

THE GLOBAL LAW COLLECTION

全球法集锦

مجموعة القانون العام

ECONOMÍA SOCIAL Y ECONOMÍA SOSTENIBLE

ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ

DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN

PRÓLOGO DE JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

ARANZADI



THOMSON REUTERS

The Global Law Collection
Legal Studies Series

Director: Rafael Domingo
www.globalawcollection.com

ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ

Dirección y Coordinación

ECONOMÍA SOCIAL Y ECONOMÍA SOSTENIBLE

Autores

ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ	FEDERICO MARTÍNEZ-CARRASCO PLEITE
SOFÍA ARANA LANDÍN	JOSÉ MARÍA MORENO GARCÍA
NARCISO ARCAS LARIO	LINDA NAVARRO MATAMOROS
BELEN BAHÍA ALMANSA	MARÍA PARDO LÓPEZ
ISABEL GIRONA CASCALES	MARÍA DEL CARMEN PASTOR DEL PINO
M ^{te} FUENSANTA GÓMEZ MANRESA	MARÍA DEL MAR DE LA PEÑA AMORÓS
RAFAEL JORDÁ GARCÍA	MARÍA JOSÉ PORTILLO NAVARRO
JOSÉ ANDRÉS LÓPEZ YEPES	RAQUEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ
LONGINOS MARÍN RIVES	GERMÁN M. TERUEL LOZANO

Prólogo

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Presentación

FERNANDO VÉLEZ ÁLVAREZ

ARANZADI



THOMSON REUTERS

Actividad subvencionada por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Consejería de Educación, Formación y Empleo, Dirección General de Trabajo, con cargo al Programa de Ayuda de 2010-13 Economía Social en las Universidades Públicas (Orden de 24 de febrero de 2010, BORM n.º 53, de 5 marzo 2010).

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 43).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters.

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited.

© 2010 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Rosalía Alfonso Sánchez y otros]
Editorial Aranzadi, SA
Canino de Galar, 15
311190 Gízur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9903-737-0
Depósito Legal: NA 3505/2010
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

Sumario

Página

ABREVIATURAS.....	23
PRÓLOGO	27
PRESENTACIÓN	35

PARTE PRIMERA INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

ECONOMÍA SOCIAL Y ECONOMÍA SOSTENIBLE: ¿BAJO QUÉ TÍTULO COMPETENCIAL SE AMPARAN?

MARÍA PARDO LÓPEZ
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
Universidad de Murcia*

I. Introducción	39
II. Aproximación a la economía social y la economía sostenible: El interés mostrado por la Unión Europea y los poderes públicos españoles.....	41
III. Economía social y economía sostenible a la luz del reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas realizado por la Constitución Española: Una competencia fragmentada	44
1. <i>Economía Social y Economía Sostenible: ¿Competencia estatal o autonómica?</i>	46
A. Títulos competenciales para la Economía Social.	47
	7

	<i>Página</i>
B. Títulos competenciales para la Economía Sostenible	49
2. Respuestas en clave jurídica a las dudas que pueda plantear el complejo reparto competencial de la Economía Social y la Economía Sostenible	57
A. La cada vez más restringida supletoriedad del Derecho estatal.....	58
B. El instrumento normativo nunca utilizado de la ley de armonización.....	69
IV. Bibliografía	73

CAPÍTULO SEGUNDO

ECONOMÍA SOCIAL, RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA Y SOSTENIBILIDAD

NARCISO ARCAS LARIO

*Profesor Titular de Economía, Sociología y Política Agraria
Universidad Politécnica de Cartagena*

LONGINOS MARÍN RIVES

*Profesor Contratado Doctor de Comercialización e Investigación de Mercados
Universidad de Murcia*

I. Introducción	77
II. Fundamentos teóricos de la responsabilidad social empresarial (RSE)	81
1. <i>Qué es la RSE</i>	81
2. <i>Valores y principios de la RSE</i>	84
3. <i>Dimensiones de la RSE</i>	85
4. <i>Instituciones e iniciativas relacionadas con la RSE</i>	87
5. <i>Instrumentos para implantar la RSE en las empresas</i>	90
III. La RSE en las empresas de la economía social.....	92
IV. Grado de implantación de la RSE	101
V. Conclusiones.....	106
VI. Bibliografía	108

PARTE SEGUNDA
ECONOMÍA SOCIAL

CAPÍTULO TERCERO

EL CONCEPTO DE ECONOMÍA SOCIAL EN EL MARCO
NORMATIVO ESPAÑOL COMO POSIBLE SALVAGUARDA ANTE
EL REGIMEN DE AYUDAS DE ESTADO

SOFÍA ARANA LANDÍN

*Profesora Agregada de Derecho Financiero y Tributario
Universidad del País Vasco*

I. Introducción	115
II. Tratamiento de la economía social por parte de instancias comunitarias	116
1. <i>Acciones a nivel de la UE de fomento de la Economía Social</i>	117
2. <i>Acciones a nivel de la UE de cuestionamiento de las medidas públicas adoptadas en favor de la Economía Social: el problema de las ayudas de Estado</i>	121
A. Concepto de ayuda de Estado	122
a. Existencia de una ventaja.....	122
b. Utilización de recursos públicos	123
c. Efecto distorsionador sobre la competencia ...	123
d. Selectividad de la medida.....	124
III. El concepto dado por la futura Ley de Economía Social como posible solución al requisito de la no selectividad	128
1. <i>Concepto de Economía Social en el proyecto de Ley y anteriores versiones del mismo</i>	130
2. <i>Principios de la definición de Economía Social</i>	136
3. <i>Entidades que conforman la Economía Social</i>	137
IV. Conclusiones.....	141
V. Bibliografía	142

CAPÍTULO CUARTO

FOMENTO DE LA CAPACIDAD INNOVADORA DE LAS EMPRESAS Y ECONOMÍA SOCIAL

JOSÉ MARÍA MORENO GARCÍA
Profesor del Departamento de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad de Murcia

I. Introducción	145
II. La situación de la innovación en España respecto a los países de nuestro entorno	149
III. Factores que influyen positiva y negativamente en la innovación.....	153
1. Factores internos.....	153
2. Factores externos.....	154
A. Programas estatales.....	155
B. Programas Autonómicos	156
C. Programas Europeos.....	157
IV. Objetivos de la innovación.....	157
1. Manual de Oslo y objetivos de innovación.....	157
2. Limitaciones a la innovación.....	161
V. Rasgos de la empresa innovadora	165
VI. Empresas de economía social ¿Cómo fomentar la innovación?	166
VII. Conclusiones.....	168
VIII. Bibliografía	169

CAPÍTULO QUINTO

FISCALIDAD DE LAS ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN, INNOVACIÓN Y DESARROLLO Y DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, AL AMPARO DE LAS LEYES PROYECTADAS DE ECONOMÍA SOCIAL Y ECONOMÍA SOSTENIBLE

BELÉN BAHÍA ALMANSA
Profesora de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Málaga

I. Introducción	172
-----------------------	-----

II. Problemas que plantea la formulación de un concepto fiscal para las actividades de I+D+IT	174
1. Algunas consideraciones generales	174
2. Delimitación del concepto fiscal de I+D	176
3. Delimitación del concepto de innovación tecnológica.....	180
III. Medidas fiscales de fomento de la I+D+IT en el ordenamiento fiscal español	184
1. Libertad de amortización de los elementos de inmovilizado material e inmaterial afectos a la actividad de investigación y desarrollo, así como de los gastos de investigación y desarrollo activados como inmovilizado inmaterial.....	185
A. Libertad de amortización para elementos del inmovilizado material o intangible afectos a actividades de I+D [letra c) del artículo 11.2]	187
B. Libertad de amortización para los gastos de investigación y desarrollo activados	189
2. Deducción en la cuota por la realización de actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica en la legislación actual.....	191
A. Algunas consideraciones previas	191
B. Deducción en la cuota por actividades de I+D.....	194
a. El sujeto beneficiario de la deducción.....	194
b. Los elementos de cálculo de la deducción: la base y los porcentajes.....	197
C. Deducción en la cuota por actividades de Innovación tecnológica.....	201
a. El sujeto beneficiario de la deducción. Consideraciones generales.....	201
b. Los elementos de cálculo de la deducción: la base y los porcentajes.....	202
D. Análisis de aquellos aspectos comunes a la aplicación de la deducción por I+D+IT	203
a. Existencia de un límite conjunto a la aplicación de ambas deducciones	203

	<i>Página</i>
b. Instrumentos de asistencia e información en la aplicación e interpretación de la deducción por I+D+IT	204
3. Reducción de ingresos procedentes de determinados activos intangibles	205
IV. Medidas fiscales de fomento de la I+D+IT en el proyecto de ley de economía sostenible	206
V. Conclusiones	208
VI. Bibliografía	209

CAPÍTULO SEXTO

LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA SOCIAL: ENTORNO, COMPETITIVIDAD Y RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

FEDERICO MARTÍNEZ-CARRASCO PLETTE
Profesor Titular (EU) de Economía Aplicada
Universidad de Murcia

LONGINOS MARÍN RIVES

Profesor Contratado Doctor de Comercialización e Investigación de Mercados
Universidad de Murcia

JOSÉ ANDRÉS LÓPEZ YEPES

Profesor Titular de Organización de Empresas y Finanzas
Universidad de Murcia

I. Introducción	214
II. Las empresas de Economía Social	216
1. Importancia de la Economía Social en España	216
2. Beneficios sociales del modelo cooperativo	219
III. Entorno económico general	222
1. Crisis económica y expectativas de crecimiento	222
2. Limitaciones del entorno general en España	225
IV. Competitividad empresarial	227
1. Dificultades competitivas y atomización	227
2. Innovación, formación y asociación	231

V. Responsabilidad social corporativa de las empresas de Economía Social de la Región de Murcia	234
1. La RSC en las empresas de Economía Social	234
2. Grupos de interés prioritarios y su satisfacción	238
3. Acciones de RSC de las empresas	239
A. Responsabilidad económica	239
B. Responsabilidad medioambiental	240
C. Responsabilidad en el ámbito social y laboral	240
VI. Conclusiones	242
VII. Bibliografía	243

PARTE TERCERA
ECONOMÍA SOSTENIBLE

CAPÍTULO SÉPTIMO

DERECHO DE SOCIEDADES Y ECONOMÍA SOSTENIBLE

RAFAEL JORDÁ GARCÍA

Abogado, Socio de la firma J & A, Carrigues, SLP
Profesor Asociado de Derecho Mercantil
Universidad de Murcia

