

<http://idp.uoc.edu>

La reforma projectada de la Comissió de Propietat Intel·lectual del Ministeri de Cultura i el «procediment per al restabliment de la legalitat», la instrucció i resolució del qual es vol atribuir a la seva proposada Secció Segona.

Pablo Ferrándiz Avendaño

Data de presentació: abril de 2010

Data d'acceptació: maig de 2010

Data de publicació: juny de 2010

Resum

La disposició final segona del Projecte de Llei d'economia sostenible que el Govern ha presentat al Congrés dels Diputats projecta crear una nova comissió de propietat intel·lectual al si del Ministeri de Cultura, que passarà a estar integrada per dues seccions: la Secció Primera i la Secció Segona. En particular, a la Secció Segona es vol atribuir la instrucció i resolució d'un nou procediment administratiu, anomenat *per al restabliment de la legalitat*, el qual podrà finalitzar amb l'adopció de mesures de restricció a la prestació de serveis de la societat de la informació, com ara la interrupció del servei o la retirada de les dades, quan vulnerin drets de propietat intel·lectual, però sempre que el seu responsable ho dugui a terme amb ànim de lucre, directe o indirecte, o hagi causat o sigui susceptible de causar un dany patrimonial. Encara que l'execució de tals mesures requerirà l'autorització judicial prèvia mitjançant una interlocutòria, l'òrgan competent per a la qual és el Jutjat Central Contencions Administratiu de l'Audiència Nacional, l'atribució a una administració pública de competències per a resoldre controvèrsies o conflictes entre particulars, sobre drets (els de propietat intel·lectual) de naturalesa estrictament privada (això és, uns drets, encara que sigui especial, de propietat), planteja no pocs interrogants passant l'assumpte pel tamís del principi de separació de poders que consagra l'article 117 de la Constitució i qüestiona la neutralitat de l'Administració pública, ja que no es justifica degudament en el projecte de Llei que amb la seva actuació serveix, com exigeix l'article 103 del text fonamental, amb objectivitat, als interessos generals.

Paraules clau

propietat intel·lectual, *copyright*, Comissió de Propietat Intel·lectual, Secció Segona, procediment administratiu per al restabliment de la legalitat, serveis de la societat de la informació, tancament de llocs web

Tema

Propietat intel·lectual, serveis de la societat de la informació

The reform planned for the Intellectual Property Commission under the Ministry of Culture and the "procedure for the restoration of lawfulness", whose investigation and resolution are to be conferred to the proposed Second Branch of the commission

Abstract

The second point of the final regulations in the bill on Sustainable Economy, presented to Parliament by the Government, foresees setting up a new commission on intellectual property under the Ministry of Culture. The commission is to have two branches, the second having the power to evaluate and rule on a new administrative procedure for the "restoration of lawfulness" which could lead to the introduction of measures to limit the provision of information society services. These measures could include blocking Internet access or removing data that violate intellectual property rights, but only if the liable person is operating in order to make direct or indirect profit or has caused or is likely affect the profits of the property owner. These measures would require a court order issued by the Central Court of Administration Litigation (court cases against public administration) of the Spanish High Courts. However, making public administration responsible for settling disputes or conflicts between private individuals on the, strictly private, intellectual property rights, raises a number of questions when regarded in the light of separation of powers as established in article 117 of the Constitution. There is also the question of the neutrality of public administration as the planned reform of the bill does not properly justify that the administration would be acting objectively in favour of the public interest, one of the principles stated in article 103 of the Constitution.

Keywords

intellectual property, copyright, Intellectual Property Commission, second branch, administrative procedure for the restoration of lawfulness, information society services, closing web pages

Topic

Intellectual property, Information Society services

1. El problema

Si en alguna qüestió de la propietat intel·lectual no hi ha avui dia una solució que permeti compondre les diferències en lliça, sens dubte perquè convergeixen interessos contraposats, és la dels mitjans per a tutelar-la en la societat de la informació. Mentre uns volen controlar els actes de posada a disposició al públic dels seus continguts protegits, d'altres pretenen lucrar-se amb la prestació de serveis de «barra lliure» en línia sobre aquests continguts, sense pagar res a canvi, rere l'anonimat que ofereixen les adreces IP a Internet i fins i tot actuant en un àmbit domèstic. Però en uns temps en què l'intercanvi d'informació en xarxes de telecomunicació ja forma part rutinària de les nostres vides, la idea de posar fi a la baixada il·legal d'arxius protegits per drets de propietat

intel·lectual sembla una quimera. Pretendre que l'accés que duen a terme els abonats a Internet des dels seus domicilis no s'utilitzi de manera irresponsable per a vulnerar drets de propietat intel·lectual és demanar massa. Tanmateix, la preocupació per afrontar el problema pesa prou per a posar en marxa els engranatges necessaris perquè la qüestió no es quedi en un punt mort i assoleixi una realitat normativa. Perquè, efectivament, amb la legislació actual, sens dubte deficitària, davant de la pràctica impossibilitat de tallar des d'un punt de vista tècnic l'escalada d'infraccions de drets de propietat intel·lectual que es comet cada dia a la Xarxa, el col·lectiu d'autors, artistes i productors veu com l'oferta i la demanda dels seus productes es desplaça a Internet, on s'organitza al marge dels circuits de comercialització legal, de manera que s'escapa del seu control i es frustren consegüentment les seves expectatives de guany, fins al punt que si

no es posa remei a una situació que amenaça directament l'actual model de negoci de la indústria cultural, alguns vaticinen que aquest negoci acabarà desapareixent i quedarà en evidència el sistema sencer de protecció dels drets de propietat intel·lectual. Per tant, és necessari actuar perquè això no ocorri.¹

A ningú no se li escapa que des del punt de vista de política legislativa la qüestió es presenta molt complexa: quines mesures és factible adoptar en termes de legalitat, de racionalitat econòmica i d'eficiència processal? I, el més important, contra qui és donable fer-ho?: davant els abonats o usuaris?, davant els qui fabriquen els programes que aquests utilitzen per intercanviar-se arxius protegits (és a dir, els proveïdors de programari o de tecnologia *peer-to-peer*)?, potser davant els mitjancers o prestadors de serveis de la societat de la informació que promouen o faciliten l'intercanvi d'arxius en línia)? o potser, i dins dels últims, davant els operadors d'accés a xarxa?" Tampoc no se li escapa a ningú que sigui quina sigui la solució que es convingui i la mesura que s'adopti la polèmica estarà servida.

