3 del PRD, no parece que se exija las mismas condiciones de conocimiento de la materia que se exige a los titulares, lo cual puede resultar difícil de conciliar con la excelencia y conocimientos técnicos que, si se exige al resto de miembros titulares de la Sección, y en todo caso no menciona lo establecido en el art. 13 LRJSP que regula la suplencia de los titulares de los órganos administrativos en los supuestos de suplencia.

La organización interna (presidencia, vocales y secretario) se considera que es ajustada para su correcto funcionamiento.



El **art. 4** trata de la función de salvaguarda y lo hace por referencia a la normativa que aplica con carácter principal, es decir, el art. 195.1 TRLPI y los arts. 8, 10, 11 y 13 LSSI, donde se detalla su contenido, y aunque se hable de funciones de salvaguarda en el párrafo 1º del art. 195 TRLPI, en realidad se refiere a las actuaciones que dicha función implica y que se desarrollan en el art. 5 del PRD.

Por ello, resulta particularmente correcta, desde un prisma de mejor técnica normativa la identificación en el art. 4 de la única función que realmente ejerce la SSCPI: la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito digital (literalmente, «la función de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información a través de un procedimiento cuyo objeto será el restablecimiento de la legalidad, en los términos previstos en el artículo 195 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio»). En términos comparativos con la vigente redacción del art. 13 del RD 1889/2011, la simplificación, precisión y adaptación reglamentarias resultan positivas, puesto que en dicho precepto, bajo el título “Funciones de la Sección Segunda”, se contienen seis apartados en los que se mezclan aspectos heterogéneos y se sigue aludiendo al extinto art. 158 LPI.

El **art. 5** precisa las actuaciones para el ejercicio de su función, regulando las mismas en función de las medidas a adoptar para lograr la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en la sociedad de la información. En este sentido define las mismas, y no solo prevé lo esencial, esto es, i) la propuesta y adopción de todo tipo de medidas para lograr la salvaguarda de los DPI en el ámbito de la sociedad de la información y, en particular, las dirigidas —a través del procedimiento regulado en el Capítulo III— a interrumpir la prestación de un servicio de la sociedad de la información o a retirar los contenidos que vulneren la propiedad intelectual causantes o potencialmente susceptibles de causar un daño patrimonial (apartado a), sino que innova y mejora la regulación respecto



del actual Real Decreto 1889/2011 —que carece de un precepto similar— previendo, además, ii) la elaboración de una memoria anual orientada a examinar la forma en que se desarrolla su función y basar en la experiencia aplicativa propuestas de mejora (apartado b) —lo que se antoja de extraordinario valor al posibilitar una permanente evaluación de su funcionamiento y operatividad práctica que vaya más allá de los actuales Boletines Trimestrales en los que aporta datos estadísticos de manera meramente descriptiva y autocomplaciente—; iii) la contestación de consultas de la ciudadanía sobre acceso a dominios de internet, contenidos protegidos, sus condiciones de explotación o la vinculación de dichos dominios con resoluciones judiciales o administrativas previas (apartado c); la comunicación a organismos internacionales, entre otros, de las resoluciones dictadas conforme al art. 195.2 LPI (apartado d); y iv) en cláusula abierta, amén de la específica actividad de promoción de códigos de conducta voluntaria del art. 195.9 LPI, el desarrollo de cualquier otra actuación que pueda derivar de la función que se le atribuye en la normativa sobre propiedad intelectual, lo que puede permitir una adaptación a futuras ampliaciones como las que podrían proceder, en el futuro, de la creación de la planeada Oficina Española de Derechos de Autor y Conexos (OEDAC).

El **art. 6** instaura las normas que regulan el funcionamiento, estableciendo dos tipos de preceptos. En primer lugar, en los párrafos 1º y 2º se habla de la función instructora del procedimiento en la que deberían requerirse conocimientos jurídicos en materia contencioso-administrativa (1º), y la aplicación de las causas de abstención y recusación de los miembros de la Sección Segunda (2º). En segundo lugar, aquellas que se aplican en relación con la existencia de hechos constitutivos de ilícito penal y la obligación de denunciar conforme a las previsiones del art. 262 LECrim (3º), la posibilidad de existencia de infracción administrativa del art. 43 LSSI y la necesidad de su comunicación (4º), y, finalmente la aplicación de la normativa actual en materia de protección de datos respecto al tratamiento de datos relacionados con la actuación de la Sección.



Sin embargo, dado que se trata de una disposición de desarrollo reglamentario, es llamativa la discordancia que se produce en materia de regulación de protección de datos, ya que la prevista en el art. 195, apartado 10º, no ha actualizado las referencias a la legislación vigente en la materia, al contrario de lo que establece el apartado 5º del art. 6 del PRD, por lo que debe promoverse la reforma legislativa que actualice dicho apartado del TRLPI, ya que la redacción vigente era anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, *de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales*, que actualmente rige en la materia.

En este sentido, en lo que respecta al precepto dedicado al funcionamiento (art. 6), merece destacarse la referencia a los instructores encargados de la tramitación de los procedimientos administrativos, si bien debe tenerse conciencia de que la mención a su designación y procedencia no resuelve el problema de los escasos medios personales con que cuenta la SSCPI. Por ello, como ya se ha dicho, bien en el art. 3 PRD relativo a la composición, bien en este art. 6 PRD sería conveniente que, ya que se les alude, el RD proyectado contuviese un mandato que propendiese a asegurar su suficiente número y dotación a todos los niveles (sin perjuicio de que la concreción competiese a la correspondiente RPT), así como a unas exigencias de acreditación de su aptitud semejantes a los requeridos para los vocales, pues no poca parte de los problemas de lentitud y tramitación observados hasta el presente provienen de que ni por los específicos cometidos a llevar a cabo que requieren conocimientos especializados ni se encuentran suficientes funcionarios con la aptitud y actitud debidas como para realizar la labor que entrañan estos procedimientos, en los que la inmediatez, celeridad y eficacia de la respuesta resultan objetivos nucleares y cualquier déficit de idoneidad de los instructores la obstaculizará.

Con ocasión de la polémica cuestión de establecer unos plazos máximos de incoación tras la recepción de la denuncia —aspecto éste que se abordará más



adelante, bastando recordar ahora los extensos periodos temporales a los que se ha aludido antes— en la documentación trasladada para elaborar el presente informe se viene a reconocer por el normador reglamentario la escasez de medios y la complejidad de las actuaciones previas. Pues bien, ambos obstáculos no pueden ser salvados sino incrementando los primeros y asegurando número, formación e idoneidad de los funcionarios instructores. De lo contrario, el funcionamiento de la Sección al que se refiere el art. 6 del RD proyectado será poco ágil e ineficiente.

De ahí que, tratándose de una cuestión que incide de modo notorio en el funcionamiento de la SSCPI en lo que respecta a la debida tramitación de los procedimientos administrativos, la propuesta de mejora que se considera preferible es modificar la actual redacción del art. 6.1 PRD en el siguiente sentido:

*1. Para la tramitación de los procedimientos administrativos sustanciados ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, se designarán instructores entre el personal funcionario perteneciente a los Subgrupos A1 o A2 que preste sus servicios en el Ministerio de Cultura y Deporte, y que esté adscrito al centro directivo competente en materia de propiedad intelectual. Dichos instructores deberán contar con conocimientos específicos acreditados en materia de propiedad intelectual, tecnologías de la información y comunicaciones, derecho administrativo, derecho procesal, derecho de las comunicaciones electrónicas y jurisdicción contencioso-administrativa y su número deberá ser suficiente para sustanciar los procedimientos en los plazos determinados en el art. 11 del presente Real Decreto conforme a la carga laboral que soporten en cada momento.*

En cuanto al resto de las previsiones del precepto, más allá de la lógica equiparación, a efectos de causas de abstención y recusación de los arts. 23 y 24 de la Ley 40/2015, entre instructores y miembros de la CPI (art. 6.2) y la mención del régimen del tratamiento de datos en el ámbito de sus funciones (art. 6.5), hay dos disposiciones que merecen comentario específico.



En el número 3 del art. 6 del PRD se viene a reproducir la regla contenida en el vigente apartado 4 del art. 13 del RD 1889/2011 sobre el deber de denuncia del art. 262 LECrim cuando con ocasión del análisis y valoración de las denuncias ante la SSCPI se tenga noticias de delitos públicos, así como la previsión de que ello no obstará a que la Sección siga desarrollando su función, pero desaparece -y no es irrelevante- la coletilla del inciso final del 13.4 (*salvo que el órgano jurisdiccional penal ordene otra cosa*). En consonancia con ello, el art. 12 del PRD establece que la tramitación del procedimiento de restablecimiento de la legalidad, tanto ordinario como especial, será compatible, sin que se produzca su suspensión, con la exigencia a los prestadores de servicios de la sociedad de la información de otras responsabilidades en las que hubiera podido incurrir por la comisión de los hechos objeto del mismo, con lo que se refuerza el postulado de inexistencia de prejudicialidad penal y civil.

Ello es absolutamente coherente con la propia naturaleza de los procedimientos de restablecimiento o restauración de legalidad y no es sino aplicación procedimental de la disposición legal contenida en el art. 195.8 LPI que señala que lo dispuesto en dicho artículo se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes.

La ausencia de naturaleza sancionadora en la clase de tutela que brinda el mecanismo de restablecimiento de legalidad del art. 195 LPI, posibilita —sin violentar el principio *ne bis in ídem*— la coexistencia de este y la adopción de sus medidas con el proceso penal por delito y la sanción penal. Lo que resulta llamativo es el escaso nivel de cumplimiento del deber de denuncia por parte de los cargos y empleados públicos que por razón de su desempeño en la SSCPI tramitan y resuelven los procedimientos administrativos. Existe una indudable área de confluencia entre los ilícitos que dan lugar a la tramitación del procedimiento de restablecimiento de la legalidad y los que son constitutivos de delitos públicos de los arts. 270 y 271 CP y muy particularmente con el tipo específico del art 270.2 CP. La articulación de los



tipos penales bajo una técnica remisoría y dinámica a la normativa extrapenal basada en la descripción de los supuestos de hecho con elementos normativos conlleva zonas de evidente confluencia con la esfera civil y, por ende, con el ámbito de protección administrativa. En principio y por definición, el ámbito de protección penal es más restringido, ya que, a diferencia de la acción de tutela administrativa y la acción civil, exige la concurrencia de ánimo de obtener beneficio económico, directo o indirecto, y actuación en perjuicio de tercero, de modo que no toda vulneración que habilite la intervención administrativa o la acción civil permite la penal. Si bien la adopción de las medidas administrativas de retirada de contenidos o interrupción del servicio tan solo se condiciona a que el prestador haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial (actual 195.4 LPI), lo que implica existencia de daño efectivo o potencial de carácter económico y en tal medida debe afectar las facultades patrimoniales de explotación, lo cierto es que no se exige la concurrencia de ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, aunque lo habitual es que éste concurra de manera efectiva y el servicio vulnerador de DPI se dedique exclusivamente a ello. Por consiguiente, en la inmensa mayoría de los casos habrá ilícito penal.

Sin embargo, desde los primeros años del inicio de la actividad de la SSCPI ya se instaló la práctica de que el procedimiento singular de restauración o de restablecimiento de la legalidad al que nos venimos refiriendo no generase en ningún caso comunicación alguna a la policía, al Ministerio Fiscal o a los órganos judiciales acerca del conocimiento de hechos delictivos. Y no existen datos que confirmen que la situación haya mejorado recientemente.

Como en tantas ocasiones, el problema no está en las normas sino en su nivel de cumplimiento.

En realidad, nada puede oponerse a la denuncia a los órganos competentes para la persecución penal en la situación regulativa originaria -ni en la actual- desde la perspectiva del principio *ne bis in ídem*, puesto que este



procedimiento singular no se articuló un procedimiento administrativo sancionador sino un procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad y, en dicha medida, aparecía perfectamente compatible con el procedimiento penal que conduce a una condena de tal naturaleza. Ello explica que este procedimiento pudiera llevarse a término sin perjuicio de la responsabilidad penal (anterior art. 158 ter.4 LPI y actual art. 195.8 LPI) y no tuviera necesariamente que paralizarse en caso de seguimiento de un procedimiento penal por los mismos hechos cuando la propia Sección Segunda los denunciase a la jurisdicción penal por entender concurrentes indicios de delito (art. 13.4 del Real Decreto 1889/2011 y art. 6.3 y 12 del proyecto de Real Decreto analizado).

Finalmente, el apartado núm. 4 del art. 6 recoge una disposición preferentemente dirigida a ordenar imperativamente a la SSCPI la comunicación a los órganos con competencia sancionadora de los presuntos incumplimientos de las obligaciones impuestas por la LSSICE a los prestadores de servicios de la información, a los efectos previstos en su art. 43. Este precepto en su redacción vigente dispone en su núm. 1 que la imposición de sanciones corresponde, en el caso de infracciones muy graves, a la persona titular del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, y en el de infracciones graves y leves, a la persona titular de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA), que en esto sucedió a la SETSI. Obviamente, el principal problema determinante de las dificultades de la medida Sinde-Wert es el incumplimiento del art. 10.1.a) LSSICE y la inacción de los órganos administrativos con competencia sancionadora —antes la SETSI y en la actualidad la SEDIA— en la imposición de disciplina alguna en el cumplimiento de la obligación de facilitación de datos por los prestadores de servicios de la sociedad de la información por patente abdicación en el ejercicio de su competencia sancionadora, pese a que la SSCPI viene efectuando puntualmente las oportunas comunicaciones.



La falta de imposición de disciplina en esta materia —la facilitación de datos a los que se refiere el art. 10.1.a) LSSICE— tiene un efecto altamente perturbador en los procedimientos administrativos y contencioso-administrativos, pues que esté o no identificado suficientemente el responsable de los servicios de la sociedad de información conforme a dicha disposición resulta absolutamente determinante. Ello sucede en la inmensa mayoría de los casos y comporta que actualmente la práctica totalidad de las denuncias se hayan de tramitar por el procedimiento especial que se instauró por la Ley 14/2021, de 11 de octubre, convirtiendo el procedimiento ordinario al que nos referiremos más adelante en el procedimiento menos común, de modo que convierte el especial en la regla y el ordinario en la excepción. De hecho, el problema de la insuficiente identificación del responsable de los servicios de la sociedad de información pretendió ser inicialmente paliado con el recurso a la medida cautelarísima introducida en su momento en el art. 195.4 *in fine* LPI por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, que implicaba acudir a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Precisamente, la Ley 14/2021, de 11 de octubre, dio carta de naturaleza al procedimiento especial evitando tener que acudir vía cautelarísima a tales juzgados.

Por consiguiente, siendo que la SSCPI viene cumpliendo normal y satisfactoriamente con su obligación de comunicar a los órganos con competencia sancionadora los patentes incumplimientos de las obligaciones impuestas por la LSSICE a los prestadores de servicios de la información, a los efectos previstos en su art. 43, el problema se ubica en que no se prevé la excitación del ejercicio de tal competencia sancionadora por parte de la SEDIA.

### **5.3. El procedimiento de restablecimiento de la legalidad para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual**

La regulación de los procedimientos de restablecimiento de la legalidad para la salvaguarda de los DPI constituye el objeto central regulativo del proyecto de Real Decreto. A ello se dedican diecinueve de los veinticinco artículos del texto



normativo principal (los arts. 7 a 25) distribuidos en tres Secciones: la primera de ellas integrada por unas disposiciones generales (arts. 7 a 12); la segunda consagrada al procedimiento ordinario (arts. 13 a 24); y la tercera dedicada al procedimiento especial en caso de servicios anónimos (art. 25), aplicable en relación con los responsables de los servicios de la sociedad de la información que no cumplan con la obligación de informar sobre su nombre o denominación social establecida en el art. 10.1.a) LSSICE.

### 5.3.1 Sección 1.ª: Disposiciones generales sobre el procedimiento

Bajo el epígrafe de las disposiciones generales sobre el procedimiento, se ha introducido una regulación más detallada del procedimiento, que supera la regulación precedente, diferenciando en distintos preceptos todas aquellas disposiciones que puedan resultar de común aplicación al procedimiento.

El **art. 7** establece su ámbito de aplicación, definiendo un procedimiento para la tutela de los derechos de propiedad intelectual que aparece regulado en el art. 195 TRLPI. Se trata de un procedimiento de carácter administrativo, cuyo objeto es reestablecer la legalidad en los supuestos de infracción de los derechos de propiedad intelectual que se producen en el entorno digital, ya que se trata de un procedimiento especial que cuenta con su propia normativa reguladora, y que finaliza con la resolución en la que se establezcan las medidas tendentes a la restauración de la legalidad conculcada, pero que en modo alguno tiene carácter sancionador, ya que el incumplimiento de la resolución administrativa que pone fin al procedimiento, para que dé lugar a sanciones administrativas, requiere en su caso la tramitación de un procedimiento de carácter sancionador, por lo cual no podemos hablar de infracción administrativa y sanción, al referirnos a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual. De este modo se recoge lo establecido por la jurisprudencia, ya que la STS de 31 de mayo de 2013, de la Sala 3ª del TS (rec. 185/2012) dice que «la actividad de este órgano administrativo actuando para la protección de los derechos de propiedad intelectual no ejercita una potestad punitiva, sino que se trata de "[...]



reponer las cosas a su situación legal, cuando dicha legalidad ha sido conculcada por los responsables de los servicios de la sociedad de la información».

La mención que se realiza a las distintas formas de prestación de servicios de la sociedad de la información que vayan posibilitando los avances tecnológicos es una fórmula bastante abierta que puede generar problemas de interpretación sobre su alcance, pese a remitirse a lo establecido en el art. 195.2 TRLPI, que en el momento actual establece un catálogo cerrado.

