

# RESERVA DE JURISDICCIÓN, POTESTAD REGLAMENTARIA Y PROPIEDAD INTELECTUAL

## En torno a las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2013, sobre la denominada «Ley Sinde»

MANUEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

Profesor Contratado Doctor (acreditado a Profesor Titular de Universidad)  
Universidad de Córdoba

I. INTRODUCCIÓN.— II. RESERVA DE JURISDICCIÓN Y TUTELA ADMINISTRATIVA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET: 1. *El deficiente concepto de jurisdicción empleado por el Tribunal Supremo para declarar la compatibilidad de la potestad administrativa de salvaguarda de la propiedad intelectual con la reserva del artículo 117.3 CE.* 2. *Hacia un concepto de jurisdicción como forma de heterotutela, presidido por un «desinterés objetivo», y diferente de la actuación administrativa, presidida por el «interés general».* 3. *La potestad administrativa de tutela de la propiedad intelectual en Internet como servicio objetivo de la Administración al interés general:* A) Declaración formal de interés general. B) Respeto del principio de interdicción de la arbitrariedad: racionalidad y proporcionalidad de la medida.—III. LAS MATERIAS NO ADMINISTRATIVAS COMO LÍMITE RELATIVO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO: 1. *El valor de reconocimiento implícito de la vulneración atribuido a la retirada voluntaria de los contenidos controvertidos: la falta de base legal apreciada por el Tribunal Supremo.* 2. *Las materias no administrativas como límite relativo a la potestad reglamentaria de desarrollo de las leyes.*—IV. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

### RESUMEN

Desde 2011, la Ley de Propiedad Intelectual atribuye a la Administración la potestad de retirar contenidos o suspender aquellos servicios de la sociedad de la información que supongan una vulneración de derechos de propiedad intelectual. Las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2013 se pronuncian a favor de la compatibilidad de estos nuevos poderes de la Administración con el artículo 117.3 de la Constitución, que reserva a jueces y tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Aunque compartiendo dicha conclusión, este trabajo tiene por objeto señalar las deficiencias de la argumentación utilizada por el Tribunal Supremo, así como el límite relativo que la potestad reglamentaria del Gobierno tiene para desarrollar leyes sobre materias civiles, procesales o, en general, no administrativas.

*Palabras clave:* reserva de jurisdicción; potestad reglamentaria; propiedad intelectual; Internet.

## ABSTRACT

Since 2011 the Intellectual Property Act attributes to the Administration the power to remove content or suspend the services of the information society that involve a violation of intellectual property rights. The Sentences of the Supreme Court of May 31, 2013 are in favor of the compatibility of these new powers of the Administration with Article 117.3 of the Constitution, which reserves to judges and courts the exercise of jurisdictional power. Although sharing that conclusion, this paper aims to point out the deficiencies of the argument used by the Supreme Court, and the relative limit which the government's regulatory power has to develop legislation on civil, procedural or, in general, not administrative matters.

*Key words:* reservation of jurisdiction; regulatory power; intellectual property rights; Internet.

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las primeras iniciativas del Gobierno tras las elecciones de noviembre de 2011 fue el desarrollo reglamentario de la llamada «Ley Sinde», expresión coloquial equívoca donde las haya porque con ella no se alude propiamente a una Ley, sino sólo a una pequeñísima parte de ella, en concreto a la Disposición Final 43.<sup>a</sup> de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y a las diversas modificaciones introducidas por el citado precepto en distintas normas sobre propiedad intelectual y sociedad de la información.

En efecto, la Disposición Final 43.<sup>a</sup> de la Ley de Economía Sostenible dio nueva redacción a diversos preceptos del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996 (en adelante, TRLPI); de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (en adelante, LSSI), y de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJ). El nervio de la reforma consistió en atribuir a la Administración del Estado una potestad administrativa, inexistente hasta entonces, para interrumpir cualquier servicio de la sociedad de la información que suponga una infracción de derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren 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» (art. 158.4 TRLPI).

Se rompe, así, con la inveterada tradición española de confiar la tutela de la propiedad intelectual y de los derechos de autor exclusiva-

mente a jueces y tribunales, ya sean del orden civil o penal<sup>1</sup>. El artículo 158.4 TRLPI, en su nueva redacción dada por la Disposición Final 43.<sup>a</sup> de la Ley de Economía Sostenible, contiene la regulación esencial para el ejercicio de esta nueva potestad, fundamentalmente el órgano competente —la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, órgano colegiado incardinado en el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes— y el procedimiento. Los detalles los remite el artículo 158.4 TRLPI, en su último párrafo, al reglamento correspondiente, desarrollo que finalmente se plasmó —como hemos apuntado— en el RD 1889/2011, de 30 de diciembre, «por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual», publicado en el *BOE* núm. 315, de 31 de diciembre de 2011, aunque su entrada en vigor no se produjera hasta dos meses más tarde (Disposición Final 4.<sup>a</sup> del RD 1889/2011).

Las dos sentencias comentadas aquí resuelven los recursos que, con algunos días de diferencia, interpusieron dos entidades de naturaleza asociativa contra el RD 1889/2011. El primero lo interpuso la «Asociación de Internautas» el 19 de enero de 2012 (recurso contencioso-administrativo núm. 48/2012), y el segundo la «Red de Empresas de Internet» (recurso contencioso-administrativo núm. 185/2012). Como ambas sentencias llevan la misma fecha, 31 de mayo de 2013, para diferenciarlas nos referiremos a la Sentencia Internautas y a la Sentencia REI para aludir a las que resuelven, respectivamente, el primero y el segundo de los recursos citados.

Con escasas diferencias, el objeto es prácticamente el mismo en ambos, aunque —como se verá— hayan tenido diversa suerte, pese a que la ponencia en ambos casos recayese sobre la misma magistrada<sup>2</sup>. La «Asociación de Internautas» recurría todo el RD 1889/2011, solicitando subsidiariamente la anulación de ciertos preceptos (arts. 13, 15, 20, 22 y 24). La «Red de Empresas de Internet», por su parte, solicitaba la anulación sólo del Capítulo VII de la disposición impugnada y, subsidiariamente, la de diversos apartados e incisos de los artículos 20 y 22.

---

<sup>1</sup> Tradición que se remonta por lo menos a los tiempos de las Cortes de Cádiz. El Decreto CCLXV, de 10 de junio de 1813, después de reconocer «á los escritores la propiedad de sus obras» y el derecho para imprimirlas «durante la vida [del autor] quantas veces le conviniere, y no otro, ni aun con pretextos de notas ó adiciones», disponía: «Siempre que alguno contraviniere á lo establecido en (...) este decreto, podrá el interesado denunciarle ante el Juez, quien le juzgará con arreglo á las leyes vigentes sobre usurpación de la propiedad ajena» (art. IV). Sobre la génesis de este nuevo mecanismo administrativo de tutela, conectada con las dificultades de esta en los órdenes penal y civil en relación con Internet, *vid.* Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS (2013), *La tutela administrativa de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Madrid, Iustel, págs. 13-37.

<sup>2</sup> Excm.a. Sra. D.<sup>a</sup> María del Pilar Teso Gamella.

Una de las peculiaridades de estos procesos es que la Administración General del Estado no ha sido la única parte personada como recurrida. Han compartido con ella la posición de demandadas diversas entidades privadas, de naturaleza asociativa o mercantil, siendo algunas de ellas entidades de gestión de derechos de autor<sup>3</sup>. Otra de las diferencias entre ambos procesos es que en el de la Sentencia Internautas la asociación recurrente solicitó como medida cautelar la suspensión de la norma impugnada, aunque el Tribunal Supremo la rechazó por no concurrir en el caso los presupuestos exigidos para ello<sup>4</sup>.

Pero —como se adelantaba—, sin duda, la gran diferencia es que así como la Sentencia Internautas es desestimatoria, la Sentencia REI estima parcialmente las pretensiones de la asociación recurrente, accediendo a anular el inciso del artículo 20.2 RD 1889/2011, que dice: «y dándose, a dicha interrupción del servicio o retirada voluntaria, valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración»<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> En el caso de la Sentencia Internautas son la «Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda)», «DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A.», «Asociación de Editores de Diarios Españoles (AEDE)», «Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos Audiovisuales» y «Federación de Empresarios de Cine (Fece)». En el de la Sentencia REI, menos mediática pero a la postre la más efectiva para los intereses de los recurrentes, «Federación de Empresarios de Cine (Fece)», «DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A.» y «Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos Audiovisuales», aunque en el proceso de esta sentencia se declaró caducado el trámite de contestación de la demanda a la «Sociedad General de Autores (SGAE)» (en el proceso de la Sentencia Internautas no aparece como personada en ningún momento). Por otra parte, en el de la Sentencia Internautas la «Asociación Española de Economía Digital» desempeñó un papel pintoresco, por llamarlo de alguna forma: después de contestar a la demanda solicitando la estimación del recurso y la anulación del RD 1889/2011, el Tribunal —lógicamente— dictó Auto dejando sin efecto la personación de esta entidad como demandada por realizar alegaciones incompatibles con su posición procesal.

