

Curso Académico 2019-2020

Trabajo Fin de Máster

“Análisis de sentencia que autoriza el
bloqueo rápido de sitios web
presuntamente piratas.
Vías de impugnación y propuesta de *Lege
Ferenda*”

María Francisca Gutiérrez Solís

Tutor

Ángel García Castillejo

Madrid, 29 junio 2020

DETECCIÓN DEL PLAGIO

La Universidad utiliza el programa **Turnitin Feedback Studio** para comparar la originalidad del trabajo entregado por cada estudiante con millones de recursos electrónicos y detecta aquellas partes del texto copiadas y pegadas. Copiar o plagiar en un TFM es considerado una **Falta Grave**, y puede conllevar la expulsión definitiva de la Universidad.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada

RESUMEN

El actual contexto tecnológico y la utilización de plataformas para el acceso a contenidos en digital, suponen un desafío para los reguladores Estatales en materia de protección de derechos de propiedad intelectual.

El presente informe tiene por objeto asesorar a un hipotético cliente demandante, en el análisis de la sentencia dictada por la Sección 7 del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, con fecha 11 de febrero de 2020, mediante la cual se estiman las pretensiones ejercidas a través de la demanda presentada por Telefónica Audiovisual Digital, S.L.U. en contra de determinados proveedores españoles de acceso a Internet, y a través del cual se les condena a adoptar una serie de medidas de cesación de actividad ilícita, como medida de protección de los derechos de propiedad intelectual, afines o conexos en Internet.

Se parte del análisis del marco jurídico aplicable a la sentencia y al contexto tecnológico a fin de: (i) determinar los posibles escenarios y potenciales vías de impugnación de la sentencia que pudieren afectar las pretensiones de la demandante, (ii) analizar la existencia de otras vías de actuación para el bloqueo rápido de sitios web que vulneren derechos de propiedad intelectual en el actual contexto legislativo, y (iii) efectuar una propuesta de *lege ferenda*, para la introducción de mecanismos realmente eficaces y ponderados, tanto para la protección de los derechos de propiedad intelectual de los titulares de obras explotadas de manera ilícita, como para la protección de los demás derechos y garantías fundamentales afectadas por el ejercicio de dichos derechos.

La extensión de lo resuelto por el Tribunal, puede suponer un agravio a las partes demandadas susceptible de impugnación. desde que se autoriza a la parte demandante a presentar un listado semanal a los demandados, el que estos últimos se encontrarían obligados a bloquear en un muy breve lapso de tiempo, sin siquiera existir declaración de un tribunal o autoridad competente respecto a la ilicitud de la actividad o contenido vertido en dichos URLs facilitados por la demandante de autos, lesionando así el derecho de tutela judicial efectiva, la legítima defensa, obviando de paso la existencia de un legítimo contradictorio, y confiriendo además, la sentencia a la demandante, facultades que en rigor se encuentran conferidas por ley al Comité de Propiedad Intelectual y/o a los Tribunales de Justicia.

Palabras clave

Propiedad Intelectual; distribución de contenidos audiovisuales; sitio web; Bloqueo de contenidos; Operadores de comunicaciones electrónicas; Prestadores de servicios de intermediación; Sociedad de la Información.

ABSTRACT

The current technological background, and the use of platforms for accessing digital content, pose a challenge to State regulators in matters of protection of intellectual property rights.

The purpose of the following report is to counsel a hypothetical plaintiff, in the analysis of the Ruling passed by Section 7 of the Madrid Commercial Court, dated as of February 11, 2020, in which the lawsuit filed by Telefónica Audiovisual Digital, S.L.U against certain Spanish providers of Internet access, was successful, ordering the defendants to adopt a series of measures to stop illegal activity, as a way to protect intellectual property rights and neighboring rights on the Internet.

It starts from the analysis of the legal framework applicable to the Ruling and the technological context in order to: (i) determine the possible scenarios and potential legal means to challenge the decision of the Court, that could affect the applicant's claim, (ii) analyze the existence of other courses of action for fast-blocking websites that infringe intellectual property rights under the current legal framework, and (iii) make a proposal of *lege ferenda*, for the introduction of truly effective and weighted mechanisms, both for the protection of holders of Intellectual property rights and its enforcement, such as for the protection of the other fundamental rights and guarantees affected by the exercise of said rights.

The extension of what is decided by the Court, may constitute a grievance to the defendant parties subject to challenge, since the plaintiff is authorized to present a weekly list to the defendants, to which they would be obligated process and block in a very short period of time, without even having a statement from a Court or competent authority regarding the unlawfulness of the activities or content distributed in said URLs provided by the plaintiff, thus infringing the right to effective judicial protection, self-defense, bypassing the existence of a legitimate contradictory, and also conferring the Ruling to the plaintiff, powers that are conferred specifically by law to the Intellectual Property Committee and/or the Courts of Justice.

Keywords

Intellectual property; distribution of audiovisual content; website; Content blocking; Electronic communications operators; Intermediary service providers; Information Society.

DEDICATORIA

Deseo expresar mi agradecimiento a todos los que me han acompañado y ayudado durante la elaboración de este trabajo, particularmente a mis padres Ana María y Vicente Antonio, sin cuyo apoyo no habría sido posible emprender este camino, y a los que dedico esta obra.

Agradezco asimismo especialmente a mi tutor Ángel García Castillejo por incentivar el aprendizaje constante y su generosidad y paciencia a la hora de compartir experiencias y conocimiento, y a los profesores y a la Biblioteca de la Universidad Carlos III de Madrid por las orientaciones recibidas para la elaboración del presente informe.

DEFINICIONES Y ABREVIATURAS

- 1 Convenio de Berna: Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en París el 24 de julio de 1971, y enmendado el 28 de septiembre de 1979.
- 2 Convención de Roma: Convención de Roma, sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, acordada en la ciudad de Roma, Italia, el 26 de octubre de 1961, norma que complementa la protección de derechos de autor y de propiedad intelectual, al considerar como titulares también a los artistas, intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y organismos de radiodifusión
- 3 Convenio de París: Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979, efectuó similar reconocimiento, respecto de los titulares de derechos de propiedad industrial
- 4 ADPIC o el Acuerdo: Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, establecidos en el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994
- 5 Carta DD.FF.: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en la ciudad de Niza, Francia, con fecha 7 de diciembre del año 2000, y publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas con fecha 18 de diciembre del año 2000
- 6 Reglamento 2015/2120: REGLAMENTO (UE) 2015/2120 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión
- 7 Directiva de Comercio Electrónico o Directiva del año 2000: Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior

- 8 Directiva del año 2001: Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información
- 9 ISP: *Internet Service Provider* del anglosajón, o Proveedores de Servicio de Internet
- 10 Directiva del año 2004: Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.
- 11 TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- 12 Ley 34/2002 o LSSI: Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- 13 LPI o Ley de Propiedad Intelectual: Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia
- 14 CE o la Constitución: Constitución Española aprobada por Las Cortes el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978, y sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978
- 15 LEC: Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, de fecha 7 de enero del año 2000
- 16 LGT: Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones
- 17 LGCA: Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual
- 18 LTC: Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

ÍNDICE

RESUMEN	I
ABSTRACT	III
DEFINICIONES Y ABREVIATURAS	VI
OBJETO DEL INFORME	1
INFORME JURÍDICO.....	2
1. ANTECEDENTES DEL CASO	2
2. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL. SITUACIÓN EUROPEA.....	2
2.1 TRATADOS INTERNACIONALES EN LA MATERIA.....	2
2.2 NORMATIVA EUROPEA EN LA MATERIA.....	4
3. MARCO JURÍDICO ESPAÑOL.....	11
3.1 Aspectos normativos relativos a la Sociedad de la Información, en conformidad a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico	11
3.2 Aspectos normativos relativos a la Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, la “Ley de Propiedad Intelectual” o “LPI”).	13
3.3 Aspectos normativos relevantes aplicables a los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas.....	20
4. MECANISMOS DE BLOQUEO RÁPIDO DE SITIOS WEB CON CONTENIDO ILÍCITO CONFORME A LA NORMATIVA VIGENTE.....	22
5. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SENTENCIA	24
CONCLUSIONES. VÍAS DE IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ESTUDIO Y RECOMENDACIONES.....	38
PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i> . UNA NUEVA VÍA DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, AFINES Y CONEXOS EN INTERNET	41
LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA	46
BIBLIOGRAFÍA	50

OBJETO DEL INFORME

El presente informe se elabora en el marco del programa de Master Universitario de Derecho de las Telecomunicaciones, Protección de Datos, Audiovisual y Sociedad de la Información.

En congruencia con los aspectos planteados por el programa, el informe tiene por objeto abordar el análisis planteado por un requerimiento hipotético de la demandante, respecto de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil N° 7 de Madrid, a propósito de la demanda en Juicio Ordinario que con fecha 28 de noviembre de 2019 Telefónica Audiovisual Digital, S.L.U. presentó en contra Vodafone España, S.A.U., Vodafone Ono, S.A.U., Orange Espagne, S.A.U., Masmovil Ibercom, S.A., Euskaltel, S.A., R Cable y Telecable Telecomunicaciones, S.A.U., Lycamobile, S.L., Telefónica De España, S.A.U., y Telefónica Móviles España, S.A.U., solicitando el cese de actividad ilícita detectada por lesión a derechos de propiedad intelectual, requiriendo como medida de protección de los derechos, afines y conexos, el bloqueo por parte de los Operadores de acceso a internet demandados, de las páginas web presuntamente piratas identificadas por el Demandante en su escrito de demanda.

Por decreto se admitió a trámite la demanda interpuesta, y se dio traslado a las partes demandadas para su contestación. En el escrito de contestación, las demandadas se allanaron totalmente a las pretensiones de la demandante por lo que el tribunal, con fecha 11 de febrero de 2020, dictó sentencia en la causa estimando totalmente la demanda de autos, condenando a los demandados a adoptar una serie de medidas de cese de actividad ilícita, como mecanismo de protección de los derechos de propiedad intelectual, afines o conexos en Internet, los que, y como veremos, no solo abarcan potenciales infracciones actuales, sino que también considera eventuales situaciones futuras.

El Objeto del presente informe consiste en dar respuesta a Telefónica Audiovisual Digital, S.L.U, para los efectos de: (i) analizar la validez de las medidas y consideraciones adoptadas por el Tribunal en la sentencia en contra de los Prestadores de Servicio de Acceso a Internet, (ii) determinar los posibles escenarios y potenciales vías de impugnación que pudieran afectar a la Sentencia, (iii) verificar la existencia de otras vías de actuación para el bloqueo rápido de sitios web en el actual contexto legislativo, y (iv) efectuar una propuesta de *lege ferenda*, para la introducción de mecanismos realmente eficaces para la protección de los derechos de propiedad intelectual de los titulares de obras explotadas de manera ilícita.

INFORME JURÍDICO

1. ANTECEDENTES DEL CASO

Con fecha 28 de noviembre de 2019, Telefónica Audiovisual Digital, S.L.U. ingresó demanda en Juicio Ordinario contra Vodafone España, S.A.U., Vodafone Ono, S.A.U., Orange Espagne, S.A.U., Masmovil Ibercom, S.A., Euskaltel, S.A., R Cable y Telecable Telecomunicaciones, S.A.U., Lycamobile, S.L., Telefónica De España, S.A.U., y Telefónica Móviles España, S.A.U., solicitando el cese de la actividad infractora detectada por parte de terceros ajenos a la demanda, requiriendo como medida de protección de los derechos de propiedad intelectual, afines y conexos, el bloqueo por parte de los Prestadores de Servicio Intermediario de acceso a Internet, de las páginas web que presuntamente se encontraran infringiendo derechos de propiedad intelectual de los que sería titular la parte Demandante.

Por decreto, se admitió a trámite la demanda interpuesta, y se dio traslado a las partes demandadas para su contestación.

En el escrito de contestación, las demandadas se allanaron totalmente a las pretensiones ejercidas por la parte demandante, por lo que el Tribunal, con fecha 11 de febrero de 2020 dictó sentencia en la causa, estimando totalmente la demanda de autos, y condenando a las demandadas a una serie de medidas de cesación de actividad ilícita, como asimismo a una serie de medidas de protección de los derechos de propiedad intelectual, afines o Conexos, en Internet, de la parte demandante.

2. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL. SITUACIÓN EUROPEA.

Teniendo presente el contexto internacional, se debe tener presente la participación y aprobación por parte del Reino de España, de una serie de tratados internacionales, Reglamentos y Directivas en materia de propiedad intelectual e industrial, y que inciden en el marco jurídico aplicable a España.

2.1 Tratados Internacionales en la materia.

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en París el 24 de julio de 1971, y enmendado el 28 de septiembre de 1979 (en adelante, el

“Convenio de Berna”), en sus artículos 2 y 4 incluye en su ámbito de aplicación, entre otras, a las obras literarias y artísticas, composiciones musicales, obras cinematográficas, a las que se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía.

El Convenio reconoce además, en su artículo 11 bis, el derecho de los autores a autorizar “*1º la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; 2º toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; 3º la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.[...]*”¹ (énfasis nuestro).

Se reconoce así los derechos de los autores de obras y de titulares de derechos conexos, legitimando en particular, en su artículo 15, la posibilidad de hacer valer los derechos de propiedad intelectual, por parte de los titulares de derechos de propiedad intelectual.

Por otra parte, el reino de España suscribió y ratificó también la Convención de Roma, sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, acordada en la ciudad de Roma, Italia, el 26 de octubre de 1961, norma que complementa la protección de derechos de autor y de propiedad intelectual, al considerar como titulares también a los artistas, intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y organismos de radiodifusión (en adelante, el “Convención de Roma”). La citada Convención, extiende la protección de derechos de propiedad intelectual a dichas personas, consagrando un régimen similar de protección en materia de derechos y limitaciones.

Adicionalmente, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979, efectuó similar reconocimiento, respecto de los titulares de derechos de propiedad industrial (en adelante, el “Convenio de Paris”).

