



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

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

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER
JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA
APROBADO EL INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY DE
ECONOMÍA SOSTENIBLE, SIENDO DEL SIGUIENTE TENOR
LITERAL**

I.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de enero de 2009 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), el texto del Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible (en adelante LES), remitido por el Ministerio de Justicia, a efectos de emisión del preceptivo informe respecto de sus Disposiciones Finales Primera –apartados Cuatro, Cinco, Seis, Siete y Ocho–, Trigésimo Cuarta y Trigésimo Quinta.

La Comisión de Estudios e Informes, acordó designar ponente a la Excm. Sra. Vocal D^a Margarita Robles Fernández, y en reunión de fecha 22 de enero de 2010, aprobó el presente Informe, acordando su remisión al Pleno de este Consejo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

II.

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

La función consultiva del CGPJ a que se refiere el artículo 108 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a *“normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”*.

A la luz de esta disposición legal, el parecer que a este Órgano constitucional le corresponde emitir sobre el Anteproyecto remitido deberá limitarse a las normas sustantivas o procesales que en aquélla se indican, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada. Dentro de ese marco competencial genérico, el Informe se circunscribirá todavía a las disposiciones especificadas en el oficio de remisión del Anteproyecto, por más que pueda resultar necesario aludir incidentalmente a algún otro de los apartados de la Disposición Final Primera para ilustrar el análisis vertido sobre los apartados sujetos a informe.

No obstante lo anterior, el CGPJ se reserva la facultad de expresar su parecer también sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución española (CE). En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 LOPJ.

Por último, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el CGPJ ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

III.

CONTEXTUALIZACIÓN Y CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO.

El Anteproyecto sometido a informe lo es de una Ley de enorme calado y gran complejidad que determina numerosas repercusiones en otros textos normativos (nada menos que a cuarenta y cuatro asciende el número de leyes cuya reforma se prevé en el mismo), a lo que se añade la aprobación del Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Economía Sostenible, por la que se modifica la LOPJ, el cual ha sido asimismo sometido a informe de este Consejo de forma



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

simultánea, por petición del Ministerio de Justicia remitida en el mismo oficio, resultando su contenido tributario del de la LES, y en concreto del de uno de los apartados de la disposición final primera sobre los que se proyecta la petición específica de informe dirigida a este Órgano, por el que se prevé modificar el artículo 9 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCa). Procede pues no perder de vista el contenido de ese otro Informe, en la medida en que se refiere al Anteproyecto de una Ley que se titula como complementaria a la LES.

El Anteproyecto ha sido acompañado de una completa Memoria del Análisis de Impacto Normativo, en la que, a tenor de lo previsto en el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio (al que el citado Anteproyecto da cumplimiento, pese a que su elaboración se inició antes de la entrada en vigor del mismo) se aglutinan las memorias, estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad de las normas proyectadas, así como la memoria económica y el informe sobre el impacto por razón de género, dándose así cumplimiento a lo ordenado en el artículo 22.2 de la Ley del Gobierno. No obstante, en esa Memoria, y en particular en la parte relativa al análisis de impacto económico y presupuestario, no se valora de forma específica el efecto que puede derivarse de la asignación a la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI) de la función de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, ni de la incidencia que ello puede tener indirectamente en la actividad de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, al ser los competentes para autorizar, en su caso, la ejecución de las resoluciones adoptadas por la Sección Segunda de la CPI en el ejercicio de la citada función. Naturalmente, este Órgano es consciente de la dificultad de precisar el impacto económico y presupuestario de una Ley tan extensa y heterogénea como la LES. Sin embargo, sería deseable que, tal y como en la propia



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Memoria del Análisis de Impacto Normativo se prevé (pág. 51), se aborde –aunque sea a posteriori– un análisis de tipo cuantitativo que tenga en cuenta el impacto de las reformas propuestas en términos de empleo, actividad y precios. Cuando menos, podría hacerse alguna referencia –siquiera fuese aproximada– al número de procedimientos administrativos anuales que se calcula que podría tener que instruir y resolver la CPI en esta materia para, partiendo de esa cifra, establecer cuántas intervenciones podrían ser necesarias por parte de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.

Habida cuenta de la complejidad y extensión del Anteproyecto LES es de lamentar que éste no venga acompañado de la habitual Exposición de Motivos, la cual acaso habría permitido vislumbrar de forma sintética cuáles eran las pretensiones del prelegislador a la hora de establecer las diferentes reformas legales a las que se refieren muchos de sus preceptos, y en particular las disposiciones finales que siguen al articulado ordinario, entre las que se cuentan los preceptos sobre los que se ha de proyectar el presente Informe. Al menos respecto de parte de los mismos (los contenidos en la disposición final primera) pueden ser válidas las consideraciones hechas en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la LES, por la que se modifica la LOPJ, en el sentido de subrayar cómo las medidas que buscan mejorar la protección de la propiedad intelectual pasan necesariamente por la atribución de competencias a los jueces.

Los preceptos a los que este Informe se circunscribe pueden agruparse en dos grandes bloques:

- De un lado, los apartados cuatro, cinco, seis, siete y ocho de la disposición final primera del Anteproyecto LES, cuyo contenido



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

–junto con el de los tres primeros apartados de esa misma disposición final, no sometidos a informe de este Consejo– se dirige básicamente a establecer un nuevo procedimiento administrativo para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, ceñida –eso sí– al ámbito de la sociedad de la información, como queda subrayado por el título asignado a la disposición final primera LES. Dicha salvaguarda se configura a su vez como una nueva función atribuida a la CPI, órgano colegiado de ámbito nacional existente en el seno del Ministerio de Cultura al que se añade una Sección Segunda, en la que concretamente se residencia la competencia para instruir y resolver ese nuevo procedimiento. La CPI venía existiendo desde la aprobación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, luego refundida por Real Decreto-Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en adelante TRLPI). Hasta ahora sólo tenía encomendadas funciones de mediación y arbitraje [se denominó, de hecho, Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual hasta el cambio de nombre introducido por la disposición adicional 2ª de la Ley 23/2006, de 7 de julio, de reforma del TRLPI], las cuales se prevé concentrar en la que será su futura Sección Primera, atribuyendo a la Sección Segunda la nueva función de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información. Esa función se traduce a su vez en la posibilidad de que la Sección Segunda de la CPI ordene la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de contenidos que [a su juicio] vulneren derechos de propiedad intelectual, si bien la ejecución material de las resoluciones adoptadas por dicha Sección precisarán de autorización judicial en cuanto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

puedan afectar a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 CE. De ahí que el Anteproyecto LES –también el de la Ley Orgánica complementaria de la misma– prevea asignar a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo una nueva competencia para autorizar o no la ejecución de las citadas resoluciones. Para lograr todas esas finalidades, la disposición final primera prevé la modificación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y Comercio Electrónico (LSSICE), el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCa).