<sup>4</sup> La denegación de medidas cautelares se produjo mediante ATS de 11 de mayo de 2012 (medidas cautelares núm. 48/2012): «Si se examina el Otrosí del escrito de interposición del recurso, en cuanto a la suspensión in integrum de la vigencia del Real Decreto resulta palmaria su improcedencia. Ni una sola razón se ofrece para ello; antes bien el propio escrito de interposición avala la legitimidad del Real Decreto en tanto que se refiere a las normas legales que le proporcionan cobertura y habilitan para regular lo que constituye su objeto, que es articular el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual. Y ya en concreto y en relación con la suspensión de determinados artículos del Real Decreto 13, 15, 20 y 22 también debe rechazarse. El contenido del Otrosí ya mencionado es insuficiente para justificar tal decisión, porque se limita a pretender sin más la suspensión de esos preceptos, sin ofrecer razón alguna que permita realizar una ponderación o valoración circunstanciada de los perjuicios que la entrada en vigor de la norma ocasiona, y de las razones que permitan no tomar en consideración el interés general que subyace siempre en la vigencia de una disposición que innova el ordenamiento, y que deba decaer frente a los intereses particulares de quien recurre o que representa quien recurre. Por otra parte olvida la recurrente que los perjuicios irreversibles que afirma derivan de esos preceptos no son inherentes a los mismos, sino que serían imputables a los actos de aplicación que de ellos resultaran, de modo que en todo caso serían susceptibles de recurso, y sobre ellos podrían adoptarse las medidas que fueren pertinentes de acuerdo con el vigente artículo 122.bis de la Ley de la Jurisdicción» (Razonamiento Jurídico 3.<sup>o</sup>).

<sup>5</sup> El fallo ha sido publicado —como manda el artículo 72.2 LJ— en el BOE núm. 168, de 15 de julio de 2013 (pág. 52339).

Las diversas cuestiones debatidas en los recursos de referencia son de importancia desigual. Algunas tienen naturaleza exclusivamente procesal y no van más allá del recurso en cuestión<sup>6</sup>. Otras revisten más interés porque se proyectan directamente sobre el novedoso régimen de tutela administrativa previsto por la Ley de Economía Sostenible y han dado pábulo a que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre extremos acerca de los que la doctrina venía discutiendo. Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha dejado claro que la nueva potestad administrativa de «salvaguarda de la propiedad intelectual» —como la denomina la Ley— carece de naturaleza sancionadora, tratándose más bien de una potestad de restablecimiento de la legalidad<sup>7</sup>. También parece sostener que

<sup>6</sup> Como la falta de legitimación activa alegada en el recurso de la «Asociación de Internautas» tanto por la Administración como por «DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A.» y que, con toda razón, desestima la Sala. El abogado del Estado sostenía que la «Asociación de Internautas» actuaba en el recurso como asociación de consumidores y usuarios, pero carecía de tal condición por no hallarse inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. El argumento es, a todas luces, inapropiado por cuanto que la legitimación con que actuaba la «Asociación de Internautas» era la general de las personas jurídicas y que se deriva, como señala el FJ 2.º de la Sentencia, de la conexión entre la finalidad concreta de la asociación como tal y el objeto de la pretensión: «*El catálogo general sobre la legitimación activa que dibuja la Ley —artículo 19 de la LJCA— diferencia entre la legitimación general por la concurrencia de un derecho e interés legítimo y otro tipo de legitimaciones como la legitimación corporativa, la legitimación de las Administraciones y la que corresponde al Ministerio Fiscal. Pues bien, la legitimación activa del artículo 19.1 de la LJCA, como cuantidad que habilita a las personas físicas o jurídicas para actuar como parte demandante en un proceso concreto, se vincula, por lo que hace al caso, a la relación que media entre aquella y el objeto de la pretensión que se deduce en el proceso. Concretamente, se condiciona a que “resulten afectados” o que “estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos” (apartado b/ del mentado artículo 19.1 de la LJCA). La propia naturaleza y caracterización de la presente impugnación, así como la finalidad de la asociación de internautas recurrente, pone de manifiesto que lo que se ventila en el presente recurso contencioso-administrativo afecta, repercute y trasciende, de modo innegable, a la esfera de intereses propios de la asociación recurrente, es decir, de los usuarios y consumidores de comunicaciones telemáticas. De modo que lo que debate en este recurso puede condicionar su proceder, y la defensa de tales usuarios, respecto de los contenidos de internet. En definitiva, se influye en el proceso de toma de decisiones para el uso accesible de dichas comunicaciones».* Lo que ya no resulta convincente es la larga cita que, a continuación, hace el Tribunal Supremo de la STC 219/2005 en relación con los supuestos especiales de legitimación de las asociaciones de consumidores para defender los intereses de sus asociados como derecho fundamental de configuración legal a la tutela judicial efectiva. En el caso de la «Asociación de Internautas» no estamos ante un supuesto de legitimación especial o de «legitimación representativa», sino —como se ha señalado— ante la legitimación ordinaria y general que cualquier persona jurídica ostenta frente a una actuación de los poderes públicos que resulte contraria a sus fines. Vid. Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS (2011), «Título II. Derecho de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios», en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid, Iustel, págs. 526-528.

<sup>7</sup> «No estamos, por otro lado, ante una regulación propia del derecho sancionador, sino únicamente ante el restablecimiento de la legalidad en internet frente a los embates contra la propiedad intelectual. No se trata, por tanto, del ejercicio del “ius puniendi” del Estado, sino de reponer las cosas a su situación legal, cuando dicha legalidad ha sido conculcada por los responsables de los servicios de la sociedad de la información. De modo que si no se trata de una regulación de carácter sancionador mal puede exigirse, en consecuencia, la observancia de los

la autorización judicial necesaria para ejecutar las medidas adoptadas en el ejercicio de dicha potestad es una exigencia constitucional, en concreto del artículo 20.5 CE, según el cual sólo «podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial»<sup>8</sup>.

Con todo, hay dos cuestiones que sobresalen entre todas las demás. La primera de ellas, tratada por las dos sentencias, se refiere a la compatibilidad del entero sistema de tutela diseñado por la Ley de Economía Sostenible con el principio de división de poderes y la reserva de jurisdicción establecida en el artículo 117.3 de nuestra Carta Magna. La segunda se refiere a los límites de la potestad reglamentaria y es objeto de atención, sobre todo, en la Sentencia REI, que es la que —sobre esa base teórica— elimina del Reglamento impugnado el inciso anteriormente citado. Como se verá, sin embargo, los argumentos desarrollados por el Tribunal para fundamentar este fallo parcialmente anulatorio reclaman una base teórica más sólida y también más coherente con la primera cuestión resuelta por el propio Tribunal Supremo, es decir, con la compatibilidad del sistema implantado por la Ley de Economía Sostenible con el principio constitucional de división de poderes y, más concretamente, con la reserva de jurisdicción.

---

*principios y garantías del Título IX de la Ley 30/1992» (FF.JJ. 10.º y 11.º de las Sentencias REI e Internautas, respectivamente). En este sentido, con anterioridad, vid. Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS (2013: 29-33) y la bibliografía ahí citada. Entre los autores que se manifestaban en contra de la naturaleza sancionadora de esta potestad atribuida a la Comisión de Propiedad Intelectual puede citarse, por ejemplo, a José ALMAGRO NOSETE (2011), «Aspectos procesales del proyecto de ley “antidescargas”», en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, coord. por Xavier O'CALLAGHAN, Madrid, Dykinson, pág. 580. Favorable, en cambio, al carácter sancionador de la potestad Ramón DURÁN RIVACOBIA (2011), «La protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico (a propósito de la “Ley Sinde”», en *Revista Aranzadi Civil Doctrinal*, núm. 2, págs. 37 ss.*

<sup>8</sup> Así parece deducirse del FJ 4.º de la Sentencia REI: «*Es cierto que no puede acordarse el secuestro de un medio de comunicación por un órgano administrativo, pues el artículo 20.5 de la CE señala que el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información sólo puede acordarse mediante resolución judicial. Ahora bien, no está de más recordar que la función de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, según señala el artículo 158.4 de la Ley de Propiedad Intelectual (según redacción dada por la disposición final cuatragésimo tercera, apartado cuarto, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible), es la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información. Y que su función, respecto de la adopción de las medidas de interrupción de la prestación y de retirada de los contenidos, se limita a determinar su necesidad y a declarar su adopción, pues su ejecución precisa, como luego veremos, de autorización judicial.*».

