

I. ESTUDIOS

DEFENSA Y DEPURACIÓN DEL LÍMITE DE USO DOCENTE*

Por Javier Fajardo Fernández
Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil
Universidad de Navarra

Fecha de recepción: 15.10.2013

Fecha de aceptación: 15.11.2013

RESUMEN: La aplicación del límite de uso docente a la propiedad intelectual (art. 32.2 TRLPI) plantea diversos problemas (entre ellos, un texto legal restrictivo y deficiente). Una posible solución es interpretarlo reduciéndolo a la regla de los tres pasos. De este modo, sólo se debe exigir: a) que el profesor use los materiales en el contexto docente, b) sin carácter comercial, y c) sin afectar a su explotación normal por su titular. Estos tres requisitos permiten repensar cómo se viene entendiendo habitualmente el contenido del límite y ofrecen un punto de contraste para evaluar las licencias CEDRO y el Anteproyecto de reforma del TRLPI actualmente en tramitación.

PALABRAS CLAVE: Propiedad intelectual, límites, excepciones, ilustración de enseñanza, uso docente.

SUMARIO: I. EL LÍMITE DE USO DOCENTE Y SUS PROBLEMAS. 1. DEFECTOS DEL TEXTO LEGAL. 2. INSUFICIENCIA DE LAS INTERPRETACIONES PARCIALES. 3. DESCONEXIÓN CON LOS TEXTOS INTERNACIONALES DE LOS QUE PROCEDE. 4. UNA JURISPRUDENCIA (TODAVÍA) NO CONCLUYENTE. 5. REPLANTEAMIENTO GENERAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SUS LÍMITES. 6. DOS PROYECTOS DE REFORMA. 1. *El proyecto de European Copyright Code (2010)*. 2. *El Anteproyecto de reforma del TRLPI (2013)*. II. RATIO Y DEPURACIÓN DEL LÍMITE DE USO DOCENTE. 1. CONTEXTO DOCENTE O CIENTÍFICO. 2. FINALIDAD NO COMERCIAL. 3. QUE NO AFECTE A LA EXPLOTACIÓN NORMAL. III. EL LÍMITE DE USO DOCENTE DEPURADO. 1. NO DEBE HABER PROHIBICIONES ABSOLUTAS. 2. ENSEÑANZA

* Una versión embrionaria de este trabajo fue presentada como comunicación en el Congreso Derechos de autor y Universidad, Valencia, noviembre 2011. El texto ha tenido que ir siendo adaptado a las sucesivas versiones de lo que a estas alturas es todavía tercera versión de Anteproyecto de ley de modificación del TRLPI. Agradezco las sugerencias realizadas por el revisor o revisora anónimo/a de la revista.

REGLADA. 3. TODO TIPO DE OBRAS. 1. *Obras científico-tecnológicas*. 2. *Libros de texto y manuales*. 3. *Revistas científicas*. 4. *Partituras musicales*. 4. CUALQUIER ACTO DE EXPLOTACIÓN. 5. CANTIDAD DE OBRA UTILIZABLE. 6. DENTRO Y FUERA DE LAS AULAS. 7. NEUTRALIDAD SUBJETIVA. 8. NEUTRALIDAD DE FINANCIACIÓN. 9. NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA. 10. DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. 11. OBRAS CUYO TITULAR ES EL PROFESOR O EDITADAS POR SU UNIVERSIDAD. 12. COMPILACIONES. 13. OBRAS SOMETIDAS A UN RÉGIMEN DE PROPIEDAD INTELECTUAL ESPECIAL. 1. *Obras de dominio público*. 2. *Obras huérfanas*. 3. *Obras agotadas y descatalogadas*. 4. *Obras sometidas a licencia abierta*. 14. ¿GRATUITO? LÍMITE, LICENCIAS Y REMUNERACIÓN. 15. LÍMITE DE USO DOCENTE, PIRATERÍA Y SECTOR EDITORIAL. IV. CONCLUSIÓN. EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL TRLPI.

TITLE: DEFENDING AND DEBUGGING EDUCATIONAL FAIR USE.

ABSTRACT: There are some problems concerning fair use for teaching (with another name, educational purpose limitation) in Spanish Intellectual Property Act (TRLPI), among them, a bad wording of the legal text. A possible solution is to construe the legal statute according to the test of three steps rule asking for three requirements: a) educational context, b) non-commercial use, and c) no conflict with the normal exploitation of the work. This rule may be a good test to think again about the content of the limitation, the scope of actual general licenses and the recent draft for a new Spanish Intellectual Property Act.