- El segundo bloque de disposiciones sometidas a informe lo integran las disposiciones finales trigésimo cuarta y trigésimo quinta del Anteproyecto LES, dirigidas respectivamente a modificar la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), en lo relativo a la ejecución de las anotaciones preventivas de crédito refaccionario por ayudas públicas, préstamos o créditos concedidos para la reparación, mejora o rehabilitación de edificios, viviendas o locales comerciales.

Por lo que toca a la primera serie de preceptos sometidos a informe (los diversos apartados de la disposición final primera LES), la reforma proyectada se enmarca en el contexto del debate sobre la efectividad de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y sobre cuáles son los mejores instrumentos para lograrla. No puede desconectarse de ciertos hitos recientes que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

han acaecido en la materia, como sería señaladamente la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 2008 (C-275/06), dictada en el caso *Promusicae contra Telefónica*, por la que se consideró conforme al Derecho comunitario que un Estado miembro limitase sólo al marco de las investigaciones de carácter penal, o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, la obligación de ciertos prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información de conservar los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de sus respectivos servicios, y de ponerlos a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así se lo requieran, doctrina que repercute en las posibilidades de activar la tutela civil de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información.

En cuanto a los cambios proyectados en la LEC y la LC, se trata de una modificación de alcance más reducido, conectada con la posibilidad de extender las particularidades del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados y pignorados (Capítulo V, Título IV, Libro III de la LEC), o el tratamiento dado en la LC a la ejecución de garantías reales, a las anotaciones preventivas de créditos refaccionarios por razón de ayudas públicas, préstamos o créditos concedidos para la reparación, mejora o rehabilitación de edificios, viviendas o locales comerciales, siempre que en la anotación consten determinados extremos. Con ello se logra favorecer la posición de los acreedores refaccionarios, tanto públicos como privados, que lo sean por la financiación de obras de reparación, mejora o rehabilitación de inmuebles, asimilándola a la de los titulares de las garantías reales inmobiliarias más poderosas, como sería la hipoteca.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

IV.

EXAMEN DEL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO.

a) Los apartados cuatro a ocho de la disposición final primera del Anteproyecto.

Comenzando por el primer bloque de preceptos sometidos a informe, procede acometer su análisis de manera individualizada, por más que, frente al apartado cuatro, que se dirige a la reforma del artículo 158 TRLPI, los apartados cinco a ocho se refieran todos ellos a reformas introducidas en la misma Ley –la LJCa–. Ello acaso permitiría un análisis conjunto de estos últimos apartados, pero el examen pormenorizado de cada uno de ellos proporcionará una mayor claridad expositiva.

1. EL APARTADO CUATRO DE LA DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA LES: LA REFORMA DEL ARTÍCULO 158 TRLPI.

El apartado cuatro de la disposición final primera LES prevé la modificación del artículo 158 TRLPI. Aunque la reforma parezca muy voluminosa, lo cierto es que su relieve es menor del que aparenta, por cuanto el extenso apartado tercero del proyectado artículo 158 TRLPI, dividido en tres ordinales, viene a coincidir en su práctica literalidad con los actualmente vigentes apartados 1, 2 y 3 del artículo en cuestión. Asimismo, aunque con leves variaciones derivadas de la adición de una competencia más, el proyectado apartado primero del artículo se corresponde con el actualmente vigente párrafo introductorio, no numerado, del artículo 158 TRLPI. De forma que las novedades se localizan en el proyectado apartado segundo, donde se dice que la Comisión actuará por medio de dos Secciones y se describen las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

funciones que están llamadas a ejercer cada una de ellas, y en el proyectado apartado cuarto, en el que se detallan la forma de actuación y las medidas que podrá adoptar la Sección Segunda en el ejercicio de las funciones que se le encomiendan. Veamos pues con algo de detenimiento esos dos apartados, que es donde se localizan las novedades, no sin antes apuntar que debería actualizarse la referencia que en el apartado tercero del artículo 158 TRLPI se prevé efectuar a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, mención que igualmente luce en el todavía vigente artículo 158.1.b) TRLPI. Como se sabe, dicha Ley se encuentra hoy en día derogada y la materia ha pasado a estar regulada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que es la Ley a la que debería trazarse esa remisión.

a) El proyectado artículo 158.2 TRLPI

En ese apartado se dispone la nueva subdivisión interna de la CPI en dos Secciones, a cada una de las cuales se encomiendan distintas funciones: en la Sección Primera quedan residenciadas las de mediación y arbitraje, que son las que viene desempeñando la CPI hasta la fecha; a la nueva Sección Segunda se le atribuye la función de velar *“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 información (sic) 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”*.

Esta previsión debe ponerse en conexión con otras dos que el Anteproyecto sometido a informe pretende incorporar en el TRLPI. De un lado la nueva disposición adicional 5ª, de la que este futuro artículo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

158.2 TRLPI vendría a ser un trasunto. La única diferencia entre ambas normas es que lo que en éste se predica de la Sección Segunda de la CPI, en esa disposición adicional 5ª TRLPI se predica del Ministerio de Cultura en su conjunto. Sería ésta la norma de atribución de la función a dicho Departamento ministerial, correspondiendo al artículo 158.2 TRLPI la asignación específica de esa competencia a un concreto órgano dentro de la estructura del Ministerio de Cultura. Por lo demás la redacción de ambos preceptos es idéntica.

En cambio, no hay una perfecta correspondencia entre el proyectado artículo 158.2 TRLPI, ahora analizado, y el apartado cuarto de ese mismo artículo, pues en éste se avanza un poco más en la descripción de la competencia de la que venimos hablando y del modo de ejercerla por parte de la Sección Segunda de la CPI, ya que se indica que dicho órgano deberá actuar *“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 información”*. La alusión a los preceptos concordantes de la Ley 34/2002 pierde su sentido cuando se incluye en la enumeración el artículo 11 de dicha Ley, que sería el principal –por no decir el único– de los preceptos de la misma que puede considerarse en relación de concordancia con el artículo 8. Es probable que el mantenimiento de la expresión “y concordantes”, se deba a la inercia motivada porque en las otras dos disposiciones a las que hemos hecho alusión (el artículo 158.2 y la disposición adicional 5ª TRLPI), se menciona únicamente el artículo 8 de la Ley 34/2002, lo que da sentido a esa referencia a los preceptos que con el concuerden dentro de esa Ley. Y es que los artículos 8 y 11 LSSICE se hallan en efecto interrelacionados, por lo que tiene sentido que el órgano administrativo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

