

## **Texto del nuevo 17 bis propuesto.**

***“Artículo 17 bis. Colaboración entre prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información y titulares de derechos de propiedad intelectual frente a actividades vulneradoras de derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información.***

*1. Los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información que realicen actividades de provisión de acceso a Internet y alojamiento de datos colaborarán con los titulares de derechos de propiedad intelectual o sus representantes frente a actividades vulneradoras de derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información de acuerdo con los procedimientos establecidos en este artículo.*

*2. Estarán legitimadas para instar los procedimientos regulados en este artículo las entidades de gestión reconocidas por el Ministerio de Cultura respecto de los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión en los términos del artículo 150 del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, así como las asociaciones que representan a los titulares de derechos de autor y derechos conexos.*

*3. En el supuesto de que los contenidos presuntamente vulneradores de derechos de propiedad intelectual se encuentren alojados en una página de Internet albergada por parte de un prestador de servicios de alojamiento, las entidades y asociaciones legitimadas darán traslado de manera fehaciente, pudiendo emplear a tal efecto medios electrónicos adecuados, al prestador de servicios de intermediación que facilite el alojamiento de datos al presunto infractor de una notificación en la que se harán constar necesariamente los siguientes apartados:*

- a) Denominación de la asociación o entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual, haciendo constar, si se trata de una asociación, la referencia de la fecha de inscripción en el correspondiente Registro y, en el caso de las entidades de gestión, referencia de la fecha de publicación de autorización administrativa en el BOE. En uno y otro caso figurará en el escrito el domicilio, correo electrónico y teléfono de contacto, la identificación del firmante del escrito, con especificación de su puesto en la asociación o entidad de gestión y el título de su representación.*
- b) Identificación exacta de la página de Internet en la que se localice el contenido presuntamente ilícito, así como de su titular o titulares.*

- c) *Identificación de la obra u obras o prestaciones cuyos derechos de propiedad intelectual se han vulnerado, indicando los motivos y normativa de aplicación. En el caso de que se trate de múltiples infracciones en una misma página de Internet, bastará con indicar una muestra representativa de diez obras o prestaciones.*
- d) *Copia de la solicitud presentada ante el órgano judicial competente de diligencias preliminares conforme al artículo 256.1.7ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*
- e) *Declaración del representante de la asociación o de la entidad de gestión, bajo la responsabilidad a que hubiera lugar en Derecho en caso de faltar a la verdad, de que es exacta la información facilitada.*

*La notificación deberá dirigirse al punto de contacto designado por el mencionado prestador de servicios de alojamiento e identificado en su página principal de Internet.*

*La notificación podrá acompañarse de la documentación que contribuya a acreditar los extremos en ella contenidos.*

*4. Recibida una notificación que cumpla con los requisitos establecidos en el apartado anterior, el prestador de servicios procederá, tan pronto como le sea posible y, en todo caso, en un plazo máximo de cinco días laborables, a dar traslado de la notificación al cliente presuntamente infractor de manera fehaciente, pudiendo emplear a tal efecto medios electrónicos adecuados y remitiendo copia del traslado a la asociación o entidad que hubiera remitido la notificación.*

*5. El cliente presuntamente infractor contará con un plazo de diez días naturales desde la recepción del traslado de la notificación al que se refiere el apartado anterior para oponerse al contenido de la notificación realizada por la asociación o entidad que la hubiera instado.*

*A tal efecto, el citado cliente deberá dar traslado, en dicho plazo de diez días naturales, de manera fehaciente y pudiendo emplear a tal efecto medios electrónicos adecuados, al punto de contacto del prestador de servicios de intermediación correspondiente, designado por el mismo e identificado en su página principal de Internet, de una comunicación de oposición en la que se hará constar necesariamente su declaración, bajo la responsabilidad a que hubiera lugar en Derecho en caso de faltar a la verdad, de que no considera que los contenidos de su página de Internet constituyan una infracción de los derechos de propiedad intelectual alegados por la asociación o entidad de gestión.*

*Recibida una comunicación de oposición que cumpla con los requisitos establecidos en el apartado anterior, el prestador de servicios procederá a dar traslado de la misma a la asociación o entidad que hubiera instado el procedimiento de manera fehaciente, pudiendo emplear a tal efecto medios electrónicos adecuados, tan pronto como le sea posible y, en todo caso, en un plazo máximo de tres días laborables.*

*6. En caso de que el prestador de servicios no haya recibido una comunicación de oposición del cliente presuntamente infractor conforme al apartado anterior en el mencionado plazo de diez días naturales procederá, en el plazo máximo de dos días laborables, a bloquear o deshabilitar el acceso al material que, de acuerdo con la notificación efectuada, sea presuntamente ilícito.*