I. Introducción	250
II. Agilización en la constitución de sociedades	252
1. Régimen simplificado general para algunas SRL	254
A. Requisitos para constituir SRL por el régimen simplificado general	255
a. Socios personas físicas	255
b. Capital social	256
c. Estatutos. Especial referencia al órgano de administración	258
B. Medidas para la agilización de la constitución de las SRL que se acojan al régimen simplificado general	260

	Página
a. Reserva de denominación social.....	260
b. Otorgamiento de Escritura de Constitución ...	261
c. Inscripción registral	262
d. Relaciones con la Administración Tributaria..	263
e. Reducción de otros costes.....	264
2. Régimen especialmente simplificado para algunas SRL....	264
A. Requisitos para constituir SRL especialmente simplificados	265
a. Capital social.....	265
b. Estatutos.....	266
B. Medidas para la agilización de las SRL especialmente simplificados	267
3. Régimen menos simplificado para el resto de SRL y de sociedades mercantiles.....	269
III. Modificaciones de las obligaciones de publicidad para reducir cargas administrativas.....	270
1. Remisión de forma telemática y sin coste adicional alguno de actos al BORME.....	271
2. Posibilidad de publicación en la página web de la sociedad	272
A. Supuestos aplicables a las SA.....	272
B. Supuestos aplicables a las SRL.....	273
IV. Incidencia en la región de Murcia del Proyecto de Ley de Economía Sostenible en Materia de Sociedades.....	275
V. Conclusiones	278
VI. Bibliografía	278
CAPÍTULO OCTAVO	
GOBIERNO CORPORATIVO, ECONOMÍA SOSTENIBLE Y RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA	
LINDA NAVARRO MATAMOROS	
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil	
Universidad de Murcia	
I. Introducción	281

	Página
II. Gobierno corporativo «versus» responsabilidad social de la empresa.....	283
1. Algunas consideraciones generales sobre gobierno corporativo.....	283
2. El gobierno corporativo y la responsabilidad social de la empresa.....	285
III. Economía sostenible en el marco del Gobierno corporativo y la responsabilidad social de la empresa.....	286
1. Apuntes sobre economía sostenible.....	286
2. Relación entre economía sostenible, gobierno corporativo y responsabilidad social corporativa.....	291
IV. Conclusiones	296
V. Bibliografía	296

CAPÍTULO NOVENO

ORGANISMOS REGULADORES DE MERCADO Y ECONOMÍA SOSTENIBLE

ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Murcia

I. Introducción: Una Ley de Economía Sostenible.....	302
1. Origen del Proyecto de Ley de Economía Sostenible.....	302
2. Aspecto material y formal del Proyecto de Ley de Economía Sostenible.....	303
A. Base sustantiva: la sostenibilidad	303
B. Base formal: la transversalidad	305
II. Aproximación a los organismos reguladores.....	307
1. Preliminar.....	307
2. Marco general de los Organismos reguladores	308
A. Los Organismos reguladores en nuestro Ordenamiento.....	308

a. Los organismos incluidos en el Capítulo II del Título I del PLEST	311
b. Los organismos no incluidos en el Capítulo II del Título I del PLEST	312
c. Consejo Estatal de Medios Audiovisuales y Consejo de Seguridad Nuclear	315
d. Comité de Regulación Ferroviaria.....	316
B. Los Organismos reguladores en el Ordenamiento comunitario.....	317
III. Ordenación de los organismos reguladores	318
1. Consideraciones introductorias.....	318
2. Naturaleza y Régimen jurídico	319
3. Objeto de los organismos reguladores.....	321
IV. Principios de funcionamiento	322
1. Relación con las entidades públicas y privadas e independencia funcional.....	322
2. Reflejo de la autonomía e independencia en el Régimen orgánico.....	323
3. Transparencia y responsabilidad de los organismos reguladores	326
A. Publicidad de las actuaciones de los Organismos Reguladores	326
B. Control de los Organismos reguladores.....	327
a. Control parlamentario.....	327
b. Control judicial	328
4. Mecanismos de colaboración y cooperación de los organismos reguladores.....	328
IV. Conclusiones.....	329
V. Bibliografía de referencia.....	331

CAPÍTULO DÉCIMO INTERNET, DERECHOS FUNDAMENTALES Y ECONOMÍA SOSTENIBLE

GERMÁN M. TERUEL LOZANO
Becario de Investigación
Universidad de Murcia

I. Introducción	333
II. La sociedad de la información y el nuevo modelo de comunicación	334
1. La sociedad de la información.....	334
2. El nuevo modelo comunicativo social a partir de Internet	337
III. Internet: «Ubi societas, ibi ius»	340
1. El mito de la sociedad anárquica	340
2. La caída del mito y la necesidad de regular Internet.....	341
IV. Los derechos fundamentales en la regulación de Internet.....	344
1. Notas sobre los derechos fundamentales en Internet	344
2. El Legislador de Internet y los derechos fundamentales.....	347
3. La amenaza de la Ley de Economía Sostenible para los derechos fundamentales en la Red	348
A. La Disposición Final 2ª del Proyecto de Ley de Economía Sostenible: ¿Ley de la «parada» en el router?.....	348
B. Crítica constitucional.....	350
a. El objeto del proyecto de Ley.....	350
b. Intervención administrativa y separación de poderes.....	351
c. La libertad de expresión frente al procedimiento administrativo y la autorización judicial previa.....	355
V. Conclusiones.....	361
VI. Bibliografía	361

CAPÍTULO UNDÉCIMO

PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL
MARCO DE LA ECONOMÍA SOSTENIBLE

RAQUEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ
Licenciada en Derecho y Licenciada en Administración y Dirección de Empresas
Universidad de Murcia

Abogado de la forma J & A, Garrigues, SLP

I. Introducción	365
II. Protección de la propiedad intelectual: Requisito indispensable para un desarrollo económico sostenible.	368
1. Origen	369
2. Importancia de su protección	370
3. Doble vertiente regulatoria recogida en la Ley de Economía Sostenible	373
A. Mejora de la competitividad	374
a. Transferencia de resultados en la actividad investigadora	375
b. Promoción de los derechos de propiedad industrial	378
c. Formación, investigación y transferencia de resultados en el sistema universitario	380
d. Fiscalidad de las actividades de I+D+I	380
B. Sistema híbrido de protección	381
III. Alcance de la reforma introducida por la disposición final segunda de la Ley de Economía Sostenible	382
1. Motivación	382
2. Comisión de Propiedad Intelectual	384
3. Procedimiento	391
4. Ley Orgánica Complementaria de la Ley de Economía Sostenible	394
IV. Conclusiones	395
V. Bibliografía	396

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO

FISCALIDAD DE LA VIVIENDA Y SOSTENIBILIDAD
ECONÓMICA

MARÍA JOSÉ PORTILLO NAVARRO
Profesora Titular de Universidad
Economía Aplicada
Universidad de Murcia

I. Introducción	399
II. Incentivos fiscales en el IRPF a la adquisición y al alquiler de la vivienda habitual	401
1. La deducción por adquisición y rehabilitación de la vivienda habitual	402
A. El tramo estatal de la deducción por adquisición de la vivienda habitual	404
B. Modificaciones establecidas en el Proyecto de Ley de economía sostenible	407
C. El tramo autonómico de la deducción por adquisición de la vivienda habitual	410
D. Las deducciones propias autonómicas a la adquisición y a la rehabilitación de la vivienda habitual	412
2. La deducción por alquiler de la vivienda habitual	415
A. La deducción estatal por alquiler de la vivienda habitual	415
B. Modificaciones establecidas en el Proyecto de Ley de economía sostenible	416
C. Las deducciones propias por alquiler de la vivienda habitual de las autonomías	417
III. El rendimiento neto derivado del alquiler de la vivienda habitual. Situación actual y propuestas de reforma en el proyecto de ley de economía sostenible ...	418
IV. Conclusiones	420
V. Bibliografía	421

	Página
Disposiciones citadas.....	421

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

**LA ELEVACIÓN DEL UMBRAL DE INEMBARGABILIDAD DEL
SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL ANTE EL AUMENTO
DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS**

ISABEL GIRONA CASCALES

*Licenciada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas
Universidad de Murcia*

I. Introducción	425
II. Crisis financiera e inmobiliaria	426
III. Salario mínimo interprofesional	430
IV. Ejecuciones hipotecarias	435
V. Situación actual	437
VI. Medidas legislativas	442
VII. Conclusiones	447
VIII. Bibliografía	450

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

SOSTENIBILIDAD URBANA Y COOPERATIVISMO

M^{re} FUENSANTA GÓMEZ MANRESA

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad de Murcia*

I. Cooperativismo y entorno urbano sostenible: Reflexiones previas	453
II. El cooperativismo de vivienda y la recuperación de la ciudad: La rehabilitación y renovación urbanísticas	460
1. Régimen jurídico de la gestión del entorno urbano y de la vivienda. Especial referencia a la normativa de la Región de Murcia	461
2. La rehabilitación y renovación del paisaje urbano	468

III. Bibliografía	478
-------------------------	-----

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

**MEDIDAS FISCALES DE ESTÍMULO ECONÓMICO PARA LA
NUEVA ECONOMÍA SOSTENIBLE**

MARÍA DEL CARMEN PASTOR DEL PINO

*Profesora Colaboradora de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Politécnica de Cartagena*

M^{re} DEL MAR DE LA PEÑA AMORÓS

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Murcia*

I. Introducción: los ejes vertebradores de la Economía sostenible y las medidas previstas para su desarrollo ...	481
II. La mejora de la competitividad: medidas fiscales de estímulo económico	486
1. Medidas dirigidas a la simplificación y transparencia del sistema tributario	487
2. Medidas orientadas a la mejora de la tributación de trabajadores autónomos económicamente dependientes	490
3. Medidas de fomento innovador y tecnológico	491
III. La sostenibilidad medioambiental: conveniencia de las medidas fiscales de mejora	496
IV. Bibliografía	502

PÉREZ ARIZA, C., «La libertad de expresión, en el paradigma de las nuevas tecnologías y la sociedad de la información», *Revista latina de Comunicación Social*, n° 61, enero-diciembre, 2006, publicada en Internet en: <http://www.ull.es/publicaciones/latina/200611PerezAriza.htm>

PÉREZ LUÑO, A.-E., «Internet y la garantía de los derechos fundamentales», en AA VV, *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías. Con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos* (Coord. MURILLO VILLAR/BELLO PAREDES), Universidad de Burgos, Burgos, 2005, pgs. 13-39.

ROIG BATALLA, A., «El anonimato y los límites a la libertad en internet», en AA VV, *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información* (Coord. COTINO HUESO, L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pgs. 321-353.

RUBIO MORAGA, A. L., «Censura en la Red: restricciones a la libertad de expresión en Internet», publicado en la página web: <http://www.uem.es/info/hcs/angel/articulos/censurainternet.pdf>

SAAVEDRA LÓPEZ, M., *La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad*, Ariel, Barcelona, 1987.