al que se otorgan competencias para acometer las funciones previstas en uno de ellos, sea también el competente para ocuparse de las funciones señaladas en el otro. Al fin y al cabo, el artículo 8.1 LSSICE establece la posibilidad de que el órgano administrativo competente, en el ejercicio de las funciones que tenga legalmente atribuidas (v. gr. la CPI en ejercicio de la función de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, que pasa a atribuírsele por la proyectada LES), adopten las medidas necesarias para interrumpir la prestación de un servicio de la sociedad de la información o para retirar los datos o contenidos causantes de la vulneración, cuando dicho servicio o dichos datos atenten o puedan atentar contra los principios expresados en ese mismo precepto. Entre tales principios, se prevé ahora incluir también “la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual”, conforme a la disposición final primera, apartado uno, del Anteproyecto LES, por la que se añade una letra e) en ese artículo 8.1 LSSICE. Por su parte, el artículo 11 LSSICE regula el deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación (v. gr. prestadores de acceso a la red, o de almacenamiento de datos), susceptible de ser activado cuando en el ejercicio de las competencias que tenga legalmente atribuidas, un órgano hubiera ordenado que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos, y para la efectividad de la resolución adoptada fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación. De esta forma, lo que se contempla en el proyectado artículo 158.2 TRLPI es la atribución a la Sección Segunda de la CPI de las competencias adecuadas para dictar esa clase de resoluciones, cuyo contenido puede conllevar la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de unos contenidos en los términos previstos en el artículo 8 LSSICE, incluida la activación del deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

al que se refiere el artículo 11 LSSICE, todo ello cuando los afectados por la presunta vulneración sean derechos de propiedad intelectual.

b) El proyectado artículo 158.4 TRLPI

Avanzando un poco más, se contemplan en este otro precepto los principios que deberá ponderar la Sección Segunda de la CPI a la hora de ejercitar las funciones previstas en esos artículos 8 y 11 LSSICE (menciona sólo los de “objetividad” y “proporcionalidad”, siendo así que el artículo 11.4 LSSICE alude también al de “no discriminación”), al tiempo que se precisa que las medidas que adopte la CPI tendentes a interrumpir la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de contenidos vulneradores de derechos de propiedad intelectual, procederán tanto cuando el responsable sea un prestador con ánimo de lucro, ya sea éste directo o indirecto, como cuando se trate de cualquier persona que simplemente “pretenda causar un daño patrimonial”. En este punto cabe recomendar una mayor adecuación a las categorías que manejan la LSSICE y el TRLPI. El término “prestador de servicios de la sociedad de la información” aparece definido en el Anexo de la LSSICE, conforme al cual se entiende por tal “la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”, que a su vez resulta definido como “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”, debiendo tenerse presente que ello comprende también “los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”. En suma, bastaría con la alusión que en el proyectado artículo 158.4 TRLPI se realiza a “la prestación de un servicio de la sociedad de la información”, para entender que el responsable del mismo no puede sino perseguir un ánimo de lucro



directo o indirecto, dado que esta característica resulta inherente a la propia condición de prestador de servicios de la sociedad de la información. Es más, la referencia a la posesión de un ánimo de lucro puede resultar perturbadora, por cuanto la clave en esta materia no es tanto el perfil subjetivo del prestador como las notas objetivas del servicio por él prestado. En otras palabras, puede haber prestadores de servicios de la sociedad de la información carentes de ánimo de lucro, tanto directo como indirecto (v. gr. una organización no gubernamental, o una asociación cultural, que explotan una página web), los cuales sin embargo ofrezcan en un determinado momento algún servicio remunerado o algún contenido de pago. De ahí que deba entenderse más apropiado que la proyectada norma se refiera a que la prestación del servicio se realice onerosamente o represente una actividad económica para el prestador, siguiendo la definición de la LSSICE, con independencia de si el sujeto como tal persigue o no un ánimo de lucro con carácter general. Otra alternativa plausible sería la de recurrir a la terminología que el TRLPI maneja en determinados preceptos, como el artículo 19.4, donde no se habla de ánimo de lucro, sino de la persecución de un “beneficio económico o comercial, directo o indirecto”.

Por su parte, la referencia final que se hace en la disposición que ahora examinamos a “quien pretenda causar un daño patrimonial”, como otro posible destinatario de las medidas susceptibles de ser adoptadas por la Sección Segunda de la CPI, es claro que pretende ampliar el círculo de destinatarios de las medidas a todos aquellos sujetos que, sin encajar propiamente en la definición legal de prestador de servicios de la sociedad de la información –pues ya hemos visto que ésta requiere la presencia de un ingrediente económico, directo o indirecto, a la hora de la prestación del servicio–, colocan no obstante en Internet contenidos en posible vulneración de la propiedad intelectual, sin que esta conducta



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

represente para ellos una actividad económica en ningún sentido. Sin embargo, el giro “quien pretenda causar un daño patrimonial” presenta el inconveniente de que obligaría a hacer una ponderación sobre un factor enteramente subjetivo como es el *animus nocendi*, que por lo general ya ha sido desterrado como criterio de imputación de responsabilidad en el sistema general del Derecho privado, dada precisamente la dificultad que presenta la averiguación de los motivos o móviles internos de un sujeto. Parece más sensato referirse únicamente al efecto causado o potencial y no a las intenciones (“quien cause o pueda causar un daño patrimonial”, “quien provea contenidos con capacidad para producir un daño patrimonial”), o al menos rebajar éstas al plano del conocimiento a propósito del carácter ilícito de la conducta (“quien provea contenidos sabiendo o debiendo saber que con ello se vulneran derechos de propiedad intelectual”), todo ello partiendo de la premisa de que se trata de un sujeto que no presta un servicio de la sociedad de la información, y que por consiguiente no actúa a título oneroso, o con ánimo de lucro, directo ni indirecto. En realidad, sería suficiente con que la norma aludiera, junto al prestador de servicios de la sociedad de la información, a *cualquier otro proveedor de contenidos*, concepto éste que resulta más amplio que aquél, al prescindir del rasgo de la onerosidad o significado económico de la actividad que en cambio viene dado por la definición legal de servicios de la sociedad de la información. Así las cosas, este segundo párrafo del proyectado artículo 158.4 TRLPI, podría comenzar diciendo lo siguiente:

“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 de servicios de la sociedad de la información o de cualquier otro proveedor de contenidos (...)”.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Todavía contiene este segundo párrafo del artículo 158.4 TRLPI, tal y como aparece redactado en el texto del Anteproyecto LES, una importante consideración sobre las resoluciones que puede dictar la Sección Segunda de la CPI en la materia que nos ocupa, a saber, que la ejecución de estas resoluciones requerirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el [nuevo] artículo 122 bis LJCa, “en cuanto puedan afectar a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución”. Como se sabe, estos derechos y libertades, reunidos todos ellos bajo la rúbrica general de “libertad de expresión”, son los de: (a) libre expresión y difusión de los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio; (b) producción y creación literaria, artística, científica y técnica; (c) libertad de cátedra; (d) libre comunicación o recepción de información veraz por cualquier medio de difusión. Todos ellos, como prevé el propio artículo 20.4 CE encuentran su límite en el respeto de los demás derechos reconocidos en el Título I CE y en los preceptos de las leyes que los desarrollan. Obviamente, entre esos derechos se encuentra el de propiedad privada (artículo 33 CE), de la cual constituye una variante la propiedad intelectual.