Si bien los Tratados Internacionales anteriores fueron esenciales en la construcción inicial del estatuto jurídico internacional de protección de los derechos de propiedad

¹ Artículo 11 bis.1. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en PARIS el 4 de mayo de 1896, revisado en BERLIN el 13 de noviembre de 1908, completado en BERNA el 20 de marzo de 1914 y revisado en ROMA el 2 de junio de 1928, en BRUSELAS el 26 de junio de 1948, en ESTOCOLMO el 14 de julio de 1967, en PARIS el 24 de julio de 1971, y enmendado el 28 de septiembre de 1979

intelectual e industrial, la regulación existente se hizo insuficiente para abordar los desafíos derivados de las nuevas formas de cometer infracciones a dichos derechos. De ahí que hacia fines del siglo XX dicha problemática fuera discutida en foros internacionales, dando lugar, entre otros, a la suscripción del Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, establecidos en el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994 (en adelante, los “ADPIC” o el “Acuerdo”).

De acuerdo al Artículo 41.1 del citado Acuerdo, es obligación de los Miembros adoptar medidas eficaces contra las infracciones, como también, el emplear “recursos ágiles” para su prevención, estableciendo sanciones disuasorias. Se procura la búsqueda de equilibrio de dichos procedimientos, requiriendo también de los Estados Miembro, el establecimiento de salvaguardas, a fin de evitar el potencial abuso en el uso del sistema de protección, por parte de terceros. En consonancia con lo anterior, el numeral 2 siguiente del mismo artículo, obliga a que los procedimientos que se establezcan al efecto, respondan a criterios de justicia y equidad, no siendo excesivamente gravosos a las partes afectadas.

Ahora bien, tanto los ADPIC, como la Convención de Roma, Convenio de Berna y Convenio de París enfocan de manera general los procedimientos aplicables, a los titulares e infractores de los derechos de propiedad intelectual; sin embargo, nada dicen respecto a la situación de los prestadores de servicios intermediarios, de los que se valen los infractores para perpetrar los hechos constitutivos de infracción.

2.2 Normativa Europea en la materia.

Desde una perspectiva europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en la ciudad de Niza, Francia, con fecha 7 de diciembre del año 2000, y publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas con fecha 18 de diciembre del año 2000, consagra de manera expresa la protección del derecho a la propiedad intelectual en su artículo 17.

Asimismo, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en adelante, la “Directiva de Comercio Electrónico” o la “Directiva del año 2000”), se aproxima de manera particular a la protección de los derechos de propiedad intelectual y aborda de manera expresa el aspecto relativo a la responsabilidad de los intermediarios de servicios de la sociedad de la información. Los artículos 12, 13 y 14 de la citada Directiva de Comercio Electrónico, contemplan un régimen de exención de responsabilidad para los intermediarios de servicios

de la sociedad de la información, sujeto a la condición de que, estos últimos, no intervengan en los contenidos transmitidos, ni modifiquen los datos de la transmisión.

Por otra parte, y conforme lo expresa el considerando 45 de la citada Directiva, las limitaciones de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, no afectan la posibilidad de entablar acciones de cesación de diversos tipos, como ocurre en la especie.

Así las cosas, de acuerdo al considerando 47 y al artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico, se detalla, y especifica el hecho de que los Estados miembro **no pueden imponer a los prestadores de servicios la obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni de hacer búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas**. No obstante, se les puede establecer obligaciones de informar con prontitud a las autoridades competentes los presuntos datos o actividades ilícitas.

Sin embargo, con el paso del tiempo y la evolución de la experiencia tecnológica, la *Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información* (en adelante, la “Directiva del año 2001”), fue un poco más allá, contemplando la regulación de los derechos de reproducción, comunicación pública, puesta a disposición, distribución y sus excepciones y limitaciones en el ámbito europeo. A dicho efecto, la Directiva del año 2001 ya vislumbraba la necesidad de orquestar una respuesta jurídica armonizada frente a las infracciones de derechos de los titulares de propiedad intelectual.

En este sentido, la Comunidad Europea advirtió en su momento la necesidad de proteger los derechos de los titulares a diversos niveles, teniendo presente la realidad tecnológica: para que el contenido tenga la aptitud de vulnerar, es necesario que terceros puedan acceder a él. De ahí que el enfoque de la Directiva del año 2001 haya sido no solo el de identificar la existencia y contenido de los derechos mínimos del titular respecto de las obras audiovisuales de su autoría o propiedad, sino también el establecimiento de medidas técnicas mínimas de protección de las obras, contemplando prohibiciones legales expresas, sanciones a la infracción normativa, como también la fijación de medidas cautelares para evitar los efectos perniciosos de la explotación ilícita de contenido audiovisual sujeto a derechos de propiedad intelectual.

En dicho contexto, la posición de los proveedores de acceso a internet (“*ISPs*” del término anglosajón “*Internet Service Providers*”) ha sido considerada como privilegiada pues, se les considera como “gatekeepers” del acceso a los servicios de internet, teniendo técnicamente mayores posibilidades de intervenir en el destino de las actividades ilícitas. Es por ello que la Directiva del año 2001 considera expresamente en su considerando 59 que

“[los] intermediarios son quienes están en mejor situación de poner fin a dichas actividades ilícitas. Así pues, y sin perjuicio de otras sanciones o recursos contemplados, los titulares de los derechos deben tener posibilidad de solicitar medidas cautelares contra el intermediario que transmita por la red la infracción contra la obra o prestación protegidas cometida por un tercero”², poniendo del lado de los intermediarios, medidas cautelares arbitradas por el legislador de cada Estado Miembro, sus condiciones y modalidades de empleo, con el objeto de satisfacer el fin último de bloquear los contenidos de carácter ilícito y precaver la continuación de la actividad infractora.

Así, la Directiva del año 2001 contempla, no sólo la consagración legal a nivel europeo de los derechos de reproducción, distribución, comunicación al público y puesta a disposición, sino también las excepciones, limitaciones, y en lo que a nosotros nos es relevante, medidas tecnológicas de protección, cautelares, sanciones y recursos para la protección de los derechos en ella consagrados, entre los que se contempla, en el artículo 8, numeral segundo y tercero, la obligación para los Estados Miembros de adoptar medidas necesarias en orden a garantizar a los titulares de derechos lesionados el acceso a la indemnización de perjuicios, y/o a la posibilidad de requerir medidas cautelares, pudiendo estas últimas afectar a los “intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o derecho afín [...]”.

Similar aproximación adoptó la *Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual* (en adelante, la “*Directiva del año 2004*”). El considerando 3 de la Directiva del año 2004 indica que “es preciso garantizar que el Derecho sustantivo de propiedad intelectual [...] se aplique de manera efectiva en la Comunidad. A este respecto, los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual tienen una importancia capital para el éxito del mercado interior”³. Por su parte, los Considerandos 22, 23 y 24 abordan de manera similar la necesidad de los titulares de contar con la posibilidad de solicitar pronunciamiento judicial en contra de los “intermediarios cuyos servicios se utilicen por terceros para infringir el derecho de propiedad industrial”⁴, reforzando expresamente el contenido sustantivo en materia de derechos de autor y propiedad intelectual de la Directiva del año 2001.

Sin embargo, el legislador matiza el contenido y procedencia de las medidas, sujetándolas a la necesidad de respetar el legítimo derecho de defensa, y el principio de

² Considerando 59. *Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*

³ Considerando 3. *Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.*

⁴ Considerando 23. *Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.*

proporcionalidad⁵. Al tenor del artículo 3 de la Directiva de 2004, los Estados Miembro deben establecer medidas, procedimientos y recursos que garanticen el respeto de los derechos de propiedad intelectual, debiendo en todo caso dichos procedimientos, medidas o recursos “*ser justos y equitativos*”. Así las cosas, el artículo 9 de la Directiva de 2004 obliga a los Estados Miembros a garantizar que, y mediando solicitud del titular o legitimado activo en materia de propiedad intelectual a la autoridad judicial competente, se dicte “*mandamiento judicial [...] contra el intermediario cuyos servicios sean utilizados por un tercero para infringir un derecho de propiedad intelectual; los mandamientos judiciales contra intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín se contemplan en la Directiva 2001/29/CE;*”⁶. En la misma línea, el artículo 11 del mismo texto legal, obliga a los Estados Miembro a garantizar que los mandamientos judiciales sean aplicables también a los intermediarios cuyos servicios de utilicen para llevar a cabo la actividad infractora.

En este contexto, el legislador comunitario admite incluso la posibilidad de que se adopten dichas medidas, sin oír a la otra parte, pero siempre en la medida que se justifique que el retraso en el pronunciamiento judicial pudiere ocasionar un perjuicio irreparable al titular del derecho.

Por otra parte, la doctrina europea ha destacado el rol y contribución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el “TJUE”), a la “*construcción del sistema europeo de derechos de autor y derechos afines*”⁷ (López Richard 2017). Interesante es en este sentido, el planteamiento expresado por el TJUE en el asunto Scarlet Extended, en el que y recogiendo conclusiones de pronunciamientos previos, señala que:

“[...] el Tribunal de Justicia ha declarado que dicha prohibición [de supervisión general del art. 15 de la Directiva del año 2004] se extiende, concretamente, a las medidas nacionales que obliguen a un prestador de servicios intermediarios, como un PAI, a proceder a una supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual [...] las medidas contempladas por esta Directiva deben ser equitativas y

⁵ El Considerando 22 indica expresamente “*También es imprescindible establecer medidas provisionales que permitan la cesación inmediata de la infracción sin esperar una decisión sobre el fondo, al mismo tiempo que se respetan los derechos a la defensa, se vela por la proporcionalidad de las medidas provisionales respecto a las particularidades de cada caso y se proporcionan las garantías necesarias para cubrir los gastos y perjuicios ocasionados a la parte demandada por una petición injustificada.*”

⁶ Artículo 9. Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

⁷ López Richard, Julián. “Ordenes de Bloqueo de páginas web. ¿hasta dónde llega el deber de colaboración de los proveedores de acceso a internet en la lucha contra la piratería? (2017). En Moreno Martínez, Juan A. “Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual”. Editorial Dykinson, Madrid, España, pág. 226

*proporcionadas y no deben resultar excesivamente gravosas [...]*⁸ (Scarlet Extended vs Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) 2011)

En esta misma línea, agrega la necesidad de ponderar y equilibrar derechos fundamentales, en tanto el problema planteado en el análisis de la viabilidad de las medidas a imponer a los intermediarios, implica conciliar la protección de los derechos de propiedad intelectual con otros derechos fundamentales, como sería en este caso la libertad de empresa de los prestadores de servicios de acceso a internet, la protección de datos personales y la inviolabilidad de las comunicaciones de los clientes cuyos contenidos pudieren ser filtrados⁹.

Otro problema que se plantea, ya desde una perspectiva práctica, es la falta de garantías para que el bloqueo funcione únicamente respecto del contenido ilícito; ello en el entendido de que existe una dificultad adicional en la configuración del filtrado, si consideramos el factor territorial y las excepciones legales aplicables a cada caso en dicha dimensión territorial¹⁰.

Ahora bien, respecto a estos últimos aspectos, el TJUE ahondó en la discusión a propósito de la sentencia “*UPC Telekabel Wien GmbH vs. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*”¹¹, caso en el cual un titular de derechos de contenido audiovisual reclama en contra de dos proveedores de acceso a internet, con el objeto de que se les ordene aplicar medidas a fin de bloquear el acceso a sitios web cuyo contenido violaba sus derechos de propiedad intelectual. El TJUE, en este caso, y partiendo de lo ya declarado en *Scarlet Extended*, sostuvo que la Directiva del año 2001 no obliga a acreditar el uso efectivo de los URL o sitios cuestionados por terceros para hacer procedente o no las medidas de cese de actividad, ni que exista tampoco un vínculo contractual previo entre el infractor y el proveedor de acceso a internet. Lo anterior en el entendido que la redacción del artículo 8 apartado 3 de la Directiva citada no requiere ninguno de ambos

⁸ Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/10, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “Scarlet Extended vs Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL.”. Considerando 35.

⁹ Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/10, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Óp. Cit.* Considerandos 46 y 50.

¹⁰ El Considerando 52 aborda este asunto: “Por otro lado, dicho requerimiento judicial podría vulnerar la libertad de información, dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito. En efecto, es incontrovertido que el carácter lícito de una transmisión depende igualmente de la aplicación de excepciones legales a los derechos de autor que varían de un Estado miembro a otro. Además, en determinados Estados, ciertas obras pueden pertenecer al dominio público o los autores afectados pueden ponerlas gratuitamente a disposición pública en Internet.”. *Ver* Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/10, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Óp. Cit.*

¹¹ Sentencia de fecha 27 de marzo de 2014, Asunto C-314/12, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “UPC Telekabel Wien GmbH vs. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH”

requisitos, y en el hecho de que la Directiva tiene por objeto lograr un elevado nivel de protección de la propiedad intelectual.

Refuerza el TJUE además en dicha sentencia, la necesidad de propender a un justo equilibrio entre las medidas aplicables y el respeto a los derechos fundamentales y principios base garantizados por el Derecho de la Unión¹². Un aspecto interesante de dicho pronunciamiento, es que analiza en el juicio de ponderación la libertad de utilización de recursos que tiene el prestador de servicios como elemento inherente a su libertad de empresa, en oposición a la solicitud presentada por la parte demandante en orden a establecer de manera genérica medidas para frenar las presuntas infracciones.

Al respecto, cabe tener presente que, por un lado, el Tribunal estimó la fijación de la obligación de adoptar medidas como compatible con las disposiciones de la Directiva del 2001, sin perjuicio de que estas debieran ser “rigurosamente delimitadas” a fin de evitar, al momento de establecerlas, que el proveedor tenga injerencia en otros contenidos cuya licitud no sea discutida, y afectando de paso la libertad de información de los usuarios de Internet¹³.