SÁNCHEZ FERRIZ, R., «Las libertades públicas y su ejercicio en internet», en AA VV, *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información* (Coord. COTINO HUESO, L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pgs. 75-113.

SARTORI, G., *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid, 2008 (3ª ed.).

VERA SANTOS, J. M., «Derechos fundamentales Internet y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación», en AA VV, *Principios de Derecho de Internet* (Dir. GARCÍA MEXÍA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pgs. 189-246.

VILLATE, J., «Libertad de expresión en Internet», 2001. Disponible en el archivo del Observatorio para la CiberSociedad en la página web: <http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=37>.

Protección de la propiedad intelectual en el marco de la economía sostenible

Capítulo Undécimo

RAQUEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ
Licenciada en Derecho y Licenciada en Administración y Dirección de Empresas
Universidad de Murcia

Abogado de la firma J & A, Garrigues, SLP

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: REQUISITO INDISPENSABLE PARA UN DESARROLLO ECONÓMICO SOSTENIBLE. 1. Origen. 2. Importancia de su protección. 3. Doble vertiente reguladora recogida en la Ley de Economía Sostenible. A. Mejora de la competitividad. a. Transferencia de resultados en la actividad investigadora. b. Promoción de los derechos de propiedad industrial. c. Formación, investigación y transferencia de resultados en el sistema universitario. d. Fiscalidad de las actividades de I+D+I. B. Sistema híbrido de protección. III. ALCANCE DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA DE LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE. 1. Motivación. 2. Contorno de Propiedad Intelectual. 3. Procedimiento. 4. Ley Orgánica Complementaria de la Ley de Economía Sostenible. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo del presente capítulo, abordaremos las principales modificaciones introducidas por la futura Ley de Economía Sostenible en relación con la regulación de los derechos de propiedad intelectual, realizando una especial referencia al cuestionado sistema híbrido de protección que pretende introducirse a través de la Disposición Final Segunda de la referida ley, y ello no por haber resultado probablemente el aspecto más conflictivo de esta regula-

ción, sino por las importantes consecuencias jurídicas que la misma lleva aparejada.

En primer lugar, a fin de poder comprender el marco en el que se encuadran las reformas relativas a la propiedad intelectual, sin perjuicio de lo ya expuesto los capítulos precedentes, resulta oportuno realizar aquí una breve referencia a los objetivos que se pretenden alcanzar con la futura entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible, resultando así imprescindible acudir para ello a su Exposición de Motivos, por ser allí donde se refleja [o al menos se intenta reflejar] el espíritu de la norma.

En este sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Economía Sostenible (PLEST) encuadra esta reforma legislativa dentro de una compleja estrategia gubernamental en la que se incluyen iniciativas legislativas, reglamentarias y administrativas, tendentes todas ellas hacia la consecución de un sólido crecimiento sostenible.

De esta forma, la «sostenibilidad» se configura como la columna vertebral de una reforma normativa que afecta a numerosos y diferentes sectores económicos de forma transversal, motivo por el cual resulta de vital importancia partir de una correcta definición de este concepto.

Así, aunque siguiendo lo dispuesto por la Real Academia Española de la Lengua podemos entender perfectamente que un proceso es sostenible cuando «*puede mantenerse por sí mismo, como lo hace por ejemplo un desarrollo económico sin ayuda exterior ni merma de los recursos existentes*», dada su importancia en la propia Exposición de Motivos se especifica la triple dimensión de la sostenibilidad buscada, debiendo entenderse así como meta a alcanzar el desarrollo sostenible «*en tres sentidos: económicamente, esto es, cada vez más sólido, asentado en la mejora de la competitividad, en la innovación y en la formación; medioambientalmente, que haga de la imprescindible gestión racional de los medios naturales también una oportunidad para impulsar nuevas actividades y nuevos empleos; y sostenible socialmente, en cuanto promotor y garante de la igualdad de oportunidades y de la cohesión social*»¹.

1. Proyecto de Ley de Economía Sostenible (PLEST), Exposición de Motivos, pg. 17.

Centrándonos en la materia relativa a la propiedad intelectual, podemos ver que ésta ha sido tratada en el PLEST desde una doble perspectiva: en primer lugar, en el Capítulo V del Título II, titulado «*Ciencia e Innovación*», se ofrece un impulso a las actuaciones tendentes a aumentar la competitividad, reforzando así especialmente el carácter patrimonial de los resultados de la actividad investigadora y del derecho a solicitar los correspondientes títulos de propiedad industrial e intelectual para su protección², mientras que por otra parte, en virtud de la Disposición Final Segunda (DF 2ª), se introduce un nuevo sistema híbrido de protección de los derechos de propiedad intelectual.

Como ya anticipábamos al comienzo de este trabajo, dada la especial trascendencia jurídica del nuevo sistema de protección de la propiedad intelectual que pretende ser introducido por la Disposición Final Segunda del PLEST³, éste no sólo se convertirá

2. En este sentido, el PLEST ha prestado una gran importancia a la regulación de los mecanismos que van a facilitar el traspaso del sector público al sector privado de los resultados obtenidos a través de la actividad investigadora realizada fundamentalmente en Universidades y Organismos Públicos, yaciendo la idea de que el esfuerzo presupuestario realizado en la investigación pública debe trasladar sus beneficios al mercado de tal manera que, en última instancia, permita aumentar la competitividad de las empresas españolas.

3. Este sistema de protección ha sido el aspecto más cuestionado del PLEST, habiendo protagonizado ya una esencial modificación desde su plantamien to inicial en el Anteproyecto, donde en un primer momento no se recogía ni tan siquiera formalmente la necesaria intervención judicial en medidas tan delicadas con el cierre de páginas web. Así, aunque el Pleno del Congreso rechazó en septiembre de 2010 las cinco enmiendas a la totalidad que habían sido presentadas (y ello con un reducido margen de 176 votos en contra frente a 169 votos a favor), debe tenerse en cuenta que en fecha 21 de diciembre de 2010 se aprobó la enmienda número 820 para su supresión presentada por el Grupo Parlamentario Popular, habiendo sido salvada únicamente esta reforma, aunque con ciertos matices diferenciadores, gracias a la enmienda n.º 568 propuesta el 28 de enero de 2011 por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia i Unió, al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento de Senado. En cualquier caso, no debemos restar importancia en esta materia al necesario desarrollo reglamentario que deberá seguir a la Ley de Economía Sostenible tras su aprobación definitiva, ya que el abuso de conceptos jurídicos indeterminados y las remisiones al desarrollo reglamentario efectuadas por el propio texto legislativo, rebajan a la categoría de reglamento cuestiones de gran trascendencia.

en el indiscutible protagonista del presente capítulo, sino que, además, ha sido objeto de una especial reflexión desde la perspectiva del respecto a los Derechos Fundamentales en el capítulo anterior.

II. PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: REQUISITO INDISPENSABLE PARA UN DESARROLLO ECONÓMICO SOSTENIBLE

Actualmente podría considerarse prácticamente como un axioma el hecho de que el desarrollo tecnológico se configura como el principal impulsor de la productividad de un país, lo que sin duda arrojará resultados en la capacidad competitiva.

En este sentido, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la persistencia en el tiempo de un desarrollo económico creciente y sostenible, depende en gran medida de la capacidad que tengan sus habitantes no sólo para mantener un constante desarrollo del conocimiento, sino también de su capacidad para transformarlo en un aumento efectivo de la productividad, ya que «*la historia de las economías desarrolladas demuestra que el aumento de la producción ha dependido más de la tecnología que de los factores tradicionales: capital y trabajo*». La «*teoría del crecimiento endógeno*» hace referencia, en este sentido, a dos mecanismos fundamentales que benefician el crecimiento económico: la inversión en formación de la fuerza laboral y en investigación científica y desarrollo tecnológico (I+D)⁴.

Por este motivo, la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos dedican una amplia protección a los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual, siendo así en última instancia los sistemas de protección de tales derechos los últimos garantes tanto de su existencia, como de su propia creación⁵.

4. PAMPLÓN OLIMEDO, R., «Los derechos de propiedad intelectual e industrial (PI): importancia e implicaciones en la competitividad de la economía española», en AA VV, *La Propiedad Intelectual e Industrial: garantía del conocimiento*, Edit. Circulo de Empresarios, Madrid, 2009, Pgs. 165-194.

5. En este sentido, no debemos olvidar que con la protección de los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual se busca en última instancia el incentivo a la creación de los mismos, teniendo así éstos un doble ámbito: (i) desde el punto de vista privado, se concede a sus creadores un derecho sobre ellos que podríamos calificar en un sentido amplio como «monopolio con fecha de caducidad» (pues recordemos que todos estos derechos se conceden con límites temporales), y (ii) desde el punto de vista social, qué duda cabe de que estas «creaciones» benefician a la socie-

Como ya anticipábamos al principio, en el presente trabajo nos vamos a centrar en los derechos de propiedad intelectual, por ser éstos los más afectados por la reforma planteada en el PLEST, si bien el paralelismo entre ambos derechos determinará que, en ocasiones, debamos hacer una referencia conjunta a los mismos (vgr. el propio PLEST los aborda de manera conjunta a los mismos citado Capítulo V del Título II, titulado «Ciencia e Innovación»).

1. ORIGEN

A pesar de que la defensa de los derechos de propiedad intelectual se ha convertido en el tema estrella de los últimos años, configurándose en la actualidad como un especial derecho a la propiedad privada, dentro de los que se engloban derechos morales, patrimoniales y de remuneración, lo cierto es que su origen se remonta al siglo XV, habiendo variado sustancialmente su consideración a lo largo del tiempo.

Como no podía ser de otra forma, el concepto primitivo de propiedad intelectual surgió de la mano de la aparición de la imprenta en torno al año 1450, dado que esta genial invención «*no sólo reproducía masivamente los textos, sino que vino acompañada de una regulación económico-jurídica desconocida hasta la fecha*»⁶. No obstante, su configuración dista bastante de la actual, ya que el concepto de autoría estaba ligado al Derecho Penal, al surgir como medio de censura y no como plataforma de protección de los derechos de autoría.

Así, hasta el s. XVIII, en la época de la Ilustración francesa, no se dejó atrás esta concepción penalista para dar paso a una nueva concepción del autor, ligada a una concepción positiva de sus derechos sobre las obras creadas, dando paso con ello a un concepto próximo al Derecho Laboral (vgr. derecho a recibir una remuneración por la creación de una obra literaria), si bien la concepción actual no se alcanzó hasta el siglo XIX, uniéndose así en Norteamérica el concepto de propiedad intelectual al Derecho

dad en su conjunto, especialmente una vez superados los referidos límites temporales.

