



diario

LA LLEY

Año XXXIV • Número 8164 • Lunes, 7 de octubre de 2013

www.diariolaley.es

WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. no se identifica necesariamente con las opiniones y criterios vertidos en los trabajos publicados.



Doctrina
La transmisión de cuotas de participación
12



Jurisprudencia
Inaplicación de cláusula penal si ambas partes incumplen
19

sumario

- **Tribuna**
Campus virtual y propiedad intelectual
Javier FAJARDO FERNÁNDEZ 1
- **Doctrina**
La transmisión de cuotas de participación en contratos de financiación sindicada
Bruno MARTÍN BAUMEISTER 12
- **Jurisprudencia**
Inaplicación de la cláusula penal prevista para el caso de incumplimiento de una u otra parte cuando ambas resultaron incumplidoras 19
Acción de responsabilidad de los administradores por deudas sociales formulada tras la declaración concursal de la sociedad deudora 19

TRIBUNA

LA LEY 5685/2013

Campus virtual y propiedad intelectual

Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 2 de mayo de 2013

Javier FAJARDO FERNÁNDEZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil Universidad de Navarra

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 2 de mayo de 2013 es la primera que condena a una universidad española por vulnerar los derechos de propiedad intelectual mediante el campus virtual (o red de intranet). La sentencia plantea y resuelve interesantes cuestiones acerca de la responsabilidad de la universidad por la conducta de sus profesores o la cuantía de la indemnización, pero no se aborda la que me parece más interesante: la posibilidad de aplicar a las aulas virtuales la excepción de ilustración de enseñanza regulada por el art. 32.2 TRLPI. A juicio del comentarista, la excepción debe aplicarse también a las aulas virtuales (pero no cubre la reproducción de libros enteros, como se había acreditado en este caso).

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil (JM) núm. 2 de Barcelona de 2 de mayo de 2013 ha condenado a la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB) demandada a pagar una importante cantidad de dinero por haber colgado materiales sometidos a propiedad intelectual en su red cerrada de intranet (aula o campus virtual). Aunque se trata de una sentencia de primera instancia y ya ha sido recurrida, creo que vale la pena comentarla, pues, que yo sepa, es la primera dictada en España sobre un campus virtual. Las líneas que siguen incluyen un resumen de los hechos y la sentencia y un comentario sobre algunas de las cuestiones que plantea: la responsabilidad de la universidad según la LSSICE, la

aplicabilidad de la excepción de ilustración docente al aula virtual, la prueba y cuantificación de la indemnización, la relación entre excepción de uso docente y licencias CEDRO y el Anteproyecto de modificación del derecho de propiedad intelectual presentado en marzo de este año, para terminar con unas breves conclusiones (1).

II. RESUMEN DE LOS HECHOS Y LA SENTENCIA

La sentencia que comentamos se enmarca en el contexto de las relaciones de las universidades con el Centro de Derechos de Reproducción (CEDRO), entidad de gestión colectiva que defiende los dere-



Tribunal Supremo
la sentencia del día
Respaldo del Supremo al apoyo funcional a jueces y magistrados en la confección del alarde
Ponente: Lesmes Serrano, Carlos 8



La UAB afirmó que los responsables de colgar los contenidos son únicamente los profesores, a los que antes de incorporar un texto al campus virtual les pregunta por la titularidad del material colgado y les hace asumir toda responsabilidad al respecto. Para el juez, la responsabilidad de la universidad «no puede eludirse con la alegación de que ha incluido una referencia genérica en cada campus acerca de que no pueden vulnerarse los derechos de autor». Si según su propia normativa interna el profesor es responsable de sus infracciones ante la universidad, eso significa que la universidad responde frente a terceros.

La UAB alegó su condición de mera prestadora de un servicio de intermediación (albergar datos proporcionados por los profesores o *hosting*), que no responde si no ha tenido un «conocimiento efectivo» de la infracción, entendiéndose por tal que haya sido declarado por un órgano competente (art. 16.1 Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico de 2002, en adelante LSSICE). El juez considera que los distintos requerimientos recibidos de CEDRO han proporcionado a la universidad un conocimiento suficiente (punto sobre el que volveremos después).

La demandada invocó que controlar los materiales colgados por los profesores sería interferir en su libertad de cátedra. El juez lo descarta y afirma que ésta se puede respetar perfectamente sin permitir el uso de materiales protegidos.

En consecuencia, el JM rechaza todos los motivos de oposición a la demanda, reconoce la violación del derecho de explotación por parte de la universidad y condena a ésta al pago de una cantidad importante, aunque muy inferior a la solicitada en la demanda (se pedían casi 800.000 euros/año y el juez condena a casi 240.000 euros/año).

Hasta aquí el resumen de la sentencia. Veamos ahora con más detalle las cuestiones más interesantes que plantea.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LA UNIVERSIDAD COMO PRESTADORA DEL SERVICIO DE ALMACENAMIENTO DE DATOS

Al ofrecer a sus profesores y alumnos el campus virtual, la universidad se convierte en prestadora de un «servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario» (*hosting*), cuya responsabilidad viene regulada por el art. 16 LSSICE (3). La UAB mantiene que el «conocimiento efectivo» de la infracción, necesario para que exista la responsabilidad del prestador, sólo se produce «cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos (...)

chos de autores y editores, en relación con el uso docente de materiales protegidos por la propiedad intelectual.