Ese mecanismo de previa autorización judicial constituye una de las piezas clave de la reforma a la que tiende la disposición final primera del Anteproyecto LES, que conecta además con la previsión contenida en el Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la LES, por la que se modifica la LOPJ, el cual es objeto de un Informe complementario por este Consejo. No es una previsión que pueda considerarse novedosa, desde el momento en que la LSSICE ya venía contemplando, tanto en el artículo 8 como en el artículo 11, la necesidad de recabar el concurso de la autoridad judicial competente para



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

implementar las medidas en ellos previstas (interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información y retirada de los contenidos o datos vulneradores). Así, en el último párrafo del artículo 8.1 LSSICE puede leerse:

“En todos los casos en los que la Constitución y las Leyes Reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información”.

Por su parte, el artículo 11.3.II LSSICE, establece:

“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 artículo 20 de la Constitución solo podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competentes”.

Cabe la duda de si la Sección Segunda CPI podrá efectuar una previa ponderación acerca de si, en el caso particular, es necesario recabar o no esa autorización judicial. Dicho de otro modo, no termina



de quedar claro si la intervención judicial deberá producirse en todos y cada uno de los casos en los que la Comisión haya resuelto interrumpir un servicio de la sociedad de la información o retirar ciertos datos o contenidos, o únicamente cuando, dadas las circunstancias, la propia Comisión estime que esa interrupción o retirada pueden llegar a comprometer alguno de los derechos o libertades enumerados en el artículo 20 CE. Abona esta incertidumbre la dicción empleada por el proyectado artículo 158.4.II TRLPI, que se apoya en el empleo del verbo “poder” conjugado en subjuntivo e introducido por la locución conjuntiva “en cuanto” (“en cuanto puedan afectar”), lo que podría dar a entender que sólo procederá esa previa intervención judicial en una parte de los casos, admitiéndose también la hipótesis contraria, esto es, que esas medidas *puedan no afectar* a los mencionados derechos y libertades.

Sin embargo, al contemplar alguna otra de las reformas legales en tramitación, y en concreto la que determinará la introducción de un nuevo artículo 122 bis LJCa (por virtud de lo dispuesto en la disposición final primera, apartado siete, LES), se disipan las dudas planteadas, dado que en ese proyectado precepto no sólo se dice que la ejecución de las medidas consistentes en la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o en la retirada de determinados contenidos “*requerirá* de autorización judicial previa (...)”, sino que se ordena a la CPI que una vez acordada la medida de que se trate, solicite 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” [énfasis míos]. Es decir, la CPI no gozará de autonomía para ponderar si, en el caso concreto, las medidas a adoptar pueden afectar a los derechos y libertades del artículo 20 CE, antes bien deberá cursar la autorización al órgano judicial competente ante la mera *posibilidad* de que tales derechos y libertades puedan



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

verse afectados, lo que parece abocar a la conclusión de que esa previa autorización deberá recabarse en todos los casos. Ello tiene sin duda incidencia en la carga de trabajo que soportarán esos órganos judiciales [los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo] con motivo de la nueva competencia que se les asigna.

En otro orden de cosas, debe subrayarse que la autorización dada en su caso por el Juzgado competente a la ejecución de la medida, se fundará única y exclusivamente en la no afectación de los derechos y libertades del artículo 20 CE, lo que significa que el órgano judicial no está llamado a realizar en esta fase una fiscalización del fondo de la medida adoptada por la CPI, y en particular acerca de la constatación o no de la presunta vulneración de los derechos de propiedad intelectual por parte del prestador del servicio o proveedor de contenidos frente al que se dirija la medida. La revisión de la justificación de la resolución dictada por la CPI desde ese punto de vista corresponderá hacerla a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que es a quien se atribuye la competencia para revisar en única instancia los actos dictados por la CPI, a tenor de la nueva redacción dada al apartado 5 de la disposición adicional cuarta LJCa, por el apartado ocho de la disposición final primera LES.

Por lo demás, acerca del procedimiento del artículo 122 bis LJCa, procede remitir *infra* a la parte de este Informe en la que se analiza precisamente ese nuevo precepto, introducido en virtud del apartado siete de la disposición final primera LES.

El proyectado artículo 158.4 TRLPI finaliza con dos párrafos más breves. En uno de ellos se recuerda que “lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

administrativas que, en su caso, pudieran corresponder a los titulares de los derechos de propiedad intelectual”. Se trata de una salvedad innecesaria, aunque tampoco puede decirse que sea dañina. Recuerda a la que luce en el primer apartado del artículo 13 LSSICE, conforme a la cual “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”.

Más relevancia debe darse a lo dispuesto en el último párrafo de este artículo 158.4 TRLPI, en el que se remite a un futuro desarrollo reglamentario lo relacionado tanto con la composición y funcionamiento de la Sección Segunda de la CPI, como con el procedimiento para el ejercicio de las funciones que ésta tiene atribuidas. Esta previsión merece ser revisada, al menos por lo que se refiere al procedimiento para el ejercicio de las funciones de la Sección Segunda CPI, el cual debería estar trazado, siquiera fuese en sus líneas maestras, en una disposición con rango de ley, máxime si se observa que las medidas a las que puede conducir (interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o retirada de unos contenidos) aproximan su naturaleza a la de un procedimiento de carácter sancionador. Las restantes etapas de tramitación de este Anteproyecto deberían servir por tanto para, modificando el párrafo en cuestión, incorporar en el propio texto del futuro artículo 158.4 TRLPI las directrices básicas de ese procedimiento, pues ni siquiera conocemos aspectos tan básicos como si se trata de un procedimiento dirigido a la salvaguarda de concretos derechos de propiedad intelectual presuntamente vulnerados, o a la de esos mismos derechos entendidos como interés difuso o colectivo, y en relación con ello si el procedimiento se iniciará de oficio, o a solicitud o denuncia de parte interesada. Asimismo, es esencial aclarar la posición



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que en ese procedimiento tendrán los prestadores de servicios de intermediación, tales como los operadores de redes y acceso, o los prestadores de alojamiento, pues no se olvide que la ejecución de las medidas adoptadas por la Sección Segunda de la CPI pasará las más de las veces por la activación del deber de colaboración de esos prestadores de servicios intermediarios, regulado en el artículo 11 LSSICE. La incorporación de esas directrices básicas en el propio cuerpo del TRLPI dotaría además al texto proyectado de una mayor coherencia, ya que no parece lógico regular el tramo final de ese procedimiento, esto es, el relativo a la previa autorización judicial para la ejecución de las medidas adoptadas por la Sección Segunda CPI (a través del nuevo artículo 122 bis LJCa), y no efectuar en cambio ninguna previsión, por mínima que ésta sea, acerca del procedimiento administrativo que puede concluir en la adopción de esas medidas por parte de la CPI.

