



AL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Félix Buget Mangione en nombre y representación de **BLANCO Y NEGRO MUSIC, S.A.**, con C.I.F número A-08795056; Álex Eslava Hungría en nombre y representación de **DISCMEDI, S.A.**, con C.I.F número A-58979246; Manuel Amat Alfonso en nombre y representación de **DISTRIBUCIONES DISCLUB, S.A.**, con C.I.F número A-08575136; Ceferino Cuadrado Santiago en nombre y representación de **FONOGRAMAS METROPOL, S.A.**, con C.I.F número A-59193169; Manuel Rouras López en nombre y representación de **OK RECORDS, S.L.U.**, con C.I.F número B-63329122; Gerardo Cartón Gascón en nombre y representación de **PIAS RECORDS SPAIN, S.L.**, con C.I.F número B-83147637; Mark Kitcatt en nombre y representación de **POPSTOCK, S.L.**, con C.I.F número B-79522272; Miguel Ángel Sancho Bisquerra en nombre y representación de **PRODUCCIONES BLAU, S.L.**, con C.I.F número B-07100456; Jordi Llansamà Quílez en nombre y representación de **BCORE DISC, S.L.U.**, con C.I.F número B-63506851; Nuria Viladot Presas en nombre y representación de **COLUMNA MÚSICA, S.L.**, con C.I.F número B-61282570; Carles Saltor i Felip en nombre y representación de **GORVIJAC MUSIC S.L.**, con C.I.F número B-63685283; Jesús María Sahún Castet en nombre y representación de **KASBA MUSIC, S.L.**, con C.I.F número B-63441042; Enric Pedescoll i Guspí en nombre y representación de **K-INDUSTRIA CULTURAL S.L.**, con C.I.F número B-59848010; José Manuel González Juezas en nombre y representación de **META NETWORK, S.L.**, con C.I.F número B-64338122; Salvador Cufí i Foradat en nombre y representación de **MÚSICA GLOBAL DISCOGRÁFICA S.L.**, con C.I.F número B-17419391; Fernando Acebal Juezas en nombre y representación de **OPEN RECORDS, S.L.**, con C.I.F número B-08862005; y, Joan-Carles Doval García en nombre y representación

de **PICAP, S.L.**, con C.I.F número B-59202259, todos ellos con domicilio a efectos de notificaciones en el despacho de abogados ROCA JUNYENT, calle Aribau, 198, 08036, Barcelona, comparecemos y **EXPONEMOS**:

I.- Que las discográficas que aquí comparecen constituyen el 85 por ciento del mercado discográfico independiente en España, ocupando este sector el 11 por ciento del total del mercado discográfico nacional. El resto del mercado discográfico nacional lo ocupan los grandes sellos discográficos internacionales, como son EMI con un 17,95 por ciento, Warner DRO con un 16,44 por ciento, Sony BMG con un 31,60 por ciento y Universal Music con un 23,19 por ciento¹.

II.- Que como representantes del sector discográfico independiente, venimos a reiterar la grave situación en la que se encuentra la industria discográfica independiente, como consecuencia de las reiteradas e impunes vulneraciones del derecho a la propiedad intelectual en el entorno digital.

III.- A la vista de la grave situación en la que se encuentra inmerso el sector discográfico independiente al que pertenecemos, y que viene incrementándose en los últimos años, se han llevado a cabo numerosas actuaciones ante el Ministerio, con el fin de dar a conocer el grave estado del sector y solicitar actuaciones por vía del diálogo y de la negociación.

IV.- No habiendo obtenido respuesta satisfactoria a las actuaciones efectuadas, y atendiendo a esta intolerable situación de absoluta desprotección en la que se encuentra el sector que representamos en el ámbito digital, reclamamos a la Administración que adopte, de manera inminente, las medidas oportunas y

eficaces necesarias, al objeto de garantizar una tutela efectiva de los derechos de propiedad intelectual de los que somos legítimamente titulares. A estos efectos, pasamos a proponer diferentes líneas de actuación a emprender por parte de la Administración, por medio de las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA.- LA SITUACIÓN ACTUAL DEL MERCADO DISCOGRÁFICO ESPAÑOL EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN REQUIERE DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS URGENTES POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Es indudable que el impulso de la sociedad de la información debe ser una prioridad a nivel internacional en tanto que supone un aumento de las posibilidades que tienen los ciudadanos de acceder a una mayor información, a nuevas vías de educación y a contenidos culturales, inimaginable hasta la fecha. Sin embargo, este nuevo marco de comunicación no puede desarrollarse al margen de los derechos y obligaciones que regulan tanto el mercado como la propia convivencia entre los titulares de derechos.

Teniendo en cuenta que gran parte de los contenidos que circulan por la Red son contenidos protegidos por la propiedad intelectual, la llegada de las redes

¹ Según datos extraídos del "Informe 2008 de la Industria de Contenidos Digitales" editado por la Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicación (ASIMELEC).

informáticas ha supuesto la aparición de nuevos problemas para los derechos de propiedad intelectual de todos los agentes que intervienen en la creación de contenidos culturales, particularmente, los contenidos musicales y audiovisuales.

