

**INFORME DEL CONSEJO FISCAL
ANTEPROYECTO DE LEY DE ECONOMIA SOSTENIBLE Y
ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA COMPLEMENTARIA
DE LA LEY DE ECONOMIA SOSTENIBLE.**

Por oficio de fecha 11 de enero, el Secretario de Estado del Ministerio de Justicia ha remitido al Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible y el Anteproyecto de Ley Orgánica Complementaria de la Ley de Economía Sostenible, para que el Consejo Fiscal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14.4.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), emita el correspondiente informe.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 14.4.j) del EOMF corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

En el oficio del Secretario de Estado del Ministerio de Justicia se indica que el informe recabado sobre el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible se concreta en la Disposición Final Primera de dicho texto, cuyo contenido puede considerarse comprendido en las funciones que el artículo 14.4 j) atribuye al Consejo Fiscal.

El presente texto expresa el parecer del Consejo Fiscal sobre los dos Anteproyectos y da cumplimiento al preceptivo trámite de informe previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

I DISPOSICION FINAL PRIMERA DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE.

La Disposición Final Primera del Anteproyecto incorpora la modificación de tres textos legales: la Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio electrónico, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La Disposición Final Primera consta de ocho apartados: los dos primeros modifican la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información; los apartados tercero y cuarto modifican el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y los apartados quinto a octavo modifican la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Las referidas modificaciones legales tienen como finalidad, como se indica en la propia Disposición Final Primera y en la Memoria normativa que acompaña al Anteproyecto, reforzar las medidas de protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la Sociedad de la Información.

El refuerzo de las medidas de protección de los derechos de propiedad intelectual se ha delimitado en el Anteproyecto a las vulneraciones causadas a través de los Servicios de la Sociedad de la Información (las de mayor repercusión e impacto económico). La mayor protección se hace pivotar en una potenciación de las competencias asignadas a la Comisión de Propiedad Intelectual que se crea dentro del Ministerio de Cultura, reemplazando a la Comisión Mediadora y Arbitral de Propiedad Intelectual del texto vigente,

otorgándole la facultad de interrumpir la prestación de los servicios o de retirar los contenidos que lesionan los referidos derechos.

I Apartado Uno: Introduce una nueva letra e) en el artículo 8.1 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información con el siguiente tenor:

1. En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Los principios a que alude este apartado son los siguientes:

e) la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual

El artículo 8 de la Ley 34/2002 establece la posibilidad de restringir la prestación de los servicios de la sociedad de la información, si atentan contra determinados principios o valores, por los órganos que tienen encomendada su protección, los cuales podrán adoptar las medidas necesarias para interrumpir la prestación de los servicios o retirar los contenidos que vulneran tales principios. La Disposición Final Primera del Anteproyecto incorpora los *derechos de propiedad intelectual* a la relación de valores o principios que hasta ahora se estiman merecedores de esa protección específica frente a las vulneraciones cometidas a través de los servicios de la sociedad de la información.

La incorporación que se hace por el Anteproyecto de los *derechos de propiedad intelectual* resulta comprensible, siendo clara la finalidad de la misma así como su utilidad y necesidad social. Sin embargo, estimamos conveniente el poder realizar también una reflexión acerca del nivel de protección que se otorga

a estos derechos y la igualación de la salvaguardia de la propiedad intelectual, cuando se hace el juicio de comparación con el resto de los bienes jurídicos insertos en dicho artículo 8.1 a la luz del juicio y principio de proporcionalidad de esencial calado constitucional.

Se introduce un nuevo bien jurídico protegido: la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, que se sitúa al mismo nivel que los otros ya existentes en la redacción vigente del citado artículo 8.1: el orden público, la investigación penal, la seguridad pública, la defensa nacional, la salud pública, la dignidad de la persona en su vertiente de no discriminación por razón de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, la protección de la juventud y de la infancia.

Debemos resaltar que es dudoso que la protección de la propiedad intelectual deba ponerse a la misma altura que el resto de los bienes jurídicos protegidos. Si bien "la producción y creación literaria, artística, científica y técnica" son reconocidos como derechos fundamentales por el art. 20.1.b) de la Constitución, hay que distinguir la producción y creación literaria, etc. (que sin duda constituyen derechos fundamentales) de la "salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual", que no posee tal privilegiada configuración constitucional, como lo demuestra su desarrollo por una ley ordinaria y no por Ley Orgánica (el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril). La propiedad intelectual, como tal, debe ser encuadrada en su rango de derecho constitucional, dentro del artículo. 33. 1 CE, como derecho de propiedad, mas que en una versión *stricto sensu* de un derecho fundamental merecedor de un mayor rango de protección y salvaguardia.