2. EL APARTADO CINCO DE LA DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA LES: LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 9 LJCA.

El siguiente apartado de la disposición final primera LES dispone la modificación del artículo 9 LJCa, numerando su texto actual como apartado 1 y agregando un apartado 2 del siguiente tenor:

“Corresponderá a los Juzgados Centrales de lo contencioso administrativo autorizar, mediante auto, la ejecución de la resoluciones adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la información (sic) 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”.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El contenido de este nuevo apartado viene a coincidir de manera casi literal con el del artículo 90.5 LOPJ, tal y como se prevé que éste quede redactado a tenor del artículo único del Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la LES por la que se modifica la LOPJ. En el Informe a ese otro Anteproyecto se ofrece un examen detenido de esa nueva norma en proyecto, por lo que procede remitir a dicho Informe para conocer la valoración que este Consejo realiza de la misma. De forma sintética, cabe consignar que la modificación proyectada viene a conferir a estos órganos una competencia adicional, que no consistiría en el conocimiento de ningún recurso frente a un acto o disposición emanados de una autoridad u órgano administrativo, de ahí la conveniencia de contemplarla en un segundo apartado, separada del resto de competencias que estos órganos tienen atribuidas. La nueva atribución, consistente en autorizar la ejecución material de las resoluciones adoptadas por la Sección Segunda de la CPI, pertenece a una categoría que hasta el momento no tenía reflejo en el elenco de competencias de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, aunque sí en el de otros órganos de ese orden jurisdiccional, como los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, los cuales son competentes para autorizar o ratificar ciertas medidas que haya podido adoptar un órgano administrativo con carácter previo (v. gr. autorización de la entrada en domicilios y otros lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública, prevista en el artículo 8.6 LJCa, o competencia para autorizar o ratificar las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental, contemplada en el artículo 8.7 LJCa).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La peculiaridad es que, dado el ámbito territorial de los derechos en juego y el órgano del que emana la resolución, se ha considerado oportuno residenciar esta nueva atribución en los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo. En efecto, la CPI es un órgano administrativo de ámbito nacional (véase el actual inciso inicial del artículo 158 TRLPI, que en el Anteproyecto pasaría a ser el futuro artículo 158.1 TRLPI). No debe olvidarse que la competencia legislativa en materia de propiedad intelectual corresponde en exclusiva al Estado, a tenor del artículo 149.1.9ª CE. En su Sentencia 196/1997, de 13 de noviembre, el Tribunal Constitucional entendió que el hecho de que se trate de un órgano único dependiente del Ministerio de Cultura no vulnera el orden constitucional de competencias, teniendo en cuenta que en materia de propiedad intelectual las Comunidades Autónomas sólo tienen competencias de ejecución de la legislación estatal. Así las cosas, debe considerarse oportuno que los órganos elegidos para autorizar la ejecución material de las resoluciones adoptadas por la futura Sección Segunda CPI sean concretamente, dentro de todos los pertenecientes al orden contencioso-administrativo, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, cuya jurisdicción se extiende a todo el territorio nacional.

Por lo demás, el proyectado texto de ese futuro apartado 2 del artículo 9 LJCa presenta algunas incorrecciones gramaticales, las cuales serán objeto de enumeración –junto con otras observaciones de carácter formal y terminológico– en la parte final de este Informe.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

3. EL APARTADO SEIS DE LA DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA LES: LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 80.1.D) LJCA.

El apartado número seis de la disposición final primera LES prevé la modificación de la letra d) del artículo 80.1 LJCa. Este artículo es el que se refiere al recurso de apelación, enumerando concretamente su apartado 1 los diferentes supuestos de autos que, dictados por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo en procesos de los que conozcan en primera instancia, son apelables en un solo efecto. La modificación prevista servirá para ampliar el caso contemplado actualmente en la letra d), a saber, el de las autorizaciones contempladas en el artículo 8.6 LJCa, también a las autorizaciones que –conforme al Anteproyecto LES– quedarán recogidas en los artículos 9 y 122 bis LJCa, las cuales efectivamente se prevé que sean acordadas mediante auto; el cual, como se desprende de la disposición que ahora analizamos, será apelable en un solo efecto. El conocimiento de estas apelaciones contra autos dictados por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo se atribuye a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, conforme al artículo 11.2 LJCa. La apelación en un solo efecto impide obstaculizar la celeridad con la que se quiere dotar a este nuevo procedimiento –nótese que el proyectado artículo 122 bis LJCa habla de un plazo improrrogable de cuatro días para que el Juzgado competente resuelva–, sin merma de las garantías del justiciable a obtener una revisión de la decisión por parte de un tribunal de orden superior.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

4. EL APARTADO SIETE DE LA DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA LES: EL NUEVO ARTÍCULO 122 BIS LJCA.

Nos encontramos con el que probablemente deba considerarse precepto clave en el nuevo sistema proyectado para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en la sociedad de la información, pues si bien resulta de suma importancia la atribución inicial a la Sección Segunda de la CPI de la competencia para resolver sobre la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos vulneradores de la propiedad intelectual, dicha resolución no podrá ser ejecutada a menos que se obtenga autorización por parte del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo, la cual garantizará que las medidas adoptadas no afectan a ninguno de los derechos y libertades del artículo 20 CE. Esto sitúa a dicha autorización judicial en una posición estratégica dentro del procedimiento.

El proyectado artículo 122 bis LJCa consta de tres apartados. En el primero de ellos se señala como requisito insoslayable para la ejecución de las medidas que ya conocemos, susceptibles de ser acordadas por la Sección Segunda de la CPI en su función de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, la obtención de una autorización judicial previa, la cual hemos visto que deberá ser emitida por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo. Esa autorización deberá obtenerse conforme a lo establecido en los dos siguientes apartados, los cuales por su parte disponen lo siguiente:

“2. Acordada la medida por la Comisión, se solicitará del Juzgado competente la autorización para su ejecución, referida a la posible



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

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 los derechos y libertades afectados o a la persona que éstos designen como representante a una audiencia en la que, de manera contradictoria, oirá a todos los personados y resolverá mediante auto autorizando o denegando la ejecución de la medida”.