El informe elaborado en 2006 por la Federación Internacional de la Industria Discográfica (en lo sucesivo también referida como IFPI)² relativo a la piratería en el sector de los contenidos musicales incorpora a España en la lista de los países prioritarios en los que, dada la importancia de su mercado legítimo, la tendencia al alza de la piratería y el insuficiente grado de actuación de la Administración a la hora de abordar el problema, se hacía absolutamente necesario el impulso de medidas concretas y prácticas para la defensa de los derechos de propiedad intelectual.

Así, el referido informe afirmaba que las tasas de piratería en España continuaban siendo completamente inaceptables por sexto año consecutivo, particularmente la piratería en Internet. El citado estudio establecía que durante el año 2005 se produjeron cerca de 500 millones de descargas ilegales.

Como sabemos, el fenómeno de la piratería en Internet no se ciñe a nuestro territorio, sino que se extiende a todo el ámbito internacional. En este sentido, el mencionado informe denuncia que se estima que aproximadamente 20.000 millones de canciones se descargaron ilegalmente en 2005.

El informe presentado en 2008 por IFPI en relación al mercado de la música digital³ establece que en Europa, Holanda y España tienen la tasa de piratería en Internet más elevada, afectando directamente al negocio de los servicios

² "INFORME 2006 SOBRE PIRATERÍA EN LA INDUSTRIA DISCOGRÁFICA" publicado por la Federación Internacional de la Industria Discográfica (IFPI).

legales de música en línea. Así, de acuerdo con las investigaciones desarrolladas por IFPI a través del programa “Júpiter”, alrededor de un tercio de los usuarios de Internet comparten archivos de música de forma ilegal en España. Efectivamente, tal y como se recoge en el último informe publicado por IFPI en mayo de 2009, en nuestro país el 81 por ciento de los internautas menores de 24 años se descargan contenidos protegidos por la propiedad intelectual a través de las redes de intercambio de archivos conocidas como redes “Peer to Peer” o redes “P2P”.

En los últimos años, la venta de música en soporte físico en España ha pasado de 531 millones de euros en 2003 a 276 millones de euros en 2007. Esta tendencia continúa siendo alarmante en tanto que, en el primer cuatrimestre de 2009, la venta de discos físicos ha caído un 50 % con respecto al mismo periodo de 2008⁴, sin que esta pérdida de ventas físicas se haya compensado con un aumento de las descargas legales, sino más bien al contrario: durante 2008 se han contabilizado 2.000 millones de ficheros musicales descargados ilícitamente frente a 20 millones consumidos de forma legal.

Para una mayor claridad expositiva incorporamos los siguientes cuadros publicados por PROMUSICAE⁵ correspondientes a los ejercicios 2007, 2008 y 2009, en los que se pone de manifiesto el imparable descenso de las ventas de música en soporte físico, así como el volumen de ventas de música en soporte digital que, como se puede apreciar, no compensa las ingentes pérdidas que sufre el sector musical:

³ “IFPI Digital Music Report 2008”

⁴ Información extraída del informe “IFPI Record Industry Numbers 2009”.

⁵ Información accesible en la dirección URL <http://www.promusicae.es/espanol.html>

MERCADO DISCOGRÁFICO. AÑO 2007

Mercado Discográfico AÑO 2007						
	2006			2007		
	Miles de Unid.	Miles de Unid.		Miles de Packs	Miles de Packs	
MERCADO FÍSICO*						
AUDIO						
Sencillos	785	558	-28,9%	785	558	-28,9%
Lp's vinilo	19	99	-21,8%	13	24	86,3%
Cassette	8	5	-41,1%	5	5	-5,4%
Compact disc	36.817	28.669	-22,1%	24.082	19.611	-18,6%
Otros	1.897	162	-91,5%	1.572	147	-90,6%
Total Unidades y Packs Audio	39.526	29.493	-25,4%	26.467	20.345	-23,1%
VIDEO						
DVD Y VHS	2.355	1.920	-18,5%	2.365	1.920	-18,5%
Total Unidades y Packs Audio + Video	41.881	31.413	-25,0%	28.832	22.265	-22,7%
TOTAL MERCADO FÍSICO PVP (€ x 1000)	345.830	257.012	-25,7%	345.830	257.012	-25,7%
MERCADO DIGITAL (*)						
	2006	2007	%			
Internet Downloads	3.503	4.507	40,1%	% Internet / Total mercado digital		19,15%
Mobile Digital Content*	18.248	22.126	21,2%	% Mobile / Total mercado digital		91,82%
TOTAL MERCADO DIGITAL PVP (€ x 1000)	21.752	27.033	24,3%			
TOTAL MERCADO (FÍSICO + DIGITAL)						
	2006	2007				
VALOR PVP (€ X 1000)	367.581,91	284.045,89				-22,7%
% Mercado Digital / Físico	6,29%	10,32%				
% Mercado Digital / Total Mercado	5,92%	9,52%				

* Según información facilitada por Anísqa, Bano y Negro, Boa, Dial, Discoset, Discosa, Emi Music, Harmonia Musical Ibérica, Hisco, Opus, SonyBmg, Universal Music y Warner Dea.