## II. RESERVA DE JURISDICCIÓN Y TUTELA ADMINISTRATIVA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET

Tanto antes como después de la aprobación del RD 1889/2011, la cuestión seguramente más debatida en torno a la denominada «Ley Sinde» ha recaído sobre la propia naturaleza jurídico-administrativa del nuevo sistema de tutela que el artículo 158 TRLPI diseña en su redacción actual, esto es, si el legislador puede o no atribuir a la Administración pública potestades para hacer cesar determinados servicios de la sociedad de la información que supongan infracción de derechos de propiedad intelectual. Ello es tanto como poner en tela de juicio la compatibilidad de este nuevo sistema administrativo de tutela de la propiedad intelectual en Internet con la llamada «reserva de jurisdicción» o, más comúnmente, denominado también «principio de exclusividad de jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional»: «*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*» (art. 117.3 CE)<sup>9</sup>. No se olvide que la Administración aquí, cuando ejerce sus potestades, lo hace directamente a favor de determinados intereses jurídicos configurados en concreto como derechos subjetivos (los derechos de propiedad intelectual), de los que no son titulares ni la propia Administración ni la comunidad en su conjunto, sino determinadas personas físicas o jurídicas, de carácter privado las más de las veces.

Ello plantea toda una suerte de interrogantes de considerable magnitud. ¿Hasta qué punto puede el legislador poner la maquinaria administrativa al servicio de los derechos de determinados sujetos particulares? ¿Es función de la Administración pública resolver de forma coactiva los conflictos entre particulares<sup>10</sup>, en este caso entre titulares

<sup>9</sup> *Vid.*, por ejemplo, Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2008), «Artículo 117», en *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, pág. 1842. *In extenso* sobre esta garantía, *vid.* Santiago MUÑOZ MACHADO (1989), *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, donde se analizan diversos fenómenos de invasión de las funciones propias del poder judicial por parte de los otros dos poderes del Estado, entre los que —sin embargo— no se incluye ninguno consistente, como pudiera ocurrir aquí, en que el legislador atribuya al Ejecutivo funciones jurisdiccionales en detrimento del Poder Judicial.

<sup>10</sup> En este sentido, la competencia controvertida se parece mucho a la actividad arbitral que con toda normalidad ejerce la Administración en multitud de sectores. Sin embargo, se diferencia de ella —entre otros extremos— en que no concurre aquí la nota de voluntariedad que caracteriza a la actividad arbitral. *Vid.* José Ramón PARADA VÁZQUEZ (2012), *Derecho Administrativo. I. Parte General*, 19.ª ed., Madrid, Marcial Pons, págs. 355 y 356; y Belén PORTA PEGO (2009), «Otras formas de la actividad: arbitral, económica, de información», en *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo. Tomo III. Volumen II*, Madrid, Iustel,

de derechos de propiedad intelectual y sus eventuales infractores? ¿No es privativa, más bien, dicha función del poder judicial? Al encomendarle la tutela de esos derechos subjetivos, ¿no se estará desnaturalizando así a la propia Administración, que el artículo 103.1 CE configura como una organización puesta al servicio objetivo de los «intereses generales»? ¿Es posible elevar la tutela de esos derechos a la categoría de «interés general»? ¿Hasta dónde puede llegar el legislador por ese camino? ¿Se puede encomendar legalmente a la Administración cualquier cosa no contraria al ordenamiento constitucional con sólo apelar formalmente al «interés general»? ¿Pueden atribuirse ilimitadamente funciones a la Administración, en cualquier campo y materia, con sólo calificar legalmente como de «interés general» la tutela de determinados bienes jurídicos? En definitiva, ¿existen —o no— fronteras fijas entre lo que corresponde al poder judicial y lo que puede atribuirse a la Administración?

Cuestiones e interrogantes todos ellos de envergadura que han enfrentado —y enfrentan— diversas opiniones y pareceres. Precisamente, una parte importante de los fundamentos alegados tanto por la «Asociación de Internautas» como por la «Red de Empresas de Internet» en sus respectivos recursos descansaba sobre la supuesta incompatibilidad de las funciones atribuidas a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual con la reserva de jurisdicción del artículo 117.3 CE<sup>11</sup>. Pero como la atribución de las citadas competencias derivaba no tanto del RD 1889/2011 como del artículo 158 TRLPI, las dudas de constitucionalidad en este punto se trasladaron a este último, razón por la cual ambos recurrentes coincidieron en plantear a la Sala Tercera la «conveniencia» de formular cuestión de inconstitucionalidad sobre dicho precepto.

---

págs. 207-213. Estamos, por el contrario, más bien ante una forma de actividad administrativa de limitación. *Vid.* Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS (2013: 57).

<sup>11</sup> Estrechamente conectada con este argumento, también alegaban las asociaciones recurrentes vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Como es lógico, el Tribunal Supremo rechazó la alegación mediante el sencillo expediente de razonar que, puesto que las resoluciones de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual son revisables por la jurisdicción contencioso-administrativa en vía de recurso, no se veda el acceso a la tutela judicial (FF.JJ. 6.º y 7.º de las Sentencias REI e Internautas, respectivamente).

1. *El deficiente concepto de jurisdicción empleado por el Tribunal Supremo para declarar la compatibilidad de la potestad administrativa de salvaguarda de la propiedad intelectual con la reserva del artículo 117.3 CE*

El planteamiento de la cuestión fue, sin embargo, rechazado; y no porque no concurrieran los requisitos formalmente exigidos para ello —lo cual fue efectivamente apreciado por la Sala en los dos casos<sup>12</sup>—, sino sobre todo porque el propio Tribunal no albergaba ninguna duda sobre la constitucionalidad del sistema puesto en marcha por la Ley de Economía Sostenible: «*Las indicadas medidas de interrupción del servicio y de retirada de contenidos no invaden ni interfieren el ejercicio de la potestad jurisdiccional que se encomienda por la Constitución, en régimen de monopolio, a los jueces y tribunales, ex artículo 117.3 de la CE*» (FJ 6.º de la Sentencia REI; en términos muy similares, FJ 6.º *in fine* de la Sentencia Internautas).

La conclusión de la Sala se apoya en un concepto de jurisdicción o de potestad jurisdiccional —el que, a su parecer, utiliza el artículo 117.3 CE— que resume en los siguientes términos: «*Tradicionalmente, y muy sucintamente, el concepto de jurisdicción, propio de nuestra actividad jurisdiccional que recoge el artículo 117.3 de la CE, se vincula con la función de determinar el derecho en un caso concreto, respecto de determinadas personas y sobre determinados actos. Y la diferenciación entre la actividad administrativa y la jurisdiccional radica en la nota de la irrevocabilidad, a pesar de las resoluciones administrativas firmes, y de los recursos procedentes en sede jurisdiccional*» (FF.JJ. 6.º y 7.º de las Sentencias REI e Internautas, respectivamente).

El caso es que para el Tribunal Supremo ninguna de estas notas concurre en la función atribuida a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Primero, porque con ella no se trata de ejer-

<sup>12</sup> «Despejado el anterior obstáculo procesal, nos corresponde ahora pronunciarnos sobre la solicitud que formula la recurrente, mediante otrosí en su escrito de demanda, para que esta Sala plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (...). Bastaría, para desestimar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, con señalar que en el escrito de demanda se formula tal solicitud de forma genérica e imprecisa, sin explicar ni la concurrencia de los requisitos que establecen los artículos 163 de la CE y 35 de la LOTC, ni en qué forma las normas legales que se citan (el artículo 158 de la Ley de Propiedad Intelectual según redacción dada por la disposición final cuadragésimo tercera, apartado cuarto, de la Ley de Economía Sostenible que modificó su redacción) infringen los artículos 9, 20, 24, 25 y 97 de la CE. En definitiva, si lo que se pretendía con tal sugerencia o solicitud era, como se deduce del artículo 163 de la CE, suscitar dudas al Tribunal sobre la constitucionalidad de la norma, debería haberse proporcionado un razonamiento fundado y coherente al respecto» (FJ 4.º de la Sentencia Internautas; en similares términos, FJ 3.º de la Sentencia REI).

cer la función jurisdiccional, sino *«que se concibe con la finalidad de salvaguardar los derechos de propiedad intelectual, frente a la vulneración por los responsables de los servicios de los profesionales de la sociedad de la información, al tiempo que se diseña un procedimiento presidido, por la propia naturaleza de la actividad a que se refiere, por la celeridad»* (ídem). Tanto es así, insiste el Supremo, que el artículo 158.4 TRLPI configura la nueva potestad administrativa *«sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes. De manera que quedan a salvo, y no sustituye, las correspondientes vías jurisdiccionales que no se ven suprimidas ni restringidas»* (ídem).

