El papel de los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información en las infracciones de la propiedad intelectual en Internet: acciones civiles y procedimiento de salvaguarda ante la Sección 2ª de la Comisión de Propiedad Intelectual (Ley Sinde).

Rafael Sánchez Aristi
5 de julio de 2013 (10.00 horas)

Los prestadores de servicios de intermediación.

Papel determinante de los **prestadores de servicios de intermediación** de la sociedad de la información (PSInt) en el proceso de explotación y acceso a los bienes intelectuales a través de las redes digitales de telecomunicación.

¿Quiénes o cuáles son esos PSInt?

> (i) **Operadores de redes y proveedores de acceso** (carriers), es decir, "los prestadores de servicios de transmisión por una red de telecomunicaciones de datos facilitados por el destinatario del servicio o de acceso a esa red" (art. 14 LSSICE)
>
> (ii) Prestadores de servicios de **copia temporal** de los datos solicitados por los usuarios (caching) con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten (art. 15 LSSICE)
>
> (iii) Prestadores de servicios de **alojamiento o almacenamiento** de datos: hosting (art. 16 LSSICE)
>
> (iv) Prestadores de servicios que faciliten **enlaces** a contenidos o instrumentos de **búsqueda**: searching & linking (art. 17 LSSICE)

Esta categorización proviene de los arts. 12 a 14 de la Directiva 2000/31/CE (Directiva sobre el comercio electrónico) + PSInt que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, que no está en la Directiva (sí en la legislación USA) y que en nuestra Ley queda sometida al régimen previsto para los PSInt de servicios de hosting.

Necesidad de implicar a estos prestadores en la protección de los derechos de propiedad intelectual (DPI) desde dos puntos de vista:

(a) **responsabilidad** que, bajo ciertas condiciones, podría reclamarse también a tales intermediarios por las infracciones de los citados derechos cometidas por usuarios o destinatarios de sus servicios;

(b) **colaboración** que, en todo caso, sería posible exigirles para lograr la identificación del presunto infractor, y/o la interrupción/bloqueo del servicio ilícito o la retirada de los contenidos infractores.

A) Régimen específico de responsabilidad.

Muchospaíses han incorporado un régimen específico de responsabilidad de los PSInt por las infracciones cometidas por quienes se sirven de sus servicios, normalmente basado en la fijación de una serie de condiciones («puertos seguros») cuyo cumplimiento asegura a cada categoría de PSInt la exoneración de responsabilidad.

Un sistema de este tipo encontramos en los arts. 12 a 15 de la DCE o en la sección 512 Copyright Act USA. Aunque con diferencias, ambos sistemas se basan en una *summa divisio* entre dos grandes tipos de PSInt, a los que aplican criterios de exoneración diferenciados:

a) Operadores de redes y de acceso,

b) Restantes PSInt:

   a. Los que albergan contenidos (hosting),
   b. Los que los copian temporalmente mediante sistema caché (caching)
   c. Los que prestan herramientas de búsqueda (searching) o enlace (linking).

Los primeros proporcionan un mero cauce de comunicación por el que la información viaja de forma desagregada (mere conduit), sin vincularse a ningún contenido, aplicación o lugar de la red en concreto = sólo puedan ser hechos responsables cuando adopten una posición activa en cuanto al impulso del acto comunicativo, la modificación o selección de los datos comunicados, así como la selección de los destinatarios (vid. art. 14 LSSICE).

Los del segundo gran bloque dan un servicio que sí se vincula a un concreto recurso o lugar de la red, el cual es albergado, copiado temporalmente, ofrecido como resultado de

una búsqueda o enlazado. Debido a ello, entre los factores de exoneración para este segundo gran conjunto de ISP, aparece su **"conocimiento efectivo"** acerca de ciertas características de la información que albergan, copian temporalmente o refieren/enlazan (a saber, que es ilícita o que ha sido actualizada/bloqueada). La exoneración se obtiene si el prestador carece de conocimiento efectivo o si, tras haberlo adquirido, reacciona con diligencia para dejar de albergar, copiar temporalmente o redirigir al contenido infractor (vid. arts. 16 y 17 LSSICE).