6. SÁBADA RODRÍGUEZ, I., *Propiedad Intelectual: bienes públicos o mercancías privadas?*, Edit. Los Libros de la Catarata, Madrid, 2008, pg. 29.

Mercantil, al advertirse en estos momentos la oportunidad de premiar estas creaciones en beneficio de una sociedad que podrá disfrutar de ellas⁷.

Llegados a este punto, debemos hacer una distinción entre los enfoques europeo y anglosajón de los sistemas de regulación de la propiedad intelectual, ya que, aunque el carácter territorial de estos derechos convierte en inexacta cualquier generalización al respecto, la realidad práctica muestra notas comunes en cada zona que permiten establecer una clara diferenciación entre los dos modelos, basada principalmente en el concepto de autoría. Así, mientras el *copyright* de aplicación en los países anglosajones se vertebra a través de una perspectiva más puramente mercantilista, con una mayor amplitud del concepto de autor, llegando a reconocer derechos de *copyright* a personas que pueden no coincidir con el «creador» de la obra (vgr. se permite conceder la autoría de una obra a una persona jurídica), en el continente europeo puede afirmarse que su principio vertebrador en los derechos de autor radica en la protección del autor entendido como creador moral de la obra, limitándose en mayor medida la transmisión de sus derechos⁸.

2. IMPORTANCIA DE SU PROTECCIÓN

Como ya se ha anticipado en diversas ocasiones, la búsqueda del progreso económico sostenible pasa necesariamente por po-

7. SARADA RODRÍGUEZ, I., *Propiedad Intelectual*, ob. cit., pgs. 29-40. El autor recoge de manera muy sintética y clara esta idea al afirmar que «*Heredando las versiones anteriores, los padres del liberalismo norteamericano fundaron una doctrina instrumental de la PI, basada en la idea de equilibrio entre incentivos individuales y beneficios sociales. Superando las nociones de autoría como dispositivo de control penal o como mero trabajo intelectual a remunerar, la adaptación de los derechos de propiedad intelectual que hace EE UU en el siglo XIX supone un intento de compensar la creación artística a cambio de fomentar el progreso colectivo; un "derecho condicionado", por tanto. El copyright ya no filtra los contenidos ni es un puro mecanismo de retribución laboral. Ahora es una concesión de alcance limitado que estimula o alimenta la actividad creadora y artística. La obra intelectual se crea para el disfrute y beneficio del cuerpo social.*».

8. En el enfoque europeo, donde encuadra perfectamente el sistema español, subyace la presunción de que el autor [creador] es la partes más débil en los contratos de transmisión de los derechos derivados de su obra, permitiéndose en cualquier caso únicamente la transmisión de los derechos de explotación o patrimoniales.

tenciar la vía de conocimiento, por incentivar la creatividad y la aplicación de los conocimientos teóricos de manera que se traduzcan en una ventaja competitiva respecto al resto de países.

Así, la propia Exposición de Motivos del PLEST afirma literalmente que «*la presente Ley de Economía Sostenible es una de las piezas más importantes de la Estrategia ya que aborda, transversalmente y con alcance estructural, muchos de los cambios que, con rango de ley, son necesarios para incentivar y acelerar el desarrollo de una economía más competitiva, más innovadora, capaz tanto de renovar los sectores productivos tradicionales como de abrirse decididamente a las nuevas actividades demandantes de empleos estables y de calidad*»⁹.

Ahora bien, muy probablemente la mayoría de los lectores piensen que este modelo de crecimiento está evidentemente relacionado con los derechos de propiedad industrial, tradicionalmente relacionados con la productividad empresarial (vgr. a nadie se le escapa que los derechos de explotación de una patente relacionada con un producto realmente novedoso y de gran aceptación por el mercado genera grandes beneficios tanto la titular del derecho de explotación como para el resto de la sociedad, pues no sólo se verá ésta beneficiada al poder disfrutar de un producto hasta entonces inexistente, sino que una vez finalizado el tiempo de explotación en exclusiva, muchos otros productores podrán introducirlo también en el mercado rompiendo así con el monopolio temporal creado por la patente), pero no serán menos los que olviden el importante papel que juegan los derechos de propiedad intelectual, ya que no existe en la actualidad una conciencia social respecto.

Así, pese a que «*la propiedad intelectual es uno de los sectores más dinámicos que en la actualidad existe, representando en los países occidentales más del 7% del PIB de los mismos*»¹⁰, lo que se traduce por otra parte en un sector generador de gran número de empleos, paradójicamente la piratería de contenidos digitales alcanzó en

9. Ésta es la frase con la se puede afirmar que concluye la Exposición de Motivos del PLEST la justificación de su redacción, antes de pasar a realizar una análisis pormenorizado de su composición.

10. TOURNÉ ALÉGRE, J. M., «Propiedad intelectual en la sociedad de la información», *Diario La Ley*, n° 4, Sección Temas de hoy, 14 de diciembre de 2006.

España la tasa del 77% durante el primer semestre de 2010, según los datos facilitados por el Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales, elaborado por la consultora IDC¹¹.

La sociedad de la información ha hecho tambalear a los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, quienes se han visto incapaces de ofrecer una regulación acorde con las necesidades de una sociedad tecnológica en constante evolución, resultando así inviable en la práctica poder mantener una evolución paralela entre el ordenamiento jurídico (lastrado por las inherentes formidades de sus reformas) y el desarrollo tecnológico, lo que derivaba en un vacío legal que en muchas ocasiones frenaba el desarrollo económico¹².

La primera reacción clara a nivel europeo la encontramos a mediados de la década de los noventa, con el Libro Verde de la Comisión Europea, de fecha 27 de julio de 1995, sobre los derechos de autor y los derechos afines a la sociedad de la información, siendo así el primer paso hacia la búsqueda del necesario equilibrio [aún no logrado] entre el desarrollo de las tecnologías y el respeto de derechos tan importantes como los industriales y los intelectuales.

11. Este estudio tiene una periodicidad semestral, computándose los datos obtenidos en el semestre anterior. La finalidad perseguida con su elaboración radica en el análisis de la piratería *online* de contenidos digitales en España (música, videojuegos, películas y libros), así como de ciertos hábitos de consumo por internet. El mercado geográfico relevante es el consumidor doméstico (España) sobre la base del universo de usuarios online (internautas), según las mediciones de Nielsen Online, que realiza el trabajo de campo. De esta forma, la ficha técnica del estudio queda como sigue: (a) muestra demanda, encuesta entre 6.040 usuarios de un panel online de más de 72.000 panelistas; (b) representatividad, la muestra es representativa de adultos comprendidos entre los 16 y los 55 años, conforme a las cuotas de sexo y comunidad autónoma según datos de población general; y (c) error muestral, para un intervalo de confianza del 95%, donde $p=0,5$, el error muestral es de tan sólo el 1,3%.

12. Aunque la diversidad y complejidad de las dimensiones de los derechos de propiedad intelectual imposibilitan la enumeración taxativa de sus vulneraciones, podríamos clasificar en cuatro modalidades las principales conductas lesivas, siendo éstas las siguientes: las descargas de la red, la venta ambulante de copias ilegales, las fotocopias y digitalizaciones de soportes en papel (v. gr. libros) y las copias entre conocidos.

No obstante, la existencia de diversos grupos de presión con objetivos enfrentados ha provocado una insuficiencia normativa, así, «mientras unos y otros se ponían de acuerdo, aparecieron los medios para desproteger la música, el cine, los libros, etc., los programas de compración de archivos para que su envío a través de Internet resultara más ágil y la velocidad de las comunicaciones se ha ido multiplicando hasta límites insospechados apenas hace 5 años. Todo ello ha configurado una sociedad de la información en la que el respeto a los derechos de propiedad intelectual es casi inexistente y los consumidores se niegan a pagar por algo que pueden obtener gratis con ningún riesgo»¹³.

Pero el problema no sólo radica en la arraigada permisividad de la sociedad respecto a estas conductas ilegales, lo que sin duda ya resulta por sí mismo alarmante, sino que, además, se está comenzando a generalizar paralelamente la idea de que no es rentable crear, pues este último extremo puede derivar en una ausencia de actividad investigadora e inversiva que en el medio-largo plazo suponga una losa tan pesada para nuestras sociedad que no le permita competir en un mercado globalizado.

Sin embargo, pese a la gravedad del problema, a día de hoy todavía no se ha conseguido alcanzar una solución satisfactoria, habiéndose enfocado la práctica totalidad de las soluciones propuestas hacia la persecución de aquellos que quebrantan estos derechos de propiedad industrial, obcecados con la meta de superar los inconvenientes existentes en su investigación (v.gr. la propia identificación de aquel que comete el ilícito), tratando así únicamente de elaborar una legislación adecuada junto a un aumento de la persecución de los mismos.

No obstante, cegados por esta meta [convertida en casi una obsesión] se ha dejado olvidada una de las más importantes parcelas de actuación en esta materia, que no es otra más que la sensibilización de una sociedad que debe asumir como necesario el rechazo social hacia este tipo de prácticas.

3. DOBLE VERTIENTE REGULATORIA RECOGIDA EN LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

EL PLEST, con la finalidad de lograr un desarrollo económico

13. TOURNÉ ALLEGRE, J. M., «Propiedad intelectual en la sociedad de la información», *est. cit.*

sostenible que derive en un aumento de la competitividad de las empresas españolas, aborda la regulación desde una doble perspectiva: (A) en un primer bloque de medidas, establecidas en el Capítulo V del Título II, pretende impulsar la investigación y la innovación, facilitando en un primer plano la vinculación de estos resultados a la actividad empresarial a fin de mejorar su competitividad; y (B) introduce un sistema híbrido de protección administrativa-judicial con el fin de agilizar la protección para agilizar la protección de los derechos de propiedad intelectual.

A. Mejora de la competitividad

A pesar de que tal y como se anticipó, el objetivo del presente trabajo pasa por realizar una especial reflexión relativa al nuevo sistema de protección de los derechos de propiedad intelectual que se ha introducido en el PLEST a través de la Disposición Final Segunda, resulta oportuno aquí realizar al menos una breve referencia al Capítulo V del Título II, ya que bajo el título «Ciencia e Innovación» introduce también importantes novedades en materia de derechos de propiedad industrial y propiedad intelectual, ya que, siendo éstos inherentes a la actividad emprendedora [y, por ende, a los incrementos de la competitividad], se configuran como unos pilares fundamentales en la creación de un modelo de desarrollo económico que conjugue eficiencia y sostenibilidad.