Otro aspecto relevante, dice relación con la posibilidad de que el proveedor de acceso a Internet pueda dar por cumplido su deber estableciendo medidas razonables. Es decir, el proveedor no está obligado en términos absolutos a eliminar el riesgo de infracción, sino que está obligado a establecer aquellas medidas que sean necesarias para evitarla, lo cual implica que tampoco se encuentra obligado “*a hacer sacrificios insostenibles, lo cual parece justificado ante todo teniendo en cuenta que él no es el autor de la vulneración al derecho fundamental*”¹⁴. De esta manera, el proveedor de acceso podría eximirse de responsabilidad en el éxito o fracaso de las medidas, si ha adoptado medidas razonables. Lo anterior amparado en la necesidad de que exista un justo equilibrio en la ponderación de derechos y garantías fundamentales, según estas se protegen en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵.

Especial interés tiene, a los efectos de este informe, las normas contenidas en el *REGLAMENTO (UE) 2015/2120 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones*

¹² Sentencia de fecha 27 de marzo de 2014, Asunto C-314/12, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Óp. Cit.* Apartado 46

¹³ Sentencia de fecha 27 de marzo de 2014, Asunto C-314/12, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Óp. Cit.* Apartado 56

¹⁴ Sentencia de fecha 27 de marzo de 2014, Asunto C-314/12, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Óp. Cit.* Apartado 53.

¹⁵ Sentencia de fecha 27 de marzo de 2014, Asunto C-314/12, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Óp. Cit.* Apartado 63.

electrónicas y el Reglamento (UE) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión (en adelante, el “Reglamento 2015/2120”), pues, y de acuerdo al objeto de la norma, se debe dar un trato equitativo y no discriminatorio al tráfico en la prestación de servicios de acceso a internet, salvaguardando el derecho de acceso de los usuarios finales, y garantizando el funcionamiento continuado del ecosistema de internet como motor de innovación¹⁶.

En este sentido, cabe tener presente que las medidas de bloqueo de contenidos por medio de URL, pueden considerarse una forma de gestión y bloqueo del tráfico¹⁷, lo que resulta una práctica potencialmente cuestionable desde la perspectiva de la neutralidad en la red. No debe olvidarse, que de la misma manera que se reconoce en diversos instrumentos el valor de la propiedad intelectual, se reconoce también el derecho de acceso de los usuarios a Internet, y a la distribución de contenidos en Internet libre de discriminaciones, restricciones, alteraciones, ralentizaciones o interferencias.

Ahora bien, y como señala el Considerando 13 del Reglamento citado previamente, *“pueden producirse situaciones en las que los proveedores de servicios de acceso a internet estén sujetos a actos legislativos de la Unión o de la legislación nacional acorde con el Derecho de la Unión (por ejemplo con la relativa a la licitud de los contenidos, aplicaciones o servicios o con la seguridad pública), incluidas disposiciones de Derecho penal que obliguen, por ejemplo, a bloquear determinados contenidos, aplicaciones o servicios. Además, pueden producirse situaciones en las que dichos proveedores estén sujetos a [...] resoluciones judiciales, decisiones de autoridades públicas a las que se hayan otorgado las atribuciones correspondientes, u otras medidas destinadas a garantizar el cumplimiento de dichos actos legislativos de la Unión o legislación nacional (por ejemplo, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales o las decisiones de autoridades públicas que exijan el bloqueo de contenidos ilícitos). La obligación de cumplir el Derecho de la Unión se refiere, entre otras cosas, al cumplimiento de las disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la «Carta») en relación con las limitaciones en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Tal como se dispone en la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, únicamente pueden adoptarse medidas susceptibles de restringir los derechos y libertades fundamentales si son apropiadas,*

¹⁶ Considerando 1º, REGLAMENTO (UE) 2015/2120 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión

¹⁷ Lo anterior es apoyado por parte de la doctrina, al analizar la gestión de tráfico de internet en la Unión Europea. De acuerdo al autor Luis Manuel Ruiz Pérez, tanto el bloqueo de tráfico como la gestión del mismo pueden llegar a constituir conductas no competitivas que afectan la neutralidad en la red. Ver: Ruiz Pérez, Luis Manuel. "La Gestión Del Tráfico En Internet En La Unión Europea." *Economía Industrial*, no. 389 (2013), P. 171-172.

proporcionadas y necesarias en una sociedad democrática y su aplicación está sujeta a las salvaguardias de procedimiento adecuadas de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, incluidas sus disposiciones sobre la tutela judicial efectiva y las debidas garantías procesales.” (énfasis nuestro).

Es decir, que de aplicarse medidas restrictivas del tráfico por parte de los proveedores de acceso, en cumplimiento de una resolución judicial, dicho pronunciamiento, en caso de afectar derechos y libertades fundamentales, debe ser apropiado, proporcionado, necesario, y en todo caso, armónico con el Derecho de la Unión, y su Carta Fundamental. Así lo sostiene el artículo 3.3 a) del Reglamento 2015/2120.

Por su parte, la *Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE* nada dice respecto al estatuto aplicable a los intermediarios de cuyos servicios se vale el tercero para infringir las normas de propiedad intelectual. Tampoco hay mención alguna al respecto en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

Ahora bien, el hecho de que el problema sea abordado principalmente a nivel de Directivas en el contexto europeo ha provocado que, en el proceso de transposición, sea cada Estado Miembro el que, en definitiva y soberanamente, tome la determinación de establecer unos u otros mecanismos, y/o acciones legales para la constricción de las actividades ilícitas en la materia.

3. MARCO JURÍDICO ESPAÑOL

3.1 Aspectos normativos relativos a la Sociedad de la Información, en conformidad a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

La transposición de la Directiva de Comercio Electrónico y de la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, dio lugar en España a la entrada en vigor de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, la “Ley 34/2002” o la “LSSI”).

Por medio de la Ley 34/2002, el legislador incorpora al ordenamiento jurídico español, la evolución regulatoria en materia de prestación de servicios en Internet. En el apartado II y III del Preámbulo de la LSSI contempla así, una concepción amplia de “servicios de la sociedad de la información”, incluyendo entre éstos, no solo aquellos orientados a la contratación de bienes o servicios por vía electrónica, sino también otros, como el suministro de información, y para los efectos del presente informe, las actividades de intermediación, como lo serían los servicios de provisión de acceso a la red y transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, estableciendo un régimen general de obligaciones y responsabilidades para la prestación de dichos servicios, como también deberes de asistencia y colaboración frente a la divulgación de servicios o contenido ilícito¹⁸.

Así lo disponen los artículos 8 y 11 LSSI, al establecer el deber de los prestadores de servicios de intermediación de colaborar en la adopción de medidas, acciones o en los procedimientos seguidos ante el órgano competente. Ahora bien, y no obstante el deber de colaboración, la norma es enfática en el art. 11.4 en resaltar que las medidas deberán, en todo caso, ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias.

Con todo, el artículo 14 LSSI regula el régimen de exención de responsabilidad, denominado en doctrina de “puerto seguro”, a través del cual los intermediarios prestadores de servicio de acceso a internet, pueden eximirse de responsabilidad en el evento de que a través de sus comunicaciones, prestadores de servicios de sociedad de la información cometan infracciones cuyos efectos jurídicos se hagan extensivos a los intermediarios. Señala de esta manera:

“Responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso.

1. Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos.

No se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión.

2. Las actividades de transmisión y provisión de acceso a que se refiere el apartado anterior incluyen el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de

¹⁸ El apartado III del Preámbulo de la LSSI señala expresamente “La Ley establece, asimismo, las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios que realicen actividades de intermediación como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red. En general, éstas imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando. Las responsabilidades que pueden derivar del incumplimiento de estas normas no son sólo de orden administrativo, sino de tipo civil o penal, según los bienes jurídicos afectados y las normas que resulten aplicables”.

telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello.”

En caso de no cumplirse con las disposiciones de “puerto seguro”, el prestador de servicios de acceso estaría eventualmente sujeto a responsabilidad derivada de la transmisión y el contenido de la misma.

3.2 Aspectos normativos relativos a la Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, la “Ley de Propiedad Intelectual” o “LPI”).

El titular de derechos de propiedad intelectual, es protegido no solo a nivel internacional y europeo por Tratados, Directivas, Reglamentos, Recomendaciones y demás normas pertinentes, también lo es a nivel nacional a través de la Ley de Propiedad Intelectual y demás normas complementarias.

Reconoce así, *“sin perjuicio de otras acciones que le correspondan”* al titular, la posibilidad de ejercer acciones y solicitar medidas cautelares urgentes para instar al cese de la actividad ilícita del responsable y exigir indemnización, como también la publicación o difusión, total o parcial de la resolución en medios de comunicación¹⁹.

Las disposiciones de las Directivas 2001/29/CE y 2004/48/CE citadas previamente, fueron transpuestas al ordenamiento jurídico español a través de los artículos 138, 139, 140, 141 de la Ley de Propiedad Intelectual.

El artículo 138 LPI faculta al titular de derechos a solicitar tanto el cese de actividad ilícita del infractor, como asimismo, una serie de medidas cautelares específicas previstas en los artículos 139 y 141 LPI respectivamente. Ahora bien, de acuerdo a los párrafos 2, 3 y 4, del Art. 138:

“Tendrá también la consideración de responsable de la infracción quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la

¹⁹ Artículo 138, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia

conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor. [...]

Asimismo, podrá solicitar con carácter previo la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el artículo 141.

*Tanto las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h) como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 **podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios** a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, **aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción**, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. **Dichas medidas habrán de ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias.**” (énfasis nuestro)*

Por su parte, los artículos 139 y 141 LPI regulan respectivamente, las medidas de cese de actividad y las medidas cautelares específicas a solicitar en contra de tanto infractores como intermediarios. Materializan el cumplimiento por parte del Estado de las Directivas del año 2001 y del 2004, y en particular, fijan mecanismos de tutela de derechos a favor de los titulares, orientados a frenar las consecuencias dañosas provocadas por la infracción considerando tanto a infractores, como intermediarios de los que se vale el infractor para cometer el ilícito.

El Art. 139.1 LPI establece medidas cautelares específicas para solicitar el cese de la actividad ilícita, comprendiendo entre ellas: “*h) La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.*”²⁰.

Por su parte, el Artículo 141.6 LPI señala: “*En caso de infracción o cuando exista temor racional y fundado de que ésta va a producirse de modo inminente, la autoridad judicial podrá decretar, a instancia de los titulares de los derechos reconocidos en esta Ley, las medidas cautelares que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos, y en especial: [...] 6. La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.*”.

²⁰ Artículo 139.1 h), Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia

Las medidas cautelares por infracción de derechos, pueden adoptarse tanto en sede civil o penal, por cuanto la Ley de Propiedad Intelectual contempla también figuras penales típicas especiales, a fin de reforzar el entramado jurídico de protección de derechos. Es así que deberá estarse en todo caso para su aplicación, a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil o a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y al Código Penal en el caso de perseguir la vía penal²¹.

Ahora bien, la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, de fecha 7 de enero del año 2000 (en adelante, “LEC”), en su texto refundido, contempla el ejercicio de acciones civiles en materia de propiedad intelectual en juicio ordinario, sin distinguir. El numeral 2 de la disposición final segunda LEC, reemplaza el texto del art. 103 LPI por el siguiente:

“Artículo 103. Medidas de protección. El titular de los derechos reconocidos en el presente Título podrá instar las acciones y procedimientos que, con carácter general, se disponen en el Título I, Libro III de la presente Ley y las medidas cautelares procedentes, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

De acuerdo con el artículo 52.1 LEC: *“11.º En los procesos en que se ejerciten demandas sobre infracciones de la propiedad intelectual, será competente el tribunal del lugar en que la infracción se haya cometido o existan indicios de su comisión o en que se encuentren ejemplares ilícitos, a elección del demandante.”*

Por su parte, el artículo 249.1 de la LEC confiere carácter de acción civil ordinaria a aquellas relativas a materias de propiedad intelectual:

Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario. 1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: [...] 4.º Las demandas en materia [...] propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame [...].

Es así que se hace aplicable el juicio ordinario, cualquier que sea su cuantía, estableciéndose además consideraciones especiales respecto de juicios de propiedad intelectual, en materia de diligencias preliminares, medidas cautelares y en materia probatoria y de aseguramiento de la prueba, procurando en buena medida la posibilidad expresa de que quien ejerza al acción pueda probar la existencia de la infracción y la cuantía del daño.

²¹ El Código Penal contiene figuras típicas especiales de protección a los derechos de propiedad intelectual, dispuestas en la Sección 1.ª, del Capítulo XI de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, del Libro II.

Ahora bien, pocas son las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil que hacen referencia expresa a los intermediarios o a los prestadores de servicios de sociedad de la información.

El Art. 256.1 LEC lo hace, a propósito de las diligencias preparatorias del juicio:

“1. Todo juicio podrá prepararse: [...] 10.º Por petición, de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, para que se identifique al prestador de un servicio de la sociedad de la información sobre el que concurran indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad industrial o de propiedad intelectual, considerando la existencia de un nivel apreciable de audiencia en España de dicho prestador o un volumen, asimismo apreciable, de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas.

La solicitud estará referida a la obtención de los datos necesarios para llevar a cabo la identificación y podrá dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de pagos electrónicos y de publicidad que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio con el prestador de servicios de la sociedad de la información que se desee identificar. Los citados prestadores proporcionarán la información solicitada, siempre que ésta pueda extraerse de los datos de que dispongan o conserven como resultado de la relación de servicio que mantengan o hayan mantenido con el prestador de servicios objeto de identificación, salvo los datos que exclusivamente estuvieran siendo objeto de tratamiento por un proveedor de servicios de Internet en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

11.º Mediante la solicitud, formulada por el titular de un derecho de propiedad intelectual que pretenda ejercitar una acción por infracción del mismo, de que un prestador de servicios de la sociedad de la información aporte los datos necesarios para llevar a cabo la identificación de un usuario de sus servicios, con el que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio, sobre el que concurran indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual, y mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, teniendo en cuenta el volumen apreciable de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas.”