KEY WORDS: Intellectual property, fair use, limitations, teaching, educational purposes.

CONTENTS: I. EDUCATIONAL LIMITATION AND ITS PROBLEMS. 1. DEFECTS ON LEGAL WORDING. 2. USUAL INTERPRETATIONS ARE NOT ENOUGH. 3. DIFERENCES FROM INTERNATIONAL INSTRUMENTS. 4. UNCONCLUSIVE CASE LAW. 5. CURRENT RETHINKING ON INTELLECTUAL PROPERTY AND ITS LIMITATIONS. 6. TWO REFORM PROJECTS. 1. *Draft for a European Copyright Code (2010)*. 2. *Draft for a new Spanish Intellectual Property Act (2013)*. II. RATIONALE AND DEPURATION OF EDUCATIONAL PURPOSES LIMITATION. 1. EDUCATIONAL OR SCIENTIFIC CONTEXT. 2. NON-COMMERCIAL USE. 3. NO CONFLICT WITH NORMAL EXPLOITATION. III. A PURIFIED EDUCATIONAL PURPOSES LIMITATION. 1. THERE SHOULD BE NO ABSOLUTE PROHIBITIONS. 2. OFFICIAL EDUCATION. 3. EVERY KIND OF WORK. 1. *Scientific-technologic Works*. 2. *Text-books*. 3. *Scientific journals*. 4. *Musical scores*. 4. COMPRISING ALL ECONOMIC RIGHTS. 5. AMOUNT OF USABLE WORK. 6. INSIDE AND OUTSIDE CLASSROOM. 7. SUBJECTIVE NEUTRALITY.

8. FINANCIAL NEUTRALITY. 9. TECHNOLOGICAL NEUTRALITY. 10. COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS. 11. WORKS WHOSE AUTHOR IS THE TEACHER OR PUBLISHED BY THE UNIVERSITY. 12. COURSE-PACK. 13. WORKS UNDER A SPECIAL INTELLECTUAL PROPERTY STATUS. 1. *Public domain*. 2. *Orphan Works*. 3. *Out-of-print and Out-of-catalogue Works*. 4. *Open-license Works*. 14. FREE? EDUCATIONAL LIMITATION, NON-EXCLUSIVE LICENSES AND REMUNERATION. 15. EDUCATIONAL LIMITATION, PIRACY AND BOOK MARKET. IV. CONCLUSION. DRAFT FOR A NEW SPANISH INTELLECTUAL PROPERTY ACT.

El límite (o excepción) de ilustración de actividad educativa (o de uso docente) regulado por el art. 32.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) está en una encrucijada. Este trabajo sugiere que el mejor modo de sacarlo de ella es depurarlo mediante una interpretación que se ajuste a la regla de los tres pasos, es decir, que exija únicamente: a) que el profesor use los materiales con fin docente, b) que ese uso carezca de carácter comercial, y c) que ese uso no afecte a la explotación normal de la obra por su titular.

En el primer apartado analizaré los problemas que plantea la excepción de uso docente vigente. En el segundo defenderé la tesis propuesta. El tercero estará dedicado a concretar el efecto de la tesis sobre el contenido de la excepción. El último serán las breves conclusiones y una recapitulación de lo dicho sobre el Anteproyecto.

I. EL LÍMITE DE USO DOCENTE Y SUS PROBLEMAS

Son varios los motivos que invitan a repensar la regulación de la excepción de uso docente: 1) las deficiencias del texto legal, 2) la insuficiencia de las soluciones que se han propuesto para resolverlas, 3) la desconexión del texto legal respecto a los documentos internacionales de los que procede, 4) la ausencia de respuesta jurisprudencial a los interrogantes planteados, 5) un contexto de replanteamiento doctrinal del régimen actual de excepciones a la propiedad intelectual y 6) la reciente presentación de un Anteproyecto de modificación del TRLPI que afecta a esta materia.

1. DEFECTOS DEL TEXTO LEGAL

El primer argumento para repensar la limitación de uso docente es su misma inaplicabilidad. Hay que interpretarlo o repensarlo porque su texto no se sostiene.

El tenor literal del art. 32.2 TRPLI actualmente vigente es el siguiente:

No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente.

No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.