En este sentido, debe destacarse aquí el análisis del impacto económico y presupuestario recogido en la Memoria del Análisis del Impacto Normativo del Proyecto de Ley de Economía Sostenible, en la que tras realizarse una estimación cuantitativa de los efectos que podría tener alcanzar el objetivo, fijado en la Estrategia de Economía Sostenible, de llegar a un nivel de inversión en I+D del 3% del Producto Interior Bruto (PIB) en el 2020, con un incremento lineal de la misma, se afirma [cuestionablemente] que los principales resultados en el horizonte 2020 serían: un aumento del PIB del 0,79%, un aumento de la productividad total de los factores del 0,74%, un aumento de la inversión del 0,26%, un aumento del consumo del 0,63% y un aumento de las exportaciones del 0,79%¹⁴.

14. Memoria del Análisis del Impacto Normativo del Proyecto de Ley de Economía Sostenible, Impacto económico y presupuestario, pgs. 58-59.

Ahora bien, no debemos perder de vista que, tal y como la propia memoria indica, la batería de medidas incluidas en el referido Capítulo V del Título II no garantizan por sí mismas el logro de este objetivo, sino que tan sólo contribuirán a su alcance en la medida en que una vez entradas en vigor, y habiendo sido adecuadamente desarrolladas a nivel reglamentario, resulten efectivamente útiles en la práctica, por lo que si bien es pronto para poder aventurar unos datos mínimamente fiables, sí resulta oportuno recoger aquí estas estimaciones a fin de resaltar las importantes consecuencias que tiene para un sistema económico contar con un fuerte apoyo estas materias.

Este Capítulo V se estructura en (a) una Sección Primera, cuyo objetivo principal pasa por facilitar la transferencia de resultados en la actividad investigadora (b) una Sección Segunda en la que se trata de promocionar los derechos de propiedad industrial (c) una Sección Tercera dedicada a la formación, investigación y transferencia de resultados en el sistema universitario y (d) una última Sección Cuarta destinada a mejorar la fiscalidad de las actividades de I+D+I.

a. Transferencia de resultados en la actividad investigadora

Atendiendo a lo dispuesto en la propia Exposición de Motivos del PLEST, «la Sección 1ª del Capítulo V se dedica a la transferencia de los resultados de la actividad investigadora, facilitando que los centros de investigación puedan transferir conocimientos al sector privado y fomentando la cooperación de los agentes públicos y privados a través de la participación en empresas innovadoras de base tecnológica»¹⁵.

De esta forma, el PLES recoge en esta Sección Primera cuatro artículos, los art. 53 a 56, los cuales pueden resumirse sucintamente como sigue:

- Estas medidas serán de aplicación de los Organismos públicos de investigación, universidades públicas, fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles estatales y otros centros de investigación dependientes de la Administración General del Estado (AGE), en lo que respecta a

15. Proyecto de Ley de Economía Sostenible, Exposición de Motivos, pg. 10.

las actividades de investigación, desarrollo e innovación (la llamada I+D+I).

- El sector público afianza su propiedad respecto a los resultados obtenidos como consecuencia de las anteriores actividades, estableciendo que, tanto los resultados de las actividades de investigación como los derechos a solicitar los correspondientes títulos de propiedad industrial para su protección jurídica, pertenecen a las entidades cuyos investigadores los hayan obtenido.
- Se facilita la cooperación público-privada, permitiendo al sector público participar en el capital de sociedades mercantiles cuyo objeto social radique en estas actividades de investigación y desarrollo.

- Con el objetivo de flexibilizar el traspaso de estos resultados al sector privado y potenciar así su efecto positivo en la competitividad empresarial, estable un régimen que facilita notablemente su traspaso, rigiéndose éste por el derecho privado, si bien estableciéndose ciertos límites en un ejemplo y ambiguo artículo 55. Así, aunque parece que la regla general podría resumirse sintéticamente en que se puede acudir a la adjudicación directa (al menos en primer lugar) cuando nos encontramos ante cesiones entre organismos del sector público o entre copropietarios, mientras que el sistema para la transmisión pura hacia el sector privado debe efectuarse en un procedimiento basado en la concurrencia competitiva, lo cierto es que el abuso de conceptos jurídicos indeterminados en dicho artículo genera una gran inseguridad jurídica al respecto, y ello no sólo porque parece que se deja una puerta abierta al sector público para que escape de la adjudicación en concurrencia competitiva¹⁶, sino porque incluso se establece un mecanismo que

16. El artículo 55, del PLEST, en sus apartados 3 y 4 establece que: «3. La transmisión de derechos se llevará a cabo mediante adjudicación directa en los siguientes supuestos: a) Cuando los derechos se transmitan a otra Administración Pública o, en general, a cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público. A estos efectos, se entenderá por persona jurídica de derecho público perteneciente al sector público la sociedad mercantil en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una o varias Administraciones Públicas o personas jurídicas de derecho público. b) Cuando los

permite al sector público recuperar parte de los beneficios generados por el sector privado tras la transmisión del derecho¹⁷.

derechos se transmitan a una entidad sin ánimo de lucro, declarada de utilidad pública. c) Cuando fuera declarado desierto el procedimiento promovido para la enajenación o éste resultase fallido como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del adjudicatario, siempre que no hubiese transcurrido más de un año desde la celebración de los mismos. En este caso, las condiciones de la enajenación no podrán ser mejores de las anunciadas previamente o de aquellas en que se hubiese producido la adjudicación. d) Cuando la titularidad del derecho correspondiera a dos o más propietarios y la venta se efectúe a favor de uno o más copropietarios. e) Cuando la transmisión se efectúe a favor de quien ostente un derecho de adquisición preferente. f) Cuando la titularidad del derecho correspondiera a dos o más propietarios alguno de los cuales no perteneciera al sector público, y el copropietario o copropietarios privados hubieran formulado una propuesta concreta de condiciones de la transmisión. En este caso, los copropietarios públicos deberán aprobar expresamente las condiciones propuestas, previa verificación de la razonabilidad de las mismas. g) Cuando por las peculiaridades del derecho, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación proceda la adjudicación directa. h) Cuando resulte procedente por la naturaleza y características del derecho o de la transmisión, según la normativa vigente, como en los casos de las licencias de pleno derecho o de las licencias obligatorias. 4. En supuestos distintos de los enumerados en el apartado anterior, para la transmisión deberá seguirse un procedimiento basado en la concurrencia competitiva de interesados, en el que se garantice una difusión previa adecuada del objeto y condiciones de la misma, que podrá realizarse a través de las páginas institucionales mantenidas en internet por el organismo o entidad titular del derecho y el Departamento ministerial del que dependa o al que esté adscrito. En dicho procedimiento deberá asegurarse, asimismo, el secreto de las posiciones y la adjudicación a la postulación económicamente más ventajosa». De esta forma, podemos comprobar como de su redacción se desprenden serias dudas acerca de los subapartados g) y f) del *ter* artículo 55.3 del PLEST, por cuanto la ambigüedad de los conceptos jurídicos indeterminados en ellos recogidos dejan abierta la posibilidad de que el sector público escape al sistema de transmisión al sector privado mediante un procedimiento basado en la concurrencia competitiva de los interesados.

17. El artículo 55, del PLEST, parte en su apartado 5 de que la transmisión de los resultados se hará siempre con una contraprestación que se corresponda con su valor de mercado, dando incluso un paso más en el siguiente apartado al permitir que, aun en el caso de que el sector público haya realizado la transmisión sin tener en cuenta determinadas circunstancias que, de haberse analizado, habrían derivado en un mayor valor de la misma, se permite que se pueda resarcir de su propio error. Así, el art. 55.6 PLEST recoge que: «Cuando se transfiera la titularidad del derecho a una entidad privada deberá preverse, en la forma que reglamentariamente se determine, la inclusión en el contrato de cláusulas de mejor fortuna que permitan a las entidades públicas recuperar parte de las plusvalías que se obtengan en caso de sucesivas transmisiones de los derechos

De esta forma, este primer bloque de artículos resultan de espacial transcendencia de cara a crear un verdadero sistema de traspaso de conocimientos entre el sector público y el sector privado, que permita derivar así la inversión presupuestaria en I+D+I hacia la efectiva mejora de la competitividad del tejido empresarial español. No obstante, la imprecisión de sus términos y la remisión al posterior desarrollo reglamentario deben al menos ponernos en alerta a la hora de poder valorar su efectividad práctica, ya que a la vista de la configuración actual del sistema parece que existe demasiada inseguridad jurídica en estos traspasos que debe ser erradicada por la vía del reglamento.

b. *Promoción de los derechos de propiedad industrial*

A través de la Sección Segunda de este Capítulo, «se impulsa la articulación de mecanismos que permitan una tramitación preferente de las patentes relativas a los objetivos de sostenibilidad de a los que se refiere esta ley, y se establece una reducción del 18 por ciento, en tres años, de las diversas tasas en materia de propiedad industrial»¹⁸.

Ahora bien, pese a que a primera vista puede parecer que estas medidas no pueden ser en ningún caso calificadas como verdaderamente beneficiosas, pues lo cierto es que el espíritu de esta batería de medidas, articuladas en los art. 57 a 59 del PLEST, radica en promocionar la difusión y utilización de los derechos de propiedad industrial y facilitar su obtención (vía agilización de los trámites y reducción de las tasas), debemos matizar que:

- Por lo que respecta a la reducción progresiva de las tasas que globalmente deberá alcanzar el 18% en el periodo 2010-2012, respecto a las tasas vigentes a 31 de diciembre de 2009 (art. 58.1 PLEST), lo cierto es que no debemos

o cuando debido a circunstancias que no se hubieran tenido en cuenta en el momento de la tasación, se apreciase que el valor de transferencia de la titularidad del derecho fue inferior al que hubiera resultado de tenerse en cuenta dichas circunstancias». De esta forma, se está rebajando al nivel reglamentario la determinación del establecimiento de unas cláusulas contractuales de vital importancia para la seguridad jurídica de las transmisiones, cláusulas que en cualquier caso deberán quedar perfectamente definidas en cada uno de los casos.

18. Proyecto de Ley de Economía Sostenible, Exposición de Motivos, pg. 10.

olvidar que la mayor inversión que debe realizarse a la hora de obtener una patente no radica en el abono de las tasas, sino en todo el proceso de I+D+I que lleva a la obtención de una invención patentable (es decir, nueva, que implique una actividad inventiva y que tenga aplicación industrial) es el concepto que sin duda alguna en la práctica totalidad de los casos eleva los costes [en sentido amplio, no sólo administrativos] de obtención de la patente.