En este sistema resulta crucial ese conocimiento efectivo (actual knowledge) y la vía para entender que se ha adquirido. A este respecto la sección 512 Copyright Act USA incorpora un detallado mecanismo de *notice and take down* (NTD) = una notificación realizada en forma por el titular de los derechos que, canalizada a través del agente previamente designado por el prestador, genera para éste el deber de retirar o deshabilitar el acceso al material al que se refiere la notificación, lo que no hace la DCE, aunque sí algunos países miembros. Los mecanismos de NTD plantean diversos problemas de aplicación:

(i) Falta de homogeneidad entre los sistemas de NTD de los distintos países, que contrasta con el alcance global de las comunicaciones en Internet y de los servicios que prestan muchos PSInt.

(ii) Son menos útiles para combatir infracciones cometidas a través de aplicaciones en las que los contenidos no permanecen albergados en un servidor controlado por un PSInt sino en los servidores de los propios internautas (p. ej. redes peer-to-peer).

(iii) No siempre es claro el grado de especificación y las formalidades que debe reunir la notificación para que pueda dar lugar a un conocimiento efectivo; o incluso si en determinadas circunstancias cabe aceptar que el ISP ha podido apreciar por sí mismo el carácter ilícito de los contenidos y que, por tanto, también un *constructive knowledge*(conocimiento implícito) puede ser suficiente.

En la Ley española (arts. 16 y 17 LSSICE) se entiende que el PSInt tiene tal conocimiento efectivo cuando:

i. un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o bloqueo de acceso, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la resolución;

ii. así se derive en función del procedimiento de detección y retirada de contenidos que el prestador aplique en virtud de acuerdos voluntarios;

iii. "otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse".

El art. 14 DCE maneja un enfoque más abierto. La exoneración de estos PSInt se condiciona a que no tengan «conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito».

A falta de mayor precisión legal, nuestro TS (Sentencias de 9.12.2009, 18.5.2010 y 10.2.2011) ha realizado una interpretación amplia del requisito del "conocimiento efectivo", en línea con la DCE [aunque no son casos de infracciones de DPI sino de derecho al honor]. Estas sentencias admiten que ese conocimiento no sólo puede adquirirse mediante la notificación de una resolución dictada por un órgano competente. También sirve la comunicación fehaciente por parte del perjudicado, en la que conste una identificación de los contenidos que se consideran ilícitos o lesivos (no una genérica alusión a la existencia de los mismos entre los contenidos alojados por el prestador). Ello implica la asunción por parte del afectado de cierto deber de cuidado en la forma de practicar esa comunicación, pero también el deber previo del PSInt de mantener una información sobre sí mismo que sirva para que los potenciales afectados puedan comunicarle sus peticiones de retirada o bloqueo de la información. En algunos casos, los rasgos inherentes al contenido mismo, o las circunstancias que rodean a quien lo haya provisto o albergado, pueden bastar por sí solos para detectar la existencia de una infracción: en tales supuestos ni siquiera sería precisa la previa comunicación a cargo del afectado.

Las legislaciones suelen dejar claro un límite: no se puede imponer a los PSInt un **deber general de supervisión** de los datos que transmitan o almacenen, ni una búsqueda activa de hechos que indiquen actividades ilícitas (art. 15 DCE). Ello excluye la posibilidad de ordenar a un PSInt que introduzca sistemas de filtrado que, dado el rango de datos o de comunicaciones a los que afecten, su aplicación indiscriminada a toda su clientela, su carácer preventivo e indefinido en el tiempo, estarían próximos a una supervisión o búsqueda de esa naturaleza (vid. SSTJUE de 24.11.2011, caso Scarlet Extended S A, y 16.2.2012, caso Netlog).

B) Acciones de protección de la propiedad intelectual.

Ese régimen específico de [exoneración de] responsabilidad de los PSInt no desplaza sino que se agrega a las acciones tradicionales de protección civil y penal de la propiedad intelectual, dirigidas a lograr el cese del comportamiento infractor stricto sensu, o a exigir responsabilidad a quien provee originariamente el contenido o accede al mismo sin contar con los permisos pertinentes. En el contexto de estas acciones la posición del PSIntpuede ir desde la legitimación pasiva para una acción de cesación, sin que ello le califique como infractor ni como responsable (vid. art. 139.1.h/ LPI) hasta la de destinatario de una diligencia preliminar dirigida a facilitar los datos con los que poder demandar al infractor.