No obstante, el apartado c) del art. 15.2. del PRD establece como condición que ha de cumplirse para la apertura del expediente que la solicitud de iniciación del procedimiento deberá contener «acreditación, por cualquier medio de prueba admisible en derecho, de que la obra o prestación alegada está siendo objeto de explotación, lucrativa o no, a través del servicio de la sociedad de la información objeto de la denuncia, identificando y describiendo dicha actividad».

A diferencia de ambas opciones vigentes, el art. 7 del PRD se limita a indicar que el objeto de los procedimientos *es el restablecimiento de la legalidad en aquellos casos en los que se acredite una vulneración de los derechos de propiedad intelectual mediante la prestación de servicios de la sociedad de la información en las distintas formas que vayan posibilitando los avances tecnológicos, conforme a lo previsto en el artículo 195.2 LPI.*

Aparentemente, la fórmula de esta disposición reglamentaria, al margen de que puede juzgarse excesivamente escueta en comparación con la legal, no parece restrictiva, sino todo lo contrario, en la medida en que presenta características propias de una cláusula abierta con potencial para adaptarse a las modalidades vulneradoras que propicie la evolución tecnológica.

No obstante, la decisiva relevancia del perímetro aplicativo del procedimiento y las medidas en que desemboca, hacen más que aconsejable un complemento



que asegure que exégesis restrictivas por parte de los intérpretes y aplicadores administrativos amparadas en la conveniencia, la oportunidad u otras consideraciones que no se correspondan con la estricta legalidad terminen por desnaturalizar la previsión.

De hecho, en la documentación anexa acompañada por los promotores del PRD se entrevén afirmaciones que corren el riesgo de provocar cierta desviación en dicha dirección, dejando fuera del ámbito aplicativo del procedimiento comportamientos de ISP que incurren en responsabilidad vulneradora de DPI conforme a las disposiciones de la LSSICE y que entrarían dentro del ámbito de la función de salvaguarda de los DPI en el «entorno digital» que ha de ejercer la SSCPI. Entre las más preocupantes, desde luego, las que cuestionan la existencia de base jurídica clara para la inclusión de vulneraciones cometidas en determinados medios digitales.

Debe subrayarse que los términos legales empleados en el art. 195 LPI — antes en el art. 158 ter LPI— se refieren a la función a desempeñar por la SSCPI como de «salvaguarda de los derechos en el entorno digital» y no exclusivamente «en páginas de internet», tal y como expresa el anexo IV del RD 1889/2011 al referirse a la solicitud de inicio del procedimiento y las instrucciones para su cumplimentación, lo que incluso parecen reproducir, al menos en parte, las denominaciones empleadas, se desconoce si por inercia, en el anexo al PRD que se informa. Y es que dicha función ha de ejercerse por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, conforme al referido art. 195.1 LPI, en «salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información» en todo el entorno digital, lo que incluye una diversidad de medios digitales, como páginas web, aplicaciones móviles y redes sociales.

Ya se ha señalado en el capítulo anterior que la tipología vulneradora de mayor impacto en la actualidad tiene lugar a través del desarrollo de herramientas,



aplicaciones, componentes y entornos que posibilitan la puesta a disposición, paquetización, retransmisión no autorizada y, en suma, la comunicación pública de obras y prestaciones (incluidos eventos deportivos) de manera fraudulenta, permitiendo al público, cuándo y desde dónde se escoja, a partir de todo tipo de dispositivos (PC, portátiles, *tablets*, móviles, etc.) el acceso ilegal a contenidos protegidos, infringiendo los derechos de propiedad intelectual existentes. Y en particular se subrayaba como, junto a las iniciales formas infractoras de almacenamiento o alojamiento de contenidos y de facilitación del acceso y localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual, habían adquirido un relevante incremento las actividades de difusión de televisión por protocolo de Internet (IPTV) y de facilitación del acceso a la difusión realizada por los anteriores, así como las dinámicas vulneradoras cometidas mediante aplicaciones informáticas (APP y, en su caso, APK) y los servicios digitales de intermediación que las facilitan, esto es, los que prestan las llamadas «tiendas de aplicaciones informáticas», así como a través de los servicios digitales de redes o medios sociales (RRSS) y los de mensajería instantánea, especialmente aquellos que habilitan grandes grupos o canales en los que se produce una masiva puesta a disposición y comunicación pública de contenidos protegidos por DPI (tal y como sucede con *Telegram*).

Teniendo en cuenta esta tipología vulneradora y que el propio ámbito objetivo de la medida Sinde-Wert fue objeto de modificación a nivel legal mediante la Ley 14/2021, de 11 de octubre, con la inclusión de los dos nuevos apartados c) y d) en el art. 195.2 LP, la crítica más intensa que puede efectuarse es que, tratándose de un instrumento normativo de desarrollo reglamentario no se aborde una relación, aun no taxativa, de modalidades de dicha tipología vulneradora que clarifique que las mismas también resultan objeto del procedimiento de restauración de la legalidad siempre que satisfagan las circunstancias del referido apartado 2 del art. 195 LPI, e incluso —si fuera preciso— despliegue una semejante función de concreción en relación con las conductas acogidas en los apartados a) y b) de dicho precepto en relación tanto con los *cyberlockers/sharehosters* como con los servicios de difusión de



televisión por protocolo de Internet (IPTV) y los que faciliten el acceso a la difusión realizada por los anteriores, realizando una labor de intermediación activa y no neutral.

No es que sea rechazable una fórmula genérica que con la debida flexibilidad permita la adaptación del objeto de procedimiento a las «formas que vayan posibilitando los avances tecnológicos», sino que la misma —incluso como cláusula final abierta— es compatible y debe complementarse con una relación ejemplificativa que precise modalidades de vulneración ya existentes, pero recientes, que resultan susceptibles de ser acogidas en las fórmulas empleadas en el art. 195.2 LPI.

Esta técnica es habitual en la normativa relativa a la propiedad intelectual. Salvando las distancias, tanto en la delimitación de las modalidades de explotación que aborda el art. 17 LPI como en el art. 270 CP, se incluyen relaciones de formas específicas de explotación que complementan fórmulas abiertas para certificar que las conductas mencionadas no son las únicas modalidades de comisión, una vez que su relación no es cerrada o taxativa, pero aseguran que el intérprete o aplicador normativo, cuanto menos, no excluirá -sino que deberá incluir- la serie de comportamientos que el generador normativo expresamente señala. Algo similar debiera hacerse en el art. 7 del PRD, precisando comportamientos o modalidades de vulneración que “en particular” resulten insertables en el art. 195.2 LPI, sin perjuicio de la referencia genérica a otras distintas formas que en el futuro vayan posibilitando los avances tecnológicos por su pura evolución hoy imprevisible, esto es, cuya previsión ni siquiera pueda vislumbrarse en el momento presente.

La delimitación del ámbito objetivo presentada en el art. 7 del PRD se antoja demasiado corta e inespecífica y presenta el riesgo de habilitar que la SSCPI, en función de sus propios recursos personales y materiales, opere con un criterio timorato a la hora de incluir o no en el ámbito de los procedimientos las diversas formas de vulneración anteriormente aludidas que son las que en la



actualidad necesitan de ser enfrentadas con más determinación a través de la medida Sinde-Wert.

Este temor no parece infundado si se toma en consideración que la ineficiencia de la SSCPI ha estado anudada históricamente a la inadecuación en número, medios y especialización de los instructores de los procedimientos junto con la aplicación de una especie o suerte de principio de oportunidad no reglado —si se permite la expresión— en su proceder operativo, lo que no ha estado exento de márgenes de inacción injustificada e injustificable. El detalle que incrementa el recelo, junto a lo que arroja la reseñada historia de la experiencia aplicativa en la selección de modalidades objeto del procedimiento, viene de la mano de que los propios redactores del PRD aluden a la «escasez de medios» y los «limitados recursos» para reconocer «retraso en el inicio del procedimiento» y así excusar previsiones tan simples y obvias como el establecimiento de un plazo concreto máximo a transcurrir entre la denuncia y la incoación del procedimiento lo que no pocos calificarían de inaudito. En la historia de la medida ya se ha reseñado en el anterior apartado que estos plazos en la práctica han estado durante demasiado tiempo entre los 900 y los 400 días de media, por más que actualmente se hayan acertado sensiblemente —sobre todo en términos comparativos con periodos anteriores—, lo que se ha logrado con mayor especialización e incrementos en la dotación de medios personales y materiales, aunque aún siguen siendo exiguos. En cualquier caso, pese a que hoy en día dichos periodos se han reducido notablemente, la mera existencia de esta disfunción cuestiona la realidad del plazo establecido en el art. 11 del PRD que establece un periodo máximo para resolver de tres meses «desde que se dicte su acuerdo de inicio» con prórroga de otros 45 días, sin prever un plazo máximo concreto de transcurso entre la interposición de la denuncia y la efectiva incoación del procedimiento por medio del referido acuerdo.

A nuestro criterio, no puede resultar aceptable que lo que posibilita o abarca la ley lo restrinja un reglamento por puras consideraciones de *conveniencia* o *falta de medios suficientes y adecuados en el órgano que desarrolla la función de*



*salv guarda*, pues esta se vería notablemente incumplida si la SSCPI se limita a tener por único objeto del procedimiento a las páginas web de alojamiento y a los enlazadores a las mismas —por menor complejidad y consecuente mejora cuantitativa de estadísticas de resolución— a las que únicamente se refieren como destinatarias de su actuación sus informes trimestrales, ampliando su ámbito operativo al por ahora inexplorado campo de las IPTV.

En definitiva, en estos particulares es obligado coincidir en completar el art. 7 con previsiones específicas relativas a las reseñadas estrategias, modalidades o formas más habituales y modernas de vulneración que ya posibilitan los actuales avances tecnológicos, lo que dejaría claro que el procedimiento no se limita a las formas de vulneración más «primitivas» cuando permanezcan operativas. La constante en la normativa civil, penal y administrativa de salvaguarda de los DPI es el empleo de fórmulas que eviten desfases normativos, habilitando la extensión de las herramientas y mecanismos de protección frente a las nuevas formas y dinámicas de vulneración que pueda propiciar la evolución tecnológica, como las que han surgido y vienen surgiendo en el panorama digital.

Entrando en el detalle, en lo que respecta a la conducta puntualizada en el artículo 195.2.a) LPI —prestadores de servicios que vulneran derechos de propiedad intelectual, permitiendo el acceso a obras y prestaciones protegidas a través de su servicio o modelo de negocio—, no sobraría precisar que incluye la actividad de aquellos servicios que permitan la carga masiva de contenidos y faciliten su puesta a disposición al público de forma no autorizada. Incluso, no estaría de más indicar algún tipo de requisito que permita identificar la actividad ilícita por este tipo de servicios, como el proporcionar herramientas destinadas a ese fin, promover dicha actividad a sabiendas o que el volumen de contenido ilícito que se pone a disposición sea significativo, eso sí, siempre que en este caso se establezcan criterios que permitan llegar a la acreditación de dicho volumen de un modo sencillo y objetivo. En este sentido, se ha de tomar en consideración que dichos servicios (*cyberlockers/sharehosters*), que presentan



generalmente una apariencia de legalidad y transparencia en el ofrecimiento de servicios de almacenamiento y de compartir archivos, son una pieza fundamental en la descarga directa de contenidos ilícitos, puesto que los servicios esencialmente infractores se nutren de ellos para operar multitud de páginas e hilos con enlaces que finalmente conducen al usuario a la descarga y/o acceso al contenido vía *streaming* u on line desde los servidores de esos *cyberlockers/sharehosters*. Se trata de una actividad recogida en Ley, pero sería óptimo que se aclarase su inclusión en el ámbito objetivo del procedimiento para el restablecimiento de la legalidad por vía reglamentaria y se precisasen los requisitos para ello.

En lo que atañe a la actividad de los servicios ilícitos de difusión de televisión por protocolo de Internet (IPTV) a los que hace referencia el artículo 195.2.c) LPI, incorporado por la Ley 14/2021, su complejidad y la utilización de una serie de conceptos genéricos en la Ley, no solo aconsejan sino hacen menester una precisión reglamentaria de mayor calado. Así, se debería proporcionar un desarrollo de los servicios que pueden estar implicados en la actividad de difusión de televisión IPTV a través de un listado abierto que no resulte comportar una relación exhaustiva, haciendo especial referencia a los servidores de alojamiento o dar un concepto de las actividades de comercialización y prestación de servicio de acceso que contempla el segundo inciso del apartado c).

Por lo que se refiere al apartado d) del art. 195.2.d) LPI, añadido por la Ley 14/2021, que alude a la actividad de los prestadores de servicios que realicen alguna de las actividades comerciales previstas en el apartado 2 del art. 196 LPI (actos de elusión de las medidas tecnológicas de protección y actos preparatorios de dicha elusión), se deberían prever referencias a aquellos supuestos en los que dicha actividad resulta más significativa, como sucede con los dispositivos y servicios que vulneran las medidas tecnológicas de protección de consolas, videojuegos y fonogramas (*stream-ripping*).



Tampoco estaría de más incluir explícitamente en el ámbito del procedimiento la actuación contra los prestadores de servicios de la sociedad de la información responsables conforme a lo dispuesto en el art. 73 del Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre, *de transposición de directivas de la Unión Europea* —entre otras— *en las materias de ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión*, siempre que concurren las circunstancias que, según lo dispuesto en el art. 195 LPI, permiten a la SSCPI adoptar medidas para que se interrumpa la prestación de dichos servicios. En estos casos, para acordar o no el inicio del procedimiento, sería aplicable la valoración, entre otros aspectos, de las circunstancias concurrentes sobre el 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 y a su nivel de audiencia en España.

En efecto, el art. 73 del RD-Ley 24/2021 prevé en su apartado núm. 1 que se considerará que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan un acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público a efectos de la presente ley, cuando ofrezcan al público el acceso a obras o prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual que hayan sido cargadas por sus usuarios; y en su núm. 5 que en los casos *en que un prestador de servicios para compartir contenidos en línea sea responsable de los actos no autorizados de comunicación al público, será de aplicación, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que en su caso incurra el prestador, el régimen de acciones y procedimientos establecido en los artículos 138 y siguientes del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*, pero, pese a lo que indica el PRD, no es improcedentemente reiterativo aclarar que el procedimiento de restablecimiento de legalidad del art. 195 LPI es aplicable también a estos casos porque el art. 138 LPI se refiere exclusivamente a acciones, medidas y procedimientos de naturaleza jurídico-privada que tienen escenario exclusivo en el ámbito sectorial civil y mercantil. De hecho, el art. 142 fue derogado por la disposición derogatoria única.2.13.º de la Ley 1/2000, de 7



de enero, y se trata de un procedimiento ahora regido por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Su inserción sistemática en el Título I del Libro III de la LPI, rubricado «acciones y procedimientos» está bien alejada de la regulación establecida en el Título V del mismo Libro sobre la Comisión de Propiedad Intelectual en el que se inserta el procedimiento del art. 195 LPI. Por todo ello, la expresa inclusión es más que aconsejable, so pena de dar pábulo a cuestionamientos innecesarios.

Finalmente, si se quiere que la medida Sinde-Wert sirva al propósito y objetivos para los que se ideó inicialmente y se ha venido perfeccionando en lo que lleva de vigencia, resulta imprescindible que, dentro del ámbito del procedimiento de restablecimiento de la legalidad, se incluyan, en el contexto de las citadas formas posibilitadas por «avances tecnológicos», las modernas tendencias, estrategias o modalidades vulneradoras que satisfagan los requisitos del art. 195 LPI, de modo que debería contemplarse la comunicación pública con difusión de obras y prestaciones sin autorizar realizadas i) a través de aplicaciones informáticas para dispositivos móviles o *tablets*, bien de forma exclusiva, o bien de forma complementaria a la ofrecida a través de una web específica (de tal modo, se aseguran que si la misma se encuentra bloqueada en algún territorio el servicio se mantiene accesible y disponible mediante su descarga a través de las distintas tiendas de aplicaciones); ii) los servicios de mensajería instantánea que presentan funciones —como la tan explicada posibilidad de organizar grupos o canales que habilitan la difusión masiva y general de contenidos— que determinan que su actividad trascienda de lo que es un acto de comunicación privada; y iii) las actividades infractoras ejecutadas en las redes sociales. Todas ellas se insertan en el entorno digital” en el que por mandato del art. 195 LPI corresponde ejercerse por la SSCPI la función de salvaguarda de los DPI contra los proveedores de servicios de la sociedad de información que incurran en responsabilidad o corresponsabilidad por las vulneraciones que se cometan.



Y es que no se puede compartir la afirmación o apreciación —efectuada en respuesta a alegaciones formuladas en el trámite de audiencia e información pública— de que «la base jurídica para incluir las aplicaciones móviles y los servicios en redes sociales no está clara, por lo que no se considera oportuno» (p. 34 de la memoria del análisis de impacto normativo).

Tal aserto no puede compartirse. Esta es la ausencia más significativa en la información y justificación de las opciones normativas adoptadas que acompañan los promotores del PRD; y, aunque suponga que haya de rebatirse sin disponer de un referente argumental que contrarrestar con base en una correlativa «deconstrucción» de los razonamientos en que pueda basarse, el rigor y la seriedad que se pretende dotar al presente informe obliga a desplegar un específico esfuerzo de articulación de la batería argumental en que se sustenta la disconformidad.