A la anterior apreciación debe añadirse que hasta esta reforma la intervención de los poderes públicos en la redacción vigente de la Ley 34/2002

venía justificada por la salvaguarda de intereses generales (investigación penal, orden público, salud pública, dignidad de la persona) o de colectivos situados en una posición de debilidad (menores, consumidores o usuarios). La defensa y salvaguardia de la propiedad intelectual no parece alzarse al mismo nivel, aunque se pueda reconocer su importancia en las modernas sociedades y los valores productivos y económicos derivados de la misma.

Debe hacerse también una referencia a la redacción que hace el artículo 8.1 en su párrafo primero in fine no resulta totalmente correcta al referirse a: *los principios a los que alude este apartado.*

Proponemos se aproveche la reforma para rectificar esa expresión por la siguiente:

Los principios que fundamentan la adopción de estas medidas son los siguientes.

II Apartado Dos: Introduce un nuevo apartado segundo en el artículo 8 de la Ley 34/2002, con renumeración correlativa de los actuales apartados 2,3,4 y 5 cuyo contenido es :

2. Los órganos competentes para la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior, con el objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, podrán requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la comunicación de los datos que permitan tal identificación a fin de que pueda comparecer en el procedimiento. Los prestadores estarán obligados a facilitar los datos de que dispongan.

El apartado 2 del artículo 8 debe ponerse en relación con las demás disposiciones del Anteproyecto que a través de la modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad atribuyen a un órgano administrativo, como es la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, la competencia para salvaguardar los derechos de propiedad intelectual y adoptar para ello las medidas de interrupción de los servicios que establece el artículo 8.1 de la Ley 34/2002.

La disposición introducida en este nuevo apartado 2 del artículo 8 está dirigida a permitir la identificación del responsable del servicio de la sociedad de la información al objeto de que pueda comparecer en el procedimiento y darle audiencia.

La obtención de los datos de identificación del responsable del servicio no plantea ningún problema si lo que se pretende es obtener la identificación de la titularidad formal registrada. (ej: titular del nombre de dominio de la página web que está supuestamente vulnerando los derechos de propiedad intelectual).

No obstante, es preciso señalar que dado que en la redacción del apartado 2 del artículo 8 del Anteproyecto se hace referencia a *“identificar al responsable del servicio que está realizando la conducta presuntamente vulneradora”*, deberá tenerse en cuenta que en algunos supuestos, por la propia mecánica que en la realidad se utiliza para la obtención y prestación de los servicios (ej: registro de titulares de nombres de dominio de páginas web ficticios o imaginarios), puede resultar necesario que los proveedores de los servicios faciliten más datos que los de la mera identificación de quien formalmente aparece registrado como titular.

En esos supuestos en los que pudiera resultar necesario requerir de los prestadores de servicios la facilitación de más datos que los relativos al titular formalmente registrado, debe tenerse en cuenta que ello puede estar en contradicción con lo establecido en la Ley 25/2007 de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas que exige autorización judicial previa para la facilitación de todos los datos que constituyen el objeto de la misma.

Efectivamente en el artículo 6.1 de la Ley 25/2007 se establece:

Los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial.

A estos efectos el artículo 1 de la Ley 25/2007, referido al objeto de la misma dispone:

1. Esta Ley tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

*2. Esta Ley se aplicará a los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas **y a los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o usuario registrado.***

Es por esto, que en orden a tratar de evitar las posibles contradicciones mencionadas, y poder proporcionar a la Comisión de Propiedad Intelectual cobertura legal, en los casos en que se precise obtener datos de identificación que exceden de los de la titularidad formal registrada, creemos oportuno poner de manifiesto la conveniencia de valorar una modificación de la Ley 25/2007. La redacción de esta Ley ha planteado entre los operadores jurídicos algunos problemas interpretativos relacionados con la inclusión en su artículo 3 de datos de identidad de los usuarios o abonados de los distintos tipos de comunicaciones electrónicas, incluido Internet, cuya facilitación es también sometida a autorización judicial previa conforme a lo previsto en el artículo 6.1 anteriormente mencionado.