Y, en segundo lugar, los poderes atribuidos a la citada Sección Segunda tampoco resultan contrarios a la reserva de jurisdicción porque carecerían de la nota de irrevocabilidad, en la medida en que la propia Ley de Economía Sostenible modificó asimismo la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa *«para atribuir el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra sus actos administrativos, a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. En consecuencia, los indicados actos de la Comisión son revisados ante esta jurisdicción»* (ídem, aunque el segundo inciso tan sólo aparece en la Sentencia Internautas).

Pero, como se ha señalado, no son pocas las opiniones contrarias a la constitucionalidad de este nuevo sistema de tutela administrativa de la propiedad intelectual, al igual que tampoco escasean las que la defienden. En cualquier caso, se percibe en la argumentación que ha llevado al Tribunal Supremo a decantarse por esta segunda opción un déficit argumentativo que lastra, a la postre, una cierta falta de motivación en las sentencias en cuanto a este punto. Ese déficit responde al propio concepto de jurisdicción del que parte en su razonamiento, concepto que juzgamos incompleto y erróneo y que exonera al Tribunal de seguir escudriñando cuáles son las razones que respaldan al legislador para poner en pie un sistema como el de la «Ley Sinde».

En primer lugar, dice el Tribunal Supremo que la jurisdicción o la potestad jurisdiccional se caracteriza o se identifica en nuestro sistema jurídico por la función de *«determinar el derecho en un caso concreto, respecto de determinadas personas y sobre determinados actos»*. Se trata, no obstante, de una nota de por sí insuficiente para caracterizar la potestad jurisdiccional reservada en exclusiva al poder judicial por el artículo 117.3 CE. En efecto, la aplicación del Derecho al caso concreto no es en absoluto privativa de jueces y tribunales. En puridad, lo que las Administraciones públicas hacen en multitud de ocasiones —por ejemplo, cuando imponen sanciones, otorgan subvenciones, deniegan o dan licencias, etc.— es aplicar el Derecho objetivo a un caso o supuesto con-

creto de la realidad. En definitiva, la primera nota del concepto de jurisdicción utilizado por el Tribunal Supremo en estas sentencias resulta insuficiente para distinguir aquella función privativa de jueces y tribunales de aquella otra atribuida a la Administración para dictar en general actos administrativos en multitud de supuestos.

Tampoco corre mejor suerte el segundo elemento del concepto formulado por el Tribunal Supremo para distinguir la función jurisdiccional de la actividad administrativa. Para las sentencias citadas, lo característico de la jurisdicción sería «*la nota de irrevocabilidad*»<sup>13</sup>. Pero esto tampoco es cierto. Los actos administrativos también son en general irrevocables cuando devienen firmes y consentidos, y —al revés— las propias sentencias pueden revocarse mientras no sean firmes a través de los recursos ordinarios correspondientes, e incluso, cuando lo sean, por la vía de los recursos extraordinarios de revisión previstos en las normas procesales. Por eso, como no es cierto que la nota de irrevocabilidad sea rasgo distintivo de la jurisdicción, la Sala se ve obligada a añadir de inmediato —como se ha señalado— unas salvedades que reducen a la nada su propio concepto de jurisdicción: «*a pesar de las resoluciones administrativas firmes, y de los recursos procedentes en sede jurisdiccional*».

2. *Hacia un concepto de jurisdicción como forma de heterotutela, presidido por un «desinterés objetivo», y diferente de la actuación administrativa, presidida por el «interés general»*

Más bien, el rasgo distintivo de la jurisdicción objeto de reserva en el artículo 117.3 CE a favor de jueces y tribunales es el de que responde a lo que se ha denominado «desinterés objetivo», es decir, al hecho de que la jurisdicción es sencillamente una forma de heterotutela, no de autotutela. Una actuación es jurisdiccional no sólo cuando el órgano o instancia que la realiza es independiente y está sometido únicamente al Derecho, sino también cuando dicha actuación no responde a la finalidad de tutelar intereses propios del ente en el que dicho órgano o instancia se integra, o —con otras palabras— cuando el aplicador del Derecho trasciende los intereses públicos o privados en juego, que le resultan totalmente ajenos<sup>14</sup>. Por eso, entre otras cosas, no puede decirse que el privi-

<sup>13</sup> En este sentido, *vid.* Ignacio DE OTTO Y PARDO (1989), *Estudios sobre el poder judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia (en *Obras Completas*, Oviedo, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, págs. 1262, 1263, 1310 y 1315).

<sup>14</sup> *Vid.* Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ (2008: 1829 y 1830). La expresión «*desinterés objetivo*» la toma expresamente de Andrés DE LA OLIVA SANTOS, quien la utiliza al menos desde su obra (1988) *Derecho Procesal Civil I*, con Miguel Ángel FERNÁNDEZ, Barcelona, PPU, pág. 6, como traducción del término *alienità* empleado por CHIOVENDA.

legio de autotutela del que goza la Administración sea, en puridad, una excepción a la reserva de jurisdicción. Aunque determinadas potestades administrativas se traduzcan en el ejercicio de poderes que externamente se muestren como jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales, con ello la Administración no está persiguiendo la satisfacción de un interés que le sea totalmente ajeno, sino un interés —el interés general— que le es propio —aunque no sea su titular— porque a su servicio está intrínsecamente ordenada y de él recibe su misma razón de ser (art. 103.1 CE).

La cuestión estriba, por tanto, en dilucidar si la potestad administrativa atribuida por el artículo 158 TRLPI a la Administración está o no ordenada al interés general, pues si la respuesta fuera negativa el legislador no sólo estaría vulnerando el artículo 103.1 CE, sino, al propio tiempo, la reserva de jurisdicción del artículo 117.3 CE. Es este escrutinio el que se echa en falta en las sentencias comentadas, seguramente por partirse en ellas de un concepto inadecuado de jurisdicción, y ello aunque como resultado del mismo pueda llegarse a una misma conclusión favorable al legislador. En efecto, resulta perfectamente plausible considerar que se halla aquí involucrado un bien que trasciende el interés particular, integra el interés general y justifica, por ello, la intervención administrativa, de modo que en este ámbito la Administración no se estaría desarrollando con «desinterés objetivo», sino que estaría actuando al servicio de los intereses generales, dándose cumplimiento de esta manera al artículo 103.1 CE, y respetándose a la vez la reserva del artículo 117.3 CE.

### 3. *La potestad administrativa de tutela de la propiedad intelectual en Internet como servicio objetivo de la Administración al interés general*

#### A) *Declaración formal de interés general*

Este es precisamente el sentido de la remisión del artículo 158.4 TRLPI a «los artículos 8 y concordantes» de la LSSI, que sirve, sobre todo, para declarar formalmente como fin de interés general la tutela de la propiedad intelectual que trata de perseguirse con la nueva potestad atribuida<sup>15</sup>. Y es que, a tal efecto, la DF 43.<sup>a</sup> de la Ley de Eco-

---

<sup>15</sup> Se produciría, en definitiva, lo que Andrés DE LA OLIVA comentaba en la citada obra *Derecho Procesal Civil I* con estas palabras: «Cabría señalar que la Administración resuelve conflictos intersubjetivos en ciertas materias, mostrándose, en apariencia, objetivamente desinteresada. Mas la realidad de estas observaciones no resta valor a las distinciones establecidas [con el poder judicial], porque (...) la Administración resuelve conflictos intersubjetivos en ciertas materias en la medida en que su acción en esas materias contribuye al interés general, al bien común» (pág. 7).

nomía Sostenible también modificó el artículo 8.1 LSSI para introducir la «salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual» entre los principios que justifican la adopción de medidas de la interrupción o retirada de datos de los servicios de la sociedad de la información. De este modo, los «derechos de propiedad intelectual» se sitúan ahora en el mismo plano de importancia que los demás bienes y derechos a los que alude el artículo 8.1 LSSI: el «orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional»; la «salud pública» y los «consumidores o usuarios»; la «dignidad de la persona» y el «principio de no discriminación»; y la «juventud» y «la infancia»<sup>16</sup>.

B) *Respeto del principio de interdicción de la arbitrariedad: racionalidad y proporcionalidad de la medida*

Pero para concluir con un juicio favorable a la constitucionalidad de la potestad atribuida por el legislador no basta —evidentemente— con comprobar la existencia de una declaración formal de interés general. El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, formulado en el artículo 9.3 CE, supone también un límite para el legislador, y obliga a indagar cuáles han sido las razones que han llevado al legislador a decidir lo que ha decidido, sin conformarse con un control meramente formal y, por ende, fácil de burlar. De hecho, no son escasos los reproches de arbitrariedad que se han dirigido a esa equiparación en el citado artículo 8 LSSI de la propiedad intelectual con esos otros bienes jurídicos más básicos como la seguridad, la salud, la defensa, etc.