Por lo que se refiere a la procedencia de la inserción en el desarrollo reglamentario del art. 195 LPI de las aplicaciones informáticas y las tiendas de aplicaciones informáticas como servicios propios del ámbito objetivo de la actividad de la SSCPI y, por ende, de aplicación del procedimiento para el restablecimiento de la legalidad, cabe realizar toda una serie de consideraciones que avalarían la existencia de una base jurídica más que suficiente, amén de su evidente condición de servicios y medios del entorno digital en el que se ha de desempeñar la función de salvaguarda.

En lo que concierne a las aplicaciones informáticas a través de las cuales se pueda acceder a obras y prestaciones protegidas sin autorización de los legítimos titulares de los DPI, la aplicación del procedimiento previsto en el art. 195 TRLPI no entraña dificultad alguna, puesto que se trata de servicios digitales insertables sin dificultad en la previsión del apartado 2.b) en cuanto su actividad —activa y no neutral— facilita la identificación, descripción, localización y acceso a obras y prestaciones ubicadas sin autorización de sus legítimos titulares en otros servicios (normalmente un *cyberlocker* o *sharehoster*,



cuya actividad se encuentra también en el ámbito objetivo del procedimiento).

Otro tanto puede predicarse de los servicios de mensajería instantánea (*Instant messaging*, IM), que presentan las funciones de organización de grupos, supergrupos o canales con hasta 200.000 integrantes en alguna de sus modalidades y que, por ello y especialmente por tratarse de servicios de alojamiento de archivos y de servicios de retransmisión de audio y video, habilitan la comunicación pública no autorizada —por difusión masiva y general a un número indeterminado de usuarios— de contenidos protegidos por DPI. No se trata sino de aplicaciones que concretan servicios *online* conectados a una red —generalmente Internet—, aunque las aplicaciones de mensajería instantánea para teléfonos móviles permiten el uso de datos móviles (2G, 3G, 4G, 5G, etc.). Técnicamente, la arquitectura de las redes de mensajería instantánea puede basarse en las redes *peer-to-peer* (P2P), en donde la transmisión de la información se da directamente entre los dispositivos conectados de la red; o en las redes clientes-servidores, en donde tradicionalmente un centro de servicio de IM retransmite los mensajes enviados por los dispositivos a sus respectivos destinatarios. Un requerimiento previo infructuoso —como el del art. 195 LPI y el art. 14 del PRD— efectuado a los responsables de estos servicios posibilita el nacimiento de su responsabilidad por conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos si no obran diligentemente y los retiran o impiden el acceso a los mismos, tal y como se desprende del régimen general de responsabilidad de los prestadores de servicios recogido en los arts. 13 a 17 LSSICE. La negativa a ese proceder diligente después de haber adquirido dicho conocimiento efectivo determinaría la procedencia de iniciar y concluir la tramitación del procedimiento de restablecimiento de legalidad del art. 195 LPI.

Una explicación más detenida permite verificar la base jurídica del planteamiento.



En nuestro ordenamiento jurídico, el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información se establece en los arts. 13 a 17 LSSICE, que se configuró de manera acorde con la Directiva 2000/31/CE. A partir de la observación del contenido de estos preceptos, se constata que lo allí regulado son un conjunto de beneficios o exenciones (conocidos como puertos seguros o *safe harbors*) que excluyen la responsabilidad de los ISP y cuyo fundamento compartido es la realización de actividades de mera intermediación técnica, neutra, automática y pasiva, sin control ni participación en el contenido de los datos que proporcionan a terceros, y carente de conocimiento efectivo (*actual knowledge*) sobre la posible ilicitud de actos y contenidos ajenos, que si se adquiere, obliga a una reacción diligente. En efecto, en los arts. 14 a 17, la LSSICE vino a reproducir los postulados de la Directiva 2000/31/CE sobre la responsabilidad de los servicios intermediarios que regula en sus arts. 12 (actividades de simple transmisión de datos o prestación de acceso o *mere conduit*), 13 (actividades de caché del sistema o *proxy caching*), 14 (actividades de alojamiento o almacenamiento de información proporcionada por terceros o *hosting*) y 15 (inexistencia de deber general de supervisión). Si los arts. 14, 15, 16 y 17 LSSICE contienen cláusulas de exención de responsabilidad y las mismas se excepcionan a su vez para el caso de existencia de “conocimiento efectivo” sobre la ilicitud de la actividad, información o contenidos que transmiten, copian temporalmente, alojan o enlazan, es porque dichas exenciones se derivan del principio general del art. 15.1 de la Directiva 2000/31/CE, que exime a los ISP de la obligación general de supervisar o controlar activamente las informaciones, datos y contenidos que los terceros proporcionan en la Red, una regla de especial importancia a partir de las SSTJUE de 24 de noviembre de 2011 en el caso *Scarlet Extended S.A.* (C-70/10) y de 16 de febrero de 2012 en el asunto *Netlog* (C-360/10), que censuraron sendos sistemas de filtrado solicitados por la entidad de gestión belga *SABAM*, dirigidos a impedir el intercambio de archivos ilícitos vía P2P entre clientes de la primera mercantil; y sobre contenidos alojados en la plataforma de la red social *Netlog* para evitar que los usuarios a través de su perfil ofrecieran en la red archivos con obras o prestaciones protegidas por



propiedad intelectual.

Como se deduce del espíritu, letra e interpretación por el TJUE de la Directiva que vienen a trasponer, los beneficios o exenciones de «puerto seguro» que excluyen la responsabilidad de los ISP sólo se aplican y tienen por condición la realización de actividades de mera intermediación de carácter técnica, neutra, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no ha de tener conocimiento ni control al respecto ni puede modificar los «datos» más allá de manipulaciones técnicas inocuas. Su «buena fe» se demuestra y la exención de responsabilidad en la vulneración de los contenidos protegidos se mantiene si el ISP llega a adquirir conocimiento sobre la ilicitud en el caso de que reaccione diligentemente. Y ello porque lo que sí parece deducirse de la normativa comunitaria y nacional que la traspone es *un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando*, tal y como afirma la exposición de motivos de la LSSICE.

En definitiva, al no existir un deber de supervisión o control sobre las transmisiones, la información o los datos sobre los que prestan su intermediación a los usuarios, la responsabilidad positiva de los ISP se anuda bien a la disposición de control sobre los contenidos, bien a la colaboración deliberada con los destinatarios de su servicio a fin de cometer actos ilegales (por tanto, a un tratamiento activo y no meramente técnico ni neutral de los datos), bien —que es lo que interesa ahora y aquí destacar— a la adquisición de un *conocimiento efectivo* sobre la ilicitud de los contenidos que no vaya seguido de una reacción diligente.

Este régimen no ha sido alterado, en lo sustancial, por el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), también conocido como DSA (en adelante, designado en este informe con las siglas RSD/DSA),



que en su art. 8 viene a reproducir el principio del art. 15.1 de la Directiva 2000/31/CE (*No se impondrá a los prestadores de servicios intermediarios ninguna obligación general de monitorizar la información que transmitan o almacenen, ni de buscar activamente hechos o circunstancias que indiquen la existencia de actividades ilícitas*) y en su art. 16.1 establece para los ISP intermediarios de alojamiento de datos la exención de responsabilidad respecto de lo alojado a condición de que el prestador de servicios «no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito» o a que «en cuanto tenga conocimiento o sea consciente de ello, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este».

El mismo diseño legal que permite la exigencia de responsabilidad a los servicios de mensajería instantánea sirve para las conocidas como *tiendas de aplicaciones informáticas*, puesto que, como servicios de intermediación que son, pueden igualmente incurrir en responsabilidad en tanto en cuanto permitan y/o faciliten la realización de actividades que vulneran derechos de propiedad intelectual (precisamente, en estos casos, la desarrollada por las propias aplicaciones informáticas). Y conviene tener muy presente que la eventual exigencia de esta responsabilidad —y procedente actuación— sobre la tienda de aplicaciones —orientada al restablecimiento de la legalidad mediante este procedimiento y, llegado el caso, la retirada de sus contenidos o el impedimento de acceso a las aplicaciones vulneradoras que alojan— resulta crucial y absolutamente imprescindible para poder proceder contra la propia aplicación vulneradora, puesto que, una vez instalada la aplicación en el dispositivo del usuario, no puede ejecutarse medida alguna que permita salvaguardar los derechos vulnerados o en la mejor de las hipótesis ello resultaría de enorme complejidad.

Incluso el propio Reglamento de Servicios Digitales/DSA permite reforzar la conclusión de aplicabilidad del procedimiento de restablecimiento de legalidad del art. 195 LPI, una vez que, con arreglo al mismo, las tiendas de aplicaciones



informáticas tendrían la consideración de «servicio intermediario» y, en particular, de un servicio de «alojamiento de datos», tal como se desprende de las definiciones auténticas reflejadas en su art. 3, en concreto en su apartado g.iii, sin perjuicio de que no puedan tener, dentro de esos servicios de alojamientos, la estimación de «plataforma en línea», en los términos del apartado i) del mencionado artículo 3. De hecho, desde los trabajos preparatorios de la propuesta de dicho Reglamento la relevancia de las tiendas de aplicaciones informáticas en el contexto de servicios digitales en la Unión Europea se mencionó en un lugar preferencial —en concreto en el primer párrafo de su preámbulo expositivo— y siempre se tuvo en mente este tipo de servicios como parte de aquellos que quedaban sometidos al particular régimen de responsabilidad configurado en el RSD/DSA.

Por consiguiente, el régimen de responsabilidad para las tiendas informáticas es el previsto en el reseñado art. 6 del Reglamento de Servicios Digitales/DSA y a sus efectos resulta altamente significativo lo dispuesto en su art. 16 y lo expresado en su considerando n.º 50 en relación con los *mecanismos de notificación y acción* respecto de contenidos ilícitos de los prestadores de servicios de alojamiento de datos, que no huelga subrayar que presentan unas características plenamente compatibles con los presupuestos y el procedimiento establecido en el art. 195 LPI para adoptar medidas en restablecimiento de la legalidad mediante la retirada del contenido ilícito vulnerador en salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en el entorno digital.

En consecuencia, las tiendas de aplicaciones móviles que permitan acceder a contenidos que vulneran derechos de propiedad intelectual serán responsables por el contenido almacenado vulnerador cuando tengan conocimiento efectivo de su existencia si no actúan con prontitud y diligencia para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este.

Y es de tener en cuenta que el conocimiento efectivo se puede generar y articular de modo sencillo en el marco del procedimiento de restablecimiento de



la legalidad Sinde-Wert puesto que en este precisamente se exige, ex. art. 195.3 LPI y art. 14 del PRD, un requerimiento previo de retirada de contenidos (o de inhabilitación del acceso o interrupción del servicio) que presentaría la misma naturaleza que los *mecanismos de notificación y acción* del art. 16 del Reglamento de Servicios Digitales/DSA y satisface en muy buena medida los requisitos para dichos instrumentos que prevé el apartado 2 de dicho precepto.

En efecto, recordemos el contenido del art. 16 RSD/DSA:

- 1. Los prestadores de servicios de alojamiento de datos establecerán mecanismos que permitan que cualquier persona física o entidad les notifique la presencia en su servicio de elementos de información concretos que esa persona física o entidad considere contenidos ilícitos. Dichos mecanismos serán de fácil acceso y manejo, y permitirán el envío de notificaciones exclusivamente por vía electrónica.*
- 2. Los mecanismos mencionados en el apartado 1 serán de tal naturaleza que faciliten el envío de notificaciones suficientemente precisas y adecuadamente fundamentadas. Con ese fin, los prestadores de servicios de alojamiento de datos adoptarán las medidas necesarias para habilitar y facilitar el envío de notificaciones que contengan todos los elementos siguientes:*
  - a) una explicación suficientemente motivada de los motivos por los que una persona física o entidad considera que la información en cuestión es contenido ilícito;*
  - b) una indicación clara de la localización electrónica exacta de esa información, como por ejemplo el o los URL exactos y, en su caso, información adicional que permita identificar el contenido ilícito adaptado al tipo de contenido y al tipo concreto de servicio de alojamiento de datos;*
  - c) el nombre y una dirección de correo electrónico de la persona física o entidad que envíe la notificación, excepto en el caso de información que se considere que implica uno de los delitos a que se refieren los artículos 3 a 7 de la Directiva 2011/93/UE;*
  - d) una declaración que confirme que la persona física o entidad que envíe la notificación está convencida de buena fe de que la información y las alegaciones que dicha notificación contiene son precisas y completas.*



Pues bien, el requerimiento previo en nuestro mecanismo nacional, por la propia naturaleza del procedimiento y el diseño que realizan del mismo tanto el art. 195.3 LPI como el propio el art. 14 del proyecto de Real Decreto, permite cumplir con las previsiones que establece el art. 16.2 del Reglamento UE, ya que:

i) El requerimiento de retirada de obras y prestaciones implica necesariamente que el titular de los derechos o su representante exponga los motivos por los que dichos contenidos infringen los derechos de propiedad intelectual satisfaciendo el requisito de la letra a) del art. 16.2 RSD/DSA [*a) una explicación suficientemente motivada de los motivos por los que una persona física o entidad considera que la información en cuestión es contenido ilícito*].

ii) El art. 195.3 LPI configura el requerimiento con un tenor muy similar a la exigencia de la letra b) del art. 16 RSD/DSA, estableciendo su valor a efectos de generar el conocimiento efectivo en los términos indicados en los arts. 16 y 17 LSSICE «siempre y cuando identifique exactamente la obra 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». Siendo que ubicación (LPI) y localización (RSD/DSA) son términos sinónimos, los presupuestos requeridos por ambos instrumentos jurídicos vienen a coincidir [*b) una indicación clara de la localización electrónica exacta de esa información, como por ejemplo el o los URL exactos y, en su caso, información adicional que permita identificar el contenido ilícito adaptado al tipo de contenido y al tipo concreto de servicio de alojamiento de datos*].

iii) Conforme al texto del art. 195.3 TRLPI es obligatorio que en el requerimiento se identifique al titular de los derechos de propiedad intelectual puesto que debe ser realizado por el denunciante que, en modo alguno puede ser anónimo. En consecuencia, requirente y titular de derechos —si es que no son los mismos— deben estar identificados en el requerimiento, lo que implica un íntegro cumplimiento del requisito del apartado c) del art. 16.2 RSD/DSA [*c) el nombre y*



*una dirección de correo electrónico de la persona física o entidad que envíe la notificación].*

iv) Cabe entender que formular un requerimiento del art. 195 LPI y art. 14 del PRD también viene a cumplir con el requisito de la letra d) del art. 16.2 RSS/DSA, si se tiene en cuenta que su vinculación a la posterior denuncia implica necesariamente la convicción requerida, y que el contenido del requerimiento, para que cumpla con los requisitos de la LPI debe ser preciso y completo *[d) una declaración que confirme que la persona física o entidad que envíe la notificación está convencida de buena fe de que la información y las alegaciones que dicha notificación contiene son precisas y completas].*

Por demás, también el requerimiento de nuestro mecanismo nacional satisface las exigencias del art. 16.3 RSD/DSA en cuanto a la notificación que debe proporcionar el conocimiento efectivo, pues en esta disposición se establece que «se considerará que las notificaciones a que se refiere el presente artículo proporcionan un conocimiento efectivo o permiten ser consciente, a los efectos del artículo 6, del elemento de información concreto de que se trate, cuando permitan a un prestador diligente de servicios de alojamiento de datos determinar, sin un examen jurídico detallado, que la información o la actividad pertinentes son ilícitas». En efecto, el requerimiento de un titular de DPI, declarando que desde una determina aplicación o grupo de aplicaciones se está dando acceso a obras y prestaciones de su titularidad sin contar con la debida autorización, permite, *prima facie* y con un examen jurídico superficial, llegar a la conclusión de que el contenido es ilícito. La inexistencia de autorización es elemento esencial para determinar la ilicitud del contenido y la LPI exige que el requerimiento sea realizado por el titular o su representante, por lo que dicha declaración presenta suficiencia para integrar el conocimiento efectivo en dicho aspecto. El propio art. 195.3 LPI así lo certifica puesto que determina específicamente la consideración del requerimiento previo como generador del conocimiento efectivo en términos muy precisos *(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 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).*

Por consiguiente, las tiendas de aplicaciones informáticas, una vez formulado requerimiento que, en su caso, pretendería la inhabilitación del acceso a las aplicaciones infractoras, podrá ser objeto del procedimiento de restablecimiento de la legalidad —con aplicación de las correspondientes medidas para la retirada de contenidos o la interrupción del servicio—, si en tiempo y forma, no procede a adoptar voluntariamente dicha retirada en ejercicio del obrar diligente al que está obligada.

Por lo que se refiere a la posibilidad de aplicación del procedimiento de restablecimiento de la legalidad a los *servicios de medios o redes sociales*, llama poderosamente la atención que el preámbulo de la memoria del análisis de impacto normativo señale expresamente en el apartado inicial de motivación de la propuesta que «el avance de las redes sociales ha transformado los canales de comunicación pública y, en particular, de la puesta a disposición de las obras y prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos conexos» e incluso añade que «están aflorando nuevas estrategias de piratería aprovechando la combinación de funcionalidades que ofrecen las redes sociales», así como que «las redes sociales se están empleando para infringir los derechos de autor de forma directa mediante la comunicación pública no autorizada y para aumentar la audiencia y el mercado e informar acerca de los contenidos piratas e, incluso, legitimar esta actividad a través de *influencers*, posts públicos o grupos de discusión cerrados, mezclando los diferentes niveles de comunicación ofrecidos por las redes sociales», todo ello para que finalmente no se venga a considerar los medios y redes sociales como insertables en el ámbito objetivo del procedimiento del art. 195 LPI y de su normativa reglamentaria de desarrollo, cuando en el caso de los servicios de



redes o medios sociales resultan aplicables idénticos o similares razonamientos jurídicos que los explicitados en relación con la base jurídica procedente para asegurar la responsabilidad y aplicabilidad del procedimiento a las otras modalidades de infracción, tomando en consideración que también en este caso se trata de servicios incluidos en el ámbito aplicativo del RSD/DSA.

