



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER
JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA
APROBADO EL INFORME AL PROYECTO DE REAL DECRETO POR
EL QUE SE REGULA EL FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN DE
PROPIEDAD INTELECTUAL.**

I.

ANTECEDENTES

Con fecha 30 de agosto de 2011 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), el texto del Proyecto de Real Decreto por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante el Proyecto), remitido por el Ministerio de Justicia, a efectos de emisión del preceptivo informe, solicitado con carácter urgente.

La Comisión de Estudios e Informes, acordó designar ponente a la Excm. Sra. Vocal D^a Margarita Robles Fernández, y en reunión de fecha 22 de septiembre de 2011, aprobó el presente Informe, acordando su remisión al Pleno de este Consejo.

II.

**CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN
CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.**

La función consultiva del CGPJ a que se refiere el artículo 108 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) tiene por



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a *“normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”*.

A la luz de esta disposición legal, el parecer que a este Órgano constitucional le corresponde emitir sobre el Proyecto remitido deberá limitarse a las normas sustantivas o procesales que en aquélla se indican, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

No obstante lo anterior, el CGPJ se reserva la facultad de expresar su parecer también sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución española (CE). En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 LOPJ.

Por último, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el CGPJ ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

III.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PROYECTO.

1. Antecedentes.

a) El precepto legal de cuyo desarrollo se trata.

El Proyecto sometido a informe se refiere a un Real Decreto que desarrolla el artículo 158 de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI), conforme a la nueva redacción dada a dicho precepto por la disposición final 43ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), la cual modificó el artículo en cuestión para conferir una nueva estructura y dotar de nuevas funciones a la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante CPI). La LES, y su Ley Orgánica complementaria, fueron objeto de sendos informes aprobados por el Pleno de este Consejo en su sesión de 28 de enero de 2010.

La Comisión de Propiedad Intelectual es un órgano colegiado de ámbito nacional creado en el seno del Ministerio de Cultura, que venía ejerciendo funciones de mediación y arbitraje y que, a partir de la aludida reforma, no sólo vio ampliadas sus facultades en el contexto de esas dos funciones, sino que también fue investida de una nueva función de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

información. De hecho, la reforma introducida por la LES determina la creación en el seno de la CPI de dos Secciones: la Sección Primera, en la cual se residencian las que venían siendo funciones tradicionales de la Comisión, esto es, las de mediación y arbitraje, con un reforzamiento de las mismas; y la Sección Segunda, a la que se pasa a atribuir en exclusiva esa función de nuevo cuño referida a la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información.

Más en particular, conforme al actual artículo 158 LPI, las funciones que se atribuyen a la Sección Primera de la CPI son las siguientes:

1º) Mediación.

Hasta la entrada en vigor de la LES, la función de mediación que tenía atribuida la CPI se limitaba a los supuestos en que no fuera posible alcanzar un acuerdo en materia de contratos de retransmisión por cable, entre los titulares de derechos y la empresas dedicadas a esa clase de explotación (esta competencia le fue atribuida a la CPI con motivo de la incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 93/83/CEE, sobre la radiodifusión por satélite y la distribución por cable). Tras la LES, esta función ha visto ampliado significativamente su radio de aplicación, pues junto al mencionado caso de la falta de acuerdo para obtener la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión, la Comisión podrá actuar como mediadora, siempre previo sometimiento de las partes, “para el caso de que no llegue a celebrarse un contrato *respecto a las materias directamente relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*”. El artículo 158.3.1º *in*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

fine LPI dispone que “el procedimiento mediador se determinará reglamentariamente”.

2º) Arbitraje.

Análogamente a lo sucedido con la mediación, también esta segunda función ha experimentado una notable ampliación, pues ha pasado de estar referida a los conflictos surgidos entre entidades de gestión por un lado y asociaciones de usuarios de su repertorio o entidades de radiodifusión por otro, en el marco de las obligaciones que el artículo 157.1 LPI impone a las primeras, a proyectarse sobre toda clase de conflictos que se susciten no sólo entre entidades de gestión y asociaciones de usuarios de su repertorio o entidades de radiodifusión, sino también entre entidades de gestión y titulares de derechos, así como entre entidades de gestión entre sí. Como en el caso de la mediación, también se prevé que “reglamentariamente se determinará el procedimiento para el ejercicio de su función de arbitraje” (artículo 158.3.2º.II LPI).

3º) Fijación de cantidades sustitutorias de tarifas generales.

Al igual que ocurría antes de la reforma operada por la LES, se configura como una función específica dentro de la más general función de arbitraje. Partiendo de que el artículo 157.2 LPI permite al usuario del repertorio de una entidad de gestión, en caso de desacuerdo sobre la tarifa a sufragar, hacer uso del repertorio de la entidad siempre que pague bajo reserva o consignación la tarifa general establecida por la entidad, el artículo 158 LPI contempla la posibilidad de acudir a la CPI para que ésta señale una cantidad sustitutoria de la tarifa en cuestión, en tanto se resuelve sobre la corrección de ésta. La fijación es pues *ad*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

cautelam, pues quedaría pendiente de lo que se resuelva sobre el fondo del asunto. No en vano –y por eso esta función de la CPI se considera una subespecie del arbitraje–, a quien acuda a la CPI con este propósito se le exige que acepte someterse al arbitraje de la Comisión para resolver el conflicto de fondo. Las novedades que ha aportado la LES sobre esta función de la CPI son dos: (i) la extensión de la legitimación para solicitarla a las propias entidades de gestión afectadas (antes sólo podían acudir a ella las asociaciones de usuarios del repertorio de las entidades y las entidades de radiodifusión), y (ii) la provisión por la propia Ley de una serie de criterios a los que deberá atender la CPI para llevar a cabo la fijación de esas cantidades sustitutorias.

En cuanto a la nueva Sección Segunda de la CPI, su función consiste en adoptar medidas de interrupción de servicios de la sociedad de la información, o de retirada de contenidos, que vulneren derechos de propiedad intelectual, siempre que el prestador destinatario de la medida actúe, directa o indirectamente, con ánimo de lucro, o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.

Aunque como en el caso de las funciones encomendadas a la Sección Primera, el artículo 158.4.VI LPI comienza diciendo que “reglamentariamente se determinará el funcionamiento de la Sección [Segunda] y el procedimiento para el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas”, lo cierto es que en este caso la propia Ley contiene diversos elementos y pautas sobre el procedimiento seguido ante ella. Por un lado, se aclara que el procedimiento en cuestión sólo procederá a instancia del titular de los derechos que se consideren vulnerados, o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio (v. gr. una entidad de gestión), siendo de aplicación los derechos de defensa previstos en el artículo 135 de la Ley 30/1992, y rigiéndose el procedimiento por los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

principios de celeridad, proporcionalidad y demás previstos en la Ley 30/1992. Junto a ello, se establece que la falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido tendrá efectos desestimatorios de la solicitud, y que las resoluciones dictadas por la Sección Segunda ponen fin a la vía administrativa. Por último, el artículo 158.4 LPI establece incluso algunos de los plazos del procedimiento, lo que obviamente deja un margen más reducido al ulterior desarrollo reglamentario.

b) Otros preceptos legales de referencia.

Además del artículo 158 LPI, a cuyo desarrollo sirve de manera específica el Proyecto, es necesario tener en cuenta otras disposiciones que se encuentran relacionadas con aquél, la mayoría de las cuales también han sido objeto de reforma o de creación por la disposición adicional 43ª de la LES. Dada esa interrelación, el contenido de estas otras disposiciones aparece reflejado en varios de los artículos del Proyecto, y más en concreto en la parte que se refiere al procedimiento seguido ante la Sección Segunda de la CPI.

Cabe mencionar en primer lugar el artículo 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), en cuyo nuevo apartado segundo se señala que los órganos competentes para adoptar medidas de interrupción de servicios de la sociedad de la información o de retirada de contenidos vulneradores de, entre otros, derechos de propiedad intelectual –como sería el caso de la Sección Segunda de la CPI–, podrán requerir a los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información para que, con objeto de identificar al responsable de la conducta presuntamente vulneradora, cedan a dichos órganos los datos que permitan tal identificación. Ese requerimiento



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

exigirá la previa autorización de la autoridad judicial competente, que no es otra que los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, a tenor del artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJC-A).

El otro precepto que, sin estar residenciado en la LPI, resulta clave en toda esta materia, es precisamente ese nuevo artículo 122 bis LJC-A. En su primer apartado, dicho artículo se refiere a la autorización a la que acabamos de referirnos, necesaria para poder requerir a un prestador intermediario de servicios de la sociedad de la información que ceda los datos que permitan identificar al prestador o proveedor presuntamente infractor. En su apartado segundo, el artículo 122 bis LJC-A se refiere a otra función que están llamados a desempeñar los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo en conexión con el procedimiento seguido ante la Sección Segunda de la CPI, a saber, el otorgamiento o no de la autorización previa para la ejecución forzosa de las medidas de interrupción o retirada que hayan sido acordadas, en su caso, por dicha Sección. Esa autorización irá referida a la posible afectación de los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución española (CE).

Por último, la referencia que se contiene en el apartado 2 del artículo 24 del Proyecto tiene como antecedente legal los artículos 16 y 17 de la LSSICE (no modificados por la LES), en los que se alude al “conocimiento efectivo” que un prestador de servicios de intermediación puede tener del carácter ilícito de los contenidos que alberga o a los que dirige. En puridad, esta materia es ajena al funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual y debe inscribirse en el desarrollo reglamentario de la LSSICE, a propósito de la responsabilidad civil que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

puede llegar a exigirse a los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información.

Al examinar el procedimiento ante la Sección Segunda de la CPI, se hará referencia más detenida a todos estos otros preceptos legales de referencia.

c) El Reglamento actualmente en vigor.

El Real Decreto (RD) en proyecto estaría llamado a sustituir al actual RD 479/1989, de 5 de mayo, por el que se regula la composición y el procedimiento de actuación de la Comisión Arbitral de Propiedad Intelectual, el cual fue parcialmente modificado por el RD 1248/1995, de 14 de julio. La Comisión vio modificado su nombre, pasando a llamarse Comisión de Propiedad Intelectual, en virtud de disposición adicional 2ª de la Ley 23/2006, de 7 de julio, de reforma de la LPI.

Las principales novedades que el texto proyectado presenta con respecto al Reglamento actualmente en vigor son las siguientes:

En primer lugar, aunque el futuro Reglamento contendrá sendos artículos –el 3 y el 14– dedicados a la composición de las dos Secciones de la CPI, éstos serán tributarios de lo dispuesto en el artículo 158 LPI, ya que tras la reforma operada por la LES este precepto ha pasado a definir la composición de cada una de las Secciones de la Comisión. Hasta entonces la composición de la CPI no estaba legalmente definida, señalando la Ley únicamente el derecho de los interesados a nombrar hasta dos miembros o representantes –no permanentes– tanto en el procedimiento de mediación como en el de arbitraje. Era el Reglamento, el cual dedicaba todo un Capítulo a la composición de la CPI, el que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

establecía que ésta estaría integrada, como miembros permanentes, por tres árbitros neutrales, nombrados entre juristas de reconocido prestigio.

En segundo lugar, junto al procedimiento general de arbitraje y el de fijación de cantidades sustitutorias de tarifas generales, el futuro Reglamento incorporará también un procedimiento de mediación, lo cual resulta novedoso, por cuanto a pesar de tener atribuida la CPI esa función, el RD 479/1989 nunca había llegado a regular un procedimiento específico para ella, tampoco con ocasión de su reforma por el RD 1248/1995. También incluye el Proyecto un nuevo procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, que es el seguido ante la Sección Segunda, y del que lógicamente ningún rastro se encuentra en el Reglamento actualmente en vigor, dado que se refiere a una competencia que la CPI no tenía atribuida hasta la reforma operada por la LES.

En tercer lugar, del proyectado Reglamento desaparece el último de los procedimientos regulados en el actualmente vigente, a saber, el que sirve para la fijación de la remuneración equitativa correspondiente a los contratos de cesión del derecho de alquiler de fonogramas y de grabaciones audiovisuales celebrados antes del 1 de julio de 1994. Esta competencia de la CPI, claramente residual, es de configuración reglamentaria y no legal (se agregó al RD 479/1989 en virtud de la reforma que en éste introdujo el RD 1248/1995). La Comisión dejará de ostentarla una vez sea aprobado el Proyecto sujeto a informe, que se limita a desarrollar las funciones de la CPI contempladas en el artículo 158 LPI, entre las que no está la que ahora nos ocupa, y que consecuentemente prevé derogar en su integridad el RD 479/1989.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2. Estructura y contenido.