L'últim episodi el protagonitzaven algunes associacions d'internautes després que l'actual Govern de la nació va donar a conèixer la seva intenció de crear un òrgan administratiu al si del Ministeri de Cultura per a vetllar per la salvaguarda dels drets de propietat intel·lectual davant la vulneració d'aquests drets pels responsables de serveis de la societat d'informació, que seran (no els abonats, que quedi clar) els únics subjectes passius de les accions que aquest òrgan emprengui. Em refereixo a la Secció Segona

de la nova Comissió de Propietat Intel·lectual, com ha estat batejada per la disposició final segona del Projecte de la Llei d'economia sostenible (d'ara endavant, Projecte de LES), la tramitació parlamentària de la qual just ara acaba d'iniciar-se.

Encara que tindrem ocasió de veure com discorren els debats parlamentaris val la pena examinar algunes qüestions de la disposició final segona del Projecte de LES que es presenten altament controvertides.

2. La solució que proposa el Govern: la disposició final segona del Projecte de LES i la proposada Secció Segona de la futura Comissió de Propietat Intel·lectual del Ministeri de Cultura

2.1. La reforma a grans trets

Com s'ha dit, el Projecte de LES), que el Govern ha presentat al Congrés dels Diputats fent ús de la seva potestat d'iniciativa legislativa,^{2,3} ha vingut a crear en la disposició final segona (en endavant, *disposició final segona*), una nova Comissió de Propietat Intel·lectual al si del Ministeri de Cultura (d'ara endavant, CPI), que passarà a estar integrada per dues seccions:

1. Com va posar de manifest l'Acord de Consell de Ministres de 9 d'octubre de 2009, pel qual es va crear una comissió interministerial de treball per a l'assessorament en la lluita contra la vulneració dels drets de propietat intel·lectual mitjançant pàgines d'Internet: «La revolució digital i l'evolució de les anomenades "noves tecnologies", en la seva condició de fenòmens en constant desenvolupament, suposen una oportunitat formidable per a la creació i la difusió dels continguts culturals, però també han fet sorgir i continuen fent aparèixer, en paral·lel, noves modalitats de defraudació dels drets de propietat intel·lectual. Aquest conjunt de circumstàncies ocasiona, a més de la vulneració dels drets de propietat intel·lectual mitjançant pàgines d'Internet, abundants pèrdues al sector de les indústries culturals amb la consegüent destrucció d'ocupació i riquesa d'un sector que genera prop del 4% del producte interior brut. Així mateix, la competència que suposa el tràfic il·legal existent, sobretot en l'entorn digital, dificulta notablement les possibilitats de desenvolupament de noves vies de negoci en el marc esmentat, i limita una indubtable via d'expansió econòmica. Aquest tema ha passat a ocupar un lloc preferent en l'agenda internacional i europea, així com en els diversos fòrums dedicats a la matèria de propietat intel·lectual.» (Resolució de 12 de novembre de 2009, de la Subsecretaria de la Presidència del Govern, per la qual es va publicar l'esmentat Acord de Consell de Ministres, Butlletí Oficial de l'Estat, núm. 281, de 21 de novembre de 2009.)
2. El Projecte de LES va ser aprovat pel Consell de Ministres de 19 de març de 2010 i presentat al Congrés dels Diputats el dia 30 següent, i es va publicar en el Butlletí Oficial de les Corts Generals, Congrés dels Diputats, núm. 60-1, sèrie A, de 9 d'abril de 2010.
3. La disposició final segona del Projecte de LES gairebé no ha tingut modificacions respecte a la correlativa disposició final primera de l'Avantprojecte, la primera versió del qual va aprovar el Consell de Ministres de 27 de novembre de 2009, però que després va modificar una segona versió que es va remetre finalment als òrgans consultius competents per a l'emissió d'informe, per Acord del Consell de Ministres de 8 de gener de 2010. A part de la nova numeració, s'aprecien únicament lleugers canvis i correccions de caire gramatical a més d'algunes acotacions en el text de l'articulat, la necessitat dels quals va posar de manifest algun dels òrgans consultius.

La Secció Primera, que s'encarregarà de la mediació i arbitratge, i assumirà així les funcions que exerceix actualment la Comissió de Propietat Intel·lectual o, com es deia antigament, Comissió Mediatora i Arbitral de la Propietat Intel·lectual, que passarà a ser per tant la Secció Primera de la CPI.⁴

I la Secció Segona, que, actuant conforme als principis d'objectivitat i proporcionalitat, s'encarregarà de vetllar per la salvaguarda dels drets de propietat intel·lectual davant la vulneració d'aquests drets per part de responsables de serveis de la societat de la informació.

Per a això, la disposició final segona que aquí anatem projecta el següent:

- D'una banda, preveu incorporar la salvaguarda dels drets de propietat intel·lectual als principis la lesió dels quals justifica l'adopció de mesures perquè s'interrompi o se suspengui la prestació d'un servei de la societat de la informació o per a retirar continguts que els vulnerin, i introduir per a això, en l'apartat u, una nova lletra e en l'article 8.1 de la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (en endavant, *LSSICE*), i crear, en l'apartat dos, un nou article 8.2 en l'*LSSICE*.
- I de l'altra, en els apartats tres i quatre, preveu modificar el Text refós de la Llei de propietat intel·lectual (d'ara endavant, *TRLPI*), introduint una nova disposició addicional cinquena en el seu articulat i reformant íntegrament el seu article 158 del *TRLPI*, per a potenciar les facultats de la CPI en els termes exposats anteriorment.

Encara que reglamentàriament es determinarà la composició, el funcionament i el procediment que la Secció Segona de la CPI (d'ara endavant, *Secció Segona*) ha d'observar per a l'exercici de la funció de salvaguarda dels drets de propietat intel·lectual que se li vol atribuir, la disposició final segona del Projecte de LES especifica que l'entitat esmentada:

a) Per tal d'identificar el responsable del servei de la societat de la informació que realitza la conducta presumptivament vulneradora, podrà requerir als prestadors de serveis de la societat de la informació la comunicació de les dades que permetin tal identificació a fi que pugui comparèixer en el procediment. Els requerits estan «obligats a facilitar les dades necessàries per dur a terme tal identificació», com projecta l'apartat dos de la disposició final segona, amb el qual es preveu introduir un nou article 8.2 en l'*LSSICE*.

b) I una vegada que el responsable del servei de la societat de la informació que realitza la conducta presumptivament vulneradora ha estat identificat, aquest òrgan podrà adoptar mesures perquè s'interrompi la prestació del seu servei o per a retirar els seus continguts que vulnerin la propietat intel·lectual, sobretot si el prestador actua «amb ànim de lucre, directe o indirecte, o [...] hagi causat o sigui susceptible de causar un dany patrimonial», per a la qual cosa la disposició final segona, apartat quatre, pretén crear un nou article 158.4 del *TRLPI*.