Esto último se ha revelado como más problemático, por la posible afectación de los datos personales y la privacidad, en particular cuando se trata de solicitar a un prestador de redes/acceso la identificación de un cliente a partir de la dirección IP desde la que se ha descargado o intercambiado ilícitamente un contenido (vid., en USA, la sentencia de la CA del Circuito de Columbia, de 19.12.2003, en el caso Verizon, que estableció la imposibilidad de aplicar el mecanismo de la sección 512 Copyright Act a un prestador que no fuera de hosting, y en Europa la STJUE de 29.1.2008 en el caso Promusicae/Telefónica, que señaló la conformidad con el Derecho comunitario de un ordenamiento nacional que no previera la posibilidad de solicitar esa identificación en el marco de un procedimiento civil de salvaguarda de DPI).

No obstante, en USAsí prosperan las demandas dirigidas contra demandados anónimos (John Doe actions), cuando la diligencia de averiguación de la identidad queda bajo control de la autoridad judicial. También en UK es posible obtener la identificación de un infractor en el contexto de una Norwich Pharmacal Order (por la que se requiere a aquél que ha asistido a otro para cometer un acto ilícito –aunque él mismo no sea infractor, por desconocer esa ilicitud– para que facilite toda la información de que disponga, incluida la identidad del infractor). Algo similar en Suecia sobre la base del art. 53.c) de su Ley de Derecho de Autor, que ha sido respaldado por la STJUE de 19.4.2012 (caso Bonnier) = las Directivas comunitarias sobre protección de datos personales no se oponen a una norma nacional que prevea requerir judicialmente a un PSInt de acceso para que comunique al titular de un derecho de autor la identidad del abonado a quien se ha asignado determinada IP que supuestamente ha servido para la vulneración de ese derecho.

C) Colaboración del intermediario en procedimientos “sui generis”.

Pero el aspecto de la colaboración del intermediario resulta clave no ya sólo en el marco de las acciones civiles/penales tradicionales sino también en el del funcionamiento de los mecanismos de tutela *sui generis* que se han ido configurando en varios países como complemento o refuerzo de esa tutela tradicional, y como evolución de los mecanismos de NTD asociados al sistema de exoneración de responsabilidad de los intermediarios.

En la mayoría de los casosesta vía de protección se ha traducido en la instauración de mecanismos coercitivos que, a partir de la notificación por parte de los titulares de derechos pero bajo el control de una autoridad administrativa, contemplan la posibilidad de una sanción consistente en la suspensión del servicio, normalmente la desconexión del servicio de acceso (“notice and disconnection”). Se habla en estos casos de **mecanismos de respuesta gradual**, pues la sanción se contempla como el hito final al que se llega tras un proceso de avisos que da al infractor oportunidad de poner fin voluntariamente a la infracción (“three strikes and you’re out”).

El modelo de los sistemas de respuesta gradual es el consagrado en Francia por la llamada «**Ley HADOPI**», que se promulgó en 2009, junto con su complementaria Ley relativa a la protección penal de la propiedad literaria y artística en Internet (Ley HADOPI 2). Esta legislación contempla la posibilidad de llegar a provocar una suspensión temporal del servicio de acceso a Internet por falta de diligencia en el control del uso que se da a la conexión, permitiendo que se emplee para descargar contenidos que infringen derechos de propiedad intelectual. La Ley viene pues a instaurar un deber de vigilancia del acceso a Internet, cuyo incumplimiento puede acarrear la incoación de un procedimiento de advertencia por parte de una Alta Autoridad administrativa.

Dicho procedimiento consta de varias fases. En la primera se trata de enviar un correo electrónico (vertiente pedagógica), en la segunda el aviso es por correo certificado. Finalmente, si ambas advertencias son desoídas y el acceso del abonado se siga usando para fines ilícitos, se puede dictar la suspensión del acceso a Internet como pena, prohibiendo contratar otro proveedor pero pagando la tarifa. Tras una decisión de 10.6.2009 del Consejo Constitucional, según la cual esa pena no la podía imponer una autoridad administrativa, sino un Juez, porque afectaba a una libertad fundamental, como sería hoy en día la libertad de acceso a Internet (vinculándola a las tradicionales libertades de expresión y acceso a la información), una versión posterior de la Ley HADOPI 2 dispuso que la suspensión del acceso a Internet es una sanción complementaria o pena accesoria que puede imponer un juez tanto en caso de auténtica infracción de los derechos (máx. 1 año), como en caso de incumplimiento del deber de vigilancia del acceso a Internet (máx. 1 mes). Esta pena de suspensión de acceso a Internet comporta la prohibición de suscribir otro contrato de prestación de servicios similares con otro operador, debiendo no obstante seguir abonando las cuotas al proveedor de acceso.