Existen, sin embargo, razones suficientes que avalan el respeto de dicho principio por parte del legislador. En nuestra opinión, esas razones descansan sucesivamente en: 1) la naturaleza de los derechos

<sup>16</sup> Dispone el artículo 8.1 LSSI: «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, y d) La protección de la juventud y de la infancia. e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual». La conjunción copulativa «y» con que termina el enunciado de la letra c) sigue presente en el texto de este artículo 8.1 LSSI, por cuanto la Ley de Economía Sostenible lo único que hizo fue añadir la citada letra e), sin retocar la redacción de las anteriores.

tutelados por esta nueva potestad administrativa; 2) el especial deber de protección que atañe a los poderes públicos en relación con estos derechos; y 3) la situación de debilidad en que esos derechos se hallan en el nuevo escenario tecnológico representado por Internet.

En primer lugar, debe afirmarse que los derechos de propiedad intelectual son un tipo de propiedad, y participan —por tanto— de su reconocimiento como derecho fundamental en el artículo 33 CE. Aclaremos en este punto que derechos fundamentales no son sólo los derechos constitucionales susceptibles de amparo constitucional y de protección judicial preferente y sumaria (art. 53.2 CE); lo son estos, pero también todos aquellos otros reconocidos por la Constitución como resistentes al legislador, es decir, aquellos sobre los que se proyecta la garantía del contenido esencial (art. 53.1 CE). No lo son sólo, por tanto, los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 CE (más la objeción de conciencia del artículo 30), sino también los reconocidos en la sección segunda del capítulo segundo del título primero de la Constitución (arts. 30-38)<sup>17</sup>.

En segundo lugar, los poderes públicos tienen un especial deber de protección de estos derechos que deriva de la llamada dimensión institucional u objetiva de los derechos fundamentales. Con esta expresión no sólo se alude a que los derechos fundamentales —además de derechos subjetivos de titularidad individual— son bienes jurídico-constitucionales que ocupan un papel central en el entero ordenamiento. También significa, como consecuencia directa de ello, que los poderes públicos tienen un especial deber de eliminar o remover todos aquellos obstáculos que se opongan a un real y efectivo ejercicio y disfrute de esos derechos fundamentales por parte de los ciudadanos<sup>18</sup>. Y dentro del amplio margen de configuración que al legislador corresponde para regular el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE), ese deber de re-

<sup>17</sup> En efecto, el criterio definitorio de los derechos fundamentales es, como se acepta hoy generalmente, la resistencia del derecho frente al legislador ordinario. Los derechos fundamentales son, en definitiva, los enumerados en el artículo 53.1 CE: los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución, cuyo «contenido esencial» deben en todo caso respetar las leyes que regulen su ejercicio. En este sentido, en relación con la propiedad privada, Fernando REY MARTÍNEZ (1994), *La propiedad privada en la Constitución Española*, Madrid, Boletín Oficial del Estado - Centro de Estudios Constitucionales, págs. 121-232. Más cercano en el tiempo, en el mismo sentido, *vid.* José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2008), «Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española», en *Revista de Administración Pública*, núm. 177, pág. 165.

<sup>18</sup> Este deber de remoción como exigencia de la dimensión institucional de los derechos fundamentales se encuentra plasmado formalmente en el artículo 9.2 CE: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

moción puede —dependiendo de la naturaleza de las dificultades concretas de ejercicio de los derechos y de las preferencias políticas del legislador en cada momento— traducirse o plasmarse no sólo en medidas positivas de fomento o apoyo por los poderes públicos<sup>19</sup>, sino también en la adopción de medidas de signo negativo, ya sea preventivo o represivo<sup>20</sup>. Entre estas últimas incluso puede (y en ocasiones debe) prevverse el establecimiento de mecanismos consistentes, una vez comprobada la efectiva existencia y entidad de determinados obstáculos para el ejercicio de los derechos fundamentales de que se trate, en la atribución de su tutela a órganos administrativos especiales, dotándolos de los correspondientes poderes en forma de potestades administrativas de limitación sobre aquellas actividades que constituyan o estén en el origen de las trabas al ejercicio de los derechos fundamentales en cuestión. Es lo que sucede en nuestro propio ordenamiento en relación con otros derechos fundamentales como, por ejemplo, el derecho a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE)<sup>21</sup>.

Por tanto, a la luz de todo ello, la gran pregunta que hay que hacerse y de cuya respuesta depende a la postre la constitucionalidad del sistema

---

<sup>19</sup> Vid. Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE (2000), «Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 32, págs. 131 ss.

<sup>20</sup> Es el mismo fundamento que tienen determinadas normas penales destinadas a castigar, por ejemplo, violaciones del derecho a la vida. Una desatención del legislador en tal sentido podría significar una vulneración del derecho fundamental en cuestión en su dimensión institucional. La dimensión institucional de los derechos fundamentales también incluye un derecho a la protección positiva adecuada por parte de los poderes públicos. Y ello porque —repetimos— los derechos fundamentales no son sólo bienes individuales, sino instituciones relevantes para el entero sistema. Vid. sobre estas cuestiones, y con un enfoque diferente, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2006), *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, sobre los denominados «derechos fundamentales a protección».

<sup>21</sup> En efecto, según el sistema configurado en su momento por la LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD), y cuyo esquema sigue la vigente LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (LOPD), la protección de este derecho fundamental no se encarga directamente o sólo a los jueces y tribunales, sino a una Administración pública —la Agencia Española de Protección de Datos y sus entes homólogos autonómicos— cuyas funciones no consisten únicamente en la imposición de sanciones, sino en la adopción de diversas medidas encaminadas a restablecer el respeto de unos derechos subjetivos concretos de los que aquella no es titular. Entre las potestades no sancionadoras que puede ejercer la Agencia de Protección de Datos, el artículo 37.1.f) LOPD se refiere a la de requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de la Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros. Si las funciones de la Agencia no pueden calificarse de jurisdiccionales en el sentido estricto del artículo 117.3 CE es porque con su ejercicio la Administración pública no está tutelando en realidad intereses que le son ajenos, sino el interés general derivado de la dimensión institucional de unos derechos fundamentales cuyos titulares (normalmente ciudadanos individuales) se encuentran en una clara situación de desventaja para su pleno ejercicio frente a quienes los vulneran o pueden vulnerarlos (normalmente, empresas y Administraciones públicas).

establecido por la Ley de Economía Sostenible es: ¿existen realmente, y en qué magnitud, obstáculos para un ejercicio efectivo de los derechos de propiedad intelectual? La respuesta es que, al menos en relación con Internet y tal y como los derechos de propiedad intelectual están configurados en la Ley de Propiedad Intelectual, tales dificultades parecen evidentes y saltan a la vista<sup>22</sup>.

Los datos al respecto son abrumadores y figuraban en los propios expedientes de los recursos resueltos por las sentencias aquí comentadas. El Dictamen del Consejo de Estado de 24 de noviembre de 2011, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, se hacía eco de los datos correspondientes al segundo semestre de 2010 del Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales, de la consultora norteamericana IDC. Sobre la base de esos datos, el Consejo de Estado deja constancia del «grave problema económico que supone la piratería de contenidos digitales». Si la «industria de contenidos digitales generó 1.510,9 millones de euros en el segundo semestre de 2010», el «valor total de los contenidos pirateados ascendió a 5.562,1 millones de euros, es decir, casi cuatro veces el dato del consumo legal (y el 78,6% de todo el negocio)»<sup>23</sup>. La situación es tanto más grave cuanto que —sigue señalando el Consejo de Estado con datos de 2009— las empresas de carácter cultural aportan el 3,7% del PIB español y ocupan directamente a más de medio millón de personas, es decir, un 2,9% del empleo total. Aunque es difícil contar con cifras exactas sobre los efectos negativos directamente derivados de las conductas contrarias a los derechos de propiedad intelectual en Internet, lo cierto es que los da-

<sup>22</sup> Es lo que trata de expresar la Exposición de Motivos del RD 1889/2011 cuando señala: «Sobre los poderes públicos recae el deber reforzado de garantizar los mencionados derechos y libertades fundamentales y de remover los obstáculos para el pleno ejercicio de los mismos. Sólo combatiendo los supuestos de vulneración de los derechos de propiedad intelectual de los autores y creadores e impidiendo el enriquecimiento injusto de quienes los vulneran, puede garantizarse que aquéllos reciban una contraprestación por la explotación de sus obras y creaciones, y se asegure a largo plazo la diversidad cultural, la libertad de creación y el acceso de todos a la Cultura». El Informe del Consejo Fiscal de 29 de septiembre de 2011 sobre el Proyecto del Real Decreto fue más explícito aún en relación con ese deber constitucional de remoción referido a la propiedad intelectual en Internet: «Los objetivos del proyecto de Real Decreto que se informa son especialmente (...): (...) [r]emover los obstáculos para el pleno ejercicio de los derechos de la propiedad intelectual» (pág. 4).