Es pot ben dir que, pel que fa a la salvaguarda dels drets de propietat intel·lectual, l'abast de la reforma es contreu en essència a aquests dos punts. Tanmateix, davant la possibilitat que un òrgan del Govern pugui tancar llocs web en casos de suposada infracció de drets de propietat intel·lectual, sense autorització judicial (com resultava de la primera versió del text de l'Avantprojecte de LES), es van encendre tots els llums d'alarma i es va instal·lar en l'opinió pública un clima de gran inquietud, cosa que va dur el Govern a redactar una segona versió d'Avantprojecte de LES (que es manté millorada en el Projecte de LES) amb la finalitat de precisar que l'execució de les mesures que adopti la Secció Segona quan poden afectar els drets i llibertats garantits en l'article 20 de la Constitució (a saber, les llibertats d'informació, d'expressió, de producció i creació artística, científica o literària, i de càtedra) requerirà l'autorització judicial prèvia (en congruència amb l'article 20.5 de la Constitució), d'acord amb un procediment que regularà un nou article 122 bis de la Llei 29/1998, de 13 de

4. D'acord amb la disposició addicional segona de la Llei 23/2006, de 7 de juliol, per la qual es va modificar el Text refós de la Llei de propietat intel·lectual, aprovat per Reial decret legislatiu 1/1996, de 12 d'abril, la Comissió Mediatora i Arbitral de la Propietat Intel·lectual va passar a dir-se *Comissió de Propietat Intel·lectual*. Amb la reforma que ara es projecta passarà a ser la Secció Primera de la CPI.

juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa (des d'ara, LRJCA).

La disposició final segona destina els apartats del cinc al vuit a dissenyar precisament les vies de la fase d'execució esmentada. En aquests apartats es projecta la reforma d'una sèrie de preceptes de l'LRJCA amb què es perseguix substancialment la finalitat d'assegurar la intervenció judicial en la fase d'execució esmentada. Això és, es preveu un procediment d'execució judicial per a les resolucions que adopti la Secció Segona,⁵ i se n'atribueix la competència als jutjats centrals contenciosos administratius, per la qual cosa ha estat necessari que el Govern presentés en paral·lel un projecte de llei orgànica complementària de l'LES, per la qual es modifica, entre altres lleis orgàniques, la 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial,⁶ en la qual es preveu afegir un nou apartat 5 al seu article 90.

2.2. L'anomenat *procediment per al restabliment de la legalitat*, la instrucció i resolució del qual es vol atribuir a la Secció Segona

Respecte del nou procediment administratiu per a la salvaguarda dels drets de propietat intel·lectual, la instrucció i resolució del qual es vol atribuir a la proposada Secció Segona, cal dir que el grau d'indeterminació que té és màxim. De fet, la Disposició Final Segona del Projecte de LES (introduint un nou apartat 4 a l'article 158 del TRLPI), es limita a dir el següent: «Reglamentàriament es determinaran la composició i funcionament de la Secció i el procediment per a l'exercici de les funcions que té atribuïdes. El procediment per al restabliment de la legalitat, que s'iniciarà sempre a instàncies del titular dels drets de propietat intel·lectual que es consideren vulnerats o de la persona que tinguis encomanat el seu exercici, estarà basat en els principis de celeritat, proporcionalitat i altres de previstos

en la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú.» De tal manera que no se sap encara quin serà el procediment a seguir, ni els requisits que hauran d'acreditar els qui pretenguin acudir al procediment que administrativament resolgui la Secció Segona. I no sembla que diferir-ne la regulació a un reglament posterior sigui el més apropiat quan, com queda exposat en el Projecte, es poden afectar drets fonamentals.⁷

2.3. L'execució judicial de les resolucions que adopti la Secció Segona per a restringir serveis de la societat de la informació i l'atribució de la competència esmentada als jutjats centrals contenciosos administratius de l'Audiència Nacional

Una vegada la Secció Segona dicta una resolució en què acorda la interrupció o la suspensió del servei prestat per un intermediari de la societat de la informació o la retirada de contingut infractor allotjat als servidors d'aquests intermediaris, es preveu que correspondrà als jutjats centrals contenciosos administratius autoritzar, mitjançant una interlocutòria, l'execució de la resolució adoptada, per a la qual cosa s'ha d'observar el procediment especial d'emparedament judicial de drets fonamentals que, per la via d'un nou article 122 bis en el capítol I, del títol V, de l'LRJCA, traça la disposició final segona, apartat set, del Projecte de LES. Amb això, tal com s'avançava, es pretenen modificar una sèrie de preceptes de l'LRJCA. Així, la Disposició Final Segona, en el seu apartat cinc, numera el text actual de l'article 9, com a apartat 1 de la LRJCA i afegeix a aquest un apartat 2; en el seu apartat sis, dóna una nova redacció a l'article 80.1 lletra d), de la LRJCA; i, en el seu apartat vuit, modifica l'apartat 5 de la Disposició Addicional Quarta de la LRJCA.

5. Encara que la disposició final segona parla només d'«actes» i d'«actes administratius», i ja no de «resolucions» com feia l'Avantprojecte, per a referir-se a les mesures que adopti la Secció Segona.
6. El Projecte de llei orgànica complementària de la LES va ser aprovat pel Consell de Ministres de 19 de març de 2010 i presentat al Congrés dels Diputats el dia 30 següent, i es va publicar en el *Butlletí Oficial de les Corts Generals*, Congrés dels Diputats, núm. 61-1, sèrie A, de 9 d'abril de 2010.
7. En aquest sentit, l'Informe a l'avantprojecte de LES aprovat pel Ple del Consell General del Poder Judicial, amb data 25 de gener de 2010, deixava constància de la preocupació que això suscitava, davant d'un procediment administratiu que s'aproxima en la naturalesa als de caràcter sancionador (pàg. 20).

El procediment es pot dir sintèticament que és el següent: (i) acordada la mesura restrictiva del servei per la Secció Segona de la CPI, aquesta Secció ha de sol·licitar al Jutjat Central Contencions Administratiu una autorització per a executar-la; i (ii) aquest Jutjat, en el termini improrrogable de quatre (4) dies següents a la notificació de la resolució per la Secció Segona i posant de manifest l'expedient, ha de convocar el representant legal de l'Administració pública esmentada, el Ministeri Fiscal i els titulars dels drets i llibertats afectats per la mesura acordada o la persona que aquests designin com a representant a una audiència en la qual, basant-se en el principi de contradicció, ha d'oïr a tots els personats, i decidir després mitjançant una interlocutòria, únicament, si autoritza o denega l'execució de la mesura.