Surgen aquí diversos interrogantes a los que convendría que el texto en proyecto diera respuesta antes de acabada su tramitación. En primer lugar, al emplearse la forma impersonal (“se solicitará”), no queda claro si a quien corresponde pedir la autorización judicial es a la propia CPI o al solicitante o denunciante interesado en la ejecución de las medidas acordadas por ésta, posición que a su vez podría estar ocupada por muy diversos sujetos (v. gr. el titular de los concretos derechos de propiedad intelectual de cuya salvaguarda se trate, un sujeto que vele a nivel sectorial o colectivo por la protección de los mismos, un usuario o asociación de usuarios de derechos de propiedad intelectual respetuosos con los mismos). La automaticidad con que se describe el trámite de solicitud de la autorización (“acordada la medida..., se solicitará... la autorización”), unida al dato de que el plazo de los cuatro días se cuente desde la notificación de la resolución por la Comisión, y de que el representante legal de la Administración sea convocado a la audiencia ante el Juzgado competente, avalarían la tesis de que es la propia Comisión la que debe pedir la autorización, por más



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que el procedimiento administrativo se hubiera iniciado a solicitud o a denuncia de parte interesada.

Por otro lado, debe sopesarse la posibilidad de que el Juzgado competente no se limite a autorizar o denegar la ejecución de la medida solicitada, como en términos simplificadores describe el inciso final del tercer apartado del precepto comentado. Antes bien, el Juzgado podría considerar apropiado autorizar la ejecución de la medida acordada pero condicionando dicha ejecución a la prestación de una caución que permita asegurar las eventuales responsabilidades en caso de que, en su resolución sobre el fondo de la medida adoptada, el órgano judicial competente, estimando el recurso interpuesto por el responsable del servicio o el proveedor de contenidos, deje sin efecto la medida. A tal fin resulta imprescindible nuevamente despejar quién es el sujeto llamado a la prestación de esa caución, si el particular a cuya instancia hubiera iniciado la CPI el procedimiento, o la propia Comisión. He aquí otra muestra de la importancia de regular el procedimiento a seguir ante la Sección Segunda de la CPI, al menos en la medida que permitiera establecer algo tan elemental como la posición relativa que en él están llamados a ocupar el interesado, solicitante o denunciante, y la CPI.

Al hilo de estas cuestiones, cabe igualmente preguntarse si la petición de autorización previa podría servir para la adopción de las medidas en cuestión en fase y con naturaleza cautelar, en el curso del procedimiento seguido ante la CPI. Ciertamente, tal y como se prevé la intervención del Juzgado, parece partirse de que la resolución de la CPI, de cuya ejecución en suma se trata, es la que pone fin al procedimiento administrativo. Sin embargo, no es descartable que cuando se aborde el desarrollo normativo de dicho procedimiento, se contemple la posibilidad de que el particular interesado solicite a la CPI la adopción de medidas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

cautelares, dirigidas a obtener la interrupción del servicio de la sociedad de la información o la retirada de los contenidos de manera interina, en tanto se instruye y resuelve el propio procedimiento. Esta opción resulta avalada además por lo dispuesto en el artículo 11.4 LSSICE, según el cual las consabidas medidas podrán ser objeto de adopción “de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda”. Así las cosas, sería prudente que el artículo 122 bis LJCa se anticipase a ese escenario, y previese explícitamente la posibilidad de que las medidas cuya implementación requiera la autorización del Juzgado competente no sean sólo las contenidas en una resolución adoptada por la CPI pendiente de ejecución, lo que parece abocar únicamente a medidas adoptadas en resoluciones que ponen fin al procedimiento, sino también aquéllas que se adopten con carácter cautelar en el curso de un procedimiento no concluso.

En otro orden de cosas, por lo que se refiere al trámite de audiencia ante el Juzgado, tal vez fuera más apropiado establecer sencillamente la necesidad de que –junto al representante legal de la Administración y el Ministerio Fiscal– sean convocados todos aquéllos que aparezcan como interesados en el procedimiento administrativo previo seguido ante la CPI, en lugar de referir esa convocatoria “a los titulares de los derechos y libertades afectados o a la persona que éstos designen como representante”. Primero, porque con esta dicción parece dejarse fuera a los titulares de derechos de propiedad intelectual presuntamente vulnerados, y sobre todo a otros posibles legitimados desde una óptica de intereses sectoriales, colectivos o difusos, que –sin ser propiamente titulares de ningún derecho– acaso hubiesen propiciado la iniciación del procedimiento por parte de la CPI y hubiesen tomado



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

parte en el mismo en calidad de interesados. Segundo, en esa misma línea, porque cabe plantear si no deberían ser también convocados a esa audiencia los prestadores de servicios intermediarios, cuya colaboración resultará primordial de cara a implementar la medida acordada por la Sección Segunda CPI, y los cuales previsiblemente también habrán sido parte en el procedimiento. Y tercero, porque los titulares de derechos y libertades [posiblemente] afectados, entendiendo ahora por éstos los recogidos en el artículo 20 CE, esto es, los responsables de los servicios o de la provisión de los contenidos de cuya interrupción o retirada se trate, pueden no haber aparecido como interesados en el procedimiento, dada la dificultad de conocer en un gran número de casos su identidad [por más que en el proyectado artículo 8.2 LSSICE (vid. disposición final primera, apartado tres, LES) se instaure el deber de facilitar los datos de los presuntos vulneradores por parte de los prestadores de servicios de intermediación].

5. EL APARTADO OCHO DE LA DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA LES: LA MODIFICACIÓN DEL APARTADO 5 DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA LJCA.

Para finalizar con los apartados de la disposición final primera LES sometidos a informe, este apartado ocho dispone la modificación del apartado 5 de la disposición adicional cuarta LJCa, a los efectos de incluir entre los actos recurribles directamente y en única instancia ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, los dictados por la Comisión de Propiedad Intelectual. Pese a la dicción del precepto, debe puntualizarse que los actos a los que se refiere son sólo los dictados por la Sección Segunda de la CPI, esto es, las resoluciones por las que ésta acuerde la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de unos contenidos, puesto que las resoluciones dictadas en el ejercicio de sus funciones de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

mediación y arbitraje (atribuidas a su Sección Primera), como corresponde a la naturaleza de las mismas y como se ocupa además de puntualizar el propio artículo 158.3 TRLPI, en la versión del propio Anteproyecto LES, serán revisables “ante el orden jurisdiccional civil”.

Así pues, el apartado ahora comentado debería precisar que los actos contemplados, susceptibles de recurso directo y en única instancia ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, son únicamente los dictados por la Sección Segunda de la CPI.

b) Las disposiciones finales trigésimo cuarta y trigésimo quinta del Anteproyecto.