(*) Según información facilitada por Discosa, Emi Music, SonyBmg, Universal Music y Warner.

COMENTARIOS:

* La cifra de mercado físico facilitada por las compañías miembros de Promusicae supone, en el año 2007, el 99% del mercado total español.

(*) La cifra de mercado digital facilitada por las compañías miembros de Promusicae supone, en el año 2007, el 91% del mercado total español.

MERCADO DISCOGRÁFICO. ENERO-SEPTIEMBRE 2009

Mercado Discográfico ENERO-SEPTIEMBRE 2009			
	VENTAS		
	2008	2009	
	PVP(€ x 1000)	PVP(€ x 1000)	
AUDIO	137.718	93.498	-29,43%
VIDEO	8.335	7.427	-10,69%
TOTAL Mercado Físico*	146.053	106.925	-27,47%
DIGITAL ON LINE	7.455	10.937	46,72%
DIGITAL MOVIL	13.313	8.953	-32,75%
DIGITAL OTROS	236	2.269	859,36%
TOTAL Mercado Digital**	21.004	22.159	5,50%
% Internet sobre Total Mercado Digital	35,49%	49,36%	
% Movil / Total Mercado Digital	63,36%	50,64%	
% Digital Otros / Total Mercado Digital	1,13%	10,24%	
	PVP	PVP	
	(€ x 1000)	(€ x 1000)	
TOTAL MERCADO (FÍSICO + DIGITAL)	167.058	128.084	-23,33%
% Mercado Digital sobre Mercado Físico	14,36%	20,82%	
% Mercado Digital sobre Total Mercado	12,57%	17,32%	

Este diagnóstico coincide con el estudio cualitativo sobre consumo de música en España realizado en mayo de 2008 por la asociación de productores de música de España, PROMUSICAE⁶. Este estudio pone de manifiesto que los usuarios de Internet son plenamente conscientes de que el intercambio de música a través de redes P2P a las que a continuación haremos referencia, es ilegal y perjudica a los artistas en tanto que no se les paga su trabajo. Como solución a este problema, los consultados en el estudio admiten que cortar a los infractores la conexión a Internet, tal y como se ha aprobado en el ámbito de la Unión Europea a través de la nueva Directiva de acceso a Internet, en Francia a través de la denominada Ley Hadopi, y se está debatiendo en el

⁶ "Estudio cualitativo sobre actitudes hacia el uso y consumo de música en España". Informe elaborado por GFK Emer Ad Hoc Research para PROMUSICAE.

Reino Unido, sería la única medida eficaz para acabar con las descargas ilegales.

No obstante lo anterior, el impacto de la piratería digital, y más concretamente las descargas ilegales a través de las redes P2P, no solo tiene su reflejo en la pérdida de ventas que está sufriendo la industria discográfica independiente. A su vez, el perjuicio que está sufriendo la industria que representamos trae como consecuencia el correspondiente cierre de innumerables pequeñas y medianas empresas que se han visto obligadas a despedir a la mayor parte de sus trabajadores ante la falta de recursos para atender sus salarios. Es interminable la lista de empresas que se han visto obligadas al cierre o están en concurso de acreedores. Así, de acuerdo con la información que hemos podido recopilar, entre sellos discográficos, distribuidores y tiendas especializadas, el número de cierres que se ha producido a lo largo de los últimos años en nuestro país asciende a un total aproximado de 800 establecimientos. El cierre de tal cantidad de pequeñas y medianas empresas, así como la reducción de ingresos de aquellas que milagrosamente se mantienen activas, está suponiendo una destrucción de empleo que afecta, desde el año 2004, al 40 % de los trabajadores del sector.

A la vista de lo expuesto, es evidente que el mayor problema para el desarrollo del mercado de la música y para las pequeñas y medianas empresas que trabajan en el sector es, sin lugar a dudas, la falta de actuaciones concretas y efectivas para la defensa de los derechos de propiedad intelectual en Internet y la demora en la erradicación de la piratería digital, no siendo suficientes las medidas que se incluyen en el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible que hemos conocido a comienzos de este mes.

En definitiva, nos encontramos ante una situación de infracción masiva, reiterada e incontrolada de los derechos de propiedad intelectual a través de

las descargas de música en línea en el ámbito del Estado español, que se sitúa al frente de los países con un mayor índice de descargas ilegales, con el consiguiente riesgo de que España no sea un foco de atracción de inversiones por tener un sistema jurídico y regulatorio que genera una grave inseguridad jurídica, máxime con el relieve que a nivel internacional se ha otorgado a esta cuestión.