La hipotètica resolució del Jutjat Central Contencions Administratiu d'acordar executar una mesura adoptada per la Secció Segona de la CPI, això és, portar-la a pur i degut efecte, a part que ha de revestir la forma d'interlocutòria, tractant-se d'una mesura que pot restringir drets i llibertats fonamentals ha d'estar prou motivada en dret, de manera que per a poder recolzar-la, el jutge haurà de realitzar (encara que sigui en la fase d'execució en la qual està cridat a intervenir) una ponderació o judici de proporcionalitat entre el sacrifici del dret fonamental de què es tracti (llibertat d'expressió, etc.) i la situació d'aquell a qui pretén tutelar (el titular del dret de propietat intel·lectual infringit), i autoritzar l'execució de la mesura restrictiva de la prestació del servei d'intermediació adoptada per la Secció Segona només en el cas que es compleixi el principi de proporcionalitat.⁸ Això obliga aquests jutjats a ser summament cautelosos i a analitzar totes les circumstàncies del cas concret.

Fora d'això, la raó per la qual s'investeix de competència els jutjats centrals de l'Audiència Nacional és que, tenint aquests òrgans jurisdicció a tot Espanya, poden portar a execució les resolucions que dicti la Secció Segona a tot el territori nacional, en coherència amb l'extraterritorialitat pròpia d'Internet.

En qualsevol cas, les resolucions de la Comissió seran recorribles directament, en única instància, davant de la Sala del Contencions-Administratiu de l'Audiència Nacio-

nal. I sens dubte, també en segona instància, les resolucions (autos) dels Jutjats Centrals del Contencions-Administratiu, tant les que autoritzin, com les que deneguin l'execució de l'acte administratiu, acordant la suspensió del servei o la retirada de contingut (articles 66-c de la Llei Orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial, i 11.2 de la LRJCA).

Dit això, ha arribat el moment d'examinar algunes qüestions sens dubte polèmiques o controvertides. A això dedicarem la part següent d'aquest treball.

3. Anàlisi d'algunes qüestions polèmiques o discutides de la reforma que ha projectat el Govern per a protegir els drets de propietat intel·lectual en la societat de la informació

3.1. És necessari incloure la salvaguarda dels drets de propietat intel·lectual als principis la lesió dels quals justifica l'adopció de mesures restrictives de serveis de la societat de la informació previstos en l'LSSICE?

Com hem vist, la disposició final segona del Projecte de LES preveu incorporar la salvaguarda dels drets de propietat intel·lectual als principis la lesió dels quals justifica l'adopció de mesures perquè s'interrompi o se suspengui la prestació d'un servei de la societat de la informació o per a retirar continguts que els vulnerin, i que es preveuen en l'article 8.1 en l'LSSICE. Tanmateix, és discutible que sigui necessària una reforma en aquest sentit.

En efecte, des que va entrar en vigor la Llei 19/2006, de 5 de juny, per la qual es van ampliar els mitjans de tutela dels drets de propietat intel·lectual i industrial (d'ara endavant, *Llei 19/2006*), tant els titulars de drets de propietat intel·lectual com els de propietat industrial poden instar la suspensió dels serveis prestats per mitjancers a

8. L'ordre de suspensió del servei d'allotjament d'un lloc web és desproporcionada, per exemple, si el contingut suposadament infractor només es troba en un subdomini i pot ser retirat sense afectar la resta del lloc web (únic amb contingut no infractor).

tercers que se'n valguin per infringir els seus drets, sia com a objecte d'una acció de cessació principal –article 139.1, lletra h, del Reial decret legislatiu 1/1996, de 12 d'abril, pel qual es va aprovar el Text refós de la llei de propietat intel·lectual (TRLPI, d'ara endavant); article 63.1, lletres a i e, de la Llei 11/1986, de 20 de març, de patents (*Llei de patents*, d'ara endavant); article 41 de la Llei 17/2001, de 7 de desembre, de marques (*Llei de marques*, d'ara endavant); article 53 de la Llei 20/2003, de 7 de juliol, de protecció jurídica del disseny industrial (*Llei del disseny industrial*, d'ara endavant)–, sia com a objecte d'una acció de cessació cautelar –article 141.6 del TRLPI, article 134.1a. de la Llei de patents (aplicable a la de marques i a la del disseny industrial, per remissió de la disposició addicional primera de la Llei de marques i de la disposició addicional primera de la Llei del disseny industrial).

I encara que en les lleis esmentades es faci referència únicament a «la suspensió dels serveis prestats per intermediaris»,⁹ i no a la retirada de continguts (modalitat de l'acció d'aturada que no ha de comportar necessàriament la suspensió del servei), és clar que on hi cap el que és gros hi ha de cabre el que és petit. En aquest sentit, els articles 8.2 i 11.1 de l'LSSICE, al costat de la interrupció de la prestació d'un servei, parlen, l'11.1, de «la retirada de determinats continguts provinents de prestadors establerts a Espanya», i el 8.2, de «[...] la retirada de determinats continguts provinents de prestadors establerts a Espanya», a l'efecte, aquest últim precepte, de la sol·licitud de mesures d'auxili tecnològic per a l'efectivitat de la mesura de restricció del servei de què es tracti.

En definitiva, l'aprovació de la Llei 19/2006 va suposar una autèntica fita en la tutela judicial per la via civil dels drets de propietat intel·lectual i industrial al nostre país. La Llei esmentada, que va venir a traslladar a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 2004/48/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 29 d'abril de 2004, relativa al respecte dels drets de propietat intel·lectual (més coneguda com a *Directiva enforcement*), va modificar una sèrie de lleis tuitives dels drets de propietat

intel·lectual i industrial, entre altres coses, per a atallar infraccions comeses a Internet. De manera que la salvaguarda dels drets de propietat intel·lectual (i industrial) davant actes en aquest front ja és una realitat a Espanya. Per tant no sembla que faci falta introduir una nova lletra e en l'article 8.1 de l'LSSICE, en el sentit que projecta la disposició final segona, en l'apartat primer.

De fet, l'única raó per la qual es pot voler incorporar la salvaguarda dels drets de propietat intel·lectual al catàleg de principis del 8.1 de l'LSSICE és que això permetria que un òrgan administratiu com la Secció Segona pogués adoptar les mesures necessàries perquè s'interrompi la prestació d'un servei o per a retirar les dades que vulnerin aquells drets. En efecte, l'article 8.1 de l'LSSICE diu: «En cas que un determinat servei de la societat de la informació atempti o pugui atemptar contra els principis que s'expressen a continuació, els òrgans competents per a la seva protecció, en exercici de les funcions que tinguin legalment atribuïdes, podran adoptar les mesures necessàries perquè s'interrompi la seva prestació o per retirar les dades que els vulnerin [...]»¹⁰ I si ens atenim a la definició que d'òrgan competent apareix en l'annex, lletra j), de la LSSICE, observem que per aquest cal entendre «tot òrgan jurisdiccional o administratiu, ja sigui de l'Administració General de l'Estat, de les administracions autonòmiques, de les entitats locals o dels seus respectius organismes o ens públics dependents, que actuï en l'exercici de competències legalment atribuïdes». Per tant, afegint la salvaguarda de la propietat intel·lectual als principis, la vulneració dels quals justifica l'adopció de mesures restrictives, es permetria que aquestes poguessin ser adoptades, a més de pels òrgans del poder judicial, per un òrgan administratiu, el qual, com tindrem ocasió d'exposar més endavant, constitueix un remei tan excessiu com injustificat al problema a què fèiem referència al començament.