*7. En el supuesto de que las actividades presuntamente vulneradoras de derechos de propiedad intelectual tengan lugar mediante un programa de intercambio de ficheros, las entidades y asociaciones darán traslado de manera fehaciente, pudiendo emplear a tal efecto medios electrónicos adecuados, al prestador de servicios de intermediación que facilite el servicio de acceso a Internet al presunto infractor de una notificación en la que se harán constar necesariamente los siguientes apartados:*

- a) Denominación de la asociación o entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual, haciendo constar, si se trata de una asociación, la referencia de la fecha de inscripción en el correspondiente Registro y, en el caso de las entidades de gestión, referencia de la fecha de publicación de autorización administrativa en el BOE. En uno y otro caso figurará en el escrito el domicilio, correo electrónico y teléfono de contacto, la identificación del firmante del escrito, con especificación de su puesto en la asociación o entidad de gestión y el título de su representación.*
- b) Identificación de la dirección IP desde la que se hayan realizado las actividades presuntamente vulneradoras de derechos de propiedad intelectual, incluyendo la fecha y hora de su comisión.*
- c) Identificación de la obra u obras o prestaciones cuyos derechos de propiedad intelectual se han vulnerado, indicando los motivos y normativa de aplicación. En el caso de que se trate de múltiples en una misma dirección IP, bastará con indicar una muestra representativa de diez obras o prestaciones.*
- d) Copia de la solicitud presentada ante el órgano judicial competente de diligencias preliminares conforme al artículo 256.1.7ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

- e) *Declaración del representante de la asociación o de la entidad de gestión, bajo la responsabilidad a que hubiera lugar en Derecho en caso de faltar a la verdad, de que es exacta la información facilitada.*

*La notificación deberá dirigirse al punto de contacto designado por el mencionado prestador de servicios de acceso a Internet e identificado en su página principal de Internet.*

*La notificación podrá acompañarse de la documentación que contribuya a acreditar los extremos en ella contenidos.*

*8. El prestador de servicios de intermediación que haya recibido una comunicación que cumpla con los requisitos establecidos en el apartado anterior deberá dar traslado de la notificación al cliente presuntamente infractor de manera fehaciente, pudiendo emplear a tal efecto medios electrónicos adecuados, tan pronto como le sea posible y, en todo caso, en un plazo máximo de cinco días laborables, remitiendo copia del traslado a la asociación o entidad que hubiera remitido la notificación.*

*9. Se entenderá que los prestadores de servicios que hayan actuado conforme a lo previsto en este artículo han actuado de manera diligente a los efectos de los artículos 14 y 16 de la presente Ley y quedan exentos de responsabilidad a tales efectos.*

*Asimismo, los prestadores de servicios de intermediación estarán exentos de responsabilidad frente a sus clientes presuntamente infractores por las actuaciones que realicen de acuerdo con lo dispuesto en este artículo.*

*10. El Gobierno evaluará periódicamente el funcionamiento de los procedimientos regulados en el presente artículo sobre la base de la información anual que le será facilitada a tal efecto, antes del 31 de enero de cada año, por las asociaciones representativas de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información y las asociaciones y entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.*

## Extractos del Dictamen del Consejo de Estado

(...)

Alegaciones recibidas en el trámite de información pública y consulta a las asociaciones del sector, realizado entre el 7 y el 28 de septiembre de 2006. Han intervenido las siguientes entidades: ASIMELEC, COIT, AUI, FESABID, AETIC, **SGAE, FAP/PROMUSICAE**, UNESPA, Consorcio Digital, Autocontrol, AEB, D. Llorenç Huguet Rotger, ASTIC, CERMI, Dña. Gabriela Ruiz Begué, Telefónica, ANEI, AEDOC DIGITAL, Dña. María Arias Pou y la Asociación de Internautas.

(...)

Dos de los preceptos del texto sometido finalmente a consulta de este Consejo de Estado, el nuevo artículo 17 bis de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y la regulación de la radio digital por satélite y la televisión digital en movilidad de la disposición adicional séptima han sido introducidos tan tardíamente en el proceso que no han sido informados ni por los sectores principalmente afectados ni por el Consejo Asesor de las Telecomunicaciones.

(...)