- En segundo lugar, porque existe un evidente riesgo a la hora de agilizar los trámites para la obtención de la patente, pues no debemos olvidar que una reducción de los tiempos de la concesión puede derivar en una disminución de las garantías que permiten concluir que realmente nos encontramos ante una invención patentable, cuestión esta de gran importancia si tenemos en cuenta que debemos evitar por todos los medios la concesión de un monopolio temporal de explotación si realmente la invención no resulta patentable, y ello no sólo porque no resulta lícito conceder tan importante beneficio a quien no se lo merece, sino también porque debe existir una mínima seguridad para el que le es concedida, pues en caso de no ser merecedora de la misma los terceros podrían acudir a los tribunales para salvaguardar sus intereses¹⁹ (v.gr. cuando se concede una patente podrían ponerse en marcha grandes inversiones en maquinaria y materia prima para producir el nuevo invento que sólo resultarían rentables si tenemos en cuenta el período de monopolio legal concedido).

- En último lugar, no queda delimitada la preferencia de la tramitación de las solicitudes y patentes y modelos de utilidad relativas a tecnologías relacionadas con los objetivos de sostenibilidad de la Ley (art. 59.4 PLEST), volvemos a encontrarnos con el problema de la ambigüedad legislativa para un tema tan relevante como la posibilidad de que determinadas solicitudes «se cuelen en la cola» de las tramitaciones.

19. Véase, en este sentido, los artículos 37 y 40 de la Ley de Patentes, en las que se afirma claramente que éstas se conceden sin perjuicio de terceros.

En cualquier caso, deberemos esperar a su puesta en práctica para poder realizar una valoración más detallada de toda esta batería de medidas.

c. *Formación, investigación y transferencia de resultados en el sistema universitario*

La Sección Tercera «favorece la investigación universitaria, estableciendo al mismo tiempo medidas que facilitan la transferencia al sector productivo»²⁰, recogiendo así un paquete más de principios que de medidas concretas, tendentes a reducir una de las principales enfermedades de nuestra sociedad, que no es otra más que la gran distancia existente entre las Universidades y la red empresarial, tratando para ello de:

- Adecuar los contenidos formativos a las demandas del mercado.
- Mejorar las infraestructuras y los medios materiales y personales de las universidades españolas.
- El fomento de la colaboración entre universidades y sector productivo.

Así, esta Sección Tercera está formada por los art. 60 a 64, en cuales se refleja perfectamente la importancia que debe tener para una economía sostenible la existencia de unas bases formativas no sólo adecuadas a las necesidades presentes y futuras de la sociedad, sino también en estrecha colaboración con el mundo empresarial.

d. *Fiscalidad de las actividades de I+D+I*

En último lugar, gracias a la Sección Cuarta, «fiscalmente se incrementa la deducción en el Impuesto sobre Sociedades, del 8 al 12 por ciento, de las actividades de innovación tecnológica»²¹, siendo ésta una medida que sin duda se configurará como un aliciente más para que las empresas lleven a cabo actividades de I+D+I, si bien quizás parece que dada la importancia de este tipo de investigación empresarial, podría haber resultado oportuno aprovechar la ocasión para aumentar en mayor medida sus beneficios fiscales.

20. Proyecto de Ley de Economía Sostenible, Exposición de Motivos, pg. 10.
21. Proyecto de Ley de Economía Sostenible, Exposición de Motivos, pg. 10.

B. *Sistema híbrido de protección*

Sin duda alguna uno de los aspectos más controvertidos del Proyecto de Ley de Economía Sostenible lo encontramos su Disposición Final Segunda (ubicada en originariamente en el Anteproyecto como Disposición Final Primera, y en unos términos que distaban mucho de la necesaria constitucionalidad, habiendo sido suprimida en fecha 21 de diciembre de 2010 e introducida como Disposición Final Nueva en fecha 28 de enero de 2011 con nuevas modificaciones), en virtud de la cual se introduce un paquete de reformas legales tendentes a la creación de un nuevo sistema híbrido administrativo-judicial tendente [o al menos así se afirmaba en la Exposición de Motivos] a «introducir un régimen de protección de la propiedad intelectual coherente con las previsiones de la Ley 30/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y que tome en consideración tanto las necesidades de una actuación ágil y efectiva frente a las vulneraciones de la misma realizadas mediante la puesta disposición de contenidos en la web, como las garantías de los derechos que pudiesen verse afectados y, muy especialmente, la intervención judicial en garantía de la libertad de expresión e información».

De esta forma, para poder instaurar este sistema de protección de los derechos de propiedad intelectual, se ven modificadas la ya citada Ley 30/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI-CE), el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) y la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), a lo que debe sumarse el Proyecto de Ley Orgánica, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, por el que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LPOJ).

Así, con esta reforma legislativa planteada por el PLEST, se pretenden reforzar las medidas de protección de los derechos de propiedad intelectual, creando al efecto una renovada Comisión de Propiedad Intelectual, creada en el seno del Ministerio de Cultura, facilitándola para que pueda adoptar medidas tendentes a la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o retirar contenidos que vulneren la propiedad inte-

lectual por un prestador con ánimo de lucro. Aunque eso sí, supe-
rada ya la redacción inicial del Anteproyecto, este tipo de actuaciones
requerirá la previa autorización judicial conforme a un
brevisimo y sencillo procedimiento que la propia Disposición Final
Segunda establece, «intentando» así garantizar la constitucional-
dad del sistema.

De esta forma, dada la complejidad normativa que este sis-
tema acarrea, pasaremos a continuación a realizar un detallado
análisis el mismo.

III. ALCANCE DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA DIS- POSICIÓN FINAL SEGUNDA DE LA LEY DE ECONO- MÍA SOSTENIBLE

A fin de facilitar la comprensión de esta batería de modifica-
ciones legislativas introducidas por la Disposición Final Segunda
del PLEST, realizaremos a continuación un estudio individualizado
de los aspectos más relevantes del nuevo sistema creado para pro-
teger los derechos de propiedad intelectual.

1. MOTIVACIÓN

La realidad social se convierte en la prueba más objetiva de la
insuficiencia de los sistemas ya existentes a fin de lograr una rápida
protección de los derechos de propiedad intelectual, y es que el
continuo y exponencial avance de las nuevas tecnologías ha con-
vertido a la red como una plataforma de comunicación en la que
parece que «todo vale».

No obstante, debemos reflexionar sobre la necesidad de efec-
tuar continuas reformas legales tendentes a facilitar la investiga-
ción de las vulneraciones de estos derechos, o si por el contrario,
puede resultar más efectiva la sensibilización de la sociedad sobre
los importantes daños y perjuicios que causas con sus actuaciones.

En este sentido, resulta oportuno destacar aquí que «tres son
los tipos de medidas propuestas por la Organización Mundial de la Propie-
dad Intelectual (OMPI) para perseguir este tipo de actividades: sensibiliza-
ción de la sociedad, legislación adecuada y aplicación de leyes»²².

22. TOURNÉ ALLEGRE, J. M., «Propiedad intelectual en la sociedad de la informa-
ción», *est. cit.*

Sin embargo, parece que los poderes legislativos de los países
occidentales olvidan esta primera rama de actuación, la sensibiliza-
ción de una sociedad que no es consciente de los importantes
perjuicios que causa con la vulneración de los derechos de propie-
dad intelectual.

Como ya se ha dicho, la tasa de la piratería de contenidos
digitales alcanzó en España el 77% durante el primer semestre de
2010, según los datos facilitados por el Observatorio de piratería
y hábitos de consumo de contenidos digitales, elaborado por la
consultora IDC, porcentaje alarmante si lo trasladamos al valor
total de los contenidos pirateados, que asciende a la nada desdeña-
ble cantidad de 5.212,4 millones de euros según los datos refleja-
dos en el referido estudio.

Pero no olvidemos que todos los ordenamientos jurídicos de
los países desarrollados conceden a estas actividades ilícitas su má-
xima protección sustantiva (v. gr. la sección I^a, del Capítulo XI, del
Título XIII, denominada «de los delitos relativos a la propiedad
intelectual» del Código Penal²³), sin que dicha regulación tenga
un verdadero efecto disuasorio en la sociedad.

Han sido diversas las invitaciones a esta reflexión efectuadas
desde la Unión Europea. De entre ellas, pueden ser destacadas
aquí por su proximidad en el tiempo tanto la Resolución del Con-
sejo de 1 de marzo de 2010, sobre el respeto de los derechos de la
propiedad intelectual en el mercado interior²⁴, como la Recomen-

23. La Fiscalía General del Estado, dada la amplitud de los tipos penales,
emitió la Circular 1/2006, Sobre los Delitos contra la Propiedad Intelec-
tual e Industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, en la que
afirmaba literalmente que «quienes colocan en un sitio de Internet una obra
protegida sin la autorización de su titular o los usuarios de un sistema Peer to Peer
de intercambio de archivos, realizan una conducta de comunicación pública no
autorizada, e infringen el derecho exclusivo del titular, dicha infracción es suscep-
tible de ser denunciada y reprimida mediante el ejercicio de las correspondientes accio-
nes de carácter civil, pero en principio, y salvo que por las circunstancias concurren-
tes se acredite lo contrario, no concurre en los mismos el ánimo de lucro del
infractor, no en el sentido amplio de obtención de cualquier tipo de ventaja,
utilidad o beneficio, sino en el sentido estricto de "lucro comercial"».

24. CONSEJO DE EUROPA, «Resolución sobre el respeto de los derechos de pro-
piedad intelectual en el mercado interior», Diario Oficial de la Unión
Europea, 1 de marzo de 2010, pgs. C 56/1 - C 56/4.

dación 1906/2010 emitida por el Consejo de Europa²⁵, sin que en ninguna de ellas se determine qué tipo de medidas concretas deben tomarse al respecto.

Centrándonos en la reforma propuesta por el PLEST, lo que parece claro es que subyace la idea de que el sistema judicial se muestra insuficiente para proteger los derechos de propiedad intelectual (derechos que, no olvidemos, son una mera especialidad al derecho de la propiedad privada), lo que se encuadra en una peligrosa tendencia aparecida en los Estados Unidos con la aparición de órganos como la Interstate Commerce Commission en materia de legislación antitrust, órganos a los que se les atribuían no sólo poderes de investigación y reglamentación, sino también de jurisdicción, y ello bajo la débil justificación de la incapacidad de los tribunales para comprender las complejas y novedosas legislaciones en determinados sectores productivos. De esta forma, se privaba a los tribunales del necesario conocimiento de la totalidad del procedimiento, limitando su actuación al dicado de meras ordenes de cumplimiento o apremio, radicando el fin último de esta tendencia en la voluntad del poder legislativo de asegurar un elevado grado de cumplimiento de las nuevas normas que iban apareciendo, existiendo así un fuerte trasfondo político al respecto²⁶.

2. COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL

A través de la DF 2ª del PLEST, se pretende la modificación del TRLPI para la creación de la Comisión de Propiedad Intelectual, integrada por dos Secciones: la Sección Primera, que asumirá las funciones de mediación y arbitraje de su antecesora Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, aunque con ciertos matices²⁷, y la Sección Segunda, encargada de la protección de

25. CONSEJO DE EUROPA, «Recomendación 1906/2010. Repensar los derechos creativos de la era de Internet», 12 de marzo de 2010.

26. DAMIÁN MORENO, J., «Consideraciones en torno al procedimiento previsto para el cierre de páginas web (a propósito de la "Ley Sínde")», *Diario La Ley*, núm. 7455, Sección Tribuna, 28 de julio de 2010.

27. Aunque inicialmente el contenido de esta Disposición Final Segunda del PLES atribuía en esencia a la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, las mismas funciones atribuidas a su antecesora Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, en virtud de la ya referida enmienda número 568 introducida por el 28 de enero de 2011 por

los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información.

el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia i Unió, al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento de Senado, parece que finalmente se van a introducir pequeños matices. Así, a la vista de la referida enmienda el artículo 158.3 TRLPI quedaría como sigue:

3. Corresponde a la Sección Primera el ejercicio de las funciones de mediación y arbitraje, de acuerdo con las siguientes reglas: 1º En su función de mediación: a) Colaborando en las negociaciones, previo sometimiento de las partes, para el caso de que no llegue a celebrarse un contrato, respecto a las materias directamente relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, y para la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión, por falta de acuerdo entre los titulares de los derechos de propiedad intelectual y las empresas de distribución por cable. b) Presentando, en su caso, propuestas a las partes. Se considerará que todas las partes aceptan la propuesta a que se refiere el párrafo anterior, si ninguna de ellas expresa su oposición en un plazo de tres meses. En este supuesto, la resolución de la Comisión surtirá los efectos previstos en la Ley 601/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y será revisable ante el orden jurisdiccional civil. La propuesta y cualquier oposición a la misma se notificará a las partes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El procedimiento mediador se determinará reglamentariamente. 2º La Comisión actuará en su función de arbitraje: a) Dando solución, previo sometimiento de las partes, a los conflictos que se susciten entre entidades de gestión, entre los titulares de derechos y las entidades de gestión, o entre éstas y las asociaciones de usuarios de su repertorio o las entidades de radiodifusión o de distribución por cable. El sometimiento de las partes a la Comisión será voluntario y deberá constar expresamente por escrito. b) Fijando una cantidad sustitutoria de las tarifas generales, a los efectos señalados en el apartado 2 del artículo anterior, a solicitud de la propia entidad de gestión afectada, de una asociación de usuarios, o de una entidad de radiodifusión, siempre que éstas se sometan, por su parte, a la competencia de la Comisión con el objeto previsto en el párrafo a de este apartado. Reglamentariamente se determinará el procedimiento para el ejercicio de su función de arbitraje. La decisión de la Comisión tendrá carácter vinculante y ejecutivo para las partes. Lo determinado en este apartado se entenderá sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse ante la jurisdicción competente. No obstante, el planteamiento de la controversia sometida a decisión arbitral ante la Comisión impedirá a los jueces y Tribunales conocer de la misma, hasta tanto haya sido dictada la resolución y siempre que la parte interesada lo invoque mediante excepción. 3º En el ejercicio de sus funciones para la fijación de cantidades sustitutorias de tarifas, la Comisión valorará, el criterio de utilización efectiva, por el usuario, del repertorio real de titulares y obras o prestaciones que gestionen las entidades y la relevancia y utilización en el conjunto de la actividad del usuario. La Comisión también podrá tener en cuenta, entre otros criterios o antecedentes, las tarifas existentes para la explotación de los mismos derechos y que hayan sido establecidas por la Comisión o en los acuerdos y contratos firmados por

Así, los apartados 1 y 2 del art. 158 TRLPI quedarían en los siguientes términos:

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

2. La Comisión actuará por medio de dos Secciones. La Sección Primera ejercerá las funciones de mediación y arbitraje que le atribuye la presente ley. La Sección Segunda velará, en el ámbito de las competencias del Ministerio de Cultura, por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información en los términos previstos en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

Centrándonos en el estudio de las competencias atribuidas a esta nueva Sección Segunda, apareciendo éstas recogidas en el propio art. 158 TRLPI, en su nuevo apartado 4, se establece que:

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

La sección podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulnere los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.

Antes de proceder a la adopción de estas medidas, el prestador de servicios de la sociedad de la información deberá ser requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y pro-

la propia entidad para situaciones análogas. 4.ª La Sección Primera de la Comisión estará formada por tres miembros nombrados por el Ministro de Cultura, a propuesta de los Subsecretarios de los Ministerios de Economía y Hacienda, Cultura y Justicia, por un período de tres años renovable por una sola vez, entre expertos de reconocida competencia en materia de propiedad intelectual. Los Ministerios de Cultura y Economía y Hacienda nombrarán, conjuntamente, al Presidente de la Sección Primera. La Sección se regirá por lo establecido en el presente texto y, supletoriamente, por las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Undécimo. Protección de la propiedad intelectual...

ponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de Propiedad Intelectual. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La comisión en el plazo máximo de tres días dictará resolución. La retirada voluntaria de los contenidos pondrá fin al procedimiento. En todo caso, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

La Sección, bajo la presidencia del Subsecretario del Ministerio de Cultura o persona en la que éste delegue, se compondrá de un vocal del Ministerio de Cultura, un vocal del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, un vocal del Ministerio de Economía y Hacienda y un vocal del Ministerio de la Presidencia.

Reglamentariamente se determinará el funcionamiento de la Sección y el procedimiento para el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. El procedimiento para el restablecimiento de la legalidad, que se iniciará siempre a instancia del titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideren vulnerados o de la persona que tuviere encomendado su ejercicio y en el que serán de aplicación los derechos de defensa previstos en el artículo 135 de la Ley 30/1992, estará basado en los principios de celeridad, proporcionalidad y demás previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido tendrá efectos desestimatorios de la solicitud. Las resoluciones dictadas por la Comisión en este procedimiento ponen fin a la vía administrativa".»

De la mera lectura del citado precepto pueden extraerse las siguientes consecuencias²⁸.

- Para esta Sección Segunda pueda intervenir, el prestado ha de actuar con ánimo de lucro, directo o indirecto, o que haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. Una vez más el legislador nos ofrece una ambigüedad en la terminología utilizada que convierte en necesario su

28. ALMACRO NOSSE, J., «Consideraciones procesales del proyecto de Ley sobre "antipiratería" informática», *Diario La Ley*, n.º 7455, Sección Doctrina, 28 de julio de 2010.

precisión ya sea vía reglamentaria, ya sea vía jurisprudencial, ya que esta inseguridad jurídica debe ser erradicada para permitir un correcto funcionamiento del sistema.

- Pese a que inicialmente se rebajaba al nivel reglamentario la composición, el funcionamiento y el procedimiento para el ejercicio de las funciones que esta Sección tiene atribuidas, lo que nuevamente derivaba en una inseguridad jurídica, siendo tan importante la redacción del texto que definitivamente sea aprobado del PLEST, como su posterior desarrollo reglamentario, habiendo sido criticado este extremo tanto en el Informe del Consejo Fiscal, como en el informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), parece que la versión definitiva reduce la misma al establecer al menos su composición, quedando así reservado a desarrollo reglamentario tan sólo el funcionamiento y el procedimiento para el ejercicio de las funciones atribuidas a esta Sección.

- Abandonando la desafortunada redacción del Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, se introdujo la previa autorización judicial para llevar a cabo las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o para retirar los contenidos que vulneren la propiedad intelectual, ahora bien, siempre y cuando se viesen afectados los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución, mientras que en la versión que parece que finalmente será aprobada elimina este límite.
- El procedimiento no podrá iniciarse de oficio por la comisión.
- Este nuevo sistema híbrido de protección se plantea como un sistema compatible con las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes, por lo que puede producirse una situación paralela a la actuación de esta Sección Segunda por parte de los jueces civiles o penales, adoptando éstos en su ámbito competencial las medidas cautelares que resulten procedentes (vgr. un juez penal podrá adoptar como medida cautelar el cierre

de una web por considerar que, cumpliéndose los requisitos legales para ello, se está produciendo una actividad delictiva)²⁹.

Ahora bien, las competencias de esta Sección deben ponerse en relación con la reforma del art. 8 LSSI-CE, modificación consistente en:

- La introducción de un nuevo subapartado «e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual», en el art. 8.1 LSSI-CE, quedando como sigue:

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

- a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.*
- b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.*
- c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social.*
- d) La protección de la juventud y de la infancia, y*
- e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual».*

De esta forma, vemos con como esta Disposición Final se equiparan los derechos de propiedad intelectual a otros conceptos tales como el orden público, la investigación penal, la seguridad pública, la defensa nacional, la protección de la juventud y de la infancia, la dignidad o la igualdad, lo que no puede más que entenderse como desafortunado, pues no debemos olvidar que la protección de los derechos de propiedad intelectual no se configuran como Derechos Fundamentales en nuestra Constitución Española

29. MAGRO SERVER, V., «La competencia judicial para el cierre de páginas web a propósito del Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Diano La Ley*, n° 7475, Sección Tribunal, 24 de septiembre de 2010.

(CE), siendo en realidad una especialidad al derecho a la propiedad privada recogido en el art. 33 CE.

– En segundo lugar, se pretende introducir un nuevo apartado segundo del artículo 8 LSI-CE (con la consiguiente remuneración correlativa de los actuales 2, 3, 4 y 5), apartado cuyo contenido sería el siguiente:

«2. Los órganos competentes para la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior, con el objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, podrán requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan tal identificación a fin de que pueda compararse en el procedimiento. Tal requerimiento exigirá la previa autorización judicial de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 122bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Una vez obtenida la autorización, los prestadores estarán obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación.»

Como vemos, con el objetivo de que pueda compararse en el procedimiento, esta modificación legislativa pretende imponer un deber a los prestadores de servicios para que les faciliten los datos necesarios que les permitan identificar a la persona que presuntamente estaría vulnerando los derechos de propiedad intelectual. No obstante, hay que destacar que en esta versión adoptada por la enmienda nº 568 introducida al PLEST por acuerdo entre el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia i Unió, una de las principales novedades de su redacción radica en esta autorización judicial previa. Así, dado que en su versión original la misma no había sido recogida intervención judicial alguna en este extremo, tal y como ya puso de manifiesto el Ministerio Fiscal en su Informe³⁰, este deber debía ponerse en relación con la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas

30. En el referido Informe del Ministerio Fiscal se recogía literalmente que: «en esos supuestos en los que pudiera resultar necesario requerir de los prestadores de servicios la facilitación de más datos que los relativos al titular formalmente registrado, debe tenerse en cuenta que ello puede estar en contracción con lo establecido en la Ley 25/2007 de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas que exige autorización judicial previa para la facilitación de todos los datos que constituyen el objeto de la misma».

y a las redes públicas, en virtud de la cual esta colaboración debe limitarse a la cesión en aquellos casos en que se esté investigando un delito grave y previa autorización judicial³¹.