Se puede afirmar que durante años los servicios de reprografía de muchas universidades españolas hacían fotocopias prestando poca atención a la propiedad intelectual y sin la autorización de los titulares requerida por el art. 17 Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante TRLPI). Esto cambió tras una serie de demandas promovidas por CEDRO contra los servicios de reprografía que tuvo como primer hito la SAP Zaragoza 2 de diciembre de 1998 y como último (por el momento) la STS 9 de enero de 2013. El resultado de esos procesos ha sido, en su conjunto, muy favorable a CEDRO. Las universidades cedieron y firmaron convenios que les autorizan a fotocopiar materiales protegidos a cambio de un canon anual que el curso 2010/2011 era 4,12 euros/alumno matriculado/año.

Pero, aparte de las fotocopias, en los últimos años las universidades españolas han desarrollado aulas o campos virtuales (en singular «campus virtual», en plural «campos virtuales»), es decir, redes digitales de internet cerradas (intranet) organizadas por la universidad que permiten a los profesores «colgar» (*upload*) materiales en formato digital para que sus alumnos puedan acceder a ellos, visualizarlos en pantalla, guardarlos de forma permanente en formato electrónico o imprimirlos en papel desde la misma universidad. Colgar materiales en un campus virtual es un acto de comunicación pública que forma parte del derecho de explotación del autor [arts. 17 y 20.2 i) y j) TRLPI]. Desde 2004 CEDRO ofrece a las universidades convenios que les autoriza a hacerlo a cambio de

un canon (5 euro/alumno matriculado/año para el curso 2010/2011), pero, al parecer, las universidades españolas están siendo más bien remisas a firmarlos (2). En este contexto debe entenderse todo lo que sigue.

En el curso 2010/2011 la UAB disponía de casi 32.000 alumnos matriculados en cerca de 2.000 asignaturas y un campus virtual formado por 5.000 espacios virtuales con un total de 7 millones de accesos anuales. Tenía convenio con CEDRO para las fotocopias, pero no para el campus virtual, aunque se lo venían ofreciendo desde el 2007. CEDRO contrató a dos detectives que se matricularon en la Universidad, accedieron a la intranet de la UAB como alumnos y obtuvieron el principal elemento probatorio del proceso: unos 20 documentos sometidos a propiedad intelectual colgados en el campus virtual, entre los que se encontraba un libro entero. Con este apoyo, CEDRO demandó a la universidad por infracción de derechos de propiedad intelectual.

La UAB opuso falta de legitimación activa de CEDRO, falta de legitimación pasiva y falta de prueba. El juez rechazó todos sus motivos de oposición.

La UAB negaba en primer lugar la legitimación activa de CEDRO. Pero desde la STS 29 de octubre de 1999 y con la redacción proporcionada al art. 150 TRLPI por la LEC 2000, hoy no hay duda de que las entidades de gestión colectiva están legitimadas legalmente para interponer este tipo de demandas sin necesidad de probar que entre las obras reproducidas por el demandado haya alguna cuyo titular sea uno de sus representados. Es la demandada quien tiene la carga de probar lo contrario.

y el prestador conociera la correspondiente resolución» (art. 16.1 II LSSICE). Por el contrario, para el juez la ley permite que el «conocimiento efectivo» pueda tener lugar por otros medios distintos de una resolución oficial (art. 16.1 II LSSICE).

La interpretación realizada por el juez es conforme con la jurisprudencia del TS.

Las SSTs 9 de diciembre de 2009, 10 de febrero de 2011 y 26 de febrero de 2013 se apoyan en el final del mismo párrafo del texto legal («sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse», art. 16.1 II LSSICE) y deducen de los hechos que el prestador del servicio de intermediación (*host*) tenía un «conocimiento efectivo» de la infracción aunque no hubiera resolución de organismo competente. En los tres casos se responsabilizaba al *host* por los insultos realizados por un usuario en el apartado de comentarios de una página web 2.0. Cuando los datos que generan la responsabilidad son afirmaciones injuriosas, el *host* tiene necesariamente «conocimiento efectivo» de la ilicitud porque ésta es evidente por sí misma. La conclusión es clara: todo titular de una página web tiene el deber de moderar y controlar las ofensas al honor generadas en los comentarios o debates de su página y responde de ellas en caso contrario.

La solución es distinta cuando la ilicitud no es evidente, como ocurre con las afirmaciones falsas o las realizadas suplantando una personalidad ajena. En estos casos el prestador del servicio no responde si retira del acceso público las afirmaciones o comentarios falsos en cuanto reciba una queja del ofendido. Así ocurrió en la STS 18 de mayo de 2010 (4). Un tercero colgó en una página web (*quejasonline.com*) comentarios contrarios a la aseguradora Mutua Madrileña suplantando la personalidad de un abogado real de la aseguradora. El abogado suplantado pidió la retirada del post y reclamó luego daños y perjuicios al responsable de la página. La sentencia absolvió al *host* de los daños porque éste había retirado el comentario en cuanto se le comunicó, y no podía haber conocido la suplantación antes de ese momento. La STS 4 de marzo de 2013 desestimó la demanda de daños de un periodista frente a Google por no haber retirado de los resultados de búsqueda la referencia a una noticia que lo implicaba indebidamente en la Operación Malaya publicada en algunos medios, pues para haber obtenido la retirada el demandante debería haber adjuntado a su solicitud una copia de la sentencia que lo exoneraba, cosa que no hizo.