Una variante de este sistema sería el procedimiento instaurado en España en 2011 por la llamada **Ley Sinde**. Dicho procedimiento va dirigido a obtener la interrupción de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual, o la retirada de contenidos infractores, siempre que el prestador actúe con ánimo de lucro, o cause o sea susceptible de causar un daño patrimonial. El procedimiento, que se desarrolla ante un órgano administrativo (Sección 2ª de la CPI), contempla la activación del deber de colaboración del correspondiente prestador intermediario, tanto en la fase de identificación del responsable del servicio que está realizando la presunta vulneración, como en la de ejecución forzosa de las medidas de interrupción del servicio o retirada del contenido eventualmente adoptadas por la Comisión. En ambos casos, la nueva regulación prevé que el órgano administrativo recabe previamente una autorización ad hoc del juez competente.

A diferencia del sistema francés no se trata de actuar sobre la conexión a Internet ni la suspensión del servicio de acceso, sino sobre la prestación del servicio desde donde se difunde un contenido infractor. Una vez iniciado el procedimiento, la CPI da traslado al responsable del servicio presuntamente vulnerador para que, o retire voluntariamente los

contenidos (en 48 horas) o formule alegaciones. Si no hay retirada voluntaria, se practica prueba y la Comisión puede declarar que, para los efectos de este procedimiento, se ha producido la vulneración, ordenando la retirada de los contenidos o la interrupción del servicio. Si en el plazo de 24 horas el responsable no atiende la orden contenida en la resolución, puede pasarse a la ejecución forzosa (= suspensión del servicio prestado por el correspondiente PSInt previa autorización judicial). Una vez ejecutada la suspensión, se pondrá fin a la medida si a posteriori el responsable restablece la legalidad, y en todo caso transcurrido un año desde la ejecución de la medida.

Este"**procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual**" ante la S2 CPI fue introducido por la disposición final 43ª de la Ley de Economía Sostenible (Ley Sinde), aprobada en marzo de 2011, que modificó diversos preceptos de la LSSICE, la LPI y la LJC-A. La puesta en funcionamiento de dicho procedimiento tuvo lugar un año después, con la entrada en vigor del RD 1889/2011, de 30 de diciembre, de funcionamiento de la CPI (RD CPI).

Este RD fue objeto de impugnación ante el TS por la Asociación de Internautas y por la Red de Empresas de Internet. Las recurrentes planteaban problemas de constitucionalidad por afectación de derechos y libertades fundamentales, y de atribución a la Administración de funciones que deberían ser desempeñadas por los jueces. El TS, en sendas sentencias de 31.5.2013, ha desestimado íntegramente el recurso de la AdI y ha acogido el de la REI, pero sólo en lo que afecta a la supresión de un inciso del art. 20.2 del RD CPI, aquél que preveía que en caso de que el responsable del servicio de la sociedad de la información frente al que se dirige el procedimiento retire voluntariamente el contenido infractor, por la CPI se procederá a archivar el procedimiento sin más trámite, "*dándose a dicha interrupción del servicio o retirada voluntaria, valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración*" [éste es el inciso declarado nulo], ya que el TS entiende que en este punto la norma reglamentaria carecía de cobertura legal.

Algunos aspectos clave de este procedimiento.

<u>¿Quién puede pedir su iniciación y respecto de qué?</u>

Están legitimados para instar el inicio del procedimiento los titulares de DPI que se consideren vulnerados o quienes los representen o tengan encomendado el ejercicio de esos derechos. El procedimiento no es para salvaguarda de intereses colectivos sino para defensa de concretos derechos vulnerados [quizás no tenía que haberse configurado así].

