



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 ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996, DE 12 DE ABRIL, Y DE LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

I.

ANTECEDENTES

1. Con fecha 5 de julio de 2013 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), el texto del Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante el Anteproyecto), remitido por el Ministerio de Justicia, a efectos de emisión del preceptivo Informe conforme a lo previsto en el artículo 108.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ).
2. La Comisión de Estudios e Informes, en virtud de la aplicación de su Protocolo interno, acordó designar ponente a la Excm. Sra. Vocal D^a Margarita Uría Etxebarria, y en reunión de fecha 23 de julio de 2013, aprobó el presente Informe, acordando su remisión al Pleno de este Consejo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

II.

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

3. La función consultiva del CGPJ, a que se refiere el artículo 108 de la LOPJ, tiene por objeto informar 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”*.
4. A la luz de esa disposición legal, el parecer que a este Órgano constitucional le corresponde emitir sobre el Anteproyecto 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.
5. No obstante, 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.



6. 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 particular, a cuestiones de primacía normativa, 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.

ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO.

7. El Anteproyecto sometido a informe, consta de dos artículos, dirigidos respectivamente a la modificación de cada una de las leyes a las que se refiere el título del mismo, de un lado el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI), y de otro la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LECiv). La extensión de las modificaciones proyectadas es muy distinta en uno y otro caso: mientras que el artículo primero del Anteproyecto consta de treinta y dos números, los cuales afectan a otros tantos preceptos de la actual LPI, el artículo segundo consta de dos números, uno de los cuales prevé modificar el art. 256.1 LECiv y el otro el art. 259.4 LECiv.
8. Por lo que se refiere a las modificaciones que afectan a la LPI, éstas se refieren básicamente a tres áreas principales: (i) límites a los derechos (en concreto el de copia privada y el de ilustración de la enseñanza), (ii) régimen de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, y (iii) refuerzo de los mecanismos de luchas contras las vulneraciones de estos derechos en el entorno digital. A ellas se añaden algunas modificaciones derivadas de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

necesidad de transposición de dos Directivas comunitarias, la relativa a la ampliación del plazo de protección de los artistas y productores fonográficos, y la de determinados usos autorizados de las obras huérfanas. En una enumeración completa, pero sucinta, los extremos y preceptos a los que afectaría la reforma son los que se indican a continuación:

- Régimen de la compensación equitativa por copia privada (art. 25);
- Duración de los derechos de autor en obras musicales creadas en coautoría (art. 28.1);
- Límite de copia privada (art. 31.2);
- Límite de ilustración de la enseñanza (art. 32.2);
- Límite de obras huérfanas (art. 37 bis);
- Cesión de derechos del artista al productor fonográfico (art. 110 bis);
- Duración de los derechos sobre interpretaciones o ejecuciones artísticas (art. 112);
- Duración de los derechos de los productores de fonogramas (art. 119);
- Acciones y medidas cautelares urgentes (art. 138);
- Gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual (art. 147);
- Requisitos de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (art. 148);



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- Autorización para gestionar derechos de gestión colectiva obligatoria (art. 149);
- Legitimación de las entidades de gestión (art. 150);
- Estatutos de las entidades de gestión (art. 151.1, 5, 13 y 14);
- Contrato de gestión (art. 153);
- Reglas de reparto, pago y prescripción de derechos (art. 154);
- Función social y labores de promoción a cargo de las entidades de gestión (art. 155);
- Contabilidad y auditoría (art. 156);
- Obligaciones de las entidades de gestión (art. 157);
- Facultades de supervisión sobre las entidades de gestión (art. 157 bis);
- Composición y funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual, en adelante CPI (art. 158);
- Funciones de mediación, arbitraje, determinación de tarifas y control de la [Sección Primera de la] CPI (art. 158 bis);
- Funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, a cargo de la Sección Segunda de la CPI (art. 158 ter);
- Competencias de las Administraciones Públicas (art. 159);
- Responsabilidad administrativa, órganos competentes sancionadores y procedimiento sancionador (art. 159 bis);
- Clasificación de las infracciones (art. 159 ter);



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- Sanciones (Art. 159 quater);
 - Relación entre límites y medidas tecnológicas de protección (art. 161.1);
 - Ámbito de aplicación de la Ley respecto de los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 164.2, 3 y 4);
 - Notificaciones en el procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual (disposición adicional 5ª);
 - Obras consideradas huérfanas conforme a la legislación de otro Estado miembro de la Unión Europea (disposición adicional 6ª);
 - Aplicación transitoria de diversos preceptos introducidos por la reforma en proyecto [arts. 28, 37 bis, 110 bis, 112 y 119] (disposición transitoria 21ª);
9. El Anteproyecto se completa con una disposición adicional, sobre “medidas de reducción de los costes de transacción”; cuatro disposiciones transitorias, sobre “notificación edictal en los procedimientos de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual”, “aplicación del Plan de Contabilidad de las entidades sin fines lucrativos”, “funciones de control y determinación de tarifas de las entidades de derechos de propiedad intelectual” y “aprobación de nuevas tarifas”; una disposición derogatoria única (en virtud de la cual “quedan derogadas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en la presente Ley”), una disposición final primera sobre “título competencial” y una disposición final segunda sobre “entrada en vigor”. De acuerdo con esta última la Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE), con las siguientes salvedades:
- “Lo dispuesto en el artículo 158 ter y concordantes”, que entrará en vigor a los dos meses de dicha publicación;



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- Lo establecido en los arts. 154.7 y 8 y 159 quater, que entrará en vigor a los seis meses de dicha publicación;
 - Los apartados 3, 4, 5 y 6 del art. 154, que serán aplicables a las cantidades que recauden las entidades de gestión a partir del 1 de enero del año natural siguiente a la publicación en el BOE de la presente Ley.
10. En cuanto a los cambios proyectados en la LECiv, su finalidad es modificar o agregar algunos apartados de su art. 256, en el que se enumeran las distintas clases de diligencias preliminares que podrán solicitarse para preparar un juicio. Los cambios van dirigidos a propiciar la obtención preliminar de datos que permitan la identificación del infractor, en particular cuando se trate del prestador de un servicio de la sociedad de la información o de un usuario del mismo. La modificación del art. 259 LECiv es fruto de la necesidad de concordar lo que dispone este precepto con alguna de las nuevas diligencias preliminares que se introducen en el art. 256.
11. El Anteproyecto, que incorpora una Exposición de Motivos, va acompañado de la preceptiva Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN), en la que se aglutinan las memorias, estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, así como la memoria económica y los distintos análisis de impactos, dándose cumplimiento a lo ordenado en el artículo 22.2 de la Ley del Gobierno y en el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio.



IV.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO.

12. El Anteproyecto sometido a informe gira en torno a tres grandes ejes, todos ellos relativos –según consta en la Exposición de Motivos– a problemas urgentes, cuya solución no puede esperar a la elaboración de un proyecto integral de nueva Ley de Propiedad Intelectual. Tales ejes principales son la revisión del sistema de copia privada, el diseño de mecanismos eficaces de supervisión de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y el fortalecimiento de los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de derechos que permita el impulso de la oferta legal en el entorno digital. La intervención normativa en esas tres áreas nucleares iría dirigida, según motiva el prelegislador, “a reforzar la protección de los derechos de propiedad intelectual”. Esta finalidad resulta más evidente en la tercera de las materias, pues el fortalecimiento de los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de derechos que se producen en el entorno digital, sin duda supone un refuerzo de la protección. En cambio, es menos obvia o neta en el caso de la segunda de las áreas de intervención, ya que establecer mecanismos más eficaces de supervisión de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual no tiene por qué atender, o no sólo, a una mayor protección de los derechos, sino que podría redundar en unas mayores garantías para los usuarios que contratan con esas entidades y para sus asociados. A ello se une que, como veremos, el Anteproyecto hace una clara apuesta por el fomento de la gestión colectiva a través de personas que no reúnan la condición de entidades de gestión, personas que no estarán sometidas a ningún tipo de supervisión administrativa. Eso significa que puede haber un ámbito de gestión colectiva no supervisado en absoluto –no ya más o menos eficazmente–, sin que ello parezca provocar una disminución de la protección de los derechos de propiedad intelectual. En fin, es dudoso que la revisión del sistema de copia privada que se proyecta realizar pueda



implicar un refuerzo de la protección de los derechos de propiedad intelectual, ya que si bien se prevé restringir el alcance del límite de copia privada, otro tanto se planea hacer en paralelo con la compensación equitativa a él anudada, siendo así que las copias que el límite dejará fuera, en principio sujetas al derecho exclusivo de los titulares, serán difícilmente controlables por éstos mediante un sistema de licencias.

13. Comenzando por el sistema de copia privada, el Anteproyecto profundiza en la fórmula que anticipó la disposición adicional 10ª del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (en adelante RD-L 20/2011), consistente en financiar la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (PPGGE), en lugar de hacerla depender de un canon sobre los equipos, aparatos y soportes de reproducción recaudado por las entidades de gestión. Se trata de un sistema inédito en la Unión Europea (UE) que si bien pudo responder a una razón de urgente necesidad en el trance de aprobación del citado RD-L 20/2011, precisamente por esa misma causa encuentra difícil justificación en el contexto, más sosegado, de la elaboración de una ley ordinaria de reforma de la LPI. Como veremos en el cuerpo del Informe, existen dudas de que un sistema de pago de la compensación equitativa por copia privada como el que el legislador español está en vías de consolidar, se ajuste a las exigencias derivadas del Derecho comunitario, a la luz de la jurisprudencia del TJUE en la materia y de las Recomendaciones dadas por el Mediador de alto nivel designado por la Comisión Europea. Por otro lado, la más estrecha configuración del límite de copia privada, la cual justificaría una disminución de la cuantía de la correspondiente compensación equitativa, podría situar el límite y la compensación en unos niveles tan exiguos que los titulares no se vieran compensados adecuadamente del perjuicio efectivamente sufrido a consecuencia del fenómeno de la reproducción privada.



14. Pasando a la gestión colectiva, son tres las medidas principales que se destacan en la Exposición de Motivos. En primer lugar, la introducción de un catálogo detallado de obligaciones de las entidades de gestión para con las Administraciones Públicas y respecto a sus asociados, con especial atención a aquellas relacionadas con la rendición anual de cuentas. En segundo lugar, el establecimiento de un cuadro de infracciones y sanciones que permitan exigir a las entidades de gestión responsabilidades administrativas por el incumplimiento de sus obligaciones legales. En tercer lugar, la delimitación de los ámbitos de responsabilidad ejecutiva de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas (CC AA). Con respecto a lo primero, la innovación del Anteproyecto es de grado, por cuanto la Ley actual ya prevé una serie de obligaciones para las entidades de gestión, respecto tanto de sus usuarios, como de sus asociados y de las Administraciones Públicas con competencias de supervisión. Sí es en cambio novedosa la introducción de un catálogo de infracciones y sanciones, laguna que a menudo se ha reprochado a la actual Ley, ya que en ella la única –y drástica– “sanción” prevista, se limita a la revocación de la autorización para actuar como entidad de gestión, lo que ha conllevado su nula aplicación en la práctica. En cuanto a la delimitación de las competencias entre el Estado y las CC AA en lo relativo a la ejecución de las normas sobre supervisión y control de las entidades de gestión, si bien el Anteproyecto se decanta por una opción que resulta acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) en la materia –recogida inicialmente en la STC 196/1997, de 13 de noviembre, que se pronunció sobre la adecuación al marco constitucional de distribución de competencias de varios preceptos de la Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual, base del actual Texto Refundido, y más recientemente en la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña–, al mismo tiempo abandona otra opción legislativa cuya constitucionalidad había sido validada, siendo así que la regulación en proyecto puede hacer que de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

facto sea inviable que las CC AA ejerciten sus competencias ejecutivas en la materia.

15. Por otro lado, “para reforzar las nuevas obligaciones de las entidades de gestión”, dice la Exposición de Motivos, se amplían las competencias de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (S1 CPI) incluyendo entre éstas dos nuevas funciones, cuales son la de determinación de las tarifas para la explotación de los derechos de gestión colectiva obligatoria, y la de control para velar por que las tarifas generales establecidas por las entidades sean equitativas y no discriminatorias y quede garantizado el equilibrio de las partes en la negociación de las mismas. Como tendremos ocasión de exponer con detalle, ambas funciones suscitan algunas dudas a este Órgano informante. En el caso de la primera son más bien dudas relacionadas con la mecánica del procedimiento ante la S1 CPI en el ejercicio de la misma y sus relaciones con otras funciones atribuidas a ese mismo órgano y los procedimientos correspondientes, no en cambio con la previsión de que las decisiones de la Comisión puedan gozar de eficacia general por virtud de su publicación en el BOE, vinculando a sujetos que no hayan sido parte en el procedimiento, o la de que tales decisiones sean recurribles ante la jurisdicción civil. En el caso de la función de control, nuestras reflexiones tendrán que ver con el posible solapamiento de la misma, y de la potestad sancionadora que conlleva, con la que ostenta otro organismo (la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) llamado a ejercer la misma clase de supervisión que se describe en el art. 158 bis.4 del Anteproyecto aunque con carácter general. Eso podría entrañar un riesgo de bis in ídem y de conflicto de competencias entre ambos organismos.
16. Existe alguna otra importante intervención en materia de gestión colectiva a la que sin embargo, llamativamente, no alude la Exposición de Motivos. Se trata de la modificación del art. 150 LPI, relativo a la legitimación que ostentan



las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual para hacer valer los derechos confiados a su gestión en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. La principal virtualidad de esta legitimación es que, para acreditarla, la entidad de gestión sólo debe aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. Junto a ello, la vigente Ley contempla un sistema tasado de defensas posibles del demandado, el cual sólo podrá acreditar la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente. Frente a esta regulación, que ha sido refrendada por una jurisprudencia constante y sin ambages de la Sala 1ª del Tribunal supremo (TS), el Anteproyecto limitaría esa ventaja procesal a los casos en que la entidad ejerza derechos de gestión colectiva obligatoria. De manera consecuente, también se prevé reducir la enumeración de vías de defensa del demandado, pues si lo único en juego pueden ser derechos de gestión colectiva obligatoria, no tiene sentido que el demandado pueda alegar la falta de representación de la actora o la autorización del titular del derecho exclusivo, y sí sólo el pago de la remuneración correspondiente.

17. Es decir, la modificación del art. 150 LPI dejará a las entidades, cuando no gestionen derechos obligatorios, sin una ventaja procesal que parece de todo punto lógica, porque de otro modo se aboca a la entidad a tener que aportar todos los contratos de gestión de sus miles o cientos de titulares. Es difícil ver cómo esta medida puede contribuir a reforzar la protección de los derechos de propiedad intelectual, pues sólo parece servir para favorecer la posición procesal del usuario demandado, que podrá fácilmente contrarrestar la acción de la entidad sobre la base de una falta total o parcial de legitimación.
18. El tercer gran eje de la reforma se refiere a las medidas tendentes a mejorar la eficacia de los mecanismos de protección de los derechos de propiedad intelectual frente a las vulneraciones que puedan sufrir en el entorno digital.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Para ello, se contempla realizar dos intervenciones que venían siendo reclamadas desde el ámbito doctrinal, por ser dos piezas de fácil modificación que podrían servir para reforzar la tutela judicial civil de los derechos de propiedad intelectual. En primer lugar, como se indica en la Exposición de Motivos, se prevé *“adaptar la vía jurisdiccional civil para que pueda mantener su papel de cauce ordinario para la solución de conflictos de intereses contrapuestos, introduciendo mejoras en la redacción de determinadas medidas de información previa necesarias para la protección de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital en línea”*. Dicha adaptación se traduce en las modificaciones que afectarán a la LECiv, a fin de que quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad intelectual pueda recabar datos sobre el posible infractor, en particular dirigiéndose a un prestador de servicios de intermediación de la sociedad de la información que preste servicios a ese aparente infractor.

19. En segundo lugar, el Anteproyecto procede a establecer una tipología de supuestos, frente a la monolítica redacción del actual art. 138 LPI que habla sólo de “infractor”, en los que podrá existir la responsabilidad de un tercero por infracción de derechos de propiedad intelectual. Así, el futuro art. 138 LPI considerará igualmente responsable a quien induzca la conducta infractora, a quien coopere con la misma conociendo su carácter ilícito o teniendo indicios razonables para conocerlo, y a quien teniendo interés económico directo en los resultados de esa conducta, cuente con capacidad de control sobre la conducta del infractor. Se trata de tres figuras de responsabilidad civil extracontractual (inducción a la infracción, contribución a la infracción, beneficio-control de la actividad del infractor), que se vienen aplicando en el ámbito de las acciones de propiedad intelectual en otras jurisdicciones, y que parece positivo introducir en el Derecho español de la propiedad intelectual.



20. Dentro todavía del bloque de medidas dirigidas a reforzar los mecanismos de protección de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, y como vía paralela a la tutela prestada por los jueces y tribunales del orden civil, el Anteproyecto efectúa una revisión del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual regulado en el art. 158.4 LPI, cuya regulación data de la disposición final 43ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), luego desarrollada por el RD 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual. Ambas normas, en su versión proyectada, fueron objeto de dictamen por este Consejo, que aprobó el Informe a la primera por acuerdo plenario de 28 de enero de 2010 y el de la segunda por acuerdo plenario de 28 de septiembre de 2011. La idea, según se narra en la parte expositiva de la Norma ahora informada, es concentrar las capacidades y recursos de la CPI en la persecución de aquellos grandes infractores que causan daños significativos, cuantitativa o cualitativamente, a los derechos de propiedad intelectual. Para ello, se dota a la S2 CPI de mecanismos más eficaces de reacción frente a las vulneraciones cometidas por prestadores de servicios de la sociedad de la información que no cumplan voluntariamente con los requerimientos de retirada que le sean dirigidos por aquélla, incluyendo la posibilidad de requerir la colaboración de intermediarios de pagos electrónicos y de publicidad. Asimismo, si se dan determinadas condiciones, el procedimiento ante la S2 CPI podrá dirigirse contra prestadores de servicios que tengan como principal actividad facilitar la localización masiva de contenidos notoriamente ofrecidos de manera ilícita, en particular cuando ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces, en tanto dicha actividad, al no tener las notas de neutralidad de los motores de búsqueda, o de casualidad que se da en aquellas aplicaciones que contienen enlaces ocasionales a contenidos de terceros, “constituye –según la Exposición de Motivos– una explotación conforme al concepto general de



derecho exclusivo de explotación establecido en la normativa de propiedad intelectual”.

21. Siendo esto así –persecución de grandes infractores y de servicios de localización masiva de contenidos mediante enlaces–, no se ve por qué no dar el paso de configurar definitivamente este procedimiento de interrupción de servicios de la sociedad de la información, o de retirada de datos, como un mecanismo de tutela de intereses colectivos o difusos, no exigiendo que el procedimiento deba iniciarse a solicitud del titular individual de los derechos vulnerados, ni que deba ir referido a unos contenidos específicos, sino legitimando a los sujetos que aglutinan intereses profesionales o colectivos a que pidan la intervención de la CPI cuando detecten esa clase de infracciones masivas, sin necesidad de que se concrete la vulneración sobre determinadas obras o prestaciones. Ello sería más coherente con el contexto en el que se inscribe, que no es otro que el art. 8.1 LSSI, en el que junto a los derechos de propiedad intelectual se tutelan otros intereses o derechos, todos ellos de carácter general o de naturaleza colectiva o difusa (salv guarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública, la defensa nacional; protección de la salud pública y de los consumidores o usuarios; respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación; protección de la juventud y de la infancia). De este modo quedaría reservada a las acciones civiles –y eventualmente penales– la protección frente a vulneraciones de concretos derechos individuales. De hecho, el dato de que el segundo párrafo del art. 158 ter.4 LPI proyectado prevea que la S2ª CPI podrá extender las medidas de retirada o interrupción a otras obras o prestaciones protegidas debidamente identificadas cuyos derechos representen las personas que hayan participado como interesadas en el procedimiento, *o que formen parte de un mismo tipo de obras o prestaciones, siempre que concurren hechos o circunstancias que revelen que las citadas obras o prestaciones son igualmente ofrecidas ilícitamente*, es indicativo de que el legislador está



girando hacia una concepción de este procedimiento más próxima a la protección de repertorios o de intereses colectivos, en lugar de dirigido a la salvaguarda de intereses o derechos individuales. Por otro lado, puesto que se planea reforzar la tutela civil de los derechos de propiedad intelectual, tiene menos sentido asignar a la S2ª CPI una función de protección de concretos derechos individuales, y otro tanto se desprende del objetivo declarado por el prelegislador de tratar de concentrar las capacidades y recursos de la CPI.

22. Fuera ya de lo que pueden considerarse ejes centrales de la reforma, el Anteproyecto incluye diversas disposiciones que atienden a la transposición de dos Directivas comunitarias: la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, y la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas. Como veremos en el correspondiente epígrafe, las observaciones que cabe hacer respecto de la parte del Anteproyecto destinada a la transposición de estas dos Directivas tienen que ver con la técnica de transposición y son, curiosamente, de signo opuesto: mientras que en el primer caso cabe reprochar al prelegislador un excesivo mimetismo respecto de la norma comunitaria de referencia, en el segundo lo que se aprecia es una transposición parcial o incompleta del contenido de la Directiva. El Informe recomienda situarse en un punto intermedio, omitiendo trasponer lo innecesario, agregando los elementos precisos para que la transposición quede suficientemente contextualizada y evitando efectuar una transposición a dos velocidades, de modo que ciertos elementos de la Directiva queden plasmados en la Ley y otros se reserven para el ulterior desarrollo reglamentario.



23. Otra intervención que no se inscribe dentro de ninguno de los tres ejes y que puede considerarse motivada por una transposición en diferido de una Directiva, o por una revisión de la transposición en su día realizada, es la que afecta al art. 32.2 LPI (límite de ilustración de la enseñanza). En la Exposición de Motivos se dice que las dimensiones de este límite quedan lejos del alcance máximo que se le permite en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, 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 (en adelante DDASI), y se alude a que en su dictamen al anteproyecto que daría lugar a la Ley 23/2006, de 7 de julio, de reforma de la LPI para transponer la citada Directiva, el Consejo de Estado ya advirtió de que con esa configuración –la actualmente vigente– el límite podría no servir para cubrir las necesidades cotidianas del entorno educativo. El peligro de la regulación proyectada, como veremos, es que el límite pueda quedar sobredimensionado, dejando excesivamente desprotegidos los derechos de los titulares, en particular de algunos de ellos, como serían los titulares de derechos sobre los libros de texto, los manuales universitarios y las publicaciones a estos últimos asimiladas.
24. Para terminar con estas consideraciones generales, debemos referirnos a la modificación del art. 164 LPI, en virtud de la cual se procede a redefinir el ámbito de aplicación de la LPI en relación con los artistas intérpretes y ejecutantes. Nada se dice de esta modificación del art. 164 LPI en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, lo cual seguramente se explica por el hecho de que no estaba prevista en la versión originaria del mismo –la sometida a información pública entre el 22 de marzo y el 17 de abril por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte–. Es la MAIN la que nos informa de que este cambio se introdujo a instancias de las alegaciones concretas de ciertos usuarios y empresas de telecomunicación –cita concretamente a AMETIC, ONO, FECE, REDTEL y ASTEL–, con el objetivo declarado de



privar del disfrute de ciertos derechos en España a los artistas de nacionalidad estadounidense hasta que Estados Unidos aplique el reciente Tratado de Beijing sobre interpretaciones audiovisuales; ahorrando de este modo costes, durante ese tiempo, a los usuarios españoles. Se trata, por consiguiente, de una modificación que no iría en la línea proclamada en la Exposición de Motivos, de reforzar la protección de los derechos de propiedad intelectual [se supone que con independencia de si éstos pertenecen a ciudadanos estadounidenses], sino que resulta explícitamente favorable a los intereses de determinados usuarios, que lo son concretamente de obras audiovisuales. En el cuerpo del Informe se analizarán las diversas disfunciones a que podría conducir la modificación ahora comentada, tanto desde el punto de vista de la propia sistemática interna de la LPI, como de la relación de sus normas con ciertas disposiciones convencionales de naturaleza internacional aplicables al caso.

V.

EXAMEN DEL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

25. Corresponde ahora examinar en detalle las distintas cuestiones enunciadas en las consideraciones generales, comenzando por las referidas a los tres ejes centrales de la reforma. Seguiremos el orden de exposición de las materias que hemos empleado en dichas consideraciones: (i) límite de copia privada y compensación equitativa; (ii) régimen de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual; (iii) medidas para la más eficaz protección de los derechos frente a las vulneraciones en el entorno digital; (iv) disposiciones dirigidas a transponer la Directiva de ampliación del plazo de protección de artistas y productores fonográficos y la Directiva de obras huérfanas; (v) modificación del límite de ilustración de la enseñanza; y (vi)



modificaciones que afectan al art. 164 LPI, relativo al ámbito de aplicación de la Ley respecto de los artistas intérpretes o ejecutantes.

1. El límite de copia privada y la compensación equitativa a él anudada.

a) La nueva configuración del límite de copia privada (art. 31.2 y 3 LPI del Anteproyecto).

26. La principal innovación del Anteproyecto en este terreno con respecto a la regulación vigente, consiste en la reformulación del límite de copia privada plasmado en el art. 31.2 LPI. Como sabemos, tras la aprobación del RD-L 20/2011 y el ulterior desarrollo reglamentario de su DA 10ª por virtud del RD 1657/2012, la compensación equitativa por copia privada se satisface con cargo a los PPGGE. El Anteproyecto no altera este estado de cosas, antes bien se orienta a consolidarlo, y precisamente por ello lleva a cabo esa redefinición del límite de copia privada, a fin de que el más exiguo montante de la compensación que se ha abonado y se prevé seguir abonando por el Estado a los titulares correspondientes (en comparación con lo que se recaudaba por este concepto conforme al sistema anterior: vid. págs. 32-35 de la MAIN), resulte ajustado a los más estrechos contornos del límite. El prelegislador no duda en admitir que éste ha sido su modo de proceder. Así, dice la Exposición de Motivos que “[e]n estas circunstancias [se refiere al cambio de sistema instaurado por la DA 10ª RD-L 20/2011] se procede a una nueva redacción del apartado 2 del artículo 31 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que supone su restricción (...)”, mientras que en la MAIN, tras relatar ese mismo cambio de modelo y cómo ha incidido en la reducción del montante de la compensación, se presenta al Anteproyecto como la culminación de ese itinerario (pág. 35): “*el anteproyecto de ley, en su apartado que reformaría el artículo 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, propone acotar los casos de acceso legal para la realización de copias*



privadas, razón por la cual se producirá una reducción en el perjuicio a compensar en relación con los años 2013 y siguientes (mayor reducción cuanto antes sea la entrada en vigor de la reforma de la LPI)". Esta descripción no deja de resultar llamativa porque equivale a un reconocimiento implícito de que, en tanto el límite del art. 31.2 LPI no sea reformado para disminuir su alcance, el montante de la compensación que se cargue a los PPGGE con arreglo al sistema actualmente vigente, podría estar desajustado.

27. Esa reducción de los contornos de la copia privada, a la que el legislador acude a fin de conseguir una correlación entre el alcance del límite y el importe de la compensación equitativa, se logra de tres maneras. En primer lugar, puntualizando que el uso privado al que tiene que destinar la copia la persona física beneficiaria del límite, para que pueda encontrar amparo en el límite del art. 31.2 LPI, es aquél "no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales". La Exposición de Motivos conecta esta exigencia al cumplimiento de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo esta jurisprudencia, en particular la STJUE dictada en el caso Padawan, a la que más adelante nos referiremos, no trata acerca de los requisitos del límite de copia privada sino de los criterios de aplicación del canon que sirve para compensarlo. De este modo, una cosa es que el límite no ampare las copias para uso profesional o empresarial, y otra que deban ser excluidos del canon los equipos, aparatos y soportes de reproducción adquiridos por profesionales o empresarios, pues aunque pudiera estimarse que ello implica su manifiesta reserva a usos distintos de la realización de copias privadas –lo que en sí es discutible–, tendría que cumplirse además el segundo requisito señalado por el TJUE, a saber, que tales objetos no hayan sido puestos a disposición de usuarios privados.