El Proyecto sometido a informe se compone de siete Capítulos, una disposición adicional, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

El primer Capítulo, titulado “disposiciones generales”, se compone de un único artículo que describe el objeto de la Norma en proyecto.

El Capítulo II (artículos 2 y 3) es el primero de los dedicados a la Sección primera de la CPI, regulando concretamente sus funciones, régimen jurídico y composición.

El Capítulo III (artículos 4 a 6) se destina a la regulación del procedimiento de mediación, seguido ante la Sección Primera. Dicho procedimiento aparece distribuido en tres tramos: (i) solicitud, (ii) negociaciones y propuesta de solución, y (iii) terminación.

El Capítulo IV (artículos 7 a 9) desarrolla el procedimiento general de arbitraje, distribuido igualmente en las fases de: (i) solicitud, (ii) procedimiento arbitral propiamente dicho y (iii) terminación.

El Capítulo V (artículos 10 a 12) regula el procedimiento de arbitraje para fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales, el cual se perfila como una especialidad del anterior, en la medida en que esta función aparece en la Ley como una subespecie del arbitraje. El artículo 10 indica que el procedimiento se ajustará a lo dispuesto en el Capítulo IV, con las salvedades previstas en el presente Capítulo, que son relativas a la solicitud de arbitraje y al desarrollo del procedimiento.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El Capítulo VI (artículos 13 y 14) se dedica a regular las funciones y composición de la Sección Segunda. Aunque aparentemente, a diferencia del artículo 2, el artículo 13 sólo se refiere a las “funciones de la Sección Segunda”, su contenido incluye también el tratamiento del régimen jurídico de esta Sección, tal y como hace el artículo 2 para la Sección Primera.

Finalmente, el Capítulo VII (artículos 15 a 24) contiene la regulación del procedimiento ante la Sección Segunda, denominado “de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual”. Dicho procedimiento reviste una mayor complejidad, debido fundamentalmente a la posible intervención de la autoridad judicial competente en dos momentos diferentes del mismo: identificación del responsable contra el que el procedimiento se dirige y autorización para la ejecución forzosa de las medidas dictadas por la CPI. El Capítulo, que comienza con un artículo dedicado a delimitar el ámbito de aplicación (artículo 15) y otro sobre “disposiciones generales” (artículo 16), continúa con la descripción de una “fase preliminar del procedimiento” (artículo 17), que viene a ser la fase de solicitud, seguida de las fases de identificación del responsable del servicio presuntamente vulnerador (artículo 18), iniciación propiamente dicha del procedimiento (artículo 19), retirada voluntaria y alegaciones (artículo 20), prueba y conclusiones (artículo 21), resolución (artículo 22), autorización judicial para la ejecución de la resolución (artículo 23) y, finalmente, ejecución de la resolución (artículo 24).

La disposición adicional única contiene un mandato de utilización preferente de los medios de comunicación electrónicos en todas las actuaciones de los procedimientos regulados en el proyectado Real Decreto.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La disposición derogatoria única contiene una derogación genérica de todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en el presente Real Decreto, así como una derogación expresa del RD 479/1989.

La disposición final primera (“título competencial”), señala como títulos competenciales de la Norma en proyecto los artículos 149.1.9ª CE (legislación sobre propiedad intelectual), excepto los Capítulos III, IV y V que se dictan al amparo de las competencias sobre Administración de Justicia y legislación procesal (artículos 149.1.5ª y 6ª CE).

La disposición final segunda (“presupuesto para la puesta en funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual”), indica que los gastos de puesta en funcionamiento de la CPI serán asumidos con los actuales medios del Ministerio de Cultura.

La disposición final tercera habilita al Ministerio de Cultura para que, previo informe del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, dicte las órdenes ministeriales de desarrollo precisas para el cumplimiento y aplicación del Real Decreto.

Por último, la disposición final cuarta decreta la entrada en vigor del Real Decreto a los quince días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El Proyecto viene acompañado de una Exposición de Motivos, que permite vislumbrar de forma sintética cuáles son los objetivos principales de la Norma en proyecto. Asimismo, se acompaña de una Memoria del Análisis de Impacto Normativo, en la que, a tenor de lo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

previsto en el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, se aglutinan las memorias, estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, así como la memoria económica y el informe sobre el impacto por razón de género, dándose así cumplimiento a lo ordenado en el artículo 22.2 de la Ley del Gobierno. En ella merecen destacarse la parte relativa a la descripción de la tramitación, incluido un detallado análisis de las alegaciones efectuadas, así como los epígrafes sobre cargas administrativas e impacto presupuestario, por no ser habitual un examen tan preciso de tales aspectos en las Memorias que acompañan los anteproyectos y proyectos sometidos a dictamen de este Consejo.

IV.

EXAMEN DEL CONTENIDO DEL PROYECTO.

No procede efectuar en este Informe observaciones acerca de la bondad o el acierto de los procedimientos seguidos ante la CPI, y en particular del más novedoso de todos ellos, el de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual ante la Sección Segunda, puesto que ello se inscribiría en el marco de un juicio acerca de la LES, el cual no incumbe realizar en este momento. Lo que se valorará es el mayor o menor ajuste del Proyecto con las disposiciones de la LES y el resto de preceptos legales de referencia.

Del articulado del Proyecto interesa examinar todo lo que guarda relación con el ejercicio de las funciones de mediación y arbitraje por la Sección Primera de la CPI, en particular aquellos aspectos que se refieren a cuestiones procesales o que pueden incidir sobre la tutela jurisdiccional de los intereses en liza. Por otro lado, analizaremos con detenimiento algunas de las fases del procedimiento seguido ante la Sección Segunda, fundamentalmente aquéllas en las que está prevista



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la preceptiva intervención de un órgano judicial, o que pueden repercutir sobre la tutela jurisdiccional de los derechos de cuya salvaguarda se trata.

Con carácter previo es necesario dedicar un primer apartado a examinar la composición y régimen jurídico de las dos Secciones en que se subdivide la CPI, pues no en vano se trata de dos órganos llamados a conocer de toda una gama de procedimientos, y a resolver las correspondientes controversias, que en esa misma medida pueden quedar sustraídas al conocimiento de los Juzgados y Tribunales. La Comisión de Propiedad Intelectual es un órgano *sui generis* destinado a ejercer una suerte de justicia alternativa en un sector muy específico, y merece la pena prestar atención a su funcionamiento pues puede servir de modelo a experiencias similares en otros sectores.

1. La Comisión de Propiedad Intelectual: composición y régimen jurídico.

A pesar de integrarse en un mismo y único órgano, cual es la Comisión de Propiedad Intelectual, las dos Secciones que la conforman tienen una composición y a ambas se les aplica un régimen jurídico notablemente diferente. En cualquiera de los dos casos se aprecia un carácter híbrido, derivado de tratarse de un órgano de naturaleza administrativa que, no obstante, desempeña sus funciones en una materia de Derecho privado. De ahí que la normativa de aplicación sea mixta: de un lado la legislación de procedimiento administrativo, para todo lo relacionado con aspectos organizativos y de trámite no resueltos en el Real Decreto; de otro, en proporciones diversas, la legislación sobre propiedad intelectual, la legislación sobre arbitraje y la legislación sobre servicios de la sociedad de la información.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

a) La Sección Primera.

Desde la aprobación de la LES, el artículo 158 LPI establece ahora la composición de ambas Secciones de la CPI, composición que no coincide ni se atiende a los mismos criterios. En el caso de la Sección Primera, el artículo 158.3.4º LPI señala que estará formada por tres miembros nombrados por el Ministro de Cultura a propuesta de los Subsecretarios de los Ministerios de Economía y Hacienda, Cultura y Justicia, por un periodo de tres años renovable por una sola vez, entre expertos de reconocida competencia en materia de propiedad intelectual. Junto a este requisito, y sin perjuicio de su cumplimiento, el artículo 3.1 del Proyecto agrega que en la propuesta de nombramiento que realice cada uno de los Subsecretarios de los señalados departamentos ministeriales, “se valorará adicionalmente la experiencia o conocimiento en los ámbitos del derecho económico y de la competencia, y mercado audiovisual y de las comunicaciones electrónicas”. La exigencia de valoración adicional de este requisito, no previsto en la Ley de cuyo desarrollo se trata, podría contravenir el principio de jerarquía normativa.

El artículo 158.3.4º LPI, además de prever que el nombramiento de los integrantes de la Sección sea efectuado por el Ministro de Cultura a propuesta de los subsecretarios de Cultura, Economía y Hacienda y Justicia, dispone que la designación del Presidente se haga conjuntamente por los Ministerios de Cultura y Economía y Hacienda. Habida cuenta de ello, no parece posible prever en sede reglamentaria (artículo 3.2 del Proyecto) que la misma orden ministerial por la que se haya nombrado a los miembros de la Comisión disponga, a propuesta conjunta de los Ministerios de Cultura y de Economía y Hacienda, el nombramiento de uno de los miembros como Presidente de la Sección;



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

haciendo equivaler, en contra del criterio del legislador, las nociones de “orden conjunta” y “propuesta conjunta”.

El Proyecto dispone también el nombramiento de suplentes, sujetos a los mismos requisitos que los titulares, así como el nombramiento de un Vicepresidente, llamado a sustituir al Presidente en caso de “vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal”, conforme al artículo 3.2 *in fine*. Ocurre, sin embargo, que el artículo 3.4 dispone que en caso de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal que impida a uno de los miembros titulares intervenir en un asunto sometido a la Sección, se procederá a su sustitución “mediante un miembro suplente”. Es claro que esta disposición puede entrar en contradicción con la anterior cuando el miembro titular que se trate de sustituir sea el Presidente. Para coordinar ambas previsiones, se sugiere especificar en el apartado 4 que esa sustitución por miembro suplente nunca podrá serlo del titular que desempeñe las funciones de Presidente, a menos que todos los restantes miembros titulares causen baja. Por su parte el apartado 2 debería prever, más allá de la figura del Vicepresidente, la asunción de la Presidencia por el tercer miembro titular en caso de ausencia de Presidente y Vicepresidente simultáneamente, priorizando siempre en la función de Presidente a los miembros titulares del órgano en detrimento de los suplentes. Ello estaría en sintonía con lo preceptuado en el artículo 23.2 de la Ley 30/1992, conforme al cual “en casos de vacante, ausencia, enfermedad, u otra causa legal, el Presidente será sustituido por el Vicepresidente que corresponda, y en su defecto, por el miembro del órgano colegiado de mayor jerarquía, antigüedad y edad, por este orden, de entre sus componentes”.

Junto a los miembros de la Sección, aparece la figura del secretario, con voz pero sin voto, nombrado por la Dirección General de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Política e Industrias Culturales entre funcionarios del Ministerio de Cultura con nivel de subdirector general o asimilado (artículo 3.5 del Proyecto). Es correcto prever que el secretario no pueda hacer propuestas de actuación en relación con cuestiones de fondo ni someterlas a valoración de la Sección Primera; en cambio no se ven motivos para establecer que el Secretario “velará por la independencia, neutralidad e imparcialidad de la Sección Primera”: no es ya que parezca inapropiado atribuirle semejante función de garante respecto de unos sujetos que cuentan con el aval de las autoridades que los han designado (desde luego no hay el menor vestigio de esa función en el artículo 25 de la Ley 30/1992, que se refiere a las competencias del secretario de un órgano colegiado), sino que tampoco se señalan los mecanismos o instrumentos mediante los cuales podría el secretario desempeñar esa función. Por lo demás, la independencia, neutralidad e imparcialidad la garantiza, por encima de todo, el sometimiento de los miembros de la Sección a las normas sobre recusación y abstención contenidas en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LArb) [vid. artículo 3.3. del Proyecto], las cuales deben ser accionadas por las partes, no habiendo pues ningún margen para que el secretario active esos procedimientos.

En cuanto al régimen jurídico, la Sección Primera mantiene el mismo régimen que hasta ahora venía dibujando el RD 479/1989 para la Comisión en su conjunto: en primer lugar se regirá por la LPI y por el Real Decreto de funcionamiento y, con carácter supletorio, por la Ley 30/1992 –por toda ella, a diferencia de lo que después se dice para la Sección Segunda– y por la LArb.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

b) La Sección Segunda.