De hecho, en el primer considerando de su preámbulo expositivo se recoge como uno de los servicios referenciales que ha justificado la iniciativa de modificar el régimen jurídico de los servicios digitales a nivel europeo:

*(1) Los servicios de la sociedad de la información y especialmente los servicios intermediarios se han convertido en una parte importante de la economía de la Unión y de la vida cotidiana de sus ciudadanos. Veinte años después de la adopción del marco jurídico vigente aplicable a dichos servicios establecido en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, han aparecido nuevos e innovadores modelos de negocio y servicios, como las redes sociales y las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, que han permitido a los usuarios profesionales y a los consumidores comunicar información y acceder a ella, y efectuar transacciones de formas novedosas”.*

Y en cuanto a la naturaleza jurídica de este servicio, el considerando n.º 13 de su preámbulo expositivo adelanta lo siguiente:

*(13) Habida cuenta de las características concretas de los servicios considerados y la correspondiente necesidad de someter a sus prestadores a determinadas obligaciones específicas, es preciso distinguir, dentro de la categoría general de prestadores de servicios de alojamiento de datos que se define en el presente Reglamento, la subcategoría de las plataformas en línea. Cabe definir a las plataformas en línea, como las redes sociales o las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, como prestadores de servicios de alojamiento de datos que no solo almacenan información proporcionada por los destinatarios del servicio a petición de estos, sino que además difunden dicha información al público a petición de los*



*destinatarios del servicio.*

Por eso, más allá de su consideración como «plataformas en línea» (artículo 3.i) a estos servicios les sería de aplicación también el ya expuesto régimen de responsabilidad contemplado en el art. 6 RSD/DSA, en relación con las normas reguladoras del conocimiento efectivo previstas en los arts. 2 y 3 del art. 16 RSD/DSA. En este punto se ha de tomar en consideración que la rúbrica de la Sección 2ª del Capítulo III del tan mencionado Reglamento UE (*Obligaciones de diligencia debida para crear un entorno en línea transparente y seguro*) establece que las disposiciones recogidas en la misma, entre la que se incluye el tan mencionado art. 16 —que ya se ha indicado que se refieren a los «mecanismos de notificación y acción»—, se aplican a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, especificando que esto incluye a las plataformas en línea.

Ello determinaría que, por idénticas o similares razones a las ya expresadas, formulado requerimiento previo al amparo del art. 195.3 LPI, el servicio o red social debe retirar los contenidos ilícitos, puesto que de otro modo por su obrar *indiligente* y participativo será responsable de las infracciones cometidas por parte de los usuarios.

Por tanto, sin perjuicio de las obligaciones específicas que, como plataforma en línea les corresponden en virtud de las previsiones de la Sección 3ª del Capítulo III del RSD/DSA, a este tipo de servicios, en cuanto resulten responsables de los contenidos ilícitos almacenados y puestos a disposición, les resultarán de aplicación las normas que precisamente traten las infracciones que la puesta a disposición de dichos contenidos implica.

En este sentido, el art. 195.2.a) LPI resulta de aplicación a los servicios de redes o medios sociales que, requeridos para la retirada de unos determinados contenidos, no lo hagan, ya que mediante el conocimiento efectivo del carácter ilícito resultan responsables de su puesta a disposición y, en consecuencia, de la vulneración que se está cometiendo si no proceden de manera diligente a



atender el requerimiento.

Por otra parte, no se debe olvidar que la Ley 13/2022, de 7 de julio, *General de Comunicación Audiovisual* (LGCA), viene a reforzar el criterio aquí sostenido en la medida que reconoce y contempla la funcionalidad de intercambio de videos a través de plataforma de los servicios de medios o redes sociales y con ello la aplicabilidad de su articulado. De hecho, la exposición de motivos de la LGCA realiza una equiparación entre los «servicios de medios» y «redes sociales» con los «servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma», en concreto en el siguiente pasaje:

*Mediante el Título V se transpone a nuestro marco regulatorio una de las principales novedades de la nueva Directiva, las obligaciones de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma y, en su caso, de los servicios de medios o redes sociales cuya funcionalidad esencial permita el intercambio de vídeos. Así, el impacto que tienen estos servicios al ofrecer a los usuarios la posibilidad de conformar opiniones de otros usuarios e influir en ellas, determina que se incluyan en el ámbito de aplicación de esta Ley cuando su oferta de programas y vídeos generados por los usuarios constituya una funcionalidad esencial del servicio. En particular, los prestadores de este tipo de servicios deberán adoptar las medidas adecuadas para proteger a los menores y al público en general, de contenidos perjudiciales o que inciten al odio o la violencia o contengan una provocación a la comisión de un delito de terrorismo. Por otra parte, dado que son servicios que compiten por la audiencia con los servicios de comunicación audiovisual, se establece una regulación mínima en cuanto a las comunicaciones comerciales que ellos mismos gestionan, así como la obligación de permitir que las comunicaciones comerciales de terceros sean identificadas convenientemente. Por último, es particularmente relevante tener en cuenta que los servicios de medios o redes sociales estarán sometidos al cumplimiento de lo previsto en este Título en la medida en que se puedan subsumir en la definición de «servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma» (exposición de motivos IV. 14º párrafo).*



Y en los arts. 13 y 14 LGCA se contempla como principio de la comunicación audiovisual el respeto de la propiedad intelectual y la corrección para retirar contenidos ilícitos, tratándose de normas que vinculan internamente a los servicios de redes y medios sociales, cuando su funcionalidad principal sea la puesta a disposición de vídeos.

En definitiva, tal como se ha venido sosteniendo, si un servicio de este tipo —a través del que se están infringiendo derechos de propiedad intelectual— es requerido formalmente para la retirada de dichos contenidos y, en consecuencia, adquiriendo conocimiento efectivo sobre tal infracción, no procede a responder diligentemente al requerimiento y lo hace infructuoso, pasaría a ser corresponsable por la infracción cometida, de ahí que pueda ser considerado infractor en los términos previstos en el artículo 195.2.a) LPI y, por tanto, ser objeto del procedimiento para el restablecimiento de la legalidad y de las medidas objeto del mismo.

En conclusión, por las razones expuestas, teniendo muy presente la relevancia cuantitativa y cualitativa que han adquirido todas estas formas de vulneración propiciadas por los avances tecnológicos disponibles y a su impacto en la adecuada protección de los derechos de propiedad intelectual, resulta conveniente que el art. 7 del PRD contemple una mayor precisión del ámbito de aplicación.

En términos mínimos, la propuesta de modificación del art. 7, con el complemento que se propugna en este informe, podría ser la siguiente:

*Artículo 7. Ámbito de aplicación.*

*El procedimiento regulado en este capítulo tiene por objeto el restablecimiento de la legalidad en aquellos casos en los que se aprecie la existencia de una vulneración de los derechos de propiedad intelectual mediante la prestación de servicios de la sociedad de la información en las distintas formas que vayan posibilitando los avances tecnológicos, conforme a lo previsto en el artículo 195.2 del TRLPI. En particular el procedimiento podrá tener como objeto la vulneración*



*de los derechos de propiedad intelectual que se cometan mediante los servicios de aplicaciones informáticas y las tiendas de aplicaciones informáticas, los servicios de redes y medios sociales y los servicios de mensajería instantánea.*

Con ello se lograría una redacción que conjugaría el modelo abierto —que suele caracterizar la protección de los DPI para permitir la adaptación normativa y operativa a las nuevas formas de vulneración que propicie la evolución tecnológica— con la especificación de una serie de formas y estrategias que ya están presentes en la fenomenología vulneradora conforme a los avances y modelos de negocio ya disponibles, siempre que a la postre satisfagan las previsiones del art. 195.2 LPI.

Se es consciente que ello puede aumentar la carga de trabajo de la SSCPI, pero su actual escasez de recursos no puede servir para restringir el ámbito de actuación legal del procedimiento, so pena de invertir los términos. La función de salvaguarda y el propio procedimiento debe ser eficiente, pues la eficiencia es uno de sus principios rectores, tal y como se proclama en el art. 8 del PRD. Hay que insistir en que el órgano y sus medios deben adaptarse a la función y no acomodar o restringir la función a la escasez de recursos.

El **art. 8** habla de los principios rectores, ampliando los ya previstos en el art. 195.3 TRLPI (celeridad, proporcionalidad y respeto de los derechos de defensa), e introduciendo algunos distintos a los previstos en la exposición de motivos (legalidad, transparencia, acceso permanente, objetividad y contradicción), todos ellos provenientes del art. 53.2 LPACAP a los que deben de sumarse los previstos en la exposición de motivos.

En relación con el principio de transparencia, entendemos que no solo afecta a la propia tramitación del procedimiento (consulta previa y trámite de información), sino que también debe citarse la Resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno 047/2019, de 4 de abril, que establece que la misma afecta al conocimiento de la identidad de los miembros que componen la



sección, ya que «la garantía de la rendición de cuentas por parte de los organismos públicos han de venir precedidos por el conocimiento del marco jurídico pero también institucional en el que dichas decisiones son adoptadas. En este sentido, resulta relevante destacar que el conocimiento de la identidad de profesionales que realizan determinadas funciones en función de su capacidad y méritos académicos y profesionales es esencial para garantizar su idoneidad y, por lo tanto, la garantía del trabajo que desempeñan».

El **art. 9** define a los *interesados*, frente al anterior concepto de *legitimados* separando los mismos en dos bloques distintos: por un lado, desde el punto de vista activo, los titulares de los derechos de propiedad intelectual a los que se hayan podido vulnerar sus derechos; y por otro lado, desde el punto de vista pasivo, los prestadores de servicios de información contra los que se dirige la denuncia por haber podido incurrir en las conductas previstas en el TRLPI, por lo que en todo caso, la potestad de iniciativa para instar el procedimiento corresponde al titular de los mencionados derechos.

En relación con los *titulares* de los derechos, se fija con exactitud el ámbito de interesados, y se circunscribe a las personas naturales o jurídicas y entidades de gestión, estas últimas de acuerdo con lo establecido en el art. 150 TRLPI y siempre supeditada a las vulneraciones de los derechos confiados a su gestión.

Por otra parte, respecto a la regulación de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información, se hace por remisión a las previsiones del párrafo 2º, apartados a, b, c y d del art. 195 TRLPI, que ha ampliado notablemente el ámbito de entidades de gestión contra las que se puede dirigir el procedimiento en la reforma operada por la Ley 14/2021, de 11 de octubre, *por la que se modifica el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019*, ya que la LSSI simplemente define lo que son y lo que no son servicios en la sociedad de la información en su apartado de definiciones y exposición de motivos.



Para la aclaración de las previsiones del párrafo 2º, apartados a, b, c y d del art. 195 TRLPI debe acudir a la interpretación jurisprudencial en la materia que ha delimitado el ámbito de la legitimación pasiva, a través de diferentes resoluciones de la Sala 3ª del TS, entre otras las SSTS 923/2019, de 27 de junio; 1818/2020 de 30 de diciembre, y la SAN 292/2016, sección primera, de 26 de abril, que establecen que «la determinación de si el servicio prestado puede o no ser considerado como mera actividad de intermediación y, por lo tanto, sujeta a un régimen especial de responsabilidad, corresponde al órgano judicial nacional, atendiendo a si la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada».

En este sentido, el concepto de intermediación aparece definido conforme a lo establecido en la jurisprudencia del TJUE, entre otras la STJUE de 26 de abril de 2017 (asunto C-527/15, párrafos 31, 41 y 42) destaca como elemento determinante de la responsabilidad de un prestador de servicios de la sociedad de la información el hecho de apreciar que su intervención resulta indispensable para que se materialice la infracción, sin la cual no sería posible el acceso al contenido por parte del usuario, o la sentencia de 12 de julio de 2011 (asunto C-324/09) que dice que cuando un prestador de servicios de intermediación realmente desarrolla dicho papel de mero intermediario, o, por el contrario, pasa a asumir un contenido o servicio como propio y en su párrafo 113: No es este el caso cuando el prestador del servicio, en lugar de limitarse a una prestación neutra de dicho servicio mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus clientes, desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de tales datos.

El **art. 10** al hablar del deber de *colaboración*, lo detalla con más precisión que el art. 16.3 del anterior RDFCPI/2011. Su base jurídica está en el art. 195.6 TRLPI, detallando los prestadores de servicios de la sociedad de la información afectados (párrafo 1º.a), el ámbito territorial del deber de colaboración,



distinguiendo aquellos cuyo lugar de establecimiento no esté establecido en España (2º), de aquellos que sí estén establecidos en España (3º) y sus límites (4º), que se ciñen al hecho de atentar contra el honor, intimidad personal o familiar, o la comunicación de datos confidenciales, o de terceros.

En realidad, es una trasposición de las previsiones del art. 36.1 LSSI, que dice que los prestadores de servicios de la sociedad de la información tienen la obligación de facilitar al Ministerio de Ciencia y Tecnología y a los demás órganos a que se refiere el artículo anterior, toda la información y colaboración precisas para el ejercicio de sus funciones.

Respecto a los prestadores de colaboración, determina en su párrafo 1º que la obligación de dicha colaboración afecta a los prestadores de los servicios de la sociedad de la información que presten cualquier tipo de intermediación, los prestadores de servicios de pagos electrónicos y los prestadores de servicios de publicidad, incluyendo en estos últimos los intermediarios a través de los cuales se publicita el infractor.

El **art. 11** regula el plazo máximo para resolver el procedimiento, procediendo a adaptarse a lo establecido en el art. 21.3 LPACAP (3 meses), que ya estaba previsto en el art. 22.4 RDFCPI/2011.

En este sentido, entendemos que, si bien la previsión de un plazo máximo de resolución resulta positiva, tanto el plazo ordinario como el de prórroga parecen excesivos si se atiende a las necesidades de celeridad, inmediatez y eficacia en la respuesta que son consustanciales al mecanismo diseñado en el art. 195 LPI y estuvieron en la razón misma de su génesis, diseño y puesta en marcha. Con ocasión de referirnos al origen y motivos para la implantación de la medida Sinde-Wert, ya se subrayó que nació para superar la situación de eternización en la toma de decisiones cautelares por parte de los órganos jurisdiccionales y lograr, a través de un órgano administrativo, la adopción inmediata de medidas que impidiesen la continuidad de la infracción y del perjuicio derivado de la



misma, puesto que la inmediatez en la reacción de protección es crucial para su eficacia dadas las características y ciclos de explotación económica en todo tipo de obras y prestaciones, y en especial, de las de contenido audiovisual. El transcurso de hasta cuatro meses y medio no parece guardar proporcionalidad con la necesidad de un procedimiento y una respuesta que *ex art. 8 del PRD* se rige por los principios de celeridad y eficiencia y, por consiguiente, ha de ser pronta y eficaz. Los perjuicios derivados para los titulares de los DPI que se generan por permitir la continuación de la vulneración por tanto tiempo entretanto se sustancia el procedimiento son cuantiosos, pues cada día aumentarán sensiblemente los accesos no autorizados o descargas de los contenidos protegidos reventando las ventanas de explotación en las que resulta decisiva la protección.

A las consideraciones entonces efectuadas hay que remitirse, añadiendo ahora que resulta evidente que en las previsiones de los redactores del proyecto de RD está muy presente la idea de que los medios personales y materiales son muy escasos para cumplir con la función que se ejerce y con el plazo dispuesto. Lo acredita especialmente -aunque de modo no exclusivo- que se prevea una prórroga de hasta el 50 % del plazo ordinario no sólo cuando la complejidad o dificultad de la tramitación del procedimiento así lo aconseje (lo que permite cierta discrecionalidad por razones de conveniencia y recursos del órgano), sino cuando se hayan agotado los medios disponibles extraordinaria y excepcionalmente habilitados para cumplir el plazo reglamentario conforme a lo dispuesto en el art. 21.5 LPACAD.

Por demás, resulta llamativo el claro contraste con lo que se demanda de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos que para brindar la autorización judicial requerida por el art. 8.2 LSSICE solo disponen de 24 horas siguientes a la petición (art. 122 bis.1 LJCA) y para la autorización de la ejecución subsidiaria de las medidas de retirada de contenidos o interrupción del servicio tienen un plazo improrrogable de 2 días para dar traslado de la resolución de la SSCPI para alegaciones escritas del Ministerio Fiscal y los



interesados por plazo común de 5 días y ha de resolver en otros 2 días si no surgen nuevos hechos de trascendencia que determinen la celebración de vista oral (art. 122 bis.2 LJCA).

Sin embargo, con resultar trascendente lo anterior, la mayor problemática en términos temporales de tramitación y resolución de las solicitudes de salvaguarda orientadas a impedir la continuidad de la vulneración y sus efectos, se ubica en que no existe concreción de plazo máximo alguno sobre el periodo que pueda transcurrir entre la presentación de la denuncia y el acuerdo de incoación del procedimiento, lo que se estima constituye un grave déficit que ni resulta coherente con el principio de celeridad que se establece como rector del procedimiento en el precedente art. 8 ni se corresponde con las necesidades de inmediatez y eficacia de la respuesta del sistema de salvaguarda que ha de ser inherentes al mecanismo diseñado en el art. 195 LPI.

