



**INFORME SOBRE EL BORRADOR DE
CÓDIGO DE CONDUCTA PARA TITULARES
DE DERECHOS DE PROPIEDAD
INTELLECTUAL, OPERADORES DE ACCESO
A INTERNET Y SERVICIOS DE PUBLICIDAD
CONTRA LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD
DE LA INFORMACIÓN VULNERADORES DE
DERECHOS DE PROPIEDAD INTELLECTUAL**

INF/CNMC/160/17

19 de octubre de 2017

Índice

I. ANTECEDENTES	3
II. CONTENIDO	4
III. OBSERVACIONES	5
III.1 Obligaciones de los titulares de derechos	6
III.2 Obligaciones de los operadores de acceso a Internet y obligaciones de los servicios de publicidad	7
III.3 Resolución de conflictos	10
III.4 Sometimiento a la normativa de defensa de la competencia	11
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	11

**ACUERDO POR EL QUE SE EMITE INFORME (INF/CNMC/160/17)
RELATIVO AL BORRADOR DE CÓDIGO DE CONDUCTA PARA
TITULARES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL,
OPERADORES DE ACCESO A INTERNET Y SERVICIOS DE PUBLICIDAD
CONTRA LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN
VULNERADORES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 19 de octubre de 2017

Vista la solicitud de informe remitida por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte el 10 de julio de 2017, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la **SALA DE COMPETENCIA**, acuerda emitir el siguiente Informe relativo al *“Borrador de Código de Conducta para titulares de derechos de propiedad intelectual, operadores de acceso a Internet y servicios de publicidad contra los servicios de la sociedad de la información vulneradores de derechos de propiedad intelectual”*.

I. ANTECEDENTES

Este informe analiza las implicaciones del Borrador de Código de Conducta (BCC en adelante) desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados y la regulación económica eficiente. El artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en adelante, TRLPI), modificado por la disposición final cuadragésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de

Economía Sostenible, y por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, atribuye al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte la función de velar, en el ámbito de sus competencias, por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de los servicios de la sociedad de la información, a través de la Sección Segunda de la **Comisión de Propiedad Intelectual (CPI)**, órgano colegiado de ámbito nacional adscrito a la Subdirección General de Propiedad Intelectual.

Asimismo, el apartado 8 del artículo 158 ter del TRLPI, establece la **posibilidad de desarrollar códigos de conducta voluntarios en lo referido a las medidas de colaboración de los servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad.**

II. CONTENIDO

El BCC remitido se compone de 5 considerandos y 13 cláusulas que establecen:

- el objeto del Código expone las bases de la cooperación entre las partes suscriptoras para la lucha contra los servicios de la sociedad de la información que vulneren los derechos de propiedad intelectual en Internet.
- los criterios identificativos de un servicio de la sociedad de la información vulnerador de derechos de propiedad intelectual: se considerarán servicios de la sociedad de la información vulneradores de la propiedad intelectual a aquellos servicios que se dediquen mayoritariamente o predominantemente a la explotación de obras o prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, señalándose por los titulares de derechos correspondientes que no cuentan con su autorización para realizar dicha explotación.
- las obligaciones de los titulares de derechos, de los operadores de acceso a internet, de los servicios de publicidad y de la Administración General del Estado.
- la financiación.
- la composición de la comisión mixta de seguimiento.
- el tratamiento de los datos de carácter personal.
- las consecuencias en caso de incumplimiento de las obligaciones,
- el régimen de modificación del Código.
- los efectos y plazo de vigencia.
- el régimen jurídico y
- la resolución de conflictos

III. OBSERVACIONES

Esta Comisión ha tenido ocasión de manifestarse en función consultiva sobre diferentes aspectos de la normativa que regula la propiedad intelectual (TRLPI fundamentalmente), en especial con motivo del [informe](#) relativo al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹.