Por lo que se refiere a la Sección Segunda, el Proyecto puntualiza en su artículo 14.1 que los cuatro Vocales a los que se refiere el artículo 158.4.V LPI (“un vocal del Ministerio Cultura, un vocal del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, un vocal del Ministerio de Economía y Hacienda y un vocal del Ministerio de la Presidencia”) actúan “en representación respectiva” de los mencionados Ministerios, y deberán ser designados por los respectivos Departamentos entre el personal de la Administración General del Estado con titulación superior, debiendo reunir “conocimientos específicos acreditados en materia de propiedad intelectual”. Frente a la claridad de la Ley, que se refiere a “un vocal de” cada uno de esos cuatro Ministerios, lo que parece expresar pertenencia del vocal a la estructura orgánica de los mismos, el Proyecto maneja una mayor ambigüedad al respecto, pues si bien la exigencia de actuar “en representación respectiva” de esos Ministerios podría ser indicativa de esa necesaria pertenencia, el requisito genérico de que dichos vocales sean elegidos “entre el personal de la Administración General del Estado” iría en la dirección contraria. Por lo demás, la regla tiene escasa virtualidad selectiva. De un lado, la referencia al personal de la Administración General del Estado incluye tanto a personal funcionario como laboral, y de otro no se garantiza que los seleccionados pertenezcan a un determinado grupo o categoría, al poder entenderse que la exigencia de titulación superior se refiere a la persona designada. En tercer lugar, la acreditación de “conocimientos específicos en materia de propiedad intelectual” dista mucho de la exigencia aplicada a los miembros de la Sección Primera, consistente en que sus miembros sean “expertos de reconocida competencia en materia de propiedad intelectual”. Debería reflexionarse sobre la conveniencia de establecer semejante asimetría entre el requisito marcado a los miembros de una y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

otra Sección, por más que el *expertise* que se exige a los de la Primera venga impuesto por la Ley.

En cuanto al régimen jurídico al que se somete esta Sección, dice el artículo 13.2 del Proyecto que la misma se regirá en primer lugar por el artículo 158.4 LPI (es decir, no por todo el texto de esta Ley, a diferencia de la Sección Primera), por el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, por la LJC-A y por la LSSICE, además de por el Real Decreto en proyecto, naturalmente.

En relación con la aplicación del artículo 158.4 LPI, debe tenerse en cuenta que para las funciones que la Sección Segunda está llamada a cumplir, le resultará necesario proceder a la aplicación de otros preceptos de la LPI, por los que su actuación consiguientemente también se regirá. Así, es obvio que para declarar acreditada la existencia o inexistencia de una vulneración de derechos de propiedad intelectual por el responsable de un servicio de la sociedad de la información (artículo 22.1 del Proyecto), la Sección Segunda deberá poner en aplicación, al menos, artículos como los que regulan cuáles son los derechos de propiedad intelectual susceptibles de ser vulnerados (artículos 14 a 25 y concordantes de la LPI), y cuáles son los límites a los mismos, en caso de cuya aplicación no se produciría vulneración (artículos 31 y ss. LPI).

En cuanto al Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, relativo al régimen jurídico de los órganos colegiados, su mención es plenamente adecuada. Sin embargo, hay otras partes de esa misma Ley igualmente aplicables y cuya falta de mención no se justifica. Esta apreciación vale para aquellos preceptos de la Ley 30/1992 cuya aplicación es directa o indirectamente señalada en el artículo 158.4 LPI, como sería el caso del



artículo 135, que en cambio sí es citado en el artículo 17 del Proyecto, el cual también se remite a la aplicación de otros preceptos de la Ley 30/1992, tales como su artículo 71. Al mismo tiempo, parece prudente hacer extensiva la aplicación de otros pasajes de la Ley 30/1992, como el relativo a la abstención y recusación de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones (Capítulo III del Título II), pues se trata de una materia de insoslayable aplicación que, de otro modo, estaría huérfana de regulación, por contraste con lo que sucede con los miembros de la Sección Primera, los cuales están sometidos a las normas sobre recusación y abstención de la LArb.

El método selectivo aplicado a la hora de definir el régimen jurídico de la Sección Segunda por lo que se refiere a la LPI y a la Ley 30/1992, contrasta con el empleado en relación a la LJC-A y la LSSICE, a las cuales el Proyecto se remite en bloque.

2. Procedimiento de mediación.

a) Generalidades e inicio del procedimiento (artículo 4 del Proyecto).

Por lo que se refiere a la regulación del procedimiento de mediación, lo primero que cabe hacer es felicitar de su existencia, puesto que –como se ha dicho– en el modelo actualmente vigente carecemos de una regulación específica del mismo, a pesar de tener conferidas la CPI funciones de mediación. En su defecto, se venía aplicando *mutatis mutandis* el procedimiento previsto para el arbitraje, debido a la remisión que el artículo 20.4.f) LPI, que era el precepto que asignaba a la CPI esta función de mediación, se remitía a la aplicación a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la misma de lo dispuesto en el artículo 158 LPI y en el Real Decreto dictado para su desarrollo.

El artículo 4 del Proyecto prevé que la mediación se inste por ambas partes conjuntamente, o por una sola de ellas, solicitando que se dé traslado a la otra para que ésta manifieste en determinado plazo si desea someterse a la mediación requerida. Aunque parece plausible admitir esta posibilidad, ello podría oponerse a la dicción literal de la Ley, que tanto antes como después de la reforma operada por la LES habla del “previo sometimiento de las partes”, probablemente con el fin de evitar que el órgano pueda ser instrumentalizado a base de peticiones de mediación que sólo tienen por objeto dar un tinte oficial al intento de mediación y poder acreditar mejor la buena fe de la parte solicitante ante un eventual procedimiento judicial posterior. El Proyecto, o bien no ha sido consciente o bien ha minimizado este riesgo, pues ha optado por una interpretación amplia de la expresión “previo sometimiento de las partes”, entendiendo que también es posible que ese sometimiento al conocimiento de la controversia por la Comisión pueda producirse por una de las partes en respuesta a la solicitud unilateral presentada por la otra. Esta posibilidad de solicitud de la mediación por una sola de las partes, por lo demás, venía siendo reclamada por la doctrina que se ha ocupado del tema, y es conforme con la regulación que de la mediación se hace en el Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (en adelante PLMACM), ya informado por este Consejo y actualmente en fase de tramitación parlamentaria (vid. BOCG, Congreso, Serie A, Núm. 122-1, de 29 de abril de 2011).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

b) Aceptación tácita de la propuesta efectuada por la CPI y aspectos no regulados (artículos 5 y 6 del Proyecto).

Una figura clave en materia de mediación ante la CPI es la de la propuesta de solución que puede ser formulada por la propia Comisión a las partes, la cual se entenderá aceptada si ninguna de ellas manifiesta en un plazo de tres meses su oposición a la misma y que, una vez aprobada por virtud de esta aquiescencia, surtirá los efectos previstos en la LArb y será revisable ante el orden jurisdiccional civil. Esta figura, que aparece contemplada en la propia Ley (artículo 158.31º.b/ LPI), da idea de hasta qué punto la mediación llevada a cabo por la CPI es una mediación *sui generis*, próxima al arbitraje en cuanto a su procedimiento y resultado, e incluso regida en parte por la legislación sobre arbitraje. En la medida de esa aproximación al arbitraje, se produce el alejamiento de la mediación ante la CPI de la mediación ordinaria, ahora plasmada de forma modélica en el citado PLMACM. Así, es claro que la mediación común está fuertemente presidida por el principio de neutralidad, llegando como máximo a preverse que el mediador despliegue una conducta activa tendente a lograr el acercamiento de las partes (artículo 14.2 del PLMACM), pero desde luego no la formulación de propuestas de solución por el propio mediador, ni mucho menos propuestas que comprometan a las partes a menos que muestren una expresa oposición a las mismas. Por otro lado, el acuerdo de mediación produce los efectos de cosa juzgada entre las partes y está dotado de fuerza ejecutiva, siendo únicamente susceptible de anulación o de revisión (artículos 24.4, 24.5 y 26 del PLMACM), lo que dista mucho de la equiparación de efectos con un laudo arbitral susceptible de recurso ante los órganos del orden jurisdiccional civil.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En relación con esta materia, el Proyecto sometido a informe contiene una regulación de la terminación del procedimiento de mediación (artículo 6) que podría quedar en algún punto fuera de la cobertura prestada por la Ley de cuyo desarrollo se trata. Así, el Proyecto parece dar por sentado que la Sección Primera siempre ha de formular una propuesta de solución del conflicto, toda vez que se haya verificado que las cuestiones en liza han sido suficientemente debatidas sin posibilidad de avenencia entre las partes (lo denotaría el empleo del futuro en el artículo 6.3: “la Sección formulará una propuesta de solución del conflicto”). Sin embargo, la Ley es clara al decir que la Sección Primera debe ejercitar su función de mediación, por un lado “colaborando en las negociaciones”, y por otro “presentando, en su caso, propuestas a las partes”. El inciso “en su caso” sería indicativo de que tales propuestas pueden no producirse, y de hecho ésa es la alternativa más razonable cuando el mediador constata que no existe posibilidad de acuerdo entre las partes. En este sentido el artículo 23.1 del PLMACM prevé que el procedimiento termine, entre otras cosas, “cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables”, y no parece que para justificar esa apreciación sea necesario formalizar una propuesta de solución dirigida a las partes, la cual sea objeto de rechazo expreso por ellas. En el artículo 6 debería pues contemplarse la posibilidad de que la Sección Primera diese por concluido el procedimiento, sin necesidad de formular propuesta de solución, a la vista de lo irreconciliable de las posiciones definitivas de las partes. A tal efecto, podría bastar con agregar el inciso “en su caso” en el apartado tercero, modulando la frase “la Sección formulará una propuesta de solución del conflicto”. Por cierto que, en el supuesto de que la Sección acordase la terminación del procedimiento sin necesidad de formular una propuesta de solución, sí tendría sentido exigir que su decisión fuese motivada, pues no en vano estaría dando



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

por terminado el procedimiento de mediación tras apreciar por sí misma la distancia insalvable entre las posiciones de una y otra parte. Igualmente, esa motivación debiera exigirse con relación a la oposición manifestada por las partes a la propuesta de solución formulada, ya que el principio de buena fe parece exigir que las partes no puedan limitarse a manifestar una lisa y llana negativa. En cambio, no se ven razones para que la propuesta de solución del conflicto formulada por la CPI haya de tener “carácter motivado”, tal y como exige el artículo 6.3 del Proyecto, sin que al respecto pueda encontrarse respaldo en la Ley de desarrollo.

El Proyecto deja claro el contraste entre la posibilidad de acuerdo tácito manifestado mediante la no oposición a la propuesta de solución de la CPI, y la posibilidad de acuerdo expreso, que deberá ser comunicado a la Sección para ser consignado en la resolución que ponga fin al procedimiento. En este segundo caso no se prevé que dicha resolución tenga los efectos previstos para los laudos arbitrales en la LArb, lo cual es coherente con la Ley, que sólo prevé este efecto para los acuerdos alcanzados por aquiescencia prestada a la propuesta formulada por la Comisión. Esta solución probablemente se explique por el intento de evitar que se instrumentalice a la Comisión en su función de mediación para lograr los efectos de un laudo sin correr los riesgos de la heterocomposición inherente a un auténtico arbitraje, en el que la decisión de la controversia no está en manos de las partes sino de los árbitros.

En otro orden de cosas, el Proyecto, pese a la llamada legal para que reglamentariamente se determine el procedimiento de mediación, omite establecer un elemento tan característico de éste como es su duración máxima. El procedimiento de mediación suele estar presidido



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

por la idea de celeridad, siendo recomendable que exista un horizonte temporal dentro del cual pueda verificarse si existen o no posibilidades de lograr una avenencia. El Proyecto, por el contrario, parte de la base de que la Sección Primera podrá convocar cuantas reuniones estime precisas con la finalidad de alcanzar un acuerdo, y contempla que aquella dé por finalizado el intento de avenencia cuando considere que las cuestiones han sido suficientemente debatidas (artículos 5.2 y 6.2). La omisión de toda referencia a la duración máxima del procedimiento de mediación resulta tanto más significativa por contraste con lo que sucede con el arbitraje, para el cual el Proyecto sí establece dicho plazo máximo de duración (artículo 9.3). A nuestro juicio, sería recomendable señalar un límite temporal más allá del cual no pueda seguir intentándose la avenencia, lo que entre otras cosas contribuiría a evitar intentos de utilización fraudulenta del procedimiento de mediación. Ello estaría en línea con lo previsto en el PLMACM, que fija un plazo máximo de dos meses, prorrogables por un mes más de común acuerdo de las partes, transcurrido el cual se dará por concluido el procedimiento.