1. LA DISPOSICIÓN FINAL TRIGÉSIMO CUARTA LES: LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 682 LEC.

La disposición final trigésimo cuarta LES prevé modificar el artículo 682 LEC, al objeto de agregar en él un cuarto apartado del siguiente tenor:

“4. Serán de aplicación las normas establecidas para la hipoteca en el presente Capítulo a la ejecución de las cantidades garantizadas por anotación preventiva de crédito refaccionario por razón de ayudas públicas, préstamos o créditos concedidos para la reparación, mejora o rehabilitación de edificios, viviendas o locales comerciales, siempre que consten en la anotación la tasación de la finca y un domicilio para requerimientos y notificaciones. A la demanda se acompañará el documento de concesión de la ayuda pública, del préstamo o del crédito junto con la certificación del Registrador de la Propiedad competente



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que acredite la anotación preventiva de crédito refaccionario u (sic) la subsistencia de la misma”.

El Capítulo al que se refiere la norma proyectada (el V, del Título IV, Libro III de la LEC), contiene las “particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados”, y en concreto el artículo 682 LEC se dedica a definir el “ámbito del presente Capítulo”. En este sentido el emplazamiento de la norma en proyecto es correcto, puesto que lo que se pretende es extender la aplicación de las normas específicas dadas para la ejecución hipotecaria a las anotaciones preventivas de los créditos refaccionarios a que se ha hecho referencia. Resulta también coherente que, a fin de guardar la paridad con las exigencias marcadas a los créditos hipotecarios en el apartado 2 del artículo 682 LEC, a saber, que la escritura de constitución de la hipoteca exprese el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado par que sirva de tipo en la subasta, y que en esa misma escritura conste un domicilio fijado por el deudor para la práctica de requerimientos y notificaciones, se establezcan también en el proyectado apartado 4 de ese artículo la necesidad de que en la anotación preventiva en cuestión consten “la tasación de la finca y un domicilio para requerimientos y notificaciones”. No obstante, todavía podría haberse logrado una mayor fidelidad con la dicción del apartado 2, lo que tal vez sería conveniente tratándose, como se trata, de un precepto que contribuye a demarcar el ámbito de aplicación de todo un Capítulo de disposiciones normativas.

La necesidad de acompañar a la demanda el documento de concesión de la ayuda pública, del préstamo o del crédito junto con la certificación registral acreditativa de la anotación preventiva del mismo y de su subsistencia [por errata el precepto dice “u” donde debería decir “y”], no es plenamente coherente con los requisitos de aportación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

documental a la demanda ejecutiva que se marcan para la ejecución hipotecaria en el artículo 685.2 LEC, puesto que en este caso basta con la aportación del título inscrito, y sólo si éste no pudiera presentarse se acompañará certificación registral que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.

En relación con esta misma cuestión, debe observarse que el nuevo apartado 2 que se proyecta incorporar al artículo 59 de la Ley Hipotecaria (LH), por virtud de la disposición final trigésimo tercera de la LES, indica precisamente que tratándose de anotación preventiva de crédito refaccionario por razón de ayudas públicas, préstamos o créditos concedidos para la reparación, mejora o rehabilitación de edificios, viviendas o locales comerciales, *“la anotación preventiva servirá de título acreditativo de la ayuda pública, crédito o préstamo a efectos del procedimiento de ejecución directa sobre los bienes anotados establecido en el Capítulo V del Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, siempre que en la anotación consten los requisitos de tasación de la finca y domicilio para requerimientos y notificaciones establecidos en el artículo 682 de la misma Ley”*. Cabe preguntarse qué sentido tiene proclamar en este precepto de la LH que la anotación preventiva en cuestión valdrá como título acreditativo de la ayuda pública, crédito o préstamo de que se trate, a los efectos precisamente prevenidos en el procedimiento de ejecución del que venimos hablando, si en el correspondiente precepto de la LEC se exige aportar a la demanda no sólo certificación registral de la anotación, sino además el documento de concesión de la ayuda, préstamo o crédito. En consecuencia, debería bastar con que el nuevo artículo 682.4 *in fine* LEC exigiera acompañar a la demanda de ejecución la certificación registral de la anotación preventiva y de su subsistencia, en vista de que dicha anotación está llamada a servir de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

título acreditativo del crédito refaccionario en cuestión, máxime cuando el proyectado artículo 59.2 LH ya dice que esa consideración de la anotación preventiva como título acreditativo del crédito lo es precisamente a los efectos del procedimiento de ejecución directa cuyo ámbito de aplicación define el artículo 682 LEC. De paso, aunque la disposición final trigésimo tercera de la LES no ha sido sometida explícitamente a informe de este Consejo, no puede dejar de señalarse que las dos exigencias marcadas en el inciso final de ese futuro artículo 59.2 LH no coinciden plenamente con las que se enuncian en el proyectado artículo 682.4 LEC, al que sí va referido nuestro examen. Lo que aquí es la constancia en la anotación de “la tasación de la finca y un domicilio para requerimientos y notificaciones”, allí se convierte en la constancia de “los requisitos de tasación de la finca y domicilio para requerimientos y notificaciones”, siendo evidente que una tasación no es lo mismo que los requisitos para practicarla. Como lo que se pretende con la reforma en trámite es lograr una asimilación en el tratamiento de la ejecución de estos créditos a los requisitos específicamente marcados en la LEC para la ejecución hipotecaria, debe considerarse más atinado el tenor del proyectado artículo 682.4 LEC, y por consiguiente recomendar ajustar a él la redacción de ese futuro artículo 59.2 LH en lo tocante a este extremo.

2. LA DISPOSICIÓN FINAL TRIGÉSIMO QUINTA LES: LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 57 LC.

La disposición final trigésimo quinta LES prevé modificar el artículo 57 LC, al objeto de agregar en él un cuarto apartado del siguiente tenor:

“4. Lo dispuesto en este artículo y en el anterior sobre ejecución



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de garantías reales será también aplicable a la ejecución de las anotaciones preventivas de crédito refaccionario por ayudas públicas, préstamos o créditos concedidos para la reparación, mejora o rehabilitación de edificios, viviendas o locales comerciales”.

Esta regla es una consecuencia lógica de la anteriormente comentada. Puesto que se pretende la asimilación de los créditos refaccionarios a los que venimos aludiendo, a los créditos hipotecarios a los efectos de su ejecución, ese principio, trasladándonos de la esfera de las ejecuciones particulares a las ejecuciones universales, se traduce en la equiparación de trato de las ejecuciones de las anotaciones preventivas correspondientes a los meritados créditos refaccionarios, con las ejecuciones en general de garantías reales, las cuales como se sabe no podrán iniciarse o deberán suspenderse durante la tramitación del concurso en los términos señalados en el artículo 56 LC, pudiendo iniciarse o reanudarse el ejercicio de las mismas de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 57 LC. De ahí que el nuevo apartado cuarto de este último prevea extender la aplicación a las anotaciones preventivas de créditos refaccionarios de lo dispuesto tanto “en este artículo” (artículo 57 LC) como “en el anterior” (artículo 56 LC), pues un precepto no puede ser entendido sin el otro.