Aplicando esta doctrina a la propiedad intelectual, ¿es o no evidente para el *host* la

infracción del usuario que cuelga materiales protegidos por la propiedad intelectual? O, lo que es lo mismo, ¿se puede exigir al prestador que controle la titularidad de los materiales alojados? La sentencia de la Gran Sala del TJUE de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08 *Google France y Louis Vuitton*) señaló que el «prestador de un servicio de referenciación en Internet cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados [Google, en este caso] (...) no puede considerarse responsable (...) de los datos almacenados a petición del anunciante, a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible». En la SJM Madrid núm. 7 de 20 de septiembre de 2010 varias empresas del Grupo Tele 5 demandaron a YouTube por almacenar sin su consentimiento vídeos de los que ellas eran titulares. El juez desestimó la demanda por considerar que YouTube no está obligado a controlar la titularidad de los materiales que los particulares cuelgan en su página, siempre y cuando disponga de un sistema rápido y eficaz que permita la protección de los derechos de los titulares que reclaman. Y según el juez el sistema de protección de YouTube protege suficientemente, ya que cuando las empresas demandantes pidieron la retirada de los vídeos de sus programas la demandada lo hizo en el mismo día de la reclamación.

Volviendo a la sentencia comentada, el juez entendió que la universidad era conocedora (y por tanto responsable) de la infracción de propiedad intelectual a través de su campus virtual al menos desde que comenzaron las negociaciones con CEDRO en 2007, y más aún cuando recibió reclamaciones expresas

de éste en 2011, sin que conste que hiciera nada al respecto o que sancionara a los profesores infractores. El «conocimiento efectivo», en este caso, no se deduce de que la ilicitud fuera evidente por sí misma, sino de la pasividad con que la universidad reaccionó ante las quejas recibidas.

Además, un campus virtual no se puede equiparar a una página web 2.0 como YouTube. La universidad no es una mera prestadora de servicios de intermediación, sino la titular del campus virtual, la encargada de su gestión, la que establece sus normas de uso y su principal beneficiaria. Por eso, dice el juez, «le correspondería también a ella, a través de los medios digitales o de otro tipo, poner límites a la reproducción de obras protegidas por los derechos de autor». La misma LSSICE excluye la exención de responsabilidad al prestador de servicios cuando «el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador» (art. 16.2 LSSICE), lo que ocurre en este caso, pues los profesores (usuarios) son también empleados de la universidad (almacenadora de datos).

Por lo tanto, parece que las universidades tienen sobre el contenido de sus aulas virtuales una responsabilidad mayor de lo que ellas mismas suelen pensar. Deben adoptar una posición más activa en este punto, porque el criterio habitual de fiarse del sentido común de sus profesores probablemente sea insuficiente.

IV. CAMPUS VIRTUAL Y EXCEPCIÓN DE ILUSTRACIÓN DOCENTE

El núcleo del problema está en si hay infracción de la propiedad intelectual cuando los



profesores cuelgan en sus aulas virtuales materiales protegidos.

La sentencia comentada afirma que «no ha sido objeto del procedimiento y no puede entrarse a valorar si los hechos enjuiciados entran dentro de la excepción docente que se regula en el art. 32 de la LPI porque (...) no se alegó por la demandada al contestar como motivo de oposición». Esto resulta sorprendente, ya que la excepción de ilustración de enseñanza (o de uso docente) parece precisamente el mejor argumento que la universidad demandada podía haber invocado en su defensa.

La sentencia estima la demanda de CEDRO pero concede una indemnización muy inferior a la solicitada. Sin embargo, no aborda si el campus virtual puede considerarse incluido en la excepción de uso docente

En efecto, el art. 32.2 TRLPI autoriza a los profesores de la enseñanza reglada a usar fragmentos de obras protegidas para ilustrar sus actividades educativas, siempre que lo hagan sin ánimo de lucro y el uso no afecte a la explotación normal de la obra por su titular. Y eso es exactamente un campus virtual: una plataforma digital que permite a los profesores poner a disposición de sus alumnos materiales con los que ilustrar su docencia. Colgar fragmentos de materiales protegidos por la propiedad intelectual en el campus virtual de una universidad es lícito siempre que se cumplan los tres requisitos que justifican y limitan la excepción: a) que lo realice el profesor sólo para sus alumnos, b) que carezca de finalidad comercial, y c) que no afecte a la explotación normal por su titular [arts. 32.2 y 40 bis TRLPI y 5.3 a) Directiva 2001/29/CE (en adelante DDASI)].

Dado el funcionamiento habitual de las redes de intranet de las universidades españolas, lo normal es que estos tres requisitos se cumplan. El entorno cerrado de la herramienta informática asegura que es el profesor quien cuelga los materiales y que sólo los alumnos de su asignatura pueden acceder a ellos. Por el acceso y reproducción de los materiales no se cobra a los alumnos más que el coste del servicio cuando los imprimen (cobro que no es un uso comercial, art. 19.4 II TRLPI). Y la reproducción de fragmentos de la obra, como un capítulo de un libro o un artículo de

revista (no de la obra entera) (5) no afecta en principio a la explotación normal, porque un capítulo no sustituye a un libro, como ningún fragmento sustituye al todo. Por tanto, desde un punto de vista conceptual, no hay problema para que el campus virtual pueda encajaren la excepción de uso docente (6).