28. En segundo lugar, el Anteproyecto matiza el requisito relativo a que la reproducción se realice a partir de obras a las que se haya accedido



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

legalmente. Lo hace, primero, para precisar algo que en la regulación vigente se daba por sobreentendido: que ese acceso legal a la obra implica que deberá serlo “desde una fuente lícita”; y segundo para, a continuación, indicar en qué dos únicos supuestos se entenderá que existe tal *acceso legal y desde una fuente lícita*, a saber:

“1º. Cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, y adquirida en propiedad por compraventa comercial.

2º. Cuando se realice una reproducción individual y temporal de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante radiodifusión, únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno”.

El problema de dibujar unos contornos como éstos es que dejan fuera del límite numerosas copias, que por lo mismo pasarían a caer bajo la órbita del derecho exclusivo de reproducción de los titulares, sin que en rigor éstos puedan ejercer un efectivo control sobre las mismas. Así, es fácil ver que los titulares no tendrán la posibilidad de comprobar si realmente el adquirente de un soporte lícito de la obra que no lo haya adquirido por compraventa (ejemplares alquilados o prestados), o que lo haya adquirido por compraventa no comercial (mercado de segunda mano), se abstiene de realizar una copia para uso privado. Del mismo modo, no se aprecia de qué manera podrían los titulares asegurarse de que los destinatarios de un acto de radiodifusión realizan una copia temporal, únicamente destinada a un visionado o audición en un momento más oportuno. La ostentación de un derecho de exclusiva en estas circunstancias resulta de escasa utilidad, y por ello el límite de copia privada ha cubierto tradicionalmente todos esos casos, paliándose el perjuicio



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que esas reproducciones ocasionan a los titulares mediante la compensación equitativa.

29. Adicionalmente, el proyectado art. 31.3 LPI dispone que, además de las bases de datos electrónicas y los programas de ordenador (a los que ya viene afectando la exclusión por mandato de las Directivas 96/9/CE y 2009/24/CE), el límite de copia privada no se aplicará a las obras puestas a disposición del público cuya reproducción se haya autorizado contractualmente. En la regulación actual, la posibilidad de desplazar un límite en las explotaciones interactivas articuladas con arreglo a lo convenido por contrato, está ligada a que el titular de los derechos haya implementado medidas tecnológicas de protección (art. 161.5 LPI). Ello tiene su lógica, por cuanto no es tanto el vínculo contractual como la existencia de la medida tecnológica de protección, la que garantiza que el usuario respetará el repertorio de usos permitido por el titular. En el caso de los límites conectados a un derecho de remuneración, como es el caso de la copia privada, la aplicación de medidas tecnológicas de protección, al garantizar un control sobre el número de copias que el usuario podrá realizar, justifica una modulación correlativa de aquel derecho. Sin embargo, la situación es distinta cuando –como hace el Anteproyecto– el límite se excluye en los casos de puesta a disposición interactiva que facilita el acceso con arreglo a lo convenido en un contrato, sin exigir al mismo tiempo la implementación de medidas tecnológicas de protección. En esas condiciones, al igual que sucedía en las situaciones a que nos hemos referido en el párrafo anterior, no existe realmente ninguna garantía de que el usuario se atenderá a las restricciones convenidas en el contrato, y por consiguiente deja de estar justificado el desplazamiento del límite y, eventualmente, de la compensación equitativa a él asociada.

30. A este respecto, el legislador debería tener en cuenta la reciente STJUE, de 27 de junio de 2013, dictada en el caso VG Wort (asuntos acumulados C-



457/11, C-458/11, C-459/11 y C-460/11). En ella se establece [apartado 37] que “[e]n el supuesto de que un Estado miembro haya decidido excluir, en virtud de una disposición recogida en el artículo 5, apartados 2 o 3, de la Directiva 2001/29, en el ámbito de aplicación material de esta disposición, el derecho del titular a autorizar la reproducción de sus obras o prestaciones protegidas, un eventual acto de autorización adoptado por éste carece de efectos jurídicos en el Derecho del referido Estado. Por lo tanto, tal acto no tiene repercusión alguna en el perjuicio causado al titular de los derechos por la introducción de la medida privativa del derecho en cuestión y, por consiguiente, no puede tener repercusión alguna en la compensación equitativa, ya esté establecida esta última con carácter obligatorio o facultativo, en virtud de la disposición aplicable de dicha Directiva”. Dicho de otro modo, la eventual autorización de copia que el titular preste en el marco de una licencia de usuario es irrelevante cuando la propia ley ya autorice la libre realización de esa copia, y por consiguiente tampoco tiene incidencia en el cálculo de la compensación que estuviere establecida con relación a ese límite. Cabe dudar de si lo dispuesto en el proyectado art. 31.3.a) LPI se aviene con esta doctrina, ya que en él se parte de la base de que el límite de copia privada se puede ver neutralizado simplemente porque la obra se haya puesto a disposición del público autorizándose, con arreglo a lo convenido en un contrato, la reproducción de la obra.

31. Frente a lo que se explica en la MAIN, pág. 12 (“*la voluntad de las partes a través de un contrato prevalecerá sobre el límite, es decir que el límite de copia privada deja de tener sentido cuando es el usuario y el titular de derechos los que pueden convenir cuantas copias se pueden realizar de una obra determinada, sin que se esté ya ante la figura de copia privada*”), debe subrayarse que la DDASI (art. 6.4.IV) no ha querido que la mera voluntad de las partes pueda prevalecer sobre el límite, fuera de los casos en que el titular haya implementado medidas tecnológicas de protección, y que la doctrina de



la STJUE en el caso VG Wort que se acaba de reseñar no avala, sino precisamente todo lo contrario, que en los casos descritos en ese pasaje de la MAIN *ya no se esté ante la figura de la copia privada*. Así pues, cabe sugerir que el futuro art. 31.3.a) incorpore la exigencia de que esas obras, puestas a disposición del público y cuya reproducción esté autorizada con arreglo a lo convenido en un contrato, lleven además anejas medidas tecnológicas de protección. Lo que sucede es que si se agregase este requisito nos situaríamos en el escenario del art. 161.5 LPI, el cual el propio Anteproyecto hará que deje de ser aplicable al límite de copia privada al prever la supresión de la letra a) del art. 161.1 LPI (también del art. 161.4). En resumen, para lograr una correcta adecuación al Derecho comunitario en la materia, probablemente bastaría con dejar subsistente el art. 161.1.a), y obviar la inserción de esa primera letra en el futuro art. 31.3 LPI.

b) Las reproducciones no consideradas privadas a efectos de su compensación y las reproducciones privadas que no dan origen a una obligación de compensación (art. 25 LPI del Anteproyecto).

32. Pasemos ahora a contemplar la otra cara de la medalla del límite, es decir, la compensación equitativa a él anudada, cuya regulación se localiza en el art. 25 LPI, el cual pasaría de los veinticinco apartados actuales a tan sólo cinco. El punto de partida, como el Anteproyecto no ignora, es el art. 5.2.b) DDASI, conforme al cual, los Estados miembros pueden establecer excepciones o limitaciones en relación con reproducciones efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa. De la jurisprudencia comunitaria que ha interpretado este precepto, a la que se alude en la Exposición de Motivos como causante en parte de la reforma, y en concreto de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), de 21 de octubre de 2010, dictada en el célebre caso Padawan



(asunto C-467/08), se deriva, a lo sumo, la necesidad de refinar el sistema de canon, no la de prescindir de él por completo. En efecto, en los apartados donde se sintetiza su doctrina, leemos:

[53] “(...), la aplicación indiscriminada del canon por copia privada en relación con todo tipo de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, incluido el supuesto, citado explícitamente por el órgano jurisdiccional remitente, de que éstos sean adquiridos por personas distintas de las personas físicas para fines manifiestamente ajenos a la copia privada, no resulta conforme con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2001/29.

[54] En cambio, una vez que los equipos en cuestión se han puesto a disposición de personas físicas para fines privados, no es necesario verificar en modo alguno que éstas hayan realizado efectivamente copias privadas mediante aquéllos ni que, por lo tanto, hayan causado efectivamente un perjuicio a los autores de obras protegidas.

[56] De ello se desprende que la mera capacidad de dichos equipos o aparatos para realizar copias basta para justificar la aplicación del canon por copia privada, siempre y cuando dichos equipos o aparatos se hayan puesto a disposición de personas físicas en condición de usuarios privados.

[57] Esta interpretación se ve confirmada por el tenor del trigésimo quinto considerando de la Directiva 2001/29. Éste menciona, como criterio útil para determinar la cuantía de la compensación equitativa, no simplemente el «daño» como tal, sino el «posible» daño. (...).

[59] Habida cuenta de las anteriores consideraciones, (...) es necesaria una vinculación entre la aplicación del canon destinado a financiar la compensación equitativa en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y el presumible uso de éstos para realizar reproducciones privadas. En consecuencia, la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios



privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulta conforme con la Directiva 2001/29”.

33. Así pues, basta con asegurarse de que esta última clase de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital no quede sujeta al canon, lo que no implica que el resto de esos objetos puestos a disposición de usuarios privados, en tanto no conste su reserva manifiesta a usos distintos de la copia privada, no puedan continuar siendo gravados. La Sentencia confirma por tanto la bondad del sistema de canon basado en la mera idoneidad de los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, combinada con un panel de exclusiones.

34. La STJUE de 16 de junio de 2011, dictada en el caso *Stichting de ThuisKopie* (asunto C-462/09) es todavía más clara en cuanto a quién incumbe la responsabilidad de abonar la compensación equitativa por copia privada, que no es otro que el sujeto beneficiado con el límite, aunque el pago de la misma pueda verificarse indirectamente, mediante la repercusión del canon que grave los equipos, aparatos y soportes de reproducción. La primera de las declaraciones finales de esa Sentencia dice:

“La Directiva 2001/29/CE (...) debe interpretarse en el sentido de que el usuario final que realiza a título privado la reproducción de una obra protegida debe, en principio, considerarse el deudor de la compensación equitativa (...). No obstante, los Estados miembros tienen la facultad de establecer un canon por copia privada que grave a quienes ponen a disposición del usuario final equipos, aparatos o soportes de reproducción, siempre que estas personas tengan la posibilidad de repercutir el importe de dicho canon en el precio de puesta a disposición abonado por el usuario final”.



35. En definitiva, la jurisprudencia del TJUE dictada en interpretación del art. 5.2.b) DDASI, no aboca a suprimir el sistema de canon por copia privada, antes bien parece considerar que ese sistema es el único que garantiza, aunque sea de un modo indirecto, que el pago de la compensación equitativa sea asumido por los sujetos que realizan las copias privadas. A lo sumo, dicha jurisprudencia reclama el mayor perfeccionamiento del sistema, a fin de que sean excluidos de gravamen los objetos que no sean empleados de manera ostensible para la realización de copias privadas.
36. Análogamente, las Recomendaciones del Sr. Vitorino, en su condición de Mediador de alto nivel –designado por el Comisario europeo, Sr. Barnier– sobre canon por copia privada y reprografía, hechas públicas el 31 de enero de 2013, se apoyan en la premisa de que el sistema de compensación equitativa por copia privada es de tipo “canon” que grava equipos, aparatos y soportes de reproducción. Para el Mediador, la condición de gravable de un equipo, aparato o soporte depende únicamente de si es técnicamente idóneo para realizar copias, si bien eso debe combinarse con que, desde el punto de vista del uso, sólo los equipos, aparatos y materiales de reproducción que se pongan a disposición de usuarios privados deban estar sujetos al canon. Las Recomendaciones se preocupan de cómo conciliar el sistema de canon con los principios del mercado interior. A este respecto, los Estados miembros pueden establecer matices sobre qué equipos, aparatos y soportes materiales deben estar gravados y cuáles han de quedar exentos, pero no se detecta margen, en el sistema que dibujan las Recomendaciones del Sr. Vitorino, para que un Estado miembro lleve a cabo la total dispensa de gravamen para toda clase de equipos, aparatos y soportes idóneos para la realización de copias privadas, incluidos los puestos a disposición de personas físicas que actúen como usuarios privados. En este sentido, el sistema de compensación no basada en canon que el legislador español proyecta consolidar, está llamado a producir una distorsión en el mercado interior, puesto que no es ya



que los equipos, aparatos y soportes de reproducción idóneos estarán sujetos en España a un gravamen más bajo que en otros países comunitarios, sino que dicho gravamen tendrá un valor cero. Quienes comercialicen esa clase de objetos destinados a consumidores españoles no tendrían que abonar canon alguno, que por lo mismo tampoco se repercutiría a esos consumidores, mientras que quienes comercialicen esos mismos productos en otro país que prevea un sistema de compensación basado en un canon (v. gr. Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Suecia, Holanda, Portugal) tendrán que abonarlo, y sus consumidores a la postre soportarlo.

37. Por todo ello, a juicio de este Órgano, el riesgo de falta de adecuación de nuestro ordenamiento al Derecho de la UE, si se persiste en cargar el coste de la compensación al erario público y en dispensar correlativamente del mismo a los intermediarios en el mercado de equipos, aparatos y soportes de reproducción y a sus consumidores, no es despreciable, y podría ponerse de manifiesto de manera temprana en forma de cuestiones prejudiciales elevadas por algún Juez o Tribunal nacional ante el TJUE. En este sentido, no hay que desconocer que el Reino de España afronta en estos momentos dos denuncias ante la Comisión Europea por el posible incumplimiento del Derecho comunitario que se derivaría de la regulación plasmada en la DA 10ª RD-L 20/2011.
38. Entrando a algunos detalles de la regulación de la compensación equitativa, el Anteproyecto señala, en su Exposición de Motivos, que “la financiación de esta compensación a cargo de los Presupuestos Generales del Estado va a llevarse a cabo con pleno respeto del principio del justo equilibrio entre la cuantía de aquélla y el perjuicio causado por las copias privadas realizadas al amparo del límite, de obras protegidas, *vinculación que se plasma legalmente en los criterios a tener en cuenta en el procedimiento de cuantificación y liquidación de la obligación compensatoria* para consignar anualmente dicha



cuantía que después se referirá”. Sin embargo, el art. 25 LPI proyectado no contiene realmente una plasmación de los criterios a tener en cuenta de cara a la cuantificación y liquidación de esta compensación. Sus apartados 1 y 2 describen la propia compensación y los beneficiarios de la misma. Los apartados 4 y 5 contienen diversas clases de reproducciones excluidas que influirán en la determinación de la cuantía de la compensación. Pero el precepto no indica, con respecto a las reproducciones que sí quedan incluidas, cuáles serán los factores que se tendrán en cuenta para llevar a cabo la cuantificación. El apartado 3, que sí avanza que la compensación se calculará sobre la base del perjuicio efectivamente causado, se remite al procedimiento que se diseñará reglamentariamente. En la actualidad, el art. 3.2 del RD 1657/2012, tras indicar que la cuantía de la compensación se calculará sobre la base del perjuicio efectivamente causado a los titulares como consecuencia del límite de copia privada, enumera hasta cinco criterios objetivos que deberán tenerse en cuenta para la estimación de ese perjuicio. En opinión de este Consejo General, esos criterios, o los que en su lugar se considere oportuno establecer de cara al futuro, deberían quedar plasmados en la norma legal y no en el reglamento de desarrollo de la misma. De hecho, como acabamos de ver, ése es el propósito que se declara en la Exposición de Motivos, si bien después el articulado del Anteproyecto desmiente dicho anuncio.

39. Por lo que se refiere a las exclusiones, el Anteproyecto distingue entre las reproducciones que no se tendrán en cuenta para la determinación de la cuantía de la compensación (apartado 4 del art. 25 LPI) y las que, no obstante su consideración de copias privadas, no dan lugar a obligación de compensar por ser mínimo el perjuicio que causan al titular (apartado 5 del art. 25 LPI). En cuanto a las primeras, el Anteproyecto combina a su vez una cláusula general y un elenco de casos concretos. La cláusula general pretende ser reflejo de la doctrina emanada de la STJUE en el caso Padawan, sin embargo



incorpora una matización que la distorsiona, pues señala que a los efectos de la determinación de la cuantía de la compensación equitativa, “*no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado las realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital adquiridos por personas jurídicas que no se hayan puesto, de hecho ni de derecho, a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas*” [en subrayado los añadidos que incorpora el Anteproyecto y que la Sentencia no contiene]. Pero el problema de este primer párrafo del art. 25.4 LPI en proyecto no es tanto que añada un matiz que, por cierto, reduciría el alcance de la excepción trazada por el TJUE, sino que entra en contradicción con una de las exclusiones enumeradas en el segundo párrafo del precepto, y en concreto la de la letra c), conforme a la cual no se cuantificarán las reproducciones de obras que se realicen mediante equipos, aparatos y soportes materiales:

“[a]dquiridos por personas jurídicas, administraciones públicas y profesionales que habitualmente utilizan esos dispositivos para el ejercicio de su actividad”.

Es decir, frente al art. 25.4.I LPI, que excluye para el cálculo de la compensación los equipos, aparatos y soportes de reproducción adquiridos por personas jurídicas, sólo cuando además aquéllos no hayan sido puestos a disposición de usuarios privados y estén manifiestamente reservados a la realización de copias privadas, el art. 25.4.II.c) LPI excluye, sin necesidad de mayores exigencias, a los adquiridos por personas jurídicas (también por administraciones públicas y profesionales), basándose en el presupuesto de que “habitualmente utilizan esos dispositivos para el ejercicio de su actividad” (el uso del verbo en indicativo –“utilizan”–, en lugar del subjuntivo –“utilicen”– impide conceder valor especificativo a la frase subordinada). Por consiguiente, más allá de la fidelidad al pronunciamiento del TJUE en el caso Padawan, el



prelegislador debería evitar trazar por doble partida una misma exclusión, rodeándola en un caso de requisitos adicionales y en el otro no.

40. Algo similar podría suceder con lo dispuesto en la letra e) de ese mismo art. 25.4 LPI proyectado, en virtud de la cual se excluyen las reproducciones efectuadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción *“que, por sus especificaciones, tamaño, coste o demás características, estén destinados objetivamente a uso empresarial o profesional”*. Si este caso, como parece, se puede considerar embebido en la segunda de las exigencias marcadas en la STJUE Padawan (*“que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas”*), tendríamos de nuevo la reiteración de una exclusión, en un caso contemplada sin mayores requisitos y en el otro combinada con la exigencia de que los equipos, aparatos y soportes en cuestión no se hayan puesto a disposición de usuarios privados.
41. En fin, la exclusión de la letra d) del art. 25.4.II LPI del Anteproyecto (*“los que estén dotados con medidas tecnológicas que impidan la realización de copias privadas o que permitan la realización de un número limitado de copias autorizadas”*), suscita dos dudas importantes. En primer lugar, no parece que –pese a los adelantos de la tecnología– pueda haber en el mercado equipos, aparatos y soportes de reproducción digital capaces de discriminar e impedir la realización de copias en función de si éstas son o no copias privadas, máxime teniendo en cuenta el surtido de requisitos legales que será necesario reunir en el futuro para que una copia pueda considerarse hecha al amparo del límite en cuestión. Por otro lado, ya hemos visto que, a los efectos tanto de la aplicación del límite como de su compensación, el TJUE en su Sentencia VG Wort ha considerado irrelevante que las copias en cuestión pudieran considerarse autorizadas; además de que no parece respetar el justo equilibrio entre los sujetos afectados, fuera de los casos de perjuicio mínimo –que el Anteproyecto ya aborda en el apartado siguiente del art. 25



LPI–, considerar que un equipo, aparato o soporte que de hecho permite la reproducción de un número limitado de copias, no debe computarse en absoluto de cara a determinar la cuantía de la compensación.

42. En resumidas cuentas, sería aconsejable revisar las exclusiones enumeradas en las letras c), d) y e) del proyectado art. 25.4.I LPI. El apartado podría perfectamente subsistir, sin quebrar el espíritu de la Norma pero logrando un adecuado ajuste a la jurisprudencia comunitaria y evitando incurrir en previsiones contradictorias, si se mantuviera la exclusión general del primer párrafo y las exclusiones concretas de las letras a) y b) del segundo párrafo.

43. Si nos trasladamos a las situaciones de perjuicio mínimo, en las que, a pesar de estar en juego la realización de copias privadas, no se da origen a una obligación de compensación (art. 25.5 LPI del Anteproyecto), este Consejo advierte el riesgo de que se produzca una contradicción interna con relación al art. 31.2.b) LPI del Anteproyecto. Si nos fijamos, las dos situaciones de perjuicio mínimo que contempla el art. 25.5 son las siguientes:

“a) La reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de radiodifusión para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno.

b) La reproducción por una persona física para su uso privado de obras o prestaciones protegidas lícitamente adquiridas por ésta al objeto de darle un formato diferente”.

La primera de esas situaciones coincide, literalmente, con el segundo de los casos en que, de acuerdo con el art. 31.2.b), ha de entenderse que el copista ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra de cuya copia se trata (*“cuando se realice una reproducción individual y temporal de obras a las*



que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante radiodifusión, únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno). Resulta pues que, por un lado, el dato de que el copista efectúe la reproducción a partir de un acto legítimo de radiodifusión, con el fin de usarla temporalmente para verla u oírla en un horario distinto del de emisión, aparece como exigencia para que pueda considerarse una copia lícitamente realizada, pero al mismo tiempo esa situación es contemplada en el art. 25.5.a) como susceptible de causar un perjuicio mínimo a los titulares, de donde no origina obligación de compensación. Tenemos entonces que una primera mitad de los supuestos de copias privadas lícitas no darán origen a compensación, por considerarlos simultáneamente la ley situaciones de perjuicio mínimo.

44. Si este efecto ya bastaría por sí solo para aconsejar una cuidadosa revisión de las relaciones entre el art. 25.5 y el art. 31.2.b) LPI del Anteproyecto, tanto más lo aconsejará el constatar que la otra de las situaciones de perjuicio mínimo se corresponde con el primero de los casos en que, conforme al art. 31.2.b), cabe entender que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra: *“cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, y adquirida en propiedad por compraventa comercial”*. En efecto, la alusión del art. 25.5.b) a que la reproducción lo sea *“de obras o prestaciones protegidas lícitamente adquiridas por ésta”* [la persona física que haga la copia], permite trazar una correlación con la exigencia del art. 31.2.b.1º) de que la copia se efectúe a partir de un soporte *adquirido en propiedad por compraventa comercial*, única vía propiamente de adquisición lícita que el Anteproyecto a fin de cuentas contempla. Por lo demás, el dato de que el art. 25.5.b) agregue que las reproducciones a las que ese precepto se refiere serán las confeccionadas *“al objeto de darle [a la obra, o más exactamente al soporte de la misma lícitamente adquirido por el copista] un formato*



diferente”, apenas produce un efecto selectivo, ya que toda copia privada, por definición, encierra la traslación de la obra desde el soporte matriz a un soporte diferente, por lo que el cambio de formato estará prácticamente garantizado. Si el prelegislador tiene en mente un caso particular de confección de copias privadas, debería hacer un esfuerzo por encontrar una expresión más precisa que la de “darle un formato diferente”, que permita advertir con nitidez que la situación prevista en el art. 25.5.b) no es sin más idéntica a la prevista en el art. 31.2.b.1º), sino que se corresponde con un subcaso de la misma.

45. De ser atinados, como creemos, los anteriores razonamientos, el sistema de relaciones entre el límite de copia privada y su compensación, tal y como aparece diseñado en el Anteproyecto, adolecería de un vicio estructural, dado que en ninguna de las dos únicas situaciones en las que una reproducción para uso privado puede confeccionarse lícitamente, se prevé que las copias así realizadas vayan a generar obligación de compensación, lo que es tanto como decir que no habrá posibilidad legal de que se genere en ningún caso obligación de abonar la compensación equitativa por copia privada. Se trata, sin duda, de un efecto no deseado, pues de otro modo carecería de sentido que el prelegislador hubiese redactado los cuatro primeros apartados del art. 25, destinados a regular el sistema de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los PPGGE.
46. A esta inconsistencia probablemente se llega por el afán de reducir al máximo el ámbito de aplicación del límite de copia privada, afán por lo demás lógico si se piensa que, en un sistema como el del Anteproyecto, es el propio Estado que diseña el límite el que deberá sufragar después la compensación a él anudada. El problema es que cuando las copias privadas cuya realización se permite son tan pocas, es proporcionalmente más fácil que el límite quede situado en los dominios del *perjuicio mínimo*. Frente a este planteamiento,



partiendo de que la Directiva 2001/29 (Considerando [35]) señala que las situaciones de perjuicio mínimo no deben dar derecho a compensación, la delimitación del límite tendría que hacerse de tal manera que las copias realizables a su amparo sobrepasen de un modo significativo aquellas situaciones de perjuicio mínimo, ya que de otro modo no se cumpliría el requisito de que el Estado miembro que incorpore el límite reconozca al mismo tiempo una compensación que pallee de manera efectiva el perjuicio causado por aquél. Por tanto, si el legislador quiere definir algunas situaciones de perjuicio mínimo en el art. 25 LPI, tendrá que poner cuidado en que éstas queden a suficiente distancia de las que haya tomado como referencia para definir el propio límite de copia privada, so riesgo de que la compensación equitativa correspondiente quede vacía de contenido. De no hacerse de este modo, podría suceder que a la postre el sistema diseñado por el legislador español resultase contrario al Derecho de la UE no ya por la decisión de abandonar el sistema de canon y desplazar hacia el erario público la carga de abonar la compensación equitativa por copia privada, sino por una visión excesivamente restrictiva del límite que hace equivaler las únicas copias privadas permitidas a las situaciones que a su vez son de perjuicio mínimo, de tal forma que la obligación de abonar la compensación resulta de *facto* inexistente, o no capta el perjuicio realmente causado a los titulares por copias que merecerían haber sido calificadas como lícitas al amparo del límite.

2. Régimen de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual.

a) La diferenciación entre gestión colectiva voluntaria y gestión colectiva obligatoria a efectos del régimen de supervisión y de la legitimación procesal. El sistema de «ventanilla única» para reducir costes de transacción.



47. Conforme al régimen vigente, quien pretenda dedicarse a la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual debe ser una entidad legalmente constituida y proveerse de una autorización concedida por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, que es objeto de publicación en el BOE (art. 147 LPI). La autorización, que no es automática y que puede ser revocada si la entidad incumple gravemente sus obligaciones (art. 149 LPI), exigirá que la entidad se haya dotado de unos estatutos conforme a las prescripciones legales y demuestre reunir las condiciones adecuadas para asegurar la eficaz administración de los derechos cuya gestión le va a ser encomendada en todo el territorio español (art. 148.1 LPI). Una vez autorizadas, las entidades de gestión disponen de algunas ventajas, como la especial legitimación para hacer valer los derechos encomendados a su gestión en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales (art. 150 LPI), pero también quedan sujetas a diversas obligaciones, tanto para con sus socios (arts. 152-156 LPI) como para con sus usuarios (art. 157 LPI), así como con la Administración que ejerza las facultades de vigilancia (art. 159 LPI). Con arreglo a la redacción del art. 147 LPI, es dudoso que un sujeto no constituido ni autorizado como entidad de gestión pueda realizar una gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, pero en todo caso, aun admitiendo que así fuera, parece claro que no recibiría el estatus de entidad de gestión, ni gozaría de ninguna de las ventajas que la Ley dispensa a esta clase de entidades, aunque tampoco se le podrían exigir las obligaciones que a estas entidades se les imponen.

48. En el modelo del Anteproyecto, sin embargo, se da plena carta de naturaleza a esa posibilidad, al admitirse que *“[l]a administración y gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, podrá desarrollarse por cualquier persona física o jurídica legalmente constituida, a excepción de los derechos de gestión colectiva obligatoria que serán*



gestionados exclusivamente por las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual autorizadas” (art. 147 LPI del Anteproyecto). Es decir, si el Anteproyecto es aprobado en sus actuales términos las entidades de gestión colectiva serán las únicas que podrán gestionar derechos de gestión colectiva obligatoria, pero no las únicas que podrán gestionar colectivamente derechos de propiedad intelectual. Los gestores no autorizados podrán llevar a cabo, a semejanza de lo que puede hacer actualmente un titular individual pero por cuenta y en interés de varios titulares, la administración de derechos de gestión colectiva voluntaria.