No es éste el lugar para hacer una exégesis completa del texto legal¹. Basta una lectura superficial para comprobar que está plagado de expresiones destinadas a limitar su alcance: «el profesorado» (y no el personal del centro educativo o

¹ Exégesis que, por otro lado, ya se ha hecho de un modo plenamente satisfactorio, sobre todo en dos trabajos: J. A. MORENO MARTÍNEZ, «Límite al derecho de autor por fines educativos», en *Límites de los derechos de propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, (dir. J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2008, pp. 391-435, y R. XALABARDER PLANTADA, «Los límites a los derechos de propiedad intelectual para fines educativos en Internet», *Pe. i.*, 29, 2008, pp. 13-111. Para el Derecho comparado, vid. los informes de R. XALABARDER PLANTADA para la OMPI/WIPO, *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Educational Activities in North America, Europe, Caucasus, Central Asia and Israel*, disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_19/sccr_19_8.pdf (y en castellano en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_19/sccr_19_8.pdf) [consultado el 8.1.2014] y de L. GUIBAULT, G. WESTKAMP, T. RIEBER-MOHN y P. B. 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*, 2007, y su segunda parte, G. WESTKAMP, *The implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, 2007, disponible en http://www.ivir.nl/publications/guibault/InfoSoc_Study_2007.pdf [consultada el 4.9.2013]. Otros trabajos de interés sobre el 32.2 TRLPI: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La regulación legal de los límites en las legislaciones comunitaria y española», en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, (dir. X. O'Callaghan Muñoz), Dykinson, 2011, pp. 337-352; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. SÁNCHEZ-ARISTI, y otros, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 56-60; S. CÁMARA LAPUENTE, «Authors and Users in the Cyberspace: A Survey on Intellectual Property and the Internet from the Spanish (and European) Legal System», *Global Jurist Frontiers*, 4, 2, 2004, Art. 2; E. GALÁN CORONA, «Los derechos patrimoniales del autor tras la reforma», en *Reformas recientes de la propiedad intelectual*, (dir. C. Rogel Vide), Reus, 2007, pp. 35-61; S. MARTÍN SALAMANCA, «Comentario al art. 32», en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, (dir. J. M. Rodríguez Tapia), Civitas, Madrid, pp. 261-263; J. F. ORTEGA DÍAZ, «Las excepciones de cita e ilustración en el entorno tradicional y digital. A propósito de la Directiva», *Pe. i.*, 19, 2005, pp. 71-98; C. PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, «Comentario al art. 32», en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2007, pp. 595-598; P. ROBLES LATORRE, «El mundo docente y la nueva regulación del límite», en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, (dir. X. O'Callaghan Muñoz), Dykinson, 2011, pp. 439-446; C. ROGEL VIDE, R. ANTEQUERA PARILLI, *Los límites del derecho de autor*, 2006; N. SANJUÁN RODRÍGUEZ, «La nueva redacción del art. 32 TRLPI», *Pe. i.*, 35, 2010, pp. 53-99.

los alumnos), «enseñanza reglada» (y no la informal), «en las aulas» (y no fuera de ellas), «pequeños fragmentos de obras» (y no obras enteras ni fragmentos grandes), excluidos los «libros de texto», los «manuales» y las «compilaciones». Si el artículo se aplicara realmente cumpliendo su literalidad nos encontraríamos con multitud de paradojas:

- El profesor no puede entregar materiales «para casa», porque eso excede del uso de los materiales «en el aula».
- No puede utilizar obras íntegras, salvo que sean plásticas o fotográficas figurativas. De todas las demás (escritas, sonoras y audiovisuales) sólo puede usar «pequeños fragmentos». Esto significa que en clase no se puede leer entero un poema ni un ensayo, cantar una canción, escuchar una sonata o proyectar un documental.
- La expresión legal «en las aulas» podría hacer pensar que el profesor no puede colgar en una red de intranet obras ni fragmentos de obras de ningún tipo².
- Respecto a los libros de texto o manuales, el profesor no puede realizar ningún acto de explotación, cualquiera que sea su extensión: ni fotocopiar una página, ni obtener una diapositiva, transparencia o imagen escaneada... ni leer en voz alta un párrafo en clase.
- El profesor no puede transformar la obra de ningún modo. No puede traducir un poema o la letra de una canción. No puede adaptar una obra de teatro o un cuento para que sea representable por sus alumnos. No puede sacar ideas de un cuento para que los alumnos elaboren un cortometraje. No puede adaptar, simplificar ni actualizar un esquema, un cuadro de datos o un mapa sacados de un libro (y mucho menos si el libro es un manual). No puede transponer una partitura para que la cante un coro de voces blancas o adaptarla para la banda del colegio.
- El profesor no puede realizar ni repartir compilaciones en ningún caso, cualquiera que sea su extensión o contenido.