Frente a las propuestas formuladas en el periodo de alegaciones de que se establezca un plazo para el inicio del procedimiento desde la presentación de la denuncia, la respuesta de los promotores del proyecto de RD (pág. 28 de la memoria del análisis del impacto normativo) literalmente es que no se acepta «ya que la escasez de medios, la complejidad de las actuaciones previas y la priorización de los expedientes de acuerdo con el número de obras afectadas que los propios denunciantes señalan, puede llevar al retraso en el inicio del procedimiento relativo a determinados expedientes, pudiendo superarse ese plazo en ocasiones debido a los limitados recursos de la SSCPI».

Pues bien, no parece de recibo que, de nuevo, la escasez de medios sea empleada para negar algo tan básico como una medida que evite la incoación del procedimiento hasta que a bien lo tenga el órgano administrativo por puras razones pragmáticas de infraestructura y logística. Los medios han de ser los adecuados a la función y no a la inversa. Si para el ejercicio de la función de antemano se plantea una regulación sabiendo que no se van a proveer los



medios necesarios, resulta obvio que la función de salvaguarda no se cumplirá satisfactoriamente porque los derechos no se protegen por su mera proclamación teórico-jurídica. De operarse con semejantes criterios en todos los procedimientos administrativos, la Administración no tendría nunca que mejorar sus medios, pues bastaría con acomodar la prestación de servicios y la función que desempeñan a los recursos disponibles en cada caso por más que se frustrarán los deberes públicos y las expectativas de los perjudicados. Ya se ha reflejado más de una vez que históricamente el periodo de tiempo que transcurría entre la solicitud/denuncia y el acuerdo de incoación estuvo inicialmente en una media 900 días, se redujo posteriormente a 700 días y disminuyó a alrededor de 400 días en los primeros cuatro años de andadura del procedimiento y si bien en la actualidad está en cifras notablemente mejores, aunque sólo fuera un mes el retraso en incoar, no parece aceptable que no se establezca un límite razonable que sirva de referencia insalvable para que el órgano administrativo provea y dé curso a la denuncia so pena de socavar por esta vía hasta anular tanto el principio de eficacia como el principio de celeridad que ex art. 8 PRD han de presidir el procedimiento, acabando por posibilitar que se juegue con dicho plazo para retrasar la resolución, eludir la caducidad o forzar la pérdida de objeto del procedimiento por merma de interés del denunciante, que, cuando ya ve frustradas todas sus posibilidades de explotación razonable de la obra, puede verse tan desincentivado por la imposibilidad de obtener la salvaguarda de sus derechos que opte por la dejación de éstos tanto en el caso afectado como pro futuro al resultarle inútil el esfuerzo investigativo y económico que comporta el mantenimiento de su defensa, que puede extenderse al proceso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional con arreglo al art. 122 bis LJCA y más allá en los recursos contencioso-administrativos ordinarios materiales que eventualmente pueden interponerse en el plazo de dos meses desde la resolución final si la hubiere.

En definitiva, lo que realmente resulta coherente tanto con los interdependientes principios de celeridad y eficiencia como con la propia naturaleza y función de salvaguarda de los derechos concernidos es que se



establezca un plazo máximo a partir de la formulación de la denuncia para que el órgano administrativo provea con agilidad y dé curso o no a la solicitud. Tal y como ha venido confirmando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el periodo anterior al acuerdo de iniciación del procedimiento debe ser forzosamente breve y no encubrir de una forma artificiosa y fraudulenta la realización de actos de instrucción u ocultar y reducir la duración del propio expediente posterior.

Por todo ello se propone la siguiente redacción para el art. 11 del PRD:

*Artículo. 11. Plazos máximos para iniciar y resolver.*

- 1. El plazo máximo para adoptar una decisión sobre el inicio o no del procedimiento será de 20 días desde la interposición de la denuncia o su subsanación en los casos de incumplimiento inicial de sus requisitos.*
- 2. El plazo máximo para resolver el procedimiento será de 1 mes desde que se dicte su acuerdo de inicio.*
- 3. La falta de resolución en plazo producirá la caducidad del procedimiento.*
- 4. Excepcionalmente, cuando se hayan agotado los medios personales y materiales disponibles a los que se refiere el artículo 21.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre o cuando la complejidad o dificultad de la tramitación del procedimiento así lo aconseje, la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual de oficio o a propuesta del instructor acordará de manera motivada la ampliación del citado plazo por un plazo máximo de 15 días.*
- 5. Contra el acuerdo de ampliación del plazo no cabrá recurso alguno.*

El **art. 12** trata de la inexistencia de prejudicialidad civil o penal y hace referencia al anterior art. 13.4 RDFCPI/2011, solo que se separa en dos preceptos, por un lado, el art. 6.3 (obligación de denunciar) y, por otro lado, este precepto, cuya redacción es coincidente con el párrafo 8º del art. 195 TRLPI, y que se refiere al ejercicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas por parte de los interesados. y de acuerdo con los postulados de celeridad y eficiencia del procedimiento, el art. 12 del PRD precisa que la tramitación del procedimiento de restablecimiento de la



legalidad, tanto ordinario como especial, será compatible —y lo que especialmente resulta muy relevante— sin que se produzca su suspensión, con la exigencia a los prestadores de servicios de la sociedad de la información de otras responsabilidades en las que hubiera podido incurrir por la comisión de los hechos objeto del mismo, con lo que se consagra el principio de inexistencia de prejudicialidad penal y civil.

Ello es absolutamente coherente con la propia naturaleza de los procedimientos administrativos de restablecimiento o restauración de legalidad. Al carecer de naturaleza sancionatoria no existen colisiones ni problemas desde la perspectiva del principio *ne bis in idem* con las acciones penales. Y aunque, en el plano objetivo, se requiera dirigir el procedimiento si las vulneraciones presentan idoneidad o aptitud para causar daños patrimoniales, pues se exige que se hayan causado o sea susceptible de causarlos, en ningún caso de este procedimiento se deriva per se resarcimiento económico alguno, pues como se ha dicho su objetivo primordial es impedir la continuidad de la conculcación de DPI y de sus efectos.

Además de ser un efecto directo determinado por lo dispuesto en el art. 195 LPI, la previsión es positiva puesto que va en la línea de favorecer la agilidad y prestanda de la tramitación y, sobre todo, la eficacia del procedimiento que va indisolublemente anudada a su celeridad por las razones en las que se viene insistiendo.

### **5.3.2 Sección 2ª: Procedimiento ordinario**

El grueso de las reglas procedimentales del PRD se dedica al denominado procedimiento ordinario (arts. 13 a 24, que integran la Sección 2ª del Capítulo III), pero —ya se ha apuntado— en la práctica es el menos seguido y lo realmente ordinario es que se siga el procedimiento especial que el legislador introdujo primero a través del RDL 17/2020, de 5 de mayo, y luego consolidó mediante la Ley 14/2021 ante el sistemático incumplimiento del art. 10.1.a)



LSSICE por parte de los responsables de los ISP y el exiguo ejercicio de la competencia sancionadora por parte de los órganos administrativos a los que incumbe su disciplina.

Pese a que en la práctica el procedimiento especial es la regla y el ordinario constituye la excepción, como el primero pivota sobre una serie de especialidades respecto de las reglas de sustanciación del procedimiento ordinario, hemos de referirnos a éstas para valorar el diseño de ambos.

El esquema procedimental ordinario es muy característico y manifiesta una fuerte propensión a generar un restablecimiento voluntario de la legalidad por parte del responsable del ISP.

### 5.3.2.1 Fase preliminar (arts. 13 a 16)

Antes de concretar una denuncia de la vulneración, los titulares de los DPI o quienes tengan encomendado su ejercicio deben efectuar (art. 14) un requerimiento previo al ISP que vaya a denunciar, dirigido a la dirección electrónica válida para comunicaciones (ex. art. 10.1.a LSSICE) para que i) retire los contenidos ofrecidos sin autorización; ii) inhabilite el acceso a los mismos; o iii) interrumpa el servicio, todo ello a efecto de generar el conocimiento efectivo al que se refieren los arts. 16 y 17 LSSICE. Si el requerimiento previo —que solo puede obviarse si no hay dirección electrónica válida— es infructuoso por desatenderse (al no contestarse o no procederse a la retirada o inhabilitación voluntaria de los contenidos), se abre la vía a la presentación de la *denuncia* (art. 15) que debe proporcionar datos de identificación tanto de las obras o prestaciones y su localización electrónica como del ISP presuntamente infractor y si reúne los debidos requisitos de acreditación de la titularidad y de la explotación permite abrir un preceptivo periodo de *actuaciones previas de comprobación* dirigidas a conocer las circunstancias del caso y la conveniencia de iniciar o no el procedimiento (art. 16), decisión que *podrá* adoptarse por la SSCPI mediante un específico



*acuerdo de inicio* que, entre otros extremos, contendrá un *requerimiento administrativo* al responsable del ISP para que en las 48 h. siguientes a la notificación *interrumpa el servicio* infractor —sobre todo si el objeto principal es la actividad infractora de DPI— o *retire los contenidos* protegidos, así como indicación del *derecho de formular alegaciones y proponer pruebas* (art. 17).

Notificado este acuerdo de inicio, el ISP —en el indicado plazo 48 horas— puede, alternativamente, cumplir voluntariamente lo requerido o, en su defensa, presentar alegaciones y proponer pruebas sobre cualquier circunstancia (art. 19). Pero cabe una tercera posibilidad: que no cumpla el requerimiento y no presente alegaciones ni proponga pruebas, supuesto en el que la propuesta de resolución reproducirá el acuerdo de inicio. En el caso de cumplimiento voluntario, se archiva sin más el procedimiento, pero si se reanuda la presunta actividad infractora, se reabre en fase de prueba y conclusiones, tramitándose con carácter urgente y preferente (art. 20). En el segundo supuesto o si se reabre tras un archivo y se hacen alegaciones o propone prueba, se abre la *fase de prueba* para su práctica en un plazo de 2 días, que se documenta en un informe y se elabora una propuesta de resolución, abriéndose un plazo de 5 días para conclusiones de los interesados (art. 21), que una vez transcurrido, determinará la elevación del expediente por el instructor a SSCPI, que deberá dictar la resolución final en plazo máximo de 3 días. Si la resolución final no considera acreditada la vulneración DPI se decretará el archivo. En caso de que sí se considere acreditada dicha vulneración la resolución final determinará, entre otros extremos, el alcance de las medidas de interrupción del servicio o retirada contenidos y contendrá un apercibimiento de que, si en 24 h. desde la notificación el ISP no procede a ejecución voluntaria, se generará la ejecución subsidiaria, previa autorización judicial. Contra las resoluciones dictadas por la SSCPI —que ponen fin a la vía administrativa— podrá interponerse recurso potestativo de reposición en un mes o proceder a su impugnación directa en dos meses ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (art. 22). En su caso, la solicitud para la ejecución subsidiaria se ha de solicitar al Juzgado Central de lo Contencioso-



Administrativo según lo establecido en el art. 122 bis.2 LJCA, acompañando el expediente y un anexo con la identificación de los interesados y los ISP de intermediación cuya colaboración sea necesaria (art. 23). Una vez dictado y recibido el correspondiente auto judicial, si se deniega la ejecución subsidiaria se archivará, mientras si se autoriza, su notificación o comunicación al ISP implicará el conocimiento efectivo de la actividad vulneradora y deberá cumplirse la medida en el plazo de 72 horas. Si el ISP no cumple serán aplicables las disposiciones relativas a infracciones y sanciones de los arts. 38.2 b y 39.1 a) LSSICE y podrá procederse a la ejecución forzosa conforme a los arts. 100 y ss LPACAP). Las medidas de ejecución se extenderán a las actuaciones del ISP infractor dirigidas a evitar la eficacia de la resolución adoptada en el procedimiento.

Por consiguiente, cabe distinguir una fase preliminar de iniciación, una fase de instrucción con eventual formulación de alegaciones y práctica de prueba que desemboca en una propuesta de resolución que se eleva a la SSCPI para dictado de la resolución final, y una fase de ejecución, en su caso, subsidiaria al cumplimiento voluntario.

Pues bien, las observaciones y propuestas que pueden hacerse sobre el contenido proyectado, siguiendo las fases y el orden del articulado, se detallan a continuación.

El **art. 13** establece *el inicio del procedimiento*, diferenciando la iniciativa y potestad de instar el procedimiento que corresponde a los legitimados activamente previstos en el art. 9, y la actuación de oficio de la SSCPI, que, tras la solicitud de los interesados y la comprobación de la existencia de los requisitos para iniciar el procedimiento, decide sobre su tramitación de conformidad con lo establecido en el párrafo 3º del art. 195 TRLPI. Igualmente, debe destacarse la modificación de los modelos de solicitud de inicio de procedimiento que se recogen en el PRD y se adaptan a las previsiones establecidas en el art. 195.3 TRLPI, con instrucciones explicativas sobre el



modo en que debe cumplimentarse el citado modelo.

El PRD indica que el procedimiento se iniciará de oficio, previa denuncia ante la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual, lo que supone una modificación respecto del vigente RD 1889/2011 que señala en su art. 17 que se instará mediante solicitud, lo que refuerza el carácter infractor de la legalidad que se genera por las conductas que se ponen en conocimiento de la autoridad administrativa, aportado un matiz de *plus* y *aliud* en la actividad administrativa respecto de lo que supone una iniciación por mera solicitud. La opción reglamentaria reproduce en este precepto la fórmula empleada en el art. 195.3 LPI y se ajusta a las previsiones de la LPACAP, que entre las modalidades de iniciación de oficio contempladas en el art. 58 incluye la producida por denuncia y en el art. 62 regula las singularidades de su concepto y requisitos, distinguiendo según la denuncia se refiera o no —como sería el caso— a hechos constitutivos de infracción administrativa.

Lo llamativo es que, contraponiendo la LPACAP (en los arts. 54 y ss.) los supuestos de iniciación de oficio (entre los que se encuentran el modo de denuncia de los arts. 58 y 62) a los de iniciación a solicitud del interesado (ex arts. 66 y ss.) y regulándose la denuncia en el art. 15 PRD con expreso mandato de su presentación «mediante la cumplimentación del formulario que figura en el Anexo de este real decreto» (ap. 1), resulte que el Anexo que contiene dicho formulario y las instrucciones para cumplimentar el modelo oficial sigan empleando, en abierta incoherencia con el texto legal vigente y reglamentario proyectado en el art. 13, la denominación «Solicitud de inicio de procedimiento de salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en internet» e «Instrucciones para cumplimentar el modelo oficial “solicitud de inicio de procedimiento de salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en internet”». Es menester subrayar, además, que la referencia al procedimiento en estos anexos tampoco se corresponde con su denominación legal, ya que lo estrictamente correcto, tanto desde la perspectiva sustancial aplicativa como puramente terminológica, en adecuada correspondencia con la identificación



legal de la función en el art. 195 LPI no es la referencia a «internet» sino al «entorno digital», pues recordemos que este precepto lleva por título «Función de salvaguarda de los derechos en el entorno digital», lo que no carece de importancia en orden al campo aplicativo del procedimiento y las medidas que a su través se pretendan.

De ahí que se realiza la siguiente propuesta de mejora: «Denuncia para el inicio de procedimiento de salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en el entorno digital» e «Instrucciones para cumplimentar el modelo oficial denuncia para el inicio de procedimiento de salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en entorno digital».

Más allá de la fórmula empleada para fijar el comienzo del procedimiento, que no hace más que reproducir la expresión legal empleada en el párrafo primero del art. 195.3 LPI y en realidad a lo que da inicio es a una *fase preliminar* a la decisión de incoación, en puridad, la coherencia con el párrafo segundo del art. 195.3 LPI (*Las entidades de gestión estarán legitimadas para instar este procedimiento en los términos de lo dispuesto en el artículo 150*) y con el apartado a) del art. 9 del PRD exigiría la mención, como actores de la puesta en marcha, no solo de los titulares de los DPI y de quienes tienen encomendado su ejercicio (lo que no merece objeción pues simplemente reitera la dicción legal del art. 195.3, párrafo primero, LPI), sino también de sus representantes, incluidas las entidades de gestión colectiva, ya que conforme al art. 150 LPI están legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en *toda clase de procedimientos administrativos* o judiciales y así también se desprende del contenido del mencionado párrafo segundo del art. 195.3 LPI .

Por lo dicho, se propone la siguiente redacción al art. 13:

*Artículo 13. Inicio del procedimiento.*

*El procedimiento se iniciará de oficio, previa denuncia ante la Sección Segunda de*



*la Comisión de Propiedad Intelectual por parte de las personas naturales o jurídicas mencionadas en el apartado a) del art. 9 del presente Real Decreto.*

Con ello se lograría una mejora técnica y más simple que aunaría complitud y coherencia con el art. 9 en lo que respecta a la designación de los legitimados para promover el inicio del procedimiento.

No obstante, tal puntualización se hace siendo conscientes de que de la SSCPI no se puede esperar que con base en la dicción literal del art 13 PRD se imponga una lectura restrictiva en su redacción actual que excluya a las entidades de gestión colectiva. Simplemente lo impide el texto legal reproducido y, por demás, de hecho, lo habitual es y será que sean las entidades de gestión colectiva de DPI las que accionen el mecanismo de puesta en marcha del procedimiento.

El **art. 14** (*requerimiento previo*) menciona igualmente lo previsto en el párrafo 3º del art. 195 TRLPI, pero lo estructura de un modo más ordenado que la regulación a la que desarrolla, estableciendo el contenido del requerimiento (1º), forma de llevar a cabo el mismo (2º), efectos jurídicos del mismo (3º), consecuencias de falta de facilitación de dirección electrónica a la que enviar el requerimiento (4º) y criterios para declarar infructuoso el mismo (5º).