En anteriores informes, se ha venido defendiendo que el Derecho de la competencia y el Derecho de la propiedad intelectual persiguen el idéntico objetivo de promover tanto la competencia como la innovación, además de la consecución del bienestar y la asignación eficiente de los recursos.

Desde la óptica de la búsqueda de la eficiencia económica, debe hallarse un conveniente equilibrio entre todos estos factores, así como adecuarse a los principios generales de buena regulación (necesidad, proporcionalidad, mínima restricción), para asegurar el éxito de la normativa en cuestión.

En este sentido, por lo que se refiere al fortalecimiento de los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de derechos, el TRLPI, a través de la Sección Segunda de la CPI estableció un procedimiento cuyo objetivo es el restablecimiento de la legalidad frente a las vulneraciones cometidas por prestadores de servicios de la sociedad de la información que no cumplan voluntariamente con los requerimientos de retirada que le sean dirigidos por ésta.

Pues bien, dado que la Sección Segunda de la CPI tiene como función la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información, siempre que estos, directa o indirectamente, actúen con ánimo de lucro o su actividad haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial a los titulares de derechos de propiedad intelectual, se **recomienda evaluar qué papel se quiere dar a la citada Sección Segunda con el objeto de conseguir la máxima eficacia en la tramitación de los procedimientos de vulneración de derechos de propiedad intelectual.**

¹ [IPN 102/13](#) APL de modificación del TRLPI y de la LEC. Asimismo, también se abordó la temática de la propiedad intelectual en el [IPN/CNMC/0020/15](#) (Informe sobre el borrador de Orden por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual).

Sin perjuicio de otros aspectos, a primera vista, antes que acudir a códigos de conducta con operadores, parecería más razonable, si se han detectado carencias en ese sentido, reforzar las capacidades y medios de la citada Sección.

Por otra parte, la existencia y efectividad de los códigos de conducta entre operadores puede resultar positiva en ciertas circunstancias (por ejemplo, si facilita la resolución de determinados problemas de manera más ágil y a un menor coste) y siempre que sean firmantes del correspondiente código todos los operadores afectados por las conductas que se quieren evitar. No obstante, **dados los riesgos que pueden comportar, se ha de cuidar especialmente que no incluyan o propicien actuaciones o conductas de los operadores que puedan suponer un riesgo de incumplimiento de las normas sobre competencia².**

Teniendo en cuenta lo anterior, existen una serie de observaciones y recomendaciones de mejora desde la perspectiva de promoción de la competencia y regulación económica eficiente que se desarrollan a continuación.

III.1 Obligaciones de los titulares de derechos

En la cláusula III del BCC se indica que los titulares de derechos facilitarán cada trimestre a la Secretaría de Estado de Cultura una lista de servicios vulneradores de la propiedad intelectual, con un máximo de 50 nombres de dominio.

Además, la citada cláusula III establece que *“Los titulares de derechos indemnizarán al operador de acceso a Internet/a los servicios de publicidad por el bloqueo del nombre de dominio/suspensión del servicio de publicidad que se lleve a cabo en el marco de este Código y finalmente se desvele como una medida que, por inadecuada, ha tenido costes indemnizatorios para el operador de acceso a Internet/el servicio de publicidad.”*

Se contempla, en primer lugar, una limitación del número de dominios denunciados que no cuenta con justificación en el BCC. En cualquier caso, no parece razonable limitar el número de denuncias de servicios supuestamente vulneradores si efectivamente se pretende mejorar los cauces de información al respecto y atajar el problema del incumplimiento de la normativa de propiedad intelectual.

² En esta misma línea, puede consultarse el informe sobre el Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria ([INF/CNMC/003/15](http://www.cnmc.es/INF/CNMC/003/15)).

Por otro lado, se estipula una indemnización que han de abonar los titulares en el caso de que se hayan tomado medidas inadecuadas. En este sentido, parece una redacción excesivamente discrecional en la medida en que se desconocen los elementos que la configurarían como inadecuada así como los elementos en los que se basará la cuantía de la indemnización. Por ello, se recomienda su revisión con el objeto de dotarla de la máxima seguridad jurídica.