Al solicitante se le exige la identificación de la obra o prestación objeto de la solicitud (art. 17.2. RD CPI), pero parece lógico permitir que una misma solicitud pueda abarcar más de una obra/prestación = el art. 158.4 LPI habla de medidas de interrupción del servicio o de retirada de los *contenidos* que vulneren derechos, así como de retirada de los *contenidos* declarados infractores.

¿Contra quién se dirige el procedimiento y a quién se da traslado de las resoluciones a efectos de colaborar?

El procedimiento se dirige contra responsables de servicios de la sociedad de la información (SSI) sobre los que haya indicios de que están vulnerando DPI. Los PSInt sólo aparecen en el procedimiento a efectos de activar su deber de colaboración, primero para el caso de que tengan que ceder datos para la identificación del presunto infractor, y segundo para el caso de que haya que proceder a la ejecución forzosa de las medidas adoptadas por la CPI, debiendo el PSInt llevar a efecto la suspensión del servicio de intermediación que preste al infractor. A tales efectos se prevé que, en calidad de interesados, se les comunique el acuerdo de inicio del procedimiento, así como otra serie de resoluciones recaídas a lo largo del mismo.

Es dudoso si ciertos PSInt pueden llegar a ser considerados vulneradores de DPI y por tanto seguirse contra ellos el procedimiento a título principal y no como colaboradores. El caso típico es el de las webs de enlaces, sobre todo cierto tipo de ellas; no en vano, la consideración de los enlazadores como PSInt no tiene apoyo en el Derecho comunitario. De aceptarse que este tipo de prestadores hace una auténtica explotación no consentida, podrían aparecer como legitimados pasivos en el procedimiento ante la S2 CPI.

¿Cuál es la finalidad del procedimiento y cuál puede ser el resultado final del mismo si no hay cumplimiento voluntario de la resolución de la CPI?

La finalidad es la retirada de los contenidos infractores o la interrupción el servicio por parte del vulnerador, y a tal fin se le brindan varias oportunidades. Una, tras el acuerdo de inicio, donde está previsto un plazo de 48 horas para que proceda a la retirada voluntaria de los contenidos señalados. Dos, tras el dictado de la resolución que declare la existencia de infracción y acuerde la interrupción o retirada: el responsable del SSI tiene entonces 24 horas para dar cumplimiento a la resolución. Por último, a pesar de haber tenido que acudir a la ejecución forzosa, la medida de suspensión cesará si se acredita ante la S2 CPI el restablecimiento de la legalidad (aunque ni ni la Ley ni el Reglamento aclaran cómo podrá acreditarse que la legalidad se ha restablecido, ni sobre todo qué garantía habrá de que no se va a volver a restablecer la ilegalidad).

Es llamativo que la medida de suspensión del servicio de intermediación que corresponda para lograr el eficaz cumplimiento de la resolución de la CPI, no sólo deba cesar cuando el responsable del servicio vulnerador haya probado ante la S2 CPI el restablecimiento de la legalidad, sino también, en todo caso, pasado un año desde que la medida se hubiera implementado, y por tanto *aunque no se hubiera restablecido la legalidad*.

Retirada voluntaria y reincidencia.

Parece razonable dejar margen para que, en fase preliminar, el supuesto infractor retire motu proprio los contenidos. No obstante, podría preverse algún tipo de consecuencia negativa para este sujeto, como por ejemplo que asuma el coste del procedimiento que ha habido que iniciar contra él para poder restablecer la legalidad.

En cuanto a la reincidencia, parecía una cuestión correctamente resuelta en el RD CPI: si había retirada voluntaria, se daba a ésta valor de reconocimiento implícito de la infracción, en lugar de archivar sin más el procedimiento. Ello permitía que, si el sujeto reincidía, el procedimiento no debía iniciarse de nuevo desde el principio, pudiendo pasar directamente a la fase de prueba/conclusiones –de tal modo que el sujeto reincidente no tuviese la posibilidad de llevar a cabo una nueva retirada voluntaria– o incluso de dictado de la resolución, si tales actuaciones ya se hubieran practicado. Tras la STS que anula el mencionado inciso del art. 20.2 del RD CPI, a una retirada voluntaria podría seguirle una segunda retirada voluntaria en el nuevo procedimiento iniciado, y/o sería igualmente necesario volver a realizar prueba y conclusiones.