49. Sin embargo, el Anteproyecto no se limita a ampliar el abanico de entes que podrán desarrollar una actividad de gestión colectiva voluntaria, propiciando la aparición de esos sujetos no autorizados junto a las tradicionales entidades de gestión, sino que aprovecha para introducir importantes novedades en la regulación de las entidades de gestión, autorizadas como tales, sujetándolas a un régimen de transparencia y supervisión más severo que el actual, lo que contrasta con el dato de que los gestores no autorizados no queden sujetos a ningún régimen de control, no ya a uno inferior en grado. Esto sería indicativo de que la única gestión colectiva que al legislador le parece importante someter a supervisión es la obligatoria, no la voluntaria. Sin embargo, el proyectado art. 149.1 LPI, entre las condiciones que la Administración competente deberá tener en cuenta para conceder o no la autorización como entidad de gestión, menciona en su letra d) la de que la entidad solicitada acredite *“la representación de un repertorio de obras y prestaciones protegidas españolas y extranjeras de gestión colectiva voluntaria”*. Esta exigencia, además de revelar una cuestionable necesidad de interconexión entre gestión colectiva obligatoria y voluntaria, implica que en el mercado de la gestión colectiva voluntaria habrá dos tipos de agentes realizando la misma actividad, unos no sujetos a control (los gestores no autorizados) y otros sí (las entidades de gestión), ya que el régimen de obligaciones y supervisión de



las entidades de gestión no se limita a la parte de su actividad relativa a la gestión colectiva obligatoria.

50. Ello no parece coherente, ni tampoco se orienta a lograr que el ámbito de la gestión colectiva quede en su conjunto sujeto a mayor vigilancia, sino estrictamente la parte del mismo protagonizado por las entidades de gestión. Es posible que tenga sentido introducir un mayor control cuando el gestor administra además derechos de gestión colectiva obligatoria, pero eso no está reñido con mantener también un cierto grado de supervisión de la actividad de los gestores que sólo se ocupan de administrar derechos de gestión colectiva voluntaria (la MAIN, pág. 16, habla en términos genéricos de “*promover la eficacia del sistema de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*”). Por poner sólo un ejemplo, no parece que haya especial impedimento para aplicar a los gestores no autorizados obligaciones de información, transparencia y rendición de cuentas como las previstas para las entidades de gestión en las letras e), g) o i) del proyectado art. 157.1 LPI.
51. En otro orden de cosas, exigir como condición para operar como entidad de gestión la acreditación de ostentar la representación de un repertorio de gestión colectiva voluntaria, implica desconocer que en algunos sectores los titulares apenas tienen derechos exclusivos susceptibles de gestión voluntaria (artistas intérpretes o ejecutantes), o los que tienen no desean gestionarlos colectivamente (productores fonográficos y audiovisuales).
52. Junto a las razones expuestas, las cuales avalarían por sí solas la supresión de la previsión contenida en la letra d) del art. 149.1 LPI del Anteproyecto, cabe anotar todavía una más, y es que dicha previsión parece impedir la posibilidad de que las entidades de gestión se disocien y den lugar a la creación de dos subentidades, una consagrada a los derechos de gestión colectiva obligatoria y la otra a los derechos de gestión colectiva voluntaria. El



propósito al cual tendería esa disociación es tan simple como evitar que el severo régimen de obligaciones no contrapesadas por ninguna ventaja que se prevé aplicar a las entidades de gestión, se extienda también a la parte de su actividad relativa a los derechos de gestión colectiva voluntaria. En efecto, mientras que se seguirán aplicando a las entidades de gestión los requisitos de partida (v. gr. ausencia de ánimo de lucro, medios económicos suficientes, estatutos conforme a prescripciones legales), así como las obligaciones, tanto para con sus socios (v. gr. en materia de contabilidad y reparto), como para con sus usuarios (v. gr. la obligación de contratar en condiciones equitativas, la de establecer tarifas generales, las de facilitar información transparente) y para con la Administración (v. gr. deberes de suministro de información y documentación), con independencia de que actúen administrando derechos de gestión colectiva obligatoria o voluntaria, los gestores no autorizados podrán tener ánimo de lucro, no tendrán por qué proveerse de estatutos ajustados al art. 151 LPI, no deberán reunir las exigencias previstas en el art. 148.1 del Anteproyecto, no tendrán que atender las obligaciones previstas en los arts. 154, 155, 156 y 157 LPI, ni estarán sujetos al régimen de vigilancia administrativa o expuestos al régimen de infracciones y sanciones que diseña el Anteproyecto. Es cierto que, a cambio, no podrán administrar derechos de gestión colectiva obligatoria, ni beneficiarse de la legitimación especial de que sí gozan las entidades de gestión para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, pero conforme al Anteproyecto esta legitimación de las entidades de gestión ya no les beneficiará en el ámbito de toda su actividad sino sólo cuando actúen en ejercicio de derechos de gestión colectiva obligatoria.

53. En este sentido, como anticipábamos en las consideraciones generales, la modificación del art. 150 LPI es una de las más trascendentales en el ámbito de la gestión colectiva de todas las que introduce el Anteproyecto, puesto que afecta a un factor clave, ya que dependiendo de cómo se configure esa



legitimación el cometido de estas entidades, en la casi totalidad de sus ámbitos de actuación, puede verse facilitado o por el contrario dificultado. En la actualidad, las entidades de gestión pueden acreditar su legitimación *ad causam* en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales mediante la aportación al inicio del proceso de una copia de sus estatutos y una certificación acreditativa de su autorización administrativa. Se trata de una especificación de la exigencia general plasmada en el art. 264.2º LECiv, conforme al cual, con la demanda, la contestación o, en su caso, al comparecer a la vista de juicio verbal, habrán de presentarse, aparte otros documentos, *los que acrediten la representación que el litigante se atribuya*. En el modelo del Anteproyecto este sistema de legitimación especial, que permite a las entidades hacer valer de manera colectiva todos los derechos confiados a su gestión, y aun todos los derechos de la categoría que la entidad administre con arreglo a sus estatutos, pasa a aplicarse únicamente a las actuaciones que la entidad lleve a cabo en ejercicio de derechos de gestión colectiva obligatoria. Se trata de un cambio esencial en materia de legitimación de las entidades de gestión, sobre el que sin embargo no se facilita ninguna explicación ni en la Exposición de Motivos ni en la MAIN, lo que impide conocer el fin al que obedece o los beneficios que se espera obtener de esta medida.

54. El razonamiento implícito que parece inspirar la medida es que sólo debe facilitarse la legitimación de las entidades de gestión cuando éstas actúen en el ejercicio de derechos cuya gestión les corresponda asumir, de manera necesaria y exclusiva, por virtud de un mandato legal, ya que entonces su función es al mismo tiempo una carga que les viene legalmente impuesta y una suerte de servicio de interés general. Sin embargo, aunque con menor intensidad, esas notas también se dan en la gestión colectiva voluntaria que desempeñan estas entidades. Así, las entidades de gestión, incluso cuando actúan administrando derechos de gestión colectiva voluntaria, no son libres



de aceptar o denegar la encomienda que deseen realizarles los titulares. De conformidad con el art. 152 LPI, que el Anteproyecto no prevé reformar, “*las entidades de gestión están obligadas a aceptar la administración de los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual que les sean encomendados de acuerdo con su objeto o fines*”. Junto a ello, puede decirse que la gestión colectiva voluntaria ejercida al nivel en que lo hacen las entidades de gestión satisface un cierto interés general, o al menos diversos grupos de intereses colectivos: primero, solventa el problema que para cada titular de derechos supondría ocuparse, a título individual, de localizar a todos los potenciales usuarios de sus obras o prestaciones, así como de dar los pasos necesarios en orden a facilitarles la pertinente licencia y cobrarles la remuneración; segundo, resuelve las dificultades en que se encontraría un usuario cualquiera, si en lugar de obtener una licencia para explotar las obras o prestaciones del repertorio de una entidad de gestión, tuviera que procurarse una autorización específica para cada una de las que pretende utilizar; tercero, igualmente el público sale beneficiado, pues de un lado el ahorro en costes de negociación a cargo de los utilizadores redundará en una más intensa explotación de las obras y prestaciones, que por lo mismo se harán más asequibles al público, y de otro, en la medida en que sus ingresos se incrementen, los autores y demás titulares se verán estimulados para seguir realizando nuevas creaciones y prestaciones protegidas.

55. De hecho, la propia Ley admite que las entidades desempeñan una misión cercana al servicio público, razón por la que en definitiva somete su actividad a la obtención de una autorización administrativa, que no sólo se liga al dato de que vayan a administrar derechos de gestión colectiva obligatoria, porque en ese caso no tendría sentido que el proyectado art. 149.1.d) LPI subordine el otorgamiento de esa autorización administrativa a que la entidad solicitante acredite *la representación de un repertorio de obras y prestaciones protegidas españolas y extranjeras de gestión colectiva voluntaria* [sic; es obvio que



debería decir “obras o prestaciones”]. Desde otro punto de vista, el hecho mismo de que las entidades de gestión tengan que acreditar la representación de un repertorio de gestión colectiva voluntaria, además de aportar unos estatutos conformes con las prescripciones legales, acreditar experiencia en la administración de derechos de explotación de los titulares de derechos comprendidos en su gestión, y disponer de medios económicos y técnicos demostrables que aseguren una eficaz administración de los derechos para los que solicitan autorización en todo el territorio español (vid. letras a/ a c/ del art. 149.1 LPI del Anteproyecto), parece constituir un conjunto de condiciones lo suficientemente exigente como para conferirles, por contraposición a los gestores privados que operan sin necesidad de recabar autorización administrativa, esa legitimación procesal especial del art. 150 LPI, también para la parte de su actividad relativa a los derechos de gestión colectiva voluntaria.

56. En general, el hecho de que las entidades de gestión estén sometidas a un mismo régimen de supervisión y control administrativo para todas sus facetas de actividad –al que obviamente no están sujetos los gestores privados no autorizados– hace difícil de justificar que, a la hora de regular su legitimación, el legislador sí trace una distinción entre la gestión colectiva obligatoria y la voluntaria. Si sólo la primera es de la suficiente entidad como para merecer que las entidades se beneficien de la legitimación especial del art. 150 LPI, siendo la segunda una mera actividad *inter privados* que no merece un tratamiento singular en sede de legitimación procesal *ad causam*, entonces tampoco debería merecer un mismo trato desde el punto de vista de su sujeción a la vigilancia administrativa. Y si se llega a la conclusión de que esta actividad, pese a no reunir la nota de interés general suficiente como para extenderle el beneficio de la especial acreditación de su legitimación, sí merece ser tratada como la gestión colectiva obligatoria desde la óptica del control administrativo, entonces este mismo control debería imponerse a los



gestores libres que, a pesar de no obtener autorización administrativa, realizan la misma clase de gestión colectiva voluntaria que las entidades.

57. Hay pues, o al menos así lo entiende este Consejo, un poso de contradicción interna en el sistema diseñado por el prelegislador, que obligaría a repensar y ajustar mejor las diferentes piezas del modelo. Pero, más allá del problema de coherencia interna de la Norma, debe ponerse en valor la relevancia de que las entidades de gestión gocen sin mutilaciones de esa especial legitimación del art. 150 LPI, la cual no debe verse afectada por el hecho de que se quiera abrir la posibilidad de que gestores privados no autorizados pasen a convivir con las entidades sí autorizadas en el ámbito de la gestión colectiva voluntaria. Y es que está en juego que las entidades puedan desarrollar una eficaz labor de defensa y protección de los derechos que representan. Esto es algo que el TS ha dejado claro a lo largo de una extensa y reiterada jurisprudencia sobre la materia, que debería haber estado más presente de lo que seguramente lo ha hecho en la mente de los redactores del Anteproyecto. Esa jurisprudencia arranca de dos conocidas Sentencias de la Sala 1ª del TS de 29 de octubre de 1999 (la núm. 880/1999 y la núm. 881/1999), y se repite en numerosas resoluciones posteriores entre las que cabe citar, sin ánimo exhaustivo, las de 18 de octubre de 2001, 18 de diciembre de 2001, 15 de julio de 2002, 24 de septiembre de 2002, 31 de enero de 2003, 10 de mayo de 2003, 24 de noviembre de 2006, 12 de diciembre de 2006, 16 de abril de 2007, 8 de junio de 2007 y 15 de enero de 2008. A modo de resumen, cabe citar el razonamiento plasmado en el F. J. 2 de la STS núm. 881/1999, de 29 de octubre de 1999 [la alusión al art. 135 de la LPI/1987 debe entenderse hecha al actual art. 150 LPI]:

“Cuando el art. 135 de la Ley de Propiedad Intelectual, redacción de 1987, establece que «las entidades de gestión una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales», debe entenderse partiendo de lo antes dicho, que la expresión «derechos confiados a su gestión» puesta en relación con la de «en los términos que resulten de sus estatutos», se refiere a aquellos derechos cuya gestión «in genere» constituye, de acuerdo con los estatutos, el objeto de actuación de la entidad de gestión, no a los concretos derechos individuales que, mediante contratos con los titulares de los mismos o acuerdos con otras organizaciones de idéntica finalidad, les hayan sido encomendados para su gestión; se atribuye así a la SGAE legitimación para la defensa en juicio de los derechos a que se extiende su actividad; entender, como hace la Sentencia recurrida, que es necesaria la acreditación documental, al amparo del art. 503.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la relación contractual establecida entre la SGAE con cada uno de los titulares del derecho de comunicación pública o de los acuerdos con otras entidades de idéntica función gestora, hace ineficaz, respecto de esta modalidad de derechos de autor, el sistema de protección establecido en la Ley, al no alcanzar la así dispensada los caracteres de real, concreta y efectiva que el Texto Legal propugna, resultando defraudados los intereses generales en la protección de la propiedad intelectual que justifica la concesión de autorización administrativa a las entidades de gestión [art. 133.1 c) de la Ley de 1987].

El art. 503.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de interpretarse a la luz de la realidad social del tiempo en que se aplica (art. 3.1 del Código Civil), realidad social actual que difiere sensiblemente de aquella existente en el momento de la publicación de la Ley, en que los litigios se desarrollaban entre personas fácilmente determinables y cuya representación era fácil acreditar mediante la aportación de los correspondientes documentos, no existiendo un tráfico jurídico en masa, como es el que justifica la existencia de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor y para la defensa de intereses



colectivos como las organizaciones de consumidores y usuarios, lo que dificulta y hace extremadamente gravoso para estas entidades que tienen encomendada la protección y defensa de determinados derechos e intereses legítimos, la acreditación individualizada de cada uno de sus miembros en los procesos en que sean parte; de ahí que el legislador, unas veces de forma expresa (...) y otras de forma presunta, con presunción que ha de entenderse «iuris tantum», atribuya legitimación a las entidades y asociaciones encargadas de la protección y defensa de determinados derechos e intereses, sin necesidad, por tanto, de acreditar la representación de cada uno de sus miembros y asociados. Entre esas entidades a las que se reconoce legitimación presunta, nacida del régimen jurídico a que están sometidas y de los derechos que gestionan, están las entidades de gestión de los derechos de autor para cuando se trata de la defensa de los derechos de comunicación que requieren una autorización global [art. 142.1 a) de la Ley de 1987]. En consecuencia, basta a la SGAE para la defensa en juicio de los derechos a que se refiere el litigio con la aportación de la autorización administrativa que la habilita para gestionar esta modalidad de derechos de autor y los Estatutos aprobados por el Ministerio de Cultura, para tener así por cumplido lo exigido en el art. 503.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...).».

58. Del pasaje transcrito se desprende además una cuestión trascendental y es que, a falta de poder acreditar su legitimación mediante copia de sus estatutos y certificación de su autorización administrativa, la alternativa para las entidades sería la aportación de todos los contratos de gestión por los que los titulares –a veces decenas de miles– les han hecho encomienda de sus derechos. Ésa era la vía de defensa del demandado en el litigio resuelto por la Sentencia reseñada y ésa sería, a no dudarlo, la que se plantearía por cualquier demandado al que se dirigiese una entidad de gestión en ejercicio de derechos de gestión voluntaria, en cuanto la proyectada reforma del art. 150 LPI fuese objeto de aprobación. Sería pues oportuno que, si no el



mantenimiento del ámbito actual de aplicación del segundo párrafo del art. 150 LPI, al menos el futuro texto legal procediera a clarificar a través de qué vía podrán las entidades de gestión acreditar su legitimación cuando actúen ejercitando derechos de gestión colectiva voluntaria. Y es que, en rigor, la norma proyectada, cuando especifica cómo podrán acreditar su legitimación las entidades de gestión cuando actúen en el ejercicio de derechos de gestión colectiva obligatoria, está proporcionando sólo la mitad de la información necesaria. Junto a ello debería concretar si en el ámbito de los derechos de gestión colectiva voluntaria, a fin de acreditar la legitimación, habrá de estarse a una aplicación sin mayores matices del art. 264.2º LECiv, o si acaso podría articularse algún mecanismo alternativo de acreditación que evitase a las entidades tener que aportar una documentación tan voluminosa y costosa de actualizar como sería la copia de todos los contratos de gestión que tengan suscritos con sus titulares (v. gr. certificación del secretario de la entidad por la que dé fe de que los titulares afectados han contratado en efecto con la entidad demandante la gestión de sus derechos).

59. Para finalizar con este epígrafe, debe mencionarse la repercusión que para las entidades de gestión tendrá lo previsto en la disposición adicional 1ª del Anteproyecto (“Medidas de reducción de los costes de transacción”), y en particular su segundo apartado, en virtud del cual:

“2. Cuando una misma actividad económica requiera la explotación de obras y prestaciones protegidas que afecte a varias categorías de derechos de propiedad intelectual y el colectivo de usuarios que la ejerza sea significativo, las entidades de gestión que los administren deberán actuar conjuntamente o bajo una sola representación frente a dichos usuarios en todo lo relacionado con la negociación, facturación y pago”.



Esta disposición sería la respuesta a la demanda de diversos colectivos de usuarios que venían reclamando la instauración de un sistema de «ventanilla única», a fin de evitar tener que negociar y liquidar el pago de los derechos con cada una de las entidades que representen a las diferentes categorías de titulares afectados por los actos de explotación realizados por un determinado usuario. Sin duda, el sistema de ventanilla única es beneficioso para los usuarios y la reducción de costes de transacción puede beneficiar también a los titulares, si bien hay que evitar que con la implementación de una fórmula de este tipo los costes de transacción, en lugar de reducirse, simplemente se trasladen del ámbito externo de las relaciones entre entidades y usuarios al ámbito interno de las relaciones entre las diferentes entidades que conforman la *ventanilla*.

60. El modelo de ventanilla única no es ajeno por completo a la regulación actual del sistema de la LPI, la cual prevé ya que determinados derechos otorgan a dos grupos de titulares el poder de exigir el pago de una remuneración equitativa y única de manos de los usuarios correspondientes. Es el caso de la remuneración conectada con la comunicación pública de fonogramas, que es única desde el punto de vista del usuario obligado a abonarla y debe repartirse entre los diferentes titulares –a falta de acuerdo entre ellos por partes iguales– por medio de las entidades que los representan (vid. arts. 108.4 y 116.2 LPI). En la práctica las entidades de gestión de los artistas y de los productores fonográficos (AIE y AGEDI respectivamente) han creado un Órgano Conjunto de Recaudación, que viene funcionando desde hace varios años, y que constituye un buen ejemplo de ventanilla única altamente satisfactorio para todas las partes implicadas. En fechas recientes, ambas entidades han firmado a su vez un acuerdo de colaboración con SGAE, de forma que esta entidad resulta facultada para asumir la representación de AGEDI y AIE en orden a la gestión de los derechos de comunicación pública sobre los fonogramas y las interpretaciones en ellos registradas. Gracias a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

este acuerdo, el usuario podrá liquidar ante SGAE, en un solo acto, los derechos correspondientes a las tres categorías de titulares: autores, artistas y productores.

61. El precepto que el prelegislador prevé incluir a través de esa disposición adicional 1ª del Anteproyecto, pivota en torno a un factor clave, cual es que la actividad económica de referencia, sobre la que se proyectan derechos de propiedad intelectual pertenecientes a diversas categorías de titulares y gestionados por entidades de gestión distintas, sea ejercida por un colectivo de usuarios significativo. Ello excluye, por tanto, al usuario aislado, que no pueda considerarse perteneciente a un colectivo, pero también al que pertenezca a un colectivo si éste no alcanza el rango de significativo. Quizás sería adecuado disponer que, por vía de desarrollo reglamentario, el Gobierno determine un catálogo de colectivos de usuarios de las entidades de gestión que deban considerarse significativos a estos efectos, o bien otorgar facultades a la Comisión de Propiedad Intelectual para que elabore y actualice dicho catálogo. De otro modo, la aplicación práctica de esta disposición resultará problemática.
62. Más allá de lo anterior, no puede dejar de llamarse la atención sobre el contraste que viene dado por la finalidad que persigue el precepto que ahora venimos analizando, cual es el de concentrar el número de los interlocutores con los que tendrán que negociar los sujetos que en su actividad utilicen obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, y los efectos que está llamada a provocar la previsión del proyectado art. 147 LPI, el cual propicia la aparición de gestores colectivos privados no autorizados, con capacidad para gestionar derechos de gestión colectiva voluntaria. Esta disposición está llamada a provocar la fragmentación de los repertorios de las entidades de gestión y a multiplicar el número de agentes en el mercado de la gestión colectiva, incrementando y no reduciendo los costes de transacción.



Para el usuario existirá mayor incertidumbre sobre cuál es el sujeto que puede otorgarle la licencia de utilización que necesita, para el gestor y las entidades dedicadas a la gestión colectiva voluntaria se incrementará el coste de acreditar su respectiva legitimación, dada la modificación del art. 150 LPI, y en suma todo ello redundará en una menor eficiencia y un encarecimiento de la gestión colectiva voluntaria, lo que irá en detrimento de los titulares (a los que se repercutiría un descuento por administración más elevado) o de los usuarios (a los que se cobraría una tarifa más alta). En consecuencia, puede ser oportuno comprobar el grado de equilibrio en que se encuentran el art. 147 LPI y la disposición adicional 1ª del Anteproyecto, pues todo apunta a que la relación entre ambas normas es de tensión y no de armonía.

b) Las nuevas funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual en materia de fijación de tarifas y control de las entidades de gestión.

63. Apenas dos años después de la última modificación del art. 158 LPI, relativo a la composición y funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual, que se produjo en virtud de la disposición final 43ª de la LES, el prelegislador planea una nueva reforma de ese precepto, que aparece subdividido en un art. 158 (composición y funciones de la CPI), un art. 158 bis (funciones de la S1 CPI) y un art. 158 ter (función de la S2 CPI), fundamentalmente para dotar a su Sección Primera de dos nuevas funciones (fijación de tarifas y control ex ante de las entidades de gestión), además de para efectuar un desarrollo más pormenorizado de la función de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, puesta a cargo de su Sección Segunda. Las restantes funciones de la S1 no son objeto de modificación sustancial, aunque sí se advierten algunos ajustes de redacción. Quizás el más llamativo sea la sustitución de la referencia que actualmente se contiene en el art. 158.3.1º.b) LPI a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LArb), por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (LMACM)



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

[vid. art. 158 bis. 1.b) LPI en proyecto], de tal forma que cuando la Comisión, actuando en su función de mediación, presente a las partes una propuesta que resulte aceptada, su resolución ya no surtirá los efectos previstos en la LArb sino en la LMACM. Como este Consejo ya tuvo oportunidad de señalar con ocasión de su Informe al Proyecto de Real Decreto por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, la mediación que realiza la S1 CPI es una mediación *sui generis*, próxima al arbitraje en cuanto a su procedimiento y resultado, y en esa misma medida alejada de la mediación ordinaria, ahora plasmada de forma modélica en la LMACM. La mediación común está presidida por el principio de neutralidad (art. 8 LMACM), llegando como máximo a preverse que el mediador despliegue una conducta activa tendente a lograr el acercamiento de las partes (art. 13.2 LMACM), 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, como es el caso de la S1 CPI. Por esta razón, a pesar de lo que pueda dar a entender el término “mediación” empleado en el art. 158.3.1º LPI, tiene más sentido continuar contemplando que la resolución que la S1 CPI dicte en el supuesto a que hemos hecho referencia surta los efectos previstos en la LArb. A ello se añada otro motivo, y es que no parece de recibo someter a la decisión de la S1 CPI, para su ejecutividad, al trámite de protocolización notarial que en cambio es preciso en una mediación ordinaria (art. 25 LMACM y art. 517.2.2º LECiv), ni tampoco que la única acción que pueda ejercitarse frente a ella sea la de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 23.4. LMAMC), adaptándose mejor a ella las características de los laudos arbitrales: fuerza de cosa juzgada, posibilidad de ejercitar la acción de anulación ante los órganos del orden civil, y solicitud de revisión conforme a lo establecido para las sentencias firmes (arts. 40 a 43 LArb).



64. Pasando a la nueva función de fijación de tarifas que se atribuye a la S1 CPI, en virtud del art. 158 bis.3 LPI del Anteproyecto, deben observarse las diferencias que presenta con respecto a la función de fijación de cantidades sustitutorias de las tarifas a los efectos señalados en el art. 157.2 LPI (pago bajo reserva o consignación que permite entender concedida la autorización correspondiente en tanto las partes no lleguen a un acuerdo). En primer lugar, mientras que esta última función se aplica en el ámbito de las tarifas fijadas para utilizaciones que necesitan de una autorización, por estar en juego un derecho exclusivo, la nueva función que se proyecta asignar a la S1 CPI lo es para *“la determinación de las tarifas para la explotación de los derechos de gestión colectiva obligatoria”* (la terminología podría depurarse, pues no parece del todo correcto hablar de “explotación” de “derechos de gestión colectiva obligatoria”, mientras que el término “derechos de remuneración” podría ser más apropiado que el de “tarifas”, precisamente a fin de marcar el contraste con los supuestos de derechos exclusivos del apartado anterior). En segundo lugar, el proyectado art. 158 bis.3 LPI no alude a la fijación de cantidades sustitutorias de las tarifas, sino a la fijación de las tarifas en sí, lo que parece implicar que las entidades no podrían aquí –a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento del apartado anterior, donde la fijación lo es sólo a los efectos del pago bajo reserva o consignación– seguir reclamando la totalidad de su tarifa en sede judicial, pese a lo dictaminado por la CPI. La única posibilidad de intervención del juez será, como prevé el tercer párrafo de este apartado, para revisar la decisión de determinación de la tarifa adoptada por la S1 CPI. En fin, una tercera diferencia importante es que el actual mecanismo de fijación de cantidades sustitutorias de las tarifas se inscribe dentro de la función de arbitraje de la S1 CPI, a modo de una variante de ella. No hay más que ver la redacción del art. 158 bis.2 LPI del Anteproyecto (que mantiene, básicamente, lo preceptuado en el actual art. 158.3.2º.b/ LPI), conforme a la cual es preciso que ambas partes acepten someter la cuestión a la competencia de la CPI. Por el contrario, en el



supuesto del proyectado art. 158 bis.3 LPI, la intervención de la S1 CPI puede propiciarla la simple solicitud de la entidad afectada, de una asociación de usuarios, de una entidad de radiodifusión o de un usuario especialmente significativo a juicio de la Sección.