No es baladí traer a colación que la Oficina de Comercio de los Estados Unidos incluyó en el presente año a España, por segunda vez consecutiva, en la denominada "Lista Especial 301", una clasificación mundial de aquellos países que no protegen suficientemente la propiedad intelectual, ni toman las medidas adecuadas para combatir la piratería. En la última edición de esta lista, aparece España como uno de los países europeos donde se requiere un progreso inmediato en la lucha contra la piratería en línea. La determinación de incluir a España en dicha lista responde a las quejas recibidas por parte de la Alianza Internacional de Propiedad Intelectual (IIPA), que reclamó la inclusión de España por el incremento exponencial de las descargas ilegales.

A mayor abundamiento, el Congreso de los Estados Unidos denunció, el pasado 25 de mayo, que España figura entre los cinco países del mundo con mayor índice de piratería a través de Internet, junto con China, Rusia, México y Canadá. Esta conclusión parte del dictamen elaborado por el comité llamado "Caucus Antipiratería Internacional", dictamen que se refiere a nuestro país afirmando que las descargas ilegales de música y películas es una "pandemia" en España, suponiendo un nivel "alarmante" ante el que el Gobierno "carece en gran parte de voluntad política" para resolver el problema.

Esta situación de vulneración sistemática de los derechos de propiedad intelectual ha sido puesta de manifiesto por representantes del sector discográfico independiente al que representamos ante las Administraciones

competentes en innumerables ocasiones, sin que la situación haya mejorado, más bien al contrario, la situación es cada día más grave, poniendo en serio peligro la continuidad del sector. Ante la falta de respuestas eficaces y globales para poner fin a todas las modalidades de infracción de los derechos de propiedad intelectual en la Red, y a la vista de la grave situación de las discográficas que suscriben este escrito como consecuencia de las infracciones sistemáticas de los derechos de propiedad intelectual, esta parte plantea la presente petición formal de actuaciones urgentes ante el Ministerio de la Presidencia, como autoridad impulsora y miembro de la Comisión Interministerial de trabajo para el asesoramiento en la lucha contra la vulneración de los derechos de propiedad intelectual mediante páginas de Internet.

SEGUNDA.- DE CONFORMIDAD CON EL DERECHO COMUNITARIO, EL ESTADO ESPAÑOL ESTÁ OBLIGADO A TOMAR LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA GARANTIZAR QUE SE DISPONEN DE MECANISMOS Y ACCIONES EFECTIVAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

a.- Las Directivas 2004/48/CE y la Directiva 2001/29/CE obligan a los Estados miembros a implantar en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para garantizar y hacer efectiva la protección de los derechos de propiedad intelectual

De conformidad con el régimen jurídico aplicable, el Estado, y dentro de las competencias de éste, el Ministerio de Cultura, está obligado a velar por la protección de los derechos de propiedad intelectual, estableciendo medidas efectivas para ello. Esta obligación viene prevista en el Derecho Comunitario, y en particular a través de las Directivas 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, así como la

Directiva 2001/29/CE, de 29 de mayo, relativa a la Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Así, la Directiva 2001/29/CE reconoce la necesidad que los Estados miembros garanticen la efectividad de los derechos de autor, como elemento indispensable para la implantación de un mercado interior real, en el que se respete el derecho a la propiedad intelectual. En este sentido, los considerandos 3 y siguientes establecen:

(3) *La armonización propuesta contribuye a la aplicación de las cuatro libertades del mercado interior y se inscribe en el respeto de los principios generales del Derecho y, en particular, el derecho de propiedad, incluida la propiedad intelectual, la libertad de expresión y el interés general.*

(4) *La existencia de un marco jurídico armonizado en materia de **derechos de autor y de derechos afines a los derechos de autor fomentará, mediante un mayor grado de seguridad jurídica y el establecimiento de un nivel elevado de protección de la propiedad intelectual, un aumento de la inversión en actividades de creación e innovación, incluida la infraestructura de red, lo que a su vez se traducirá en el desarrollo de la industria europea y en el incremento de su competitividad, tanto por lo que respecta al ámbito del suministro de contenido y de la tecnología de la información como, de modo más general, a una amplia gama de sectores de la industria y la cultura.** Esta situación preservará el empleo e impulsará la creación de nuevos puestos de trabajo.*

(5) *El desarrollo tecnológico ha multiplicado y diversificado los vectores de creación, producción y explotación. Si bien la protección de la propiedad intelectual no requiere que se definan nuevos conceptos, las actuales normativas en materia de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor deben adaptarse y completarse para responder adecuadamente a realidades económicas tales como las nuevas formas de explotación.*

De conformidad con los artículos 1 y siguientes de dicha Directiva, los Estados miembros deben establecer el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, por cualquier medio a los autores de sus obras. Y para que estos derechos sean reales y efectivos, la Directiva obliga a los Estados a establecer las medidas que resulten necesarias para perseguir la violación de los derechos de autor, y garantizar que los titulares de estos derechos pueden interponer una acción de resarcimiento de daños efectiva, tal y como se prevé en el artículo 8 de dicha Directiva:

“1. Los Estados miembros establecerán las sanciones y vías de recurso adecuadas en relación con la violación de los derechos y las obligaciones previstos en la presente Directiva y adoptarán cuantas disposiciones resulten necesarias para garantizar que se apliquen tales sanciones y vías de recurso. Las sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar que los titulares de los derechos cuyos intereses se vean perjudicados por una actividad ilícita llevada a cabo en su territorio puedan interponer una acción de resarcimiento de daños y perjuicios y/o solicitar medidas cautelares y, en su caso, que se incaute el material ilícito y los dispositivos, productos o componentes a que se refiere el apartado 2 del artículo 6.

3. Los Estados miembros velarán por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor.”

Y en un sentido similar, la Directiva 2004/48/CE prevé la obligación de los Estados miembros de disponer de medios eficaces de tutela de los derechos de propiedad intelectual, que permitan hacer efectivos los derechos de los creadores. En este sentido, los Considerandos segundo y tercero disponen:

(2) La protección de la propiedad intelectual debe permitir que el inventor o creador obtenga un beneficio legítimo de su invención o creación. Debe permitir asimismo la difusión más amplia posible de las obras, ideas y los conocimientos nuevos. Al mismo tiempo, no debe ser un obstáculo para la libertad de expresión, para la libre circulación de la información, ni para la protección de los datos personales, inclusive en Internet.

(3) Sin embargo, sin medios eficaces de tutela de los derechos de propiedad intelectual, la innovación y la creación se desincentivan y las inversiones se reducen. Por consiguiente, **es preciso garantizar que el Derecho sustantivo de propiedad intelectual, que actualmente forma parte en gran medida del acervo comunitario, se aplique de manera efectiva en la Comunidad. A este respecto, los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual tienen una importancia capital para el éxito del mercado interior.**

Y ya en el articulado de la Directiva, se establece en el artículo 3 lo siguiente:

“Artículo 3: Obligación general

1. Los estados miembros establecerán las medidas, procedimientos y recursos necesarios para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual a los que se refiere la presente Directiva. Dichas medidas, procedimientos y recursos serán justos y equitativos, no serán inútilmente complejos o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios.

2. Dichas medidas, procedimientos y recursos serán asimismo efectivos, proporcionados y disuasorios, y se aplicarán de tal modo que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo y se ofrezcan salvaguardias contra su abuso.”

Las medidas previstas en la Directiva 2004/48/CE se centran en la tutela de los derechos de propiedad intelectual. Ahora bien, debemos tener en cuenta que la propia Directiva 2004/48/CE, establece que el Estado no se ve limitado al

establecimiento de las medidas previstas en la Directiva, sino que dichas medidas se configuran como las medidas mínimas a implementar, tal y como reconoce el artículo 16:

“Artículo 16. Sanciones aplicables por los Estados miembros

No obstante las medidas, procedimientos y recursos de tipo civil o administrativo establecidos en la presente Directiva, los Estados miembros podrán aplicar otras sanciones adecuadas en los casos en que se haya infringido un derecho de propiedad intelectual.”

Por tanto, los mecanismos previstos en la Directiva se configuran como unos mínimos obligatorios, pero adicionalmente **los Estados miembros están obligados a tomar las medidas que sean necesarias para garantizar una protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual.**

Queda claro, por tanto, que en aplicación de las Directivas comunitarias comentadas, los Estados miembros -entre los que se incluye España- tienen la obligación de velar por el respeto a los derechos de propiedad intelectual y de regular e implementar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos estos derechos. Las Directivas se configuran como normas que vinculan a los Estados miembros y que obligan en cuanto a sus objetivos y contenido, dejando un amplio margen de actuación a los Estados.

b.- Los mecanismos y acciones previstas por la legislación española no cumplen con los objetivos previstos en la normativa comunitaria en tanto que son totalmente insuficientes e ineficaces

Por tanto, los Estados miembros deben conseguir una protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual, pudiendo implementar para ello las medidas que sean necesarias. Pues bien, a la vista del escenario que hemos expuesto en el primer epígrafe del presente escrito, se hace evidente que el

Estado ha incumplido dicha obligación, toda vez que nos encontramos ante una situación de incumplimiento reiterado e impune de los derechos de propiedad intelectual.

Así, el Estado español, ha aprobado normas internas que a nivel formal pretenden transponer la Directiva 48/2004/CE y la Directiva 2001/29/CE; ello no obstante, la situación actual de reiterado y masivo incumplimiento de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de Internet, reflejada en el primer epígrafe del presente escrito, evidencia que no se disponen de mecanismos efectivos.