Es decir, el legislador no define la naturaleza de la acción ni en la Ley de Propiedad Intelectual, ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pareciera en este sentido, que el legislador al regular el procedimiento civil aplicable, lo hace desde la perspectiva de la infracción del derecho, recurriendo a los intermediarios en la adopción de medidas cautelares y diligencias del procedimiento de infracción. No existe alusión expresa alguna en la norma, a legitimación pasiva que pudieren tener los prestadores de servicios intermediarios frente a una eventual acción.

Ahora bien, y no obstante la posibilidad de entablar acciones civiles y penales por infracción de ley para la protección de los derechos de propiedad intelectual, la LPI contempla también en sus artículos 193 y siguientes, la existencia y funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, órgano administrativo colegiado encargado, entre otros, de la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.

La Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 193.2 b) y 195 LPI, está mandatada a salvaguardar 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 el artículo 8 y siguientes de la Ley 34/2002.

El mecanismo fijado para el ejercicio del deber de salvaguarda, es el procedimiento de “*restablecimiento de la legalidad*”²². Dicho procedimiento, conforme a lo dispuesto en el art. 195.3 LPI, debe basarse en los principios de celeridad y proporcionalidad, siendo aplicables los derechos del interesado contemplados en el art. 53 de la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas²³.

²² Artículo 195.1 parte final, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia

²³ *El artículo 53 de la Ley 39/2015 dispone: “Artículo 53. Derechos del interesado en el procedimiento administrativo.*

1. Además del resto de derechos previstos en esta Ley, los interesados en un procedimiento administrativo, tienen los siguientes derechos:

a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos.

Quienes se relacionen con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos, tendrán derecho a consultar la información a la que se refiere el párrafo anterior, en el Punto de Acceso General electrónico de la Administración que funcionará como un portal de acceso. Se entenderá cumplida la obligación de la Administración de facilitar copias de los documentos contenidos en los procedimientos mediante la puesta a disposición de las mismas en el Punto de Acceso General electrónico de la Administración competente o en las sedes electrónicas que correspondan.

b) A identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

La norma señala expresamente en su numeral 2, en contra de quién se dirige el procedimiento de restablecimiento de legalidad. En cualquier caso, se trata en ambos casos de prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual. El titular de derechos vulnerados tiene la legitimación activa, o quien a sus derechos represente, para ejercer la acción de restablecimiento de la legalidad en sede administrativa.

El artículo 195.5 concede la posibilidad de que en el seno del procedimiento, la Sección Segunda de la Comisión pueda ordenar al prestador de servicios de intermediación, entre otros, la suspensión del servicio que facilite al prestador infractor; y agrega en su párrafo tercero específicamente “*El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet deberá motivarse adecuadamente en consideración a su proporcionalidad, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance.*”²⁴. El legislador llega incluso a calificar de infracción en el artículo 11 LSI, la falta de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación.

En este sentido, destaca el hecho de que el legislador escoja utilizar las frases como “falta de colaboración” o “medida de colaboración”, al detallar la injerencia del prestador de servicios de intermediación en el procedimiento de reestablecimiento de legalidad.

Pareciera, de la sola lectura y redacción del artículo 195 LPI, que el procedimiento de reestablecimiento de legalidad estaría dirigido, en principio, en contra únicamente del infractor. La posibilidad de acceder a medidas a través del prestador intermediario de acceso

c) A no presentar documentos originales salvo que, de manera excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario. En caso de que, excepcionalmente, deban presentar un documento original, tendrán derecho a obtener una copia autenticada de éste.

d) A no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o que hayan sido elaborados por éstas.

e) A formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico, y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.

f) A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.

g) A actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.

h) A cumplir las obligaciones de pago a través de los medios electrónicos previstos en el artículo 98.2.

i) Cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes.

2. Además de los derechos previstos en el apartado anterior, en el caso de procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, los presuntos responsables tendrán los siguientes derechos:

a) A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia.

b) A la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”

²⁴ Art. 195.5 párrafo 3, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia

a internet, se encontrarían sujetas, primero, a la falta de retirada voluntaria por parte del infractor, previo requerimiento del titular de los derechos o a quien sus derechos le asisten, o de la orden dada mediante resolución por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, la que en todo caso, debe efectuar un juicio de proporcionalidad previo y evaluar la eficacia y alcance de las medidas a imponer.

Así las cosas, expresa el legislados en su artículo 195 LPI:

“5. En caso de falta de retirada voluntaria y a efectos de garantizar la efectividad de la resolución dictada, la Sección Segunda podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor.

En la adopción de las medidas de colaboración la Sección Segunda valorará la posible efectividad de aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor.

El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet deberá motivarse adecuadamente en consideración a su proporcionalidad, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance.

En el caso de prestarse el servicio utilizando un nombre de dominio bajo el código de país correspondiente a España (.es) u otro dominio de primer nivel cuyo registro esté establecido en España, la Sección Segunda notificará los hechos a la autoridad de registro a efectos de que cancele el nombre de dominio, que no podrá ser asignado nuevamente en un periodo de, al menos, seis meses.

La falta de colaboración por los prestadores de servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad se considerará como infracción de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio.

En todo caso, la ejecución de la medida de colaboración dirigida al prestador de servicios de intermediación correspondiente, ante el incumplimiento del requerimiento de retirada o interrupción, emitido conforme al apartado anterior, por parte del prestador de servicios de la sociedad de la información responsable de la vulneración, exigirá la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.[...]”

Ahora bien, el art. 195.7 LPI no excluye tampoco la posibilidad de ejercer acciones civiles, penales y/o contencioso-administrativas, si ellas son procedentes conforme a ley. Lo que en definitiva, hace coexistir el régimen de tutela de derechos de propiedad intelectual, en sede administrativa, con aquel en materia civil ordinaria contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.3 Aspectos normativos relevantes aplicables a los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas.

Los prestadores de servicio de comunicaciones electrónicas son quienes conceden acceso a Internet tanto a usuarios como proveedores de contenidos.

Los Servicios de Comunicaciones Electrónicas se encuentran definidos en el Anexo II de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, la “LGT”), como *“el prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión”*. En este sentido, el Acceso también es definido en el Anexo II, como *“la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluyendo cuando se utilicen para el suministro de servicios de la sociedad de información o de servicios de contenidos de radiodifusión.”*.

Es decir, es de la esencia del negocio del proveedor de acceso a internet, la transmisión de contenidos por redes de comunicaciones electrónicas. Así lo refuerza el artículo 3, al indicar dentro del objeto de la Ley 9/2014 el *“c) Promover el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad y la interoperabilidad extremo a extremo y su acceso, en condiciones de igualdad y no discriminación. [...] j) Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones adecuadas de elección, precio y buena calidad, promoviendo la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección, en particular a través de un acceso abierto a Internet. En la prestación de estos servicios deben salvaguardarse los imperativos constitucionales de no discriminación, de respeto a los derechos al honor y a la intimidad, la protección a la juventud y a la infancia, la protección de los datos personales y el secreto en las comunicaciones.”*

Tanto el Preámbulo en su apartado III, como el artículo 1.2 LGC excluyen de su ámbito de aplicación a *“los servicios de comunicación audiovisual, los contenidos audiovisuales transmitidos a través de las redes, así como el régimen básico de los medios de comunicación social de naturaleza audiovisual a que se refiere el artículo 149.1.27.ª de la Constitución [...] se excluyen del ámbito de esta Ley los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas, las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos y los servicios de la Sociedad de la Información, regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que no consistan, en su totalidad o*

principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas.”.

Esto es relevante, por cuanto, siendo de la esencia la transmisión de comunicaciones electrónicas, y no del contenido de éstas, se excluye por regla general la aplicación de lo dispuesto en otras normas, en tanto las normas de la LGC aplicarían de manera específica al negocio jurídico desarrollado por los operadores de comunicaciones electrónicas. Lo anterior, sin perjuicio del régimen de puerto seguro contemplado en la LSSI respecto de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, detallado en los artículos 14 y 15 LSSI, y de la responsabilidad de los operadores de comunicaciones electrónicas, respecto a la garantía de acceso a las redes, al amparo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, la “LGCA”).

Cabe tener presente que a los operadores de comunicaciones electrónicas, en cuanto tales, les asisten una serie de obligaciones adicionales a las propias provenientes de la prestación del servicio de comunicaciones, como lo es la garantía de acceso tanto respecto de usuarios, como prestadores de servicios de comunicación audiovisual.

El artículo 31.1 LGCA es claro al señalar que *“Los prestadores del servicio de comunicaciones electrónicas garantizarán el derecho de acceso a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y productores independientes de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre telecomunicaciones y las capacidades técnicas de su red”*²⁵. Asimismo, y respecto de los Usuarios Finales²⁶, la LGCA consagra a nivel legal la obligación de *“j) Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones adecuadas de elección, precio y buena calidad, promoviendo la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección, en particular a través de un acceso abierto a Internet. En la prestación de estos servicios deben salvaguardarse los imperativos constitucionales de no discriminación, de respeto a los derechos al honor y a la intimidad, la protección a la juventud y a la infancia, la protección de los datos personales y el secreto en las comunicaciones”* (énfasis nuestro).

Es decir, la garantía de acceso a las comunicaciones electrónicas es transversal en la LGT, y su restricción se encuentra tasada por la legislación, sirviendo de complemento y matiz las demás normas, como la LSSI. Se encuentra condicionada al respeto a los derechos y libertades fundamentales; asimismo, *“ 3. Las medidas que se adopten [...] relativas al acceso*

²⁵ Art. 3.1, Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual. Asimismo, el artículo 11, especifica la garantía de acceso, y la sujeta a las limitaciones técnicas y normativas que sean procedentes al amparo de la Ley General de Telecomunicaciones.

²⁶ El concepto de Usuarios Finales se encuentra definido en el Anexo II de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones.

*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 las normas mencionadas en el párrafo anterior. Por tanto, dichas medidas solo podrán ser adoptadas respetando debidamente el principio de presunción de inocencia y el derecho a la vida privada, a través de un procedimiento previo, justo e imparcial, que incluirá el derecho de los interesados a ser oídos, sin perjuicio de que concurran 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. Asimismo, se garantizará el derecho a la tutela judicial efectiva y en tiempo oportuno.*²⁷.

Lo anterior resulta relevante en el escenario planteado por la sentencia de estudio, en tanto los legitimados pasivos de la acción son Operadores de Servicios de Comunicaciones Electrónicas, por lo que se hacen aplicables de manera extensiva, dichas normas, al procedimiento.

4. MECANISMOS DE BLOQUEO RÁPIDO DE SITIOS WEB CON CONTENIDO ILÍCITO CONFORME A LA NORMATIVA VIGENTE.

El bloqueo de contenidos en Internet, más allá de los efectos técnicos o jurídicos, es un mecanismo que desde la perspectiva del Usuario imposibilita el acceso a una determinada parte de Internet²⁸. Así, ha de tenerse presente, que el bloqueo en el acceso a contenidos exhibidos en vulneración a las normas de propiedad intelectual no presenta una forma única de ejercicio, por cuanto existen diversas técnicas y formas de aproximación para obtener el resultado de bloqueo de contenidos.

Cada forma de bloqueo tiene limitaciones y efectos técnicos, prácticos y políticos; no obstante, para los efectos del presente informe, se mencionan algunas de las técnicas de bloqueo existentes, sin perjuicio de que la evolución tecnológica pueda sugerir nuevas formas de bloqueo, mejorarlas, u otras puedan caer en desuso, ya sea producto de los avances técnicos o las restricciones políticas o jurídicas impuestas.

²⁷ El artículo 5.3 LGT lo abora a propósito de los principios aplicables a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de libre competencia.

²⁸ Internet Society, “Perspectivas de Internet Society (ISOC) sobre el bloqueo de contenido en Internet: Visión general” (marzo, 2017) Documento web, disponible en: https://www.internetsociety.org/es/resources/doc/2017/internet-content-blocking/#_ftn1 (consultado: 21.06.20), Pág. 5.

El bloqueo puede abordarse a diversos niveles de la comunicación de un contenido en la web, es por ello, que las técnicas existentes ofrecen alternativas a distintos niveles y etapas de la comunicación.

El bloqueo puede venir dado por restricciones nacionales originadas en políticas gubernamentales, como también a nivel de los operadores de telecomunicaciones, servicios móviles o proveedores de servicio de acceso a internet tradicionales, como a nivel de red local o del punto de conexión o dispositivo del usuario al contenido²⁹.

La Internet Society ha descrito algunas de ellas³⁰:

- Bloqueo basado en el protocolo y en la IP: se trata de mecanismos en los que no se bloquea directamente el contenido, sino el tráfico, sea a direcciones IP o protocolos.
 - En el caso de los bloqueos basados en la IP del usuario, se establecen barreras en la red bloqueando el tráfico dirigido a dicha IP. Tal es el caso de mecanismos como la instalación de firewall, por ejemplo.
 - En el caso de los bloqueos basados en el protocolo, se utiliza identificadores de bajo nivel, que identifican servidores o tipos de protocolo.
- Bloqueo basado en la inspección profunda de paquetes (DPI): utiliza dispositivos entre usuarios Internet, para el filtrado de contenidos, patrones o tipos de aplicaciones. Dichos dispositivos, tienen la aptitud de ver y controlar el tráfico del usuario y el contenido.
- Bloqueo basado en las URL: mecanismo de bloqueo que intercepta el flujo de tráfico de la red, y comprueba si la URL que aparece en la solicitud HTTP, está o no incluida en alguna base de datos local o servicio online. Dependiendo de la respuesta del servidor, bloqueará o no la conexión al mismo. En este sentido, dependerá del tipo de bloqueo URL o filtro que se diseñe, la efectividad del mismo, y los potenciales riesgos asociados al bloqueo no intencional de otros contenidos, afectando la experiencia del usuario.
- Bloqueo basado en la plataforma: es una técnica, mediante la cual se establecen filtros a nivel de la plataforma, con el objeto de bloquear contenidos objetables. Ocurre particularmente en el caso de los motores de búsqueda, y requiere la cooperación del operador de la plataforma. Bloquea los enlaces o indicadores que conducen al contenido, y no el contenido propiamente tal.
- Bloqueo basado en DNS³¹: técnica orientada a la revisión y control de las consultas efectuadas al Sistema de nombres de dominio que regula la resolución de nombres de dominio en Internet. Esta técnica, bloquea el nombre de dominio asignado por el DNS

²⁹ Internet Society, *Óp. Cit.* Pág. 10.