La modificación que se sugiere se corresponde con la posibilidad de que no sea necesario el requisito de autorización judicial previa exigido por la Ley 25/2007, respecto de los datos relativos estricta y exclusivamente a la identidad de abonados o usuarios de las comunicaciones electrónicas, que no estén amparados por el derecho fundamental al secreto de comunicaciones del artículo 18.3 de la CE, sino por el derecho de intimidad del artículo 18.1 que está sometido al requisito de previsión legal.

La previsión legal para la obtención de datos personales que se encuentran amparados por el derecho de intimidad se producirá de acuerdo con la doctrina jurisprudencial al respecto, valorando la proporcionalidad de la medida de intromisión en el derecho de intimidad en relación con los intereses que se quiere proteger y las funciones asignadas a las autoridades a las que se faculta para su obtención.

La posible modificación de la Ley 25/2007 que se propone podría materializarse incorporando un nuevo apartado 3 al artículo 6 de la Ley 25/2007,

en el que se establezca que no es necesaria la autorización judicial previa para la facilitación de datos de simple identidad de los abonados o usuarios del servicio a las autoridades o entidades que se mencionan en el artículo 11.2 d) la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, añadiendo además de los facultados en dicho precepto vigente a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Conforme al artículo 11.2 d) de la Ley de Protección de Datos no es necesario para ceder los datos personales el consentimiento del interesado:

d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas.

La redacción del nuevo apartado 3 del artículo 6 de la Ley 25/2007 que se propone podría ser la siguiente:

No será necesaria la autorización judicial previa prevista en el apartado 1 para la facilitación de los datos de mera identidad de los abonados o usuarios al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, los Jueces o Tribunales, el Tribunal de Cuentas, y la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas...

En cualquier caso, lo que en ningún supuesto puede recabar la Comisión, ni puede ser proporcionado por los prestadores de servicios de la sociedad de la

información son informaciones referidas a comunicaciones privadas que puedan afectar al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que requieren ineludiblemente autorización judicial expresa en un marco penal.

Con la finalidad de que este extremo quede debidamente precisado estimamos adecuado que se añada al final del nuevo apartado 2 del artículo 8 de la Ley 34/2002 lo siguiente:

Los prestadores de servicios estarán obligados a suministrar los datos de que dispongan salvo que afecten a derecho fundamental al secreto de las comunicaciones

III Apartado Tres: Introduce una Disposición Adicional quinta en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril con la siguiente redacción:

El Ministerio de Cultura en el ámbito de sus competencias, velará por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de los servicios de las sociedad de la información en los términos previstos en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información.

La atribución de competencias de protección de los derechos de propiedad intelectual a la Comisión de Propiedad Intelectual se ha limitado a las vulneraciones cometidas a través de los servicios de la sociedad de información.

La nueva Disposición Adicional quinta remite a los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002. Es por ello, que debe tenerse en cuenta que la posibilidad de adopción de medidas restrictivas de interrupción de la prestación del servicio o de retirada de contenidos solo se podrá acordar respecto de la prestación de servicios provenientes de prestadores de servicios establecidos en España o en otro Estado de la UE o del Espacio Económico Europeo (artículo 8.3). Por otra parte, la posibilidad de adopción de las medidas restrictivas que contempla el artículo 8.1 queda sometida al régimen de responsabilidad que sobre los distintos prestadores de servicios se establece en los artículos 13 a 17 de la citada ley.

De conformidad con el artículo 13:

1. *Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley.*

2. *Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes.*

IV Apartado Cuatro: Modifica el artículo 158 del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que en su redacción vigente se refiere a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual y crea la Comisión de Propiedad Intelectual .

El artículo 158 establece:

1. *Se crea en el Ministerio de Cultura la Comisión de Propiedad Intelectual, como órgano colegiado de ámbito nacional, para el ejercicio de las funciones de mediación y arbitraje y de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual que el atribuye la presente Ley.*

2. *La Comisión actuará por medio de dos Secciones.*

La Sección Primera ejercerá las funciones de mediación y arbitraje que le atribuye la presente ley.

La Sección Segunda velará en el ámbito de las competencias del Ministerio de Cultura, por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información en los términos previstos en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información.