En este sentido, la Ley 23/2006 aprobada en fecha 17 de julio de 2006 modificó el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual al objeto de trasponer a derecho interno las Directivas 2001/29/CE y 48/2004/CE comentadas. Ahora bien, las medidas introducidas por la Ley 23/2006, aunque formalmente pretendan dar cumplimiento a la normativa comunitaria, no lo consiguen desde un punto de vista material, en tanto que los mecanismos previstos en la actualidad no son en absoluto eficaces y no permiten una tutela efectiva del derecho de propiedad intelectual, por cuanto:

- los órganos judiciales no consideran que los intercambios ilegales de música en línea sean constitutivos de delito por carecer de ánimo de lucro de acuerdo con los criterios establecidos por la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, lo que imposibilita actuar en la vía penal. Hay, es cierto, alguna resolución aislada que, en fechas recientes, cuestiona el criterio de la Fiscalía. Así, el Auto dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 16 de setiembre de 2009, considera que el ánimo de lucro previsto en el art. 270 CP no debe identificarse con el estricto "lucro comercial" y entiende que dentro de este concepto deben incluirse tanto los beneficios económicos o

comerciales directos, como los indirectos (por ejemplo, y en el caso de autos, los beneficios económicos que una página web puede obtener a través de la publicidad). Sin embargo, no es éste el criterio que, hasta la fecha, está sentando jurisprudencia en nuestro país.

- la posibilidad de actuar contra el intercambio ilegal de música en línea a través de la vía civil se encuentra también imposibilitada al no poder identificarse al infractor por cuanto que (i) los prestadores de servicios de Internet no tienen la obligación de comunicar los datos de los infractores salvo en casos de investigación de "*delitos graves*"⁷, y (ii) porque la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 256.1.7º establece que la diligencia preliminar contemplada para las infracciones de derechos de propiedad intelectual únicamente puede aplicarse frente a infracciones cometidas "*mediante actos desarrollados a escala comercial*"; y
- en cuanto a las acciones posibles contra los prestadores de servicios de Internet, éstas no parecen tampoco viables pues para que los prestadores de servicios de alojamiento de datos en Internet estén obligados a retirar contenidos ilícitos de sus redes es necesario que tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de tales contenidos. Y dicho conocimiento efectivo únicamente podrá adquirirse a través de una resolución judicial que declare el carácter ilícito de los contenidos, suponiendo una medida de todo punto ineficaz dado que, en la práctica, transcurre mucho tiempo entre la denuncia de la ilicitud y la sentencia que resuelve, tiempo durante el cual se estarán produciendo vulneraciones masivas de derechos de propiedad intelectual.

⁷ Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación.

Si bien es cierto que, a la vista de las modificaciones a la LSSI y al TRLPI que se recogen en la Disposición Final Primera del Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, la Administración está empezando a plantearse con seriedad la necesidad de un cambio en el modelo normativo, lo cierto es que tales modificaciones no acaban de abarcar todo el espectro de actividades vulneradoras de la propiedad intelectual que se cometen en la Red. En efecto, el Anteproyecto de Ley no contempla la posibilidad de restringir el acceso a Internet de los usuarios que vulneran de manera constante tales derechos, siguiendo con la postura defendida últimamente por los distintos representantes de las Administraciones Públicas, entre ellos, la Ministra de Cultura. Este modelo, parece no tomar en consideración la nueva Directiva que regula el acceso a Internet, aprobada el pasado día 24 de noviembre, por la que el acceso a la Red puede ser restringido, de ser necesario y proporcionado tras un procedimiento justo, imparcial y contradictorio, sin necesidad de una orden judicial previa de acuerdo con la legislación que decida libremente cada Estado. Este cambio de perspectiva de la Unión Europea, avala las modificaciones legislativas producidas en Francia a través de la denominada "Ley Hadopi" y debería ser tomado en cuenta por la Administración.

Además, está por ver si el texto legislativo que se apruebe, derivado del referido Anteproyecto, desarrollará la posibilidad de identificar a los usuarios finales que cometen constantes infracciones a los derechos de propiedad intelectual en el marco de los sistemas de intercambio de archivos en la Red o se limitará a actuar contra los responsables de servicios que pongan a disposición del público creaciones protegidas por derechos de autor. No podemos olvidar que estos usuarios a los que nos referimos son quienes están realizando, de forma masiva, una actividad ilícita al no contar con la autorización de los titulares de derechos, los cuales están legitimados para instar determinadas acciones reconocidas por el TRLPI. Por tanto, si la reforma

que se acomete en el Anteproyecto no desarrolla de forma clara y precisa la posibilidad de identificar a este tipo concreto de infractores, la Administración estaría, de nuevo, bloqueando la posibilidad de los titulares de ejercer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En consecuencia, de lo dispuesto en las Directivas comentadas se desprende que la protección del derecho de propiedad intelectual se configura como un objetivo de gran importancia comunitaria, ya que el no disponer de medidas homogéneas y armonizadas que permitan una protección efectiva en todos los Estados miembros supone un límite para el desarrollo del mercado interior. Sin embargo, a la vista de la situación de extrema gravedad que sufre el mercado discográfico independiente en España, tal y como hemos expuesto en el primer epígrafe, y atendiendo las graves deficiencias de los mecanismos establecidos por la legislación española actualmente aplicable, se hace evidente que el Estado español incumple las obligaciones fijadas por el Derecho comunitario.