Sin embargo, pese a esta tramitación esmerada, se ha producido al final de la misma un hecho de relevancia. Como ya se ha señalado en el apartado tercero de los antecedentes, **dos importantes preceptos del anteproyecto no han sido informados por órganos a los que competiría emitir opinión respecto a la regulación proyectada** (regulación de dos nuevos medios, la radio digital por satélite y la de la televisión digital en movilidad) o no han sido objeto de consulta a organizaciones y asociaciones directamente afectadas por el anteproyecto en materias de relativa conflictividad social. **El nuevo artículo 17 bis de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que regula contenidos en vez de remitirlos a acuerdos sociales mediante códigos de conducta.**

(...)

Dada la esmerada tramitación del anteproyecto hasta las fases finales y siendo claro que no puede interpretarse que los informes y audiencias previas deban reproducirse cada vez que se introducen matizaciones a preceptos o cambios en los mismos o si se introducen nuevos preceptos relacionados con los anteriormente propuestos en previos borradores, habría sido deseable, sin embargo, que extremos tan novedosos como los indicados (procedimiento de notificación del nuevo artículo 17 bis y regulación de dos nuevos medios) hubieran sido sometidos como mínimo a informe adicional, respectivamente, de las asociaciones de prestadores de servicios y de las asociaciones de usuarios de Internet y del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones.

(...)

En el apartado ocho del artículo 4 se introduce en la LSSI un nuevo artículo, el 17 bis. La intención de este nuevo artículo 17 bis es clara: proteger los derechos de los titulares de la propiedad intelectual respecto de las distribuciones presuntamente no autorizadas de sus ediciones, no ya desde portales sino incluso desde ordenadores de particulares ( Programas "P2P").

Para conseguir esta finalidad sin modificar la Ley de Propiedad Intelectual, **el anteproyecto regula mecanismos de información a los titulares de derechos de propiedad intelectual por parte de los prestadores de servicios, llegando, por ejemplo, incluso obligar a las entidades de gestión a identificar a cualquier titular de un ordenador (todos quienes están conectados a una red tienen una dirección IP) que tenga 10 o más ficheros (normalmente serán canciones o películas) en ficheros de acceso público, para que demuestre que el contenido no está puesto a disposición de modo ilícito (lo cual a veces puede ser no intencionado al tratarse de mecanismos que pueden ponerse en funcionamiento casi automáticamente al cargarse algunos programas de software).**

El consejo de Estado comparte esta preocupación, e incluso puede dar por bueno este sistema de notificación telemática casi indiscriminada, pero no puede compartir por entero la filosofía jurídica que subyace a este artículo tal y como está, no tanto redactado, sino concebido y, en especial, tal y como ha sido tramitado el anteproyecto respecto de este contenido concreto del mismo.

Como ya se ha señalado en los antecedentes (tercero) y en las consideraciones de este dictamen ( apartado II) relativas a la tramitación, este artículo 17 bis ha estado ausente del texto hasta muy avanzada la tramitación del mismo por lo que ciudadanos y organizaciones cuyos intereses pueden ser contrarios al reforzamiento que de los mecanismos para combatir ilícitos se establecen en este artículo 17 bis no han podido opinar acerca de su oportunidad o de posibles medidas alternativas menos restrictivas de la libertad de uso de Internet. **Al parecer ha sido introducido a solicitud de la Sociedad General de Autores y Editores para cubrir un “vacío legal” existente, según ella, en la LSSI. De hecho, este sistema regulado por el artículo 17 bis introduce el mecanismo denominado, en el sector “de notificación y retirada” ( o NTD) que la Directiva 2000/31/CE no contempla, aunque tampoco su espíritu es contrario a su introducción por los Estados miembros ( de hecho existe alguna variante del mismo en Francia, Finlandia e Islandia). Por lo demás, tampoco consta en el expediente que este artículo haya sido notificado, al menos todavía, a la Comisión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 98/34/CE.**

**La Directiva 2000/31/CE, aunque no proscribiera este sistema, es claro que tiende a fomentar otro bien distinto: el de los códigos de conducta** (razonamiento 40 y artículo 16), mediante acuerdos voluntarios entre todas las partes implicadas. Es más, su artículo 17.2 señala que “ los Estados miembros (...) fomentarán la participación de asociaciones u organizaciones que representen a los consumidores en la redacción y aplicación de los códigos de conducta que afecten a sus “intereses”, códigos que “ se elaborarán de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del apartado 1” que, a su vez, impone el fomento de la participación de estas asociaciones en la elaboración de los códigos de conducta.