<sup>23</sup> Se entiende por contenidos digitales en dicho Informe los producidos por las industrias de la música, películas, videojuegos y libros. En el primer semestre de 2011 las cifras habían experimentado poca variación —5.229,4 millones en contenidos «pirateados» frente a 1.538,1 en volumen de consumo legal—, a tenor de lo reflejado por la misma consultora en informe difundido por la Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento (ADESE) en su página web ([www.adese.es](http://www.adese.es)). Por su parte, *International Data Corporation* (IDC) es una consultora norteamericana con presencia, según datos proporcionados por su página web, en 110 países y especializada en mercados de tecnologías de la información y las comunicaciones.

tos estadísticos procesados por el Instituto Nacional de Estadística reflejan una espectacular involución del volumen de negocio en los sectores de la edición, de las actividades cinematográficas y de la producción audiovisual en los últimos años, sobre todo a partir de 2004, coincidiendo precisamente con la generalización en nuestro país de prácticas como las del intercambio de archivos a través de redes P2P<sup>24</sup>. No parece, en definitiva, que las nuevas medidas aprobadas obedezcan a razones ajenas al interés general ni que, en consecuencia, puedan tacharse de arbitrarias ni reputarse incompatibles con la reserva de jurisdicción establecida en el artículo 117.3 CE.

Con todo, el principio de interdicción de la arbitrariedad no se agota —como ha señalado una autorizada doctrina— en la racionalidad de la medida en cuestión, sino que es menester también que la medida sea razonable o proporcionada<sup>25</sup>. Desde este punto de vista, algún autor se ha pronunciado expresamente a favor de la proporcionalidad en general de la reforma aprobada por la Ley de Economía Sostenible en esta materia<sup>26</sup>. Pero aunque «colgar» contenidos vulnerando la propiedad intelectual no constituya ejercicio de derecho alguno, hay que convenir en que habiéndose convertido Internet en vehículo privilegiado para el ejercicio de libertades fundamentales como las de expresión e información de millones de ciudadanos, toda intervención restrictiva sobre el uso de Internet debe realizarse con cautela. En concreto, una aplicación desproporcionada de medidas de represión en dicho ámbito podría resultar fácilmente desalentadora, cuando menos, para el ejercicio de aquellas libertades por parte del mismo o de otros ciudadanos, incumplándose por esta vía el mandato de remoción contenido en el artículo 9.2 CE y al que nos hemos referido ya<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Por ejemplo, en el sector de la «Edición» se ha pasado de una variación anual positiva del 12,4 en el mes de enero de 2004 a una variación anual de -8,5 en enero de 2012. En el sector de «Actividades cinematográficas, de programas de televisión y edición musical» la evolución es similar; aunque en enero de 2012 el índice de variación anual vuelve a presentar una cifra ligeramente positiva, después de haberse hundido hasta -11,6 en enero de 2011. *Vid.* «Indicadores de actividad del sector servicios (IASS) - Base 2005», que pueden consultarse a través de los motores de búsqueda disponibles en la página web del Instituto Nacional de Estadística.

<sup>25</sup> *Vid.* Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (1998), *De la arbitrariedad del Legislador*, Madrid, Civitas, especialmente págs. 87-142 y 163; y (2008) *De la arbitrariedad de la Administración*, 5.ª ed., Madrid, Civitas, en especial las págs. 236 y 237.

<sup>26</sup> Así, Jesús José TIRADO ESTRADA (2011), «Consideración crítica sobre la Disposición Final del Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos constitucionales y aplicación práctica», en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, coord. por Xavier O'CALLAGHAN, Madrid, Dykinson, págs. 519-522.

<sup>27</sup> Sobre el «efecto desaliento» como criterio de control sobre la proporcionalidad de medidas restrictivas en relación con los derechos fundamentales, *vid.* Tomás DE DOMINGO PÉREZ (2003), «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado “chilling effect” o “efecto desaliento”», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122.

Teniendo en cuenta estas advertencias, dirigidas más al aplicador de la norma que a la norma en sí, puede afirmarse que la regulación establecida por la LES respeta el principio de proporcionalidad. En efecto, al mismo tiempo que otorga poderes de limitación a la Administración, esos poderes están muy delimitados y tasados (suspensión o retirada de los servicios o contenidos vulneradores y por un máximo de tiempo predeterminado en la norma), se producen con posterioridad a la conducta (no son controles *a priori*) y están simultáneamente sometidos a escrutinio judicial en relación precisamente con una eventual afectación de aquellas libertades fundamentales<sup>28</sup>. Por lo demás, el inevitable resquicio de discrecionalidad que se atribuye a la Administración para decidir la medida concreta a aplicar —recordemos que la norma permite suspender los servicios de la sociedad de la información «o» retirar los contenidos— está contrapesado con una doble exigencia general que, sin embargo, el autor de la norma sectorial se ha sentido en la obligación de recordar: la motivación de la resolución finalmente adoptada y la exigencia de que la medida acordada sea a su vez también proporcionada, es decir, indispensable, idónea y ponderada en relación con la protección de los derechos concretos que se entiendan vulnerados<sup>29</sup>.

En definitiva, es posible afirmar que la atribución de esta controvertida potestad a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual resulta compatible con la reserva de jurisdicción del artículo 117.3 CE; pero no porque el ejercicio de aquella no suponga la aplica-

---

<sup>28</sup> En efecto, la Disposición Adicional 43.<sup>a</sup> de la LES también modificó la LJ para introducir un nuevo artículo 122 bis, en cuyo apartado 2 luce lo siguiente: «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 oír a todos los personados 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». Sobre el alcance y régimen de este trámite judicial puede verse Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS (2013: 140-152) y la bibliografía allí citada.

<sup>29</sup> Así, dispone el párrafo 6.º del artículo 158.4 TRLPI: «El procedimiento para el restablecimiento de la legalidad (...) estará basado en los principios de (...) proporcionalidad (...)». Por su parte, la exigencia de motivación de la resolución del procedimiento está contenida en el artículo 22.1 RD 1889/2011, aunque también deriva de lo dispuesto con carácter general por el artículo 54.1 LAP en relación con los actos que limitan posiciones jurídicas activas de sus destinatarios y los que se dictan en ejercicio de potestades discrecionales.

ción del Derecho «*en un caso concreto, respecto de determinadas personas y sobre determinados actos*», ni porque carezca de la «*nota de irrevocabilidad*», como sostiene el Tribunal Supremo, sino porque no estamos en realidad ante genuinos poderes jurisdiccionales, en la medida en que el legislador parte de:

- 1) que, ante el actual desarrollo de las nuevas tecnologías y en el marco de la legislación vigente hasta ese momento, los titulares de derechos de propiedad intelectual experimentan obstáculos de especial intensidad para su pleno y efectivo disfrute;
- 2) que dichos titulares son —en definitiva— quienes, en el entorno digital, aparecen más inermes y desamparados; y
- 3) que, en virtud de la dimensión institucional de los derechos fundamentales, no hay en su tutela por los poderes públicos una satisfacción de intereses meramente privados, sino el servicio al interés general.

Finalmente, con ello no quiere decirse que un sistema como el ideado por la Ley de Economía Sostenible sea constitucionalmente exigible o, con otras palabras, que su no adopción constituya una especie de inconstitucionalidad por omisión. Simplemente se está diciendo que, como expresión del amplio poder de configuración de los derechos que corresponde al legislador, se trata de una opción legal que en general tiene perfecta cabida en el marco delimitado por los artículos 103.1 y 117.3 de la Constitución.

### III. LAS MATERIAS NO ADMINISTRATIVAS COMO LÍMITE RELATIVO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO

Como se señaló al principio, la Sentencia REI destaca por ser parcialmente estimatoria, a diferencia de la Sentencia Internautas, en la que se desestimaron todas las pretensiones del recurrente. En el recurso a que dio lugar la primera, la Asociación demandante afinó más tanto en sus argumentos como en el objeto del recurso. Recuérdese que no se impugnaba el RD 1889/2011 en bloque, sino tan sólo su Capítulo VII (el que se refiere a la potestad de salvaguarda atribuida a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual) y, subsidiariamente, algunos apartados e incisos de sus artículos 20 y 22. La pretensión principal fue desestimada por los motivos expuestos en el epígrafe anterior. La subsidiaria corrió igual suerte en todos sus extremos, con la única excepción del inciso del artículo 20.2 «*y dándose, a dicha interrupción del*

*servicio o retirada voluntaria, valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración*», que fue efectivamente anulado por el Tribunal. Probablemente, también sea ilegal otro precepto del RD 1889/2011, pero no consta que las pretensiones de la Asociación recurrente se dirigieron contra aquel, razón por la cual dicha cuestión continúa abierta<sup>30</sup>.