TERCERA.- DE CONFORMIDAD CON LAS OBLIGACIONES PREVISTAS EN EL DERECHO COMUNITARIO, EL MINISTERIO DE CULTURA DEBE PROMOVER DE FORMA URGENTE MEDIDAS PARA CONSEGUIR UNA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

De lo expuesto a lo largo del presente escrito se desprende que el Estado español está incumpliendo su obligación de establecer medidas efectivas que garanticen los derechos de propiedad intelectual. Asimismo, de lo previsto en el epígrafe primero se desprende que la situación de masiva infracción, comporta unos alarmantes perjuicios al sector discográfico independiente, poniendo en serio peligro la viabilidad económica de éste. Es desde esta perspectiva que consideramos que en caso de no actuar de forma inmediata, el Estado podría

considerarse responsable de los daños generados al sector discográfico que representamos.

Por ello, y ante la situación de flagrante incumplimiento de los derechos de propiedad intelectual que está poniendo en peligro la continuidad del sector discográfico independiente, solicitamos que en el marco de las obligaciones fijadas por el Derecho comunitario, el Ministerio de Cultura proceda a actuar y promover las siguientes medidas:

- Introducir elementos de responsabilidad administrativa en cuanto a las descargas de música ilegales, de forma que los infractores no respondan únicamente frente al titular del derecho, sino también ante la Administración Pública.
- Fomentar un cambio legislativo a nivel nacional y comunitario en el sentido de atribuir mayor responsabilidad y obligar a los prestadores de servicios de Internet a colaborar en la lucha activa contra la piratería en la Red.
- Creación de mecanismos de notificación y retirada que agilicen las reclamaciones que los titulares de derechos de propiedad intelectual insten contra los infractores de dichos derechos.
- Impulsar la creación de un órgano administrativo con competencia para transmitir a los prestadores de servicios de Internet el requerido conocimiento efectivo de la comisión de un acto ilícito por parte de uno de sus usuarios, todo ello de conformidad con la LSSI. No obstante lo anterior, convendría estudiar la posibilidad de que, en vez de crear un órgano administrativo nuevo, se atribuyera competencias en este sentido a la Comisión de la Propiedad Intelectual a través de la habilitación concedida al Gobierno en la Ley 23/2006 para que amplíe las competencias de este órgano.

- Finalmente, como última actuación a proponer, se considera necesario modificar tanto la LSSI como la normativa vigente en materia de protección de datos al objeto de que se autorice a los prestadores de servicios de Internet la comunicación de los datos personales de los usuarios que vulneren los derechos de propiedad intelectual al órgano administrativo que se cree al efecto.

CUARTA.- EN CASO DE NO ADOPTAR LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA LA EFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO PODRÍA INCURRIR EN RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

a.- En caso de no adoptar las medidas indicadas, o cualesquiera otras de similar naturaleza, y de persistir su actuación omisiva ante la situación de infracción masiva de los derechos de propiedad intelectual, la Administración General del Estado podría considerarse responsable de los daños causados de conformidad con el artículo 106.2 de la Constitución Española, y el artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Al respecto, debemos advertir que de no tomar las medidas indicadas, u otras de similar naturaleza, necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones de protección de los derechos de autor, previstos en el Derecho comunitario, la Administración General del Estado podría considerarse responsable de los daños y perjuicios causados al sector aquí representado como consecuencia de la vulneración sistemática de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital.

En este sentido, debemos tener en cuenta que el artículo 106.2 de la Constitución Española (en adelante, CE) en su párrafo segundo consagra el principio de responsabilidad patrimonial extracontractual de las Administraciones Públicas por la lesión que padezcan los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, excepto en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos:

“2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

Precepto que viene desarrollado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), y en concreto por los artículos 139 a 145. Así, el artículo 139 de dicha Ley prevé:

“1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.”

Por tanto, la Administración General del Estado podría llegar a considerarse responsable de los daños causados al sector discográfico independiente, causados por omisión, al no haber tomado las medidas necesarias y a las que está obligado por el Derecho comunitario. En este sentido, debemos tener en

cuenta que la Administración Pública no se configura únicamente responsable de los daños causados por su actuación directa, sino también por aquellos que son consecuencia del incumplimiento de los deberes que tiene encomendados. A tales efectos, esta parte está procediendo a la determinación y cálculo de los perjuicios causados a la industria discográfica independiente aquí representada por la situación de descargas masivas de música en línea, y de vulneración sistemática de los derechos de propiedad intelectual.

b.- Asimismo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido el derecho de los particulares a ser compensados por los daños causados como consecuencia del incumplimiento del Derecho comunitario