³⁰ Internet Society, *Óp. Cit.* , Pág. 8.

³¹ DNS, es una sigla que permite resumir el sistema de nombres de dominio, mediante el cual se permite la búsqueda de contenidos en la web, mediante una serie de etiquetas, separadas por puntos, en una base de datos distribuida de servidores de nombres de dominio, existente en la Red. Más información en:

modificando el funcionamiento normal de la resolución de búsquedas de nombre de dominio, de manera tal que cuando el usuario desee acceder a un contenido, bajo un determinado nombre de dominio, producto del bloqueo del nombre de dominio en el DNS, el servidor DNS arroja información al usuario indicando ya sea, que dicho nombre de dominio se encuentra bloqueado, o información distinta al enlace a la información buscada, como por ejemplo, que el nombre no existe o que se encuentra sujeto a error o bloqueo.

De acuerdo a Internet Society, ninguna de las técnicas de bloqueo resuelve por sí misma el problema de los contenidos o actividad ilícita en la web. En su lugar, las técnicas de bloqueo constituyen frenos o cortapisas al acceso a contenidos de manera fraudulenta, generando en su aplicación, diversos efectos colaterales, que variarán según el tipo de bloqueo empleado³².

Por otra parte, es necesario tener presente que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva del año 2000, los intermediarios no pueden ser obligados a hacer fiscalización general de sus redes.

5. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SENTENCIA

La Constitución Española de 1978 (en adelante, “CE” o la “Constitución”), establece el marco jurídico constitucional a partir del cual se debe construir el análisis de la sentencia en comento.

Se consagran en ella como derechos fundamentales, tanto la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), la libertad de información (artículo 20 CE), libertad de empresa (artículo 38 CE), como el principio de legalidad sancionador (artículo 25 CE).

El propio Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 25 de octubre de 1999 se ha pronunciado al respecto, señalando que *“del ejercicio de las libertades de expresión e información a través de un medio de difusión concreto y sobre determinados acontecimientos, hemos dicho que la falta de una motivación suficiente y razonable de la decisión judicial no supone sólo la lesión del art. 24.1 C.E., sino y sobre todo de las libertades sustantivas afectadas, que en el caso de autos son las de expresión e información del art. 20.1 C.E.. Al respecto hemos advertido que en ocasiones es posible que la motivación de la resolución judicial sea suficiente a los efectos del derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 C.E.), y, por el contrario, lesione el derecho fundamental sustantivo afectado. En estos casos, este Tribunal no ha de conformarse con que el órgano*

³² Internet Society, *Óp. Cit.* Pág. 22.

judicial exteriorice en su resolución judicial las razones jurídicas que han llevado a la decisión adoptada, lo que puede satisfacer sin más las exigencias del art. 24.1 C.E., sino que es necesario un mayor esfuerzo expositivo del órgano judicial en la fundamentación de la medida limitativa de aquellas libertades, sin que esta exigencia deba confundirse ni con un razonar extenso ni con un razonar prolijo (por todas SSTC 158/1996, 151/1997, 175/1997 y 19/1999).”³³.

El artículo 24 CE establece el contenido fundamental de la garantía de la tutela judicial efectiva, que cautela, entre otros, que los procedimientos se lleven a cabo con respeto de los derechos y garantías fundamentales, procurando evitar que pueda producirse la indefensión de alguna de las partes. Cobra relevancia en este aspecto, la interpretación del contenido esencial de la tutela judicial efectiva enunciado por el Tribunal Constitucional: *“En efecto, como hemos declarado en múltiples ocasiones el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva integra en su contenido, además del derecho a la defensa y a la ejecución de las resoluciones judiciales, el derecho al acceso a la jurisdicción y, en su caso, a los recursos, para obtener una resolución sobre el fondo de la pretensión planteada, que sin embargo puede ser de inadmisión si concurren las causas legalmente previstas para ello. En todo caso, la respuesta debe ser motivada, razonada y congruente.”³⁴ (énfasis nuestro).*

Por otra parte, en virtud del principio de legalidad sancionatorio contemplado en el artículo 25, *“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”*

Así lo destaca también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al señalar que: *“el derecho fundamental a la legalidad sancionadora garantizado por el art. 25.1 CE incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, de aplicación al ordenamiento administrativo sancionador y que comprende una doble garantía, formal y material.*

*La garantía material trae causa “del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones” [...] La garantía formal, como señala la STC 166/2012, de 1 octubre, FJ 5, hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de esas conductas y sanciones, que ha de ser legal y no reglamentario de conformidad con el término “legislación vigente” contenido en el art. 25.1 CE*

³³ STC 187/1999, 25 de octubre de 1999, Fundamento jurídico 9

³⁴ STC 214/1999, 29 de Noviembre de 1999, Fundamento Jurídico 4

(por todas STC 77/2006, de 13 de marzo, FJ único y jurisprudencia allí citada), si bien se precisa que la garantía formal tiene una eficacia relativa o limitada en el ámbito sancionador administrativo, toda vez que no cabe excluir la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, aunque sí hay que excluir el que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. De ahí que la STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2, con cita de otras Sentencias (SSTC 161/2003, de 15 de septiembre, FJ 2, y 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3), declare que “la garantía formal implica que la ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley”.

Finalmente, en el plano aplicativo, en la STC 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 3, se indicaba que “resulta elemento realmente esencial del principio de tipicidad, ligado indisolublemente con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la necesidad de que la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionatoria. En otros términos, el principio de tipicidad exige no sólo que el tipo infractor, las sanciones y la relación entre las infracciones y sanciones, estén suficientemente predeterminados, sino que impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación y, en el supuesto de que dicha norma tenga rango reglamentario, cuál es la cobertura legal de la misma. [...] Sólo así puede conocer el ciudadano en virtud de qué concretas normas con rango legal se le sanciona”³⁵

Asimismo, cobra importancia también la regulación del ejercicio de la potestad jurisdiccional y del poder punitivo o sancionador, pues es en el marco del ejercicio de la labor jurisdiccional y de la aplicación de la potestad sancionadora, que se pueden ver eventualmente lesionados dichos derechos.

De acuerdo al artículo 117.3 CE, “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*”.

Todo lo anterior es relevante, si se tiene presente que la sentencia del caso fue dictada en el marco del ejercicio de una acción directa contra los prestadores de servicios de acceso a internet en su calidad de intermediarios.

³⁵ STC 199/2014, 15 de Diciembre de 2014, Fundamento Jurídico 3

Al acceder el Tribunal a la tramitación de dicho procedimiento y condenar a los prestadores de servicios de acceso a internet al cumplimiento de medidas, el Tribunal del caso les confiere calidad de parte en un procedimiento en el cual, sin ser infractores, sin mediar medidas o acciones tendientes a requerir al verdadero infractor, y sin desarrollar la fundamentación de hecho y de derecho, se imponen medidas restrictivas del ejercicio de su actividad económica, ordenando el bloqueo inmediato de los sitios web presuntamente piratas declarados en la demanda como también aquellos que pudieran surgir en el futuro durante los próximos 3 años.

El art. 138 LPI, y desde la entrada en vigor de la modificación a la Ley de Propiedad Intelectual introducida por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, se abre la posibilidad de solicitar medidas en contra de los intermediarios. Ahora bien, la redacción del artículo 138 LPI no es claro ni expreso en establecer la naturaleza jurídica de las medidas de cese inmediato. De la lectura del artículo, no es claro si es o no procedente una acción directa especial en contra de los intermediarios.

De la lectura del Preámbulo de la modificación legal introducida el año 2014, el legislador al describir las modificaciones, no menciona a los intermediarios no responsables al abordar la modificación del procedimiento de tutela de vulneración de derechos, sino más bien, se refiere a los intermediarios que estando en posición más ventajosa, que pudieren exceder de su conducta de meros intermediarios y verse beneficiados, sin perjuicio del régimen de puerto seguro determinado por la LSSI³⁶. Por otra parte, sí los menciona a propósito del régimen de

³⁶ El apartado V del Preámbulo de la modificación introducida por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre señala: “[...] *En segundo lugar, se procede a establecer unos criterios claros en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual respecto de los supuestos en que puede producirse responsabilidad de un tercero que incurre en una infracción de derechos de propiedad intelectual. Este tipo de supuestos son especialmente comunes en el entorno digital, en el que las conductas vulneradoras cometidas por determinados sujetos son a menudo posibilidades y magnificadas por la intervención de terceros cuya conducta excede en ocasiones de una mera intermediación o de una colaboración técnica, pasando a constituirse en modelos de negocio ilícitos fundamentados en el desarrollo de actividades vulneradoras de terceros a quienes inducen en sus conductas, con quienes colaboran o respecto de cuya conducta tienen facultades de control. Por ello, se procede a establecer unos elementos legales básicos para enjuiciar la licitud de estas conductas. En este sentido, se prevé que será responsable como infractor quien induzca dolosamente la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor. Lo anterior no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación [...] se procede a establecer unos elementos legales básicos para enjuiciar la licitud de estas conductas. En este sentido, se prevé que será responsable como infractor quien induzca dolosamente la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor. Lo anterior no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la*

colaboración establecido a propósito del procedimiento de restablecimiento de la legalidad encomendado a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Y la utilización de la palabra "colaboración" no es irrelevante, si se tiene presente que los intermediarios no son responsables en su participación en la comisión del ilícito si cumplen con las reglas del puerto seguro. Cabe la duda si la mera participación sin responsabilidad del intermediario puede considerarse en sede civil, una acción directa: el legislador al mencionar a los prestadores intermediarios, les hace extensivas las medidas, pero si se interpreta el párrafo en su contexto, se hace en el contexto de la acción de cese de infracción e indemnización en contra del responsable. La participación o colaboración de los intermediarios en la protección no pareciera razonable estén sujetas a un mismo procedimiento, estando en posiciones jurídicas tan diferentes.

El artículo 138 LPI, da derecho al titular para ejercer acciones en contra del infractor, considerando también infractores a quienes teniendo medios para saber el tipo de infracción que se llevaba a cabo, no emplean la debida diligencia para prevenir su ocurrencia. Es el mismo artículo el que al final da pie para hacer aplicable las medidas a los intermediarios, sin embargo, se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular su contenido procesal.

Ahora bien, tampoco existe mención expresa en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permita establecer con claridad si el intermediario puede ser sujeto pasivo de la acción, o si es un tercero afectado por una medida judicialmente adoptada. La LEC se refiere genéricamente a la propiedad intelectual al momento de establecer el procedimiento aplicable a dichas materias, y sólo aborda la situación de los intermediarios, respecto de diligencias previas, elementos probatorios o medidas cautelares, que pudieren adoptarse ya dentro de un procedimiento, no obstante, nada dice de iniciarlo por ello.

En este punto, cabe preguntarse, si la solicitud de medidas contempladas en los artículos 138 párrafo final, 139.1 h) y 141 h) de la LPI al tener el carácter de acción civil ordinaria al tenor de lo dispuesto en la LEC. Esto es relevante, pues una interpretación en

medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación. [...] Una vez garantizado un mecanismo jurisdiccional eficaz para la persecución de las vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual, la siguiente medida consiste en acometer una revisión del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual regulado en el artículo 158.4 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que permita concentrar las capacidades y recursos de la Comisión de Propiedad Intelectual en la persecución de los grandes infractores de derechos de propiedad intelectual. Para ello, se dota a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual de mecanismos más eficaces de reacción frente a las vulneraciones cometidas por prestadores de servicios de la sociedad de la información que no cumplan voluntariamente con los requerimientos de retirada que le sean dirigidos por aquélla, incluyendo la posibilidad de requerir la colaboración de intermediarios de pagos electrónicos y de publicidad y previendo la posibilidad de bloqueo técnico, debiendo motivarse adecuadamente en consideración de su proporcionalidad y teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance. Asimismo, se prevé que, en caso de incumplimiento reiterado de los requerimientos de retirada, los prestadores que vulneren derechos de propiedad intelectual sean sancionados administrativamente."

este sentido, sujeta al intermediario a la posibilidad como es el caso, de ser blanco de medidas restrictivas de su actividad comercial, sin existir un pronunciamiento expreso de parte de la autoridad competente, en relación a la existencia o inexistencia de la infracción en materia de derechos de propiedad intelectual.

Lo anterior no es baladí, si consideramos que el derecho de tutela judicial efectiva tiene rango constitucional, y configuración legal. De esta manera, solo el legislador puede contemplar la existencia del derecho al legítimo contradictorio, frente a una eventual afectación de derechos. Por ello, no es ajena la discusión respecto a la procedencia de la acción, si se tiene presente que los prestadores de servicios de acceso a internet no son sujetos infractores en el sentido de la LPI, en este caso, sino que tienen la calidad de intermediarios en la prestación del servicio.