65. Se exige eso sí, en todos los casos, que haya habido un intento de acuerdo infructuoso entre las dos partes en conflicto, pudiendo acudirse a la CPI *“cuando no haya acuerdo entre ambas, en el plazo de seis meses desde el inicio formal de la negociación”*. Esto quiere decir que la determinación de las tarifas relativas a los derechos de gestión colectiva obligatoria se remite, ante todo, al acuerdo entre las partes, aunque no es lógico que esto haya que deducirlo de esa referencia final del primer párrafo del art. 158 bis.3 LPI del Anteproyecto. No estaría de más incluir alguna mención a la fijación de estas tarifas mediante acuerdo –a la obligación de las entidades de procurar alcanzarlo, a la facultad de la otra parte para pedir que se inicie la negociación– en el art. 157 LPI, ya sea en el apartado 1, donde se enumeran las obligaciones que deben asumir las entidades, ya en el apartado 2, donde se describe el mecanismo de negociación en los casos de gestión de derechos exclusivos. Se echa en falta igualmente alguna mayor precisión acerca de ese intento de acuerdo. La referencia, por ejemplo, al *“inicio formal de la negociación”*, permite entrever que la negociación debe formalizarse, acaso ante la propia S1 CPI, y aunque el futuro desarrollo reglamentario aludido en el art. 158 bis.5 podrá aclarar este aspecto, proporcionaría mayor seguridad jurídica si fuera objeto de especificación en la propia Ley. Por otro lado, tampoco se introduce ninguna cautela para evitar que los usuarios practiquen una estrategia de bloqueo que aboque a la falta de acuerdo. Ciertamente que en el proyectado art. 158 bis.4.b) LPI se dice que la S1 CPI velará para garantizar el equilibrio de las partes en la negociación de tarifas generales, en particular para impedir el bloqueo de las negociaciones dirigidas a hacer efectivos los derechos de remuneración previstos en la ley, pero lo hace



únicamente al objeto de evitar que las entidades de gestión incurran en una conducta constitutiva de abuso en su posición negociadora. Creemos que, de manera análoga, debería plasmarse la exigencia de que la contraparte de la entidad en la negociación inicie y prosiga las negociaciones de buena fe, absteniéndose de obstaculizarlas sin válida justificación, al modo en que lo dispone el art. 20.4.g) LPI en el contexto de las negociaciones para la autorización de la retransmisión por cable. En fin, el plazo de los seis meses puede resultar escaso en procesos negociadores de esta naturaleza, máxime si se tiene en cuenta que algunos derechos de remuneración se configuran como únicos, a compartir entre diversas categorías de titulares (vid. art. 116.2 LPI), por lo que en la negociación puede estar presente más de una entidad de gestión aunque todas ellas actúen bajo una representación conjunta. No estaría de más que el precepto previera la concesión a la S1 CPI de la facultad de prorrogar ese plazo, ampliándolo por espacio de otros tres o seis meses, si a su juicio se dieran las condiciones adecuadas para ello.

66. La previsión del art. 158 bis.3 LPI del Anteproyecto supone introducir un modelo de intervención regulatoria, con carácter general, para todos los derechos de gestión colectiva obligatoria. La fijación externa del contenido económico de los derechos de gestión colectiva obligatoria o de los derechos de simple remuneración –dos categorías casi coincidentes aunque con excepciones, pues hay derechos exclusivos de gestión colectiva obligatoria y derechos remuneratorios que no lo son– no es una técnica ajena a nuestro ordenamiento. A modo de ejemplo, las tarifas del canon por copia privada han venido estando fijadas por la propia Ley, o por una norma reglamentaria de desarrollo, siendo actualmente objeto de determinación la cuantía de la compensación equitativa por copia privada por Orden del Ministro de Educación, Cultura y Deporte (art. 4.3 del RD 1657/2012), mientras que el derecho de participación de los artistas plásticos en un porcentaje del precio de reventa de los originales de sus obras es objeto de cuantificación legal (art.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

5 de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre). En el pasado la Comisión –entonces llamada– Arbitral de Propiedad Intelectual, tuvo competencias para fijar el nivel de la remuneración equitativa correspondiente a los contratos de cesión o transferencia del derecho de alquiler de fonogramas y grabaciones audiovisuales celebrados con anterioridad al 1 de julio de 1994, (vid. art. 29 RD 479/1989, que regulaba la composición y el procedimiento de actuación de dicha Comisión, adicionado por el RD 1248/1995, de 14 de julio, el cual traía causa a su vez de la Ley 43/1994, de transposición de la Directiva 92/100/CEE). El conocido «Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual», elaborado por la Comisión Nacional de la Competencia en el año 2009, recomendaba crear un regulador específico con competencias en materia tarifaria en este mercado. Concretamente, en su apartado 197 puede leerse:

“Todas estas iniciativas ponen de manifiesto la necesidad de implementar mecanismos de resolución de conflictos tarifarios más eficaces, que por otro lado, existen en otros países. En efecto, muchos países disponen de un control ex-post más fuerte que el aplicado en España. Aunque el panorama es diverso, en muchos países existe, como mínimo, un organismo independiente especializado en propiedad intelectual que puede fijar tarifas cuando las partes (entidades y usuarios) no hayan alcanzado un acuerdo y sin el requisito de que ambas tengan que estar de acuerdo en que lo haga. No obstante, los casos en los que puede tener lugar la fijación varían: en determinados casos, sólo aplica a derechos de remuneración (o similares), mientras que en otros, aplica a todos los derechos gestionados por una entidad”.

Se da la circunstancia, de la que el prelegislador sin duda es consciente, de que tras la aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCCNMC), la S1 CPI



quedaría como el único organismo regulador sectorial con competencias en materia tarifaria no integrado en la estructura de ese nuevo organismo. Si la navegación de la reforma de la LPI contra la corriente que ha llevado a la convergencia de organismos reguladores plasmada en la LCCNMC es algo deseado, o por el contrario responde a una descoordinación involuntaria, se descubrirá en las siguientes fases de tramitación de este Anteproyecto. Aquí bástenos señalar la existencia de esa divergencia.

67. El tercer párrafo del art. 158 bis.3 LPI del Anteproyecto señala lo siguiente:

“Las decisiones adoptadas por la Sección Primera en su función de determinación de tarifas serán recurribles ante la jurisdicción civil. Asimismo dichas decisiones se publicarán en el Boletín Oficial del Estado y serán aplicables a partir del día siguiente al de la publicación, con alcance general para todos los titulares y obligados, respecto de la misma modalidad de explotación de obras o prestaciones e idéntico sector de usuarios, aunque no hubiera sido parte en el procedimiento para la determinación de tales derechos, sin perjuicio de los acuerdos anteriores o posteriores, válidamente constituidos”.

El otorgamiento de eficacia general a las decisiones de la S1 CPI tomadas en el seno de un procedimiento de fijación de tarifas, permite que lo que empezó siendo un acuerdo entre dos partes acabe teniendo un alcance mayor que, en definitiva, repercuta en todo un mismo sector de usuarios. La intervención de la Comisión permitiría velar por los intereses de los terceros a los que se les va a hacer extensiva una decisión que, en principio, era sólo dirimente de una falta de acuerdo entre dos partes. El objetivo es plausible y también lo es la garantía adicional de que, no obstante esa extensión de efectos, los acuerdos particulares, anteriores o posteriores, válidamente constituidos, siempre van a prevalecer sobre las decisiones de la Comisión.



68. Debe, no obstante, llamarse la atención sobre algunos aspectos no previstos en el Anteproyecto cuya omisión convendría subsanar. Así, además de la indicación del *dies a quo* que marca la aplicabilidad general de las decisiones adoptadas por la S1 CPI en el seno de este procedimiento (el día siguiente al de su publicación en el BOE), debería indicarse un *dies ad quem* o, dicho de otro modo, un periodo durante el cual las tarifas fijadas mantendrán su vigencia, ya que es obvio que cada cierto tiempo habrá que revisarlas para tomar en consideración las nuevas circunstancias surgidas, sean éstas sociológicas, económicas, tecnológicas o de otro tipo. Teniendo en cuenta que la S1 CPI no opera de oficio sino a impulso de parte, no es posible dejar este aspecto sin concretar pensando en que la propia Comisión proveerá a una periódica actualización de las tarifas.
69. La opción de revisión de las decisiones de la S1 CPI por la jurisdicción civil es correcta, habida cuenta de la naturaleza jurídico-civil de los derechos con respecto a los cuales se producirá la fijación de la tarifa. La competencia debe entenderse que corresponderá en concreto a los Juzgados de lo Mercantil, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86 ter.2.a/ LOPJ, lo cual permitirá poner en valor su especialización en la materia. No obstante, podría ser adecuado efectuar una expresa remisión a dicha competencia, y al precepto orgánico donde se contempla, en el proyectado art. 158 bis.3 LPI. Asimismo, debería establecerse un plazo de interposición del recurso, así como aclarar si –como parece lógico– los sujetos a los que se vayan a extender los efectos de la decisión, una vez publicada en el BOE, estarán legitimados para recurrirla ante el órgano judicial correspondiente. Partiendo de que así será, el plazo de interposición del recurso, al menos para estos legitimados, debería contarse a partir del día siguiente al de su publicación oficial.



70. En otro orden de cosas, el Anteproyecto no aclara cuál es la relación en que se encuentra este procedimiento de determinación de las tarifas con respecto a los de mediación y arbitraje, también seguidos ante la S1 CPI. Si el desacuerdo a propósito de la tarifa, acaso inscrito en el marco de una controversia más amplia entre la entidad de gestión y el usuario, conforma ya el objeto de un procedimiento de mediación o de arbitraje que se encuentre en marcha (litispendencia) o que haya finalizado con una resolución sobre el fondo (cosa juzgada), no debería poder volver a reproducirse entre las mismas partes a través de un procedimiento de fijación de tarifas ante el mismo órgano que haya mediado o arbitrado la controversia. A juicio de este Consejo, debería introducirse alguna previsión que sirviera para impedir la activación del procedimiento de fijación de tarifas en esos casos.

71. En el caso concreto del derecho de retransmisión por cable, que es de gestión colectiva obligatoria (art. 20.4.b/ LPI), la inviabilidad de celebrar un contrato para la autorización de esta explotación por falta de acuerdo entre las partes, da pie a acudir al procedimiento de mediación ante la S1 CPI (arts. 20.4.f/ y 158.3.1º LPI, que pasa a ser art. 158 bis.1.a/ LPI en el Anteproyecto). Esta previsión es acorde con el mandato de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, cuyo art. 11 obliga a los Estados miembros a garantizar que cuando no llegue a suscribirse un contrato para la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión, las partes puedan recurrir a uno o a varios mediadores. Así las cosas, y teniendo en cuenta además que a pesar de ser de gestión colectiva obligatoria este derecho es de carácter exclusivo, lo que le aleja del resto de los derechos cuyo contenido económico podrá fijarse en el marco del nuevo procedimiento de fijación de tarifas, parece necesario efectuar alguna salvedad en el proyectado art. 158



bis.3 LPI, a fin de dejar fuera de su radio de aplicación el derecho de retransmisión por cable, quizás en su primer inciso:

“La Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá su función de determinación de las tarifas para la explotación de los derechos de gestión colectiva obligatoria de las entidades de gestión, con excepción del derecho de distribución por cable, (...)”.

Como indicación puramente formal, a propósito del derecho de retransmisión por cable, la remisión que en el art. 20.4.f), segundo párrafo, LPI, se hace a “lo previsto [sobre la mediación] en el artículo 158 de la presente Ley”, deberá ser modificada para adecuarla a la nueva numeración que emana del Anteproyecto, con arreglo a la cual el procedimiento de mediación pasará a estar contemplado en el art. 158 bis.1 LPI.

72. La otra nueva función que se prevé asignar a la S1 CPI es la de “control” de las entidades de gestión (art. 158 bis.4 LPI). Dicha competencia se concreta a su vez en dos distintas actividades:

- Velar por que las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión en cumplimiento de sus obligaciones, sean equitativas y no discriminatorias, para lo que la Comisión valorará, entre otros aspectos, la aplicación de los criterios que se proyecta incorporar en el futuro art. 157.1.b) LPI.
- Garantizar el equilibrio de las partes en la negociación de tarifas generales, con objeto de evitar que las entidades de gestión, incurran en alguna de una serie de conductas –que el precepto detalla– constitutivas de abuso en su posición negociadora.



Mientras que la fijación de tarifas generales inequitativas o discriminatorias por una entidad de gestión será constitutiva de una infracción muy grave, la comisión de alguna de las conductas reveladoras de un abuso en la posición negociadora implicará la comisión de una infracción grave (muy grave si además se acredita que esas conductas son resultado de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas entre entidades). Ambos comportamientos serán sancionables por la S1 CPI con las multas previstas en el proyectado art. 159 quater LPI.

73. En definitiva, lo que se desprende del proyectado art. 158 bis.4 LPI es que el prelegislador pretende configurar a la S1 CPI no sólo como un organismo regulador –a pequeña escala– para el sector de los derechos de gestión colectiva obligatoria, como acabamos de ver al examinar el apartado anterior de ese art. 158 bis, sino también como un pequeño organismo supervisor, con funciones de control en dos aspectos que atañen derechamente al Derecho de defensa de la competencia, contando además para ello con una potestad sancionadora propia, que se ejerce por la Comisión al margen de la potestad sancionadora general que la Ley reconocerá al Estado y a las CC AA, en su caso, en el art. 159 LPI. Se trata de una situación inédita en nuestro ordenamiento, pues a salvo los supervisores autonómicos, no se daban casos de órganos supervisores sectoriales que ejercieran sus competencias en paralelo a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC). Así pues, no es ya que la LCCNMC haya aglutinado en un único organismo a todos los organismos reguladores sectoriales hasta ahora existentes, fusionándolos con el propio órgano supervisor, sino que en rigor el órgano supervisor siempre ha sido único, antes y después de la aprobación de esa Ley. Esto permite calibrar la singularidad que encierra el régimen de control a cargo de la S1 CPI que aparece diseñado en el art. 158 bis.4 LPI del Anteproyecto.



74. Suponiendo, como supusimos al examinar el apartado 3 del art. 158 bis, que el prelegislador es consciente de esta circunstancia y que por tanto en el futuro la recién creada Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) convivirá con esa nueva función de control asignada a la S1 CPI, no pueden dejar de hacerse algunas observaciones. La más importante es que, más allá de atribuir a la S1 CPI esa condición de órgano supervisor, el Anteproyecto no prevé modificar la LCCNMC ni la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), lo que significa que la función de la S1 CPI se agregará a la de la CNMC, sin que quepa darle el alcance de reemplazar o de exceptuar la actuación de dicho organismo en este campo. En efecto, la LCCNMC continuará previendo que la CNMC es el órgano al que corresponde la supervisión y control en todos los mercados y sectores económicos (art. 5.1.a/), así como aplicar lo dispuesto en la LDC en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia (art. 5.1.c/). Esto quiere decir que tanto la S1 CPI como la CNMC podrán llevar a cabo la correspondiente labor de inspección y, en su caso, instruir y resolver un expediente sancionador en relación con unos mismos hechos. Dicho sea de paso, el historial de actuaciones de la CNC en materia de control de conductas anticompetitivas de las entidades de gestión es largo, y se remonta a la etapa en que aún operaba el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC). En la mayor parte de los casos las conductas enjuiciadas se referían a abuso de posición de dominio de la entidad por imposición de tarifas no equitativas, no negociadas o discriminatorias. Entre las resoluciones del TDC cabe citar las de 12 de julio de 1994, 23 de octubre de 1997, 15 de julio de 1998, 14 de diciembre de 1998, 27 de julio de 2000, 22 de diciembre de 2000, 25 de enero de 2002 y 13 de julio de 2006. En la etapa de la CNC se han dictado, entre otras, las resoluciones de 9 de diciembre de 2008, 23 de julio de 2009, 23 de febrero de 2011, 23 de marzo de 2011, 19 de diciembre de 2011, 2 de marzo de 2012, 14 de junio de 2012 y 3 de julio de 2012.



75. Existe pues un riesgo cierto de duplicidad de actuaciones, que son las que se ha procurado evitar con la aprobación de la LCCNMC, tal y como se explica en su Preámbulo (*“cuanto mayor sea la proliferación de organismos con facultades de supervisión sobre la misma actividad, más intenso será el riesgo de encontrar duplicidades innecesarias en el control de cada operador y decisiones contradictorias en la misma materia”*). Tratándose además de un procedimiento administrativo sancionador, esa duplicidad conlleva el peligro de contravenir el principio «non bis in ídem», positivizado en su faceta procesal o formal en el art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [Ley 30/1992] (*“[n]o podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”*), y cuyo anclaje se encuentra en el art. 25.1 de la Constitución española, tal y como tiene dicho la jurisprudencia constitucional, uno de cuyos exponentes es la STC 188/2005, de 7 de julio. De su ilustrativo F. J. 2 cabe extraer que este principio, que se aplica en las relaciones entre el ordenamiento penal y el administrativo pero también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos, tiene una doble dimensión: (i) la material, que impide sancionar al mismo sujeto en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento, y que tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de las sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador; y (ii) la formal, que proscribire la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.
76. En atención a estas consideraciones, podría resultar más apropiado atribuir a la S1 CPI la facultad de vigilar el posible comportamiento anticompetitivo de las entidades de gestión, pero sin otorgarle la capacidad de instruir ni de



resolver un expediente sancionador, sino únicamente la de elaborar un informe que deba remitir al órgano supervisor de la competencia, el cual procedería en su caso a instruir y resolver dicho expediente. Un mecanismo de este tipo es el que ha venido funcionando en las relaciones entre los organismos reguladores sectoriales y la CNC. Así, con arreglo al art. 48.4.e).2ª de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones:

“[p]ondrá en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará a la Comisión Nacional de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá dictamen determinante. Cuando la Comisión Nacional de la Competencia, en su caso, resuelva, sólo podrá disentir del contenido del dictamen determinante de forma expresamente motivada”.

De forma similar, la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en su punto tercero, relativo a las funciones de la Comisión Nacional de la Energía, disponía [este precepto ha sido derogado por la LCCNMC] en duodécimo lugar:

“Velar para que los sujetos que actúan en los mercados energéticos lleven a cabo su actividad respetando los principios de libre competencia. A estos efectos, cuando la Comisión detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos”.

Puesto que lo que el Anteproyecto contempla es una cohabitación entre la S1 CPI y la CNMC, comparable a la que antaño se producía entre la CNC y los entes reguladores sectoriales, estos ejemplos podrían servir de modelo a fin de perfilar la función que se pretende atribuir a la S1 CPI de conformidad con el art. 158 bis.4 LPI. Es más, sin necesidad de buscar fuera de la LPI, podemos encontrar algún otro ejemplo de la misma naturaleza. Se trata del art. 20.4.g) LPI, en sede de gestión del derecho de retransmisión por cable, a tenor del cual:

“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”.

En la misma línea, en el art. 2.3 del RD 1889/2011, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, se prevé que:

“Ante la reiterada negativa de una parte a someterse, a petición de otra, a los procedimientos previstos en los capítulos IV y V sin aceptar tampoco acudir ante otro órgano que pueda realizar un arbitraje al respecto, o ante una posibilidad de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, 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”.



77. Curiosamente, el sistema plasmado en el Anteproyecto resulta justamente el opuesto, pues no sólo no prevé un conducto de comunicación para que la S1 CPI informe a la autoridad de competencia sobre las eventuales conductas anticompetitivas que haya podido advertir en las entidades de gestión, sino que dispone la posibilidad de que sea la autoridad de competencia la que deba informar a la S1 CPI a fin de que ésta desempeñe su labor como autoridad de supervisión en esta área. Así, en el inciso inicial del art. 148 bis.4 se dice que la S1 CPI podrá *“solicitar previo informe de aquellos organismos públicos que ejerzan sus funciones en relación con los mercados o sectores económicos a los afecten las tarifas a determinar así como de las asociaciones o representantes de los usuarios correspondientes”*. Se trata de un escenario ciertamente insólito, en el que vemos aparecer al supervisor general –quién si no puede ser ese *organismo público con funciones sobre los mercados o sectores económicos a los afecten las tarifas a determinar*– informando al supervisor sectorial, cuando la lógica y la experiencia indican que debe ocurrir precisamente lo contrario. Y aún más extraña resulta esta opción prelegislativa si observamos que de acuerdo con la disposición transitoria tercera del Anteproyecto (*“Funciones de control y determinación de tarifas de las entidades de derechos de propiedad intelectual”*), se contempla que *“hasta que la Sección Primera disponga de los medios necesarios para el eficaz desempeño de sus competencias, la Comisión de Propiedad Intelectual podrá recabar la colaboración, asistencia técnica y profesional y apoyo material de otros organismos públicos para el ejercicio de las funciones de control y de determinación de tarifas previstas en el artículo 158 bis del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en los términos que se establezcan en los correspondientes convenios de colaboración y en la normativa aprobada al respecto en el ámbito de la Unión Europea”*; lo que significa reconocer que la S1 CPI ni siquiera dispone de los medios suficientes para el desempeño de esa función de control, totalmente inédita y de difícil encaje dentro del sistema.



78. Para el caso de que el legislador, pese a todo, continuara considerando plausible investir a la S1 CPI de la prerrogativa a la que venimos aludiendo, hay que advertir de que ello obligaría a una modificación normativa –que el Anteproyecto, sin embargo, no prevé–, en la medida en que dicho órgano pasaría a compartir con la CNMC la condición de autoridad nacional de competencia. La disposición adicional quinta de la LDC dispone que *“la Comisión Nacional de la Competencia será la Autoridad Nacional de Competencia a los efectos del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado”*. En efecto, conforme al art. 35.1 de ese Reglamento comunitario, *“los Estados miembros designarán a la autoridad o autoridades de competencia competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado de tal forma que puedan velar por el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en el presente Reglamento. Las medidas necesarias para dotarlas de los poderes necesarios para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado serán adoptadas antes del 1 de mayo de 2004. Las autoridades designadas podrán incluir órganos jurisdiccionales”* [el precepto se refiere al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea; las referencias deben entenderse hechas en la actualidad a los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)].
79. La designación de esas autoridades nacionales, y la adopción de medidas para dotarlas de los poderes necesarios, debe conectarse con el hecho de que esas autoridades tienen la obligación de aplicar los artículos 101 y 102 TFUE cuando la práctica investigada sea susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros (art. 3.1 del Reglamento 1/2003). Junto a ello, el Reglamento establece una serie de deberes de cooperación e información recíproca entre las autoridades nacionales y europeas de la competencia (arts. 11 y 12). Se da la circunstancia de que en todos los expedientes



resueltos por la CNC frente a entidades de gestión por la detección de conductas anticompetitivas se viene considerando que existe una afectación del comercio entre los Estados miembros, en la medida en que la protección que la LPI otorga a los ciudadanos y empresas nacionales es extensiva a los de los países comunitarios (arts. 163.1, 164.1, 165.1 y 166.1 LPI), cualquier empresa comunitaria que opere en España se puede ver afectada por las prácticas de las entidades de gestión, y tales prácticas pueden excluir o dificultar la entrada de operadores de países comunitarios en el mercado español. A modo de ejemplo cabe citar la Resolución de la CNC de 3 de julio de 2012, dictada en un expediente incoado contra la Sociedad General de Autores y Editores (Expte. S/0220/10 SGAE), en la que se lee:

“El Consejo coincide con el análisis de la DI [Dirección de Investigación] en que las conductas de SGAE, que afectan a todo el territorio español y a productores audiovisuales comunitarios así como a empresarios comunitarios asentados en España, tienen aptitud para afectar de manera apreciable a los intercambios comunitarios y en consecuencia, de acuerdo con el Reglamento 1/2003, es de obligada aplicación el artículo 102 del TFUE en este expediente” (F. de D. 1), para más adelante concluir:

“Por las razones señaladas en los fundamentos de derecho anteriores el Consejo considera a SGAE responsable de una infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, consistente en un abuso de su posición de dominio, que ha llevado a cabo mediante las conductas anteriormente descritas, y sin que hubiera acreditado justificación objetiva alguna para las mismas” (F. de D. 5).

En sentido análogo, y entre otras, se pronuncian las Resoluciones de la CNC de 14 de junio de 2012 (Expte. S/0297/10 AGEDI/AIE), 2 de marzo de 2012 (Expte. S/0157/09 EGEDA) y 19 de diciembre de 2011 (Expte. S/0208/09 AISGE).



80. En resumen, la atribución a la S1 CPI de facultades de control de conductas anticompetitivas de las entidades de gestión obligaría a designarla como autoridad nacional de competencia. Ello es posible conforme al Derecho de la Unión Europea, puesto que los Estados miembros pueden designar más de una autoridad nacional de competencia, debiendo notificarlo a las autoridades comunitarias. Ahora bien, hacer uso de esa posibilidad en el caso español implicará modificar la ya citada disposición adicional quinta de la LDC, en la medida en que ese precepto no parece dejar margen para que exista otra autoridad nacional de competencia distinta de la CNC (actualmente CNMC, por virtud de la disposición adicional 5ª de la LCCNMC).

c) Régimen de infracciones y sanciones y papel del juez en la intervención de entidades de gestión.

81. El Anteproyecto incorpora, como novedad, un panel de infracciones, que conforme a la letra del primer apartado del art. 159 ter LPI sólo pueden ser cometidas por las entidades de gestión colectiva (y no por los gestores no autorizados), junto con sus correspondientes sanciones (art. 159 quater LPI), distinguiendo como es habitual entre leves, graves y muy graves. La que hasta el momento se venía configurando en la Ley como única medida de naturaleza sancionatoria (la revocación de la autorización para actuar como entidad de gestión), pasa a contemplarse como sanción anudada a la comisión de infracciones muy graves. Desaparece en cambio la figura del apercibimiento previo, que contempla actualmente el art. 149 LPI, y que da a la entidad un plazo mínimo de tres meses para la subsanación o corrección del incumplimiento observado. Teniendo en cuenta la gravedad de esta medida sancionatoria, que implica la pérdida de la condición de entidad de gestión, quizás fuese razonable mantener el trámite de apercibimiento previo, ubicándolo en el futuro art. 159 quater.1 LPI.



82. La sistemática interna del Anteproyecto admite un grado de mejora, pues en él realmente se tipifican más infracciones de las que se enumeran en el art. 159 ter LPI, algunas de ellas susceptibles también de ser cometidas por entidades de gestión. En efecto, el art. 158 bis.4 LPI, al que ya nos hemos referido, contempla dos infracciones, una muy grave y otra grave (que puede convertirse en muy grave bajo determinadas condiciones), conectadas con las posibles conductas anticompetitivas de las entidades de gestión, infracciones éstas susceptibles de ser sancionadas por la S1 CPI en el ejercicio de su nueva función de control. El art. 158 bis.4 LPI no contempla en cambio sanciones específicas para estas infracciones, remitiéndose a las “multas previstas en el artículo 159 quater de esta Ley”.

83. Junto a ello, en el art. 158 ter LPI del Anteproyecto, relativo al procedimiento de restablecimiento de la legalidad frente a actos de vulneración de derechos de propiedad intelectual por responsables de servicios de la sociedad de la información, seguido ante la S2 CPI, encontramos (apartado 6) no sólo la tipificación de una infracción grave, consistente en el incumplimiento por dos o más veces de requerimientos de retirada de contenidos declarados infractores por la S2 CPI, o en la reanudación por dos o más veces de actividades vulneradoras por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información, sino también la de su correspondiente sanción (multa de 30.000 a 300.000 euros). A diferencia del catálogo del art. 159 ter, aquí el potencial infractor no es una entidad de gestión sino un prestador de servicios de la sociedad de la información. Asimismo, en el apartado 5 del art. 158 ter se señala que la falta de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, o de servicios de pagos electrónicos o de publicidad, a requerimiento de la S2 CPI, se considerará como infracción de lo dispuesto en el art. 11 LSSI. Este último caso, en efecto, sería el contemplado en el art. 38.2.b) LSSI, que tipifica esa falta de colaboración como infracción muy



grave. Pero debe advertirse que tanto la infracción el art. 38.2.b) como el propio deber de colaboración del art. 11 LSSI, se aplican estrictamente a los que pueden calificarse como prestadores de servicios de intermediación. Como se sabe, la LSSI contiene en su Anexo un listado de prestadores de servicios de intermediación, en el cual no aparecen mencionados ni los prestadores de servicios de pagos electrónicos ni los prestadores de servicios de publicidad. Por lo que se refiere a la infracción tipificada en el apartado 6, el art. 158 ter LPI del Anteproyecto viene a innovar, para un ámbito sectorial concreto, el catálogo de infracciones contenido en el art. 38 LSSI. Otra alternativa, quizás más plausible, podría ser inscribir esa nueva infracción dentro del propio art. 38 LSSI. En cuanto a la fijación de la sanción en una multa de 30.000 a 300.000 euros, se aparta de lo previsto en el art. 39.1.b) LSSI, que por la comisión de infracciones graves, como es a la que nos estamos refiriendo, dispone una sanción de multa de 30.001 a 150.000 euros. Por razones sistemáticas, cabe sugerir un alineamiento con la cuantía de la sanción contemplada en la LSSI, o inclusive una no regulación específica de este extremo, ya que, dada la tipificación de la nueva infracción, ésta sería castigada lógicamente con arreglo a la sanción correspondiente.