La interrupción del servicio o la retirada voluntarias a las que se refería el inciso anulado constituyen una facultad que al responsable de los servicios y presunto infractor de la propiedad intelectual se ofrece en el tercer párrafo del artículo 158.4 TRLPI, antes de proseguir el procedimiento iniciado contra él por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual<sup>31</sup>: «*Antes de proceder a la adopción de estas*

<sup>30</sup> Me refiero al ámbito de la legitimación pasiva en el procedimiento tramitado por la Sección Segunda. Según el artículo 15.3 RD 1889/2011, el procedimiento «podrá dirigirse contra los responsables de servicios de la sociedad de la información sobre los cuales existan indicios de que están vulnerando derechos de propiedad intelectual, cuando en la solicitud de quien inste su inicio se identifique expresamente el contenido ofrecido o al que se facilite el acceso...». El problema radica en que con este último inciso —«o al que se facilite el acceso»— parece admitirse que el procedimiento pueda incoarse formalmente no sólo contra quien vulnera directamente con sus servicios los derechos de propiedad intelectual, sino también contra los denominados «intermediarios», es decir, aquellos sujetos de cuyos servicios (por ejemplo, prestación de acceso a Internet, alojamiento o suministro de enlaces, etc.) se sirven otros responsables de servicios para vulnerar los correspondientes derechos. El caso es que del tenor del artículo 158.4 TRLPI se desprende que el procedimiento no puede más que dirigirse formalmente contra estos últimos, es decir, contra los proveedores de los contenidos y no contra los meros intermediarios, por más que la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual pueda a la postre exigir de estos últimos determinados comportamientos a fin de asegurar la eficacia de las medidas que finalmente se adopten contra los responsables. En este sentido, *vid.* Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS (2013: 52 y 53). De hecho, el Gobierno parece ser consciente de este defecto cuando en el Anteproyecto de Ley de Modificación del TRLPI incluye un nuevo artículo 158 ter, en cuyo apartado 2 se señala que también podrá dirigirse el procedimiento directamente contra determinados proveedores de enlaces. El Anteproyecto fue aprobado en el Consejo de Ministros de 22 de marzo de 2013, cuya referencia puede consultarse en [http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/\\_2013/refc20130322.htm](http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2013/refc20130322.htm). El texto del Anteproyecto de Ley de Modificación puede verse en <http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/participacion-publica/propiedad-intelectual/propiedad-intelectual-anteproyecto-ley.pdf>. Con fecha 25 de julio de 2013, el Consejo General del Poder Judicial ha emitido un Informe sobre este Anteproyecto de Ley, cuyas págs. 84 y 85 dedica a esa ampliación de los sujetos contra los que puede dirigirse este procedimiento administrativo de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en Internet. El Informe puede obtenerse en [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Consejo\\_General\\_del\\_Poder\\_Judicial/Actividad\\_del\\_CGPJ/Informes/Informe\\_al\\_Anteproyecto\\_de\\_Ley\\_de\\_modificacion\\_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\\_Civil](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_de_modificacion_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_Civil).

<sup>31</sup> Este es, precisamente, otro de los aspectos que las sentencias aclaran *obiter dicta* en relación con el procedimiento de salvaguarda de la propiedad intelectual en Internet: que se trata de un procedimiento iniciado de oficio, aunque la incoación del mismo deba estar precedida por una solicitud del titular de los derechos presuntamente vulnerados, que a tales efectos se asemeja a una especie de denunciante cualificado o dotado de una especial legitimación: «De modo que el diseño de la ley deja claro que la Comisión sólo se pronuncia sobre las medidas de interrupción de la prestación o de retirada de contenidos, una vez sustanciado el procedimiento. Cuando el artículo 20.1 del reglamento se refiere a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores se refiere a los que han sido declarados

*medidas [la suspensión de los servicios de la sociedad de la información o la retirada de los contenidos infractores], 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 proponga 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...».*

1. *El valor de reconocimiento implícito de la vulneración atribuido a la retirada voluntaria de los contenidos controvertidos: la falta de base legal apreciada por el Tribunal Supremo*

Como puede comprobarse, no hay rastro alguno en la Ley de Propiedad Intelectual del efecto presuntivo que el RD 1889/2011 anudaba a la retirada voluntaria. En realidad, la presunción de reconocimiento de la infracción que establecía el RD 1889/2011 disuadía del ejercicio de esa facultad reconocida por el TRLPI y desactivaba —por eso mismo— la eficacia de la disposición legal, cuya finalidad radica en facilitar una solución lo más rápida posible sin necesidad de instruir el procedimiento hasta el final. Por si ello fuera poco, la presunción anulada introducía un elemento de inseguridad jurídica nada desdeñable<sup>32</sup>.

Para acceder a la pretensión anulatoria, el Tribunal Supremo aprecia que el RD 1889/2011 ha ido más allá de lo dispuesto en la Ley: «*dicha retirada o interrupción supone un reconocimiento implícito de la vulneración, lo que consideramos un exceso de la norma reglamentaria respecto de la indicada Ley [de Propiedad Intelectual]*» (FJ 14.º). O, con

---

así por el denunciante, pues recordemos que ese procedimiento se inicia por el titular del derecho de propiedad intelectual que considera consumada su agresión y aporta cuantos documentos y ficheros resulten procedentes, la Sección Segunda de la Comisión iniciará, entonces, el procedimiento» (FJ 11.º Sentencia REI). Así se sostenía también en Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS (2013: 109-112). Se trata, por lo demás, de un punto que el citado Anteproyecto de Ley de Reforma de marzo de 2013 parece que quiere dejar más claro: «El procedimiento *se iniciará de oficio, siempre a instancia del titular de los derechos* de propiedad intelectual que se consideren vulnerados o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio (...) La falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido tendrá efectos desestimatorios de la solicitud y de caducidad del procedimiento» (apartado 3 del proyectado artículo 158 ter TRLPI).

<sup>32</sup> De hecho, parece que la práctica seguida por alguno de los sujetos contra los que se ha instruido este procedimiento ha consistido en retirar voluntariamente los contenidos al tiempo que presentaba alegaciones negando los hechos controvertidos como infractores de la propiedad intelectual.

otras palabras, que tratándose el RD 1889/2011 —como apuntamos al principio— de un reglamento ejecutivo, dictado sobre la base de una habilitación legal, el Gobierno ha ido más allá de lo permitido por «*la encomienda legalmente recibida por el apartado sexto del artículo 158.4 de la Ley de Propiedad Intelectual*» (ídem). Especialmente interesante es la idea que en este mismo fundamento jurídico desarrolla el Tribunal Supremo para justificar la apreciación de dicho exceso, y con la que se acerca —aunque sin llegar a ella— a la razón más radical de la invalidez de la disposición impugnada, y que es la que trataremos de explicar aquí.

En efecto, el Tribunal Supremo explica que con la presunción finalmente anulada se diseñaba, en realidad, una potestad administrativa dirigida a adoptar algo más que unas simples medidas de restablecimiento de la legalidad. O, con otras palabras, que al valorar la retirada voluntaria por parte del presunto infractor como reconocimiento implícito de vulneración, el RD 1889/2011 entraba en contradicción con la naturaleza de la potestad administrativa tal y como esta se encuentra configurada por el legislador. El Gobierno —parece decir el Tribunal Supremo— ha ido con ello más allá de lo que le permite la Ley, y termina por diseñar una potestad para adoptar unas medidas que ya no son de mero restablecimiento de la legalidad perturbada, sino algo más. Pero el Tribunal no explica en qué consiste ese «algo más» que, sin embargo, le lleva —y con razón— a anular el inciso impugnado. Señala, en efecto, el Tribunal Supremo en el mismo FJ 14.º: «*las medidas para restablecer la legalidad tienen sentido si mediante las mismas se puede alcanzar el fin para el que están concebidas, es decir, reponer el estado de cosas a su situación legal. Cuando la legalidad ya se ha restablecido, por la retirada voluntaria del contenido o la interrupción del servicio, carece de sentido y de objeto hacer reconocimiento alguno de ilegalidad, ni establecer presunciones al respecto (...) como quiera que el procedimiento administrativo previsto no tiene por finalidad ventilar responsabilidades administrativas, ni es un procedimiento sancionador, pues su objeto es únicamente restablecer la legalidad, cuando esta ha sido vulnerada, resulta evidente que cuando no hay ninguna vulneración, porque el contenido se ha retirado, huelga hacer referencia a reconocimientos implícitos de vulneración*».