La identificación del presunto infractor.

Con carácter previo a la iniciación del procedimiento, si el prestador de SSI contra el que se va a dirigir no está suficientemente identificado, puede la S2 CPI dirigirse al Juez competente para requerir del PSInt la cesión de los datos que permitan tal identificación. ¿Es realmente necesario recabar una autorización judicial a los efectos de lograr esta identificación? En mi opinión sería suficiente con el requerimiento dirigido por la propia S2 CPI, siempre que así lo previera una norma de rango legal (art. 11.1.a/ LOPD).

El Juez, ante el que la CPI debe justificar las causas que a su juicio justifican la iniciación del procedimiento, puede denegar la autorización solicitada. El Juez, probablemente, valorará en qué medida los indicios de vulneración son tan poderosos como para justificar la autorización de identificación solicitada, o sea que podrá enmendar la decisión de la S2 CPI acerca de la iniciación del procedimiento = filtro previo de las decisiones de la CPI, el cual sin embargo no se aplicará cuando, estando suficientemente identificado ab initio el presunto infractor, la CPI no tenga necesidad de acudir al Juez para solicitar autorización.

La ejecución forzosa de las medidas acordadas por la CPI.

La ejecución forzosa de las medidas acordadas por la S2 CPI consiste en la suspensión de los servicios de intermediación correspondientes, a fin de lograr un eficaz cumplimiento de las resoluciones dictadas por la Comisión. Dicha ejecución forzosa está sujeta a la previa autorización judicial, referida a la posible afectación de los derechos y libertades del art. 20 CE, no al fondo del asunto apreciado por la CPI, esto es, la existencia en sí de la vulneración de DPI. No obstante, si la CPI aprecia tal vulneración y, a la hora de ejecutar

forzosamente las medidas, el Juzgado deniega la autorización por apreciar la afectación de los derechos y libertades del art. 20 CE, quiere decir que ciertas utilizaciones de obras/prestaciones deberían estar permitidas en la LPI en atención a estos derechos, y no constituir una vulneración. Esto implicaría que:

- ✓ La LPI puede ser en algún punto inconstitucional por no realizar una adecuada ponderación entre los DPI y los derechos y libertades del art. 20 CE.

- ✓ Es la suspensión del servicio de intermediación a un sujetoque se ha determinado que comete una infracción lo que puede contravenir los derechos y libertades del art. 20 CE = admitir que puede existir lícitamente un cierto grado de vulneración de DPI.

Funcionamiento y experiencias de la S2 CPI en su labor de salvaguarda de los DPI.

En primer lugar, ha habido una gran falta de transparencia en todo lo que tiene que ver con el funcionamiento de la S2 CPI (integrantes, resoluciones), que transmite la sensación de que su actividad es algo reservado, que no puede trascender a la opinión pública [se pierde el efecto "pedagógico" o "disuasorio"].

Una valoración de la experiencia de la CPI en su primer año de funcionamiento no parece que deba ser positiva, si nos guiamos por lo que considera el propio Secretario de Estado de Cultura, que en declaraciones a la prensa ha dicho que la CPI no ha funcionado todo lo bien que él y su equipo esperaban y que, por ello, se prevé introducir cambios para mejorar su desarrollo. Por su parte, la DG de Políticas e Industrias Culturales, en una nota de prensa emitida el 28.2.2013, realizaba el siguiente balance del primer año de funcionamiento de la S2 CPI:

- o 363 solicitudes, de las que 314 necesitaron abrir trámite de subsanación y 214 fueron finalmente archivadas por falta de subsanación.

- o De las 115 restantes, sólo en 30 había habido acuerdo de inicio del procedimiento, 4 se habían archivado sin inicio y 81 continuaban en fase de investigación.

- o De los 30 casos en que se había dado comienzo al procedimiento, en 20 se había producido el archivo por retirada voluntaria de los contenidos (sólo en 4 tras haber dictado la CPI resolución sobre el fondo), mientras que los otros 10 expedientes estaban pendientes de resolución.