84. Junto a la sanción pecuniaria, el apartado 6 del art. 158 ter LPI en proyecto prevé la posibilidad de que, cuando así lo justifique la gravedad y repercusión social de la conducta infractora, la infracción lleve aparejada la publicación de la resolución sancionadora, a costa del sancionado. Sin embargo, a diferencia del art. 39.2 LSSI, el Anteproyecto omite señalar dónde deberá realizarse esa publicación (v. gr. Boletín Oficial del Estado, periódicos de difusión nacional o página de inicio del sitio de Internet del prestador), así como precisar que tendrá lugar una vez que la resolución sancionadora tenga carácter firme. Aunque se podría recomendar que se efectuaran estas precisiones, este Consejo considera que en rigor es innecesario incluir en la futura LPI una disposición de estas características, pues la S2 CPI, como órgano con



competencia sancionadora en la materia, podrá adoptar la medida en cuestión con base en el art. 39.2 LSSI. Otro tanto cabe decir del párrafo relativo a las infracciones cometidas por prestadores establecidos en Estados no miembros de la UE o del EEE cuyos servicios se dirijan específicamente al territorio español: un párrafo prácticamente idéntico constituye el tercer apartado del art. 39 LSSI. Finalmente, por lo que se refiere a la segunda medida complementaria que la S2 CPI puede adoptar en función de la gravedad y repercusión social de la conducta infractora (el cese de las actividades infractoras durante un periodo máximo de un año, con colaboración de los intermediarios si fuera preciso), la examinaremos en un epígrafe posterior, cuando abordemos en conjunto el procedimiento de salvaguarda ante la S2 CPI.

85. Regresando al ámbito interno del Anteproyecto, el tratamiento separado de unas y otras infracciones provoca también algún desajuste. Así, cuando en el art. 159 bis LPI se dice que *“el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a la administración competente de conformidad con el art. 159”* (precepto éste que se refiere únicamente a la posible competencia en la materia del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte por un lado y de las CC AA por otro), pasa por alto que hay otros dos preceptos de la Ley donde también se inviste de potestad sancionadora a determinados órganos, concretamente a la S1 CPI y a la S2 CPI. Por consiguiente la parte final del pasaje que se acaba de transcribir debería decir *“de conformidad con los artículos 158 bis, 158 ter y 159”*.

86. En cuanto a las sanciones derivadas de conductas anticompetitivas, el art. 158 bis.4 deja claro que las sanciones que se podrán imponer serán sólo de tipo multa, lo que excluye la posibilidad de aplicar, en caso de infracción muy grave, la sanción de revocación, que en efecto sería desproporcionada para castigar una conducta anticompetitiva. Quizás debería aclararse si resulta



aplicable en estos casos la medida de remoción de los órganos de representación e intervención de la entidad, que el art. 159 quater contempla como posible en los casos de comisión de infracciones muy graves. La alusión, tan directa, del art. 158 bis.4 a las “multas previstas en el artículo 159 quater de esta Ley”, sería indicativa de que en la mente del prelegislador no está la aplicación en estos supuestos de la medida de intervención de la entidad, pero teniendo en cuenta la índole de la materia podría no ser ocioso efectuar una exclusión explícita, quizás a continuación, en ese mismo pasaje, de tal modo que la frase completa quedara redactada así:

“Las infracciones previstas en este apartado serán sancionadas con las multas previstas en el artículo 159 quater de esta Ley, quedando excluida la medida de remoción de los órganos de representación de la entidad y su intervención temporal”.

87. En relación precisamente con esa medida de intervención, se encuentra otro aspecto sobre el que debe llamarse la atención. El art. 159 quater prevé la posibilidad de que, una vez iniciado el procedimiento sancionador, y siempre que concurren razones de urgencia traducidas en dificultad o impedimento objetivo de reinstaurar el cumplimiento de la legalidad, la autoridad sancionadora competente acuerde motivadamente solicitar al juez la remoción de los órganos de representación de la entidad contra la que se dirija el procedimiento y su intervención temporal, designando un gestor interino. En el precepto se habla de solicitar la medida “al juez correspondiente al domicilio social de la entidad”. Aunque no se especifica, dado que estamos ante una actuación sancionadora regida conforme a la Ley 30/1992, ese “juez” al que el precepto se refiere será el Juzgado de lo Contencioso-administrativo que resulte territorialmente competente. Frente a ello, teniendo en cuenta que el ámbito de actuación de las entidades de gestión, al menos de las que operan en la actualidad, se extiende a todo el



territorio nacional, podría estar justificado residenciar la competencia en un órgano judicial central (al modo en que hizo la DA 43 de la LES con motivo de la regulación del procedimiento de restablecimiento de la legalidad ante la S2 CPI, en el que determinadas autorizaciones judiciales se encomiendan a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo). Pero, más allá de eso, lo que importa subrayar es que en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJC-A) no se prevé la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (tampoco de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo) para acordar la remoción de un órgano de representación de una entidad de gestión ni la intervención temporal de la misma. Así pues, para que la regulación de este procedimiento de intervención sea completa, resulta preciso que esa nueva competencia –se atribuya finalmente a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo o a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo– quede plasmada en el artículo correspondiente de la LJC-A, lo que aboca a una modificación de dicha Ley, que sin embargo el Anteproyecto no prevé.

88. Por lo demás, plantea dudas la deslegalización de la materia que se hace en el último párrafo del art. 159 quater.1, en virtud de la cual el Gobierno podrá desarrollar reglamentariamente el procedimiento de intervención temporal de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. Tal y como está configurado en el Anteproyecto, el rol de la Administración competente se limita aquí a solicitar del órgano judicial que éste adopte la medida de intervención (*“solicitar al juez (...) la remoción de los órganos (...) y su intervención temporal”*), lo que significa que en rigor nos encontramos ante un procedimiento de naturaleza judicial, para el que no resulta apropiada una regulación de naturaleza reglamentaria. Es posible que el prelegislador tenga en mente que la intervención del juez sea meramente autorizativa, a semejanza de la prevista en el procedimiento de salvaguarda ante la S2 CPI, donde los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo deben



autorizar la ejecución forzosa de las medidas adoptadas por ese órgano administrativo (arts. 9.2 y 122 bis LJC-A). Pero, de ser ése el caso, la redacción del segundo párrafo del art. 159 quater.1 LPI debería ser otra, aproximadamente de este tenor:

“(...) la autoridad competente podrá acordar motivadamente, previa autorización del juez correspondiente al domicilio social de la entidad, la remoción de los órganos de representación (...)”.

d) Competencias de las Administraciones Públicas y reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas.

89. El vigente art. 159 LPI (“Facultades del Ministerio de Cultura”) da paso en el Anteproyecto a un futuro art. 159 LPI titulado “Competencias de las Administraciones Públicas”. El cambio de título revela la existencia de un nuevo enfoque en la materia, pasando de una regulación que se limita a describir las competencias del Ministerio de Cultura –actualmente Ministerio de Educación, Cultura y Deporte–, a otra en la que se da entrada de forma explícita a las Comunidades Autónomas. Dicho de otro modo, si hasta el momento la Ley estatal se limita a contemplar las facultades del Estado mientras que los Estatutos de Autonomía definen las competencias de las CC AA en esta área, en el futuro la Ley estatal pasaría a definir las competencias respectivas de ambos. Como telón de fondo en toda esta materia, debe tenerse presente que al Estado corresponde la competencia exclusiva en materia de “legislación sobre propiedad intelectual e industrial” (art. 149.1.9ª CE). Por su parte, todos los Estatutos de Autonomía (EA) proclaman la competencia de la respectiva Comunidad Autónoma para ejecutar la legislación del Estado en materia de propiedad intelectual (art. 58.4.3º EA Andalucía; art. 77.3ª EA Aragón; art. 12.9 EA Asturias; art. 33.8 EA Canarias; art. 26.10 EA Cantabria; art. 33.10 EA Castilla-La Mancha; art. 76.9º EA



Castilla y León; art. 155.1 EA Cataluña, que es el único que define algunas funciones concretas que incluirá en todo caso esa competencia de ejecución; art. 28.1.11º EA Comunidad de Madrid; art. 51.1.2ª EA Comunidad Valenciana; art. 11.1.3 EA Extremadura; art. 29 EA Galicia; art. 32.10 EA Illes Balears; art. 11.1.5 EA La Rioja; art. 58.1.c) LRARF Navarra; art. 12.4 EA País Vasco; art. 12.1.9 EA Región de Murcia).

90.El proyectado art. 159 LPI también refleja las vicisitudes por las que ha atravesado su antecesor, que en realidad tiene un contenido menor del que aparenta, al haber sido declarados contrarios al orden constitucional de competencias su apartado 1 (salvo el inciso inicial que dice “corresponde al Ministerio de Cultura, además de la facultad de otorgar o revocar la autorización regulada en los artículos 148 y 149”) y su apartado 3, por la STC 196/1997, de 13 de noviembre, la cual entendió que las facultades descritas en esos apartados [*rectius*, los correspondientes apartados del art. 144 de la LPI de 1987] corresponden a las CC AA dentro de sus respectivos territorios (la Sentencia resolvía sendos recursos de inconstitucionalidad frente a la LPI de 1987 interpuestos por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña). El panorama dibujado tras la STC 196/1997 es el siguiente: al Estado corresponde la facultad de otorgar o revocar la autorización para actuar como entidad de gestión (arts. 147, 149 y primer inciso del art. 159.1.I LPI), así como la de aprobar las modificaciones estatutarias (art. 159.2 LPI), siendo competencia de las CC AA la vigilancia sobre el cumplimiento por las entidades de gestión de las obligaciones y requisitos establecidos en la LPI (segundo inciso del art. 159.1.I LPI), la facultad de exigir a las entidades que faciliten cualquier tipo de información, ordenar inspecciones y auditorías y designar un representante que asista con voz pero sin voto a sus órganos de representación (art. 159.1.II LPI), y la facultad de recibir de las entidades notificaciones sobre nombramientos y ceses de administradores, tarifas generales, contratos generales celebrados



con asociaciones de usuarios y contratos concertados con organizaciones extranjeras de su misma clase, así como la documentación contable a la que se refiere el art. 156 LPI (art. 159.3 LPI). Cuestión distinta es que, a pesar de lo dictaminado por el TC en su Sentencia 196/1997, y de lo proclamado en todos los Estatutos de Autonomía, ninguna Comunidad Autónoma haya asumido la ejecución de las competencias correspondientes, siendo el Ministerio el que ha continuado ejerciendo esas funciones en la práctica.

91. Interesa destacar algunos de los argumentos empleados en esa Sentencia. Así, en lo relativo a la facultad del Ministerio para otorgar la autorización de cara a operar como entidad de gestión, el razonamiento es el siguiente:

“La atribución por la Ley de esta autorización a la competencia estatal, está plenamente justificada pues trata de asegurar el mantenimiento de un régimen jurídico unitario de la gestión de la explotación de los derechos de la propiedad intelectual y de la uniformidad de la ordenación jurídica de la materia, que es el sistema jurídico que el legislador estatal, a quien corresponde la competencia para dictar «la legislación en materia de Propiedad Intelectual» (art.149.1.9) y que en su libertad de opción política ha configurado la gestión de la Propiedad Intelectual como un régimen unitario y operativo en todo el territorio nacional” (F. J. 9).

Ese mismo argumento se hace extensivo en el F. J. 10 a la facultad estatal de revocación de la autorización, al entender que revocación y autorización están indisolublemente unidas, y por tanto dicha facultad ha de corresponder a la misma instancia competente para otorgar la autorización. Y algo parecido se dice en el F. J. 11 sobre la competencia para aprobar las modificaciones de los estatutos de las entidades de gestión, pues correspondiendo al Ministerio la facultad de conceder la autorización a estas entidades previa comprobación de que sus estatutos cumplen los requisitos exigidos, es a él a quien ha de



corresponder la facultad de aprobar sus modificaciones. En cambio, por lo que se refiere a las facultades de intervención administrativa enumeradas en los apartados 1 y 3 del actual art. 159 LPI, la Sentencia observa que (F. J. 11):

“Su reserva a la Administración del Estado no aparece justificada por la necesidad de mantener unos criterios generales y uniformes en su ejercicio, configurándose la intervención de la correspondiente autoridad autonómica como garantía suficiente para la salvaguardia de los intereses afectados y la consecución de los objetivos pretendidos”.

El Tribunal pone cuidado en advertir que (F. J. 11):

“A esta materia típicamente de ejecución sí es aplicable la jurisprudencia anteriormente expuesta, según la cual el alcance territorial supraautonómico de las actividades de las Entidades de gestión no permite desplazar, sin más, la titularidad de las competencias controvertidas al Estado. Porque no se trata de funciones que fragmenten el régimen unitario establecido por el legislador, sino de actividades tendentes a que la normativa que regula la actuación de las Entidades de gestión la cumplan con sujeción a la Ley que las crea”.

Ello contrasta con lo proclamado en el F. J. 9, donde tras admitir que el hecho de que las actividades de gestión que desarrollan las entidades no se circunscriba al espacio de una Comunidad Autónoma no es obstáculo para privar de competencias a las CC AA, se señala que eso no permite convertir una competencia de ejecución de la legislación del Estado en un título competencial que permita a las CC AA, en razón de ser posible la extraterritorialidad de los efectos de sus competencias, *“alterar el sistema unitario establecido por el legislador en el que las entidades de gestión (...) desarrollen su actividad de representación, gestión y defensa de los derechos*



de autor (...) en todo el territorio nacional". Es decir, que las CC AA puedan asumir competencias pese a la posible extraterritorialidad de los efectos de las mismas, no priva al Estado de ejercer su propia competencia legislativa en la materia.

92. El siguiente hito en la materia lo constituye la aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), aprobado por la L. O. 6/2006, de 19 de julio, cuyo art. 155.1 asigna a la Generalitat de Cataluña la competencia ejecutiva en materia de propiedad intelectual, especificando que ésta incluye en todo caso, aparte de la creación de un registro propio de derechos de propiedad intelectual:

"b) La autorización y la revocación de las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual que actúen mayoritariamente en Cataluña, así como asumir tareas complementarias de inspección y control de la actividad de dichas entidades".

93. En la STC 31/2010, de 28 de junio, por la que se resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por noventa y nueve diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra diversos preceptos de la citada L. O. 6/2006, el TC trazó una cierta corrección de la doctrina contenida en su STC 196/1997. Tras recordar que entonces se consideraron constitucionales las previsiones de la LPI que atribuían al Ministerio de Cultura la facultad de autorización y revocación de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, *"al no tratarse de puros actos de ejecución que deban integrarse en la competencia autonómica, sino de actos de naturaleza normativa y de alcance extraterritorial"*, observa que *"en otros supuestos hemos considerado que la autorización de los entes que han de intervenir u operar en distintos ámbitos materiales constituye una actuación aplicativa de la normativa correspondiente, siendo dicha actuación aplicativa competencia"*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

en unos casos del Estado por tener carácter básico, (...) y en otros de las Comunidades Autónomas”, en virtud de lo cual concluye (F. J. 97):

“Pues bien, más allá de las concretas conclusiones alcanzadas en la STC 196/1997, hemos de afirmar, de acuerdo con nuestra doctrina general, que el hecho de que el art. 155.1 b) EAC haya relacionado entre las potestades autonómicas de ejecución la autorización y revocación de las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual no conlleva, por sí solo, su inconstitucionalidad, pues dicha autorización y revocación pueden inscribirse, en cuanto tales, en la función ejecutiva. Sin embargo, siendo el Estado el titular de la función legislativa en esta materia (art. 149.1.9 CE), al Estado corresponde decidir si tales autorizaciones y revocaciones pueden ejercerlas las Comunidades Autónomas o debe retenerlas el propio Estado para asegurar el cumplimiento sin fraccionamiento de la propia legislación. A este respecto es obvio que, en este caso, como en cualquier otro en que el Estatuto relacione potestades ejecutivas de la Generalitat en el seno de materias de competencia compartida, tales potestades ejecutivas no impiden que la legislación estatal retenga para el Estado las competencias que ahora se controvierten.

En consecuencia, ha de desestimarse la impugnación del art. 155.1 b) EAC”.

94. Es decir, el TC viene a admitir en esta segunda Sentencia que las competencias sobre autorización y revocación de entidades de gestión pueden considerarse ejecutivas, y en esa medida pueden ser asumidas por las CC AA, pero al mismo tiempo indica que en su función de configuración legislativa de la materia, el Estado podría retenerlas para sí. Dicho de otro modo, si el art. 155.1.b) EAC, que el TC no considera inconstitucional, había podido otorgar a la Generalitat de Cataluña una competencia que la LPI venía reservando al Estado, una posterior norma estatal sobre propiedad intelectual podría revertir la situación, atribuyendo al Estado –nuevamente– la



competencia en cuestión, esta vez no por su carácter de acto normativo, sino a pesar de su naturaleza de actuación ejecutiva.

95. De manera que es a la vista de todos estos antecedentes como tenemos que examinar la regulación contenida en el art. 159 LPI del Anteproyecto. A efectos de este análisis procede separar el apartado 1 por un lado y los apartados 2 y 3 por otro. En aquél se siguen otorgando al Estado las competencias sobre el otorgamiento y revocación de la autorización de las entidades de gestión, así como sobre la aprobación de las modificaciones estatutarias presentadas por las mismas. En los apartados 2 y 3 se atribuyen a las CC AA las funciones de inspección, vigilancia y control de las entidades de gestión, incluido el ejercicio de la potestad sancionadora, cuando las entidades desarrollen principalmente su actividad ordinaria en el territorio de una Comunidad, y al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, con carácter residual, fuera de esos casos. El precepto describe el punto de conexión del que depende la asignación o no de la competencia a las CC AA. Con arreglo al segundo párrafo de su apartado 2:

“Se considerará que una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual actúa principalmente en una Comunidad Autónoma cuando su domicilio social se encuentre en el territorio de dicha Comunidad Autónoma y el principal ámbito de recaudación de la remuneración de los derechos confiados a su gestión se circunscriba a dicho territorio. Se entenderá por principal ámbito de recaudación aquel de donde proceda más del 85% de ésta, siendo revisable bienalmente el cumplimiento de esta condición”.

96. Por lo que se refiere a lo dispuesto en el art. 159.1 LPI del Anteproyecto, la atribución al Estado de las competencias sobre autorización y revocación de la autorización de las entidades y de la aprobación de sus modificaciones estatutarias es sin duda conforme con la STC 196/1997, ya que esta



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

resolución validó esa misma regulación, contenida en los originarios arts. 132, 134 y 144.1 LPI/1987, al entender que servía para asegurar el mantenimiento de un régimen jurídico unitario de la gestión de la explotación de los derechos de la propiedad intelectual y una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia. Por razones diferentes, también debe estimarse conforme con la STC 31/2010, por cuanto, aunque pase a inscribir tales actos en el ámbito de la función ejecutiva, esa Sentencia ha admitido que corresponde al Estado decidir si tales autorizaciones y revocaciones pueden ejercerlas las CC AA o debe retenerlas el Estado para asegurar el cumplimiento sin fraccionamiento de la propia legislación.

97. En cuanto a las funciones referidas en los apartados 2 y 3, se trata de las típicas competencias de ejecución sobre las que la STC 196/1997 dijo que correspondían a las CC AA, pues su reserva al Estado no se justificaba por la necesidad de mantener unos criterios uniformes en su ejercicio, siendo la intervención autonómica garantía suficiente para la salvaguardia de los intereses afectados y la consecución de los objetivos pretendidos. Para el TC, el alcance supraautonómico de la actividad a controlar no permite desplazar, sin más, la titularidad de las competencias controvertidas al Estado, dado que no se trata de funciones que fragmenten el régimen unitario establecido por el legislador, sino de actividades tendentes a que las entidades de gestión desempeñen su actuación con sujeción a la Ley que las crea. Conforme a esta doctrina (que la STC 31/2010 no altera, pues no se pronuncia sobre estas competencias), no resultaría constitucional la atribución al Estado de estas funciones ejecutivas (vigilancia, control e inspección), por el hecho de que la actividad de las entidades de gestión afecte al territorio de más de una Comunidad Autónoma, pues la supraterritorialidad no es un criterio general de atribución de materias competenciales, siendo admisible únicamente en caso de previsión específica en los arts. 148 y 149 CE (la cual no existe en el caso de la propiedad intelectual). No obstante, aunque el sistema vigente –en el



que las CC AA ostentan las competencias ejecutivas sobre cualesquiera entidades de gestión, estén o no vinculadas por su actividad con el territorio de una Comunidad Autónoma–, ha sido validado por el TC, y si bien éste parecía inclinarse a lo sumo por favorecer soluciones en las que el Estado articulase mecanismos de colaboración, coordinación e información recíproca, parece que también tiene encaje un sistema como el plasmado en el Anteproyecto, en el que la Ley estatal pasa a precisar los puntos de conexión que permiten determinar cuál es la Comunidad Autónoma a la que corresponde el ejercicio de las competencias, asignándose la competencia residual al Estado. A este respecto procede traer a colación la STC 194/2011, de 13 de diciembre, aunque dictada en una materia que no guardaba relación con la propiedad intelectual, en la que se expone una reiterada doctrina del TC, según la cual:

“[I]as actuaciones ejecutivas autonómicas, por el hecho de que generen consecuencias más allá del territorio de las Comunidades Autónomas que hubieren de adoptarlas por estar así previsto en sus Estatutos de Autonomía, no revierten al Estado como consecuencia de tal efecto supraterritorial pues semejante traslado de la titularidad, que ha de ser excepcional, sólo puede producirse cuando no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio de las competencias autonómicas o cuando además del carácter supraautonómico del fenómeno objeto de la competencia, no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejercida sobre él y, aun en este caso, siempre que dicha actuación tampoco pueda ejercerse mediante mecanismos de cooperación o de coordinación y, por ello, requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un único titular, forzosamente el Estado, (...)”.

98. De este pasaje se desprende que, fuera del caso del desplazamiento *sin más* de estas competencias ejecutivas al Estado, que la STC 196/1997 descartó,



al no considerar suficiente para ello el mero alcance supraautonómico de la actividad de las entidades de gestión, ni ser funciones que por ejercerse desde diferentes CC AA pudieran fraccionar el régimen de la actividad pública de que se trata, tan admisible sería una fórmula basada en mecanismos de cooperación y coordinación, como otra apoyada en el establecimiento de puntos de conexión, cual es la acogida por el Anteproyecto. Eso no obsta para advertir que los puntos de conexión diseñados por el prelegislador hacen que *de facto* sea prácticamente inviable que las CC AA puedan ejercitar sus competencias ejecutivas en esta materia, ya que ninguna de las entidades de gestión existentes reúne los requisitos exigidos (tener en el territorio de una Comunidad Autónoma el domicilio social y el principal ámbito de recaudación, entendiéndose por tal aquél de donde proceda más del 85% de la misma), ni tampoco es fácil imaginar que en lo venidero puedan surgir entidades que los cumplan.

3. Medidas para la más eficaz protección de los derechos de propiedad intelectual frente a las vulneraciones en el entorno digital.

a) El procedimiento ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

99. El procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital se encuentra actualmente contemplado en el art. 158.4 LPI y en los arts. 15 a 24 del RD 1889/2011, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual. En el Anteproyecto su regulación se inscribe en el futuro art. 158 ter LPI, que consta de ocho apartados, algunos de gran extensión. Esta parte del Anteproyecto merece nuestra atención en la medida en que se trata de un procedimiento administrativo de protección de derechos de propiedad privada que se erige en vía alternativa, no excluyente, de las acciones de tutela judicial civil y penal. Los elementos más novedosos



respecto de la actual regulación se localizan en el apartado 2, donde se especifican los sujetos frente a los que podrá dirigirse este procedimiento; en el primer párrafo del apartado 3, que agrega un nuevo requisito para poder solicitar a la S2 CPI el inicio del procedimiento; en el segundo y cuarto párrafos del apartado 4, sobre diversos aspectos de la mecánica del procedimiento; en el apartado 5, sobre el modo de activar el deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación y de otros servicios análogos; y en el apartado 6, donde se tipifica una conducta infractora concebida para los casos de incumplimiento reiterado.

100. Sobre los sujetos frente a los que podrá dirigirse el procedimiento, se observa que el Anteproyecto amplía por un lado el espectro de los mismos, si bien lo restringe por otro. Comenzando por esto último, el efecto restrictivo deriva de la nueva exigencia plasmada en el art. 158 ter.2.a) LPI, conforme a la cual el procedimiento se dirigirá contra prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren directamente derechos de propiedad intelectual *de forma significativa*, atendiendo, entre otros, a su nivel de audiencia en España o al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio y a su modelo de negocio. Esta exigencia, relativa al especial significado de la vulneración atendida la clase de factores que el propio precepto enumera, no se encuentra en el actual art. 158.4 LPI, donde sólo se requiere que el prestador de servicios vulnere derechos de propiedad intelectual –no tiene por qué ser de forma significativa– y actúe directa o indirectamente con ánimo de lucro, o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial, requisito éste que el Anteproyecto también mantiene (en el apartado 4 del art. 158 ter LPI). A partir de la reforma, por consiguiente, un titular que observe cómo una obra suya está siendo objeto de utilización ilícita en un sitio de Internet con relativa poca audiencia en España, en el que el número de contenidos indiciariamente ilícitos no sea



muy numeroso y donde el modelo de negocio no revele una vulneración significativa, no podrá acudir al procedimiento de salvaguarda ante la S2 CPI. En este sentido, esta modificación no parece que tenga por objeto –volviendo a los propósitos enunciados en la Exposición de Motivos– “mejorar la eficacia de los mecanismos legales para la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a las vulneraciones que puedan sufrir en el entorno digital”. Por otro lado, debe advertirse del peligro de que la norma de este segundo apartado del art. 158 ter LPI se neutralice con la del apartado 4 de ese mismo artículo, ya que, por definición, si el prestador en cuestión posee un “modelo de negocio” podrá afirmarse que persigue, directa o indirectamente, un ánimo de lucro. Por otro lado, aunque el sitio de Internet desde el que se produzca la vulneración tenga poca audiencia en España o no contenga un volumen masivo de contenidos ilícitamente ofrecidos, no por ello dejara de causar o ser susceptible de causar un daño patrimonial a los titulares de derechos. En otras palabras, si el prelegislador desea incorporar esa nueva exigencia de la vulneración significativa en el art. 158 ter.2.a) LPI, tal vez no pueda mantener en paralelo el requisito, menos cualificado, de que el prestador posea ánimo de lucro o cause/pueda causar un daño patrimonial.

101. Pero, como decíamos, el Anteproyecto también amplía por otro lado el espectro de sujetos frente a los que puede dirigirse el procedimiento, ya que la letra b) del art. 158 ter.2 LPI incluye, sin considerarlos vulneradores directos pero sí partícipes en la vulneración, a los que desarrollan como actividad principal la de facilitar de manera específica y masiva la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrecen sin autorización (vulgarmente conocidos como “enlazadores”). De nuevo tiene que darse que la vulneración de base sea significativa en los términos que hemos descrito en el párrafo anterior, que la labor no sea de mera intermediación técnica ni neutral, sino que el prestador mantenga y actualice las correspondientes herramientas de localización, y que actúe con ánimo de lucro, directo o



indirecto, o cause/pueda causar un daño patrimonial. Como requisito preliminar, para que el procedimiento pueda dirigirse contra este tipo de prestadores, el precepto exige que los vulneradores directos, en cuya infracción participan los enlazadores, carezcan de vínculos suficientes con España, “o bien “concurran otros motivos que impidan la eficaz salvaguarda de los derechos vulnerados”.