Además, el BCC indica que *“Los titulares de derechos compensarán a los operadores de acceso a Internet por los costes de llevar a cabo los bloqueos de nombre de dominio efectuados en el marco de este Código.”*

Al igual que en la observación anterior, a fin de dotar de mayor objetividad a la cuantificación de dicha compensación, se recomienda incluir una referencia, a los costes de una empresa eficientemente gestionada.

III.2 Obligaciones de los operadores de acceso a Internet y obligaciones de los servicios de publicidad

Los servicios de publicidad se comprometen a suspender sus servicios comerciales de inserción de publicidad en los servicios de la sociedad de la información vulneradores de la propiedad intelectual debidamente identificados por los titulares de derechos. Asimismo, los operadores de acceso a Internet se comprometen a bloquear a nivel de nombre de dominio y durante el plazo de un año los servicios de la sociedad de la información vulneradores de la propiedad intelectual, debidamente identificados por los titulares de derechos.

Cuando se habla de servicios vulneradores, la cláusula II del Código de Conducta los identifica como aquellos servicios que se dediquen mayoritaria o predominantemente a la explotación de obras o prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, señalándose por los titulares de derechos correspondientes que no cuentan con su autorización para realizar dicha explotación. En este sentido, para entender que el servicio de la sociedad de la información se dedica mayoritaria o predominantemente a las referidas actuaciones vulneradoras, será necesario que el número de obras o prestaciones cuyo acceso o localización se facilite sin autorización sea superior a 500, o que supongan al menos dos tercios del total de las obras o prestaciones cuyo acceso o localización se facilite a través de dicho servicio.

En relación con esta medida procede realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, cabe recordar que el **Reglamento (UE) 2015/2120³** establece en su artículo 3.3 al regular la salvaguarda del acceso a internet abierta que *“los proveedores de servicios de acceso a internet no tomarán medidas de gestión del tráfico que vayan más allá de las recogidas en el párrafo segundo y, en particular, no bloquearán, ralentizarán, alterarán, restringirán, interferirán, degradarán ni discriminarán entre contenidos, aplicaciones o servicios concretos o categorías específicas, excepto en caso necesario y únicamente durante el tiempo necesario para:*

- a) cumplir los actos legislativos de la Unión o la legislación nacional acorde con la de la Unión, a la que el proveedor de servicio de acceso a internet esté sujeto, o las medidas que cumplan dicho Derecho de la Unión para hacer efectivos actos legislativos de la Unión o de la legislación nacional, incluidas las sentencias de tribunales o autoridades públicas investidas con los poderes pertinentes;*
- b) preservar la integridad y la seguridad de la red, los servicios prestados a través de ella y los equipos terminales de los usuarios finales;*
- c) evitar la inminente congestión de la red y mitigar los efectos de congestiones de la red excepcionales o temporales, siempre que categorías equivalentes de tráfico se traten de manera equitativa.”*

Así pues, el tratamiento del tráfico por los operadores de acceso a Internet que vaya más allá de las medidas razonables de gestión del tráfico (definidas en el segundo párrafo del mismo artículo) solo tendrá cabida cuando ello sea necesario y durante el tiempo preciso ante la concurrencia de alguna de las excepciones justificadas que se establecen en el Reglamento. En este sentido, no parece que lo establecido en el Código de Conducta se ajuste con la debida precisión a ninguno de los supuestos recogidos, esto es: (i) cumplir los actos legislativos de la Unión o la legislación nacional acorde con la de la Unión, (ii) preservar la integridad y la seguridad de la red y iii) evitar problema de congestión de la red.