Entre las (escasas) resoluciones dictadas, se conocen dos resoluciones de 27.7.2012, dictadas en los casos "bajui" y "vooxi", ambas a instancias de AGEDI y frente al responsable de un SSI ("uploaded.to") que cargaba contenidos sin permiso operando desde Suiza, y una resolución de 6.9.2012 (caso "quedelibros"). En todas ellas se trataba

de activar del deber de colaboración de sendos PSInt, que operaban desde España y que prestaban servicio de enlaces o localización lato sensu de los contenidos difundidos primeramente por el sujeto infractor.

La resolución de "bajui" es un caso de archivo de actuaciones por retirada voluntaria del contenido en el plazo inicial de las 48 horas. Al PSInt se le aclara que estaba en el procedimiento para poder activar su deber de colaboración, no para examinar su posible responsabilidad como infractor. No obstante, se le indica que, como consecuencia de la resolución que se le notifica, habría adquirido el conocimiento efectivo y el deber de retirada diligente a los efectos del art. 17 LSSI. Es dudoso este contenido de la resolución, puesto que en los casos de retirada voluntaria el art. 24.2 del RD CPI dispone que se dictará el archivo del procedimiento sin más trámite.

El caso "vooxi" es similar, aunque aquí algunos de los contenidos no fueron retirados voluntariamente por el infractor y hubo que dictar resolución declarando la infracción y acordando la retirada del contenido, con indicación al PSInt de que suspendiera el servicio si no había cumplimiento voluntario. Asimismo, se indicaba que la notificación de la resolución implicaba para dicho PSInt el conocimiento efectivo relevante a los efectos del art. 17 LSSI, y que además de desactivar los enlaces a las obras objeto del procedimiento, puesto que la ilicitud de la página de "uploaded.to" era indicio razonable de que otras webs a las que se enlaza desde vooxi son también ilícitas, tenía un un deber de supervisar los vínculos ofrecidos para detectar y prevenir determinadas actividades ilegales.

Riesgos y costes de oportunidad del procedimiento ante la S2 CPI.

Dicho todo lo cual, no es que la existencia en sí de un procedimiento de este tipo deba considerarse una mala noticia desde el punto de vista de la protección de los DPI. Ahora bien, además de los problemas señalados sobre la configuración del procedimiento ante la S2 CPI está la cuestión del coste de oportunidad (¿qué otras vías de protección se han dejado de desarrollar por haber potenciado ésta?), y del riesgo de autocomplacencia (pensar que, gracias a la existencia de este procedimiento, ha quedado resuelto el problema de la efectiva protección de los DPI en Internet).

¿Qué mecanismos alternativos de protección de los DPI podrían haberse impulsado como alternativas al procedimiento ante la S2 CPI?

- Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) a fin de introducir una diligencia preliminar que permita la identificación del aparente infractor de cara a poder entablar la correspondiente acción civil (Promusicae / Bonnier). La ausencia de una regulación procesal civil de esta cuestión es más chocante si se piensa que el procedimiento [administrativo] ante la S2 CPI sí contempla la posibilidad de solicitar una previa identificación del presunto infractor a fin de poder dirigir contra él el procedimiento.

- Una posible reforma del art. 138 LPI a fin de que pasara a contemplar expresamente como actos de infracción los actos indirectos, es decir, los de quienes contribuyen a sostener la infracción de otro sujeto, a amplificar los efectos de esa infracción o a beneficiarse económicamente de la misma.

- Una reforma de la LPI para contemplar explícitamente que determinados prestadores que aparentemente se presentan como meros intermediarios, son en realidad proveedores de contenidos cuya actividad encaja en el ámbito de determinados derechos de explotación de los autores y otros titulares de DPI.

En el Anteproyecto hay algo de esto y mucho de reforzar la función de la CPI (se persiste en el error de concentrar las competencias de lucha contra las actividades de piratería en la red en un órgano dependiente del Ministerio de Cultura, optando por un modelo de salvaguarda de DPI en la sociedad de la información fuertemente administrativizado, en detrimento de otras alternativas (v. gr. acciones civiles de protección), las cuales además permitirían eludir el fuerte desgaste que para los responsables ministeriales tiene la articulación de la protección a través de la fórmula escogida por la Ley Sinde).