A la actuación de esta Sección segunda de la Comisión se refiere el número 4 del nuevo artículo 158 que establece:

Corresponde a la Sección Segunda, que actuará conforme a los principios de objetividad y proporcionalidad, el ejercicio de las funciones previstas en los artículos 8,11 y concordantes de la Ley 34/2002 para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información.

La sección podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o para retirar los contenidos que vulneren la propiedad intelectual por parte de un prestador con ánimo de lucro directo o indirecto, o de quien pretenda causar un daño patrimonial. La ejecución de estas resoluciones en cuanto puedan afectar a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución requerirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, pudieran corresponder a los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

Reglamentariamente se determinarán la composición, y funcionamiento de la sección y el procedimiento para el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.

Como se ha venido señalando, en el Anteproyecto se refleja la iniciativa de establecer una protección de los derechos de propiedad intelectual a través de un procedimiento administrativo frente a los ataques más graves y generalizados que a los mismos se realizan a través de los servicios de la sociedad de la información.

Esta iniciativa se produce en línea con lo establecido en la reciente Directiva 2009/140 del Parlamento y del Consejo, de 25 noviembre, que modifica entre otras la Directiva 2002/21 y en cuyo artículo 1 b) se inserta un apartado 3 bis que establece:

Las medidas adoptadas por los Estados miembros relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas respetarán los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, como queda garantizado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en los principios generales del Derecho comunitario.

Cualquiera de esas medidas relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas, que sea susceptible de restringir esos derechos y libertades fundamentales solo podrá imponerse si es adecuada, proporcionada y necesaria en una sociedad democrática, y su aplicación estará sujeta a las salvaguardias de procedimiento apropiadas de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y con los principios generales del Derecho comunitario, que incluyen una protección judicial efectiva y un procedimiento con las debidas garantías. Por lo tanto, dichas medidas solo podrán ser adoptadas respetando debidamente el principio de presunción de inocencia y el derecho a la vida privada. Se garantizará un procedimiento previo, justo e imparcial, que incluirá el derecho de los interesados a ser oídos, sin perjuicio de que concurren las condiciones y los arreglos procesales adecuados en los casos de urgencia debidamente justificados, de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Se garantizará el derecho a la tutela judicial efectiva y en tiempo oportuno.»;

Respecto de la redacción dada al mencionado artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual debemos poner de manifiesto lo siguiente:

Se contempla que las medidas restrictivas que la Sección Segunda Comisión de Propiedad Intelectual puede adoptar sean solo respecto de las

vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual cometidas *“por parte de un prestador de servicios con ánimo de lucro directo o indirecto o de quien pretenda causar un daño patrimonial”*. Esta limitación subjetiva en cuanto al destinatario de las actuaciones represoras de la Comisión responde, sin duda, a la consideración de que solo los ataques de mayor gravedad y lesividad de los derechos merecen un reproche de esa entidad.

Consideramos, sin embargo, que el añadir alternativamente a la expresión por parte de un prestador de servicios con ánimo de lucro directo o indirecto, la de *“o quien pretenda causar un daño patrimonial”*, puede inducir a confusión sobre ese elemento subjetivo, pues cabe considerar que se amplía a cualquier sujeto aunque no sea un prestador de servicios o responsable del mismo lo cual es contradictorio con lo establecido por la propia Disposición Final primera al modificar la ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y también con la Disposición Adicional quinta del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual introducida por la misma.

Para poder abarcar también los supuestos en que se vulneren los derechos de propiedad intelectual a través de servicios de la sociedad de la información aunque no llegue a estar acreditado un efectivo perjuicio patrimonial se propugna la siguiente redacción:

La sección podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o para retirar los contenidos que vulneren la propiedad intelectual por parte de un prestador que actúe con ánimo de lucro directo o indirecto, y en perjuicio de los titulares de los derechos.

En relación con la previsión que se hace por el Anteproyecto en el artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de que las funciones atribuidas a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual se

entienden sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que pudieran corresponder a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, debemos señalar que dado que los delitos contra los derechos de propiedad intelectual son perseguibles de oficio como delitos públicos, no es correcto que se haga depender el ejercicio de las acciones penales de la iniciativa de los titulares, por lo que se propone modificar la redacción del Anteproyecto en el siguiente sentido :

“Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes”.