Las dudas surgen por la expresión final del texto legal: «cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas *en las aulas*» (art. 32.2 TRLPI). Pero esto no debería ser un obstáculo. Lo que tiene que realizarse «en las aulas» no es «la ilustración» (a través de los materiales colgados), sino «las actividades educativas» (del profesor que cuelga los materiales). Para que fuera la ilustración la que tuviera que realizarse en las aulas, la redacción de la frase debería ser más bien: «cuando tales actos se hagan únicamente *en las aulas* para la ilustración de sus actividades educativas». Por tanto, el acto por el que un profesor cuelga un texto en intranet para ilustrar sus «actividades educativas en las aulas» está incluido en el sentido gramatical del texto literal que regula la excepción de uso docente (art. 3.1 CC) (7).

Para Raquel XALABARDER el problema está en la sospecha de que el legislador incluyó la expresión «en las aulas» en la Ley 23/2006 de 7 de julio, que transpuso la DDASI e incorporó a nuestro Derecho la excepción de uso docente, con la intención de excluir de su ámbito las aulas virtuales (8). No me parece tan claro. La expresión pretendía reducir el ámbito de la excepción, pero lo excluido podrían ser muchas otras cosas: la enseñanza a distancia, la enseñanza no reglada, las actividades extraescolares, las «tareas para casa»... El Consejo de Estado entendió que se discriminaba a las enseñanzas no regladas y a distancia, pero no dijo nada de las aulas virtuales (9). La Exposición de Motivos y la intervención parlamentaria de la Señora Ministra de Cultura, D.^a Carmen Calvo, no mencionaron este punto y presentaron la reforma como inspirada en los principios de adecuación al texto de la Directiva y modificación mínima del TRLPI [lo que sería más bien un argumento en favor de la inclusión (10)]. Una intervención parlamentaria lamentó que no incluyera la educación a distancia y otra sugirió que se incluyera las aulas virtuales (11). No me parecen datos definitivos. En cualquier caso, la *mens legislatoris* es un elemento más de los que deben emplearse para interpretar la *ratio legis*, no el único ni el definitivo (12).

Los textos internacionales sobre propiedad intelectual no contienen nada parecido a la frase «en las aulas» u otra exclusión de las aulas virtuales. La expresión no está en el art. 10.2 Convención de Berna sobre propiedad intelectual (13), ni en el art. 10.1 Tratado de

la OMPI de 1996 (TODA/WTC) o en el art. 13 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de 1994 (AADPIC). Tampoco en los arts. 5.3 a) y 5.4 DDASI que la reforma de 2006 pretendía transponer (la Directiva, al contrario, prevé en su Considerando 42 que la excepción de ilustración docente sea aplicable a la educación a distancia). Tampoco parece que la expresión «en las aulas» figure en la transposición de ningún otro país europeo (14).

Por eso, buena parte de la doctrina considera que las aulas virtuales deben considerarse incluidas en la excepción de uso docente. Para MORENO MARTÍNEZ el término «aula» se refiere tanto al «aula física» (espacio físico donde tiene lugar la clase presencial) como al «aula virtual», pues es la interpretación más acorde con la Directiva de la que la norma es transposición (DDASI) y con el sentido de la ley en el momento en que ha de aplicarse (15).

En cuanto a la jurisprudencia, ya hemos dicho que la sentencia comentada es la primera recaída sobre un aula virtual. Pero tampoco hay muchas más que apliquen la excepción de uso docente a las fotocopias. La primera que condenó a un servicio de reprografía universitario frente a una demanda de CEDRO es anterior a la incorporación de la excepción de uso docente a nuestro Derecho (SAP Zaragoza 2 de diciembre de 1998). Para la SAP Madrid 22 de marzo de 2010 el hecho de que los alumnos paguen por las fotocopias de los textos encargados por su profesor es un uso comercial que excluye la aplicabilidad de la excepción (pero se trata de un argumento muy discutible, ya que el art. 19.4 I TRLPI dice lo contrario). La SAP Santa Cruz de Tenerife 14 de abril de 2010 absolvió al servicio de reprografía de la Universidad de la Laguna aplicando la excepción de uso docente (la sentencia fue casada posteriormente por la STS 9 de enero de 2013, que no se pronunció sobre el uso docente porque las fotocopias se habían realizado antes de la entrada en vigor de la reforma de 2006). Por lo tanto, no se puede decir que la jurisprudencia disponible hasta el día de hoy ofrezca un argumento concluyente a favor de ninguna de las dos posturas.

Por lo tanto, creo que la incorporación a un campus virtual de fragmentos de obras protegidas está amparada por la excepción de uso docente cuando cumpla los requisitos mencionados.

Otra cosa es si esto habría sido suficiente para que el juez hubiera tenido que absolver a la universidad demandada en el caso comentado. La excepción de uso docente no ampara la reproducción de libros enteros, y en este caso se acreditó que había al menos

uno. El problema se desplaza a la valoración cuantitativa de las infracciones.