Entendemos positiva la ampliación de los elementos que debe contener el requerimiento, que no solo afecta a la retirada de los contenidos específicos ofrecidos sin autorización conforme a la TRLPI, sino que lo extiende a la adopción de medidas que complementen la misma, como son la inhabilitación de acceso a los mismos, o la interrupción de acceso al servicio, medidas que coadyuvan a evitar la vulneración del derecho.

En este sentido, en el apartado 1º hay que celebrar como muy positivo que el objeto del requerimiento pueda extenderse no solo a la retirada de los contenidos específicos ofrecidos sin autorización, sino también i) a la retirada de



cualesquiera otras obras o prestaciones indiciariamente ofrecidas de forma ilícita, cuyos derechos ostenten o representen los requirentes y pertenezcan al mismo titular; ii) a la inhabilitación del acceso a estos e, incluso, iii) a la interrupción del servicio.

Lo primero y lo segundo resultan particularmente útiles y apropiados para evitar el archivo del procedimiento de restablecimiento de la legalidad cuando, a pesar de ser notorio el mantenimiento de la actividad infractora, los contenidos específicos dejan de estar disponibles.

Lo tercero y último constituye una vital aportación de cara a un auténtico restablecimiento de la legalidad, puesto que posibilita que el procedimiento para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual se oriente a hacer frente a lo que resulta ser lo habitual y más nocivo: *una conducta general principal o exclusivamente infractora*. La previsión de extensión al cese de la actividad es, además, coherente con el potencial contenido de la resolución del procedimiento contemplada en el art. 22.3 del PRD (*En caso de que en el procedimiento haya quedado acreditado que el servicio de la sociedad de la información tiene como objeto principal la actividad infractora, la interrupción de la prestación del servicio de la sociedad de la información que vulnere los citados derechos objeto del procedimiento...*). Y es que, teniendo en cuenta que el objeto del procedimiento es la restauración de la legalidad, si se puede apreciar con carácter incipiente y *prima facie* que el servicio tiene como única y exclusiva actividad la puesta a disposición de obras y prestaciones protegidas por DPI, la única conducta voluntaria posible para restablecer la legalidad -en correlación además con la medida de interrupción del servicio que posteriormente puede adoptarse en caso de desatención del requerimiento- es el cese de la actividad.

Los apartados 2 (dirección de requerimiento), 3 (generación de conocimiento efectivo a efectos arts. 16 y 17 LSSICE siempre que identifiquen exactamente las obras y prestaciones o al titular DPI y una ubicación de ofrecimiento de las



mismas), 4 (inexigibilidad del intento de requerimiento por no facilitarse dirección electrónica válida por ISP), y 5 (requerimiento infructuoso si no se atiende en tres días) simplemente reiteran el texto legal del art. 195.3 LPI y no presentan aspectos problemáticos.

En cualquier caso, al margen de lo anterior y como consideración de tipo general, se entiende que el desarrollo reglamentario podría aprovecharse para reforzar la compatibilidad del requerimiento previo de los arts. 195.3 y 14 del PRD —dada su muy similar naturaleza— con los mecanismos de notificación y acción del art. 16 del RSD//DSA, aun partiendo de que ya en su actual redacción satisface en muy buena medida los requisitos para dichos mecanismos que prevé el apartado 2 de dicho precepto UE e incluso colma las exigencias del art. 16.3 RSD/DSA en cuanto a la notificación que debe proporcionar el conocimiento efectivo. En esta línea, aunque se sobreentiende, la inclusión referenciada de aquellos requisitos constituiría un avance en coherencia con el efecto vinculante del referido Reglamento UE.

El **art. 15** regula los elementos que debe contener *la denuncia* y que afectan a la forma de presentación (1º y 2º), contenido (3º) y efectos y consecuencias de la falta de subsanación de los defectos de la denuncia (4º).

En relación con el art. 17 del anterior RDFCPI/2011, los preceptos 1º y 2º del PRD, simplemente se ciñen a adaptarse a la legislación administrativa vigente y al encaje en el Ministerio de Cultura y Deporte de la SSCPI, del mismo modo que el apartado 4º reproduce el actual art. 17.3 RDFCPI/2011. eso sí, con añadidos de adaptación referidos a la acreditación del requerimiento previo o su falta de necesidad y a una declaración responsable confirmando que la información y las alegaciones contenidas en la denuncia son precisas y completas, así como a una exactitud sobre los datos disponibles para la identificación del ISP. Si acaso debiera contemplarse alguna precisión para el habitual caso de que toda la actividad de la web concernida resulte “pirata” porque sea exclusivamente vulneradora de los DPI.



Respecto al contenido de la denuncia, merece destacar los siguientes aspectos. En primer lugar, la ampliación del ámbito de identificación de las obras o prestaciones objeto de la denuncia con indicación clara de su localización electrónica exacta (1º), o la identificación de las características identificativas de las mismas (4º). En segundo lugar y dado que el procedimiento busca declarar la vulneración del derecho, es decir, es un procedimiento meramente declarativo, se suprime la referencia al ánimo de lucro en el párrafo e), ya que no se requiere en el infractor, ni ánimo de lucro, ni de obtención de beneficio económico, ya que la actuación administrativa simplemente persigue la vulneración de los derechos de propiedad intelectual. En tercer lugar, entendemos que la declaración del denunciante de que no ha concedido autorización para la explotación debe ser acreditada por quien explota la obra, por lo que dicha mención podría ser suprimida. En cuarto lugar, estimamos positiva la ampliación que se hace en la mención de datos prevista en el párrafo 2º del apartado g). Finalmente, en el apartado i), al referirse a cualquier otra circunstancia relevante debería ceñirse a los efectos de lo previsto en el art. 17.1 del PRD, es decir, a demostrar el nivel de audiencia en España y al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas, que son los criterios de admisibilidad de la denuncia por parte de la SSCPI, cumpliendo con el principio de proporcionalidad previsto en el art. 8 del PRD.

Por demás, debe valorarse positivamente que no se haya optado por la exclusividad de la presentación y tramitación electrónica (lo afortunadamente elegido por titulares y entidades de gestión colectiva de DPI) y, aun como excepción, se posibilite tanto la presentación en papel por las personas físicas como la opción en favor de que el procedimiento no se tramite de forma electrónica, aun previendo el cambio a continuación electrónica en cualquier momento (apartados 1 y 2 del art. 15).

También resulta positiva la remisión al art. 66 LPACAP en cuanto al contenido de la denuncia y la previsión de acompañar documentación e información completa y exacta sobre los extremos del apartado núm. 3, junto a la posibilidad



de subsanación de déficits en el cumplimiento de las exigencias que entrañan, si bien podría sugerirse que el PRD contuviese la precisión de plazo para ello que podría explicitarse conforme a la regla general de diez días (art. 68 LPACAP) con posibilidad de una ampliación prudencial potestativa en determinados casos, hasta cinco días, a petición del interesado o a iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales. En cualquier caso, la aplicación supletoria de la LPACAP ex. 2.1.b) PRD no lo hace estrictamente necesario.

La facilitación a los denunciantes que se realiza con la previsión del Anexo y las instrucciones adicionales que se acompañan al PRD, siguiendo la estela del vigente RD 1889/2011, merece un juicio positivo. No obstante, son déficits por corregir la utilización indebida de los términos propios de una solicitud cuando se trata de una denuncia, la elusión del empleo de la expresión legal «entorno digital» del art. 195 LPI, y la falta de apartados y previsiones para los supuestos contemplados en las letras c) y d) del número 2 del mismo precepto legal. Y también podría sugerirse como mejora un apartado en el articulado y en el anexo que se adapte a la situación en que la conducta general del ISP resulte exclusiva o principalmente infractora.

La aplicación supletoria de la LPACAP también posibilitaría que, ex. art. 56 LPACAP, en la denuncia se interesasen medidas provisionales, lo que podría entenderse avalado por la expresa previsión del art. 17.2.f) del PRD en la que se prevé su adopción por la SSCPI en el acuerdo de inicio.

No obstante, dadas las específicas e intensas necesidades de protección cautelar y urgencia inaplazable que pueden concurrir en este tipo de procedimientos, sería necesario clarificar definitivamente esta cuestión y dejar determinada de forma explícita la aplicabilidad del art. 56 LPACAP tanto en su apartado 1 como en su número 2.



Es cierto que en el art. 17.2.f) del PRD se prevé que la SSCPI puede acordar medidas provisionales, pero no se deja claro si con la denuncia se pueden solicitar de modo cautelarísimo, incluso inaudita altera parte, tal y como se prevé en el art. 50 de los ADPIC a partir de lo dispuesto en su apartado 8 que establece que «en la medida en que puedan ordenarse medidas provisionales a resultas de procedimientos administrativos, esos procedimientos se atenderán a principios sustancialmente equivalentes a los enunciados en esta sección», en relación con su apartado 2, que señala la facultad de su adopción «cuando ello sea conveniente, sin haber oído a la otra parte, en particular cuando haya probabilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable al titular de los derechos, o cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas». Esto último sin perjuicio de exigir al titular una garantía o caución para evitar abusos y proceder a una inmediata revisión *ex post* a petición y con audiencia del ISP afectado con objeto de ventilar su modificación, revocación o confirmación, también de acuerdo con los apartados 3 y 4 del mismo precepto del mentado acuerdo internacional.

Una exigencia de máximos obligaría a ajustar la regulación del procedimiento del PRD a todas las previsiones reseñadas del art. 50 ADPIC. No obstante, en clave de mínimos el art. 56.2 LPACAP posibilitaría atender, en su tenor esencial, esta obligación asumida a nivel internacional en la medida en que señala que, antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar de forma motivada las medidas provisionales que resulten necesarias y proporcionadas. Ello, aunque la revisión no se establezca a petición del afectado, sino de manera preceptiva en el acuerdo de iniciación del procedimiento, dentro de los quince días siguientes a su adopción, quedando en todo caso sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas. La disposición de la letra i) del apartado 3 del mismo art. 56.i) habilita aplicar cualesquiera *medidas que, para*



*la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución, entre las que no cabe descartar precisamente las más efectivas: la interrupción cautelar del servicio en los casos en que la actividad del ISP resulte exclusivamente vulneradora —respecto de lo que el denunciante debería aportar un significativa acreditación preliminar— y la retirada cautelar de contenidos. Ciertamente es que, conforme al apartado 4 de este art. 56 no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes, pero ha de tenerse en cuenta que —como demuestra la experiencia— lo ordinario en muchos ISP es que la actividad sea exclusiva o principalmente vulneradora y la STS de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 1231/2022, de 3 de octubre de 2022 (rec. 6147/21) ya ha declarado, conforme a lo interesado en su día por el Ministerio Fiscal, que, si bien un órgano administrativo no puede acordar sin una orden judicial la interrupción del acceso a un sitio web con contenidos informativos o de opinión —pues dichos sitios entran dentro de la categoría de otros medios de información a que se refiere la CE en su art. 20.5, cuyo secuestro exige autorización judicial—, en cambio y por contra, sí podría bloquear los accesos dedicados a otra actividad ajena a dichos contenidos siempre que concurra alguno de los supuestos legalmente habilitantes para ello, aunque —lógicamente y cualquiera que sea la autoridad, administrativa o judicial, que ordene la interrupción— se debe respetar el principio de proporcionalidad y, si es técnicamente posible, limitarse a aquella sección donde se recoge la actividad, información o expresión ilegales (FFDD 8º - 13º). En esta sentencia también se indican criterios que deben orientar la valoración del alcance de las medidas al señalar (FD 10º) que *el principio de proporcionalidad requiere acudir siempre a la medida que resulte menos invasiva o gravosa. Va de suyo que esto vale en la medida en que sea técnicamente posible interrumpir sólo el acceso a la sección de que se trate. Si sólo cupiera interrumpir el acceso al sitio web en su conjunto, el discurso habría de plantearse en el plano de la llamada proporcionalidad en sentido estricto; es decir, que la cesación de la actividad ilegal mediante la**



*interrupción del acceso al sitio web fuera más valiosa que los intereses sacrificados con ella.*

Es por todo ello por lo que, como propuesta de mejora, en clave de mínimos, se sugiere la inclusión de un apartado 5 en este art. 15 del PRD con el siguiente tenor:

*5. En la denuncia se podrán instar las medidas provisionales que se consideren oportunas con objeto de que se adopten antes de la iniciación del procedimiento o una vez iniciado éste conforme a las previsiones del art. 56 de la ley 39/2015, de 1 de octubre.*

De esta manera se lograría dejar sentada la posibilidad de emplear todos los mecanismos cautelares del procedimiento administrativo común.

El **art. 16** se dedica a *las actuaciones previas de comprobación*, de nueva creación, como una fase de comprobación de los elementos aportados con la denuncia que lleva a cabo la SSCPI, en la que estudia y documenta a través de un informe las razones de la admisibilidad o no del procedimiento.

El diseño que contiene este precepto en su apartado 1 implica la apertura, dentro de la fase preliminar, de un *necesario y preceptivo* periodo de actividades de verificación por parte del órgano administrativo sobre las *circunstancias de caso concreto* y la *conveniencia* de iniciar o no el procedimiento.

La previsión constituye una novedad respecto de la situación vigente, pues el RD 1889/2011 no contempla explícitamente un periodo similar de actuaciones previas de comprobación en el precepto en el que se regula la fase preliminar (art. 17).



Pues bien, los dos aspectos que pueden juzgarse cuestionables y debieran mejorarse en el art. 16 del PRD son: i) la absoluta falta de discrecionalidad en la apertura o no del periodo de realización de las actividades previas que se desprende del empleo imperativo del verbo (*abrirá*); y ii) la absoluta discrecionalidad —que parece conceder el precepto reglamentario— para juzgar la conveniencia de iniciar o no el procedimiento.

Los principios interdependientes de celeridad y eficiencia del art. 8 del PRD, con los que ha de sustanciarse el procedimiento, lo que exigen es el acortamiento y alivio de trámites innecesarios. La apertura de un periodo de actuaciones previas de comprobación puede ser prescindible si un mínimo examen de la denuncia y la documentación anexa arroja elementos más que suficientes para iniciar el procedimiento o bien la aportación exhaustiva de medios de prueba por el denunciante lo hace innecesario, por lo que la propuesta de modificación que desde este informe puede promoverse pasa por sustituir en la redacción legal el término «abrirá» por «podrá abrir», convirtiendo en potestativo dicho periodo, tal y como constituye la norma del procedimiento administrativo común conforme al art. 55.1 LPACAP, que dispone que «con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente *podrá* abrir un período de información o actuaciones previas...», de la que se separa abiertamente el art. 16 del PRD al establecerse el carácter preceptivo de dicho periodo. Por parte de los promotores del PRD se esgrime en contra de esta posibilidad que las webs pueden cambiar continuamente y es necesario siempre comprobar que está activa, pero dicha actividad puede ser tan rudimentaria y tan de mínima duración como acudir al sitio web con un *click*, sin necesidad de abrir tan formal y dilatoriamente un periodo de comprobación. De hecho, una operativa así sería susceptible de trasladarse a los aspectos a valorar para “acordar o no” el inicio del procedimiento del art. 17 del PRD y, en cualquier caso, ello también constituirá un elemento a confrontar en la fase de prueba si entre las alegaciones de los ISP contra los que se dirija el procedimiento se niega la realización o mantenimiento de la actividad infractora.



La previsión de un periodo preceptivo de actuaciones previas corre el riesgo de convertirse en una excusa para justificar el transcurso de un dilatado periodo de tiempo entre la denuncia y el acuerdo de iniciación, máxime si no se subsana el déficit denunciado de inexistencia de un plazo concreto máximo entre denuncia e incoación del procedimiento, lo que hay que recordar ha dado lugar históricamente a periodos muy prolongados de dilación del inicio efectivo de la sustanciación de la fase de instrucción. En realidad, como viene indicando la jurisprudencia, la fase preliminar anterior a la iniciación en sentido estricto solo resulta indicada e incluso inevitable en los supuestos de complejidad técnica de los hechos a verificar y en ningún caso puede servir para justificar periodos de paralización prolongados u ocultar o disfrazar intenciones antijurídicas en fraude de ley.

El principio de legalidad que, también ex. art. 8 del PRD, es rector principal de la sustanciación del procedimiento no casa en buena parte de su dimensión con la introducción de un principio de oportunidad absoluto y no reglado en este art. 16.1 del PRD, y lo cierto es que la redacción pretendida parece favorecerlo. Más coherente y acorde con la naturaleza del procedimiento de restablecimiento de la legalidad es que a lo sumo la SSCPI, como resultado de las actuaciones previas de comprobación, valore la procedencia desde el prisma de la legalidad —y no la mera conveniencia u oportunidad— de iniciar o no el procedimiento, por más que se reproduzcan los términos del indicado precepto de la LPACAP. De modo más respetuoso con la naturaleza del procedimiento y el propósito de legalidad, en el vigente art. 17.3 del RD 1889/2011, se dispone que la Sección Segunda acordará el inicio del procedimiento salvo que la solicitud incumpla alguno de los requisitos exigidos en la normativa por la que se rige este procedimiento (si es que no se subsana un eventual déficit de cumplimentación), por lo que no existe margen para denegar el inicio del procedimiento por razones de oportunidad si resulta procedente por darse las condiciones normativas demandadas.



Por consiguiente, la propuesta de redacción del art. 16.1 del PRD que se formularía sería la siguiente:

*Artículo 16. Actuaciones previas de comprobación.*

*1. Con anterioridad al inicio del procedimiento, la SSCPI podrá abrir un período de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la procedencia de iniciar o no el procedimiento”.*

El apartado 2 del art. 16 debería permanecer sin cambios puesto que dispone correctamente lo atinente a la documentación de las actuaciones previas y su incorporación al expediente a efectos probatorios.