Asimismo, resulta conveniente recordar la obligación establecida por el artículo 262 LECrim de denunciar a las autoridades competentes, que en dicho precepto se designan, en el supuesto en que la Comisión tenga conocimiento de hechos que manifiestamente revistan los caracteres de delito contra la propiedad intelectual.

La Disposición Final Primera del Anteproyecto al modificar el artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual ha remitido a un Reglamento posterior la determinación de la composición, y funcionamiento de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual creada, así como el procedimiento para el ejercicio de las funciones atribuidas.

Consideramos, que diferir la regulación del procedimiento a través del cual la Comisión ejercerá las funciones atribuidas de salvaguardar los derechos de propiedad intelectual frente a las vulneraciones cometidas por los responsables de los servicios de la sociedad de la información mediante la adopción de medidas, como la de interrumpir la prestación del servicio o retirar

los contenidos ilícitos, a un Reglamento posterior sin que en la Ley se hayan establecido al menos los presupuestos y principios básicos de ese procedimiento no es procedente, por lo que se propugna que la regulación de los principios y trámites básicos de ese procedimiento, que al parecer se trata de configurar como un procedimiento sumario o abreviado se haga por Ley.

La regulación realizada en el Anteproyecto de la estructura de la nueva Comisión de Propiedad Intelectual resulta confusa, por cuanto más que crear una Comisión con un mínimo común denominador parece originar dos Comisiones con una composición que no se define pero que necesariamente parece que habrá de ser heterogénea. Sus funciones son distintas y no guardan relación razonable de conexión entre ellas, pues mientras la primera ejerce labores de mediación tales como colaboración en negociaciones, autorizaciones de emisiones, propuestas de mediación o de resolución de conflictos, la segunda ostenta facultades de intervención directa en la prestación de los servicios de la sociedad de información con un enorme potencial de incidencia invasiva en la esfera de derechos fundamentales. No parece concurrir un mínimo común denominador o elemento aglutinador funcional ni orgánico, ni se define ni siquiera aproximadamente la integración de la Sección Segunda. Se produce una asimetría en la propia formulación legal ya que aunque para ambas Secciones la ley se remite a una regulación reglamentaria en cuanto a la composición, lo cierto es que para la Sección Primera se prevé la integración en cada asunto en que intervengan, de dos representantes de las entidades de gestión y otros dos de la asociación de usuarios o de la entidad de radiodifusión, mientras nada se establece a nivel legal para la Sección Segunda, siendo que ésta, como se ha dicho, tiene un especial potencial invasivo en el terreno de la afcción de derechos fundamentales. La exigencia por la Ley de Servicios de Sociedad de la Información de que las medidas restrictivas del artículo 8 sean “objetivas, proporcionadas y no discriminatorias” -al igual que las adoptadas en virtud del art. 138, párrafo tercero in fine del Texto Refundido de la Ley de

Propiedad Intelectual, aconseja un mayor nivel de precisión al respecto, presidido por una clara idea de asentamiento de bases de imparcialidad y adecuada representación.

V Apartado Cinco: Se modifica el artículo 9 de la Ley 29/1998 de 13 de abril, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa incorporando un apartado 2 con la siguiente redacción:

Corresponderá a los Juzgados Centrales de lo contencioso administrativo autorizar, mediante auto, la ejecución de las resoluciones adoptadas por la sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual, adoptadas en aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información.

En este precepto se atribuye a los Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo la competencia para autorizar la ejecución de las decisiones de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual de interrumpir el servicio de la sociedad de la información o de retirar los contenidos ilícitos por vulnerar los derechos de propiedad intelectual. Esta atribución de competencia es acorde con lo prevenido en el artículo 158.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en la redacción dada por la Disposición Final Primera del Anterproyecto, que considera que, pudiendo estar afectados por esas decisiones del órgano administrativo derechos fundamentales del artículo 20 de la Constitución, es necesaria la obtención de autorización judicial.