V. INFRACCIÓN, PRUEBA E INDEMNIZACIÓN

El modo en que la sentencia comentada distribuye la carga de la prueba coloca a la demandante en una posición muy favorable. En efecto, una vez ha probado que en una de las 3.000 asignaturas ofertadas por la universidad ha habido un cierto número de infracciones, es la demandada quien tiene la carga de probar que no ha ocurrido lo mismo en todas las demás. Esto parece razonable, pues el acceso al campus virtual es inmediato y gratuito para la universidad, pero lento, caro y tortuoso para la demandante. Como bien dice el juez, si las infracciones probadas fueran las únicas producidas, a la universidad le resultaría muy sencillo demostrarlo.

Cuántas infracciones hacen falta para condenar a la universidad por haber infringido derechos de propiedad intelectual mediante su campus virtual es algo que no está claro en la ley ni en la sentencia. Si el demandante solicitara que se le pagaran los daños causados, la indemnización debería fijarse teniendo en cuenta las circunstancias, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra [art. 140.2 a) TRLPI]. Pero habitualmente (y también en este caso) CEDRO prefiere pedirla regalía hipotética, que no depende de ninguno de esos criterios [art. 140.2 b) TRLPI]. Esto lleva a pensar que bastaría con una única infracción para que procediera la condena. La cantidad de infracciones es un modo de acreditar su relevancia, y la sentencia comentada reconoce que «podría tener trascendencia si la demandada hubiera acreditado que la totalidad o gran parte de las obras que se cuelgan en su intranet son obras sin licencia en favor de CEDRO, o con licencia para ser explotada libremente», pero «no ha aportado al procedimiento ninguna muestra de lo que se publica en la web de alguna de las asignaturas. De este hecho podría deducirse o concluirse que la publicación o reproducción de textos sin licencia es habitual en el campus y que este extremo ha aconsejado no realizar dicha aportación».

Para fijar la indemnización, CEDRO solicita el llamado «índice CORSA», consistente en el canon que habría cobrado a la Universidad por permitir la reproducción si ésta lo hubiera solicitado [art. 140.2 b) TRLPI], multiplicado por 5 (o por 10 si se hubiera probado la reproducción sistemática de obras enteras, que no es el caso). Éste es el criterio establecido por la STS 17 de mayo de 2010 (LA LEY 76105/2010) y consolidado por las SSTS 6 de junio de 2011 (LA LEY 105320/2011) y 8 de junio de 2011 (LA LEY 72141/2011), fundado en que la licencia sólo autoriza



a reproducir el 10% de las obras y se han probado reproducciones mayores. Como la tarifa es 5 euro/alumno matriculado/año y el número de alumnos es cercano a los 32.000, CEDRO solicitó que se condenara al pago de esa cifra multiplicada por 5, es decir, casi 800.000 euros/año, desde el 2010/2011 hasta el momento de la sentencia (16).

El juez de lo Mercantil no admite el cálculo de CEDRO y hace otro muy distinto. Por un lado, reconoce que es necesario multiplicar el canon por un índice para incentivar la firma de los convenios y desincentivar la infracción de la ley. Pero, por otro, tienen cuenta que la universidad demandada cumple una función pública, carece de finalidad lucrativa [art. 157.1 b) TRLPI] y desarrolla una actividad que va mucho más allá de los hechos que generaron la demanda (no en vano el índice CORSA está diseñado pensando en empresas de reprografía cuya actividad principal es hacer fotocopias, cosa que no ocurre con las universidades). Ponderando todo esto, el juez condena a pagar el canon de CEDRO (5 euro/alumno matriculado/año) multiplicado por 1,5, lo que arroja un total de casi 240.000 euros para el curso 2010/2011 (el único para el que dispone del número de alumnos matriculados). Una cantidad respetable, pero también muy alejada de los casi 800.000 euros/año que pedía la demanda. Y a la que deben sumarse los 15.000 euros para el pago a los detectives, imprescindibles para que pueda prosperar la demanda en procesos de estas características. Este modo de fijar la indemnización parece coherente con la STS 9 de enero de 2013, que también matizó mucho el uso del índice CORSA al aplicarlo a la reprografía de una universidad, pero ha sido criticado por SÁNCHEZ ARISTI (17).

VI. LICENCIAS CEDRO Y EXCEPCIÓN DE USO DOCENTE

Para algunos autores la excepción de uso docente es tan restrictiva que de ningún modo puede cubrir las necesidades de la

docencia, por lo que los centros que pretenden tener campus virtual no tienen más remedio que contratar la licencia de CEDRO (18). El punto de vista que estoy defendiendo aquí sugiere algo distinto. La excepción legal no es tan restrictiva, y en cualquier caso debe interpretarse de modo que sirva para algo. Las necesidades docentes pueden cubrirse sin necesidad de la licencia.

Esto no significa que las licencias sean innecesarias, sino más bien que tienen sentido sólo en la medida en que añaden algo a la excepción legal, pero sin intentar suplantarla (19). Si la excepción legal no permite reproducir manuales, puede tener sentido contratar una licencia CEDRO, que sí lo permite. Si la excepción legal sólo cubre un capítulo o el 10% de un libro, la licencia podría ofrecer cantidades mayores, cosa que no hace. Lo que no tiene sentido es que CEDRO ofrezca con sus licencias el mismo contenido al que los profesores ya tienen acceso gracias a la excepción legal. Imponer una remuneración obligatoria no exigida por la ley por hacer uso de una excepción reconocida por la ley equivale a vaciar de contenido la excepción o la licencia.