Nada se dice en el Proyecto sobre la posibilidad de interponer acciones judiciales o extrajudiciales entre las partes mientras se esté sustanciando el procedimiento de mediación. La Ley a desarrollar sólo contempla una nítida restricción a la facultad de las partes de ejercitar acciones judiciales sobre el objeto de la controversia, para el caso de que la misma se haya sometido a decisión arbitral ante la CPI y esté pendiente de dictarse la resolución, a condición de que la parte interesada lo invoque como excepción (artículo 158.3.2º LPI). Sería conveniente que el Proyecto incluyera alguna previsión sobre este particular.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

c) Compatibilidad de mediación y arbitraje ante la propia Comisión y relación entre los distintos procedimientos.

Como hemos tenido ocasión de ver *supra*, el ámbito de aplicación de la mediación se ha ampliado enormemente a raíz de la reforma del artículo 158 LPI operada por la LES. Ahora ya no sólo se prevé la posibilidad de instar la mediación de la CPI cuando no se logre alcanzar un acuerdo para obtener la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión, sino en general, “para el caso de que no llegue a celebrarse un contrato *respecto a las materias directamente relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*”. Por su parte, también en su función de arbitraje la CPI ha visto ampliadas sus competencias, puesto que puede proyectarse sobre toda clase de conflictos que se susciten entre entidades de gestión y asociaciones de usuarios de su repertorio o entidades de radiodifusión, entre entidades de gestión y titulares de derechos, así como entre entidades de gestión entre sí. Como puede verse, existe una zona de intersección entre ambas funciones que antaño no existía, ya que la imposibilidad de alcanzar un acuerdo respecto de una materia directamente relacionada con la gestión colectiva, bien puede entrañar un conflicto entre una entidad de gestión y una asociación de usuarios de su repertorio, o entre aquella y un organismo de radiodifusión.

Dadas esas circunstancias, y habida cuenta de que tanto la mediación como el arbitraje pueden ser solicitados ahora por una sola de las partes (vid. artículos 4.2 y 7.1.a/ del Proyecto), no es descartable que de modo simultáneo o casi simultáneo, una de las partes en conflicto (v. gr. la entidad de gestión) solicite iniciar el procedimiento de mediación, y la otra (v. gr. una asociación de usuarios de su repertorio) formule una solicitud de arbitraje a propósito de la misma controversia.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En las respectivas fases de admisión de las solicitudes presentadas ante la Sección Primera (artículo 4.4 para la mediación y artículo 7.9 para el arbitraje), ante la eventualidad de que se produzca esta clase de solicitudes cruzadas, el Proyecto debería prever algún mecanismo que permitiera establecer la prelación entre uno y otro modo de solución de la controversia, acumulando ambos procedimientos en uno solo.

Otra clase de solapamiento puede darse cuando dos sujetos diferentes integrados en el mismo lado de una relación controvertida (v. gr. dos entidades de gestión en conflicto con una asociación de usuarios de los repertorios de ambas, o dos asociaciones de usuarios en conflicto con una misma entidad de gestión), deciden acudir a vías distintas ante la CPI. También aquí podría ser conveniente establecer una suerte de acumulación de los asuntos y de tramitación de todos ellos por un único procedimiento a fin de evitar soluciones dispares, partiendo de la base de que las respectivas solicitudes han sido aceptadas por su destinatario.

En suma, a diferencia de la regulación anterior, los diversos procedimientos ante la Sección Primera de la CPI han dejado de ser compartimentos estancos, y el Reglamento en proyecto debería dedicar alguna disposición a ordenar la intercomunicación entre los mismos.

3. Procedimiento de arbitraje.

a) Voluntariedad del arbitraje (artículo 2.3 del Proyecto).

Lo previsto en el artículo 2.3 afecta a los dos procedimientos de arbitraje seguidos ante la Sección Primera, el de arbitraje puro y el de fijación de cantidades sustitutorias, que se regulan en los Capítulos IV y V del Proyecto. Conforme a dicho precepto, ante la reiterada o



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

injustificada negativa de una parte a someterse, a petición de otra, a los procedimientos previstos en dichos Capítulos, y en general ante una posibilidad de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), “la Sección Primera valorará si existen indicios racionales de conductas prohibidas de conformidad con lo previsto en dicha Ley, a efectos de ponerlo en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia” [en adelante CNC].

Esta previsión, que carece de apoyatura legal, modula indudablemente la naturaleza voluntaria del arbitraje, al exponer a una de las partes –la que se niega, acaso reiterada o injustificadamente a someterse al arbitraje– al riesgo de que su conducta pueda ser valorada como prohibida desde el punto de vista de la LDC. Con ello, sin llegar a configurar propiamente un nuevo supuesto de conducta anticompetitiva, se está reforzando la opción de solicitud unilateral del arbitraje, aun a costa de desvirtuar la naturaleza, esencialmente voluntaria, de este procedimiento. Pero la configuración de un arbitraje obligatorio o cuasi obligatorio, teniendo en cuenta que el arbitraje es un mecanismo de heterocomposición de conflictos de naturaleza no jurisdiccional, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas para obtener de los Jueces y Tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos, resultando contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia a un arbitraje institucional, tal y como tiene dicho el Tribunal Constitucional en su célebre Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre (F. J. 3), cuya doctrina corroboran, entre otras, las SSTC 75/1996, de 30 de abril y 352/2006, de 14 de diciembre.

Es significativo a este respecto que, aunque la LPI subraya que el sometimiento de las partes al arbitraje de la CPI será voluntario, el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Proyecto, al enunciar los principios a los que se ajustará el procedimiento de arbitraje (artículo 8.2), omite mencionar el de voluntariedad, sin duda el más importante de todos.

Podría acaso argumentarse que el precepto que venimos analizando tiene un antecedente en el artículo 20.4.g) LPI. Este precepto, que se refiere al único supuesto actualmente previsto para acudir al procedimiento de mediación ante la CPI (falta de acuerdo que impide celebrar un contrato para autorizar la retransmisión por cable), señala que “cuando alguna de las partes, en abuso de su posición negociadora, impida la iniciación o prosecución de buena fe de las negociaciones para la autorización de la retransmisión por cable, u obstaculice, sin justificación válida, las negociaciones o la mediación a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará lo dispuesto en el Título I, capítulo I, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia”.

Sin embargo, las diferencias entre uno y otro supuesto son más que notables. Para empezar, el precepto transcrito se localiza en sede de mediación y no de arbitraje. La obligación de someterse a mediación, procedimiento en el que las partes sólo se comprometen a negociar de buena fe en pos de una posible avenencia, sin que pueda alcanzarse una solución del litigio prescindiendo de su aceptación, es perfectamente admisible, pues a diferencia de la obligación de someterse a arbitraje, no pone en riesgo el derecho a la tutela judicial efectiva. En segundo lugar, el artículo 20.4.g) LPI habla, bien de obstaculización injustificada a las negociaciones –lo que implica que la parte que obstaculiza ha tenido que aceptar, en primer lugar, someterse al intento de mediación, y está faltando al principio de buena fe que debe presidir las actuaciones de quienes acuden a este procedimiento–,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

bien de bloqueo de mala fe del inicio o la prosecución de las negociaciones en una conducta que la propia norma sí califica explícitamente como de “abuso de posición negociadora”, lo que por su parte no hace el artículo 2.3 del Proyecto.

Probablemente el aspecto más preocupante del artículo 2.3 sea la contemplación como posible conducta prohibida por la LDC, no ya de la negativa reiterada a someterse a arbitraje ante la CPI, sino también de la negativa aislada pero “injustificada”, siendo así que obviamente será la propia Sección Primera la que valore esa falta de justificación. Si se repasa la MAIN (pág. 16) se observa que una de las observaciones formuladas por el Ministerio de la Presidencia durante el trámite de elaboración del Proyecto iba referida precisamente a la “supresión del término «injustificada» en el artículo 2.3 en referencia a la negativa de una parte a someterse a procedimiento de arbitraje, y que permite a la Comisión ponerlo en conocimiento de la CNC”. La justificación dada por la Unidad proponente de la Norma para no asumir esta propuesta es la siguiente: “el que, por no aceptar el arbitraje sin que exista una mínima justificación, e incluso si ello no se ha producido de manera reiterada, la Comisión de P. I. pueda valorar informar a la CNC tiene cabida perfectamente en la Ley de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 17.2.a) señala que: «los reguladores sectoriales pondrán en conocimiento de la CNC los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a esta Ley, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente, que tendrá carácter determinante»”. Se trata de una respuesta insatisfactoria, ya que la Sección Primera de la CPI no es un organismo regulador sectorial –difícilmente podría serlo un órgano cuyas actuaciones sólo pueden desarrollarse a instancia y previo sometimiento



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de las partes–, sino un órgano especializado de solución de diferencias. Se da la circunstancia de que la propia LES, cuya disposición adicional 43ª modifica el régimen legal de la CPI, define en su artículo 10 el que debe considerarse *objeto de actuación de los organismos reguladores* (“velar por el adecuado funcionamiento del sector económico regulado para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de alta calidad en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios”), que nada tiene que ver con los fines de la Sección Primera CPI. Asimismo, este órgano no aparece incluido en la enumeración de organismos reguladores del artículo 8.1 de la LES, la cual comprende la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la Comisión Nacional del Sector Postal. Son éstos, y no otros, los organismos que está previsto que acuerden con la CNC los protocolos de actuación necesarios para facilitar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 17 LDC (artículo 24.3 LES).

Por todo lo expuesto se recomienda considerar la supresión del artículo 2.3 del Proyecto. Subsidiariamente, se sugiere eliminar su inciso inicial (“ante la reiterada o injustificada negativa de una parte a someterse, a petición de otra, a los procedimientos previstos en los Capítulos IV y V”); o cuando menos, dentro de ese pasaje, el término “injustificada”.

b) Especialidades del procedimiento de arbitraje ante la Sección Primera de la CPI (artículos 8 y 9 del Proyecto).

En principio, como dice el artículo 8.1 del Proyecto, salvo lo establecido en la LPI y en el propio Real Decreto de desarrollo, en todo lo demás los miembros de la Sección Primera dirigirán el arbitraje



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

siguiendo las disposiciones de la LArb. Esto indica que, a pesar de que la LArb y la Ley 30/1992 aparezcan referidas en pie de igualdad como normas supletorias cuando el artículo 2.2 dibuja el régimen jurídico de la Sección Primera, para todo lo relacionado con el procedimiento de arbitraje debe atenderse a la primera de esas dos leyes supletorias.

Así las cosas, aspectos tan importantes como el régimen de adopción de acuerdos, sobre el que nada dice la Ley a desarrollar ni tampoco el Proyecto, quedarán regidos por lo dispuesto en la LArb. De este modo, si bien la adopción de acuerdos debe hacerse en principio por mayoría, ha de admitirse que las partes hayan dispuesto otra cosa (v. gr. adopción por unanimidad), o que a falta de mayoría la decisión pueda ser tomada por el Presidente (efectos ambos previstos en el artículo 35.1 LArb).

También sería de aplicación la norma del artículo 35.2 LArb, según la cual, salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento. Ello podría implicar que la decisión sobre la prórroga del procedimiento, prevista en el artículo 9.3 sin establecer por quién o cómo debe acordarse, corresponda al Presidente de la Sección. Ésta es la solución que se establece en el artículo 20.2 del RD 479/1989. De ser otra la intención, la Norma en proyecto debería introducir una previsión específica que aclarase a quién y de qué modo corresponde decidir sobre la prórroga.

Continuando con el plazo máximo del procedimiento de arbitraje y su prórroga, el artículo 9.3 del Proyecto establece que el laudo deberá dictarse en el plazo máximo de tres meses desde que las partes hayan formulado sus posiciones definitivas, con posibilidad de prórroga por dos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

meses más mediante resolución motivada previa audiencia de las partes. Este sistema puede derivar en una prolongación excesiva del procedimiento, al computarse la duración máxima desde una fase muy avanzada del mismo, lo que podría aumentar el riesgo de que los árbitros desarrollasen con menos agilidad la fase de práctica de prueba y de intento de avenencia entre las partes. Se recomienda acoger un método de fijación del plazo máximo más acorde con el de la LArb, cuyo artículo 37.2 prevé que, salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán emitir su decisión dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a la demanda de arbitraje o de expiración del plazo para presentarla, con posibilidad de prórroga por otros dos meses si las partes no se oponen. Éste es, aproximadamente, el sistema que acoge el artículo 20 del vigente RD 479/1989, el cual dispone una duración máxima de seis meses desde el acuerdo de admisión del conflicto, prorrogables por otros tres.