En qualsevol cas la conveniència d'incloure la salvaguarda de la propietat intel·lectual als principis de l'article 8.1 de l'LSSICE únicament la podem trobar en

9. Com diu la Llei 19/2006, en l'exposició de motius: «[...] és necessari reconèixer al titular del dret de propietat intel·lectual o de propietat industrial infringit la possibilitat d'instar accions per a la cessació de l'activitat il·lícita i les mesures cautelars que siguin procedents contra els intermediaris els serveis dels quals s'utilitzin per tercers per materialitzar la infracció. La plena adequació d'aquestes previsions exigeix modificar els articles 138 i 139 del text refós de la Llei de propietat intel·lectual, 63 i 135 de la Llei de patents, 41 de la Llei de marques i 53 de la Llei de protecció jurídica del disseny industrial.»

10. L'èmfasi en cursiva és nostre.

la necessitat de dotar els titulars de drets de propietat intel·lectual suposadament infringits, en l'àmbit del procés civil, d'una disposició que de manera clara i precisa estableixi la possibilitat d'obtenir les dades necessàries per a identificar el responsable de la presumpta infracció a través d'una nova diligència preliminar inserida en l'LSSICE, com es dirà en l'apartat següent, encara que no sembla que aquesta hagi estat la intenció del Govern.

3.2. El requeriment d'informació als prestadors de serveis de la societat de la informació. La importància que té per als òrgans de la jurisdicció civil

Com s'avançava, una de les novetats més destacable de la reforma que es projecta és la possibilitat que tindran els òrgans de la jurisdicció civil que són competents per adoptar mesures de restricció de serveis de la societat de la informació, per requerir els prestadors de serveis de la societat de la informació que facilitin les dades que permetin identificar els responsables del servei de la societat de la informació que estiguin realitzant una conducta presumptivament vulneradora de drets de propietat intel·lectual (a la qual cosa caldria afegir també de drets de propietat industrial), estant aquells obligats a facilitar a l'òrgan judicial les dades necessàries per a dur a terme l'esmentada identificació.

En efecte, sembla que no s'ha donat prou importància a l'esmentada mesura en cas que s'aprovi la reforma. Amb ella vindrien a mitigar-se en gran manera els efectes de la doctrina establerta per la Sentència del Tribu-

nal de Justícia de les Comunitats Europees amb data 29 de gener de 2008, assumpte C-275/06 (*Promusicae c. Telefónica*), que resol una qüestió prejudicial plantejada pel Jutjat Mercantil número 5 de Madrid, i que es pot resumir així: el dret comunitari no obliga els estats membres a imposar a un proveïdor d'accés a Internet haver de revelar la identitat i adreça dels seus clients quan es dirigeixi contra ell un requeriment d'informació en el marc d'un procediment de diligències preliminars promogut per a preparar una demanda per presumpta infracció de drets de propietat intel·lectual en un futur procediment davant dels òrgans de la jurisdicció civil.

Amb tot, el Tribunal de Justícia va deixar clar que encara que cap norma comunitària no imposi haver de revelar dades personals en un procediment civil, ho poden establir així els estats membres.

Doncs bé, amb la reforma que ara es projecta el Govern ha volgut establir expressament aquesta obligació pel que fa a determinades infraccions de drets de propietat intel·lectual comeses en línia, i obliga així els prestadors d'accés a Internet o d'allotjament de dades a revelar la identitat dels seus clients, quan aquests clients siguin responsables d'un servei de la societat de la informació que realitzi una conducta presumptivament vulneradora, i més particularment quan siguin responsables de serveis de provisió d'enllaços a llocs d'Internet que facilitin la vulneració de drets de propietat intel·lectual (a saber, pàgines d'enllaços a arxius d'obres o prestacions protegides posades a disposició del públic en xarxes P2P o en servidors per a baixar-los o per al mer gaudi mitjançant tècniques com la de reproducció en temps real).¹¹

11. Tal com apareix redactada la disposició final segona el deure que es pretén que recaigui sobre els prestadors d'accés és el de comunicar les dades de qualsevol prestador que realitzi una conducta presumptivament infractora, si bé són els responsables de tals pàgines d'enllaços els que estan situats més en el punt de mira. No s'ha d'oblidar que anteriorment a l'aprovació del que va ser l'Avantprojecte de LES, per Acord del Consell de Ministres, de 9 d'octubre de 2009, el Govern va crear la Comissió Interministerial de Treball, per a l'assessorament en la lluita contra la vulneració dels drets de propietat intel·lectual mitjançant pàgines d'Internet, a què abans hem fet referència, per a «[e]studiar i posar de manifest possibles desajusts entre el marc jurídic vigent i el nou escenari digital que es planteja amb el creixent nombre de pàgines d'Internet que faciliten la vulneració de drets de Propietat Intel·lectual» (èmfasi afegit) (article segon, de l'annex de la disposició per la qual es va crear la Comissió esmentada, relatiu a les seves activitats). No obstant això, en una resolució recent -certament important- (Sentència de 9 de març de 2010), el Jutjat Mercantil número 7 de Barcelona desestimava una demanda presentada per infracció de drets d'autor per la SGAE contra el prestador d'un servei de la societat de la informació que facilitava enllaços a xarxes P2P a través del seu domini (elrincondejesus.com). Segons la sentència (F. J. 2n.), «[l]a pàgina web d'enllaç a xarxes P2P, de la manera que es configura la web de elrincondejesus [com diu el jutge mercantil, «no existeix ànim de lucre ni directe ni indirecte»], no vulnera en l'actualitat els drets d'explotació que confereix als autors la Llei de propietat intel·lectual».