No obstante, debemos poner de manifiesto que de conformidad con la Ley 34/2002, la posibilidad de acordar la medida restrictiva de interrupción del

servicio que vulnera los derechos de propiedad intelectual queda limitada a los casos en que el prestador del servicio está establecido en España o en un Estado de la UE o del Espacio Económico Europeo. Cuando el prestador esta establecido en un Estado del Espacio Económico Europeo distinto de España, debe hacerse la advertencia de que debe seguirse el procedimiento previsto en el artículo 8.3 de la Ley 34/2002 que dispone:

8.3. Cuando un órgano competente acuerde, en ejercicio de las competencias que tenga legalmente atribuidas, y de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo a) del apartado 4 del art. 3 de la Directiva 2000/31/CE, establecer restricciones que afecten a un servicio de la sociedad de la información que proceda de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo distinto de España, dicho órgano deberá seguir el siguiente procedimiento:

a) El órgano competente requerirá al Estado miembro en que esté establecido el prestador afectado para que adopte las medidas oportunas. En el caso de que no las adopte o resulten insuficientes, dicho órgano notificará, con carácter previo, a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo y al Estado miembro de que se trate las medidas que tiene intención de adoptar.

b) En los supuestos de urgencia, el órgano competente podrá adoptar las medidas oportunas, notificándolas al Estado miembro de procedencia y a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo con la mayor brevedad y, en cualquier caso, como máximo, en el plazo de quince días desde su adopción. Así mismo, deberá indicar la causa de dicha urgencia.

Los requerimientos y notificaciones a que alude este apartado se realizarán siempre a través del órgano de la Administración General del Estado competente para la comunicación y transmisión de información a las Comunidades Europeas.

VI Apartado Seis: Modifica la letra d) del apartado 1 de artículo 80 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, estableciendo la posibilidad de interponer recurso de apelación, en un solo efecto, contra las decisiones de los jueces de lo contencioso en los casos de autorizaciones para la ejecución de las decisiones administrativas que afectan a derechos fundamentales y que se establecen en el artículo 8.6 y en los artículos 9 y 122 bis.

En este precepto se aprecia un error material al referirse a que son susceptibles de apelación los autos recaídos sobre autorizaciones previstas en el artículo 9, pues la autorización está prevista sólo en el artículo 9.2 que ahora incorpora la disposición final del Anteproyecto y no en todo el artículo 9.

Las resoluciones del Juez Central de lo Contencioso, autorizando o denegando la ejecución de las medidas para la interrupción del servicio de la sociedad de la información o retirada de contenidos acordadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual son susceptibles, por tanto, de un recurso de apelación, en un solo efecto; de dicho recurso conocerá la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley 29/1998.

VII Apartado Siete: Introduce un nuevo artículo 122 bis en la Ley 29/1998 en el que se regula el procedimiento para que el Juez Central de lo Contencioso

autorice las medidas acordadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual con la siguiente redacción:

1. La ejecución de las medidas para que se interrumpa la prestación de servicios de la información o para que se retiren contenidos que vulneran la propiedad intelectual, adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual en aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, requerirá de autorización judicial previa de conformidad con lo establecido en los apartados siguientes.

2. Acordada la medida por la Comisión, se solicitará del Juzgado competente la autorización para su ejecución, referida a la posible afectación a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución.

3. En el plazo improrrogable de cuatro días siguientes a la notificación de la resolución por la Comisión y poniendo de manifiesto el expediente, el Juzgado convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de derechos y libertades afectados o a las personas que estos designen como representantes a una audiencia en la que, de manera contradictoria, oirá a todo los personados y resolverá mediante auto autorizando o denegando la ejecución de la medida.

El Anteproyecto ha incorporado la regulación del procedimiento para la autorización de la ejecución de las medidas de interrupción de los servicios de la sociedad de la información o retirada de contenidos, acordadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, al capítulo de la Ley 29/1988 dedicado a los procedimientos para la protección de los derechos fundamentales.

La tramitación que se establece es la misma que la prevista en el artículo 122 vigente para los casos de prohibición o propuesta de modificación de las reuniones previstas conforme a la Ley reguladora del derecho de reunión y manifestación, salvo que en este caso son los ciudadanos que se consideran lesionados en su derecho fundamental de reunión los que promueven un recurso ante el juez de la jurisdicción contenciosa competente para que este decida, ratificando o rechazando la decisión administrativa que estiman lesiva a su derecho.

En el caso del nuevo artículo 122 bis es el propio órgano administrativo, que acuerda la interrupción del servicio de la información o la retirada de contenidos en aplicación de la Ley 34/2002, el que solicita la autorización para materializar su decisión.