Así, se prevé modificar el art. 256 LEC, añadiendo un subapartado 10º en el apartado 1:

"*Por petición, de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, de que se identifique, con una dirección IP, nombre de dominio, dirección de Internet o dato similar de identificación, al prestador de un servicio de la sociedad de la información sobre el que concurran indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo a gran escala, de forma directa o indirecta, contenidos objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad industrial o de propiedad intelectual. La solicitud de identificación podrá dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de pagos electrónicos y de publicidad, que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de carácter económico con el prestador de servicios de la sociedad de la información que se desee identificar*."

Por su parte, el art. 158 ter LPI pasa a reformarse. En él se dispone que:

"(…)

2. El procedimiento de reestablecimiento de la legalidad se dirigirá contra:

a) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren directamente derechos de propiedad intelectual de forma significativa, atendiendo al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio y a su modelo de negocio.

b) Subsidiariamente, en el caso de que dichos prestadores de servicios no tengan con España vínculos suficientes o cuando concurran otros motivos que impidan la eficaz salvaguarda de los derechos vulnerados, aquellos prestadores de servicios de la sociedad de la información que cumplan las siguientes condiciones:

1º. Que participen en la vulneración de los derechos de forma significativa considerando su nivel de audiencia en España o el volumen obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas cuya localización se facilite.
2º. Que su principal actividad sea la de facilitar de manera específica y masiva la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrecen sin autorización.
3º. Que desarrollen una labor activa, específica y no neutral de mantenimiento y actualización de las correspondientes herramientas de localización, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente. Todo ello con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio.
4º. (…).
5º. (…).
(…)

4. La Sección Segunda podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos (…).
Antes de proceder a la adopción de estas medidas, el prestador de servicios de la sociedad de la información deberá ser requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas (…).
(…).

5. En caso de falta de retirada voluntaria y a efectos de garantizar la efectividad de la resolución dictada, la Sección Segunda podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, (…).
(…).
El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet se considerará como medida de último recurso, en caso de ser ineficaces las demás medidas al alcance. (…).
(…)
En todo caso, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exigirá de la previa autorización judicial, (…).

6. El incumplimiento por dos o más veces de requerimientos de retirada de contenidos declarados infractores, emitidos conforme a lo previsto en el apartado anterior, por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información, constituirá una

infracción administrativa grave sancionada con multa entre 30.000 y 300.000 euros. La reanudación por dos o más veces de actividades vulneradoras por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información también se considerará incumplimiento reiterado a los efectos de este apartado. (…).

Cuando así lo justifique la gravedad y repercusión social de la conducta infractora, la comisión de la infracción podrá llevar aparejada las siguientes consecuencias:
a) (…).
b) El cese de las actividades declaradas infractoras del prestador de servicios durante un período máximo de un año, cuando así lo justifique la gravedad y repercusión social de la conducta infractora. Para garantizar la efectividad de esta medida, el órgano competente podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, (…).

(…)".

En el apartado 5 se contempla la medida de suspensión del servicio de intermediación, pero no se establece el plazo durante el cual se mantendrá. Es sólo al tratar los casos de incumplimientos reiterados o de reanudación de las actividades vulneradoras, y a condición de que la CPI aprecie una especial gravedad y repercusión social de la conducta infractora (apartado 6), cuando se concreta que el cese de la actividad del prestador de servicios podrá decretarse por el periodo máximo de un año. Es decir, a diferencia del sistema actual, sería sólo esa especial reiteración y gravedad de la conducta infractora la que permitiría adoptar la medida de suspensión por un año, al margen de otras consecuencias negativas para el infractor (sanciones pecuniarias) que en el sistema actual, ciertamente, no se contemplan.

En relación con la posibilidad de dirigir el procedimiento contra cierta clase de prestadores que faciliten herramientas de localización de contenidos ilícitamente puestos en red por otros prestadores, llama la atención que esta posibilidad se configura como subsidiaria, sólo para el caso de que los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren directamente los DPI de forma significativa e indiciaria "no tengan con España vínculos suficientes". ¿Por qué frente a estos prestadores de herramientas de localización, sólo podrá actuarse de manera subsidiaria y a condición de que los otros prestadores, los directamente vulneradores, no tengan un vínculo suficiente con España? Si un prestador de herramientas de localización admite ser calificado como un vulnerador indirecto de DPI en las condiciones que la norma describe, ello ocurrirá con independencia de que el prestador que comete la vulneración directa tenga o no vínculos suficientes con España.