Amb la qual cosa aquest deure de facilitar informació es podria exigir, en cas de prosperar la reforma, per la via d'un procediment de diligències preliminars, davant de la jurisdicció civil -així resulta interpretant el nou article 8.2 de l'LSSICE juntament amb la definició de *òrgan competent* que apareix en l'annex, lletra f, de la Llei esmentada (i que abans hem transcrit), sistemàticament amb l'article 256.1.9è. de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, segons el qual «[t]ot judici podrà preparar-se: [...] 7è Per petició de les diligències i indagacions que, per a la protecció de determinats drets [com són els de propietat intel·lectual], proveeixin les corresponents lleis especials [com és l'LSSICE]». I una reforma en aquest sentit sens dubte seria justa i convenient davant de les dificultats amb què es troben els titulars de drets de propietat intel·lectual davant dels òrgans de la jurisdicció civil per a identificar els responsables de les infraccions comeses en línia. Tanmateix, el Govern s'ha entossudit que això també ho pugui ordenar un òrgan administratiu: la Secció Segona. I si podem convenir que el primer (la instauració d'un requeriment judicial d'informació com a diligència preliminar davant de la jurisdicció civil en els termes exposats anteriorment) constituiria una novetat molt destacable de la reforma que serviria per a garantir la tutela judicial efectiva dels drets de propietat intel·lectual davant determinades vulneracions a Internet, en la via civil, avancem que l'últim (que això mateix ho pugui fer una administració pública) suposa un autèntic disbarat.¹²

3.3. L'adopció de mesures restrictives de serveis de la societat de la informació per a la salvaguarda dels drets de propietat intel·lectual en la societat de la informació per part d'un òrgan de l'Administració pública

Tornant a les superfacultats (ja que no hi ha cap altre qualificatiu) de què es vol dotar la Secció Segona i assenyaladament a la potestat per a resoldre pretensions de restricció de serveis de la societat de la informació en casos de presumpta vulneració de drets de propietat intel·lectual, conforme a la disposició final segona cal dir, com abans avançàvem, que suposen un autèntic abús.

En efecte, no sembla que un òrgan del Govern pugui adoptar mesures com les descrites, i enarborar per a això la bandera dels drets dels particulars. Amb això no solament quedarien afectats diversos drets fonamentals -els de les persones contra qui s'adoptessin aquestes mesures (i essent així tampoc s'entén que una reforma tan important s'introdueixi com d'amagat, per la porta del darrere d'una disposició final, a més d'una llei ordinària)-, sinó que quedaria qüestionat el principi més elemental de qualsevol estat social i democràtic de dret: la separació de poders. I això per tal com, corresponent exclusivament als òrgans del poder judicial jutjar i fer executar el que s'ha jutjat, no es pot encomanar el primer al Ministeri de Cultura, el qual manca naturalment de competència per a resoldre qüestions tan alienes a les seves funcions administratives com resoldre pretensions de suspensió de serveis o retirada de dades en defensa de drets dels particulars.¹³ Al contrari, quan no existeix una protecció penal,

12. Noteu que en matèria penal la Sala General de la Sala Segona del Tribunal Suprem va adoptar un acord el dia 23 de febrer de 2010 per a deixar ben clara la necessitat d'autorització judicial «perquè els operadors que presten serveis de comunicacions electròniques o de xarxes públiques de comunicació cedeixin les dades generades o tractades amb tal motiu. Per la qual cosa el Ministeri Fiscal necessita tal autorització per a obtenir dels operadors les dades conservades que s'especifiquen en l'art. 3 de la Llei 25/2007, de 18 d'octubre el Ministeri Fiscal necessita l'autorització judicial perquè li sigui desvelada.» De manera que si a la seu penal, on s'enjudicien els actes o omissions més greus, s'exigeix una autorització judicial per a obtenir aquelles dades, no s'explica com pot pretendre el Govern que ho faci un òrgan merament administratiu sense autorització judicial.
13. Cal advertir que no es vol instaurar una via alternativa a la judicial, a la qual les parts puguin acudir voluntàriament per a resoldre una disputa o controvèrsia en les seves relacions com a particulars, sinó que el que es pretén és traslladar a l'Administració pública el poder que tenen els jutges i tribunals per a jutjar determinades disputes en matèria de propietat intel·lectual (les derivades de presumptes infraccions comeses per prestadors de serveis de la societat de la informació), i tal possibilitat la tindrien els titulars dels drets suposadament infringits sense necessitat de comptar per a això amb el consens de la contrapart, que quedaria per tant sotmesa forçosament al procediment -encara per desenvolupar- que s'iniciés davant d'aquell òrgan administratiu. Faltaria amb això l'element de voluntarietat que és fonamental en qualsevol resolució de conflictes entre particulars que sigui alternativa a la via judicial, com per exemple l'arbitratge, i es posaria en marxa l'acció d'una Administració pública exclusivament a conveniència dels interessos d'un subjecte particular. Ni tan sols no es preveu si en quedaria exclosa la via judicial, a la qual per tant podria acudir qualsevol de les parts (fins i tot iniciat el procediment davant de la Secció Segona) amb el consegüent risc que es dupliqués la controvèrsia i es dictessin resolucions contradictòries.

aquestes qüestions són de la competència de l'ordre jurisdiccional civil,¹⁴ i dins d'aquest ordre, el coneixement correspon als jutjats mercantils, com a òrgans especialitzats dins de la jurisdicció civil en matèria de propietat intel·lectual.¹⁵

Des d'un punt de vista objectiu la competència per a conèixer de les demandes en les quals s'exercitin accions relatives a drets de propietat intel·lectual recau per tant en els jutjats mercantils. I atribuir les seves competències a un òrgan administratiu manca per complet de justificació. Per tant, disposar que l'execució de les mesures de restricció de serveis de la societat de la informació que acordi la Secció Segona sigui autoritzada després per un jutge -a més, no especialitzat en la matèria, com ja hem vist-, i sense que aquest jutge hagi resolt prèviament l'assumpte, a més d'una irresponsabilitat, sembla una mesura de cara a la galeria, que no podria suplir la falta de competència d'aquell òrgan per a les qüestions que se li volen atribuir.

Vegeu que l'article 11.3, apartat segon, de l'LSSICE és taxatiu en aquest punt quan diu: «En tots els casos en què la Constitució, les normes reguladores dels respectius drets i llibertats o les que resultin aplicables a les diferents matèries atribueixin competència als òrgans jurisdiccional de manera exclouent per intervenir en l'exercici d'activitats o drets, només l'autoritat judicial competent podrà adoptar

les mesures previstes en aquest article. En particular, l'autorització del segrest de pàgines d'Internet o de la seva restricció quan aquesta afecti els drets i llibertats d'expressió i informació i altres d'emparats en els termes establerts en l'article 20 de la Constitució només podrà ser decidida¹⁶ pels òrgans jurisdiccional competents.»