Ahora bien, cabe tener presente que se ha abierto una línea jurisprudencial reciente que ha dado lugar a la procedencia de la acción directamente, como ocurre en el caso de Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 115/2018, de 20 de febrero de 2018, que señala *“Consideramos que la citada norma no impide el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 138 y 139 del TRLPI frente a los intermediarios, determinando así no sólo su posición de colaboradores, sino la posibilidad de ser demandados. [...] En el marco procesal español las medidas cautelares se vinculan, necesariamente, a un procedimiento declarativo que debe iniciarse junto con la solicitud de medidas o una vez sean adoptadas las medidas cautelares. El legislador español, al redactar los artículos 138 y 139 del TR y adaptarlos a la Directiva comunitaria, ha optado no sólo por permitir que se adopten medidas cautelares, sino que los intermediarios puedan ser demandados en un procedimiento principal con el fin de que se haga efectivo, de modo definitivo, el cese en el uso de internet para prácticas infractoras. [...] Los intermediarios pasan, así, a estar legitimados pasivamente en los procedimientos civiles que puedan iniciarse, no son meros colaboradores, sino que se convierten en parte del procedimiento declarativo.”*

Ahora bien, en la sentencia citada el Tribunal estima que el análisis de la configuración de la medida de cese es un análisis que debe hacerse caso a caso, sin perjuicio de que sea procedente accionar en contra de los intermediarios en cuanto tales, debiendo fundamentarse en todo caso la procedencia o no de la medida. Sin embargo, no se trata de una materia pacífica.

Por otra parte, respecto a la sentencia en estudio, y desde un punto de vista estrictamente procesal, es posible advertir una grave falta de exhaustividad en la motivación y fundamentación de la sentencia. El allanamiento como institución, en caso de ser procedente hace posible dictar sentencia condenatoria.

De acuerdo al catedrático de derecho procesal Joan Picó i Junoy, “La doctrina procesal clásica española -siguiendo la alemana e italiana- entiende el allanamiento como la aceptación plena del demandado a las pretensiones del actor que provoca, como efecto, el fin del proceso”³⁷. En este sentido, el art. 21.1 LEC señala que “1. Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante.”. Así lo cita expresamente el Fundamento Primero de la Sentencia en estudio.

Ahora bien, el art. 209 LEC es enfático al señala respecto a los requisitos de forma de la sentencia que:

“2.ª En los antecedentes de hecho se consignarán, con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso.

3.ª En los fundamentos de derecho se expresarán, en párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso.

4.ª El fallo, que se acomodará a lo previsto en los artículos 216 y siguientes, contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos, así como el pronunciamiento sobre las costas. También determinará, en su caso, la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 219 de esta Ley.”

Por otra parte, el art. 218 LEC a propósito del principio de exhaustividad, congruencia y motivación de las sentencias, señala en su numeral 2 “2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.”.

³⁷ I Junoy, Joan Picó. "El Allanamiento Del Demandado Recurrido En Apelación." Justicia, no. 1 (2014): 113-30. Pág. 117

Ahora bien, a pesar de haberse producido el allanamiento de los demandados en el procedimiento, lo anterior no obsta el hecho que el tribunal se encuentra obligado a motivar y fundamentar suficientemente la sentencia, tanto en la forma, como respecto al fondo del asunto. Lo anterior, especialmente cuando la restricción de derechos fundamentales, como también la aplicación de medidas de cese de actividad ilícita, se encuentran sujetas a la necesidad de un juicio de ponderación.

Ello ha sido establecido así, tanto por la legislación a nivel nacional, como por las Directivas aplicables citadas en el marco jurídico previo. Así lo evidencia sentencia 11/2014 de 14 de enero de 2014 de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que el tribunal estimó, a propósito de una situación similar ventilada entre un titular de derechos y Youtube como demandado prestador de servicios intermediario, el tribunal haciendo suya la fundamentación de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia en el caso *Scarlet Extended*, señala que *“En la proyección concreta de tales premisas sobre la cuestión prejudicial que se le somete, establece el Tribunal de Justicia que el sistema de filtrado sobre cuya imposición a un prestador de servicios de alojamiento de datos versaba el proceso nacional de remisión, en la medida en que implicaría supervisar la totalidad de la información almacenada en la red del prestador de servicios afectado y, además, tal supervisión resultaría ilimitada en el tiempo, comprendería toda lesión futura y debería proteger no solo las obras existentes, sino también las obras futuras que aún no se hubiesen creado cuando se estableciera el sistema, supondría una vulneración sustancial de la libertad de empresa del prestador de servicios, "dado que le obligaría a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas, que además sería contrario a los requisitos recogidos en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/48, el cual exige que las medidas adoptadas para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual no sean inútilmente complejas o gravosas" (apartado 46).”*³⁸

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado al respecto, en el sentido de requerir la debida fundamentación para la aplicación de medidas. De esta manera, ha expresado que: *“Precisando aún más lo dicho antes, en supuestos como el de autos le es exigible al órgano judicial que exteriorice con precisión el fundamento de su resolución, que no puede ser otro en esta ocasión que la debida protección de uno de los derechos y bienes jurídicos que con arreglo al art. 20.4 C.E. actúan de límite a las libertades del art. 20.1 C.E., sin que baste una referencia genérica a esas libertades y sus límites. No se puede dar por cumplida esa exigencia con la mera indicación del motivo o motivos por los cuales dichos derechos y bienes se pueden encontrar en un peligro actual y efectivo, sin precisar en qué consista ese daño, y si es razonable el indicio fundado de su inminencia y su irreversibilidad. Por último, la resolución judicial en cuestión tampoco satisfaría las*

³⁸ Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, Sentencia 11/2014 de 14 de enero de 2014. Fundamento jurídico 46

exigencias constitucionales de motivación para el caso si no ofrece los elementos necesarios para poder realizar el juicio de proporcionalidad entre los fines perseguidos por la medida restrictiva y el sacrificio que deben sufrir las libertades afectadas por ella, momento en el que el órgano judicial habrá de tener en cuenta el contenido constitucional de los derechos fundamentales en liza, que en el presente amparo serán los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar y los derechos a la libertad de expresión e información (STC 200/1997). De no hacerlo así, la medida bien podría calificarse de arbitraria y lesiva del art. 20.1 a) y d) C.E.”³⁹ (énfasis nuestro).

Asimismo, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado respecto a la ponderación de derechos en la imposición de medidas. Así, y particularmente a propósito de la colisión entre libertad de expresión, derecho de acceso a la información y otros derechos, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“No cabe duda, por tanto, de que la Constitución permite que se adopten medidas cautelares que impliquen la interdicción de difusión pública de una obra, destinadas a asegurar la eficacia de la protección judicial de los derechos fundamentales. [...] La intensa afección que estas medidas ejercen sobre los derechos a la libertad de expresión e información nos han llevado, sin embargo, a establecer una serie de cautelas referidas a los requisitos que ha de reunir en estos casos la decisión judicial. Así, “sin Ley que habilite para adoptar una tan severa medida, el Juez carece de cualquier potestad al respecto. En efecto, no cabe inducir de la letra del art. 20.5 C.E. un apoderamiento genérico a los Jueces y Tribunales para acordar secuestros o medidas equivalentes, como la enjuiciada, limitando el libre ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a informar y a ser informado sin que, por otra parte, su pleno sometimiento al imperio de la Ley les permita actuar extramuros de ella, praeter legem, siempre a instancia de parte y nunca por iniciativa propia, ex officio” (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 6). [...] Más específicamente, hemos señalado también los términos en los que ha de llevarse a cabo el correspondiente procedimiento judicial. Así, “dichas medidas, sea el secuestro judicial de los soportes del mensaje o sean otras, por razones de urgencia, sólo podrán adoptarse en el curso de un proceso judicial en el que se pretendan hacer valer o defender, precisamente, los derechos y bienes jurídicos que sean límite de tales libertades, proceso que es el cauce formal inexcusable para la prestación de la tutela a la que está abocada la función jurisdiccional y donde ha de recaer la adecuada resolución judicial motivada, que deberá estribar la medida en la protección de tales derechos y bienes jurídicos, con severa observancia tanto de las garantías formales como de las pautas propias del principio de proporcionalidad exigibles en toda aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales (STC 62/1982, 13/1985, 151/1997, 175/1997, 200/1997, 177/1998, 18/1999)” (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 6).” (énfasis nuestro).*⁴⁰

³⁹ STC 187/1999, 25 de octubre de 1999, Fundamento jurídico 9

⁴⁰ STC 34/2010, 19 de Julio de 2010, Fundamento jurídico 4

Revisada la sentencia, adolece de un sensible vacío de información, tanto respecto de las pretensiones esgrimidas por la demandante, Telefónica Audiovisual Digital, como respecto a la cita de las normas aplicables para la resolución del caso y para la aplicación de las medidas, más allá de la aceptación formal de la demanda producto del allanamiento. El cuerpo de la sentencia se limita a individualizar a las partes del pleito, citar las etapas procesales y normas aplicables de la institución del allanamiento, procediendo derechamente a fallar, sin siquiera citar las normas específicas de fondo aplicables.

Dado que no se ha tenido a la vista el expediente, no es posible advertir la pertinencia o completitud de la documentación acompañada a la demanda, para los efectos de justificar el cumplimiento de la presunción de infracción en los términos de la Ley de Propiedad Intelectual

Ahora bien, por una parte, y a pesar de que producto del allanamiento, se obvia la etapa de prueba, saltando directamente al pronunciamiento de sentencia condenatoria, ello no obsta el deber que tiene el Tribunal de fundamentar la sentencia condenatoria. Se trata de parte de las garantías fundamentales de todo procedimiento racional y justo, y cuya protección es consagrada tanto a nivel de procedimiento judicial ordinario nacional, como a nivel sustantivo internacional. El artículo 218 de la LEC regula de manera particular la necesidad de exhaustividad, congruencia y motivación de la sentencia en el procedimiento ordinario.

Incluso a nivel internacional, los ADPIC obligan en su artículo 41.3 a razonar las decisiones sobre el fondo, debiendo basarse en pruebas del hecho y considerando siempre la oportunidad de ser oídas. El mismo artículo en su punto 4, además, garantiza que los Miembros deben dar a las partes en el procedimiento, la oportunidad de revisión de la decisión del caso por una autoridad judicial competente, de a lo menos los aspectos jurídicos de la decisión. Por su parte, el art. 42 de los ADPIC dispone medidas para garantizar procedimientos justos y equitativos, señalando de manera expresa que *“Todas las partes en estos procedimientos estarán debidamente facultadas para sustanciar sus alegaciones y presentar todas las pruebas pertinentes.”*⁴¹.

Lo anterior es corroborado además por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, *“por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal”*. Una reserva de ley que *“constituye, en definitiva el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos*

⁴¹ Artículo 42. Anexo 1C del Acuerdo de Marrakesh, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

fundamentales y las libertades públicas" y que "no es una mera forma, sino que implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate", pero "que en todo caso el legislador ha de hacer el 'máximo esfuerzo posible' para garantizar la seguridad jurídica o dicho de otro modo, 'la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho' (STC 36/1991, FJ 5)". Y, profundizando en esa exigencia, en la STC 169/2001, 16 de julio, FJ 6, sostuvimos, con abundante cita de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto a las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias en un derecho reconocido en el Convenio, que "la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad."⁴² (énfasis nuestro).

Ahonda asimismo, en jurisprudencia posterior del año 2016, en el mismo sentido señalando que *"Sobre el contenido esencial del derecho de acceso a la jurisdicción, hemos recordado recientemente, con cita de otras resoluciones anteriores, que "este Tribunal Constitucional ha mantenido de forma constante que el derecho a la tutela judicial efectiva, 'que incluye el derecho a obtener una resolución judicial de fondo cuando no existen obstáculos legales para ello' (STC 107/1993 , de 22 de marzo, FJ 2), puede satisfacerse igualmente con 'una decisión de inadmisión, siempre y cuando esta respuesta sea consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia'" (STC 49/2016 , de 14 de marzo, FJ 3). Para ponderar su posible vulneración judicial, nuestro canon de control aplicable, como precisa la STC 106/2013 , de 6 de mayo, FJ 4, no se limita a verificar si la resolución impugnada "incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, sino que también comprende el análisis de si resulta o no desproporcionada por su rigorismo o formalismo excesivos, debiendo ponderarse en ese juicio de proporcionalidad, de una parte, los fines que ha de preservar la resolución cuestionada, y, de otra, los intereses que con ella se sacrifican"*⁴³.

Por otra parte, resulta además interesante el hecho de que el Tribunal del caso, no solo ordena el bloqueo de las webs reclamadas en el escrito de solicitud de medidas, sino, que se extiende además a establecer un mecanismo de bloqueo directo, en el que al solo requerimiento escrito del demandante, todos y cada uno de los prestadores de servicio de acceso a Internet, se encuentra obligado a bloquear el contenido, sin existir siquiera un análisis por parte de un órgano competente respecto a la presunción de infracción en materia de propiedad intelectual, ni instancia de contradictorio previo al bloqueo.

⁴² STC 70/2002, 3 de Abril de 2002, Fundamento jurídico

⁴³ STC 148/2016, 19 de Septiembre de 2016, Fundamento jurídico 3

Respecto a este último punto, llama la atención especialmente la arbitrariedad y falta de ponderación del mecanismo en cuanto a su adecuación, necesidad y proporcionalidad en materia de respeto a garantías fundamentales. Lo anterior es especialmente sensible, dada la fundamentación de la sentencia, pues en última instancia, se somete a los demandados a medidas de bloqueo respecto de webs futuras, cuyo contenido no es posible de controvertir desde un punto de vista legal ni ante el demandante, ni ante el tribunal, por tratarse de asuntos sujetos a cosa juzgada en la medida que no se recurra de la sentencia dentro de plazo legal.

Lo anterior, en palabras del autor Julián López Richart, *“representa una clara vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, que puede dar lugar a abusos por parte de los titulares de derechos, desde el momento en que los proveedores de acceso pueden no tener serios incentivos, ni estar en las mejores condiciones para defender los intereses de los operadores de la página web que se va a ver afectada por la medida”*⁴⁴.