Lo anterior ha llevado a decir que la excepción de ilustración docente resulta «prácticamente inoperante e irrelevante en la práctica diaria de la enseñanza en centros educativos en distintos niveles»³. Y, en efecto, si nos atenemos a la letra de la ley, así es. Gran parte de lo que habitualmente los profesores hacen y llevan toda la vida haciendo con la buena conciencia de estar formando a sus

² F. CARBAJO CASCÓN, «Licencias de explotación para usos secundarios de contenidos editoriales», *La Ley*, 20.6.2012, p. 17.

³ F. CARBAJO CASCÓN, «Licencias...», cit., p. 17.

alumnos y sirviendo a la sociedad es ilícito. Resulta paradójico que el art. 32.2 TRLPI, incorporado por la reforma de 2006, cuyo objetivo reconocido era favorecer la docencia y proteger a los profesores, entendido en sentido literal sea restrictivo más allá de lo razonable y consiga más bien todo lo contrario. Sobre todo si tenemos en cuenta que antes de 2006 y con sólo la escasa cobertura legal del derecho de cita del antiguo 32.1 TRLPI los profesores utilizaban materiales sometidos de propiedad intelectual sin problemas.

Todo ello hace pensar que para poder aplicar la excepción es necesario interpretar el art. 32.2 TRLPI.

2. INSUFICIENCIA DE LAS INTERPRETACIONES PARCIALES

Las deficiencias del tenor literal de la ley son tan evidentes que se han sugerido diversos modos de esquivarlas:

- Se ha dicho que todas las actividades prohibidas por el 32.2 TRLPI podrían ser admitidas en el 32.1 TRLPI como derecho de cita⁴, y que los compendios que no pueden hacerse bajo el 32.2.II TRLPI están amparados por el derecho de cita en obra propia con fin docente si consideramos que el compendio es la obra propia (32.1 TRLPI, cfr. SSAP Sevilla 30.10.2003⁵ y Santa Cruz de Tenerife 14.4.2011⁶).
- La expresión «en las aulas», interpretada según el contexto social del tiempo en que tenemos que aplicarla (3.1 CC), puede permitir que el profesor cuelgue materiales en el «aula virtual» que es, a fin de cuentas, intranet⁷.
- Si los alumnos destinatarios de las fotocopias son pocos y especializados, puede considerarse que no son propiamente «público» y que entregarles los materiales no encaja en la definición de acto de distribución (19.1 TRLPI) ni en la de acto de comunicación pública [20.2.i) TRLPI] (cfr. SSAP Sevilla 30.10.2003⁸ y Santa Cruz de Tenerife 14.4.2010⁹).
- Un sentido amplio de la reproducción que pueden realizar las bibliotecas y archivos para fines personales y privados del que acude a ellos podría permitir que los alumnos pudieran obtener bajo este concepto copias que no encajan en la excepción de uso docente. Así, el texto elaborado por la IFLA (*International Federation of Library Associations and Institutions*) como

⁴ R. BERCOVITZ, «Las reformas...», cit., pp. 56-60, «La regulación...», cit., pp. 351-352.

⁵ AC 2003/1828.

⁶ JUR 2011/11424.

⁷ J. A. MORENO MARTÍNEZ, «Límite...», cit., pp. 428-430.

⁸ AC 2003/1828.

⁹ JUR 2011/11424.

borrador de un posible tratado relativo a bibliotecas y archivos (TLIB) incluye la posibilidad de proporcionar a los usuarios de la biblioteca copias de obras protegidas «con finalidad educativa, de investigación o de uso privado», siempre que se cumplan los requisitos del *fair use* (topic 2.1 TLIB, versión 4.3, 5.7.2012)¹⁰.