3. PROCEDIMIENTO

La DF 2ª del PLEST pretende salvar la constitucionalidad del procedimiento legitimando la actuación de la Sección Segunda de la Comisión del Propiedad Intelectual en virtud de una autorización previa de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, que permita así garantizar la necesaria intervención judicial en garantía de la libertad de expresión e información.

En este sentido, se pretende realizar una serie de modificaciones legislativas que permitan conceder a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo las competencias necesarias. Así, se pretenden introducir las siguientes reformas:

– Se modifica el artículo 9 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, numerando su texto actual como apartado 1 y añadiendo un apartado 2, con el contenido siguiente:

«2. Corresponderá a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, la autorización a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002 así como autorizar la ejecución de los actos adoptados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual, en aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.»

– Se modifica la letra d) del apartado 1 del artículo 80 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pasando a quedar como sigue:

«1. Son apelables en un solo efecto los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, en procesos de los que conozcan en primera instancia, en los siguientes casos:

(...)

d) Los recaídos sobre las autorizaciones previstas en el artículo 8.6 y en los artículos 9.2 y 122 bis.»

31. DAMIÁN MORENO, J., «Consideraciones en torno al procedimiento previsto», *est. cit.*

De esta forma, vemos como nace un recurso de apelación en un solo efecto respecto a los autos dictados por los juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.

– Se introduce un nuevo artículo 122 bis en la Ley 29/1998, de 13 de abril, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con el siguiente tenor:

«1. El procedimiento para obtener la autorización judicial a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, se iniciará con la solicitud de los órganos competentes en la que se expondrán las razones que justifican la petición acompañada de los documentos que sean procedentes a estos efectos. El Juzgado, en el plazo de 24 horas siguientes a la petición y, previa audiencia del Ministerio Fiscal, dictará resolución autorizando la solicitud efectuada siempre que no resulte afectado el artículo 18 apartados 1 y 3 de la Constitución.

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

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

En el plazo improrrogable de dos días siguientes a la recepción de la notificación de la resolución de la Comisión y poniendo de manifiesto el expediente, el Juzgado convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos y libertades afectados o a la persona que éstos designen como representante a una audiencia, en la que, de manera contradictoria, el Juzgado oirá a todos los interesados y resolverá en el plazo improrrogable de dos días mediante auto. La decisión que se adopte únicamente podrá autorizar o denegar la ejecución de la medida.»

– En último lugar, se modifica el apartado 5 de la Disposición adicional cuarta de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por el cual los actos administrativos dictados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, serán recurribles directamente y en última instancia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Au-

diencia Nacional, pasando a quedar el referido apartado 5 como sigue:

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

Como ya anticipamos, el procedimiento de protección de datos recogido en la DP 2ª del PLEST únicamente puede iniciarse cuando el titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideran vulnerados (o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio) presente la correspondiente denuncia ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, momento a partir del cual comenzará la fase administrativa, si bien en atención a la última modificación acordada, previo a la apertura de esta fase habrá sido necesaria la intervención judicial a los solos efectos de autorizar la petición a los prestadores de servicios de la sociedad de la información de los datos necesarios para identificar al responsable de la supuesta vulneración, autorización que podrá ser denegada si afectada a los derechos recogidos en el artículo 18.1 y 3 de la Constitución Española.

De esta forma, a la vista del conjunto de reformas analizadas, vemos como en puridad es la Sección Segunda del Comisión la que enjuicia en primer término si existe o no una efectiva vulneración de los derechos de propiedad intelectual, regulándose un breve procedimiento administrativo específico, en el que se ofrece a los prestadores de servicios un plazo de 48 horas para la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o la realización de las oportunas alegaciones y proposición de pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de Propiedad Intelectual. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La comisión en el plazo máximo de tres días dictará resolución poniendo así fin a la vía administrativa. Ahora bien, no debemos olvidar que, en todo caso, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exigirá de la previa autoriza-

ción judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, limitándose así la intervención judicial sólo a una mera autorización, en su caso, de las medidas previamente acordadas por un órgano de naturaleza administrativa³².

Una vez abierta la fase judicial, la brevedad del plazo recogido en esta DF 2ª parece extremo, y es que en el brevísimo e improrrogable plazo de dos días siguientes desde la recepción de la notificación de la resolución de la Sección Segunda de la Comisión, el Juzgado deberá convocar a una audiencia al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos y libertades afectados o a la persona que éstos designen como representante, y ello con la finalidad de oír a todos los interesados de manera contradictoria, tras lo cual resolverá, nuevamente en el improrrogable plazo de dos días mediante auto, pudiendo únicamente autorizar o denegar la ejecución de la medida propuesta por la Comisión³³.

4. LEY ORGÁNICA COMPLEMENTARIA DE LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

Como ya se anticipó, la trascendencia jurídica de las medidas que se incluyen en el PLEST convertirían en imprescindible la publicación de una Ley Orgánica Complementaria a la Ley de Economía Sostenible.

Centrándonos en el ámbito de la protección de los derechos de propiedad intelectual analizado, la consecución de la batería de reformas insertadas en la DF 2ª del PLEST necesariamente debían contar con la nueva atribución de competencias judiciales efectuada a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.

32. En este sentido, debemos plantearnos si la naturaleza de esta autorización realmente una actuación jurisdiccional encajada dentro de su potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (reservadas a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes), o por el contrario queda encajada dentro del resto de funciones que les son atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho, tal y como distingue el propio artículo 117 de la CE.

33. ALMAGRO NOSSETTE, J., «Consideraciones procesales», *est. cit.*

En este sentido, el Proyecto de Ley Orgánica Complementaria a la Ley de Economía Sostenible recoge una modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al añadirle un nuevo apartado 5 al artículo 90, el cual presenta la siguiente redacción:

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

IV. CONCLUSIONES

El modelo de economía sostenible entendido en su triple dimensión (económica, medioambiental y social), pasa necesariamente por una fuerte apuesta por las bases del conocimiento, configurándose éste como el único factor competitivo que podrá otorgar a España una ventaja competitiva en el medio-largo plazo.

De esta forma, el incentivo de las actividades creativas e innovadoras debe ser una prioridad de primer orden, pero no la única, pues deben establecerse los puentes adecuados para que toda esta actividad se traspace al tejido empresarial español a fin de lograr una efectiva ventaja competitiva que pueda perdurar en el tiempo. Ahora bien, estos puentes deben ser seguros, pues en la creación de sistemas de transferencias de los resultados de estas actividades de investigación, desarrollo e innovación, debe exigirse un nivel muy elevado de seguridad jurídica, imprescindible para que el mercado pueda ajustarse adecuadamente.

En segundo lugar, aunque no menos importante, el ordenamiento jurídico debe ofrecer un sistema adecuado de protección de los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual, y este sistema no puede limitarse a la existencia de un completo elenco normativo sustantivo de gran perfección técnica, ya que su efectividad radica en última instancia en los sistemas de protección existentes.

El Proyecto de Ley de Economía Sostenible pretende cumplir con ambos objetivos, si bien debemos matizar que, pese a que la motivación que subyace a su redacción es la adecuada, la técnica legislativa empleada no parece que sea la más apropiada, y ello porque: (i) el abuso de los conceptos jurídicos indeterminados empleados y la remisión al desarrollo reglamentario en muchos de los temas claves de esta norma, derivan en una inseguridad jurídica que, al menos, debe hacernos reflexionar sobre la futura efectividad tras su definitiva publicación (ii) parece que la necesaria reforma en materia de derechos de propiedad intelectual no ha seguido la metodología más adecuada, por cuanto su complejidad debería haber sido tratada con una reforma integral de la normativa y no «por la puerta de atrás», a través de la DF 2ª del PLEST y (iii), porque parece olvidar una de las vías sobre las que se puede actuar a fin de acabar con la indiscriminada vulneración de los derechos de propiedad pasa por concienciar a la ciudadanía de los perjudiciales efectos que acarrea.

En cualquier caso, para poder efectuar una completa valoración de la Ley de Economía Sostenible, debemos esperar no sólo hasta contar con el texto que definitivamente entre en vigor, sino también hasta que reglamentariamente se desarrollen todos los extremos necesarios, ya que sólo a partir de ese momento podremos analizar la efectividad práctica que presentará la norma.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSSET, J., «Consideraciones procesales del proyecto de Ley sobre "antipiratería" informática», *Diario La Ley*, n° 7455, Sección Doctrina, 28 de julio de 2010.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, «Libro Verde sobre los derechos de autor y los derechos afines a la sociedad de la información», COM (95) 382 final, Bruselas, 27 julio 1995.
- CONSEJO DE EUROPA, «Recomendación 1906/2010, Repensar los derechos creativos de la era de Internet», 12 de marzo de 2010.
- «Resolución sobre el respecto de los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior», Diario Oficial de la Unión Europea, pgs. C 56/1-C 56/4.

DAMIÁN MORENO, J., «Consideraciones en torno al procedimiento previsto para el cierre de páginas web (a propósito de la "Ley Sínde", *Diario La Ley*, n° 7455, Sección Tribuna, 28 de julio de 2010.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, «Circular 1/2006, Sobre los Delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial tras la reforma del al Ley Orgánica 15/2003».

IDC, «Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales», Primer Semestre de 2010.

MAGRO SERVET, V., «La competencia judicial para el cierre de páginas web a propósito del Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Diario La Ley*, n° 7475, Sección Tribuna, 24 de septiembre de 2010.

PAMPILLÓN OLMEDO, R., «Los derechos de propiedad intelectual e industrial (P.I.): importancia e implicaciones en la competitividad de la economía española», en AA VV, *La Propiedad Intelectual e Industrial: garantía del conocimiento*. Ed. Círculo de Empresarios, Madrid, 2009, pgs. 165-194.

SABADA RODRÍGUEZ, I., *Propiedad Intelectual: bienes públicos o mercancías privadas?*, Ed. Los Libros de la Catarata, Madrid, 2008, pg. 29.

TOURNÉ ALEGRE, J. M., «Propiedad intelectual en la sociedad de la información», *Diario La Ley*, n° 4, Sección Temas de hoy, 14 de diciembre de 2006.