En un sentido similar y que viene a reforzar la responsabilidad de la Administración actuante, debemos tener en cuenta que existe la posibilidad de reclamar por los daños causados a particulares como consecuencia de las violaciones del Derecho Comunitario. Así, debemos tener en cuenta que el TJCE ha reconocido el derecho de los particulares a ser compensados cuando sus derechos se ven infringidos por un incumplimiento del Derecho comunitario, mediante el ejercicio de una acción a emprender ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

Así, la Administración estatal, en el marco de sus competencias, puede ser considerada responsable por el incumplimiento del derecho comunitario. En este sentido, el primer caso en que se reconoció dicho derecho es en la Sentencia de 19 de noviembre de 1991, caso Andrea Francovich y otros contra República Italiana:

"a) Sobre el principio de la responsabilidad del Estado

31. Debe señalarse, en primer lugar, que el Tratado CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que

se impone a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros sino también sus nacionales y que, al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho comunitario también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico: éstos se crean no sólo cuando el Tratado (LCEur 1986\8) los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias (véanse las Sentencias de 5 febrero 1963, Van Gend en Loos, 26/62, Rec. pg. 3, y de 15 julio 1964, Costa, 6/64, Rec. pg. 1141).

32. Procede recordar también que es jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones de Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares (véanse, principalmente, las Sentencias de 9 marzo 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. pg. 629, apartado 16, y de 19 junio 1990 [TJCE 1991\12], Factortame, C-213/89, Rec. pg. I-2433, apartado 19).

33. Hay que señalar que la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro.

34. La posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando, como ocurre en el presente asunto, la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario.

35. De todo ello resulta que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado (LCEur 1986\8).

36. La obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho

comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario (véase, en lo que respecta a la disposición análoga del artículo 86 del Tratado CECA [LCEur 1986\7], la Sentencia de 16 diciembre 1960, Humblet, 6/60, Rec. pg. 1125).

37. De todo lo expuesto resulta que el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables.

Y desde el año 1991 el principio de responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario se ha venido aplicando en multitud de ocasiones en las que el incumplimiento del Estado ha generado daños y perjuicios a particulares. Por tanto, de lo expuesto hasta ahora se desprende la necesidad que la Administración General del Estado promueva las actuaciones indicadas, con el objetivo de que se dispongan de medidas efectivas de protección de los derechos de propiedad intelectual. De no ser así, esta parte se reserva el derecho de formular la oportuna reclamación por responsabilidad patrimonial ante esta Administración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 y siguientes de la LRJPAC.

Por ello,

SOLICITAMOS: Que se tenga por presentado este escrito y de conformidad con los argumentos expuestos, y en cumplimiento de las obligaciones previstas en el Derecho comunitario, se proceda a promover las actuaciones indicadas, o cualesquiera otras que considere convenientes, con el objetivo de establecer medidas jurídicas que garanticen una tutela efectiva de los derechos de propiedad intelectual, ante la actual situación de infracción masiva de tales derechos en el marco de Internet, en el bien entendido que la actual situación de falta de adopción de tales medidas podría constituir a la Administración General del Estado como responsable patrimonial de las pérdidas generadas

por las referidas infracciones a los derechos de propiedad intelectual sufridas por los que suscriben.

En Madrid, a 31 de diciembre de 2009.

Félix Buget

BLANCO Y NEGRO MUSIC S.A.

Manuel Amat

DISTRIBUCIONES DISCLUB, S.A.

Manuel Rouras

OK RECORDS, S.L.

Mark Kitcatt

POPSTOCK, S.L.

Jordi Llansamà

BCORE DISC, S.L.U.

Carles Saltor

GORVIJAC MUSIC, S.L.

Enric Pedrescort

K-INDUSTRIA CULTURAL, S.L.

Salvador Cufí

MÚSICA GLOBAL DISCOGRÁFICA, S.L.

Joan-Carles Doval

PICAP, S.L.

Álex Eslava

DISCMEDI, S.A.

Ceferino Cuadrado

FONOGRAMAS METROPOL, S.A.

Gerardo Cartón

PIAS RECORDS SPAIN, S.L.

Miguel Ángel Sancho

PRODUCCIONES BLAU, S.L.

Nuria Viladot

COLUMNNA MÚSICA, S.L.

Jesús María Sahún

KASBA MUSIC, S.L.

José Manuel González

META NETWORK, S.L.

Fernando Acebal

OPEN RECORDS, S.L.

C.C. a los Ministerios de Cultura; Economía y Hacienda; Asuntos Exteriores y Cooperación; Justicia; Interior; Educación e Industria, Turismo y Comercio, como miembros de la Comisión Interministerial de Trabajo para el asesoramiento en la lucha contra la vulneración de los derechos de Propiedad Intelectual mediante páginas de Internet creada mediante Acuerdo del Consejo de Ministros adoptado en fecha de 9 de octubre de 2009.