### **5.3.2.2 Fase de instrucción (arts. 17 a 22)**

El **art. 17** regula el *acuerdo de inicio*, definiendo las razones de su adopción (1º), su contenido (2º), su régimen de notificación, para interesados o partes en el procedimiento (3º), o, a efectos de colaboración en el procedimiento (4º).

Si bien el precepto adecuaba el contenido del actual art. 19 del RDFCPI/2011 que había resultado derogado con la redacción final del párrafo quinto del apartado 3º del art. 195 TRLPI en materia de régimen de notificación, igualmente añade tres elementos de vital importancia en cuanto al contenido del acuerdo de inicio previsto en el párrafo 2º, como son el requerimiento al responsable del servicio de la sociedad de información para retirar los contenidos o interrumpir el servicio infractor (e), la adopción de medidas provisionales (f) y la posibilidad de efectuar alegaciones o proponer prueba en el plazo de 48 horas (g), que ya aparecen reguladas en el apartado 4º, párrafo 3º del art. 195 TRLPI y que son perfectamente válidas al estar previstas en los arts. 16 y 17 LSSI que recogen de forma expresa la posibilidad de establecer medios de conocimiento efectivos a los recogidos en la LSSI.



En lo que atañe a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 17 sobre el contenido mínimo del acuerdo de iniciación debe emitirse un juicio globalmente positivo. La mejora respecto del vigente art. 19 del RD 1889/2011 es importante, sobre todo en materia de especificación de plazo máximo para resolver y los efectos del cumplimiento (ap. d), precisiones en la interrupción del servicio infractor como medida propia del requerimiento cuando el ISP tiene como objeto principal una actividad indiciariamente infractora (ap. e), y la posibilidad de adoptar medidas de carácter provisional (ap. f) -lo que podría interpretarse como confirmación de la eventualidad de solicitarlas conforme al art. 56 LPACAP.

Sorprende que teniendo en cuenta la nueva regulación prevista en el párrafo 4º y 5º del art. 195 TRLPI que regula la adopción de medidas cautelares definitivas (4º) y provisionales (5º), en modo alguno se desarrolle reglamentariamente en el PRD, y simplemente se haga una escueta mención sobre la posibilidad de su adopción y que la misma forme parte del contenido del acuerdo de inicio, sin que se mencionen en el texto su existencia.

En este sentido, debe mencionarse que en el art. 22 del RD 1023/2015, de 13 de noviembre, que regula la SPCPI, se menciona la adopción de medidas provisionales de manera motivada y tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que pueda adoptarse, y, en cambio en el PRD no. Por lo tanto, debería adoptarse la medida cuando el incumplimiento de la obligación establecida en el art. 10.1.a) LSSI, es decir, el incumplimiento de la obligación de facilitar la información del responsable del servicio de la información, aunque para la adopción de la medida se deban adoptar criterios valorativos, sea de tal entidad que no sea posible identificar correctamente al responsable del servicio de la información presuntamente responsable con los datos que él mismo ha facilitado en su página o sitio web, al ser una medida cautelarísima y adoptada *inaudita parte*.

También es acreedora de una apreciación positiva la comunicación informativa (art. 17.4) a los ISP intermediarios, los servicios de pagos electrónicos y los de



publicidad obligados a colaborar con la SSCPI ex. art. 195.4 LPI, puesto que en muchos casos su intervención posterior a estos efectos será inevitable y decisiva. Asimismo, para que el contenido del PRD tenga una redacción uniforme y a la vista de que el apartado 4º b y c del precepto hace referencia a las mismas entidades previstas en el art. 10.1, apartados b y c, debiera modificarse y referirse en el caso del apartado b) *Los prestadores de los servicios de pagos electrónicos* y en el apartado c) *Los prestadores de servicios de publicidad*.

No obstante, sí cabe realizar una observación de mejora a la vista de lo dispuesto en el posterior art. 21.2 (*En el caso de que no se reciban alegaciones ni propuestas de prueba, el texto de la resolución reproducirá el del acuerdo de inicio*), ya que una adecuada información al ISP contra el que se dirige el procedimiento exigiría advertirle, ya en el acuerdo de inicio, de las consecuencias de no hacer alegaciones y no proponer pruebas. La propuesta pasa por sugerir la adición de un nuevo apartado h) al art. 17:

*h) Indicación de que, en caso de no efectuar alegaciones ni propuesta de pruebas en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, el texto de la resolución reproducirá el del acuerdo de inicio.*

Finalmente, de acuerdo con la aplicación del principio de celeridad previsto en el art. 8 del PRD, sería deseable establecer un plazo máximo para el inicio del procedimiento desde la recepción de la denuncia, teniendo en cuenta que uno de los principales problemas de los que ha adolecido la regulación precedente ha sido precisamente la falta de agilidad de respuesta a vulneraciones producidas, que han desembocado en muchas ocasiones en los archivos de los expedientes «por desaparición sobrevenida del objeto».

El **art. 18** desarrolla el *proceso de acumulación de denuncias y procedimientos*, que es de nueva creación, ya que la regulación prevista en el párrafo 2º del apartado 4º del art. 195 TRLPI solo hace referencia a la acumulación de



medidas de retirada e interrupción, pero ni el anterior RDFCPI/2011 ni el TRLPI lo citan, y su redacción atiende a lo previsto en el art. 57 LPACAP, sirviendo los criterios previstos en el precepto antes citado del TRLPI, al permitir que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, pueda disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

Dicha regulación resulta clarificadora y precisa la regulación que, por razones de economía procedimental y optimización de esfuerzos, se contiene en este precepto sobre las posibilidades de acumulación expresa, de oficio o a instancia de parte y en cualquier momento preliminar o posterior al inicio del procedimiento, de denuncias y procedimientos cuando tengan por objeto el mismo ISP o exista identidad sustancial o íntima conexión entre los procedimientos. Y otro tanto corresponde decir de la previsión sobre el cómputo del plazo de resolución y la irrecurribilidad del acuerdo de acumulación. Por tanto, ninguna observación crítica merece realizarse.

El **art. 19** desarrolla el *proceso de interrupción del servicio o retirada voluntaria y fase de alegaciones*, todo ello en desarrollo de las previsiones de los párrafos tercero y cuarto del apartado 4º del art. 195 TRLPI. Entendemos positiva en aras a la celeridad, la apreciación del archivo del procedimiento en los supuestos de retirada voluntaria de los contenidos por el prestador de los servicios de la sociedad de la información. Igualmente, el apartado b del citado precepto, define adecuadamente el concepto «autorización de uso», entendiendo como tal «la explotación de contenidos o pago de una remuneración por el uso».

El **art. 20** regula el proceso a seguir en los *supuestos de reanudación de la presunta actividad vulneradora*, que implica la reanudación del procedimiento, cuya regulación procede del apartado 4º del art. 195 TRLPI y que en el RDFCPI/2011 se regulaba en el párrafo 2º del art. 20. Entendemos que la regulación de los párrafos 3º, 4º y 5º del art. 20 añade celeridad al



procedimiento, al darle una tramitación urgente y preferente, y delimita con claridad la actividad de comprobación de la SSCPI, al permitir la adopción de las medidas previstas en los párrafos 4º y 5º del art. 195 TRLPI, en el caso de que no se hubieran adoptado previamente, recogiendo de este modo la preocupación mostrada por entidades de gestión (CEDRO), que habían constatado que los infractores normalmente tras especializarse en un tipo de obra o prestación, al conseguir una audiencia o comunidad de usuarios ampliaban su actividad a nuevos tipos de obras, incluso de diferentes titulares, no existiendo en la regulación precedente normativa que pudiera afrontar adecuadamente el problema expuesto, ya que la redacción precedente únicamente permitía esta posibilidad si las obras o prestaciones eran del mismo titular.

El **art. 21** desarrolla *la fase de prueba y propuesta de resolución*, reproduciendo gran parte de lo establecido en el art. 21 RDFCPI/2011, debiendo resaltarse que al igual que en el art. 16 del PRD, entendemos positivo que dicha práctica de pruebas aparezca debidamente documentada. La remisión que hace el precepto al art. 19 del PRD, es más imprecisa que la de la regulación precedente, debiendo introducirse una mayor concreción del precepto en lo relativo a la práctica de la prueba por lo que debería modificarse el párrafo 1º, en el siguiente sentido:

*Transcurrido el plazo de 48 horas señalado en el art. 19, sin que se haya producido voluntariamente la interrupción del servicio, o la retirada de los contenidos, se procederá de la siguiente forma: (...)*

El **art. 22**, que se refiere a *la resolución del procedimiento*, implanta modificaciones con relación al actual art. 22 RDFCPI/2011. Como consecuencia de la introducción de lo establecido en el actual art. 195.4 TRLPI, conforme a la vigente redacción, pero desarrollando el contenido de este de un modo más amplio, que fundamentalmente son las siguientes novedades de contenido son:



i) La ampliación del alcance de las medidas a otras obras o prestaciones protegidas suficientemente identificadas cuyos derechos representen las personas que participen como interesados en el procedimiento y que correspondan a un mismo titular de derechos o que formen parte de un mismo tipo de obras o prestaciones, siempre que concurren hechos o circunstancias que revelen que las citadas obras o prestaciones son igualmente ofrecidas ilícitamente (art. 22.2.b del PRD), tal y como se desprende de la reformada redacción legal del art. 195.4 LPI.

ii) La extensión de las medidas, en su caso, a las réplicas o reproducciones de la URL o de aquellos números, códigos numéricos o cadenas de caracteres que se encuentren vinculados con el titular de los contenidos y que permitan su identificación, así como cualquier dominio, o subdominio específico web que el responsable pudiera utilizar en iguales términos, o que redirija a dicho dominio, así como a todas aquellas direcciones IP, URL, proxy o cualquier otra forma técnica de migrado que, actualmente o en el futuro, permita o facilite el acceso a las mencionadas páginas web infractoras o a su contenido (art. 22.2.f del PRD).

En la regulación del procedimiento se establece como fases, la elevación del expediente por parte del Instructor a la Sección Segunda para la adopción de una resolución (1º); la resolución que la sección puede adoptar, que puede declarar la existencia o no existencia de la vulneración de derechos de propiedad intelectual (2º y 3º), el contenido mínimo que debe incluir la resolución que declare la existencia de la vulneración (medidas de ejecución, apercibimiento y requerimiento al infractor y alcance de la extensión de las medidas) (4º), la duración de las medidas de ejecución subsidiaria adoptadas junto a la resolución (5º). Respecto del plazo de duración de estas medidas de ejecución subsidiaria no parece conveniente mantener en términos absolutos un plazo de duración máxima. El efecto del alzamiento automático de medidas por mero transcurso lo que determina es la finalización de la situación de legalidad que había generado el establecimiento y aplicación de las medidas y, con ello, lo que se provoca es que cese la función de salvaguarda del



procedimiento, restableciéndose la ilegalidad por restaurarse la continuidad de la vulneración. En definitiva, no tiene sentido que, tras el esfuerzo de los perjudicados y el del órgano administrativo, el restablecimiento de la legalidad «caduque» al año y lo que precisamente se restablezca sea la ilegalidad, forzando a todos a comenzar de nuevo el camino recorrido con el consiguiente derroche de esfuerzos, medios y recursos.

Es por tales razones que la propuesta sería eliminar el plazo absoluto, de forma que la redacción de esta disposición quedaría así:

*5. Las medidas de ejecución subsidiaria se aplicarán hasta que el infractor cese en su conducta vulneradora y solicite el alzamiento de las medidas ante la SSCPI, debiendo acreditar para ello que se ha producido el cese de la vulneración de derechos.*

Y, finalmente, que la resolución adoptada pone fin a la vía administrativa, especificando los medios de impugnación de los que se puede hacer valer el infractor en vía administrativa y contencioso-administrativa (6º).

La SSCPI en la anterior regulación del RDFCPI/2011 en su párrafo 2º carecía de las precisiones del contenido mínimo que debía formar parte de la resolución adoptada, con lo que, en la práctica, y, pese a la existencia de plazos perentorios de 24 horas para el cumplimiento de esta, era de difícil aplicación.

La ampliación del contenido obligatorio que debe contener la resolución dictada, en especial en lo relativo al alcance de las medidas (b), justificación (c), el apercibimiento de ejecución subsidiaria previa autorización judicial (d), requerimiento judicial para ejecución subsidiaria al prestador de servicios de intermediación(e) y en especial la extensión de las medidas acordadas añaden proporcionalidad y celeridad a la tramitación del procedimiento.



La regulación del sistema de recursos prevista en el apartado 6º del precepto, aunque desarrolla la escueta regulación prevista en párrafo 6º del apartado 3º del art. 195 TRLPI, sigue siendo imprecisa y determina que se pueden revisar las resoluciones dictadas en vía administrativa no pueden ser revisadas por el superior jerárquico, sino mediante recurso potestativo de reposición que debería interponerse ante la propia SSCPI.

Pero del mismo modo debe hacerse una distinción del contenido de las resoluciones susceptibles de recurso de reposición. En este sentido, puede distinguirse entre aquellas que se dicten a lo largo del procedimiento, pero que no pongan fin al mismo (resolución de inicio, resoluciones de practica de prueba o traslado de conclusiones); y que únicamente son recurribles con recurso potestativo de reposición, cuando deciden directamente o indirectamente el fondo del asunto que solo son recurribles con recurso potestativo de reposición, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos y finalmente la resolución que ponga fin al procedimiento prevista en el presente precepto del PRD, siendo en todo caso de aplicación con carácter subsidiario la LJCA, conforme al art. 2.b ) del PRD.

### 5.3.2.3 Fase de ejecución (arts. 23 y 24)

El **art. 23** regula *la solicitud de autorización judicial para la ejecución subsidiaria de la resolución*, conforme lo hacía el art. 23 RDFCPI/2011.

La participación autorizadora de la jurisdicción contencioso-administrativa supone el cumplimiento de la protección de derechos fundamentales que pueden verse concernidos en el procedimiento de salvaguarda —en particular el art. 20 CE— y a la vez legitima las actuaciones que pueda llevar a cabo la SSCPI autorizando la ejecución subsidiaria de la resolución acordada ante la falta de cumplimiento voluntario del interesado, sobre todo en lo que se refiere a las previsiones del art. 122 bis.2 LJCA, que no habla exclusivamente de la



resolución acordada, sino también de «la ejecución de las medidas para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual».

Para el caso de que la resolución final del procedimiento no sea cumplida voluntariamente y resulte preciso acudir a la ejecución subsidiaria, este precepto se limita a reproducir el vigente art. 23 del RD 1889/2011 con alguna mejora técnica —la mención de elevación del expediente administrativo con la identificación de los interesados en el procedimiento y de los ISP de intermediación cuya colaboración sea necesaria para la ejecución— en seguimiento de lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del art. 122 bis.2 LJCA, que regula el procedimiento especial contencioso administrativo que tiene por objeto de cognición limitada el examen de la posible afectación a los derechos y libertades garantizados en el art. 20 CE ante un Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo y ha de desembocar en un auto judicial que autorice o deniegue la medida.

A la vista de lo dispuesto en el texto legal del referido art. 122 bis.2 LJCA, la solicitud y correspondiente autorización es ineludible si no hay cumplimiento voluntario, pero no está de más reflejar aquí que en la experiencia acumulada por los miembros del Ministerio Fiscal en la Audiencia Nacional se advierte que la realidad práctica sobre los procesos tramitados conforme al art. 122 bis.2 LJCA —en los dos últimos ejercicios anuales han sido 20 en 2021 y 28 en 2022— es que se refieren todos a operadores no identificados y con dominios en países extranjeros considerados «paraísos digitales» que se limitan, como única actividad, a comunicar públicamente y compartir ilícitamente contenidos vulneradores de derechos de propiedad intelectual, sin que se aprecie la más mínima afectación o limitación a los contenidos amparados o relativos al ejercicio de los derechos fundamentales del art. 20 CE. Incluso se les califica en el ya citado informe de 18 de enero de 2023 procedente de la Fiscalía de la Audiencia Nacional de *trámites judiciales añadidos a procedimientos administrativos que no se justifican por la afectación a contenidos amparados o*



*relativos al ejercicio de derechos fundamentales, por lo que no aportan ningún valor añadido; y por el contrario ralentizan la tramitación de los procedimientos administrativos de protección de derechos de sociedad de la información en general y de propiedad intelectual en particular.* Lo observado por los fiscales, en definitiva, es que los servicios que ofrecen estos ISP, que ni comparecen ni muestran el más mínimo interés por intervenir en el proceso contencioso-administrativo, se ciñen a vulnerar DPI sin realizar actividad alguna que tenga que ver con derechos fundamentales que los propios ISP puedan ostentar, de manera que no hay afectación alguna de sus eventuales derechos a la libertad de expresión, a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a la libertad de cátedra o al derecho de información, por lo que se llega a afirmar que *carece de justificación la intervención judicial*, apoyándose tanto en la doctrina de la ya citada STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4, núm. 1231/2022, de 3 de octubre de 2022 (rec. 6147/21), en la medida en que se considera *que los sitios webs cumplen una función equiparable a la de los soportes tradicionales de la información y la expresión, por lo que quedan dentro de la categoría de “otros medios de información” del art. 20.5 CE, en cuanto a la necesidad de autorización judicial, para acordar su secuestro administrativo, respecto de sus contenidos con información (noticias, datos, y juicios de hecho) o expresión (opiniones, posicionamiento y juicios de valor); y ello aun cuando estas fueren ilegales, por lo que dicho art. 20.5 CE no prohíbe el secuestro administrativo cuando en el soporte secuestrado no hay información o expresión;* como en la de la STC 70/2022, de 2 de junio, FJ 5 a 7, que fundamentó la inconstitucionalidad de unas normas contrarias al principio de separación de poderes, por haber atribuido a los órganos judiciales del orden contencioso administrativo funciones ajenas a su cometido constitucional (arts. 106.1 y 117 CE), con menoscabo de las potestades administrativas (art. 97 CE). Obviamente, sin embargo, pese a tales consideraciones y otras que realizan estas sentencias, mientras no desaparezcan de nuestro ordenamiento las previsiones del art. 195.6 in fine LPI y del art. 122.2 bis LJCA, la autorización judicial para la ejecución subsidiaria en caso de que ausencia de cumplimiento voluntario, deberá ser solicitada y ventilada ante los Juzgados Centrales de la



Audiencia Nacional y la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos fundamentales que tiene encomendada deberá analizar si no se vulnera el ejercicio lícito y legítimo de los derechos del art. 20 CE.