Entiende este Consejo de Estado que el relativo fracaso de estos sistemas previstos en la Directiva en el año 2000, y el que no hayan rendido los frutos esperados, llevan a intentar poner en marcha otras alternativas de regulación que, como dice la exposición de motivo, establezcan “ un procedimiento de colaboración entre prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información y titulares de derechos de propiedad intelectual para luchar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual”. Pero discrepa este Consejo de la afirmación que contiene dicha exposición de motivos, inmediatamente a continuación del anterior, en el sentido de que “de este modo se establece un marco que puede enriquecerse mediante autorregulación entre las partes implicadas (...) para hacer frente a este tipo de actividades ilícitas”.

En primer lugar, muy pocos Estados miembros han optado por este sistema y, al menos por el momento, la propia Unión Europea, mientras no se modifique la Directiva, (y cuestión distinta es la opinión que pueda tener la Comisión Europea acerca de la conveniencia de reforzar los derechos de propiedad intelectual) sigue entendiendo que el marco adecuado es el de los códigos de conducta. Por ello el haber sometido este artículo tan trascendente o innovador a un proceso de debate público habría sido especialmente útil y enriquecedor. Al tratarse de un proyecto de ley serán las Cortes Generales las que el último término decidirán acerca de la cuestión, pero el hecho de que no haya habido la suficiente audiencia en este extremo ( en especial de las asociaciones de usuarios) acerca de las medidas que este artículo introduce, lleva a que el Consejo de Estado considere que no está del todo claro hasta qué punto es totalmente oportuno introducir esta opción que poco margen deja para posibles desarrollos de sus estrictos y precisos mandatos “de colaboración” mediante ulteriores códigos de conducta o acuerdos voluntarios entre las distintas partes interesadas. Dada la ausencia de opinión de los órganos que debieran haber informado el proyecto de los sectores afectados no existen suficientes elementos de juicio en el expediente de elaboración del anteproyecto para poder pronunciarse acerca de la oportunidad y conveniencia –no replantean problemas de validez jurídica del texto- de la regulación propuesta como contenido de este artículo 17 bis, artículo cuya redacción no deja claro cuál sea el alcance de la supuesta colaboración de los prestadores de servicios de intermediación con los titulares de derechos de propiedad intelectual, ni las consecuencias de la posible ausencia o falta de la posible colaboración. **La regulación resulta en su conjunto jurídicamente algo artificial y queda a resultas de la actividad que quieran adoptar los citados intermediarios.**

Con independencia de los problemas que plantea su contenido de fondo por su tardía introducción en el expediente, podría mejorarse la redacción propuesta para este artículo 17 bis aunque se mantenga la filosofía que lo inspira. **Parte el mismo de la base de que existe una potencial infracción de los derechos de propiedad intelectual (“páginas web en las que se localice contenido presuntamente ilícito”) como título por el que se puede poner en funcionamiento sin coste alguno la actividad de otra empresa ( el prestador de servicios) en beneficio del titular de la propiedad intelectual, sin más prueba que las afirmaciones de la entidad de gestión, lo que no es así. El costo económico de la implementación de estas medidas por los prestadores de servicios debería ser más equilibrado, estableciéndose obligaciones y responsabilidades recíprocas, que compensen los gastos en los casos en**

**los que las alarmas se hayan puesto en marcha sin éxito. Podrían incluso preverse reintegros o beneficios que debe percibir el proveedor de servicios por prestar al titular de la propiedad intelectual estos servicios adicionales.**

Por lo demás, el apartado 5, siempre de este artículo 17 bis, parece excesivo en cuanto que no deja resquicio a la posible prueba fehaciente en contrario, para casos excepcionales, de que sí se tiene el conocimiento efectivo de la ilicitud cuando el mismo pueda comprobarse por algún medio de prueba que vaya más allá de la mera transmisión de información y podría matizarse en este sentido.

En suma, estima el Consejo de Estado que este artículo 17 bis, tanto por su tramitación como por su contenido, debe dar lugar a un debate en profundidad en las Cortes Generales, no pudiendo darse por bueno el contenido que actualmente figura en el anteproyecto, aunque el mismo no plantee problemas graves de legalidad.

La nueva redacción que artículo 4, apartado nueve, da al artículo 20, apartado 1, de la LSSI, incorpora la abreviatura “publi” para indicar que lo que sigue al mensaje es publicidad. Siquiera sea por razones estéticas, debería eliminarse del proyecto incluso como idea. En castellano, debería decirse publicidad. Si el término “publi” cunde, ha de ser, como mucho, porque se imponga su uso, pero no porque la legislación lo fomente. Si se acepta esta sugerencia habría que modificar la extensa frase que se refiere a este punto en el párrafo decimonoveno del apartado II de la exposición de motivos.