I per això les úniques mesures restrictives de serveis de la societat de la informació per a l'adopció de la qual pot estar legitimada una administració pública són aquelles amb què es pretén salvaguardar l'interès general. I és per això que en l'exposició de motius de l'LSSICE es diu que «[...] només es permet restringir la lliure prestació a Espanya de serveis de la societat de la informació [...] que consisteixin en la producció d'un dany o perill greus contra certs valors fonamentals com l'ordre públic, la salut pública o la protecció dels menors». Però fora d'aquests valors fonamentals hi ha clar que qualsevol restricció de servei ha de ser acordada (i després executada, però abans acordada) per un jutge.¹⁷

Hem de partir doncs de la base que l'Administració pública ha de servir amb objectivitat la satisfacció de l'interès general (article 103.1 de la Constitució espanyola).¹⁸ Com diu Guillén: «El punto de partida se encuentra en el artículo 103.1 CE, en el que se establece que la

14. Com la resta de conflictes que es plantegen en les relacions entre particulars de naturalesa estrictament privada els que sorgeixen en matèria de propietat intel·lectual en la societat de la informació correspon resoldre'ls als òrgans de la jurisdicció civil.
15. Article 86 ter, apartat 2, lletra a, de la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial (LOPJ). Els jutjats mercantils es van crear, precisament, perquè les pretensions com les que es volen exercitar avui davant de la Secció Segona siguin resoltes «per titulars amb coneixement específic i profund de la matèria, cosa que ha de facilitar unes resolucions de qualitat en un àmbit d'indubtable complexitat tècnica» (apartat II de l'exposició de motius de Llei Orgànica 8/2003, de 9 de juliol, per a la reforma concursal, per la qual es va modificar la LOPJ). La seva creació es motivava de la manera següent: «[L]a complexitat de la realitat social i econòmica del nostre temps i la seva repercussió en les diferents branques de l'ordenament aconsella avançar decididament en el procés d'especialització. Amb tal finalitat, s'encomanen als jutjats mercantils altres competències afegides a la matèria concursal.» (Llei últ. i *loc. cit.*)
16. La cursiva és nostra. Noteu que el verb *decidir* equival a 'resoldre', cosa que significa tant com que les mesures a què es refereix el precepte només les poden adoptar els òrgans del poder judicial, i no ho poden fer per tant els de l'Administració pública. La qual cosa ha estat obviada en el Projecte de LES.
17. En paraules de Fleiner, «[t]oda medida de policía tiende a asegurar el orden público; por tanto, encuentra su limitación allí donde comienzan las relaciones estrictamente privadas. De aquí que la policía tampoco pueda actuar a requerimiento de un particular para proteger sus intereses meramente privados; para esto están los Tribunales de Justicia» (Fritz FLEINER (1933). *Instituciones de Derecho administrativo*. Labor. Pàg. 321, citat per Fernando GARRIDO FALLA (1959). «Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas». *Revista de Administración Pública*. Núm. 28, pàg. 20).
18. Cosa que es reitera en l'article 3 de la Llei 30/92, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, i en diversos dels apartats de l'exposició de motius d'aquesta Llei: «III. [...] La Constitució consagra el caràcter instrumental de l'Administració, posada al servei dels interessos dels ciutadans [...] com l'instrument que promou les condicions perquè els drets constitucionals de l'individu i els grups que interpreten la societat siguin reals i efectius»; «VII. [...] el principi de neutralitat [...] exigeix mantenir els serveis públics a cobert de tota col·lisió entre interessos particulars i interessos generals.»

Administración sólo puede actuar para el servicio de los intereses generales. Esta regla constitucional marca el contorno y los límites al legislador a la hora de atribuir nuevas potestades a las Administraciones y permite, a su vez, al Tribunal Constitucional controlar la legalidad constitucional de las normas en que se contengan estas habilitaciones. El interés, indudablemente público, de que los conflictos jurídicos que enfrentan a los diversos sujetos se resuelvan mediante la intervención de terceros, caracterizados por la nota de imparcialidad, no es suficiente por sí solo para legitimar una actuación administrativa dirigida a su resolución, puesto que esta función se encuentra atribuida a los órganos judiciales, como se deduce del ya citado artículo 117 CE. Esto implica que para que se encuentren debidamente legitimadas desde una perspectiva constitucional las normas que atribuyen a la Administración la potestad de resolver este tipo de conflictos, mediante las fórmulas que ellas mismas prevean, es necesario que esos conflictos afecten o se encuentren ligados con una especial intensidad a algún interés público cuya tutela se encuentre de forma directa encomendada a la Administración. Pues bien, la concurrencia del elemento del interés público que justifique la atribución de este tipo de potestades a la Administración es decidida por el legislador, que dispone de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de discernir si se dan los suficientes argumentos que aconsejen el otorgamiento o no de la potestad de resolución de conflictos *inter privados* a las Administraciones Públicas. La discrecionalidad de que goza el legislador ha de tener unos límites, pues no cabe el otorgamiento con carácter general de una fase prejudicial administrativa de resolución de conflictos. Por ello será necesaria una especial atención del legislador a la hora de examinar el interés público legitimador de la intervención administrativa arbitral en un sector concreto que deberá ser el mismo interés público -concreto y específico- que legitima el resto de las potestades administrativas que se ejerzan en ese sector.»¹⁹

Doncs bé, sembla que el Govern ha apreciat l'existència d'un *interès general* que justificaria l'atribució de les potestats que la disposició final segona projecta conferir a la Secció Segona per a salvaguardar els drets de propie-

tat intel·lectual i limitar amb això drets fonamentals de determinats prestadors de serveis de la societat de la informació. Tanmateix no sembla que aquest interès estigui prou justificat en el Projecte de LES, l'exposició de motius del qual l'únic que diu sobre això és el següent (apartat VII): «L'objecte d'aquestes reformes és introduir un règim de protecció de la propietat intel·lectual coherent amb les previsions de la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic, i que prengui en consideració tant les necessitats d'una actuació àgil i efectiva davant les vulneracions de la propietat intel·lectual realitzades mitjançant la posada a disposició de continguts en la web, com les garanties dels drets que poguessin veure's afectats i, molt especialment, la intervenció judicial en garantia de la llibertat d'expressió i informació.»

Si ens atenim a «les necessitats d'una actuació àgil i efectiva davant les vulneracions [...] realitzades mitjançant la posada a disposició de continguts en la web» a les què al·ludeix l'exposició de motius, es podria pensar que el Govern ha considerat que la resolució ràpida dels casos de presumpta defraudació de drets de propietat intel·lectual per part de determinats responsables de serveis de la societat de la informació és necessària perquè la indústria pugui continuar funcionant en condicions de competència lliure, i que el bon funcionament del mercat cultural i la protecció dels subjectes que hi participen és l'*interès general* que legitimaria l'atribució a la Secció Segona de competència per a resoldre els conflictes. Fins i tot seria possible que s'hagués pensat en això com una fórmula alternativa a la via judicial (sense excloure-la), davant d'una (més aparent que real) inadequació d'aquesta via per a donar una solució ràpida i eficaç al conflicte a què fem referència a l'inici, i aquesta seria la raó per la qual s'hauria decidit que l'Administració pública hi ha d'intervenir, i els particulars han de quedar sotmesos a la seva actuació.