Naturalmente, también es legítimo defender que la ley debería imponer una remuneración obligatoria, como ocurre en otros países europeos (20), y es posible que eso termine ocurriendo también en el nuestro (21). Pero mientras no ocurra, debe quedar claro que la excepción docente se puede usar sin pagar remuneración.

La tarifa de CEDRO por autorizar el campus virtual (5 euro/alumno matriculado/año) no parece excesiva, sobre todo si la comparamos, como hace el juez en el caso comentado, con el gasto medio de un alumno en fotocopias a lo largo de un curso. Pero no debe olvidarse que la concesionaria de la reprografía ya disponía de licencia para hacer fotocopias para los alumnos. Según una interpretación estricta de la ley, la licencia que autoriza a fotocopiar no permite colgar lo



fotocopiado en la intranet porque su ámbito está limitado a las modalidades de explotación expresamente indicadas en o deducibles del contrato (art. 43.2 y 4 TRLPI). Pero no puede negarse que en este caso ambas facultades están íntimamente relacionadas. Hoy lo normal es que el alumno acceda primero al contenido digital a través del campus virtual y luego lo imprima a través de las fotocopadoras del servicio de reprografía con las que está conectado (cuando se trata de estudiar, hasta los alumnos más adaptados al entorno digital todavía lo hacen sobre papel). Al ofrecer las dos licencias, CEDRO está intentando cobrar la cesión de los mismos materiales por dos conceptos que para la ley son actos de explotación distintos, pero desde el punto de vista del destinatario (el alumno) cumplen una única función: permitirle un acceso a materiales docentes que la ley está interesada en facilitar. Si es verdad que las fotocopias están perdiendo importancia frente al campus virtual (22), tal vez las dos licencias deberían fundirse en una. Hay algunos obstáculos, como el hecho de que los convenios de fotocopias y campus virtual tengan titulares diferentes (el servicio de reprografía concesionario y la universidad, respectivamente), pero no creo que sean insolubles.

VII. EL ANTEPROYECTO DE MODIFICACIÓN DEL TRLPI

En fecha cercana al pronunciamiento de la sentencia que se comenta (marzo de 2013) el Gobierno ha presentado un Anteproyecto de modificación del TRLPI (en adelante AP-2013) (23). En lo que se refiere al campus virtual, el AP permite colgar materiales protegidos (incluidos manuales universitarios y revistas científicas) en aulas virtuales de universidades, pero el ejercicio de la excepción deja de ser gratuito y pasa a generar derecho a una remuneración equitativa exigible a través de las entidades de gestión colectiva. El texto de este apartado relevante para el campus virtual dice así (redacción de los párrafos 2 y 3 del art. 32 TRLPI según el art. 1.4 AP-2013):

2. El profesorado de la educación reglada no necesitará autorización del autor para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras y de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, cuando se cumplan simultáneamente las siguientes condiciones:

(...)

3. Tampoco necesitarán la autorización del autor los actos de reproducción parciales, de distribución y de comunicación pública de manuales universitarios o publicaciones asimiladas a éstos [es decir, revistas científicas, cfr. 32.5], cuando concurren simultáneamente las siguientes condiciones:

a) Que tales actos se lleven a cabo únicamente para la ilustración con fines educativos y de investigación científica.

b) Que los actos se limiten a un capítulo de un libro, artículo de una revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada, resultando indiferente a estos efectos que la copia se lleve a cabo a través de uno o varios actos de reproducción.

c) Que los actos se realicen en los centros docentes universitarios por su personal y con sus medios propios.

d) Que sólo los alumnos y el personal docente del centro en el que se efectúe la reproducción parcial de la obra puedan tener acceso a la misma a través de los actos de comunicación pública autorizados en el presente apartado, llevándose a cabo la puesta a disposición a través de las redes internas y cerradas a las que únicamente puedan acceder esos beneficiarios o en el marco de un programa de educación a distancia ofertado por dicho centro docente.

Los autores de las obras reproducidas parcialmente, distribuidas y comunicadas públicamente tendrán un derecho irrenunciable a percibir de las entidades usuarias una remuneración equitativa, que se hará efectiva a través de las entidades de gestión.

Si el caso juzgado en la sentencia que nos ocupa se hubiera tenido que resolver aplicando el AP-2013, la universidad demandada habría cumplido los requisitos exigidos para poder colgar los materiales en la intranet (salvo la reproducción de libros enteros), pero habría tenido que pagar remuneración equitativa por ello.

Si el AP se aprueba con este texto, y admitiendo que los hechos encajan en la excepción de uso docente hoy vigente, no será exigible el pago de la remuneración para los cursos anteriores a su entrada en vigor, porque la ley aplicable es la vigente en el momento de la comunicación pública (cuando los materiales se colgaron en el campus virtual) (cfr. STS 9 de enero de 2013), y esto ha ocurrido bajo la ley actual, que no exige remuneración.