102. Sin duda supone un avance notable en pos de la más eficaz protección de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, que el legislador vaya a calificar a quienes explotan webs de enlaces que redirigen masivamente a contenidos puestos ilícitamente en la red, como sujetos participantes en la vulneración de base, superando de este modo la concepción de que los enlazadores deben ser vistos, con independencia de las condiciones en las que presten sus servicio, como meros prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información. En esta misma línea se sitúa, por cierto, el Anteproyecto de L. O. de modificación del Código Penal actualmente en tramitación. Tomando como referencia el texto informado por el Consejo de Estado, el apartado 167º de su artículo único, por el que se reforma el art. 271 del Código Penal, prevé castigar, siempre que se dé alguna de las circunstancias del tipo agravado del delito relativo a la propiedad intelectual, *“a quien, con ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, preste de forma no ocasional un servicio de referenciación de contenidos en Internet que facilite la localización activa y sistemática de contenidos objeto de propiedad intelectual ofrecidos ilícitamente en Internet sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, en particular, ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios del servicio”*. Como vemos, los requisitos coinciden en líneas generales, pero la norma penal en ciernes no



exige que la labor del enlazador sea masiva, ni tampoco que la infracción de base sea significativa en los términos en que lo hace el Anteproyecto ahora informado. Tampoco requiere que el infractor primario –quien haya puesto en la red los contenidos enlazados– carezca de vínculos suficientes con España, o que otro motivo impida la eficaz salvaguarda de los derechos vulnerados. De este modo el número de casos en que va a poder emplearse la acción penal para perseguir a uno de estos enlazadores, podría ser superior al número de casos en que podrá instarse el procedimiento administrativo de salvaguarda ante la S2 CPI con ese mismo objeto, lo que tendría difícil encaje desde el punto de vista del principio de subsidiariedad de la norma penal.

103. Fuera de esa consideración, la exigencia relativa a que el infractor primario no tenga vínculos suficientes con España o concurren otros motivos que impidan la eficaz salvaguarda de los derechos vulnerados, además de que deja un excesivo margen de discrecionalidad a la S2 CPI para decidir sobre si procede o no dirigir el procedimiento contra los enlazadores, resulta de difícil justificación, pues supone blindar la actividad de estos últimos con tal de que los prestadores de servicios en cuya infracción participan sí tengan suficientes vínculos con España. La calificación de una conducta a los efectos de poder reprimirla mediante las correspondientes acciones judiciales o administrativas no debería variar en función de un dato tan contingente como ése.

104. Pasando al apartado tercero del precepto que venimos analizando, en él se contempla un nuevo requisito, esta vez relacionado con los trámites para poder solicitar el inicio del procedimiento, que permite volver a dudar que esté orientado a mejorar la eficacia de los mecanismos legales para la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a las vulneraciones en el entorno digital. Por contraste con la regulación actual, que simplemente prevé que el procedimiento se inicie a instancia del titular de los derechos que se consideran vulnerados o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio,



el Anteproyecto contempla exigir al solicitante la acreditación de un previo intento de notificación infructuoso al presunto vulnerador requiriéndole la retirada de los contenidos específicos ofrecidos sin autorización, notificación que podrá dirigirse a la dirección de correo electrónico que el prestador facilite al público a efectos de comunicarse con el mismo, y que no será necesario realizar si el prestador de servicios no facilitase ninguna dirección de correo. La exigencia de este requerimiento particular, como condición para poder instar el inicio del procedimiento ante la S2 CPI –que supone una carga añadida para el titular y una oportunidad extra para el presunto vulnerador– halla escasa justificación desde el momento en que una de las fases de ese procedimiento es el requerimiento inicial que dicho órgano deberá dirigir al presunto infractor para que éste pueda, en un plazo máximo de 48 horas, proceder a la retirada voluntaria de los contenidos infractores, la cual pondrá fin al procedimiento. Por lo demás, el precepto omite señalar un aspecto necesario para poder calibrar la falta de fruto del requerimiento, cual es el plazo mínimo y/o máximo que el interesado en iniciar el procedimiento deberá conceder al presunto infractor para que retire voluntariamente los contenidos. A falta de esa determinación legal, la S2 CPI se encontrará con solicitantes que acrediten haber intentado infructuosamente que el infractor retirara los contenidos tras haberle concedido para ello en su requerimiento un plazo de dos días, y otros que sostendrán lo propio tras haber otorgado un margen de dos horas. En fin, el mecanismo proyectado no evita que pueda producirse una situación circular que, a la postre, haga inviable para el titular perjudicado acudir a la tutela prestada por la S2 CPI. Esta situación puede producirse si el presunto infractor, tras recibir el requerimiento, retira voluntariamente durante un cierto tiempo los contenidos infractores, para después volver a ofrecerlos. Ello obligará al titular a efectuar un nuevo requerimiento, y así sucesivamente, pero al no ser ninguno de ellos infructuoso en sentido propio, no se daría nunca la condición previa para poder solicitar de la S2 CPI el inicio del procedimiento.



105. En el centro de este apartado 3 del art. 158 ter LPI en proyecto, al hilo de la regulación de ese requerimiento previo que se erige en necesario para poder instar la tutela de la S2 CPI, se desliza un inciso que podría parecer clave para la aplicación del requisito del «conocimiento efectivo» previsto en los arts. 16 y 17 LSSI (el cual determina la posibilidad de exigir responsabilidad a los prestadores de servicios de almacenamiento de datos y a los que facilitan enlaces a contenidos e instrumentos de búsqueda respectivamente), pero cuyo alcance es confuso. Con arreglo a dicho inciso:

“Esta notificación previa podrá considerarse a efectos de la generación del conocimiento efectivo en los términos establecidos en los artículos 16 y 17 de la Ley 34/2002, siempre y cuando identifique exactamente la obra o prestación, al titular de los derechos correspondientes y una ubicación exacta donde la obra o prestación es ofrecida en el servicio de la sociedad de la información”.

La cuestión desborda el ámbito del procedimiento de salvaguarda de los derechos seguido ante la S2 CPI, y por esa razón cabría sugerir como mejor ubicación los arts. 16 y 17 LSSI, en los que ya se describen las circunstancias en las cuales puede entenderse que determinados prestadores han adquirido el conocimiento efectivo de que la información por ellos almacenada, o a la que redirigen sus instrumentos de búsqueda o sus enlaces, es ilícita. Y es que, a primera vista, el párrafo transcrito vendría a clarificar un aspecto que hasta ahora ha venido siendo despejado por los tribunales, a través de una interpretación de nuestra Ley conforme con la Directiva 2000/31, de Comercio Electrónico. Al respecto pueden citarse, entre otras, las SSTS, Sala 1ª, de 9 de diciembre de 2009, 18 de mayo de 2010 y 10 de febrero de 2011, en las que el Alto Tribunal aboga por una interpretación amplia de las vías a través de las cuales puede llegar a obtenerse el conocimiento efectivo al que se



refiere el art. 16 LSSI, rechazando la tesis de que esa clase de conocimiento sólo puede producirse mediante la notificación de una resolución dictada por un órgano competente, y admitiendo que uno de los medios de obtención del conocimiento efectivo relevante puede consistir en la comunicación efectuada por el propio afectado. Dicho lo cual, debemos reparar en que la notificación a la que se refiere el art. 158 ter.3 LPI en proyecto está dirigida al prestador del servicio de la sociedad de la información presuntamente vulnerador, al que en el esquema del Anteproyecto se quiere dar una oportunidad preliminar para que retire voluntariamente los contenidos infractores. Siendo esto así, no es posible que esa notificación pueda tener ninguna relevancia a los efectos de generar el conocimiento efectivo previsto en los arts. 16 y 17 LSSI, dado que éste por definición lo han de adquirir, o no, los dos tipos de prestadores de servicios de intermediación a que hemos aludido (prestadores de alojamiento y prestadores de servicios de enlaces y de herramientas de búsqueda). En conclusión, el inciso en cuestión debe ser cuidadosamente revisado en el ulterior trámite de elaboración de la Norma en proyecto.

106. Ello no obsta para señalar la bondad de establecer que una notificación efectuada por el propio afectado puede servir para generar el conocimiento efectivo del que hablan los arts. 16 y 17 LSSI, en relación con los prestadores intermediarios correspondientes. Pero una disposición en ese sentido tendría que ser incluida en la LSSI y no en la LPI, habida cuenta de que la regulación de la LSSI es horizontal, es decir, afecta a los prestadores de servicios de intermediación con independencia de cuál sea la clase de infracción cometida por los usuarios o destinatarios de sus servicios. Por el contrario, cualquier regulación sobre los modos de alcanzar el conocimiento efectivo que se integrase en una ley sectorial, como la LPI, carecería del alcance transversal propio de la LSSI.



107. Si nos trasladamos al apartado cuarto del art. 158 ter LPI del Anteproyecto, descubrimos dos innovaciones que merecen ser destacadas. A la primera ya hicimos referencia en las consideraciones generales del Informe, y tiene que ver con la posibilidad de que la S2ª CPI extienda las medidas de retirada o interrupción a otras obras o prestaciones protegidas debidamente identificadas cuyos derechos representen las personas que hayan participado como interesadas en el procedimiento, o que formen parte de un mismo tipo de obras o prestaciones, siempre que concurren hechos o circunstancias que revelen que las citadas obras o prestaciones son igualmente ofrecidas ilícitamente. Se trata, ésta sí, de una medida que puede redundar en una más eficaz protección de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, y que pone de manifiesto la necesidad de que la S2 CPI ofrezca una salvaguarda frente a vulneraciones masivas que afecten a toda una categoría de obras o prestaciones de la misma clase, o a todo el repertorio de obras y/o prestaciones pertenecientes a un mismo titular. Habida cuenta de ello, podría darse el paso de configurarse legalmente el procedimiento con ese carácter de protección plural o colectiva desde un inicio, cosa que en la actualidad no sucede (vid. arts. 15.3 y 17.2.a/ del RD 1889/2011, de los que se deriva la exigencia de identificar la concreta obra o prestación a la que se refiera la solicitud).

108. La segunda novedad que advertimos en este apartado tiene que ver con el valor que cabe dar a la retirada voluntaria de los contenidos, o a la interrupción del servicio, realizada por el sujeto contra el que se dirige el procedimiento a raíz del requerimiento inicial que la S2 CPI le dirigirá a tal efecto. El último párrafo del art. 158 ter.4 LPI en proyecto indica que esa retirada o interrupción voluntarios “tendrán valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración de derechos de propiedad intelectual”. Esta previsión estaba contenida en el art. 20.2 del RD 1889/2011, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, pero ha



resultado anulada por la STS, Sala 3ª, de 31 de mayo de 2013, que resolvía el recurso elevado contra dicho real decreto por la entidad «Red de Empresas de Internet». A juicio del Alto Tribunal, asignar a la retirada o interrupción voluntarias valor de reconocimiento implícito de la vulneración constituye un exceso de la norma reglamentaria respecto de la Ley a cuyo desarrollo sirve.

109. De esta forma, el prelegislador prevé dotar de rango legal a esa previsión, la cual este Consejo General considera por lo demás atinada, como ya tuvo ocasión de señalar en su Informe al proyecto de real decreto que terminaría siendo aprobado como RD 1889/2011. En él advertíamos la necesidad de introducir alguna consecuencia negativa anudada al hecho de la reanudación de la actividad infractora, y sugeríamos que la reapertura del expediente se produjera en una fase posterior a la de retirada voluntaria de los contenidos, pudiendo incluso ser en la fase de dictado de la resolución, sin pasar por la de prueba ni alegaciones, partiendo de que la retirada voluntaria de los contenidos venía a equivaler a un reconocimiento implícito de la infracción. Es decir, a diferencia de lo observado por la Sentencia que acaba de reseñarse, tendría sentido considerar infractor a quien procede a retirar voluntariamente los contenidos, pues aunque ello efectivamente suponga el restablecimiento de la legalidad y el fin del procedimiento, cabe que el expediente deba reabrirse por causa de la reanudación de la actividad infractora, tal y como se contempla en la parte restante del art. 20.2 del RD 1889/2011, que la referida Sentencia no ha anulado.

110. En relación con los apartados 5 y 6, y sin perjuicio de lo que sobre este último se dijo en el epígrafe correspondiente al régimen de infracciones y sanciones, observamos que en lo sustancial se planea mantener el procedimiento de restablecimiento de la legalidad (apartado 5), creándose un nuevo procedimiento sancionador (apartado 6) que, en realidad, a pesar de incluirse en el mismo art. 158 ter LPI, constituye un mecanismo protector de



naturaleza diferente. Precisamente por ello, tal vez sería más apropiado regular ese procedimiento sancionador en un precepto separado –¿artículo 158 quater?– y no en un apartado del art. 158 ter LPI, pues el primer apartado de éste señala que la S2 CPI “ejercerá las funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información *a través de un procedimiento cuyo objeto será el restablecimiento de la legalidad*”. Al no ser la finalidad del procedimiento sancionador el restablecimiento de la legalidad, su regulación debería separarse de la de éste, por más que aquél también pueda inscribirse en el marco de las funciones de salvaguarda puestas a cargo de la S2 CPI. Otra alternativa sería modificar la redacción el art. 158 ter.1 LPI, para señalar que las funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información, las lleva a cabo la S2 CPI a través de dos procedimientos, uno de restablecimiento de la legalidad y el otro sancionador. En este caso debería ponerse cuidado en trazar mejor la divisoria interna entre los dos procedimientos, dejando claro qué disposiciones son aplicables a cada uno. En la configuración actual del texto remitido para informe se causa una sensación de continuidad entre ambos procedimientos que resulta pernicioso, pues hay aspectos, como por ejemplo la iniciación, que quedan regulados para el primero pero no para el segundo.

111. La infracción que el art. 158 ter.6 LPI tipifica, y que puede dar lugar a la activación de la respuesta sancionadora por parte de la S2 CPI, consiste en el incumplimiento reiterado –por dos o más veces–, por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información, de requerimientos de retirada de contenidos infractores emitidos por la S2 CPI. El precepto habla de requerimientos de retirada “emitidos conforme a lo previsto en el apartado 4 anterior”, y ello permite apreciar una laguna en dicho apartado, puesto que en él se habla del requerimiento inicial que la Comisión puede dirigir al



presunto vulnerador para que, en lugar de formular alegaciones y proponer pruebas, retire voluntariamente los contenidos, pero en ningún momento se alude al requerimiento posterior, formulado tras la resolución de la S2 CPI declarando la existencia de infracción para que el infractor, ya expresamente declarado como tal, retire los contenidos o interrumpa el servicio antes de dar paso a la ejecución forzosa de las medidas adoptadas por la CPI. El contraste entre ambos requerimientos sí se aprecia en la regulación actual, ciertamente no en el art. 158.4 LPI sino en los arts. 20.1 y 22.2 del RD 1889/2011. Con independencia pues de la conveniencia de reflejar en el futuro art. 158 ter.4 esos dos requerimientos, parece claro que la norma del apartado 6 se tiene que referir al segundo de ellos, el dirigido al sujeto infractor tras la resolución de la S2 CPI declarando la infracción, ya que el otro es un requerimiento dirigido a la retirada voluntaria de los contenidos, cuya desatención no debe provocar ninguna consecuencia en el plano sancionador.

112. Dicho sea de paso, puesto que la respuesta sancionadora se pone en marcha sobre la base de la desatención de requerimientos formulados en el seno de un previo procedimiento de restablecimiento de la legalidad, creemos que en el último párrafo de este apartado (*“el instructor del procedimiento sancionador podrá incorporar al expediente las actuaciones que formasen parte de los procedimientos relacionados tramitados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual en ejercicio de sus funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual establecidas en el apartado anterior”*) el verbo “podrá” debería sustituirse por “deberá”.

113. El apartado que ahora examinamos considera igualmente incumplimiento reiterado *“la reanudación por dos o más veces de actividades vulneradoras por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información”*. El inconveniente que cabe apreciar aquí es la existencia de una cierta imprecisión en la delimitación de la conducta infractora, ya que no



queda claro si por “reanudación” hay que entender la actividad consistente en volver a ofrecer unos mismos contenidos infractores respecto de los que el prestador procedió a una previa retirada, voluntaria o forzosa, y/o el ofrecimiento de otros contenidos, igualmente infractores, aunque respecto de ellos no haya recaído ninguna resolución ordenando su retirada. Sería conveniente que la futura norma describiera de una forma más precisa la conducta en cuestión, acaso tomando como modelo el criterio seguido en el art. 20.2. *in fine* del RD 1889/2011 para una de las fases del procedimiento de restablecimiento de la legalidad (“*se entenderá por reanudación de la actividad vulneradora el hecho de que el mismo responsable contra el que se inició el procedimiento 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*”).

114. En el procedimiento sancionador del apartado 6 se señala el tiempo máximo (un año) por el que se podrá extender la medida de cese de la actividad del prestador sancionado, consecuencia que la infracción podrá llevar aparejada, junto con la multa pecuniaria, cuando lo justifique la gravedad y repercusión social de la conducta infractora. El precepto habla de “*cese de las actividades declaradas infractoras del prestador de servicios durante un periodo máximo de un año*”, pero obviamente no significa que pasado ese plazo el prestador pueda reanudar esas actividades infractoras; debería pues hablarse del cese de la actividad del prestador, a consecuencia de su comportamiento infractor, o de suspensión durante ese periodo de los servicios que le proporcionan los prestadores de servicios de intermediación, de pagos electrónicos y de publicidad. Sea como fuere, en el procedimiento ordinario de restablecimiento de la legalidad el Anteproyecto omite señalar un tiempo máximo de duración de la medida equivalente, que sería la suspensión de los servicios facilitados por los prestadores intermediarios, de pagos electrónicos y de publicidad. Sí encontramos esa fijación en el art. 24.4. del RD 1889/2011 (“*la suspensión del*



servicio de intermediación (...) cesará cuando se acredite ante la Sección Segunda el restablecimiento de la legalidad por parte del servicio de la sociedad de la información o, en todo caso, una vez transcurrido un año desde la ejecución de la medida”). Parecería lógico que si la Ley va a fijar ese plazo máximo de la medida de cese en el caso del sancionador, se haga lo propio con la medida de suspensión (que puede consistir en el “bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet”) a adoptar en el seno del procedimiento de restablecimiento de la legalidad.

115. Como reflexión final, si el objetivo del procedimiento ordinario ante la S2 CPI es el restablecimiento de la legalidad y ésta se ha restablecido, aunque sea por medio de la ejecución forzosa de las medidas acordadas por la CPI, cabe la duda de si es dable configurar el incumplimiento por dos o más veces de requerimientos de ese órgano como una conducta en sí misma sancionable. La ligazón que el apartado 6 establece entre la conducta infractora que tipifica y los procedimientos de restablecimiento de la legalidad previamente seguidos contra el infractor, transmite la sensación de que la culminación de éstos por vía forzosa resulta en cierto modo inútil o insatisfactoria. Al mismo tiempo, el hecho de que, junto a la multa, el Anteproyecto prevea como consecuencia complementaria del procedimiento sancionador el cese de la actividad del infractor, introduce un cierto factor de circularidad, al tratarse de la misma clase de medida cuyo incumplimiento espontáneo en el marco del procedimiento de restablecimiento de la legalidad ha dado lugar a la ulterior incoación del procedimiento sancionador.

b) La reforma del art. 138 LPI.

116. El vigente art. 138 LPI (“Acciones y medidas cautelares urgentes”) contiene una suerte de compilación de los medios de protección que asisten al titular



de los derechos reconocidos en la Ley, a saber: (i) instar el cese de la actividad ilícita del infractor, (ii) exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, (iii) instar la publicación o difusión de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor, y (iv) solicitar con carácter previo la adopción de medidas cautelares de protección urgente. Una de las carencias que tradicionalmente se ha achacado a este precepto, y por añadidura a la LPI, es que no llega a definir qué debe entenderse por “infractor”, ni tampoco delimita una gama o jerarquía de posibles conductas infractoras, distinguiendo acaso entre aquéllas que vulneran los derechos de forma directa y las que constituyen una suerte de contribución o cooperación a la infracción principal cometida por otro sujeto.

117. El entendimiento tradicional sobre este precepto es que el legitimado pasivo de una acción civil por infracción de la propiedad intelectual es quien lleva a cabo la usurpación del derecho reservado, ya se trate de un derecho de explotación, de un derecho moral o de una usurpación mixta tipo plagio, pero no lo sería ni el destinatario de ese acto de usurpación, que se limita a recibir, adquirir o disfrutar pasivamente de las resultas del mismo, ni quien se haya limitado a suministrar al usurpador los aparatos o ingenios mecánicos que en el caso hayan servido para cometer la actividad infractora, o a facilitarle el espacio físico en el que tendrá lugar dicha actividad, a menos que conociera el carácter ilícito de la misma, o que una norma legal castigue de modo expreso la conducta consistente en proporcionar los medios aptos para neutralizar una medida o dispositivo de protección, como sería el caso del art. 160.2 LPI o del art. 102.c) LPI en sede de programas de ordenador. Eso deja un espacio en el que cabe toda una serie de conductas que, sin constituir en sentido propio una usurpación de los derechos, pueden calificarse como infractoras por revelar una cooperación activa en la conducta del usurpador, una facilitación consciente de medios para cometerla o un interés económico directo en que dicha conducta se perpetre.



118. Con la llegada de las nuevas tecnologías de la sociedad de la información, el número de posibles conductas coadyuvantes a la del infractor primario se multiplicó. Los servicios facilitados por ciertos prestadores intermediarios o la comercialización de tecnologías principalmente concebidas, o al menos susceptibles de ser utilizadas de forma mayoritaria, para la comisión de infracciones de derechos de propiedad intelectual por sus usuarios (*software* de intercambio de archivos *peer-to-peer*), renovó la preocupación tradicional acerca de quién debe merecer la consideración de infractor de esta clase de derechos. En algunos ordenamientos, sobre todo por empuje de las decisiones judiciales, se han ido fraguando algunas categorías de responsabilidad indirecta que vienen a completar las previsiones legales sobre las acciones de defensa de la propiedad intelectual. Ello ha sucedido emblemáticamente en Estados Unidos, donde los conocidos casos Napster y Grokster se han convertido en paradigmas de aplicación de esas categorías, las cuales no obstante ya se habían aplicado de forma sonada en 1984 por la Corte Suprema, en un litigio relativo a derechos de propiedad intelectual (caso Betamax).

119. La primera de esas figuras es la de la responsabilidad por contribución a la infracción (*contributory liability*), la cual corresponde a quien, teniendo conocimiento de la conducta infractora, la induce, causa o contribuye materialmente a ella proveyendo medios o recursos al infractor. La segunda es la conocida como *vicarious liability* (responsabilidad por hecho ajeno), definida como la responsabilidad que puede imponerse a aquel que tiene el derecho y la capacidad de supervisar la actividad del sujeto infractor y que obtiene un beneficio económico derivado de dicha actividad. Suele decirse que en ella pesa más la obtención del beneficio que la capacidad de controlar al infractor (en función de la existencia de ese beneficio, el beneficiario está en mejor posición que el perjudicado para asumir el coste de la infracción).



Ambas figuras reducen el coste de hacer valer los derechos de propiedad intelectual frente a un colectivo disperso de infractores directos, a menudo insolventes, permitiendo que el titular concentre sus esfuerzos en perseguir a un singular, y económicamente más poderoso, infractor indirecto. Junto a esas categorías, los tribunales americanos han aplicado en ocasiones, en acciones de defensa del *copyright*, la doctrina de la *inducción a la infracción*, en virtud de la cual quien comercializa un artículo con el objeto de promover su uso para infringir los derechos de propiedad intelectual, según lo acrediten sus declaraciones u otros pasos dados positivamente en pos de ello, será responsable de las infracciones que, como resultado, cometan terceras personas.

120. El proyectado art. 138 LPI refleja el intento de importar al ordenamiento español esas tres categorías, lo cual es un empeño loable, pues en efecto se trata de un instrumental que, en manos de los titulares de derechos, puede servir a la finalidad de hacer más eficaz su protección en el entorno digital. El prelegislador demuestra aquí una sensibilidad hacia la situación en que se encuentran muchos titulares de propiedad intelectual en trance de tener que demandar a un número elevado de infractores dispersos, los cuales se han servido de una tecnología o de un servicio cuyos usos comerciales no infractores son exiguos, o que han sido comercializados en tales condiciones que puede considerarse que el comercializador ha inducido la comisión de esas infracciones masivas. Por consiguiente, la inclusión de estas nuevas categorías de responsabilidad por la infracción de derechos de propiedad intelectual debe merecer un juicio positivo. A lo cual no obsta que la formulación empleada por el prelegislador resulte algo sucinta en alguno de los casos (v. gr. “*quien induzca a sabiendas la conducta infractora*”; donde paradójicamente, pese a la brevedad, sobraría el “a sabiendas”), por lo que podría ser conveniente encontrar una redacción algo más aquilatada. Así, sin salir de la inducción a la infracción, no se trata tanto de incitar en abstracto a



la comisión del acto ilícito, sino de comercializar un producto o un servicio en condiciones tales que pueda estimarse que quien lo pone en el mercado está, a su vez, invitando a los destinatarios del mismo a que lo empleen para cometer infracciones de derechos de propiedad intelectual.

121. Fuera de ello, y puesto que el prelegislador contempla la modificación de este art 138 LPI, quizás debería aprovecharse para completar una laguna aún más básica que la consistente en no prever figuras de responsabilidad indirecta por contribuir, inducir o beneficiarse de vulneraciones directas de propiedad intelectual. Y es que el precepto ni siquiera define, sino que da por sobreentendido en qué consiste cometer una infracción de derechos de propiedad intelectual, hablando de la figura del “infractor” como si en otra parte de la Ley ésta se hubiera definido, lo que no es el caso. Intuitivamente el jurista dedicado a esta rama del Derecho sabe lo que es un infractor de propiedad intelectual: un usurpador que explota sin título derechos ajenos y/o que se atribuye una obra ajena. Pero parece adecuado, máxime cuando se va a ampliar la gama de infractores o de responsables de la infracción, definir en primer lugar qué debe entenderse por tal infracción. De manera tentativa se propone una redacción que, con todos sus defectos, podría ser tomada como base para dicho cometido:

“Se entenderá por infracción la realización no autorizada por el titular, ni permitida por la ley, de cualquiera de las actividades reservadas en exclusiva a los titulares de los derechos reconocidos en esta Ley, sean de naturaleza moral o patrimonial”.

c) Las nuevas diligencias preliminares introducidas en el art. 256 LECiv.

122. Otra de las áreas en las que se venía reclamando una intervención del legislador en materia de acciones civiles de protección de los derechos de



propiedad intelectual, tenía que ver con las diligencias preliminares del art. 256 LECiv, dos de las cuales –las de los apartados 1.7º y 1.8º–, que fueron introducidas por la reforma operada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, están específicamente concebidas para favorecer a quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad intelectual (o propiedad industrial). En ambos casos, su aplicación se condiciona a que la infracción de los derechos se haya cometido “mediante actos desarrollados a escala comercial”.

123. La primera de esas medidas (art. 256.1.7.º LECiv), tiene por objeto la “*obtención de datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual*” y consiste en el interrogatorio de una serie de sujetos, o en el requerimiento de exhibición de aquellos documentos sobre los que verse el interrogatorio, en relación con determinados extremos que el propio precepto detalla (v. gr. nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y prestadores de las mercancías y servicios; cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, y las cantidades satisfechas como precio por las mercancías o servicios de que se trate). Mediante esta diligencia, por consiguiente, se trata de averiguar la identidad de los sujetos infractores, el número de los productos o servicios infractores y el precio obtenido mediante su comercialización.

124. En cuanto a la diligencia del art. 256.1.8.º LECiv, se dirige a la exhibición de los “*documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, producidos en un determinado tiempo y que se presuman en poder de quien sería demandado como responsable*”. Su finalidad es, por tanto, facilitar la fijación del importe económico de la pretensión indemnizatoria derivada de la infracción de derechos.



125. La práctica judicial ha puesto de manifiesto algunas de las carencias de la regulación de estas diligencias preliminares. Así, la exigencia de que la infracción respecto de la cual se pretenda preparar la acción, se haya concretado en actos desarrollados a escala comercial –los cuales son definidos por la propia Ley como los “realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos” (art. 256.1.8.º *in fine* LECiv)–, ha imposibilitado la aplicación de estas diligencias a aquellas infracciones imputables a usuarios de redes de intercambio *peer-to-peer*, en el entendimiento de que tales sujetos no llevan a cabo actos a escala comercial, sino actos con alcance particular por los que no se cobra una contraprestación (vid. *ad exemplum*, los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 10 y 15 de diciembre de 2009; este último advierte de que ello no significa prejuzgar que la actividad de los usuarios de ese tipo de plataformas no constituye una infracción, sino tan solo constatar que estos supuestos actos infractores no han sido realizados a escala comercial, y por ello no encajan en el art. 256.1.7.º LECiv).