Derivada de la falta de exhaustividad en la fundamentación del fallo, y lo que es más relevante, se extraña, el juicio de proporcionalidad exigido en virtud de las disposiciones de las Directivas del año 2001 y del año 2004, como respecto de lo señalado en la LPI, a propósito del establecimiento de medidas respecto de los intermediarios. De acuerdo a las Directivas citadas previamente, la aplicación de medidas cautelares o de cese inmediato debe responder a criterios de proporcionalidad, justicia y equidad, y respetar el derecho a la legítima defensa. En este punto, es del caso señalar que, si bien en principio las URL cuyo bloqueo se pretende acompañarían antecedentes relevantes para justificar la medida respecto de aquellas URL singularizadas en la demanda, nada justifica jurídicamente el establecimiento de un mecanismo de bloqueo rápido posterior a la sentencia, que obvie la etapa judicial previa, aunque sea para el planteamiento de las medidas cautelares, sin audiencia de la contraparte. Se vulneraría además el derecho de Libertad de empresa, también consagrado en la Carta Fundamental de Derecho Europeo.

Aún cuando los demandados se allanaron a las pretensiones del demandante, es necesario tener presente que el juicio de proporcionalidad no dice relación únicamente con la procedencia de las medidas de cese, sino también con el establecimiento de sus límites, objetividad, pertinencia y ausencia de discriminaciones. Se extraña en este sentido, el desarrollo de la ponderación del Juzgado de lo Mercantil respecto a estos últimos aspectos en el cuerpo de la sentencia.

⁴⁴ López Richart, Julián. “Ordenes de Bloqueo de páginas web. ¿hasta dónde llega el deber de colaboración de los proveedores de acceso a internet en la lucha contra la piratería? (2017). En Moreno Martínez, Juan A. “Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual”. Editorial Dykinson, Madrid, España, pág. 236

La falta de contenido de la sentencia se hace aún más evidente al momento de justificar los parámetros de establecimiento del mecanismo de bloqueo por parte del Tribunal. Por una parte, hay que distinguir la procedencia de las medidas respecto de aquellos enlaces reclamados a través de la demanda, de aquellas medidas aplicables a enlaces futuros.

Respecto de las medidas aplicables a enlaces reclamados en el cuerpo de la demanda, el Tribunal ha tenido la oportunidad de valorar y ponderar los elementos probatorios acompañados a la demanda para los efectos de determinar la procedencia de la acción, por lo que eventualmente podría justificarse la procedencia de la demanda respecto de ellos, en la medida que se hubieren cumplido los parámetros de presunción de infracción exigidos por los artículos 138, 139 y 141 LPI.

Sin embargo, respecto de las medidas aplicables a enlaces no definidos en la demanda, la falta de juicio de proporcionalidad es aún más grave. El legislador ha establecido un sistema legal tasado, a través del cual reclamar la infracción de derechos de propiedad intelectual, y el cese de actividad infractora sea a través del tercero infractor, como respecto de los intermediarios. El mecanismo establecido por el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, respecto a futuros enlaces presuntamente infractores, adolece de manifiesta falta de legalidad, pues transfiere a través de mandato judicial al demandante, la facultad unilateral de evaluar la legalidad de los enlaces presuntamente infractores a futuro, obligando a los demandado a dar de baja los enlaces que sean informados por la demandante, sin siquiera plantear en el procedimiento una instancia o posibilidad de contradictorio, en la cual reclamar de la procedencia del bloqueo por parte de los demandados, ni un examen judicial previo respecto a su procedencia, objetividad, pertinencia y ausencia de discriminación.

El tenor literal del artículo 141 LPI es expreso en señalar que las medidas cautelares infracción son procedentes únicamente cuando existe infracción o temor racional y fundado de inminencia de la infracción, pudiendo la autoridad judicial decretar, a instancia del titular, las medidas cautelares que según las circunstancias fuesen necesarias para la protección urgente. Es decir, existe un requerimiento de seriedad, gravedad y de instancia previa, para su determinación. En este sentido, el mecanismo de bloqueo rápido establecido en la sentencia, es manifiestamente ilegal y arbitrario, pues atribuye a un particular una competencia propia de tribunal de instancia, y lo que es peor, establece un mecanismo abiertamente arbitrario, falta de objetividad y de contradictorio, lesionando con ello el derecho de tutela judicial efectiva de los presuntos infractores, y el principio de orden consecutivo legal aplicable a los procedimientos.

Otro punto a considerar, es que el mecanismo de bloqueo a futuro, no solo es abiertamente arbitrario e ilegal producto de lo señalado anteriormente, sino que además, genera una discriminación de cara a los usuarios en cuanto al acceso al contenido. Aquellos usuarios que tengan contratado el acceso a internet con operadores distintos a los

demandados, no estarán sujetos al filtrado al que estarán sometidos los usuarios que sí han contratado servicio de acceso a internet con alguno de los demandados. Ello genera una abierta desigualdad frente al acceso a contenidos entre unos y otros usuarios, únicamente producto de la elección de su operador de comunicaciones electrónicas, vulnerando eventualmente el derecho de acceso de los usuarios, y con ello, la libertad informativa del usuario

Por otra parte, teniendo presente los aspectos técnicos involucrados en los mecanismos de bloqueo, la falta de ponderación de las medidas de bloqueo de contenidos, hace cuestionable la proporcionalidad de la medida. Esto importa además, la necesidad de destinar recursos en el caso de cada operador demandado, a satisfacer el requerimiento de bloqueo señalado por la demandante, lo que puede llevar al absurdo de afectar también la libertad de empresa del operador de comunicaciones electrónicas, al momento de tener que desviar recursos futuros a la implementación de un mecanismo de dudosa legalidad.

Y no solo resulta relevante desde el punto de vista de los derechos constitucionales de los intermediarios afectados por la sentencia, sino que puede perjudicar incluso la libertad de los usuarios de acceder y navegar los contenidos exhibidos.

Por su parte, la LSSI en España dispone que será aplicable la doctrina del puerto seguro y por ende, el intermediario no será responsable, en la medida que el proveedor de acceso no inicie la transmisión, modifique los datos o los seleccione a éstos o a los destinatarios, y su almacenamiento provisional sea exclusivamente con el objeto de su transmisión por las redes de telecomunicaciones y su conservación no supere el tiempo razonablemente necesario. No obstante, los Proveedores de Acceso se encuentran obligados a colaborar en la retirada o bloqueo de contenidos en la medida que ello responda a una resolución judicial o a una disposición conforme al derecho nacional o el derecho de la Unión. Sin embargo, la norma de la LSSI al momento de hacer referencia al deber de colaboración, lo hace en el marco de garantizar la efectividad de una resolución de interrupción de servicio o retirada de contenidos, y no hace alusión expresa a acciones directas en contra de los proveedores de acceso o intermediación; y en todo caso, igualmente sujeta las medidas al cumplimiento de parámetros de objetividad, proporcionalidad y no discriminación.

Todo lo anterior da argumentos suficientes para los efectos de entablar potenciales acciones judiciales.

CONCLUSIONES. VÍAS DE IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ESTUDIO Y RECOMENDACIONES

Del análisis de la sentencia, es posible advertir una serie de deficiencias, tanto desde un punto de vista procesal, como también respecto al fondo del asunto.

Desde un punto de vista procesal, es discutible la interpretación del Tribunal que hace procedente la acción civil en contra del intermediario, por cuanto no es infractor, y la norma no es expresa al momento de ofrecer la posibilidad de solicitar la medida encontrar de éstos para llevar a cabo el cese de la actividad ilícita, por lo que no cabe la interprete distinguir.

Por otra parte, cabe tener presente además, que el allanamiento de la contraria no obsta la fundamentación del fallo en cuanto al fondo del asunto, es decir, la adopción o no y el contenido de las medidas de cese inmediato, en caso de ser procedentes. Lo anterior vulnera el principio de motivación, y fundamentación de las sentencias, consagrado en el art. 218 LEC.

Asimismo, y desde un punto de vista sustancial, las faltas procesales denunciadas, trascienden el plano formal y provocan en el fondo del asunto, la ausencia o falta de juicio de proporcionalidad en la adopción de las medidas de cese de ilicitud, sin evidenciar una justificación a los límites de las medidas impuestas, especialmente, respecto del mecanismo de bloqueo rápido de sitios web.

No siendo responsables de la infracción los intermediarios, y cumpliendo con el régimen de responsabilidad de la LSSI, no solo no son responsables de los actos que se cometan a través de las comunicaciones transmitidas por los operadores de comunicaciones electrónicas sino que es más, tienen el deber de preservar el derecho de acceso a la información por parte de los usuarios, y el derecho de acceso sin reservas más allá de las legales, a los prestadores de servicios de contenidos audiovisuales. La ponderación entre ambos derechos es materia de juicio y no puede ser delegada mediante resolución judicial, a una de las partes en el contexto del procedimiento judicial.

Conforme a lo anterior, es posible advertir que desde un punto de vista sustancial, la sentencia objeto de estudio adolece de una serie de irregularidades, subsanables por la vía del ejercicio del derecho a recurso.

La impugnación de la sentencia de estudio puede ser abordada desde dos perspectivas:

En primer lugar, de acuerdo a la LEC, el Recurso de Apelación es procedente en contra de la sentencia de primera instancia que pone fin al procedimiento o hace imposible su consecución. En este sentido, de acuerdo al art. 458 LEC, el recurso es procedente y debe

interponerse dentro de los 20 días hábiles siguientes a su notificación (se excluyen Sábados, Domingos y Festivos).

Los demandados, eventualmente, y en la medida que la notificación se hubiere producido dentro de los últimos días de febrero, y producto del Estado de Alarma, provocado por la crisis sanitaria derivada de los efectos de la pandemia por COVID-19, los plazos procesales fueron suspendidos en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En caso de que el plazo de interposición venciere dentro del Estado de Alarma, el plazo de interposición se volvería a contar a partir del día 1 de junio de 2020, por lo que eventualmente podría proceder la apelación de la sentencia en virtud de los argumentos indicados en el punto 5 anterior del presente informe.

En segundo y último lugar, también existen antecedentes suficientes para hacer procedente la acción de amparo constitucional, de acuerdo al artículo segundo número uno de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, la “LTC”). El Tribunal Constitucional es el órgano jurisdiccional competente para conocer, entre otros, del recurso de amparo por violación de derechos y libertades públicos relacionados en el artículo 53.2. CE.

El artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo de la Constitución, reconocen derechos y garantías fundamentales especialmente relevantes. Particularmente, y en lo que concierne al presente informe, destaca de entre los derechos y garantías fundamentales, aquellas reconocidas en los artículos 14, 20 y 24, referidos la igualdad ante la ley y la ausencia de discriminación, la libertad de expresión, y la protección judicial de los derechos, respectivamente.

La libertad de expresión se puede ver conculcada por la falta de acceso igualitario a contenidos ocasionado por el sistema de bloqueo establecida en la sentencia. El sistema impuesto por el Juzgado de lo Mercantil Nº 7 de Madrid, genera una discriminación arbitraria, al limitar respecto de algunos usuarios el acceso a determinados contenidos, producto de la elección de un determinado operador de comunicaciones electrónicas. Más allá de la del bloqueo de URLs acompañadas en la demanda, el sistema de bloqueo posterior es abiertamente arbitrario, pues no sólo no existe norma particular que fije de manera específica un sistema de dicha naturaleza, sino que además, establece plazos no contemplados ni en las normas legales ni reglamentarias. Por otra parte, la insuficiencia de fundamentación para los efectos de detallar el contenido de las medidas en la sentencia, hace aún más evidente la falta de objetividad, arbitrariedad y lesión a los derechos de los usuarios en este aspecto.

Por otra parte, la falta de control jurisdiccional en el procedimiento de bloqueo de enlaces futuros, se termina por constituir en una forma de delegación de competencias del tribunal al demandante, lesionando el derecho a un procedimiento racional y justo, que contenga todas las garantías. El artículo 117.3 y .4 CE confieren de manera exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, a los Juzgados y Tribunales, debiendo en todo caso sujetándose siempre, a las normas de competencia, y procedimiento que se establezcan por la Ley. La determinación de la presunción de infracción de los enlaces que en el futuro denuncie la demandante a los operadores de comunicaciones electrónicas demandadas, es facultad conferida por Ley al Tribunal en el contexto de un procedimiento judicial, por lo que mal puede el Tribunal entregar dicha responsabilidad al demandante en el marco de la ejecución de la sentencia, sobre enlaces cuya ilegalidad no ha sido controvertida judicialmente de manera previa. Lo anterior, deja en desamparado a los demandados, frente a futuros reclamos por bloqueo de contenidos ante el mismo demandado, sin siquiera tener una instancia de contradictorio para enervar la acción de bloqueo.

El artículo cuarenta y cuatro de la Ley del Tribunal Constitucional establece los requisitos para la procedencia de la acción, siendo necesario, en todo caso, haber agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial. Será necesario también que la violación del derecho o libertad sea imputable inmediata y directamente a la sentencia, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, y la denuncia oportuna de la vulneración de los derechos, una vez sea notificada la sentencia a los demandados.

Como el plazo para interponer el recurso de amparo es de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial, es necesario tener presente que el ejercicio de la acción se encuentra sujeto a plazos estrechos, dado que el plazo del recurso de apelación vence con algunos días de diferencia.

PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*. UNA NUEVA VÍA DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, AFINES Y CONEXOS EN INTERNET

Luego de un análisis pormenorizado de las normas involucradas en el conflicto, se hace evidente que la falta de claridad respecto a la naturaleza jurídica de los procedimientos de cese inmediato de actividad ilícita y medidas cautelares especiales, requieren un trato diferenciado, tanto respecto de los infractores de derechos de propiedad intelectual, afines y conexos, como respecto a aquel posible de dar a los intermediarios en la prestación de servicios a partir de los cuales se lleva a cabo al infracción.

La Ley de Propiedad Intelectual es clara al señalar que en el caso de aquellos prestadores de servicios de la sociedad de la información que no apliquen las medidas para hacer procedente el “puerto seguro”, serán considerados responsables de la infracción. Sin embargo, contempla en la misma disposición la situación aplicable también a los intermediarios, que sin ser responsables, se entienden prestar servicios de los que se valen los verdaderos infractores a la hora de cometer las infracciones.