Tanmateix, això, que podria ser legítim si no hi hagués cap altre remei, no ho és en el cas que ens ocupa, perquè no està prou justificat (ni seria responsable) afirmar que els òrgans del poder judicial no estan donant una solució ràpida i eficaç

19. Javier GUILLÉN CARAMÉS (gener-abril de 2005). «Administración y actividad arbitral: la necesidad de simplificación y la reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo». *Revista de Administración Pública*. Núm. 166, pàg. 361-362.

als conflictes que es plantegen en matèria de propietat intel·lectual en la societat de la informació. Sostenir això seria tant com dir que no es garanteix a Espanya una tutela judicial efectiva dels drets de propietat intel·lectual a Internet. La qual cosa no podem admetre (quan a més són molt poques les accions entaulades contra prestadors de serveis de la societat de la informació, sobretot en la via civil, per a fer-ne balanç) i aniria en contra de l'article 24.1 de la Constitució. L'únic que potser podem convenir és que la tutela d'aquests drets pel que fa a la societat de la informació s'hauria de revisar contínuament davant de l'existència d'una fenomenologia de supòsits tan canviant com la tecnologia mateixa.

Però no és per això que es pot sostreure l'enjudiciament dels conflictes que en aquest àmbit es plantegen a l'únic poder de l'Estat que té reservada la funció jurisdiccional.

Sens dubte no podem obviar que en la protecció de la propietat intel·lectual hi resideix un interès públic, per allò que recompensant l'esforç que pressuposa la creació intel·lectual mitjançant el reconeixement d'uns drets d'exclusiva es fomenta la creativitat i amb aquesta creativitat s'obre pas a fer que la col·lectivitat pugui accedir a un bé escàs com són les obres de l'esperit,²⁰ però no considerem que aquest interès predomini fins al punt que sigui necessari confiar-ne la salvaguarda a l'Administració pública.²¹ I entre altres coses perquè el nostre estat de dret ja disposa dels mecanismes de defensa per mitjà d'una tutela judicial efectiva. O ens plantegem si, altrament, no vindrà algú a preguntar-se (i de raó no li'n fal-

tarà) qui ha de contribuir a la despesa pública que generi aquest encàrrec.

En definitiva, els mitjans de tutela de tals drets no correspon adoptar-los al Ministeri de Cultura sinó als òrgans del poder judicial, després d'un procediment declaratiu i contradictori.

Conclusió

Segons el nostre parer el Govern ha emprès una reforma en fals i amb els titubejos propis de qui no sap com atallar el problema a què es feia referència el començament. Només cal veure com rere la rúbrica de «protegir la propietat intel·lectual davant la pirateria a Internet» es presentava l'actual disposició final segona en la primera versió de l'Avantprojecte i apareixia en la segona rere la de «protecció de la propietat intel·lectual en l'àmbit de la societat de la informació» [«i de comerç electrònic», hi afegeix el projecte de llei].

Però sens dubte la cosa més criticable és que amb la reforma es pretengui que una administració pública pugui resoldre conflictes que se suscitin entre particulars sobre drets de naturalesa exclusivament privada. Quan els drets de propietat intel·lectual són subjectius, de manera que la tutela d'aquests drets ja hauria d'estar garantida judicialment. I si algú considera que no ho està, encara som a temps de reaccionar.

20. Vegeu en aquest sentit el treball de José FORNS (1951), «Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura», a *Anuario de Derecho Civil*, t. IV, pàg. 985 i seg. Noteu que actualment les autoritats públiques només poden intervenir en defensa de drets d'autor sobre obres que encara no han ingressat en el domini públic en els casos en què havent mort l'autor no es troben les persones esmentades en l'article 15 del TRLPI per a la seva defensa. Mireu, en aquest sentit, l'article 16 del TRLPI. També l'article 40 del TRLPI. De fet, l'antigament anomenada Comissió Mediatora i Arbitral de la Propietat Intel·lectual es va crear (amb la denominació originària de Comissió Arbitral de la Propietat Intel·lectual, que adoptava aquell nom en virtut de la disposició addicional segona de la Llei 28/1995, d'11 d'octubre, d'incorporació al dret espanyol de la Directiva 93/83/CEE del Consell, de 27 de setembre de 1993, sobre coordinació de determinades disposicions relatives als drets d'autor i drets afins als d'autor en l'àmbit de la radiodifusió via satèl·lit i de la distribució per cable) amb la finalitat de promoure mitjançant la seva intervenció «la solució dels conflictes que puguin plantejar-se» per a «afavorir la difusió de les obres i l'explotació dels drets gestionats» (exposició de motius de la Llei 22/1987, de 22 de novembre, de propietat intel·lectual). En aquestes matèries és on realment hi ha un interès general, però no quan els titulars ja disposen (o han de disposar per a garantir així la tutela judicial efectiva dels seus drets) de les armes adequades per a defensar-los.

21. Així ho posava de manifest el tinent fiscal del Tribunal Suprem: «[F]ins a aquesta reforma la intervenció dels poders públics en la redacció vigent de la Llei 34/2002 estava justificada per la salvaguarda d'interessos generals (investigació penal, ordre públic, salut pública, dignitat de la persona) o de col·lectius situats en una posició de debilitat (menors, consumidors o usuaris). La defensa i salvaguarda de la propietat intel·lectual no sembla alçar-se al mateix nivell, encara que es pugui reconèixer la importància que té en les societats modernes i els valors productius i econòmics que se'n deriven.» (Informe del Consell Fiscal a l'Avantprojecte de LES (12 de febrer de 2010), pàg. 4-5)

Citació recomanada

FERRÁNDIZ AVENDAÑO, Pablo (2010). «La reforma projectada de la Comissió de Propietat Intel·lectual del Ministeri de Cultura i el "procediment per al restabliment de la legalitat", la instrucció i resolució del qual es vol atribuir a la seva proposada Secció Segona.» [article en línia]. *IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*. Núm. 10. UOC. [Data de consulta: dd/mm/aa].

<<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n10-ferrandiz/n10-ferrandiz-cat>>

ISSN 1699-8154



Aquesta obra està subjecta a la llicència Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya de Creative Commons. Així doncs, se'n permet la còpia, distribució i comunicació pública sempre que se'n citi l'autor i la font (*IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*), i l'ús concret no tingui finalitat comercial. No se'n poden fer usos comercials ni obres derivades. La llicència completa es pot consultar a: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.ca>>

Sobre l'autor

Pablo Ferrándiz Avendaño
 pferrandiz@uoc.edu

Professor/consultor dels Estudis de Dret i Ciència Política de la Universitat Oberta de Catalunya. Advocat especialista en litigació i resolució de disputes en matèria civil i mercantil i en propietat industrial i intel·lectual. President de la Secció de Drets d'Autor i Drets d'Imatge de l'Illustre Col·legi d'Advocats de Barcelona. Membre del Grup d'Experts de la Cort d'Arbitratge del Consell Superior de Cambres per a la resolució extrajudicial de conflictes sobre noms de domini .es.

Universitat Oberta de Catalunya
 Estudis de Dret i Ciència Política
 Av. Tibidabo, 39-43
 08035 Barcelona, Espanya