VIII. CONCLUSIONES Y FUTURO

La sentencia comentada, la primera que recae sobre el derecho de propiedad intelectual correspondiente al campus virtual de una universidad española, estima la demanda de CEDRO, pero concede una indemnización muy inferior a la que se solicitaba, y no aborda la que a mi entender es la cuestión fundamental: si el campus virtual puede considerarse incluido en la excepción de uso docente. Creo que la respuesta debe ser que sí, pero la cuestión permanece abierta.

Teniendo en cuenta que la sentencia está recurrida y que el AP-2013 presentado por el Gobierno aborda directamente esta cuestión, los gestores de campos virtuales de las universidades españolas se enfrentan al menos a tres escenarios posibles:

A) Si la sentencia es confirmada en instancias judiciales superiores y se consolida una jurisprudencia que no aplica la excepción de uso docente al campus virtual, las universidades harán bien en aceptar los convenios de CEDRO para sus campos virtuales, les guste o no.

B) Si las instancias superiores entienden que los campos virtuales pueden estar amparados por la excepción de uso docente, las licencias CEDRO deberían estructurarse y ofrecerse como un producto «extra» o «premium», que añada contenidos a los ya permitidos por uso la excepción legal, y no como exigido por ésta.

C) Si el Anteproyecto de modificación del TRLPI presentado por el Gobierno en mayo de 2013 llega a ser aprobado con un texto similar al borrador original, los campos virtuales estarán incluidos en la excepción de uso docente, pero las universidades estarán obligadas a pagar por ello.

En cualquiera de los tres casos, las universidades harán bien en adoptar un papel más activo en el control de los materiales colgados

por sus profesores en sus campos virtuales. Como primera medida, tal vez deban impedir que se puedan colgar libros enteros, pues

esa conducta no puede ser amparada por la excepción de uso docente ni en su lectura más tolerante (24). ■