126. También en el célebre caso Promusicae c. Telefónica, que acabaría dando lugar a la STJUE de 29 de enero de 2008 (asunto C-275/06), la actora pretendía la averiguación de los nombres y direcciones de los usuarios de programas de intercambio *peer-to-peer* con base en el art. 256.1.7º LECiv. Promusicae disponía de las direcciones IP (*Internet Protocol*) de los usuarios involucrados en esa clase de tráfico, dato susceptible de detección cuando alguien hace uso de una de estas aplicaciones, pero desconocía los datos personales de los abonados a los que tales direcciones IP correspondían, lo que imposibilitaba entablar una demanda frente a ellos, a menos que el operador de acceso prestase su colaboración. El obstáculo a salvar era, en principio, el ya enunciado: al exigir la norma que la infracción sea cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, cabía la duda de si los usuarios de este tipo de redes desarrollan su actividad con la finalidad de



lograr beneficios económicos o comerciales, directos o indirectos. Sin embargo, Telefónica se opuso a la pretensión de Promusicae con base en la protección que por su parte merecía la privacidad de sus clientes, y habida cuenta de que la diligencia instada constituía una medida preparatoria de un proceso civil, y no de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, únicos casos en que la normativa le obligaba a conservar ciertos datos y ponerlos a disposición de los Jueces y Tribunales. En su resolución de la cuestión prejudicial planteada, el TJUE señaló que las Directivas en juego, incluidas las que regulan la protección de los datos personales en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, no obligan –aunque tampoco impiden– a los Estados miembros a imponer, en una situación como la del asunto principal, el deber de comunicar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual en el marco de un procedimiento civil. Con posterioridad, el TJUE ha tenido oportunidad de dictaminar que las Directivas comunitarias sobre protección de datos personales tampoco se oponen a una normativa nacional que prevea requerir judicialmente a un prestador de acceso para que comunique al titular de un derecho de autor la identidad del abonado a quien se ha asignado determinada IP, supuestamente empleada para la vulneración de ese derecho (Sentencia de 19 de abril de 2012, caso Bonnier Audio AB, asunto C-461/10).

127. A la vista de esta jurisprudencia, y del resto de consideraciones efectuadas, procede repasar ahora las modificaciones introducidas por el Anteproyecto. En primer lugar la que afecta al primer párrafo del art. 256.1.7º LECiv, cuya redacción pasaría a ser:

“7º Mediante la solicitud, formulada por quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, de diligencias de obtención de datos sobre el posible



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

infractor, el origen y redes de distribución de las obras, mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial y, en particular, los siguientes”.

Como puede verse, el Anteproyecto pretende suprimir el requisito de que la infracción se haya cometido mediante actos desarrollados a escala comercial, lo cual solventará el inconveniente con el que en ocasiones se han topado los titulares de propiedad intelectual a la hora de solicitar esta medida. Ahora bien, ese requisito seguirá siendo aplicable a la diligencia preliminar del subapartado 8º, cuya modificación no se prevé.

128. En segundo lugar, el Anteproyecto prevé introducir dos nuevas diligencias preliminares en los nuevos subapartados 10º y 11º, en virtud de los cuales:

“10º Por petición, de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, de que se identifique, con una dirección IP, nombre de dominio, dirección de Internet, nombre o razón social o dato similar de identificación, al prestador de un servicio de la sociedad de la información sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo a gran escala, de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad industrial o de propiedad intelectual para la puesta a disposición o difusión. La solicitud de identificación podrá dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de pagos electrónicos y de publicidad que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de servicio con el prestador de servicios de la sociedad de la información que se desee identificar.



11º Mediante la solicitud, formulada por el titular de un derecho de propiedad intelectual que pretenda ejercitar una acción por infracción del mismo, de que un prestador de servicios de la sociedad de la información identifique a un usuario que se corresponda con una dirección IP, nombre de dominio, nombre o razón social o dato similar de identificación en un determinado momento señalado en la petición, y sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo a gran escala, de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual’.

Mientras que la primera de estas nuevas diligencias se endereza a lograr la identificación de un prestador de servicios de la sociedad de la información que indiciariamente esté difundiendo “a gran escala” contenidos protegidos sin contar con la debida autorización, la segunda, que es exclusiva para acciones de propiedad intelectual, se dirige a la identificación del usuario de un servicio de la sociedad de la información sobre el que igualmente concurren indicios de que está difundiendo ilícitamente a gran escala contenidos protegidos.

129. Partiendo de la pertinencia de introducir dos diligencias preliminares de esta índole, que permiten la preparación de la demanda cuando la infracción de referencia se haya cometido a través de la red (la diligencia del nº 7 está preferentemente concebida para la persecución de infracciones cometidas “fuera de línea”), se pueden señalar algunos aspectos relacionados con la redacción de ambos subapartados y los conceptos en ellos manejados. Así, mientras que en el primer caso la identificación del prestador de servicios de la sociedad de la información se hará “con una dirección IP, nombre de dominio, dirección de Internet, nombre o razón social o dato similar de identificación”, en el segundo se indica que se identifique a “un usuario que se



corresponda con una dirección IP, nombre de dominio, nombre o razón social o dato similar de identificación en un determinado momento señalado en la petición”. Parece que en el primer caso el solicitante de la diligencia puede ignorar todos esos datos, mientras que en el segundo ha de facilitar alguno de ellos y pedir que se haga la identificación del usuario correspondiente al mismo. Quizás sería bueno que en la Exposición de Motivos de la Norma se dejara constancia del porqué de esa diferenciación. En otro orden de cosas, cabe sugerir que en el pasaje del subapartado 10º donde dice “la solicitud de identificación podrá dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de pagos electrónicos y de publicidad (...)”, se especifique que los primeros serán “prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información”. Finalmente, a propósito de la nueva noción de actos de puesta a disposición o de difusión “a gran escala”, no estaría de más que, así como en el subapartado 8º se define qué debe entenderse por actos desarrollados a escala comercial, se haga lo propio con el concepto de “gran escala”, a fin de introducir seguridad en la aplicación judicial de esta norma.

130. Por lo que hace a la proyectada modificación del apartado 4 del art. 259 LECiv, consiste únicamente en la inclusión de una de las nuevas diligencias preliminares en la referencia que ese precepto traza al apartado 1 del art. 256. De este modo, en lugar de aludir a “la información obtenida mediante las diligencias de los números 7º y 8º del apartado 1 del artículo 256”, el futuro art. 259.4 LECiv aludirá a “la información obtenida mediante las diligencias de los números 7, 8 y 10 del apartado 1 del artículo 256”. Curiosamente no se menciona la diligencia del subapartado 11 del art. 256.1, también añadida por el Anteproyecto. Resulta dudoso de si esta omisión es deliberada o involuntaria. En principio, parece que las mismas razones que justifican que en las diligencias de los números 7, 8 y 10 la información obtenida deba ser utilizada exclusivamente para la tutela jurisdiccional de los derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual del solicitante de las medidas,



con prohibición de divulgarla o comunicarla a terceros, avalarían aplicar esa misma disposición a la diligencia preliminar del nuevo subapartado 11.

4. Las modificaciones derivadas de la transposición de las Directivas 2011/77/UE y 2012/28/UE.

131. Como se señaló en las consideraciones generales del Informe, algunas de las modificaciones proyectadas atienden al propósito de transponer dos recientes Directivas: la 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, y la 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas. La primera amplía el plazo de protección de las interpretaciones o ejecuciones artísticas grabadas en fonogramas y de los fonogramas mismos, al tiempo que establece mecanismos para que los artistas puedan beneficiarse de forma efectiva de esa ampliación, previendo medidas como la reversión de los derechos al artista si, transcurridos cincuenta años del periodo de protección del fonograma, el productor del mismo no pone a la venta un número suficiente de copias del mismo ni lo explota mediante puesta a disposición del público, o la obligación de satisfacer una remuneración adicional anual al artista que hubiera cedido sus derechos a cambio de un pago único, de nuevo una vez cumplidos cincuenta años del plazo de protección del fonograma. La Directiva 2011/77 también armoniza el plazo de protección de las composiciones musicales con letra, estableciendo que el cómputo del mismo se efectúe desde la muerte del coautor que fallezca en último lugar. Por su parte, la Directiva 2012/28 tiene como objetivo establecer un marco legal que garantice la seguridad jurídica en la utilización, por parte de las instituciones culturales y los organismos públicos de radiodifusión, de las llamadas “obras huérfanas”, entendiéndose por tales aquéllas protegidas por



derechos de propiedad intelectual cuyos titulares no han podido ser identificados o, habiéndolo sido, no han podido ser localizados tras una búsqueda diligente y de buena fe por parte de la entidad u organismo que se propone hacer el uso de la obra.

132. Como también se adelantó, las observaciones que cabe realizar a propósito de esta parte del Anteproyecto tiene que ver con el modo o técnica seguidos a la hora de efectuar la transposición. En el caso de la Directiva 2011/77 se aprecia en el texto proyectado un excesivo mimetismo respecto de la norma comunitaria de referencia. La transposición de una Directiva no aboca a la aprobación de ninguna nueva disposición si acaso el Estado miembro ya posee una regulación de la materia que permite dar cumplimiento a lo establecido en la norma comunitaria. En tal hipótesis la traslación automática del texto de la Directiva puede provocar una duplicación normativa que dificulte la labor del intérprete y aplicador del Derecho. En este sentido, cabe considerar innecesario incluir en nuestra LPI un segundo párrafo en el art. 28.1 como el que el Anteproyecto prevé, habida cuenta de que en el actual art. 28.1 LPI ya se establece que el plazo de duración de los derechos de explotación sobre una obra en colaboración, incluidas las composiciones musicales con letra, se cuenta a partir del fallecimiento del último coautor superviviente, siendo así que del art. 7 LPI se desprende que las obras en colaboración, por contraste con las obras compuestas del art. 9 LPI, son aquéllas en las que las contribuciones de los coautores han sido creadas específicamente para su aportación a dicha obra. Ello partiendo de que cuando el apartado que la Directiva 2011/77/UE añade en el art. 1 de la Directiva 2006/116/CE, indica que esa regla de cómputo de plazo se aplicará con independencia de que esas personas –letrista y compositor– estén o no designadas como coautores de la obra, se refiere a la posibilidad de que en algunos ordenamientos de los Estados miembros –no es el caso español– las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

obras así creadas no reúnan la condición de obras en coautoría u obras en colaboración.

133. En el caso del art. 110 bis LPI, el mimetismo en el que incurre el prelegislador es censurable por otro motivo. Este precepto, de conformidad con lo que la Directiva dispone, introduce una serie de previsiones que comportan la posible resolución del contrato de cesión celebrado entre el artista y el productor fonográfico, o la revisión *ex lege* del pacto de remuneración acordado entre ambos. Siendo así, lo lógico sería que estas nuevas previsiones se inscribieran en el contexto de una regulación más amplia relativa a ese contrato de cesión, de cuya eventual resolución o revisión se trata. Sin embargo, la opción que se plasma en el Anteproyecto es la de la inserción de esas normas en un cuerpo legal que carece de una regulación del contrato de cesión entre artistas y productores (todo lo más, la LPI contiene la presunción de cesión del art. 110 para cuando entre artista y productor medie una relación laboral o de arrendamiento de servicios, pero este precepto dista mucho de contener una regulación completa, y ni siquiera mínima, de ese contrato). La transposición de esta parte de la Directiva 2011/77 podría ser vista por nuestro legislador como una oportunidad para dotar a nuestra Ley de una regulación del contrato de producción discográfica con artistas, por otro lado largamente demandada por un buen número de los operadores de ese sector. No sería necesario un gran despliegue normativo para ello, antes bien podría bastar la inclusión de una serie de normas generales parecidas a las que se contienen en los arts. 43 y siguientes de la Ley, que como se sabe no son trasladables a los derechos de propiedad intelectual recogidos en el Libro II, por impedirlo la norma de remisión interna parcial del art. 132 LPI. Pese a todo, quizás la intervención normativa ahora en marcha no permita abordar la preparación de esta regulación con la calma suficiente, pero quede apuntado que estamos ante una de las asignaturas pendientes de la LPI, la cual debería afrontarse con ocasión de ese proyecto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

integral de nueva Ley de Propiedad Intelectual que la Exposición de Motivos del Anteproyecto anuncia que se elaborará en el medio plazo.

134. En cuanto a la Directiva de obras huérfanas, lo que nos encontramos es el problema contrario: una transposición parcial o fragmentaria de la norma de cuya transposición se trata. Como hemos anticipado, la Directiva contempla la posibilidad de que determinados sujetos realicen ciertos usos autorizados de determinadas clases de obras, a condición de que pueda establecerse que son huérfanas, para lo cual es imprescindible haber llevado a cabo una búsqueda diligente y de buena fe dirigida a tratar de identificar y localizar al titular, que en todo momento debe tener garantizada la posibilidad de poner fin a la condición de huérfana de su obra. Tan necesario para la aplicación de este nuevo límite es que el legislador defina las obras que pueden considerarse huérfanas, reconozca a los sujetos beneficiarios del mismo y describa los tipos de usos que éstos podrán hacer, como que disponga las condiciones o exigencias que tendrán que satisfacer para poder beneficiarse del límite y llevar a cabo lícitamente esos usos. No se entiende pues que si estamos ante elementos o requisitos cumulativos, todos ellos necesarios para el funcionamiento del límite, el legislador se detenga en la transposición, por el momento, de sólo una parte de esos elementos (los relativos a la definición de obra huérfana, la enumeración de los beneficiarios y la descripción de los usos a los que se les autoriza en relación con aquéllas), difiriendo la plasmación de los restantes elementos (los términos o condiciones a que se tendrá que ajustar la búsqueda diligente de los titulares de derechos, pero también el procedimiento para que éstos puedan poner fin a la condición de huérfana de su obra) a un ulterior desarrollo reglamentario de los apartados 3 y 5 del art 37 bis LPI. Lo que esta situación provocará es que los beneficiarios del límite contarán ya a su favor con un reconocimiento legal de los usos que pueden realizar con relación a las obras huérfanas, sin que al mismo tiempo se les indique, en tanto no sea aprobada esa norma reglamentaria, en qué



términos deberán llevar a cabo esa previa labor de búsqueda diligente y de buena fe de los titulares de los derechos, ni tampoco esté regulado de qué modo podrán esos titulares lograr que se ponga fin a la condición de obra huérfana que acaso se haya asignado a su obra. Ciertamente, a falta de aprobación de la norma reglamentaria de desarrollo, cabe pensar en una aplicación directa de la Directiva, pero en rigor ésta no sería efectiva hasta una vez vencido el plazo de transposición de la Directiva, el 29 de octubre de 2014. Tiene pues sus riesgos propiciar la vigencia de un límite legal sólo configurado en una parte de sus requisitos, por cuanto puede darse lugar a que se produzcan usos supuestamente autorizados de obras huérfanas que posteriormente no se avengan con las previsiones de la norma reglamentaria que se apruebe.

135. La opción por la que se decanta el Anteproyecto resulta aún más chocante cuando se advierte que el apartado cuarto del art. 37 bis, donde se señalan los sujetos beneficiarios, usos autorizados y categorías de obras afectadas, contiene una cláusula de deslegalización de la materia (“El Gobierno podrá modificar por vía reglamentaria lo establecido en este apartado”). Siendo esto así, no se ve por qué no sería igualmente factible plasmar en los apartados 3 y 5 de ese mismo artículo las disposiciones correspondientes acordes con la Directiva, aunque se previera una idéntica posibilidad de modificación ulterior por vía reglamentaria. Dicho lo cual, no podemos dejar de señalar las dudas que suscita esa deslegalización de la materia, que en definitiva afecta tanto a los apartados 3 y 5 del art. 37 bis, como a su apartado 4. No parece que el real decreto sea el vehículo normativo idóneo para regular materias que están llamadas a incidir en los contornos de un límite, y por añadidura en la extensión de los propios derechos de propiedad intelectual afectados por dicho límite, no debiendo olvidarse la reserva de ley que el art. 53.1 de la Constitución dispone, entre otros, en relación con el derecho de propiedad privada.



4. La [nueva] transposición de la Directiva 2001/29/UE en lo tocante al límite de ilustración de la enseñanza.

136. La modificación que afecta al art. 32.2 LPI, relativo al límite de ilustración de la enseñanza, puede considerarse también una labor de transposición de una Directiva comunitaria, esta vez de la DDASI, con la peculiaridad de que esta Directiva ya fue transpuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 23/2006, de 7 de julio, de reforma de la LPI. Se trataría por tanto de revisar esa transposición, únicamente en lo que concierne al precepto donde se regula el mencionado límite. Como ya anticipamos, el prelegislador considera que ese límite presenta unos contornos demasiado estrechos y que el precepto comunitario de referencia deja margen a una configuración más generosa del mismo. La cuestión es si, por causa de ampliar el límite, se puede llegar a comprometer la normal explotación de las obras a las que afecta o a perjudicar los legítimos intereses de sus titulares.

137. El límite, tal y como se plasma en el art. 5.3.a) DDASI permite a los Estados miembros establecer excepciones a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, “cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida”. Ciertamente, se trata de una formulación amplia, con unas exigencias mínimas a respetar, pero que deja a los Estados miembros cierto margen de maniobra a la hora de trasponer el límite a sus ordenamientos internos. En uso de ese margen, el legislador español ha previsto, y así consta en el vigente art. 32.3 LPI, que el límite beneficie sólo al profesorado de la educación reglada, para realizar usos de pequeños fragmentos de obras, o de obras aisladas plásticas o fotográficas, con la



finalidad de ilustrar sus actividades educativas en las aulas, y con exclusión de los libros de texto y de los manuales universitarios. El porqué de estos requisitos adicionales hay que buscarlo en otro mandato que contiene la Directiva, dirigido a los legisladores de los Estados miembros, en virtud del cual las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1 a 4 del art. 5 “únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho” (art. 5.5. DDASI). Se trata de la conocida como «regla de las tres etapas» o «test de los tres pasos». Es decir, al trasponer esta materia, el legislador nacional no tiene como única guía la dicción de cada uno de los supuestos compendiados en los apartados 1 a 4 del art. 5 DDASI, sino que esas excepciones genéricamente contempladas han de ser después traducidas en supuestos más concretos, los cuales no podrán colisionar con la explotación normal de la obra ni dañar de manera injustificada los legítimos intereses del titular.

138. Dicho esto, el límite de ilustración de la enseñanza que se plasma en el Anteproyecto presenta una diversificación que no encontramos en la regulación actual de la materia, en función de si la utilización se lleva a cabo en cualesquiera centros integrados en el sistema educativo español, afectando a toda clase de obras, o únicamente en centros docentes universitarios, en cuyo caso sólo se contempla para manuales universitarios y publicaciones a ellos asimiladas. En el primer caso se mantiene un límite puro, no ligado a ningún tipo de compensación, siempre que el uso afecte a pequeños fragmentos de obras, u obras íntegras aisladas plásticas o fotográficas. Las principales novedades son que, a diferencia del régimen vigente, los libros de texto no quedan completamente excluidos, y que en lugar de hablar de las actividades educativas en las aulas, se habla de actividades educativas desarrolladas “tanto en el centro educativo como fuera



del mismo”. Esta extensión tiene bastante sentido y pone la redacción del precepto acorde con el signo de los tiempos. Ahora bien, se recomienda emplear el giro “tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia”, pues actividades fuera del centro educativo también las hay en la enseñanza presencial, y debe despejarse cualquier duda acerca de cuál es la finalidad que se persigue con esta modificación normativa.

139. Por lo que se refiere al otro subconjunto de casos (art. 32.3 LPI en proyecto), el uso de manuales universitarios y publicaciones a ellos asimiladas (series y publicaciones periódicas) en el seno de los centros docentes universitarios, que sólo podrá ser parcial (un capítulo de libro o un artículo de revista) y estar destinado a los alumnos y personal docente del centro, el prelegislador prevé asignar a los autores una remuneración equitativa que les compense por esta clase de utilizaciones que no podrán impedir. Con relación a esta nueva remuneración equitativa ligada a un límite, cabe decir, en primer lugar, que no debería beneficiar únicamente a los “autores”, pues también sus cesionarios, los editores, se verán afectados por la clase de usos que el artículo permite hacer. El reconocimiento de un derecho de simple remuneración ceñido estrictamente a favor de los autores, tiene sentido cuando ese derecho se concede a modo de facultad residual que queda en poder del autor a pesar de haber cedido a su contraparte contractual –editor, productor– el derecho exclusivo correspondiente, pero el reconocimiento debe ser genérico, a favor de todos los titulares de derechos implicados, cuando la razón de ser de la remuneración sea la existencia de un límite legal que a todos ellos afecta por igual. En segundo lugar, hay algo de contradictorio en que el legislador se proponga suprimir –o confirmar la supresión– de una compensación equitativa con mucha mayor solera, como es la del límite de copia privada, pasando a sufragarla con cargo directo a los PPGGE, y sin embargo introduzca una nueva remuneración equitativa a reclamar de las correspondientes entidades usuarias en el sector de la



enseñanza universitaria. Existe la alternativa de, no desposeyendo a los titulares de su derecho exclusivo, imponer por ley el margen de usos autorizados que aquéllos deben permitir (v. gr. un capítulo de libro, un artículo de revista), dejando después que se apliquen los controles ordinarios que velan por la equitatividad de las tarifas de las entidades de gestión; o de establecer un cauce específico de gestión colectiva obligatoria tendente a garantizar la negociación con los usuarios, al modo en que se contempla en el art. 20.4 LPI para la retransmisión por cable.

5. Ámbito de aplicación de la LPI respecto de los artistas intérpretes o ejecutantes: las modificaciones que afectan al art. 164 LPI.

140. Conforme al Anteproyecto, se dotaría de nueva redacción al art. 164.2, para limitar la asignación a los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países (no comunitarios) de los mismos derechos reconocidos en esta Ley, a los casos en que tales artistas tengan su residencia habitual en España o la interpretación o ejecución se haya efectuado en territorio español (eliminando pues el supuesto de que la interpretación o ejecución esté grabada en un soporte fonográfico o audiovisual que resulte protegido, o se incorpore a una emisión de radiodifusión protegida, conforme a lo dispuesto en esta Ley). Adicionalmente, el proyectado art. 164.3 prevé que incluso aunque se trate de artistas habitualmente residentes en España o que hayan efectuado en nuestro territorio su interpretación o ejecución, si reúnen la condición de ciudadanos de terceros países no comunitarios, no podrán gozar del derecho a una remuneración equitativa reconocido en el art. 108.5 LPI (remuneración equitativa por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales) cuando la legislación de su país no reconozca el mismo derecho a los artistas intérpretes o ejecutantes españoles. Este giro hacia un criterio de reciprocidad material, se ve completado con la reforma prevista del art. 164.4, de acuerdo con la cual [subrayado lo que agrega el Anteproyecto]:



“los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países gozarán de la protección que corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, estarán equiparados a los artistas intérpretes o ejecutantes españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo en relación con cada derecho moral, exclusivo o de remuneración equitativa considerados de forma independiente”.

141. La modificación de este precepto, en caso de ser finalmente aprobada, generaría diversas disfunciones desde el punto de vista tanto de la propia sistemática interna de la LPI, como de la relación de sus normas con ciertas disposiciones convencionales de naturaleza internacional aplicables al caso. Por lo que se refiere a las razones de índole sistemática, debe observarse que la supresión de las letras c) y d) del art. 164.2 LPI, que supondría la no protección de los artistas nacionales de terceros países (no comunitarios) que no residan habitualmente en España ni hayan efectuado aquí su interpretación o ejecución, aunque ésta se haya grabado en un soporte fonográfico o audiovisual, o se incorpore a una emisión de radiodifusión, que sí estén protegidos en España, no iría acompañada de la supresión de ningún elemento en los arts. 165 y 166 LPI, lo que significa que, en caso de aprobarse sin cambios esta parte del Anteproyecto, los fonogramas, las grabaciones audiovisuales y las emisiones de radiodifusión que contengan una interpretación o ejecución artística podrían estar protegidos en España sin que al mismo tiempo lo estuviese la interpretación o ejecución artística en ellos contenida. Pero además de este efecto, que situaría a los artistas en una clara posición de discriminación frente a los productores y los organismos de radiodifusión, la modificación proyectada entrañaría otra clase de asimetría, ya que el futuro art. 164 LPI introduciría un criterio de reciprocidad material (la protección al extranjero se subordina a que en su ordenamiento se reconozcan a los españoles derechos semejantes a los que nuestra



legislación les reconoce), siendo así que el resto de preceptos del Libro IV de la LPI seguirán manteniendo el criterio de la reciprocidad formal (*id est*, basta con que en el país extranjero no se produzca una diferencia de trato entre sus nacionales y los españoles, sin que sea necesario que el ordenamiento foráneo reconozca la misma clase de derechos, o con igual alcance, que el ordenamiento español). No parece razonable que las normas contiguas de los arts. 163 a 167 LPI pasen a estar regidas, en lo tocante al régimen de reciprocidad, por criterios opuestos, de tal modo que según cuál sea la categoría de titulares la Ley dispense una solución de signo diferente.

142. Pero si las razones señaladas en el párrafo anterior creemos que bastarían por sí solas para aconsejar a nuestro prelegislador la reconsideración de la modificación que planea introducir en el art. 164 LPI, cabe añadir todavía un último argumento, esta vez relacionado con la existencia de un instrumento internacional de índole bilateral, celebrado entre los Estados Unidos y el Reino de España, en virtud del cual se garantiza que los ciudadanos de nacionalidad norteamericana disfrutarán en España, en todo lo concerniente a la propiedad intelectual, de los mismos derechos que los súbditos españoles. Se trata del Canje de Notas entre España y Estados Unidos de América para la protección de la Propiedad Intelectual de 6 y 15 de julio de 1895 (posteriormente ratificado por otro de fecha 18 y 26 de noviembre de 1902), que no ha sido denunciado por ninguna de las partes. Diversas sentencias recientes emitidas por las secciones especializadas de las dos Audiencias Provinciales que vienen marcando la pauta en el campo de los derechos de propiedad intelectual (vid. Sentencias de la AP Madrid, Sección 28ª, de 11 y 17 de marzo de 2011 y Sentencia de la AP Barcelona, Sección 15ª, de 9 de junio de 2011), han corroborado que: (i) dicho Canje de Notas constituye un convenio no denunciado que se rige por las reglas propias de los tratados internacionales y que en consecuencia sirve para determinar la protección en España de los derechos de los artistas estadounidenses, de conformidad con



el art. 164.3 LPI; (ii) en virtud de su contenido, los ciudadanos americanos disfrutan en España, en todo lo concerniente a la propiedad intelectual, de los mismos derechos que los súbditos españoles, y a la inversa, los súbditos españoles gozarán en esa materia de las ventajas otorgadas por la norma vigente en los Estados Unidos; (iii) a pesar de los cambios legislativos habidos en los dos países, permanece clara la voluntad de ambos países de mantener su aplicación cualquiera que sea la legislación interna de cada uno de ellos en un determinado momento, lo que permite extender su virtualidad a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes; (iv) en consecuencia, la vigencia y aplicabilidad del Canje de Notas obliga a atribuir en España a los artistas, intérpretes o ejecutantes norteamericanos la misma protección que se confiere a los nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 164.3 LPI. Así las cosas, la proyectada modificación del art. 164 LPI podría carecer de virtualidad, al menos en lo que se refiere a los artistas de nacionalidad estadounidense, si se tiene en cuenta la primacía de que goza el mencionado instrumento internacional, el cual debe considerarse formando parte de nuestro ordenamiento; no debiendo olvidarse que tanto el actual primer inciso del art. 164.3 LPI, como el del proyectado art. 164.4 LPI, proclaman que *“en todo caso, los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países gozarán de la protección que corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte”*.