Ciertamente se reconoce en el Reglamento citado -apartado a) del artículo 3.3- que puede haber medidas de los operadores que estén justificadas por estar dando cumplimiento a la legislación comunitaria o nacional, o a medidas que den cumplimiento a dicha legislación, incluyéndose las resoluciones judiciales y decisiones de autoridades públicas a las que se hayan otorgado las atribuciones correspondientes (“investidas con los poderes pertinentes”).

³ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.

El Considerando 13 del Reglamento se refiere expresamente a la obligación de cumplir las decisiones de autoridades públicas que exijan el bloqueo de contenidos ilícitos, pero plantea algunas dudas que la definición de las medidas a ejecutar se residence en un Código de Conducta de voluntario cumplimiento.

A la vista de lo anterior, pudiera ocurrir que los operadores de acceso a Internet encontrasen problemas para comprometerse a bloquear contenidos sin decisión previa de una autoridad pública o judicial adoptada con las debidas garantías, o que el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, como supervisor en España de la aplicación del referido Reglamento, cuestionase dicho bloqueo de contenidos, por no estar amparado por el precepto indicado.

Se aconsejaría un replanteamiento de la medida contemplada en el borrador de Código de Conducta para ajustarse estrictamente a lo señalado a los supuestos y garantías contenidos en la normativa comunitaria, pareciendo razonable que en este proceso –dada la gravedad de las medidas potencialmente adoptables- exista una participación de la mencionada Sección Segunda de la CPI.

En segundo lugar, existe una falta de adecuación del procedimiento descrito en el BCC con respecto al procedimiento contemplado en el art. 158 LPI en lo que se refiere a la toma de decisiones respecto a la interrupción del servicio de sociedad de la información. Es decir, en la normativa de referencia existe un órgano colegiado (Sección segunda de la CPI) entre cuyas funciones está velar por la salvaguardia de los derechos de propiedad intelectual. Pues bien, si existe incumplimiento por parte del prestador de servicios del deber de retirada de una obra o de la interrupción del mismo, para la ejecución de la medida se exigirá la previa autorización judicial⁴.

Sin embargo, estas garantías (participación del CPI y, en su caso, del poder judicial) están ausentes en el BCC, que funciona básicamente a través de un juego de presunciones, lo que en situaciones puntuales podría favorecer la realización de comportamientos estratégicos por parte de operadores para conseguir la expulsión del mercado de otros competidores sobre premisas potencialmente falsas. En este sentido, podría plantearse que para minimizar el riesgo de traslado de denuncias falsas se plantearan posibles medidas preventivas ex ante (fianzas) o ex post (agravamiento de las sanciones).

Igualmente, sería recomendable que se aclarara qué sucederá cuando pueda ponerse en marcha simultáneamente un procedimiento ante la Sección segunda de la CPI y un mecanismo de información conforme a este BCC, dado que pueden tomarse, en su caso, decisiones sustancialmente opuestas o bien

⁴ De acuerdo con el art. 122 bis de la Ley 29/98 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

idénticas pero tomadas en diferentes momentos temporales por los diferentes actores, lo que introduciría una inseguridad creciente en el conjunto de los operadores implicados.

En tercer lugar, los elementos definitorios del concepto de servicio vulnerador (que el número de obras o prestaciones cuyo acceso o localización se facilite sin autorización sea superior a 500, o que supongan al menos dos tercios del total de las obras o prestaciones cuyo acceso o localización se facilite a través de dicho servicio) no cuenta con una fundamentación expresa. Es decir, no se justifica si dichos importes encuentran respaldo en las estadísticas que pudieran manejarse en relación con los casos más relevantes de servicios vulneradores. Dada la gravedad de la medida que se propone (suspensión de los servicios, bloqueo del dominio), en caso de mantenerse, debería reservarse únicamente a los supuestos de mayor relevancia y garantizarse, en todo caso, un adecuado respeto al principio de proporcionalidad respecto a las supuestas infracciones cometidas.