NOTAS

- (1) Ya ha aparecido un comentario a esta misma sentencia, centrado principalmente en la determinación de la cuantía de la indemnización (mi apartado V): SÁNCHEZ ARISTI, «El cálculo de la indemnización por reproducción no licenciada de obras impresas en establecimientos de reprografía: aplicación jurisprudencial del llamado "índice CORSA" establecido en sus tarifas por la entidad de gestión CEDRO», *Diario LA LEY*, núm. 8124, 11 de julio de 2013 (LA LEY 4385/2013). Cuando estas líneas ya estaban en prensa se ha dictado la SJM núm. 8 Barcelona 2 de septiembre de 2013, una sentencia muy similar a la que aquí se comenta en el problema planteado, los argumentos utilizados y la solución alcanzada.
- (2) Así lo denuncia la resolución de la IFRRO (asociación de entidades de gestión europeas de la que forma parte CEDRO) de 25 de octubre de 2012, disponible en la página web de CEDRO, <http://www.edro rg/recursos/textosdeinteres> [consultado el 6 de agosto de 2013].
- (3) Sobre este tema, vid. XALABARDER PLANTADA, R., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios», *IDP: revista de Internet, derecho y política*, 2, 2006.
- (4) Vid. CAVANILLAS MÚGICA, S., «Comentario a la STS 18 de mayo de 2010», *CCJC*, 85, 2011, págs. 447 a 456.
- (5) En general, y con algunas excepciones (cuando el mismo profesor es titular del material colgado, cuando el material está sometido a licencia abierta, etc.), se puede afirmar que colgar libros íntegros en el campus virtual es un acto ilícito y las universidades deberían impedirlo configurando la herramienta informática de modo que no se pueda hacer desde un punto de vista técnico.
- (6) En el curso de la tramitación parlamentaria, D Magdalena Vinent, presidenta de CEDRO, compareció ante la Comisión de cultura del Senado y expresó su preocupación ante una introducción de la excepción de ilustración docente que pudiera usarse como paraguas para realizar múltiples copias ilegales mediante fotocopias o escaneado y utilización en red (Intervención de D Magdalena Vinent ante la comisión de cultura del Congreso el 17 de octubre de 2005. Referencias y el texto de su intervención en XALABARDER PLANTADA, «Los límites», pág. 76, núm. 220). Pero esto no ocurrirá si se cumplen los requisitos mencionados anteriormente. El problema no es la excepción, sino una correcta definición y cumplimiento de los requisitos que la justifican y la permiten.
- (7) En contra, CARBAJO CASCÓN: «quedan fuera del límite las reproducciones en fotocopias para su entrega a los alumnos y las reproducciones digitales para la puesta a disposición en aulas o campus virtuales o por correo electrónico (actos que serían "para" las aulas y no "en" las aulas, como señala el precepto)» [«Licencias de explotación para usos secundarios de contenidos editoriales (CONLICENCIA de CEDRO)», *Diario LA LEY*, núm. 7884, 20 de junio de 2012, pág. 17].
- (8) Aunque ella personalmente piensa que las aulas virtuales y la enseñanza on-line deberían estar incluidas en la excepción, su análisis de la tramitación parlamentaria le lleva a deducir que el legislador pretendía excluirlas («Los límites», págs. 74 a 76). Ella fundamenta la intención del legislador en que el texto del Borrador de 11 de noviembre de 2004, muy similar al texto de DASI, fue modificado al presentar el Anteproyecto de 10 de diciembre de 2004 con el que terminaría siendo aprobado, y en el hecho de que se rechazaran las enmiendas presentadas que sugerían la inclusión expresa de la enseñanza on-line («Los límites», págs. 74 a 75. Las referencias a las enmiendas rechazadas están en pág. 74, núm. 217). Más datos sobre los precedentes en CASAS VALLÉS, R., «La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España», disponible en <http://www.oc du/dt/esp/casas1204 tml> [consultado el 6 de agosto de 2013].
- (9) Dictamen del Consejo de Estado 185/2005, de 10 de marzo de 2005, II. 2.
- (10) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 160, 16 de marzo de 2006, pág. 7973.
- (11) En el debate hubo peticiones de que la excepción incluyera la educación a distancia (intervención de la Sra. García Suárez, IU) y las aulas virtuales (intervención del Sr. Tardá i Coma, ERC), pero esto sólo indica que ellos consideraban que no estaban incluidas en el texto legal o que su inclusión debería ser más clara (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 160, 16 de marzo de 2006, págs. 7977 y 7978).
- (12) DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España, IEP*, Madrid, 1955, 3 ed., I, págs. 522 y 527.
- (13) Cuando se cuestiona la aplicabilidad del Convenio a la entrega de materiales a distancia o por internet es por el temor a que el material llegue también a otras personas que no son alumnos, cfr. RICKETSON/GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press, 2005, vol. I, 13.45, pág. 793. Pero este temor debe descartarse para los campos virtuales, a los que por definición sólo tienen acceso los alumnos de la asignatura.
- (14) Cfr. el informe de GUIBAULT, WESTKAMP, RIEBER-MOHN y HUGENHOLTZ, *Study on the Implementation and Effect in Member States» Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, especialmente su segunda parte, WESTKAMP, G., *The implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, 2007, disponible en http://www.vir l/publications/guibault/InfoSoc_Study_2007 df [consultado el 6 de agosto de 2013], especialmente las págs. 32 a 35.
- (15) MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Límite al derecho de autor por fines educativos», en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (dir.), *Límites de los derechos de propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Madrid, Dykinson, 2008, págs. 429 y 430. En el mismo sentido MARTÍN SALAMANCA, S., «Comentario al art. 32», en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *Comentarios a la LPI*, Civitas, Madrid, 2007, pág. 263 y SANJUÁN
- RODRÍGUEZ, N., «La nueva redacción del art. 32», *Pe. i.*, 35, 2010, pág. 95.
- (16) Para este tema, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la STS 17 de mayo de 2010», *CCJC*, 85, 2011, págs. 425 a 446 y SÁNCHEZ ARISTI, «El cálculo».
- (17) SÁNCHEZ ARISTI critica la indemnización fijada por el juez y defiende la solicitada por CEDRO. Para él, «las reducciones que se deben prever en las tarifas para las entidades culturales conforme al art. 157.1 b) LPI, han de apreciarse en la comparativa de la tarifa base cobrada a las universidades y la cobrada a otros establecimientos que no entren en la categoría de entidades culturales, no en la comparativa del índice corrector que la entidad prevé cuando en uno y otro caso los usuarios respectivos explotan el repertorio de la entidad sin licencia o por encima de la misma» y «los campus virtuales sí pueden considerarse, cada vez más, una actividad nuclear de las universidades, y una pieza esencial de las enseñanzas que en ellas se imparten, como soporte no sólo de las asignaturas on-line sino también de las presenciales», SÁNCHEZ ARISTI, «El cálculo».
- (18) CARBAJO CASCÓN, «Licencias de explotación», pág. 17.
- (19) Los contenidos de las licencias ofrecidas por CEDRO se pueden consultar en su página web, <https://www.onlicencia om/Conlicencia/Principal tml> [consultado el 6 de agosto de 2013]. Un análisis detallado de las licencias actualmente en CARBAJO CASCÓN, «Licencias de explotación». Un estudio de la situación jurídica anterior a la implantación de las licencias con sugerencias sobre su diseño y los problemas a los que se enfrentarían en CASAS VALLÉS, R., «Régimen jurídico de la fotocopia», *Aranzadi Civil*, 1993-1, págs. 1997 a 2015.
- (20) Entre otros, en Francia, Reino Unido y Alemania, WESTKAMP, *Study, Part II: Country Reports*, págs. 34 y 49.
- (21) Sin ir más lejos, así lo establece el Anteproyecto de ley de reforma del TRLPI presentado en mayo de 2013. Durante la tramitación de la reforma de 2006 ya fue propuesto por el Grupo Popular. XALABARDER atribuye el rechazo del gobierno de entonces al gasto público que se derivaría de la cantidad que tendrían que pagar las universidades públicas, «Los límites», pág. 77.
- (22) Como afirmaba ya en 2008 la presidenta de CEDRO, Magdalena Vinent, en el Boletín informativo de CEDRO, núm. 66, septiembre-diciembre 2008, pág. 24, disponible en <http://www.edro rg/recursos/textosdeinteres> [consultado el 6 de agosto de 2013].
- (23) Disponible en <http://www.ecd ob s/servicios-al-ciudadano-mecd/participacion-publica/propiedad-intelectual tml> [consultado el 6 de agosto de 2013].
- (24) Con las excepciones ya mencionadas: cuando la obra colgada esté en dominio público, sometida a licencia abierta, o cuando el titular de los derechos sobre el libro sea el mismo profesor que lo distribuye o la universidad titular del campus virtual.