El razonamiento del Tribunal Supremo parece claro: si las medidas de restablecimiento de la legalidad son verdaderamente tales, estas resultan improcedentes cuando espontánea o voluntariamente se ha puesto fin a la conducta denunciada como contraria a la legalidad y carece de sentido, por tanto, pronunciarse —incluso a través de presunciones— sobre una conducta que ya no existe y que, por tanto, es imposible que sea (ahora) ilegal. Lo que no despeja claramente el Tribunal

Supremo, más allá de la genérica invocación a la infracción de los principios de legalidad y jerarquía normativa, es por qué el Gobierno no puede prever reglamentariamente —además— una presunción como la anulada y que, obviamente, ya no constituye una medida de restablecimiento de la legalidad.

## 2. *Las materias no administrativas como límite relativo a la potestad reglamentaria de desarrollo de las leyes*

La respuesta más adecuada, a nuestro parecer, se encuentra en una antigua doctrina del Consejo de Estado de la que REBOLLO PUIG se hizo eco en esta REVISTA y a la que el propio Tribunal Supremo se acerca cuando, en el mismo Fundamento Jurídico, señala que la presunción carece de sentido salvo «*que lo que se pretenda es que dicho reconocimiento de la vulneración surta efecto en otro procedimiento ajeno al que ahora se sustancia, que es exclusivamente el de reposición de la legalidad, lo que desde luego no está previsto en la Ley ni se infiere de su regulación*».

Por decirlo de otra forma, lo que se pretendía con la presunción anulada era convertir automáticamente el cumplimiento voluntario del requerimiento en una especie de confesión del presunto vulnerador, con efectos probatorios de cara a un eventual ejercicio de las acciones civiles contempladas en el TRLPI. Por eso, en último extremo, este inciso del artículo 20.2 del RD 1889/2011 debía reputarse ilegal: porque la potestad reglamentaria del Gobierno no alcanza a aprobar normas que regulen, sin habilitación expresa en la ley, relaciones jurídico-privadas o, más en general, materias que no sean administrativas. En efecto, si la Administración carece de competencias en relación con la aplicación individualizada de las acciones previstas en la Ley de Propiedad Intelectual, que siguen siendo acciones civiles —ejercitables únicamente ante el poder judicial—, evidentemente, tampoco puede tener competencias para ninguna clase de desarrollo normativo de las mismas. Quien no puede lo menos, tampoco puede lo más, podríamos decir, dándole la vuelta al viejo aforismo jurídico.

Como se ha apuntado, a esta idea se refería el Consejo de Estado en un antiguo Dictamen sobre el Reglamento Hipotecario: «*(...) las normas del Reglamento Hipotecario (que carece de autorización en la Ley Hipotecaria) no podrán (...) intentar ser desarrollo de (...) el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. En efecto, las expresadas Leyes no son susceptibles de desarrollo reglamentario, al igual que tampoco lo es, en otro orden jurídico, la legislación penal, porque la aplicación de las mismas no está confiada a la Administración (...) y careciendo la Ad-*

*ministración de competencias en cuanto a la aplicación individualizada de dichas Leyes, tampoco la puede tener para ninguna clase de aplicación o desarrollo normativo de las mismas» (Dictamen de 4 de noviembre de 1982)<sup>33</sup>.*

En definitiva, y en aplicación de esta doctrina, la potestad de desarrollo reglamentario del Gobierno en relación con el artículo 158.4 TRLPI no podía utilizarse más que en relación con la potestad administrativa para la adopción de las medidas de restablecimiento previstas en dicho precepto legal. Pretender ir más allá de ello, estableciendo —como se establecía— una presunción con efectos jurídico-procesales o civiles ajenos al ejercicio de dicha potestad, suponía en realidad un desarrollo no del artículo 158.4 TRLPI, sino —entre otros— de los artículos 138 y siguientes del TRLPI (acciones civiles de cesación, de indemnización y de medidas cautelares), cuya aplicación —a todas luces— no corresponde a la Administración, sino al poder judicial. Y si el Gobierno no puede aplicar estos preceptos, mucho menos podía desarrollarlos reglamentariamente sin una expresa habilitación legal para ello.

Desde esta perspectiva, la ilegalidad en que incurre el RD 1889/2011 en este punto puede verse también como la consecuencia de una indebida identificación entre los conceptos de «legislación sobre propiedad intelectual», por un lado, y «legislación civil» y «procesal», por otro. En efecto, a tenor del título competencial invocado en su Disposición final primera, el RD 1889/2011 constituye «legislación sobre propiedad intelectual» (art. 149.1.9.<sup>a</sup> CE). Pero tal cosa no es exactamente lo mismo que establecer la «legislación civil» o la «legislación procesal» en esa materia (art. 149.1.6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> CE). Aunque entre unas y otras existan muchas zonas coincidentes, los aspectos administrativos de la propiedad intelectual no apoderan al Gobierno para regular o desarrollar, al menos sin habilitación legal expresa para ello, los aspectos civiles o procesales de esa materia.

### III. CONCLUSIÓN

Las sentencias comentadas de 31 de mayo de 2013 tienen una singular importancia, no sólo porque suponen la intervención del Tribunal Supremo en una materia y en relación con una norma que han

---

<sup>33</sup> Sobre las causas y alcance de este límite a la potestad reglamentaria del Gobierno, *vid.* Manuel REBOLLO PUIG (1991), «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria», en *Revista de Administración Pública*, núm. 125, págs. 73-76, 155 y 156.

sido y siguen siendo objeto de intenso debate social. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo han servido para reflexionar sobre la necesidad de manejar un concepto correcto de jurisdicción. Sólo así es posible distinguir adecuadamente esa función de aquellas otras muy semejantes que el ordenamiento jurídico encomienda en ocasiones a la Administración, haciéndose posible aceptar con realismo determinadas opciones del legislador —como la representada por la potestad administrativa de salvaguarda de la propiedad intelectual en Internet— sin renunciar por ello a un riguroso control de constitucionalidad a la luz de principios como el de interdicción de la arbitrariedad, con sus exigencias de racionalidad y proporcionalidad. Además, y más allá de las exigencias de los principios de legalidad y jerarquía normativa, ese adecuado concepto de jurisdicción permite detectar también el exceso de la norma reglamentaria cuando regula —sin base legal para ello— aspectos que van más allá del desarrollo de una simple potestad administrativa de restablecimiento, introduciéndose en ámbitos cuya aplicación el legislador ha preferido seguir atribuyendo exclusivamente a los jueces y tribunales.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, José (2011): «Aspectos procesales del proyecto de ley “antidescargas”», en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, coord. por Xavier O'CALLAGHAN, Madrid, Dykinson.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio (2008): «Artículo 117», en *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2006): *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DOMINGO PÉREZ, Tomás de (2003): «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado “chilling effect” o “efecto desaliento”», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122.
- DURÁN RIVACOBBA, Ramón (2011): «La protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico (a propósito de la “Ley Sinde”)», en *Revista Aranzadi Civil Doctrinal*, núm. 2.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1998): *De la arbitrariedad del Legislador*, Madrid, Civitas.
- (2008): *De la arbitrariedad de la Administración*, 5.ª ed., Madrid, Civitas.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis (2000): «Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 32.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1989): *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la (1988): *Derecho Procesal Civil I*, con Miguel Ángel FERNÁNDEZ, Barcelona, PPU.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de (1989): *Estudios sobre el poder judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón (2012): *Derecho Administrativo. I. Parte General*, 19.ª ed., Madrid, Marcial Pons.

- PORTA PEGO, Belén (2009): «Otras formas de la actividad: arbitral, económica, de información», en *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo. Tomo III. Volumen II*, Madrid, Iustel.
- REBOLLO PUIG, Manuel (1991): «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria», en *Revista de Administración Pública*, núm. 125.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (1994): *La propiedad privada en la Constitución Española*, Madrid, Boletín Oficial del Estado - Centro de Estudios Constitucionales.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2008): «Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española», en *Revista de Administración Pública*, núm. 177.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel (2011): «Título II. Derecho de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios», en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid, Iustel.
- (2013): *La tutela administrativa de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Madrid, Iustel.
- TIRADO ESTRADA, Jesús José (2011): «Consideración crítica sobre la Disposición Final del Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos constitucionales y aplicación práctica», en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, coord. por Xavier O'CALLAGHAN, Madrid, Dykinson.