Otra desviación con respecto al régimen de la LArb tiene que ver con el número de laudos, singular o plural, que pueden poner fin al procedimiento. El artículo 9.1 del Proyecto dice que, salvo acuerdo previo de las partes, el procedimiento terminará mediante un solo laudo escrito y motivado que resolverá todas las cuestiones planteadas por las partes en el ámbito de competencias propias de la Sección Primera. La LArb prevé justamente lo contrario, a saber, que salvo acuerdo en contrario de las partes los árbitros podrán decidir la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios (artículo 37.1). No se entiende muy bien la razón de apartarse aquí de la regla general. En concreto cuando las partes hayan alcanzado un acuerdo parcial y así lo comuniquen a la CPI, parece que junto al laudo en el que se reflejen los términos de ese acuerdo, la Sección habrá de dictar otro para resolver el resto de cuestiones controvertidas a las que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

el acuerdo no alcance. Quizás sea a este caso al que se quiere referir el inciso inicial del artículo 9.1 del Proyecto cuando dice “salvo acuerdo previo de las partes”. Aún así, seguiría sin verse la razón de impedir el dictado de varios laudos parciales en lugar de uno solo en el resto de casos.

Pero, sin duda, la especialidad más importante del arbitraje ante la CPI, en donde ciertamente se aparta de forma significativa del arbitraje común para aproximarse más bien a la mediación, es la relativa al intento de promoción de un acuerdo entre las partes que permita la solución del conflicto, intento que deberá procurar la Sección Primera convocando a tal fin cuantas reuniones estime precisas para ello (artículo 8.4 del Proyecto). Esta previsión, que tiene su antecedente en el actual artículo 13 del RD 479/1989, da idea de que el arbitraje ante la CPI tiene como finalidad primera el logro de la avenencia entre las partes, y muestra una vez más hasta qué punto los procedimientos de mediación y de arbitraje ante dicho órgano están interrelacionados y no responden a sus genuinas características.

4. Procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.

a) Ámbito de aplicación de este procedimiento (artículo 15 del Proyecto).

Un aspecto clave del nuevo procedimiento cuya competencia se atribuye a la Sección Segunda CPI es el de la delimitación de su ámbito de aplicación, por cuanto de éste dependerá en definitiva la posibilidad de ventilar o no la controversia ante dicha Sección. El Proyecto dedica todo un precepto –el artículo 15– a esclarecer esta cuestión. Si bien en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

términos generales dicho artículo se mantiene dentro de los márgenes marcados por el precepto legal de referencia, el inciso final del tercer apartado efectúa la agregación de un supuesto que se encuentra huérfano de soporte legal, a más de carecer de sustento conceptual.

El procedimiento de salvaguarda de derechos de propiedad intelectual ante la Sección Segunda de la CPI lo es –como se vio *supra*– frente a casos de posible vulneración de esos derechos por responsables de servicios de la sociedad de la información. Más en concreto, cabe acudir a dicho procedimiento para perseguir tal clase de vulneraciones cuando éstas sean cometidas no por cualesquiera prestadores de servicios de la sociedad de la información sino sólo por aquéllos que a su vez persigan, directa o indirectamente, ánimo de lucro, o cuya conducta haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. La condición de prestador de servicios de la sociedad de la información, no siendo suficiente para la puesta en marcha del procedimiento ante la Sección Segunda, es desde luego necesaria. El marco general de aplicación del procedimiento, incluido ese matiz restrictivo, aparece definido en los dos primeros párrafos del artículo 158.4 LPI y es igualmente reflejado en el artículo 15.1 y 3 del Proyecto.

Pues bien, la conducta a la que se refiere el artículo 15.3 *in fine* del Proyecto, consistente en “la obtención de la copia del ejemplar de la obra o prestación, tanto de forma directa como cuando el acceso a la misma se produce a través de cualquier otro responsable de un servicio de la sociedad de la información”, no puede, aisladamente considerada, asimilarse a la de prestación de un servicio de la sociedad de la información o provisión de un contenido, pues por definición quien se limita a obtener una copia es un mero usuario o destinatario del servicio o del contenido prestado o provisto por otro. Por eso mismo, la Sección



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Segunda no podría adoptar frente al sujeto que obtiene la copia, ninguna de las medidas a las que se endereza el procedimiento seguido ante la misma, cuales son la interrupción de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de un contenido que haya sido provisto en red.

En consecuencia, debería revisarse ese inciso final del artículo 15.3 para lograr una más correcta adecuación con la Ley a desarrollar, al tiempo que para sanar el error conceptual que dicho inciso entraña.

b) Autorización judicial para la identificación del responsable del servicio infractor (artículo 18 del Proyecto).

En la solicitud de iniciación del procedimiento ante la Sección Segunda de la CPI, el artículo 17.2 del Proyecto exige que, entre otras cosas, el solicitante aporte los datos de que disponga que permitan o coadyuven a identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información contra el que pretende que se dirija el procedimiento. No obstante, el artículo siguiente contempla la posibilidad de que, en los casos en que al inicio del procedimiento el responsable del servicio contra el que el procedimiento se dirige no se encuentre suficientemente identificado, la Comisión dirija un requerimiento al prestador de servicios de intermediación a fin de que éste ceda los datos que permitan llevar a cabo tal identificación, y así lograr que el responsable del servicio supuestamente infractor pueda personarse como interesado en el procedimiento. Ese requerimiento, tal y como ordenan los artículos 8.2 LSSICE y 122 bis.1 LJC-A, deberá contar con la previa autorización judicial, que corresponde emitir, en su caso, a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El artículo 18, titulado “identificación del responsable mediante la localización del servicio de la sociedad de la información”, presenta algunos desajustes con respecto a la regulación legal de referencia que deberían ser solventados durante la restante tramitación del Proyecto. Así, resulta poco preciso decir que la autorización judicial, otorgada en su caso por el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo, lo es “para que se identifique a dicho responsable” [aquél contra el que se dirige el procedimiento], frase genérica e impersonal que ni siquiera indica por parte de quién debería llevarse a cabo esa identificación. La autorización judicial, en rigor y conforme al artículo 8.2 LSSICE, es necesaria para poder cursar el requerimiento al prestador de servicios de la sociedad de la información (más en concreto a un prestador de servicios de intermediación, como correctamente puntualizan los apartados 3 y 4 del artículo 18), en virtud del cual éste ceda los datos que permitan la identificación –y la comparecencia en el procedimiento– del supuesto infractor.

Por otro lado, en cuanto al comportamiento requerido al prestador intermediario consistente en la cesión de datos del presunto responsable de la infracción, el artículo 18 del Proyecto emplea, de forma progresiva a lo largo de varios de sus apartados, distintas expresiones que implican una intensificación del compromiso que ha de asumir el intermediario en cuanto a la identificación del supuesto infractor. Así, como hemos visto, el apartado 1 alude, simplemente, a que se identifique al responsable. A continuación, el apartado 3 dice que los datos facilitados por el prestador intermediario deberán permitir “la inequívoca identificación del responsable [del servicio supuestamente infractor]”. La serie culmina en el apartado 4, en el cual se habla de la aportación inmediata de “los datos que permitan la inequívoca identificación del responsable mediante la localización del servicio de la sociedad de la información



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

contra el que se dirige el procedimiento”. Esta última fórmula creemos que va considerablemente más allá de lo que dice la Ley, que se refiere únicamente a la cesión de los datos que permitan la identificación del responsable. En particular, la garantía de *localización* no puede ser dada por el prestador intermediario, quien sólo podrá poner a disposición de la Comisión los datos de que disponga –de contratación o facturación–, los cuales permitirán identificar al sujeto que se halla detrás de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o de la provisión de un contenido, mas no necesariamente la localización efectiva del servicio o del responsable del mismo.

Debe hacerse todavía una importante aclaración por lo que se refiere al deber de cesión de datos del prestador intermediario, pues a pesar de que en el artículo 17.2.f) del Proyecto se exige, en principio, que en la solicitud de inicio del procedimiento el solicitante proporcione los datos que permitan identificar al responsable del servicio contra el que se dirige el procedimiento, “así como de aquellos otros servicios utilizados para llevar a cabo la actividad objeto del mismo, y que permitan establecer comunicación con la o las páginas Web que prestan el o los servicios”, el deber de colaboración de los intermediarios se circunscribe claramente en la Ley a la facilitación de los datos del prestador contra el que va dirigido el procedimiento y que puede considerarse responsable de la conducta vulneradora, siendo así que, en el caso de la propiedad intelectual, no necesariamente los servicios que acaso permitan establecer comunicación con la página Web desde la que se presta el servicio infractor cometen por su parte una infracción. Es el caso de los prestadores de herramientas de enlaces a páginas web, a los cuales, conforme al sentir de la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia menor que ha recaído sobre el tema, no se les puede atribuir una vulneración de derechos de propiedad intelectual por más



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que las páginas o contenidos a los que enlacen hayan sido ilícitamente subidos a la red en origen, ya que en rigor los enlazadores no estarían reproduciendo, comunicando públicamente ni efectuando en suma una conducta que pueda ser calificada como de explotación de derechos de propiedad intelectual. Dado este panorama, y aunque pueda ponerse en cuestión ese estado de opinión mayoritario, no tiene sentido establecer que el solicitante tenga que aportar datos sobre esos otros servicios o actividades frente a los que a la postre no va a ir dirigido el procedimiento; y la mejor prueba de ello es que la única falta de identificación que el artículo 18 prevé –correctamente– que pueda ser subsanada vía requerimiento a los prestadores de intermediación, es la que afecta al responsable del servicio de la sociedad de la información que supuestamente ha cometido la vulneración, contra el que se dirige el procedimiento, y no a los responsables de esos otros servicios de los que éste se haya podido servir para cometer la infracción, o que permitan establecer comunicación con su página Web. Así las cosas, lo más apropiado sería suprimir del artículo 17.2.f) del Proyecto la alusión contenida en su segundo inciso, la cual en la práctica está llamada a quedar desprovista de consecuencias.

En otro orden de cosas, aunque puede pensarse que es una cuestión de política legislativa, el plazo de veinticuatro horas que se prevé conceder al intermediario (artículo 18.4 del Proyecto) para que éste proceda a la identificación del responsable del servicio, se antoja demasiado exiguo. Sería aconsejable fijar un plazo de duración algo mayor, como mínimo de cuarenta y ocho horas, para hacerlo equivaler al menos al plazo que está previsto conceder al presunto infractor para que éste proceda voluntariamente a interrumpir el servicio o a retirar los contenidos (vid. artículos 158.4.III LPI y 20.1 del Proyecto): no parece apropiado conceder mayor holgura al supuesto responsable de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

vulneración que al sujeto que se limita a prestar al anterior un servicio de intermediación, tal como el de acceso a la red o el de alojamiento de datos.

Otro desajuste que se aprecia en el artículo 18 tiene que ver con la actividad que deberá desarrollar la Sección Segunda de la CPI una vez dictado en su caso auto judicial autorizando el requerimiento al intermediario para que éste ceda los datos que permitan la identificación del supuesto responsable. Según se lee en el artículo 18.4 del Proyecto, la Sección Segunda deberá “notificar el contenido” de dicho auto al prestador del servicio de intermediación a los efectos de que éste aporte los datos en cuestión, como si la CPI no tuviera que efectuar por su parte ninguna actividad, limitándose a dar traslado de una actuación judicial. Sin embargo, lo que la Sección debe dirigir al prestador intermediario es, técnicamente hablando, un requerimiento, que es el instrumento apropiado cuando se trata de ordenar la realización de una conducta (y que no en vano es el término que emplea la Ley), y no una notificación, cuya finalidad es dar noticia de una resolución o actuación. El Proyecto hace un uso indistinto –y a nuestro juicio incorrecto– de esas dos nociones, como se comprueba de nuevo en los dos apartados del artículo 20, en el primero de los cuales se emplea el término “notificación” para referirse a lo que el segundo de ellos denomina “requerimiento”.