En definitiva, se recomienda el replanteamiento de las decisiones contempladas en el BCC de cara a introducir mayores garantías para los supuestos infractores de la normativa de propiedad intelectual, de manera que aquellas decisiones de especial gravedad para los propios operadores y por ende, para la competencia efectiva en el mercado, cuenten con el respaldo pertinente de las autoridades administrativas especializadas (Sección segunda de la CPI) y, en su caso, judiciales.

III.3 Resolución de conflictos

Dicha cláusula estipula que las controversias que puedan surgir sobre la interpretación, modificación, resolución y efectos que puedan derivarse del presente Código se resolverán entre las partes, en el seno de la comisión mixta señalada en la Cláusula VIII⁵.

Se valora en términos generales de forma positiva⁶, la existencia de mecanismos de resolución de conflictos alternativos a los jurisdiccionales:

⁵ Para el desarrollo y seguimiento de este Código, su interpretación y la solución de los conflictos que pudieran plantearse, se constituirá una Comisión mixta integrada por:

- Un representante de la Secretaría de Estado de Cultura,
- Un representante de la Secretaría de Estado de Sociedad de la Información y para la Agenda Digital,
- Un representante de los titulares de derechos de propiedad intelectual,
- Un representante de los operadores de acceso a Internet,
- Un representante de los servicios de publicidad.

⁶ Véase, por ejemplo, el [IPN/CNMC/009/15 Anteproyecto de ley de resolución alternativa de conflictos de consumo](#).

reducen los costes de transacción de los operadores (dilación en tiempo y costes de procesos jurisdiccionales) y contribuyen con ello a la eficiencia económica. A este respecto, se sugiere tomar también en consideración el arbitraje como una posible alternativa en la resolución de conflictos..

III.4 Sometimiento a la normativa de defensa de la competencia

Cabe recordar que este informe se aprueba en ejercicio de las competencias consultivas de la CNMC, en aplicación del artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y, por lo tanto, no prejuzga ni excluye posibles futuras actuaciones por parte de la CNMC de conformidad con la Ley 15/2007, de 3 de julio de 2007, de Defensa de la Competencia.

Cabe recordar además que el BCC no contiene a lo largo de su clausulado el sometimiento expreso de las partes firmantes del mismo a la normativa de defensa de la competencia, por tanto, podría ser recomendable, a efectos meramente informativos, la inclusión de una cláusula recordando el respeto a la normativa de defensa de la competencia.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Sin perjuicio de reconocer la posibilidad de la existencia de Códigos de Conducta voluntarios entre operadores, cuya eficacia estará en función de la participación efectiva de todas las partes implicadas en las supuestas conductas que se quieren evitar, se recomienda una coordinación más efectiva de las medidas contempladas en este concreto BCC con respecto a las medidas reguladas en los procedimientos administrativos propios de la normativa sectorial de referencia (TRLPI).

En definitiva, sería recomendable **evaluar qué papel se quiere dar a la Sección Segunda del CPI con el objeto de conseguir la máxima eficacia en la tramitación de los procedimientos de vulneración de derechos de propiedad intelectual**, en cuanto es aquella la instancia administrativa especializada en la salvaguarda de dichos derechos.

Si bien la existencia y efectividad de Códigos de Conducta entre operadores puede resultar positiva en ciertas circunstancias (agilidad en la resolución de conflictos) también comportan **riesgos de posibles incumplimientos de la normativa de competencia que no deben soslayarse**.

En este sentido, se recomienda el replanteamiento de las decisiones contempladas en el BCC de cara a **introducir mayores garantías para los supuestos infractores de la normativa de propiedad intelectual**, de manera

que aquellas decisiones de especial gravedad (suspensión de servicios, bloqueo de dominios) para los propios operadores y por ende, para la competencia efectiva en el mercado, cuenten con el **respaldo pertinente de las autoridades administrativas especializadas (Sección segunda de la CPI) y, en su caso, judiciales.**