V.

OBSERVACIONES FORMALES Y TERMINOLÓGICAS.

Desde la perspectiva del principio de colaboración institucional, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, parece adecuado llamar la atención sobre algunas erratas deslizadas en el texto sometido a informe, o cuestiones terminológicas o de pura



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

técnica legislativa, que se expondrán por el orden en que aparecen a lo largo de los preceptos sometidos a informe:

Disposición final primera, apartado cuatro (artículo 158.2 TRLPI):

- Cabe cuestionar la oportunidad de hablar de “responsables de servicios de la sociedad de la información”, en lugar de hacerlo de “prestadores de servicios de la sociedad de la información”, que es el concepto legal propiamente dicho, manejado en la LSSICE.

Disposición final primera, apartado cuatro (artículo 158.3 TRLPI):

- La referencia a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, debe ser sustituida por la de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Disposición final primera, apartado cuatro (artículo 158.4 TRLPI):

- En lugar de aludir a “los artículos 8, 11 y concordantes de la Ley 34/2002”, bastaría con señalar “los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002”, a fin de hacer coincidir este texto con el del artículo 158.2 TRLPI, y dado que el artículo que fundamentalmente concuerda con el artículo 8 de la Ley 34/2002, es precisamente el artículo 11.
- Cabe cuestionar la oportunidad de hablar de “responsables de servicios de la sociedad de la información”, en lugar de hacerlo de “prestadores de servicios de la sociedad de la información”, que es el concepto legal propiamente dicho,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

manejado en la LSSICE.

- Donde dice “Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosos Administrativa”, debe decir “Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Disposición final primera, apartado cinco (artículo 9.2 LJCa):

- La segunda aparición del término “adoptadas” (“adoptadas en aplicación de la Ley 34/2002...”) es redundante y debe suprimirse, puesto que en la segunda línea del precepto ya se habla de que debe tratarse de “la ejecución de las resoluciones adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (...)”, siendo innecesario volver a consignar ese vocablo para precisar que la adopción de esas resoluciones ha debido serlo en aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio.
- Donde dice “la prestación de servicios de la información”, debe decir “la prestación de servicios de la sociedad de la información”, pues es éste y no aquél el término legal correcto manejado por la LSSICE.
- Donde dice “Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información”, debe decir “Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”, pues ésta es su denominación completa.
- Donde dice “Juzgados Centrales de lo contencioso



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

administrativo” debería decir “Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo”.

Disposición final primera, apartado siete (artículo 122 bis LJCa):

- Donde dice “la prestación de servicios de la información”, debe decir “la prestación de servicios de la sociedad de la información”, pues es éste y no aquél el término legal correcto manejado por la LSSICE.
- Donde dice “Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información”, debe decir “Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”, pues ésta es su denominación completa.

Disposición final primera, apartado ocho (disposición adicional cuarta LJCa):

- Donde dice “la Comisión de Propiedad Intelectual”, debería decir “la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual”.

VI.

CONCLUSIONES.

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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- Resulta suficiente con la alusión que en el proyectado artículo 158.4.II TRLPI se hace a “la prestación de un servicio de la sociedad de la información”, para entender que el prestador responsable del mismo ha de perseguir un ánimo de lucro directo o indirecto, pues se trata de una característica inherente a la propia condición de prestador de servicios de la sociedad de la información, tal y como se desprende de la definición legal que de los “servicios de la sociedad de la información”, se contiene en el Anexo de la LSSICE. Si, pese a todo, se quisiera poner un énfasis al respecto, sería aconsejable mantener la terminología de la propia LSSICE, de tal forma que la proyectada norma se refiriese a que el servicio [y no tanto su responsable] de cuya interrupción se trate, sea prestado onerosamente o representando una actividad económica para su prestador.
- Se propone sustituir el giro “quien pretenda causar un daño patrimonial”, dentro de ese mismo artículo 158.4.II TRLPI, por otra expresión que no evoque la necesidad de ponderar un elemento subjetivo o intencional, sino que se apoye en los efectos objetivos de la conducta en cuestión. En este sentido, cabe sugerir diversas alternativas que eviten apelar a los móviles internos del sujeto, siempre partiendo de la premisa de que se trata de un sujeto que no presta un servicio de la sociedad de la información, pues en tal caso estaría englobado en la categoría anterior. Dado el carácter más amplio del concepto de “proveedor de contenidos”, podría bastar con que el proyectado artículo 158.4.II TRLPI, comenzara diciendo: *“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 de servicios de la*



sociedad de la información o de cualquier otro proveedor de contenidos (...)”.

- Debería revisarse la oportunidad de remitir a un futuro reglamento el desarrollo del procedimiento a seguir ante la Sección Segunda de la CPI, tal y como se dispone en el último párrafo del proyectado artículo 158.4 TRLPI. Teniendo en cuenta la relevancia de ese procedimiento y su estrecha relación con muchas de las disposiciones que sí incorpora el Anteproyecto LES (por ejemplo con aquéllas en las que se regula lo relativo a la previa autorización judicial para la ejecución de las medidas adoptadas por la Sección Segunda CPI), sería más coherente incorporar ya en el texto del propio artículo 158 TRLPI, si no una regulación detallada de ese procedimiento, sí al menos los elementos principales o líneas maestras del mismo.
- En línea con lo que se acaba de apuntar, sería bueno que el proyectado artículo 122 bis LJCa, anticipándose a lo que será con toda probabilidad una característica de ese futuro procedimiento ante la Sección Segunda de la CPI, previese explícitamente la posibilidad de que las medidas para cuya implementación se requiera la autorización del Juzgado competente, no sean sólo las contenidas en una resolución adoptada por la CPI pendiente de ejecución –lo que parece abocar únicamente a medidas adoptadas en resoluciones que ponen fin al procedimiento–, sino también aquéllas que se adopten con carácter cautelar en el curso de un procedimiento no concluso.
- Igualmente, sería oportuno que el proyectado artículo 122 bis LJCa señalase con exactitud el sujeto a quien corresponde



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

solicitar del Juzgado competente la autorización para la ejecución de las medidas adoptadas por la Sección Segunda CPI (si es la propia Comisión o son los interesados en el procedimiento), así como el sujeto responsable de prestar caución para la hipótesis de que el Juzgado condicione la autorización al otorgamiento de dicha garantía.

- En fin, por lo que se refiere al trámite de audiencia ante el Juzgado competente, previsto en el apartado 3 del futuro artículo 122 bis LJCa, puede resultar más atinado establecer la necesidad de que –junto al representante legal de la Administración y el Ministerio Fiscal– sean convocados todos aquéllos que aparezcan como interesados en el procedimiento administrativo seguido ante la Sección Segunda de la CPI.

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

Y para que conste y surta efectos, extendiendo y firmo la presente en Madrid, a veintiocho de enero de dos mil diez.