Dada esta regulación del procedimiento, cabe considerar que el legislador ha querido someter la decisión administrativa de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual a la revisión que también se contempla en los casos del derecho de reunión, en cuanto pueden estar afectados en este caso los derechos fundamentales y libertades del artículo 20 CE. De ahí que se prevea en el nuevo artículo 122 bis, incorporado por el Anteproyecto, la misma tramitación que la prevista en el artículo 122 vigente para los supuestos de afectación del derecho de reunión. Existe un trámite de audiencia al que son convocados el representante legal de la Comisión de Propiedad Intelectual, el titular de los derechos y libertades afectado por la medida y el Ministerio Fiscal como garante constitucional de los derechos fundamentales. El juez tras este trámite de audiencia resuelve, pudiendo autorizar o denegar la ejecución de la medida.

Debe destacarse que en la regulación del procedimiento que se hace en el nuevo artículo 122 bis 3, se contempla que el Juzgado Central de lo Contencioso convocará el trámite de audiencia en el plazo improrrogable de cuatro días siguientes a la notificación de la resolución por la Comisión. Consideramos que ese plazo de cuatro días debe computarse no desde la notificación de la resolución de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual al afectado, sino desde que el Juzgado reciba la comunicación de la Comisión de Propiedad Intelectual de la resolución adoptada solicitando la respectiva autorización de su ejecución, dado que es el único modo de que el Juzgado disponga efectivamente del plazo de los cuatro días para convocar a las partes y al Ministerio Fiscal a la celebración del trámite de la audiencia. Es por esto que proponemos dicha modificación en la redacción del artículo 122 bis 3 que quedaría de la siguiente forma:

3. En el plazo improrrogable de cuatro días siguientes a la comunicación por la Comisión de la resolución adoptada solicitando se autorice su ejecución y poniendo de manifiesto el expediente, el Juzgado convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de derechos y libertades afectados o a las personas que estos designen como representantes a una audiencia en la que, de manera contradictoria, oirá a todo los personados y resolverá mediante auto autorizando o denegando la ejecución de la medida.

Por otra parte dado que no se establece un plazo en el que el Juez Central de lo Contencioso, tras la celebración de la vista, resolverá mediante auto autorizando o denegando la ejecución de la medida, procederá fijar dicho plazo, pudiendo este ser el mismo de cinco días que se fija en el artículo 121 para los demás procedimientos para la protección de derechos fundamentales.

Contra la decisión del Juez Central de lo Contencioso cabe recurso de apelación, en un solo efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80.5 de la Ley 29/1998 modificado por el Anteproyecto.

Estimamos adecuada la regulación que se hace por el Anteproyecto en el nuevo artículo 122 bis de la Ley 29/1998, del procedimiento para autorizar la ejecución de las medidas de interrupción del servicio de la sociedad de la información o de retirada de contenidos. Dado que las mismas pueden afectar a derechos fundamentales del artículo 20 CE, debe quedar sometida su ejecución al control judicial del Juez Central de lo Contencioso, el cual tras la celebración de la vista a la que son citadas las partes y el Ministerio Fiscal, se pronunciará autorizándola o denegándola.

La previsión de someter la medida de interrupción de los servicios de la información y retirada de contenidos al control del Juez Central de lo contencioso se corresponde con lo previsto en la propia Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información en cuyo artículo 11.3 se establece:

11.3. En la adopción y cumplimiento de las medidas a que se refieren los apartados anteriores, se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran resultar afectados.

En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de forma

excluyente para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo. En particular, la autorización del secuestro de páginas de Internet o de su restricción cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el art. 20 de la Constitución solo podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competentes.

La necesidad del control judicial es también reconocida expresamente por la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica complementaria de la Ley de Economía Sostenible en la que se declara que *“la trascendencia de las medidas que se incluyen en la Ley de Economía Sostenible difícilmente podrían dejar de afectar a la tutela judicial que garantiza nuestra Constitución... Así sucede en concreto con las medidas que buscan mejorar la protección de la propiedad intelectual, que necesariamente han de pasar la atribución de competencias a los jueces”.* (Sic)

VIII Apartado ocho: Modifica la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 29/1998 para incorporar los actos administrativos de la Comisión de Propiedad Intelectual a la posibilidad de recurso en única instancia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Debe señalarse que en la nueva redacción dada a esta Disposición Adicional, al incorporar los actos de la Comisión de Propiedad Intelectual debe suprimirse la conjunción “y” que figura en el texto vigente antes de la mención al Consejo de Universidades para reemplazarla por una coma y añadir la conjunción “y” justo antes de la Comisión de Propiedad Intelectual con que la redacción propuesta es la siguiente:

5. Los actos administrativos dictados por la Agencia de Protección de Datos, Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Consejo Económico y Social, Instituto “Cervantes Consejo de Seguridad Nuclear, Consejo de Universidades y la Comisión de Propiedad Intelectual, directamente en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional

En el Anteproyecto se ha articulado un doble sistema de recursos respecto de las decisiones de la Sección Segunda de la Propiedad Intelectual. Por un lado el recurso en única instancia ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional que se incorpora a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 29/1998, y por otro lado el recurso de apelación en un solo efecto que cabe interponer frente a la decisión del Juzgado Central de lo Contencioso y del que conocerá la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de conformidad con la nueva redacción del artículo 80.5 de la Ley 29/1998.

El recurso de la Disposición Adicional Cuarta se contempla respecto de las decisiones administrativas de la Comisión de Propiedad Intelectual, y por tanto, respecto de las decisiones de las dos Secciones de la misma. Este recurso, por lo que se refiere a la Sección Segunda a la que el Anteproyecto atribuye la competencia de salvaguardar los derechos de propiedad intelectual cuando se vulneran a través de los servicios de la sociedad de la información, tiene como objeto las decisiones que la misma dicte en el ejercicio de dicha competencia, apreciando que se ha producido una vulneración de los derechos de propiedad intelectual para cuya protección puede acordar las medidas previstas en el artículo 8 de la Ley 34/2002 intelectual.

El recurso de apelación previsto en el artículo 80.5 en relación con los artículos 9 y 122 bis de la Ley 29/1998, tendrá como objeto la resolución del

Juez Central de lo Contencioso que autoriza o deniega la ejecución de la medida de interrupción del servicio de la información o de retirada de contenidos, sobre la base de estimar que existe o no una intromisión legítima y proporcionada en los derechos y libertades del artículo 20 de la CE afectados por la medida acordada por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

II ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA COMPLEMENTARIA DE LA LEY DE ECONOMIA SOSTENIBLE POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Economía Sostenible, modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

En la Exposición de Motivos se declara:

“la trascendencia de las medidas que se incluyen en la Ley de Economía Sostenible difícilmente podrían dejar de afectar a la tutela judicial que garantiza nuestra Constitución...Así sucede en concreto con las medidas que buscan mejorar la protección de la propiedad intelectual, que necesariamente han de pasar la atribución de competencias a los jueces”.(sic).

En relación con la expresión *“...que necesariamente han de pasar la atribución de competencias a los jueces”*, sugerimos que dado que no resulta correcta gramaticalmente se modifique por la siguiente:

Así sucede en concreto con las medidas que buscan mejorar la protección de los derechos de propiedad intelectual, cuya autorización debe quedar sometida a los órganos judiciales competentes

El artículo único de este Anteproyecto añade un nuevo apartado 5 al artículo 90 de Ley Orgánica del Poder Judicial que establece:

5 Corresponde también a los Juzgados Centrales de los Contencioso-Administrativo autorizar, mediante auto, la ejecución material de las resoluciones adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la información o para que se retire contenidos que vulneren la propiedad intelectual adoptadas en aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información.

Esta modificación de la Ley Orgánica es consecuencia de las previsiones que realiza la Disposición Final Primera del Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible al modificar la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información, el Real Decreto Legislativo 1/1996 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de someter a autorización judicial la ejecución de las medidas de interrupción de los servicios de sociedad de la información o de retirada de contenidos que vulneran los derechos de propiedad intelectual, adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Desde un punto de vista sistemático consideramos más adecuado que la atribución de competencia que se hace a los Juzgados Centrales de lo Contencioso respecto de las medidas de interrupción de los servicios de la sociedad que pueden afectar a derechos fundamentales del artículo 20 de la

CE, se incorpore a un nuevo apartado 3 del artículo 91 de la Ley Orgánica de Poder Judicial en vez de en un apartado 5 del artículo 90, dado que es en el artículo 91 donde se concretan las competencias del Juzgado Central para autorizar las decisiones administrativas que pueden afectar a derechos fundamentales.

Madrid, 12 de febrero de 2010

EL TENIENTE FISCAL DEL TRIBUNAL SUPREMO