VI. CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El Anteproyecto gira en torno a tres ejes principales que demandarían la adopción de medidas en el corto plazo. Aunque estas medidas van teóricamente dirigidas a reforzar la protección de los derechos de propiedad intelectual, esta finalidad es más evidente en unos casos que en otros. Así, la



revisión del sistema de copia privada, aunque supone restringir el alcance del límite de copia privada, también comporta una disminución de la cuantía de la compensación equitativa a él anudada, siendo así que las copias que el límite dejará fuera, en principio sujetas al derecho exclusivo de los titulares, serán difícilmente controlables por éstos mediante un sistema de licencias. En cuanto al establecimiento de mecanismos más eficaces de supervisión de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, está orientado a proporcionar mayores garantías para los usuarios que contratan con esas entidades y para sus asociados, pero ello no siempre redundará en una mayor protección de los derechos. De hecho, la modificación del art. 150 LPI, que sustrae a las entidades la ventaja procesal conectada con la facilidad de acreditación de su legitimación *ad casuam* salvo cuando ejerciten derechos de gestión colectiva obligatoria, sólo parece servir para favorecer la posición procesal del usuario demandado, que podrá fácilmente contrarrestar la acción de la entidad sobre la base de una falta total o parcial de legitimación.

El tercero de los ejes, el fortalecimiento de los mecanismos legales para la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a las vulneraciones que puedan sufrir en el entorno digital, es el más directamente relacionado con la finalidad general anunciada por la Exposición de Motivos del Anteproyecto. En este sentido, las modificaciones de las diligencias preliminares del art. 256.1 LECiv facilitarán la preparación del juicio a quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad intelectual, en especial mediante la averiguación de la identidad del infractor a través del prestador de servicios de intermediación que le preste algún servicio. Asimismo, la nueva tipología de responsables de la infracción que se prevé incorporar al art. 138 LPI, que incluirá a quien induzca, coopere o se beneficie económicamente de la infracción, proporcionará una tutela más completa frente a vulneraciones masivas de derechos cometidas a través de las nuevas tecnologías. Por contraste, no todas las modificaciones que se introducen en el procedimiento de salvaguarda de los



derechos ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (S2 CPI) están llamadas a redundar en una mejora de la eficacia de los instrumentos legales para la protección de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital (vid. §§ 100, 103 y 104). El Informe recomienda, al hilo de alguna de las novedades que el Anteproyecto pretende introducir, configurar este procedimiento administrativo especial como una vía de protección de intereses colectivos o difusos, y no como una vía de protección de derechos individuales activada a instancias de un titular particular (vid. §§ 21 y 107).

SEGUNDA.- Por lo que se refiere al límite de copia privada y su compensación equitativa, el Informe alerta del riesgo de que el sistema de pago de esa compensación con cargo a Presupuestos Generales del Estado (PPGGE), que el Anteproyecto planea consolidar, pueda no ajustarse a las exigencias derivadas del Derecho comunitario (art. 5.2.b/ de la Directiva 2001/29), a la luz de la jurisprudencia del TJUE en la materia (Sentencia Padawan, de 21 de octubre de 2010, asunto C-467/08 y, sobre todo, Sentencia Stichting de ThuisKopie, de 16 de junio de 2011, asunto C-462/09) y de las Recomendaciones dadas por el Mediador de alto nivel designado por la Comisión Europea (§§ 35 a 37). Por otro lado, la más estrecha configuración del límite de copia privada, la cual justificaría una disminución de la cuantía de la correspondiente compensación equitativa, podría situar el límite y la compensación en unos niveles tan exiguos que los titulares no se vieran compensados adecuadamente del perjuicio efectivamente sufrido a consecuencia del fenómeno de la reproducción privada (§ 46). Junto a estas observaciones generales, pueden señalarse algunas recomendaciones más de detalle, de forma sintética:

- Se debería revisar la previsión del art. 31.3.a) LPI del Anteproyecto al hilo de la doctrina emanada de la STJUE de 27 de junio de 2013 dictada en el caso VG Wort (asuntos acumulados C-457/11, C-458/11, C-459/11 y C-460/11) [§ 30].



- Debería meditarse la conveniencia de incorporar en ese mismo art. 31.3.a) la exigencia de que las obras, puestas a disposición del público y cuya reproducción esté autorizada con arreglo a lo convenido en un contrato, lleven además anejas medidas tecnológicas de protección. Puesto que ése es el escenario que dibuja el art. 161.5 LPI, una alternativa podría ser, simplemente, dejar subsistente el actual art. 161.1.a) LPI (§ 31).
- Los criterios de determinación de la cuantía de la compensación por copia privada deberían quedar plasmados en la LPI, como la Exposición de Motivos del Anteproyecto da a entender, y no en la norma reglamentaria de desarrollo (§ 38).
- Conviene evitar el riesgo de descoordinación entre lo previsto en el art. 25.4.I y lo señalado en el art. 25.4.II.c) LPI del Anteproyecto, sobre la exclusión de los equipos, aparatos y soportes de reproducción adquiridos por personas jurídicas (§ 39).
- Debe revisarse la exclusión trazada en la letra d) del art. 25.4.II LPI del Anteproyecto, ya que por un lado no parece que puedan existir la clase de equipos, aparatos y soportes de reproducción a los que se refiere, y en todo caso los que permitan un número limitado de copias autorizadas deberían ser tomados en cuenta, de cara a la cuantía de la compensación, en esa proporción (§ 41).
- Conviene verificar la relación en que se encuentran los arts. 31.2.b) y 25.5 LPI del Anteproyecto pues, tal y como están redactados, se desprende que en ninguna de las dos situaciones en las que una reproducción para uso privado puede confeccionarse lícitamente, las copias así realizadas generarán obligación de compensación, al ser calificadas en paralelo



como situaciones de perjuicio mínimo (§§ 43 a 45).

TERCERA.- En lo que concierne a las modificaciones que afectan, dentro del régimen de la gestión colectiva, a la diferenciación entre gestión voluntaria y obligatoria a efectos del régimen de supervisión y de la legitimación procesal de las entidades, así como sobre el sistema de ventanilla única para reducir costes de transacción, éstas serían las conclusiones puntuales alcanzadas:

- No parece coherente, ni se orienta a lograr que el ámbito de la gestión colectiva quede en su conjunto sujeto a mayor vigilancia, que en el mercado de la gestión colectiva voluntaria puedan operar dos tipos de agentes, unos no sujetos a control (los gestores libres o no autorizados) y otros sí (las entidades de gestión) [§ 49].
- Si el régimen de obligaciones y supervisión de las entidades de gestión no se va a limitar a la parte de su actividad relativa a la gestión colectiva obligatoria, debería concederse a las entidades las correspondientes ventajas también en la parte de su actividad relativa a la gestión colectiva voluntaria, y en particular la facilidad de acreditar procesalmente su legitimación *ad causam* (§ 56).
- Si la asunción de derechos de gestión colectiva voluntaria sólo acarreará a las entidades obligaciones y ninguna ventaja, debería permitirse al menos que las entidades de gestión se segregaran en dos entes diferentes, uno consagrado a los derechos de gestión colectiva obligatoria y otro a los de gestión colectiva voluntaria, no trazando ninguna interconexión necesaria entre la ostentación de un repertorio de gestión colectiva voluntaria y la obtención de la autorización para operar como entidad de gestión (§ 52).
- Por otro lado, esa interconexión, trazada en el art. 149.1.d) LPI del



Anteproyecto, implica desconocer que en algunos sectores los titulares apenas tienen derechos exclusivos susceptibles de gestión voluntaria, o los que tienen no desean gestionarlos colectivamente (§ 51).

- La retirada de la especial legitimación de que venían disponiendo las entidades para actuar en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, igualándolas a los gestores privados, pasa por alto la misión de servicio público que las entidades realizan, y que la Ley les reconoce al exigir que obtengan autorización administrativa, así como que las entidades, a diferencia de los gestores privados, deben reunir una serie de exigentes requisitos precisamente para obtener esa autorización (§§ 54-55).
- Se recomienda repensar la modificación del art. 150 LPI a la luz de la copiosa y constante jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre la legitimación especial de las entidades de gestión, pues de ella se desprende la íntima conexión entre esa legitimación y la eficaz protección de los derechos de propiedad intelectual, y los serios inconvenientes de índole práctica que acarrearía su eliminación (§§ 57-58).
- En relación con el sistema de ventanilla única que la disposición adicional 1ª del Anteproyecto se propone instaurar, se recomienda estatuir que, por vía de desarrollo reglamentario, el Gobierno determine un catálogo de colectivos de usuarios de las entidades de gestión que deban considerarse significativos a los efectos de lo previsto en esa disposición, o bien otorgar facultades a la Comisión de Propiedad Intelectual para que elabore y actualice dicho catálogo (§ 61). Asimismo, sería oportuno comprobar el grado de equilibrio en que se encuentran el art. 147 LPI y la disposición adicional 1ª del Anteproyecto, ya que frente al objetivo perseguido por ésta (concentrar el número de interlocutores con los que tendrán que negociar



los usuarios a fin de reducir costes de transacción), la posibilidad de que aparezcan gestores libres en el mercado de la gestión colectiva voluntaria puede multiplicar el número de esos interlocutores, fragmentar los repertorios de las entidades y en suma incrementar en vez de reducir los costes de transacción, haciendo más ineficiente y cara la gestión colectiva voluntaria (§ 62).

CUARTA.- A propósito de las nuevas funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (S1 CPI) en materia de fijación de tarifas y control de las entidades de gestión, éstas son las observaciones principales:

- Con carácter preliminar, y de conformidad con lo que este Consejo señaló en su Informe al Proyecto de Real Decreto de funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, se sugiere que en lugar de la remisión que el art. 158 bis 1.b) LPI del Anteproyecto hace a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, se mantenga la remisión a la Ley de Arbitraje, pues a pesar de que se trata de la función de mediación de la S1 CPI, estamos ante una figura *sui generis*, dada la facultad del mediador de formular propuestas de solución que comprometan a las partes, lo que la aproxima al arbitraje (§ 63).
- En cuanto a la facultad de fijación de tarifas de los derechos de gestión colectiva obligatoria, se recomienda aludir, en algún lugar del art. 157 LPI, a que la fijación de las mismas se hará preferentemente por vía de negociación entre las dos partes interesadas. Asimismo, la Ley debería determinar cómo podrá estimarse que la negociación se ha iniciado formalmente, introducir cautelas para evitar que los usuarios bloqueen de mala fe las negociaciones y dar a la Comisión facultades para ampliar, si a su juicio se dan las condiciones para ello, el plazo máximo fijado para considerar infructuoso el intento de negociación (§ 65).



- La reciente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCCNMC) ha aglutinado en esa Comisión los diferentes organismos reguladores sectoriales. De mantenerse la función de fijación de tarifas por la S1 CPI, sería el único caso de regulador sectorial con competencias en materia tarifaria que sobreviviera al fenómeno de convergencia impulsado por el propio legislador (§ 66).
- El otorgamiento de eficacia general a las decisiones de la S1 CPI tomadas en el seno de un procedimiento de fijación de tarifas, mediante la publicación de las mismas en el BOE, persigue un objetivo plausible, si bien es importante subrayar la garantía adicional de que, no obstante esa extensión de efectos a terceros, los acuerdos particulares, anteriores o posteriores, válidamente constituidos, siempre prevalecerán sobre las decisiones de la Comisión (§ 67).
- Debería establecerse alguna previsión respecto de la vigencia temporal de las tarifas fijadas por la S1 CPI (§ 68).
- Podría ser adecuado indicar expresamente que la competencia para revisar las decisiones de la S1 CPI en materia de fijación de tarifas corresponderá a los Juzgados de lo Mercantil, trazando incluso una remisión explícita al art. 86 ter.2.a/ LOPJ. Asimismo, debería establecerse un plazo de interposición del recurso, así como aclarar si los sujetos a los que se vayan a extender los efectos de la decisión, una vez publicada en el BOE, estarán legitimados para recurrirla judicialmente (§ 69).
- Debería aclararse la relación en que queda este procedimiento de fijación de tarifas con los restantes que pueden seguirse ante la S1 CPI, precluyendo la posibilidad de acudir a él en caso de que un mismo asunto ya se hubiera resuelto, o estuviera pendiente de serlo, por la Comisión, en



ejercicio de sus funciones de mediación o arbitraje (§ 70).

- Probablemente habría que trazar una exclusión del derecho de retransmisión por cable en el futuro art. 158 bis.3 LPI, ya que es un derecho de carácter exclusivo que cuenta con su propio mecanismo de mediación *ad hoc* para alcanzar una fijación negociada de su contenido económico (§ 71).
- La configuración de la S1 CPI como un órgano supervisor a pequeña escala, para el sector de los derechos de gestión colectiva obligatoria, velando por que no se cometan conductas anticompetitivas por parte de las entidades de gestión, entraña riesgo de duplicidad –y de bis in ídem– con relación a las actuaciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), ya que el Anteproyecto no prevé sustraer a este organismo su facultad de supervisión y la correspondiente potestad sancionadora en este concreto sector, en el que sus antecesores (la CNC y el TDC) han dictado un número elevado de resoluciones (§§ 73-75).
- Se recomienda que la CPI se limite a una función de vigilancia de posibles comportamientos anticompetitivos en esta área, sin funciones de supervisión y sanción, contemplando un deber de informe a la CNMC, la cual procederá en su caso a instruir y resolver el correspondiente expediente (§ 76), máxime cuando el propio Anteproyecto (disposición transitoria 3ª) reconoce que la S1 CPI no dispone de medios para poder afrontar por sí misma esta función (§ 77).
- En cualquier caso, el mantenimiento de la S1 CPI como órgano supervisor de conductas anticompetitivas obligaría a designarla como una Autoridad Nacional de Competencia más, junto a la CNMC, modificando a este efecto la disposición adicional quinta de la Ley de Defensa de la



Competencia (§§ 78-80).

QUINTA.- En relación con el régimen de infracciones y sanciones y el papel del juez en la intervención de entidades de gestión, se efectúan las siguientes observaciones finales:

- La sistemática interna del Anteproyecto se resiente por el hecho de que las infracciones del art. 159 ter no son las únicas que la futura Ley contemplará, ya que también se tipifican dos infracciones en el art. 158 bis.4, y otra más en el art. 158 ter.6 LPI (§ 82).
- La infracción del art. 158 ter.6 LPI, en la medida en que supone innovación respecto de lo previsto en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI), tal vez debiera ser incorporada en esa Ley, o al menos la sanción de multa que lleva aparejada no debería tener fijada una cuantía diferente de la que la LSSI dispone para infracciones de la misma categoría (§ 83).
- El art. 159 bis LPI del Anteproyecto debería corregirse para aludir a todo el espectro de administraciones competentes en materia sancionadora, que no son sólo las contempladas en el art. 159 LPI, sino también las que se derivan de lo dispuesto en los arts. 158 bis y 158 ter LPI del Anteproyecto (§ 85).
- Podría ser oportuno excluir expresamente la posibilidad de aplicar la medida de remoción de los órganos de la entidad y de intervención temporal de la misma, en los casos de infracciones graves impuestas a las entidades como consecuencia de conductas anticompetitivas (§ 86).
- En relación con la medida de remoción de los órganos de representación e



intervención temporal de las entidades de gestión, que debe ser ordenada por el juez correspondiente al domicilio social de la entidad, resulta necesario articular una modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que el Anteproyecto no prevé, a fin de atribuir expresamente esa competencia a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (§ 87).

- Plantea dudas la deslegalización de la materia que se hace en el último párrafo del art. 159 quater.1 LPI del Anteproyecto, en virtud de la cual el Gobierno podrá desarrollar reglamentariamente el procedimiento de intervención temporal de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, ya que se trata de un procedimiento de índole judicial. Si se quiere diseñar una intervención del Juez meramente autorizativa se debería modificar la redacción del segundo párrafo de ese precepto (§ 88).

SEXTA.- Acerca del reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas (CC AA) en lo relativo a la ejecución de las normas sobre supervisión y control de las entidades de gestión, el Informe concluye que:

- Aunque el sistema vigente –en el que las CC AA ostentan las competencias ejecutivas sobre cualesquiera entidades de gestión, estén o no vinculadas por su actividad con el territorio de una Comunidad Autónoma–, ha sido validado por el TC, y si bien éste parecía inclinarse en su STC 196/1997 por favorecer soluciones en las que el Estado articulase mecanismos de colaboración, coordinación e información recíproca, también tiene encaje, como se desprende de la STC 194/2011, un sistema como el plasmado en el Anteproyecto, en el que la Ley estatal pasa a precisar los puntos de conexión que permiten determinar cuál es la Comunidad Autónoma a la que corresponde el ejercicio de las



competencias, asignándose la competencia residual al Estado (§ 96-97).

- Ello no obsta para advertir que los puntos de conexión diseñados por el prelegislador hacen que *de facto* sea prácticamente inviable que las CC AA puedan ejercitar sus competencias ejecutivas en esta materia, ya que ninguna de las entidades de gestión existentes reúne los requisitos exigidos (tener en el territorio de una Comunidad Autónoma el domicilio social y el principal ámbito de recaudación, entendiéndose por tal aquél de donde proceda más del 85% de la misma), ni tampoco es fácil imaginar que en lo venidero puedan surgir entidades que los cumplan (§ 98).

SÉPTIMA.- Por lo que se refiere al procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a sus vulneraciones en el entorno digital, seguido ante la S2 CPI, las conclusiones alcanzadas son éstas:

- Se aconseja reconsiderar la reducción del espectro de sujetos frente a los que puede dirigirse este procedimiento con carácter general, derivada de lo previsto en el art. 158 ter.2.a) LPI en proyecto (§ 100).
- Supone un notable avance la previsión de que este procedimiento vaya a poder dirigirse frente a responsables de webs de enlaces que redirigen masivamente a contenidos puestos ilícitamente en la red. No obstante, debería repensarse el carácter subsidiario, o dependiente de factores contingentes, que parece darse a esta posibilidad, así como cohonestar la disposición del art. 158 ter.2.b) con la plasmada en el art. 271.2 del Anteproyecto de Código penal, actualmente en tramitación (§§ 102-103).
- La nueva exigencia de que el sujeto que pretenda solicitar a la S2 CPI el inicio del procedimiento haya intentando antes, infructuosamente, comunicarse con el supuesto infractor a efectos de que éste retire



voluntariamente los contenidos, supone una carga adicional para los titulares que no resulta justificada, pues una vez iniciado el procedimiento ante la Comisión el supuesto infractor va a contar ya con un trámite de retirada voluntaria de los contenidos. En caso de mantenerse esa exigencia, deberían perfilarse mejor los contornos del requerimiento que el perjudicado deberá dirigir al supuesto infractor (§ 104).

- La previsión del inciso central del art. 158 ter.3 LPI en proyecto, sobre que ese previo requerimiento podrá generar el «conocimiento efectivo» en los términos de los arts. 16 y 17 LSSI es equívoca, por cuanto el requerimiento no irá dirigido a ningún prestador de servicios de intermediación, que son los que pueden o no adquirir tal clase de conocimiento efectivo conforme a esos preceptos de la LSSI (§ 105). Introducir una previsión de ese tipo, en relación con los prestadores intermediarios de alojamiento de datos y de herramientas de búsqueda y enlaces, no sería una medida inoportuna, pero debería hacerse preferentemente modificando los propios arts. 16 y 17 LSSI (§ 106).
- Tiene sentido dotar a la retirada voluntaria de los contenidos, o a la interrupción voluntaria del servicio, por parte del prestador frente al que se dirija el procedimiento, el valor de reconocimiento implícito de la infracción. Así lo sostuvo este Consejo con ocasión del Informe al Proyecto de RD por el que se regula el funcionamiento de la CPI, y así lo vuelve a sostener ahora, cuando se prevé incorporar esa previsión en la Ley, después de que la STS, Sala 3ª, de 31 de mayo de 2013 haya anulado el art. 20.2 del RD 1889/2011, donde hasta ahora se localizaba (§§ 108-109).
- El mecanismo sancionador del apartado 6 del art. 158 ter LPI en proyecto quizás debiera contemplarse en un artículo distinto al del procedimiento de restablecimiento de la legalidad, o en todo caso debería ponerse cuidado



en trazar mejor la divisoria interna entre este procedimiento y el sancionador que puede iniciarse en caso de incumplimiento reiterado de requerimientos de retirada de contenidos ordenados por la S2 CPI (§ 110).

- En el último párrafo del art. 158 ter.6, dado que la respuesta sancionadora se pone en marcha sobre la base de la desatención de requerimientos formulados en el seno de un previo procedimiento de restablecimiento de la legalidad, el verbo “podrá” debería sustituirse por “deberá” (§ 112).
- En el procedimiento del apartado 6 del art. 158 ter, debería definirse qué ha de entenderse por *reanudación de actividades vulneradoras* (§ 113)
- En el procedimiento ordinario de restablecimiento de la legalidad, debería fijarse el plazo máximo por el que puede extenderse la medida de suspensión o bloqueo que la S2 CPI puede acordar respecto de los servicios intermediarios prestados al sujeto declarado infractor (§ 114).

OCTAVA.- A propósito de la reforma del art. 138 LPI, este Consejo considera que refleja el loable objetivo de importar al ordenamiento español las categorías de la inducción a la infracción, la contribución a la infracción ajena (*contributory liability*) y la responsabilidad por hecho ajeno cuando hay un beneficio económico de la infracción ajena y una posibilidad de control del infractor (*vicarious liability*), aplicadas sobre todo por los tribunales de Estados Unidos en acciones de defensa de derechos de propiedad intelectual. Se trata de un instrumental que, en manos de los titulares de derechos, puede servir a la finalidad de hacer más eficaz su protección en el entorno digital. El prelegislador demuestra aquí una sensibilidad hacia la situación en que se encuentran muchos titulares de propiedad intelectual en trance de tener que demandar a un número elevado de infractores dispersos, los cuales se han servido de una tecnología o de un servicio cuyos usos comerciales no infractores son exiguos, o que han sido



comercializados en tales condiciones que puede considerarse que el comercializador ha inducido la comisión de esas infracciones masivas (§ 120). Al margen de alguna recomendación menor sobre la redacción del nuevo párrafo a insertar en el art. 138 LPI, el Informe plantea la posibilidad de aprovechar la modificación proyectada para insertar una definición de qué debe entenderse por “infracción” de derechos de propiedad intelectual, ya que la Ley arrastra en este punto una laguna desde su versión inicial (§ 121).

NOVENA.- Por lo que hace a las nuevas diligencias preliminares introducidas en el art. 256 LECiv, la modificación proyectada tiene la virtud de eliminar algunos inconvenientes con que los titulares de propiedad intelectual se encontraban a la hora de recurrir a este tipo de diligencias para preparar el juicio correspondiente, y que la práctica judicial había puesto de manifiesto. Así, la exigencia de que la infracción respecto de la cual se pretenda preparar la acción, se haya concretado en actos desarrollados “a escala comercial”. Con el Anteproyecto, este requisito se elimina de la diligencia preliminar contemplada en el subapartado 7º del art. 256.1 LECiv (aunque no de la del subapartado 8º). Especialmente pertinentes deben considerarse las dos diligencias recogidas en los nuevos subapartados 10 y 11 de ese precepto, ya que permiten la preparación de la demanda cuando la infracción de referencia se haya cometido a través de la red, que es otra de las lagunas que presenta la regulación actual. El Informe contiene algunas sugerencias sobre la redacción de ambos subapartados y los conceptos en ellos manejados, así como sobre la dicción del proyectado art. 259.4 LECiv (§ 129-130).

DÉCIMA.- En cuanto a la parte del Anteproyecto relativa a la transposición de la Directiva 2011/77/UE, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, y de la Directiva 2012/28/UE, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, el Informe contiene algunas observaciones relacionadas con el modo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

o técnica seguidos a la hora de efectuar la transposición. Las recomendaciones puntuales serían las siguientes:

- No se advierte la necesidad de transponer la Directiva 2011/77 en lo relativo al cómputo del plazo de protección sobre las composiciones musicales con letra resultado de la colaboración entre dos autores, letrista y compositor, por cuanto el mandato de la Directiva debe entenderse embebido en la actual regulación del art. 28.1 LPI, en relación con el art. 7º LPI (§ 132).
- La nueva regulación que se proyecta plasmar en el art. 110 bis LPI no se inscribirá en el marco de una regulación completa sobre los contratos de cesión entre artistas y productores fonográficos, por la sencilla razón de que la LPI carece de ella. La transposición de esta parte de la Directiva 2011/77 podría verse como una oportunidad para dotar a nuestra Ley de una serie de normas sobre las relaciones contractuales entre artistas y productores a los efectos de la cesión a favor de éstos de los derechos sobre las interpretaciones que aquéllos realicen (§ 133).
- En la regulación del proyectado art. 37 bis LPI, el prelegislador no prevé trasladar algunos de los elementos necesarios para una plena definición del nuevo límite de obras huérfanas, antes bien sólo refleja los elementos relativos a la definición de obra huérfana, la enumeración de los beneficiarios y la descripción de los usos a los que se les autoriza en relación con aquéllas, difiriendo la plasmación de los restantes elementos (los términos o condiciones a que se tendrá que ajustar la búsqueda diligente de los titulares de derechos, pero también el procedimiento para que éstos puedan poner fin a la condición de huérfana de su obra) a un ulterior desarrollo reglamentario. Ello, además de comportar una transposición poco coherente, está llamado a producir inmediatos



desajustes de aplicación del futuro art. 37 bis LPI (§ 134).

UNDÉCIMA.- En cuanto a la modificación del límite de ilustración de la enseñanza, cabe hacer las siguientes observaciones finales:

- Aunque la formulación del límite en el art. 5.3.a) de la Directiva 2001/29 se hace en unos términos amplios, y aunque el legislador nacional tiene un margen de maniobra a la hora de trasponer dicho límite a sus ordenamientos internos, no debe olvidarse que las limitaciones o excepciones establecidas en los apartados 1 a 4 del art. 5 de la Directiva 2001/29 deben aplicarse únicamente en determinados casos concretos que, además, no han de entrar en conflicto con la explotación normal de la obra ni perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho (art. 5.5 de la propia Directiva). Esta advertencia viene a propósito de la intención manifestada por el prelegislador de modificar el límite del art. 32.2 LPI para tratar de llevarlo a una formulación más amplia, que lo aproxime al alcance máximo que se le permite en la Directiva (§ 137).
- En el nuevo apartado 2 del art. 32 se recomienda sustituir la expresión “tanto en el centro educativo como fuera del mismo”, por la de “tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia” (§ 138).
- En el caso del proyectado art. 32.3 LPI, que prevé una remuneración equitativa conectada con el límite cuando se aplique a las actividades desarrolladas en centros docentes universitarios, quizás la asignación de esa nueva remuneración no debería beneficiar únicamente a los “autores”, sino también a los editores, que se verán igualmente afectados por la existencia del límite (§ 139).



DUODÉCIMA.- Finalmente, en lo relativo a la reforma que se proyecta hacer en el art. 164 LPI, acerca del ámbito de aplicación de la LPI respecto de los artistas intérpretes o ejecutantes, se concluye lo que sigue:

- La supresión de las letras c) y d) del art. 164.2 LPI, que supondría la no protección de los artistas nacionales de terceros países (no comunitarios) que no residan habitualmente en España ni hayan efectuado aquí su interpretación o ejecución, aunque ésta se haya grabado en un soporte fonográfico o audiovisual, o se incorpore a una emisión de radiodifusión, que en cambio sí estén protegidos en España, provoca una discriminación de los artistas por comparación con los productores y los organismos de radiodifusión (§ 141).
- Por otro lado, la modificación proyectada en el art. 164.3 LPI introduciría un criterio de reciprocidad material (la protección al extranjero se subordina a que en su ordenamiento se reconozcan a los españoles derechos semejantes a los que nuestra legislación les reconoce), siendo así que el resto de preceptos contiguos de ese Libro IV de la LPI seguirán manteniendo el criterio de la reciprocidad formal, lo cual no parece razonable desde un punto de vista sistemático (§ 141).
- La proyectada modificación del art. 164 LPI podría carecer de virtualidad, al menos en lo que se refiere a los artistas de nacionalidad estadounidense, si se tiene en cuenta la primacía de que goza el Canje de Notas entre España y Estados Unidos de América para la protección de la Propiedad Intelectual de 6 y 15 de julio de 1895 (posteriormente ratificado por otro de fecha 18 y 26 de noviembre de 1902), el cual debe considerarse formando parte de nuestro ordenamiento; no debiendo olvidarse que tanto el actual primer inciso del art. 164.3 LPI, como el del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

proyectado art. 164.4 LPI, proclaman que “en todo caso, los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países gozarán de la protección que corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte” (§ 142).

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

Y para que conste y surta efectos, extendiendo y firmando la presente en Madrid, a veinticinco de julio de dos mil trece.