Entendemos por ello que la inclusión de dicha mención supone un avance al concretar y definir los términos de la actuación autorizadora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que afecta por un lado, al cumplimiento de la resolución, y por otro lado, a la ejecución de las medidas de interrupción del servicio o retirada de los contenidos que vulneren la propiedad los derechos de propiedad intelectual, cuya adopción debe ser autorizada por el órgano judicial, procedimiento que ha sido objeto de reforma precisamente en su apartado 2º por el art. 11.9 de la Ley 14/2021, de 11 de octubre, estableciendo una nueva redacción del precepto.

El **art. 24** establece el procedimiento para la *ejecución subsidiaria de la resolución*, introduciendo modificaciones que mejoran el contenido del precepto actualmente regulado en el art. 24 del RDFCPI/2011.

En relación con el párrafo 1º del precepto, se delimita de un modo más preciso el ámbito de la ejecución, ya que no se habla de la ejecución de la *suspensión* de la actuación vulneradora de los derechos de propiedad intelectual, sino que se hace referencia a la *ejecución de la resolución* dictada por la SSCPI de conformidad con lo establecido en el art. 22.4 del PRD, por lo que de este modo se amplía el ámbito de la ejecución subsidiaria. Igualmente se regulan las partes que deben ser notificadas de acuerdo con los criterios previstos en el art. 9 del PRD) y finalmente, el cumplimiento de las medidas acordadas, que no de la suspensión como establecía la regulación precedente.

Igualmente estimamos positiva la mejor regulación del aviso que debe realizarse al prestador de los servicios de la información, explicitando en el párrafo 4º, los términos del requerimiento con el fin de la apertura del expediente sancionador por las infracciones previstas en el art. 38.2.b) y



39.1.a) LSSI, ya que el incumplimiento de la resolución administrativa que pone fin al procedimiento, podrá dar lugar a sanciones administrativas, pero para ello será necesario que se tramite y acuerde en un procedimiento distinto, de carácter sancionador.

En cuanto a las novedades introducidas en los apartados 3, 5 y 6 de este art. 24 del PRD, todas ellas merecen un juicio positivo en la medida en que, respectivamente, refuerzan el control por parte de la SSCPI del cumplimiento efectivo de las medidas judicialmente autorizadas; certifican la posibilidad de acudir a los mecanismos de ejecución forzosa previstos en los arts. 100 y ss. LPACAP; y, sobre todo, autorizan la extensión de las medidas de ejecución a aquellas actuaciones del infractor que tengan como finalidad evitar la eficacia de la resolución adoptada en el procedimiento; en particular, aplicando las medidas a otros dominios, subdominios y direcciones IP cuyo exclusivo o principal propósito sea facilitar acceso al servicio declarado infractor en la resolución del procedimiento, incluyendo páginas web que sirvan para eludir o evitar las medidas de bloqueo y permitir el acceso a los usuarios desde el territorio español.

También debemos considerar que resultan de vital importancia las menciones que se realizan sobre la posibilidad de acudir a los medios de ejecución forzosa previstos en el art. 100 LPACAP, así como la extensión de las medidas de ejecución previstas para actuaciones del infractor tendentes a evitar la eficacia de la resolución adoptada en el procedimiento prevista en el apartado 6º, no coinciden con la extensión de las medidas previstas en el ordinal f del apartado 4 del art. 22 del PRD y que pudieran ser utilizadas no solo para la vulneración de los derechos, sino para incumplir la ejecución subsidiaria acordada por el Juez Central de lo Contencioso-Administrativo.

Finalmente, la mención en su apartado 7º, respecto a la ejecución subsidiaria de la resolución, duración de las medidas del apartado 5º del art. 22 y por las mismas razones que se han de dar aquí por reproducidas, se ha de insistir en



eliminar el inciso final del art. 24.7 del PRD, de modo que su redacción quedaría de la siguiente manera en nuestra propuesta:

*7. En todo caso, la interrupción del servicio por parte del prestador de servicios de intermediación será subsidiaria respecto del cumplimiento voluntario de las medidas contenidas en la resolución notificada según lo previsto en los artículos 43 y 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y cesará cuando se acredite ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual el restablecimiento de la legalidad por parte del servicio de la sociedad de la información.*

### **5.3.3. Sección 3ª: Procedimiento especial en caso de servicios anónimos**

El **art. 25** detalla las especialidades *en el caso de servicios anónimos*, entendiendo por tales aquellos supuestos en los que el responsable de los servicios de la sociedad de la información contra quien se dirija el procedimiento no cumpla con las obligaciones establecidas en el art. 10. 1 LSSI, es decir, la información general requerida por la mencionada ley y mejorando las escasas previsiones de los arts. 16.1 y 18.1 RDFCPI/2011.

Es precisamente la falta de cumplimiento de las obligaciones previstas de información lo que permite especialidades tendentes a la celeridad del procedimiento suprimiendo ciertas obligaciones previstas en procedimiento ordinario. En primer lugar destaca la no necesidad de identificación del titular del servicio de la sociedad de la información presuntamente infractor, tanto en la interposición de la denuncia (a), como en el acuerdo de inicio (d), en segundo lugar se menciona la no necesidad de requerimiento previo salvo aportación de dirección electrónica válida (b), en tercer lugar, debe añadirse en el acuerdo de inicio la verificación de la falta de identificación del servicio en las actuaciones previas de comprobación (c) y finalmente, cabe citar la transformación automática del acuerdo de inicio en propuesta de resolución que se remitirá a los Juzgados si no hay alegaciones ni se interrumpe el servicio ni se retiran los contenidos (f), sin perjuicio de la transformación del procedimiento a las reglas del procedimiento ordinario, siempre y cuando el prestador del servicio



procediera al cumplimiento de las normas previstas en el art. 10 LSSI.

Como se ha venido indicando, la generalizada falta de cumplimentación de la obligación establecida en el art. 10.1 a) LSSICE y las carencias en la imposición de disciplina por los órganos administrativos que tienen asignada la competencia sancionadora para reprimir tal incumplimiento, han obligado al legislador a buscar fórmulas que afrontasen los problemas de identificación de los auténticos responsables de las conductas vulneradoras y dieran soluciones para que, pese a que no se lograra conocer su real paradero e identidad, se pudiesen aplicar medidas efectivas frente a las vulneraciones de los DPI que se concretan en el entorno digital.

Inicialmente, la Ley 2/2019, de 1 de marzo, introdujo una previsión en el art. 195.4 *in fine* LPI que permitía acudir a una medida cautelarísima a solicitar de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su tenor era la siguiente:

*Las medidas previstas en el presente apartado se adoptarán, con carácter previo al inicio del procedimiento, cuando el titular del servicio de la sociedad de la información presuntamente infractor no cumpla con la obligación establecida en el artículo 10 de la Ley 34/2002, de 11 julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. La ejecución de las medidas acordadas conforme al presente párrafo se realizará conforme a lo previsto en el apartado siguiente.*

Desde el primer trimestre de 2022 se dejó de recurrir en la praxis a esta medida cautelarísima al entrar en vigor las modificaciones en la LPI realizadas mediante la Ley 14/2021, de 11 de octubre, por la que se modifica el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, *por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019*, en lo relativo al procedimiento de salvaguarda de los DPI en el entorno digital (arts. 193, 195 y 196, principalmente), que vienen a comportar, en general, un cierto progreso en la agilización del procedimiento y su extensión a un mayor número de supuestos con el propósito de adaptarse y



contrarrestar los avances tecnológicos en la práctica de la piratería (en particular, la extensión del ámbito de aplicación del procedimiento de salvaguarda a los prestadores de los servicios de la sociedad de la información de difusión de televisión por protocolo de Internet —IPTV— y a los prestadores de servicios en línea que faciliten la elusión de la protección de los DPI).

Pero probablemente el avance más significativo de esta última reforma fue precisamente dar carácter de procedimiento especial al que se incoa en defensa de los DPI en el entorno digital cuando el responsable de los servicios de la sociedad de la información no está suficientemente identificado con arreglo al artículo 10.1.a) LSSICE.

A partir de esta modificación ya no es necesaria la solicitud de medidas cautelarísimas previas a la aprobación del acuerdo de inicio del procedimiento de salvaguarda. Con esta innovación, se envía directamente la propuesta de resolución del procedimiento a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, una vez ha sido aprobada por la SSCPI.

El procedimiento especial, en extrema síntesis, implica que si el infractor, una vez dictado y notificado a los interesados el acuerdo de iniciación del procedimiento —siendo posible hacerlo al ISP presuntamente infractor mediante anuncio insertado en el BOE—, no procede a la interrupción del servicio o la retirada de los contenidos ni tampoco efectúa alegaciones ni propone pruebas en el plazo de 48 horas, el acuerdo de iniciación adquiere automáticamente el carácter de propuesta de resolución que se envía a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo para que autoricen las medidas que hayan de ejecutarse.

En la misma línea de simplificación, con objeto de agilizar el proceso contencioso-administrativo, se modificó también el art. 122 bis LJCA,



eliminando la necesidad de vista oral cuanto no existan alegaciones por ninguna de las partes.

En correspondencia con las disposiciones legales, el art. 25 del PRD utiliza la misma técnica que el art. 195.5 LPI, señalando una serie de especialidades respecto del procedimiento ordinario.

La regulación se maneja conforme a las siguientes claves:

El presupuesto aplicativo del procedimiento especial es el incumplimiento por el ISP presuntamente infractor de la obligación de informar sobre su nombre o denominación social establecida en el tan reseñado art. 10.1.a) LSSICE.

Las especialidades en su tramitación se centran en los siguientes extremos:

- a) La denuncia ha de hacer constar el incumplimiento de la obligación de identificación y no necesita incluir datos sobre esta.
- b) No es exigible el requerimiento previo del art. 14 del PRD, salvo si el ISP ha facilitado una dirección electrónica válida para la comunicación.
- c) Las actuaciones previas de comprobación del art. 16 del PRD incluirán la verificación del incumplimiento de la obligación de informar sobre el nombre o denominación social.
- d) El acuerdo de inicio dejará constancia: (i) del desconocimiento de los datos de identificación del responsable del ISP contra el que se dirige el procedimiento; (ii) de la comprobación realizada sobre dicha circunstancia; y (iii) del incumplimiento constatado de la obligación de información sobre el nombre o denominación social. Además, incluirá el apercibimiento al ISP de la futura interrupción del mismo en caso de que no proceda a dar cumplimiento a la obligación de información sobre su nombre o denominación social en el plazo de 48 horas.
- e) La notificación del acuerdo de inicio se efectuará conforme al art. 44 LPACAP, esto es, por medio de un anuncio publicado en el BOE.



- f) En el supuesto de que el presunto infractor no proceda voluntariamente a la interrupción del servicio o a la retirada de los contenidos indicados en el acuerdo de inicio y de que no efectúe alegaciones sobre el contenido de este ni proponga pruebas en el plazo previsto, el acuerdo de inicio podrá ser considerado propuesta de resolución, siempre y cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la conducta infractora y el apercibimiento relativo a la futura adopción de la medida de interrupción del servicio.
- g) Si el ISP procede a cumplir con la obligación de información consignada en los apartados anteriores, el procedimiento se reconvierte y continua su tramitación por el cauce del procedimiento ordinario.
- h) Una vez que el acuerdo de inicio considerado propuesta de resolución haya adquirido carácter de resolución final y hayan sido autorizadas por el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo pertinente las medidas, su ejecución se realizará conforme a las disposiciones del procedimiento ordinario.

Pues bien, al margen de mejoras en la redacción tendentes a evitar reiteraciones en sus términos, ninguna observación o reparo de contenido puede efectuarse respecto de las previsiones incluidas en este precepto en cuanto se ciñen al texto legal y resultan adecuadas a la realidad práctica que tiene que enfrentar.

#### 5.4 Disposiciones derogatorias y finales

La **disposición derogatoria única** delimita el ámbito estricto al que afecta la entrada en vigor del PRD, que es la derogación del RDFCPI/2011 que ya había sido derogado por el RD 1023/2015 en lo atinente a la Sección Primera de la Comisión de la Propiedad Intelectual (en adelante SPCPI) y modifica el art. 2.1, párrafo b de la ORDEN ECD/378/2012, para ajustarse a los términos establecidos en el art. 15.2 del PRD, por la que se establece la obligatoriedad para los interesados en el procedimiento de salvaguarda de los derechos de



propiedad intelectual, de comunicarse con la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual por medios electrónicos.

La **disposición final primera** propugna la modificación de los preceptos 11.3 y 7, 14. 3 y 7 y la creación del art. 16 bis del RD 1023/2015, de 13 de noviembre, que regula la SPCPI, y la razón de la reforma es, por un lado, eliminar las provisiones de fondos previstas para los procedimientos de mediación y arbitraje, y por otro lado, precisar el procedimiento aplicable a las cuestiones litigiosas previstas en el art. 129 bis.3.d) TRLPI, creado por el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, y que incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2019/789 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, incluyéndolo dentro del procedimiento de arbitraje general previsto en el Capítulo V del mencionado R.D.

La **disposición final segunda** fija el título competencial del Estado al amparo de lo establecido en el art. 149.1.9 CE, al tratarse de la legislación sobre la propiedad intelectual que es competencia exclusiva del Estado.

La **disposición final tercera** fija la habilitación para desarrollo reglamentario, al que reiteradamente se refiere el contenido del PRD y que debe ser desarrollado en el ámbito del Ministerio al que se atribuye la competencia en la materia.

La **disposición final cuarta** respecto a la entrada en vigor establece que la misma será desde la publicación en el BOE.

En cuanto al *Anexo* que acompaña al PRD, recapitulando lo ya anticipado a lo largo del presente informe, tres son las observaciones críticas que pueden articularse:



i) Resulta sorprendente que el art. 15.1 del PRD remita al mismo como formulario obligatorio y en éste y en las instrucciones no se utilice el término «denuncia», sino el de «solicitud», pese a que tanto dicho precepto como el art. 13 del PRD vinculen el inicio del procedimiento a la presentación de una denuncia, modo este de iniciación de oficio que la LPACAP diferencia claramente en su régimen del de «solicitud de los interesados» conforme a lo dispuesto en los arts. 54 y ss.

ii) Es llamativo que la denominación de la solicitud aluda a la «salvaguarda de derechos de propiedad intelectual *en internet*», cuando el art. 195 LPI utiliza la expresión «salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en el entorno digital», que como se viene diciendo incluye medios diversos a las puras «páginas web».

iii) Parece desajustado que el formulario y las instrucciones no contemplen específicamente la posibilidad de que el procedimiento se dirija contra ISP de las letras c) y d) del núm. 2 del art. 195 LPI. Ello, en particular, cuando se trate de ISP que, como actividad principal, comercialicen electrónicamente cualquier dispositivo, producto, componente o presten algún servicio que permita acceder a la difusión emitida o facilitada por los de IPTV y los que realicen alguna de las actividades comerciales en línea previstas en el apartado 2 del art. 196 LPI [quienes fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiquen para la venta o el alquiler o posean con fines comerciales cualquier dispositivo, producto o componente, así como contra quienes presten algún servicio que, respecto de cualquier medida tecnológica eficaz: a) sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección; b) solo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o c) esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección]. En todos estos casos, ya se indicó que hay actos preparatorios «peligrosos», sin concurrir ejecución completa de reproducciones o comunicaciones públicas de específicas obras o prestaciones completas por lo que la denuncia de estos



ISP necesariamente habrá de hacerse sin poder precisar el «título de la obra o prestación». De hecho, como sucede en el plano civil o penal, lo que se intenta es prevenir así que el riesgo se concrete en el acceso efectivo a reproducciones o comunicaciones públicas de obras o prestaciones en el entorno digital.

Por consiguiente, lo procedente —y así se propone— sería adaptar terminológica y materialmente el formulario y las instrucciones a los términos legales del art. 195 LPI y los reglamentarios de los arts. 13 y 15 del PRD.

Las denominaciones correctas serían las siguientes:

- *Denuncia para el inicio de procedimiento de salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en el entorno digital.*
- *Instrucciones para cumplimentar el modelo oficial “denuncia para el inicio de procedimiento de salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en el entorno digital”.*

El modelo y las instrucciones, como poco, deberían incluir específicos apartados adaptados a lo preciso para la denuncia respecto de los ISP de las letras c) y d) del núm. 2 del art. 195 LPI, así como para el supuesto en que toda la actividad resulte exclusivamente vulneradora de los DPI.

En Madrid, a 3 de abril de 2023

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Fdo. Álvaro García Ortiz