Por lo demás, es dudoso que el contenido del auto sólo deba serle trasladado al prestador de servicios de intermediación cuando dicho auto acuerde conceder la autorización, en lugar de en todo caso, es decir, también cuando el órgano judicial deniegue la autorización solicitada. Es cierto que en este caso no podrá articularse un requerimiento de cesión de datos, pero aquí sí podría tener sentido dar



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

noticia del contenido de la resolución judicial mediante una simple notificación. De esta forma, la incorrecta previsión que el artículo 18.4 dispone para el caso de que el auto judicial conceda la autorización, sería perfectamente aplicable a los casos en que el contenido de dicho auto sea denegatorio.

Más allá de esto, cabe recomendar que el Proyecto introduzca la previsión de que el inicio del procedimiento le sea notificado al prestador de servicios de intermediación, e incluso que esa notificación se remonte en algunos casos al momento anterior al de inicio propiamente dicho del procedimiento (obsérvese que si hay que proceder a identificar al responsable del servicio conforme a lo preceptuado en el artículo 18, surge una fase que precede al inicio *stricto sensu* en la que la Sección Segunda debe desplegar ciertas actuaciones a pesar de no haber dado comienzo técnicamente el procedimiento).

La razón por la que convendría que el prestador de servicios de intermediación fuese notificado de la recepción de una solicitud cuando en ella no se haya identificado suficientemente al responsable de la supuesta infracción, es que al intermediario le interesa estar informado lo antes posible de la eventualidad de que tenga que facilitar esos datos, si así se lo requiere la Sección Segunda de la CPI, previa autorización judicial, máxime si –como prevé el texto del Proyecto– el plazo con que va a contar, una vez se le haya trasladado el auto judicial autorizando la cesión de los datos, es de veinticuatro horas. Y en cuanto a la notificación del inicio del procedimiento propiamente dicha, debe ponerse en relación con el dato de que la resolución del mismo puede contener la adopción de medidas de interrupción del servicio o de retirada del contenido infractor, las cuales deban ser ejecutadas forzosamente, de nuevo –previa autorización judicial– mediante la



activación del deber de colaboración del prestador de servicio de intermediación, como en seguida veremos. A ello hay que añadir que si, conforme al artículo 24.2 del Proyecto, la notificación a los prestadores intermediarios del auto del Juzgado competente por el que se autorice la ejecución forzosa de las medidas de interrupción o retirada acordadas por la Comisión, dará lugar al *conocimiento efectivo* de la actividad vulneradora a los efectos establecidos en la LSSICE (posible responsabilidad del intermediario si no retira o bloquea el acceso al contenido infractor una vez que tiene conocimiento efectivo de la ilicitud), parece apropiado permitir a estos intermediarios estar presentes a lo largo de todo el procedimiento, formulando alegaciones y proponiendo prueba como un interesado más, y no sólo tenerlos en cuenta a los meros efectos de serles notificada la conclusión del procedimiento, máxime si se piensa que el sujeto contra el que el procedimiento se dirige puede no hacer alegaciones ni proponer prueba, sin que naturalmente se paralice por ello el procedimiento (vid. artículo 21 del Proyecto).

c) Retirada voluntaria de los contenidos infractores. Posible reapertura del expediente (artículo 20 del Proyecto).

En el artículo 20 del Proyecto se regula la fase del procedimiento inmediatamente posterior a su iniciación, en la que se concede un plazo perentorio de cuarenta y ocho horas al supuesto infractor durante el cual podrá proceder a la retirada voluntaria de los contenidos que, conforme a la solicitud del procedimiento, estarían siendo objeto de utilización ilícita. Alternativamente, el sujeto contra el que se dirige el procedimiento podrá, en ese mismo plazo, realizar las alegaciones y proponer las pruebas que estime pertinentes sobre la existencia de una autorización para la explotación, la aplicabilidad de un límite a los derechos de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

propiedad intelectual, “o cualquier otra circunstancia en su defensa”. El artículo 158.4.III LPI, de cuyo desarrollo se trata, únicamente menciona la posibilidad de alegar y proponer prueba sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite. Sin embargo, no se ve obstáculo en avanzar un paso más y permitir que el supuesto infractor haga valer cualquier otra circunstancia en su defensa, pues ciertamente las dos mencionadas por la Ley no son las únicas que pueden determinar la ausencia de infracción (otra podría ser la pertenencia de la obra al dominio público), o la falta de legitimación del solicitante para actuar en defensa de los derechos supuestamente infringidos.

El artículo 158.4.III LPI señala, escuetamente, que “la retirada voluntaria de los contenidos pondrá fin al procedimiento”. En el artículo 20.2 del Proyecto se establece que la retirada de los contenidos, o la interrupción del servicio, efectuadas voluntariamente por parte del sujeto contra el que el procedimiento se dirige, determinará el archivo del procedimiento, sin más trámite, por parte del instructor, que no es otro que el Secretario de la Sección (vid. artículo 17.1). A continuación añade una previsión –omitida en la Ley– que resulta imprescindible para evitar que el supuesto infractor pueda provocar, retirando voluntariamente los contenidos, el fin del procedimiento, para a renglón seguido reanudar su conducta infractora, obligando a abrir un nuevo procedimiento, el cual deberá ser igualmente terminado si el sujeto en cuestión vuelve a retirar voluntariamente los contenidos, y así sucesivamente. Dice la parte final del artículo 20.2 que “la Sección, a instancia del solicitante que dio inicio al procedimiento, podrá acordar la reapertura del expediente archivado si se reanuda la actividad infractora”. Al hilo de la lectura de este inciso, cabe hacer las siguientes observaciones.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En primer lugar, parece claro que el archivo del procedimiento al que se refiere la primera parte del precepto no es un archivo definitivo, sino provisional, pues el expediente es susceptible de ser reabierto en caso de reanudarse la actividad infractora.

En segundo lugar, el Proyecto no anuda ninguna consecuencia negativa para el sujeto reincidente al hecho de la reapertura del expediente. De esta forma, aunque no haga falta iniciar un nuevo procedimiento, siendo suficiente con reabrir el que quedó archivado, el expedientado podría proceder de nuevo a la retirada voluntaria de los contenidos y así provocar el archivo del procedimiento reabierto, con lo que estaríamos igual que si el Proyecto no dispusiera la reapertura del expediente para el caso de reincidencia. Y es que la clave, para que el mecanismo de reapertura tenga alguna virtualidad, es fijar dicha reapertura en un momento del procedimiento que impida al reincidente volver a emplear el mecanismo de retirada voluntaria. De esta forma, la reapertura del procedimiento situaría éste como mínimo en la fase de alegaciones y prueba, e incluso en la fase posterior de dictado de la resolución, si entendemos que la retirada voluntaria de los contenidos viene a equivaler a un reconocimiento implícito de la infracción. Ésta sería pues la consecuencia negativa que entrañaría la reapertura del expediente por reincidencia.

Por último, está el problema que presenta la relativa imprecisión del concepto de «reanudación de la actividad infractora». En sentido estricto esa reanudación no se producirá si no están afectadas las mismas obras y prestaciones que en la infracción originaria. Bastaría pues con que el supuesto infractor explotase una obra diferente, aunque fuera del mismo titular, para que estuviese llevando a cabo una actividad infractora distinta, aunque del mismo género o especie que la anterior,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

imposibilitando la reapertura del expediente. Convendría, por ello, que la Norma en proyecto aclarara qué debe entenderse por reanudación de la actividad infractora, estableciendo que ésta se producirá con tal de que el mismo sujeto que protagonizó la primera conducta explote de nuevo obras o prestaciones del mismo titular, aunque no se trate exactamente de las que empleara en la primera ocasión, previa a la retirada voluntaria de los contenidos.

d) Resolución del procedimiento (artículos 21 y 22 del Proyecto).

Un primer aspecto destacable de la fase de resolución del procedimiento tiene que ver con la propuesta de resolución, que el artículo 21 dice que corresponderá hacer al órgano instructor, el cual la notificará a los interesados, junto con el resultado de la prueba, para que presenten sus conclusiones en el plazo de cinco días previsto por la Ley. La formulación de esa propuesta de resolución quedaría así insertada entre el momento de conclusión de la práctica de la prueba y el del traslado a los interesados para conclusiones.

El precepto puntualiza que el traslado a los interesados de la propuesta de resolución se efectuará “como trámite de audiencia”. Ello entronca con la previsión de los artículos 18 y 19 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, lo que a su vez habría que conectar con que el artículo 158.4 LPI, tras la reforma operada por la LES, establezca la aplicación al procedimiento de los derechos de defensa previstos en el artículo 135 de la Ley 30/1992, que son efectivamente los propios del procedimiento sancionador. Sin embargo, la aplicabilidad de esos derechos no significa que proceda efectuar un trasvase de todo el esquema del procedimiento sancionador, ya que en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

rigor el procedimiento seguido ante la Sección Segunda de la CPI no tiene esa naturaleza.

En segundo lugar, se describe en el artículo 22 el contenido de la resolución dictada por la Sección Segunda. De un lado, un contenido declarativo, relativo a si ha quedado acreditada o no la existencia de una vulneración de derechos de propiedad intelectual por el responsable del servicio contra el que se dirige el procedimiento. De otro, en el supuesto de que esa vulneración se hubiese considerado acreditada, la orden de retirada de los contenidos infractores o de interrupción del servicio desde el que se vulneren los derechos, confiriéndole un plazo de veinticuatro horas desde la notificación.

La parte declarativa de la resolución es la única que no está aludida en los preceptos legales de cuyo desarrollo se trata. Sin duda es un *prius* lógico, pues la orden de retirada de los contenidos o de interrupción del servicio debe fundarse en la constatación de una conducta infractora, pero el procedimiento, tal y como se contempla en la Ley, tiene naturaleza sumaria, tanto por la evidente celeridad que lo preside como porque persigue una finalidad puramente reintegradora del derecho (“procedimiento para el restablecimiento de la legalidad” lo llama el artículo 158.4.VI LPI). De hecho, la Ley prevé la compatibilidad de este procedimiento con la interposición de acciones judiciales, las cuales sí estarán llamadas a decidir sobre el fondo del asunto (artículo 158.4.IV LPI). Si la resolución de la CPI contiene un pronunciamiento declarativo en el que se establezca la existencia de infracción, será más fácil que la Sección Segunda de la CPI y los órganos judiciales a cuyo conocimiento se someta el caso emitan resoluciones contradictorias.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Para el caso de que no se produzca el cumplimiento voluntario de las medidas ordenadas por la Comisión en el plazo de veinticuatro horas, la resolución preverá la posibilidad de llevarlas a cabo forzosamente, con la colaboración de los prestadores intermediarios, previa la autorización judicial pertinente, que de nuevo compete a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo. Como aspecto mejorable de este apartado 3 del artículo 22, cabe sugerir que, en lugar del circunloquio “medidas de ejecución (...) que correspondan para el eficaz cumplimiento de la resolución, en los términos precisos que sean aplicables (...)”, para referirse a las que van dirigidas a los prestadores intermediarios, se aluda sencillamente a la “suspensión” del servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados, única medida que cabe solicitar del prestador intermediario, tal y como deja claro el artículo 11 LSSICE.

En cuanto al plazo máximo de resolución de tres meses del apartado 4 del artículo 22, parece estar en contradicción con el de tres días para dictar resolución al que se refiere el apartado 1 de ese mismo artículo. El Reglamento puede establecer un plazo máximo de duración de todo el procedimiento, pero la fase de dictado de la resolución una vez transcurrido el plazo para conclusiones tiene marcado un límite máximo de tres días en la Ley. De ahí que se recomiende modificar la dicción del apartado 4 del artículo 22 para, en lugar de hablar de “plazo máximo de resolución”, lo haga de “plazo máximo del procedimiento” o “duración máxima del procedimiento”, o bien de “plazo máximo en el que debe notificarse la resolución”, como hace el artículo 43.2 de la Ley 30/1992. Conviene recordar que los únicos tramos sin delimitar legalmente son el comprendido entre la recepción de la solicitud y el acuerdo de inicio del procedimiento, y el que va desde que se adopta



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

este acuerdo hasta que el mismo se notifica. A partir de ahí, el plazo para retirada voluntaria, o para alegaciones y prueba, el plazo para práctica de prueba, el de conclusiones y el de dictado de la resolución – dos días, dos días, cinco días y tres días, respectivamente– están todos ellos definidos de manera precisa en la Ley.

d) Ejecución de la resolución (artículos 23 y 24 del Proyecto).