Ello genera preguntas relevantes desde un punto de vista procesal, pues si los intermediarios no son responsables, es cuestionable el si las medidas para el cese inmediato pueden ser interpuestas mediante acción directa en contra de los mismos, sin existir, a lo menos, esfuerzos suficientes para perseguir la infracción en contra de los que sí se presumen responsables.

Por ello, en primer lugar, una propuesta de modificación de ley debiera abordar el tratamiento separado y específico, tanto respecto a la situación de los intermediarios como la de los infractores, sea a través de numerales distintos, o artículos distintos.

Debiera asimismo especificar la naturaleza jurídica de las medidas establecidas en los artículos 138 párrafo final, 139.1 h), 141.6 de la LPI: si se trata de acciones *per se* o si se tratará de medidas a adoptar en el marco de un procedimiento infraccional ya iniciado.

Es nuestra opinión, que dada la relevancia de los derechos que se pueden ver conculcados producto de los mecanismos de bloqueo en sitios web, que dichas medidas debieran adoptarse en el marco de procedimientos judiciales ya iniciados, habiendo a lo menos intimaciones previas al presunto infractor. Siendo la posición del prestador de servicios de acceso a internet la de intermediario, y no de infractor, debiera tener un trato diferenciado respecto a la situación del presunto infractor. Si bien es cierto que atajar la ocurrencia de la infracción mediante los ISPs es una medida efectiva en términos prácticos, lo cierto es que en la valoración de la procedencia de las medidas se encuentran en tela de

juicio otros derechos y valores fundamentales como la libertad de empresa y el legítimo derecho de los usuarios a navegar y acceder a contenidos en internet.

Por otra parte, no solo es relevante la naturaleza de la acción o medida judicial adoptada, sino que además debiera refrendarse la necesidad de un juicio de proporcionalidad para la adopción de las medidas en contra de los intermediarios. Los derechos potencialmente conculcados por la imposición de las medidas se encuentran íntimamente vinculados a derechos fundamentales, protegidos tanto a nivel Constitucional, como a nivel internacional, como lo serían el acceso a la información como forma de expresión la libertad de expresión, la igualdad de trato, entre otros.

Dicho juicio de proporcionalidad debe ser posible de advertir en el cuerpo de la resolución que lo adopte, a fin de permitir el ejercicio de derechos, como el derecho a la tutela judicial efectiva. Si bien, las normas revisadas en general señalan que las medidas deben ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, lo cierto es que revisada la escasa jurisprudencia en la materia, no hay un desarrollo jurisprudencial uniforme que permita evidenciar la procedencia de las medidas y los criterios de delimitación adoptados por los tribunales para su adopción, lo que deja un vacío sensible de cara a la justificación de la imposición de medidas restrictivas de esa naturaleza, y genera además, de cara a la contraparte del procedimiento, la imposibilidad de reclamar respecto al fondo de las medidas por no tener necesariamente acceso a los antecedentes fácticos que fundan la adopción de la medida.

Además, y sin perjuicio de que las medidas cautelares, por su naturaleza son esencialmente transitorias, y dada la falta de claridad respecto a la naturaleza de las medidas de cese inmediato respecto a intermediarios, debiera también indicarse expresamente la necesidad de que las medidas sean limitadas en el tiempo, y que su delimitación jurídica, técnica y temporal debe estar determinada por elementos objetivos.

Debiera considerarse asimismo, para el equilibrio del impacto de las medidas, requerir que exista una intimación o esfuerzo previo de parte del titular de derechos infringidos de perseverar en la persecución del verdadero infractor, pues no pareciere ser proporcionado que se apliquen medidas judiciales, y se haga invertir en costas y otros costos asociados a la adopción de las medidas⁴⁵ a quien no tiene culpa o responsabilidad alguna en la comisión de la infracción, encontrándose muchas veces en una posición desmejorada para responder frente a la existencia o inexistencia de la infracción que pueda hacer viable la medida.

⁴⁵ La mera imposición de medidas implica, de parte del intermediario, el desembolso o disposición de recursos económicos, técnicos y eventualmente humanos, específicos para la implementación bloqueo, que de no mediar su imposición, no habrían tenido que utilizar.

Desde un punto de vista sustantivo, es posible proponer a título de modificación de ley, lo siguiente:

- Reestructuración del texto del artículo 138 e introducción de a lo menos un epígrafe adicional en la parte final del artículo, o regular derechamente en un artículo distinto la procedencia de las medidas contra intermediarios no responsables. En dicho espacio, debiera hacerse expresa la procedencia de las medidas, sujeta a requisitos de interposición de la acción principal, sea civil o penal previa, en contra de los presuntos infractores de los derechos.
- En la adopción de las medidas debiera hacerse expresa la necesidad de garantizar la proporcionalidad, necesidad y ponderación de la decisión de aplicar las medidas, haciendo obligatorio como requisito de procedencia de la medida, el haber impetrado o impetrar la acción principal en contra quien resulte responsable de la infracción, como una medida de seriedad respecto de la solicitud de medidas al intermediario.
- La práctica forense ha indicado que tras la inserción del procedimiento administrativo del que es competente para conocer la Segunda Sala de la Comisión de Propiedad Intelectual como mecanismo administrativo de restablecimiento de la legalidad, ha habido una baja tasa de requerimientos. Ello en parte, se ha justificado debido a que la aplicación de medidas a los ISPs está sujeta a control jurisdiccional, lo que hace del procedimiento administrativo, lento y costoso, pugnando contra la finalidad cautelar de las medidas consideradas por el legislador en materia de propiedad intelectual.
- Por lo que, de mantenerse la sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual como órgano administrativo, eliminaría el requisito de control jurisdiccional de la medida, en el entendido de que el hecho de que se pueda recurrir la decisión ante la jurisdicción contencioso administrativa es resguardo suficiente para precaver la bilateralidad de la audiencia, la tutela judicial efectiva y la garantía de derechos en el procedimiento administrativo.

Con todo, un texto estimado para una propuesta de texto de *lege ferenda* por el que se propugna la modificación del Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, podría ser el siguiente:

“Se modifica el texto del artículo 138 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, reemplazando su texto por el siguiente:

Artículo 138. Acciones y medidas cautelares urgentes.

1. *El titular de los derechos reconocidos en esta ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los*

daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140. También podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor.

2. *Son responsables de la infracción:*
 - a. *Quien ejerce la acción u omisión que causa la infracción de los derechos de propiedad intelectual,*
 - b. *Tendrá también la consideración de responsable de la infracción:*
 - i. *Quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla;*
 - ii. *Quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor.*

Lo anterior no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación.

3. *El titular de derechos podrá ejercer además de la acción en conformidad al numeral 2 anterior, y sin menoscabo de aquellas otras que pudiere instar ante la jurisdicción civil o penal, con carácter cautelar o prejudicial, las medidas previstas en el artículo 141.*
4. *Las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h) como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 podrán solicitarse en el procedimiento civil o penal en contra del presunto infractor y contra de los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción. Dichas medidas podrán ser ejercidas, ya sea prejudicialmente o como cautelares, cuando sean apropiadas a juicio del tribunal.*
5. *Las medidas contempladas en los artículos 139 y 141, habrán de ser objetivas, proporcionales y no discriminatorias. Deberá efectuarse ponderación de los derechos eventualmente afectados,*

y en el caso de ser procedente, el tribunal deberá determinar su duración, no pudiendo en todo caso durar más de 1 año, sin perjuicio de que pueda renovarse en la medida que se mantengan los motivos que condujeron a su dictación”.

“Se reemplaza el texto del numeral 5 del artículo 195 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, por el siguiente:

“5. En caso de falta de retirada voluntaria y a efectos de garantizar la efectividad de la resolución dictada, la Sección Segunda podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor.

En la adopción de las medidas de colaboración la Sección Segunda se valorará la posible efectividad de aquellas dirigidas a impedir la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor.

El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso a Internet deberá motivarse adecuadamente en consideración a su proporcionalidad, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance.

En el caso de prestarse el servicio utilizando un nombre de dominio bajo el código de país correspondiente a España (.es) u otro dominio de primer nivel cuyo registro esté establecido en España, la Sección Segunda notificará los hechos a la autoridad de registro a efectos de que cancele el nombre de dominio del que se trate, que no podrá ser asignado nuevamente en un periodo de, al menos, 1 año.

La falta de colaboración por los prestadores de servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad se considerará como infracción de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio.”.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

LEGISLACIÓN

Tratados Internacionales

- ◆ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en París el 24 de julio de 1971, y enmendado el 28 de septiembre de 1979
- ◆ Convención de Roma, sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, acordada en la ciudad de Roma, Italia, el 26 de octubre de 1961, norma que complementa la protección de derechos de autor y de propiedad intelectual, al considerar como titulares también a los artistas, intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y organismos de radiodifusión
- ◆ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979, efectuó similar reconocimiento, respecto de los titulares de derechos de propiedad industrial
- ◆ Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, establecidos en el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994

Normativa de la Unión Europea

- ◆ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en la ciudad de Niza, Francia, con fecha 7 de diciembre del año 2000, y publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas con fecha 18 de diciembre del año 2000
- ◆ DIRECTIVA 2000/31/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior
- ◆ DIRECTIVA 2001/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los

derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información

- ◆ DIRECTIVA 2004/48/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.
- ◆ DIRECTIVA (UE) 2018/1808 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado
- ◆ DIRECTIVA (UE) 2018/1972 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas
- ◆ DIRECTIVA (UE) 2019/790 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE
- ◆ REGLAMENTO (UE) 2015/2120 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión

Normativa Española

- ◆ Constitución Española aprobada por Las Cortes el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978, y sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre 1978)
- ◆ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000)
- ◆ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002).
- ◆ Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (BOE núm. 79, de 1 de abril de 2010)

- ◆ Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 114, de 10 de mayo de 2014)
- ◆ Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre 2015)
- ◆ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 239, de 5 de octubre 1979)
- ◆ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE núm. 97, de 22 de abril de 1996)

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- ◆ Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/10, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “Scarlet Extended vs Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL.” (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0070&from=ES>)
- ◆ Sentencia de fecha 27 de marzo de 2014, Asunto C-314/12, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “UPC Telekabel Wien GmbH vs. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH” (disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149924&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7347726>)

Tribunal Constitucional

- ◆ Sentencia del Tribunal Constitucional 187/1999, de 25 de Octubre de 1999 (disponible en <https://2019.vlex.com/#vid/ra-v-f-s-17-ma-147345>)
- ◆ Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1999, de 29 de Noviembre de 1999 (disponible en <https://2019.vlex.com/#vid/-146384>)
- ◆ Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2002, de 3 de Abril de 2002 (disponible en <https://2019.vlex.com/#vid/2001-va-147705>)
- ◆ Sentencia del Tribunal Constitucional 34/2010, de 19 de Julio de 2010 (disponible en <https://2019.vlex.com/#vid/-216528019>)

- ◆ Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2014, de 15 de Diciembre de 2014 (disponible en <https://2019.vlex.com/#vid/555778938>)
- ◆ Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2016, de 19 de Septiembre de 2016 (disponible en <https://2019.vlex.com/#vid/vulneracion-derecho-tutela-judicial-652647701>)

Tribunales de Justicia

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª 11/2014, de 14 de Enero de 2014 (disponible en: <http://vlex.com/vid/-497052678>)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª 477/2015 de 10 de Septiembre de 2015 (disponible en: <http://vlex.com/vid/587290142>)

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº6 de Barcelona 15/2018, de 12 de Enero de 2017 (disponible en: <http://vlex.com/vid/703782605>)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 115/2018, de 20 de febrero de 2018 (disponible en: <http://vlex.com/vid/707859873>)

BIBLIOGRAFÍA

Carbajo Cascón, Fernando. 2011-2012. «Sobre la responsabilidad indirecta de los agregadores de información por contribución a la infracción de derechos de propiedad industrial de intelectual en Internetin.» En *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, 51-78.

Cory, Nigel. 2016. «Cómo el bloqueo de sitios web está frenando la piratería digital sin "romper Internet" .» *Information Technology & Innovation Foundation*. agosto. Último acceso: 21 de junio de 2020. <http://www2.itif.org/2016-informe-en-espan%CC%83ol-website-blocking.pdf>.

Cotino Hueso, Lorenzo. 2017. «Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión.» *Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* (Universidad de los Andes, Colombia) 3-33.

Evangelio Llorca, Raquel. 2017. «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva de los proveedores de enlaces a los efectos de la ley española de propiedad intelectual.» En *Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual*, 101-163. Madrid: Dykinson.

García-Escudero Márquez, Piedad. 2005. «Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario.» *Asamblea: Revista Parlamentaria De La Asamblea De Madrid* (13): 121-164.

Internet Society. 2017. «Perspectivas de Internet Society (ISOC) sobre el bloqueo de contenido en Internet: Visión general.» *internetsociety.org*. marzo. Último acceso: 21 de 06 de 2020. https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2017/09/ContentBlockingOverview_ESLA.pdf.

López Richard, Julián. 2017. «Ordenes de bloqueo de páginas web: ¿hasta dónde llega el deber de colaboración de los proveedores de acceso a internet en la lucha contra la piratería?» En *Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual*, de Juan Antonio Moreno Martínez, 211-271. Madrid: Dykinson S.L.

Martín-Prat, María. 2014. «The Future Of Copyright in Europe.» *Columbia Journal of Law & Arts* 29-47.

Picó i Junoy, Joan. 2014. «El allanamiento del demandado recurrido en apelación.» *Justicia: Revista de derecho procesal* (J.M. Bosch Editor) (1): 113-129.

Ruiz Gómez, Luis Manuel. 2013. «La gestión del Tráfico en internet en la Unión Europea.» *Economía Industrial* 167-176.

Tirado Estrada, Jesús José. 2016. «Los Delitos contra la Propiedad Intelectual tras la reforma del Código Penal de 2015.» En *La Propiedad Intelectual en la Era Digital*, de Antonio Fayós Gardó, 331-. Madrid: Dykinson.