El artículo 23 del Proyecto refleja correctamente lo previsto en el párrafo segundo del artículo 122 bis.2 LJC-A, en combinación con lo que prevé el artículo 158.4.III in fine LPI, ya que si bien el primero de esos preceptos contempla que la solicitud al Juzgado competente de la autorización judicial para la ejecución de las medidas dictadas en su caso por la CPI se deberá producir una vez “acordada la medida por la Comisión”, no es menos cierto que el segundo de ellos, como parece lógico, dispone que la ejecución de la medida requerirá de la previa autorización judicial de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 122 bis.2 LJC-A, “ante el incumplimiento del requerimiento”, lo que significa que, dictada la medida, tiene que dirigirse un requerimiento al infractor para que pueda proceder en determinado plazo a retirar o interrumpir por sí mismo. Ello además tiene lógica, porque si se le da un margen para la retirada voluntaria cuando aún ni siquiera la CPI ha llegado a la convicción de que había infracción, es razonable permitirle que proceda por sí mismo a la interrupción del servicio o a la retirada del contenido, una vez que la CPI ha dictado las medidas contra él. Así pues, el artículo 23, en relación con el 22.3, contiene una regulación adecuada de la fase de obtención de la autorización judicial, combinada con la de ejecución voluntaria de las medidas acordadas por la Sección.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Pasando al artículo 24 del Proyecto, y comenzando por su primer apartado, más allá de la redundancia de parte de su contenido con el de los artículos 22.3 y 23, debe llamarse la atención sobre el hecho de que sólo contemple la notificación a los prestadores intermediarios del auto judicial emitido por el Juzgado competente, y únicamente cuando éste haya autorizado las medidas acordadas por la Sección Segunda. Es decir, no se prevé la notificación a los intermediarios de la resolución en sí de la CPI, a pesar de que contenido necesario de esa resolución será, por mandato del artículo 22.3 del Proyecto, la especificación de las medidas a adoptar por esos prestadores intermediarios para el caso de que el responsable del servicio infractor no se avenga a un cumplimiento voluntario de la resolución. Dada esa premisa, todo indica que debería serles notificada la resolución, con independencia de que después se produzca o no la autorización por parte del Juzgado. Es más, por esa misma razón, porque la resolución de la Sección Segunda contendrá en todo caso medidas dirigidas a ellos, los prestadores intermediarios deberían estar presentes a lo largo de todo el procedimiento, como ya hemos sostenido *supra*.

En cuanto al apartado 4 de este artículo, debe decirse que se aprecia alguna confusión a la hora de describir la actuación que cabe exigir del prestador intermediario en caso de que deba pasarse a la ejecución forzosa de la resolución dictada por la CPI. Aparte de que no se entiende por qué esta enunciación no se realiza en el artículo 22.3, donde tendría su sede más apropiada, lo cierto es que dicha enunciación es errónea, pues la única medida que se puede exigir al prestador intermediario –ya lo hemos dicho– es la de la *suspensión* del servicio por él prestado (así se corrobora si se leen los dos primeros apartados del artículo 11 LSSICE, dedicado al deber de colaboración de los prestadores de intermediación en esta clase de procedimientos).



El artículo 24.4 señala que esas medidas –léase, la suspensión del servicio– adoptadas por los prestadores intermediarios en sede de ejecución forzosa, cesarán cuando se acredite el restablecimiento de la legalidad ante la Sección Segunda. Ello podrá ocurrir por tres vías: una, la retirada definitiva de los contenidos vulneradores; otra, la obtención de una autorización de explotación en línea; y la tercera, la aplicabilidad de un límite legal. No hay objeción respecto de las dos últimas vías, aunque la tercera será difícil que se produzca más que por un cambio legislativo sobrevenido, pero con relación a la primera se plantea el dilema de cómo acreditar que esa retirada de los contenidos infractores es, en efecto, "definitiva". ¿Podría la Sección Segunda asegurarse de ello estableciendo algún tipo de caución? Desde luego, esta posibilidad no está contemplada en la Ley, ni tampoco el Proyecto la prevé. Si después se comprueba que esa retirada no fue definitiva, ¿debe iniciarse de nuevo todo el procedimiento, o bastará con restablecer la medida de suspensión en fase de ejecución? Sería aconsejable que el Proyecto detallase cómo proceder en semejante tesitura.

En cuanto a la acreditación de los tres extremos a que se ha hecho referencia, tal y como el Proyecto lo describe pareciera como si fuesen alegaciones unilaterales del infractor hechas valer ante la CPI, la cual resolverá sobre ellas tras su verificación. Sin embargo, parece obvia la necesidad de abrir un trámite contradictorio, puesto que sobre el cese de las medidas tendrán sin duda algo que decir el resto de interesados en el procedimiento. Por lo demás, debería sopesarse la posibilidad de que la medida de suspensión del servicio articulada mediante la colaboración del intermediario tuviera marcada una duración determinada e inamovible –seis meses, un año– fijada por el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Reglamento, lo que haría innecesario efectuar ninguna provisión sobre el cese sobrevenido de la misma.

En fin, por lo que se refiere en concreto a la retirada unilateral –y definitiva– de los contenidos, cabe hacer dos observaciones: la primera es que dicha retirada no parece viable una vez que el servicio esté suspendido por el intermediario, y la segunda es que, en cualquier caso, parece injustificado admitir que el infractor pueda obtener así el cese de la suspensión del servicio, toda vez que tuvo opción de llevar a cabo la retirada de los contenidos o la interrupción del servicio en sede de ejecución voluntaria de la resolución de la CPI.

5. Utilización de medios electrónicos.

a) Uso preferente de medios de comunicación electrónicos (disposición adicional única del Proyecto).

Señala la disposición adicional única, en su primer apartado, que “todas las actuaciones de los procedimientos regulados en el presente real decreto se realizarán preferentemente haciendo uso de medios de comunicación electrónicos en los términos previstos en la Ley 11/2007, de 22 de junio, y en su normativa de desarrollo”. Por su parte, dice el apartado segundo que, en aplicación de lo establecido en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos y en sus normas de desarrollo, “el Ministerio de Cultura establecerá, mediante orden ministerial, la obligatoriedad de los interesados en los procedimientos regulados en este real decreto, de comunicarse con la Comisión de Propiedad Intelectual por medios electrónicos y de aceptar los efectos de la práctica de las notificaciones administrativas por estos medios (...)”. A la disposición adicional única



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

se remiten tanto el artículo 3.6, para los procedimientos seguidos ante la Sección Primera, como el artículo 14.4, para el ventilado ante la Sección Segunda.

El mandato de uso preferente de medios electrónicos, que se puede trastocar en empleo obligatorio de los mismos en virtud de la aprobación de la orden ministerial a la que se refiere la disposición adicional única, debería matizarse más según cuál sea la clase de procedimiento y de interesados en el mismo, así como en función del tipo de destinatario de la comunicación o notificación, pues no todas las emitidas por la CPI van dirigidas a los interesados en los distintos procedimientos seguidos ante ella. Éste sería el caso, señaladamente, de las comunicaciones de la Sección Segunda dirigidas a los Juzgados competentes a los efectos de recabar de ellos la autorización pertinente, ya sea para lograr la identificación del responsable, ya para obtener la suspensión del servicio de intermediación que permite al infractor prestar el servicio o proveer el contenido cuya interrupción o retirada se han decretado, en ambos casos mediante la colaboración del prestador intermediario.

En cuanto a los distintos interesados, siguiendo a modo de ejemplo con el procedimiento seguido ante la Sección Segunda, habría que diferenciar entre, por un lado, los sujetos frente a los que se dirige el procedimiento y los prestadores intermediarios, todos los cuales por definición reunirán la condición de prestadores de servicios de la sociedad de la información, y por otro los titulares de derechos de propiedad intelectual que hayan solicitado la iniciación del procedimiento. Mientras que a los primeros les es de plena aplicación lo previsto en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007 (“reglamentariamente, las Administraciones Públicas podrán establecer la obligatoriedad de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos”), no ocurre lo mismo con los segundos, en particular cuando se trate de titulares aislados que actúen a título individual (quizás no cuando la solicitante del procedimiento sea una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual). Respecto de ellos debe prevalecer el principio general de que la comunicación por medios electrónicos con las Administraciones públicas es un derecho y no un deber del ciudadano, y que sólo cuando los ciudadanos lo hayan solicitado o consentido expresamente, las Administraciones Públicas podrán utilizar medios electrónicos en sus comunicaciones con ellos (artículo 27.1 y 2 de la Ley 11/2007).

b) Notificaciones a los responsables del servicio de la sociedad de la información contra los que se dirija el procedimiento (artículo 16.1 del Proyecto).

De conformidad con el artículo 16.1 del Proyecto, “las notificaciones que proceda llevar a cabo, en relación con el servicio o servicios de la sociedad de la información contra los que se dirija el procedimiento, se realizarán a las direcciones que consten a estos efectos o en los propios servicios, empleándose en su caso los boletines oficiales existentes o portales de notificación creados a estos efectos, siempre de conformidad con lo establecido en la Ley 30/1992, y con medios electrónicos conforme a lo previsto en los artículos 27 y 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio”.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Aunque sería bueno que el precepto proyectado lo especificase, parece que la expresión “las direcciones que consten a estos efectos” alude a la dirección de su establecimiento permanente en España, o a la de correo electrónico, de las que todo prestador de servicios de la sociedad de la información tiene obligación de informar, para facilitar su acceso tanto a los destinatarios de sus servicio como a los órganos competentes, en virtud del artículo 10.1.a) LSSICE. Menos clara es la referencia que el artículo hace a practicar la notificación “en los propios servicios”, pues fuera de las direcciones –postal o electrónica– que el propio prestador facilite, no se ve de qué forma una notificación administrativa podría practicarse “en” un servicio de la sociedad de la información, dada la obvia carencia de un emplazamiento físico.

Con mucha probabilidad, un prestador de servicios de la sociedad de la información que se halle involucrado en una vulneración de derechos de propiedad intelectual, será poco respetuoso con las obligaciones de información marcadas por la LSSICE. En semejante tesitura, con independencia de la eventual infracción cometida y de la sanción que por ello merezca el prestador (vid. artículos 38.3.b/ y 39.1.b/ LSSICE), la CPI tendría que acudir a un medio alternativo para la práctica de las notificaciones. Sin duda es a estos medios de notificación alternativos a los que se refiere el artículo en la parte introducida por la expresión “empleándose en su caso (...)”, aunque sería preferible una dicción más depurada de este pasaje.

Con todo, el problema fundamental es que el Proyecto parece presentar estos medios como alternativos (“boletines oficiales existentes o portales de notificación creados a estos efectos”). Sin embargo, conforme al artículo 59.5 de la Ley 30/1992, la cual el mismo precepto invoca a continuación, queda claro que cuando se ignore el lugar de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

notificación o cuando ésta no se haya podido practicar, “la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el «Boletín Oficial del Estado», de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cuál sea la Administración de la que proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó” (en el tablón de anuncios del Consulado o Sección Consular de la Embajada si el último domicilio conocido radicara en un país extranjero). El mismo precepto, en su tercer párrafo, señala que “las Administraciones públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión”, pero dichas formas “no excluirán la obligación de notificar conforme a los dos párrafos anteriores”. En otras palabras, la eventual notificación practicada a través de portales creados a tales efectos no excluiría la notificación mediante anuncios insertados no sólo en el boletín oficial correspondiente –en este caso el Boletín Oficial del Estado (BOE)– sino también en el tablón de anuncios municipal o consular, medio este último que el artículo 16.1 del Proyecto ni siquiera menciona. Sería pues deseable que este precepto fuera revisado para lograr un reflejo más depurado del régimen legal en la materia.

6. Entrada en vigor.

La disposición final cuarta prevé que el Real Decreto en proyecto entre en vigor a los quince días de su publicación en el BOE. Sin embargo, como recuerda la disposición final inmediatamente anterior, será necesario que el Ministerio de Cultura dicte diversas órdenes ministeriales de desarrollo que la propia disposición califica como “precisas para el cumplimiento y aplicación del presente real decreto”. Se trata de las órdenes ministeriales relativas al nombramiento de los integrantes de la Sección Primera (artículo 3.1 del proyecto), a los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

importes de los gastos de funcionamiento de la Sección Primera y honorarios de sus miembros (artículos 4.3.f/, 7.3.d/ y 7.7.b/ del Proyecto), y a la obligatoriedad de los interesados en los distintos procedimientos ante la CPI de comunicarse con ésta por medios electrónicos (disposición adicional única del Proyecto).

El problema que suscita la necesidad de dictar esas órdenes ministeriales de desarrollo está plasmado en la MAIN que acompaña al Proyecto (vid. págs. 8-9), la cual, sin embargo, viene a considerar suficiente la *vacatio legis* de quince días, plazo que precisamente justifica por la necesidad de aprobar esas otras normas de desarrollo. Con todo, la propia MAIN, consciente del peligro, indica que los proyectos de esas órdenes “deberán estar preparados en la fecha de aprobación del Real Decreto”.

En opinión de este Consejo sería prudente que la aprobación de todas esas órdenes fuera simultánea a la del propio Real Decreto en proyecto, pues de otro modo, sobre todo por lo que se refiere a la primera de ellas, la Comisión –y en particular su Sección Primera– se topará con un obstáculo insalvable para su funcionamiento. Una alternativa plausible sería la introducción de una disposición transitoria, en virtud de la cual se estableciera que, en tanto no sea dictada la orden ministerial de nombramiento de los miembros de la Sección Primera, ésta quedará integrada por los tres árbitros que actualmente componen la CPI, los cuales fueron designados por Orden CUL/198/2008, de 21 de enero, conforme a lo previsto en el vigente artículo 5 del RD 479/1989.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

V. CONCLUSIONES.

A modo de recapitulación de las observaciones y sugerencias que se han ido formulando a lo largo de este Informe, procede recoger en un elenco final aquéllas que cabe considerar más relevantes:

PRIMERA.- A propósito de la composición y régimen jurídico de las Secciones Primera y Segunda de la CPI:

- Se advierte la posible contravención del principio de jerarquía normativa por el artículo 3.1 del Proyecto, al añadir la valoración de determinados requisitos de experiencia y conocimiento –no previstos en la Ley– para la designación de los miembros de la Sección Primera.
- Se recuerda que el nombramiento del Presidente de la Sección Primera debe hacerse por orden ministerial conjunta –y no “a propuesta conjunta”– del Ministerio de Cultura y del Ministerio de Economía y Hacienda (artículo 158.3.4º LPI).
- Se advierte una posible contradicción entre los artículos 3.2 *in fine* y 3.4 del Proyecto, en cuanto a la sustitución del Presidente de la Sección Primera.
- Se sugiere revisar la asignación al secretario de la función de velar por la independencia, neutralidad e imparcialidad



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de la Sección Primera.

- Se recomienda reflexionar sobre la asimetría existente entre los requisitos de elegibilidad de los miembros de ambas Secciones.
- Se efectúan diversas observaciones sobre la descripción del régimen jurídico aplicable a la Sección Segunda.

SEGUNDA.- A propósito del procedimiento de mediación ante la Sección Primera de la CPI:

- Se observa una posible contradicción entre la posibilidad de solicitud por una sola de las partes, que contempla el Proyecto, y la exigencia legal de que la CPI actúe en su función de mediación “previo sometimiento de las partes”.
- Se propone agregar el inciso “en su caso” en el artículo 6.3 del Proyecto, en el pasaje referido a la formulación de una propuesta de solución de conflicto por la CPI.
- No debería exigirse que la propuesta de solución de la Comisión sea motivada, y en cambio sí debería reclamarse esa motivación para el caso de que la CPI decida poner fin al procedimiento por apreciar la imposibilidad de alcanzar un acuerdo entre las partes. Ídem, debería exigirse que las partes motivaran su negativa a aceptar la propuesta de solución formulada, en su caso, por la Comisión.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- Se recomienda, por seguridad jurídica y a fin de evitar utilizaciones fraudulentas del mismo, fijar un plazo máximo del procedimiento de mediación, transcurrido el cual no pueda seguir intentándose la avenencia.
- Se considera conveniente que el Proyecto incluya una previsión sobre la posibilidad de interponer acciones judiciales o extrajudiciales mientras se esté sustanciando el procedimiento de mediación.

TERCERA.- A propósito de la posible compatibilidad entre los procedimientos de mediación y de arbitraje ante la Sección Primera de la CPI:

- Se sugiere incorporar algún mecanismo sobre la prelación entre estos dos procedimientos en caso de que ambos sean solicitados simultáneamente por diferentes partes en conflicto.
- A fin de evitar soluciones dispares, debería establecerse un sistema de acumulación de asuntos y de canalización a través de un único procedimiento, para el caso de que por diferentes sujetos situados en el mismo lado de una controversia, se presenten simultáneamente solicitudes de mediación y de arbitraje ante la CPI.

CUARTA.- En relación con el procedimiento de arbitraje ante la Sección Primera de la CPI:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- A los efectos de no desvirtuar la naturaleza esencialmente voluntaria del arbitraje, con posible contravención del derecho a la tutela judicial efectiva, se recomienda considerar la supresión del artículo 2.3 del Proyecto, o subsidiariamente la del inciso inicial del mismo. En su defecto, se sugiere eliminar al menos de ese pasaje el término “injustificada”.
- Se recuerda que, en virtud de la aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje, se producirán algunos efectos sobre el régimen de adopción de acuerdos o las funciones de ordenación, tramitación e impulso del Presidente de la Sección que, de no desearse, obligarían a efectuar un tratamiento de las mismas, en otros términos, por el Reglamento en proyecto.
- Se recomienda acoger un sistema de fijación del plazo máximo del procedimiento más acorde con el del artículo 37.2 de la Ley de Arbitraje, a fin de evitar una posible dilatación del mismo. Asimismo, se sugiere permitir que, en principio, los árbitros puedan resolver la controversia mediante el dictado de uno o de varios laudos.

QUINTA.- En relación con el ámbito de aplicación del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual ante la Sección Segunda de la CPI:

- Se recomienda revisar el inciso final del artículo 15.3 para



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

lograr una más correcta adecuación con la Ley a desarrollar, al tiempo que para sanar el error conceptual que dicho inciso envuelve, pues extiende el ámbito de aplicación del procedimiento a sujetos que no reúnen la característica de ser prestadores de servicios de la sociedad de la información ni proveedores de contenidos.

SEXTA.- En relación con la autorización judicial para la identificación del responsable del servicio infractor en el seno del procedimiento ante la Sección Segunda de la CPI:

- Se observa que la exigencia al prestador intermediario de facilitar los datos que permitan no sólo la identificación del supuesto infractor sino también la localización del servicio o de su responsable, podría exceder de lo previsto en la norma legal de cobertura.
- Se considera oportuno suprimir del artículo 17.2.f) del Proyecto la referencia a que en la solicitud de inicio del procedimiento deberán proporcionarse, entre otros, los datos de aquellos otros servicios distintos del prestado por aquél contra el que se dirigirá el procedimiento, que sean utilizados para llevar a cabo la actividad objeto del mismo o que establezcan comunicación con la página Web que preste el servicio supuestamente infractor.
- Se sugiere ampliar el plazo de veinticuatro horas para que el prestador intermediario proceda a facilitar los datos que permitan la identificación del supuesto infractor, a fin de igualarlo al menos con el de cuarenta y ocho horas que al



presunto infractor se le conceden para que proceda a una retirada voluntaria de los contenidos aparentemente ilícitos.

- Se llama la atención sobre el hecho de que la Sección Segunda debe dirigir al prestador intermediario un requerimiento de cesión de datos, y no limitarse a darle traslado o a notificarle el contenido el auto que autorice tal requerimiento. En general, se advierte cierta confusión en el empleo de los términos “requerimiento” y “notificación”, como si se tratase de conceptos equivalentes.
- Se recomienda que el auto del Juzgado competente sea notificado al prestador intermediario también cuando resulte denegatorio del requerimiento de cesión de datos. Es más, se recomienda prever que le sea notificado el inicio mismo del procedimiento, como interesado que es en el mismo, no sólo por la posible colaboración que deba prestar –en plazo muy breve– en la fase de identificación del supuesto infractor, sino también en la fase ulterior de ejecución forzosa de las medidas en su caso acordadas por la CPI; además de porque el procedimiento puede derivar en una notificación que dé lugar a un “conocimiento efectivo” de la infracción cometida por uno de sus clientes, a los efectos de la posible responsabilidad del prestador intermediario conforme a los artículos 16 y 17 LSSICE.

SÉPTIMA.- Sobre la retirada voluntaria de los contenidos infractores y la posible reapertura del expediente en el procedimiento seguido ante la Sección Segunda de la CPI:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- Se advierte la necesidad de introducir alguna consecuencia negativa anudada al hecho de la reanudación de la actividad infractora, sugiriéndose en particular establecer que la reapertura del expediente lo será en una fase posterior a la de retirada voluntaria de los contenidos. Inclusive, debería sopesarse establecer que esa reapertura se sitúe en la fase de dictado de la resolución, dando valor de reconocimiento implícito de la infracción a la previa retirada voluntaria de los contenidos.
- Se aprecia la necesidad de definir qué debe entenderse por “reanudación de la actividad infractora”, a fin de que no resulte fácil al supuesto infractor provocar el continuo archivo y apertura de nuevos procedimientos, merced al expediente de utilizar en cada ocasión diferentes obras o prestaciones, aunque pertenecientes al mismo titular.

OCTAVA.- Acerca de la resolución del procedimiento seguido ante la Sección Segunda de la CPI:

- Se advierte la falta de apoyo legal por lo que se refiere al contenido declarativo de la resolución, que se cohonesto mal con el carácter sumario y puramente reintegrador que posee este procedimiento. Se señala el riesgo de que, a causa de ese contenido declarativo, se produzca con más facilidad una emisión de pronunciamientos contradictorios por parte de la Sección Segunda de la CPI y los órganos judiciales a los que eventualmente se sometan los casos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ventilados ante aquélla, dada la compatibilidad de este procedimiento con la interposición de acciones judiciales.

- Se efectúan algunas sugerencias terminológicas sobre el modo de denominar a la medida de ejecución que se puede requerir a los prestadores intermediarios, así como sobre la referencia que en el artículo 22.4 se hace al “plazo máximo de resolución”.

NOVENA.- A propósito de la ejecución de la resolución dictada por la Sección Segunda de la CPI:

- Se observa que a los prestadores de intermediación debe serles notificada la resolución de la CPI, y no sólo el auto del Juzgado competente cuando éste venga a autorizar las medidas acordadas en aquélla. Ello en tanto se prevé que dicha resolución contendrá, en todo caso, medidas dirigidas a dichos prestadores. Por esta razón, se redunda en la idea de que los prestadores intermediarios deberían ser parte en el procedimiento desde su inicio.
- En cuanto a la posibilidad de cese sobrevenido de la medida de suspensión del servicio de intermediación, se hace ver la necesidad de que la acreditación de las tres circunstancias a las que se refiere el artículo 24.4 del Proyecto se efectúe en el seno de un trámite contradictorio, a fin de garantizar los intereses del resto de partes en el procedimiento.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- En concreto, para el caso de “retirada definitiva” de los contenidos, se suscitan, entre otras dudas sobre su admisión, la de cómo podrá llegarse a la convicción de que la retirada tiene efectivamente ese carácter. En su lugar, se propone fijar un plazo determinado e inamovible para la medida de suspensión del servicio de intermediación, haciendo innecesaria cualquier provisión sobre el cese sobrevenido de la misma.

DÉCIMA.- A propósito de la utilización de medios electrónicos en todas las actuaciones seguidas ante la CPI:

- Se recomienda matizar más la proyectada obligatoriedad de uso de medios electrónicos para las comunicaciones con la CPI y las notificaciones practicadas por ésta, en función de los tipos de procedimientos y clases de interesados o destinatarios de esas actuaciones.
- Se propone revisar la redacción del artículo 16.1 del Proyecto para lograr un mayor ajuste con el régimen legal que resulta de referencia.

UNDÉCIMA.- A propósito de la entrada en vigor de la Norma en proyecto:

- Se considera recomendable que las órdenes ministeriales de desarrollo, necesarias para el cumplimiento y aplicación del Real Decreto en proyecto, se aprueben de manera simultánea al mismo, o en su defecto que se incluya una



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

disposición transitoria para proveer interinamente a la formación de la Sección Primera con los miembros que integran la actual CPI.

Es todo cuanto tiene que informar el Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste y surta efectos, extiendo y firmo la presente en Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil once.