- Se puede entender que cuando un profesor entrega un texto a sus alumnos y ellos se hacen sus propias copias, éstas son copias privadas lícitas según el 31.2 TRLPI (siempre y cuando admitamos que el art. 10.1 RD 1434/1990 ha sido derogado tácitamente por la reforma de 2006, lo cual es discutido).
- Debido a un defecto de redacción del tenor literal de la ley, si el profesor entrega los materiales a un alumno (p. e., el delegado) y éste los cuelga en una pagina web cuya dirección hace llegar luego al resto, la reproducción que haga el resto de los alumnos de los materiales será lícita como copia privada, porque los alumnos reproducen los materiales «*a partir de obras a las que [han] accedido legalmente*» (31.2 TRLPI), aunque el modo en que los materiales han llegado hasta allí no lo sea¹¹.
- Si la comunicación a través de redes sociales es un ámbito personal, íntimo y no colectivo, se pueden entregar los materiales a un alumno para que éste los comunique como copia privada colgándolos en su página personal de una red social (p. e., Facebook, Twitter) a la que también tengan acceso sus compañeros de clase sin que esto sea comunicación pública.

Todas estas interpretaciones son comprensibles como reacción frente al absurdo, pero ninguna proporciona una explicación coherente de la excepción de uso docente. Dejan claro que el texto legal es inaplicable literalmente y debe ser interpretado, pero no dan una pauta de cómo debería aplicarse y por qué. Tapan agujeros, pero no garantizan que el barco navegue correctamente.

En concreto, debe descartarse que el uso docente encaje *siempre* en alguna de las otras excepciones legales. Más bien, lo normal será que no lo haga, porque las excepciones pretenden configurar compartimentos estancos, coherentes y excluyentes entre sí.

El supuesto previsto para el uso docente es excluyente respecto a la copia privada tal y como está regulada en el TRLPI. No hay duda de que una regulación más laxa o amplia de la copia privada podría justificar el uso docente, como,

¹⁰ *Treaty Proposal on Limitations and Exceptions for Libraries and Archives*, Version 4.3, 5.7.2012 http://www.ifla.org/files/assets/hq/topics/exceptions-limitations/documents/TLIB_v4.3_050712.pdf [consultado el 4.9.2013].

¹¹ I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, 2ª ed., Granada, 2010, p. 94; J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, *La copia privada*, Comares, Granada, 2007, p. 308.

por otro lado, podría hacer innecesarios todos los demás límites al derecho de explotación. Hoy por hoy, se refiere sólo a la facultad de reproducir la obra, no a la de distribuirla ni comunicarla¹², y al ilustrar su enseñanza el profesor lo que hace es, precisamente, dar un uso colectivo a los materiales (art. 31.2 TRLPI). Negar que los alumnos sean «público» porque su número es reducido, o que entregarles copias sea un acto de distribución (art. 19.1 TRLPI) o de comunicación pública [art. 20.2.i) TRLPI], como hicieron las SSAP Sevilla 30.10.2003¹³ y Santa Cruz de Tenerife 14.4.2010¹⁴, son interpretaciones bienintencionadas, pero no convincentes.

La excepción de uso docente tampoco encaja en el derecho de cita porque cuando un profesor emplea textos o contenidos ajenos en su exposición oral de la materia raramente cumple los requisitos exigidos por la ley para que se pueda admitir. El derecho de cita requiere la existencia de dos obras, la incorporada y la incorporante, y la segunda de ellas debe ser una obra que cumpla los requisitos para ser protegida por el Derecho de propiedad intelectual (art. 1 TRLPI), porque la justificación del límite «se encuentra en el propósito de fomentar la creación literaria, artística y científica» (STS 9.1.2013¹⁵). El profesor cuyas clases consisten en «seguir un manual» muy de cerca incumple el primero y más importante de los requisitos: que la comunicación sea «a título de cita», es decir, separando claramente el contenido de una y otra obra (art. 32.1.I TRLPI). Y habitualmente las clases impartidas por los profesores no suelen tener (ni se les puede exigir) el grado de originalidad requerido por el art. 1 TRLPI para reconocer la existencia de una obra protegible¹⁶. Tampoco las compilaciones o recopilaciones de materiales ajenos entregados por el profesor a sus alumnos son una obra original que admita derecho de cita, porque entonces la aportación de estos desde el punto de vista intelectual no tiene «un contenido más que el elemental» (STS 9.1.2013¹⁷). Cuando la clase o la compilación alcanzan un grado de originalidad tal que permite considerarlas una obra original (que, por tanto, puede contener citas), surge el problema del límite cuantitativo, porque también el derecho de cita está restringido a fragmentos (salvo para obras plásticas) (art. 32.1.I TRLPI). Y la obra original receptora

¹² J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, *Copia privada...*, cit., p. 154.

¹³ AC 2003/1828.

¹⁴ JUR 2011/11424.

¹⁵ JUR 2013/40192.

¹⁶ La SAP Granada 14.5.2001 (JUR 2001/225077) desestimó la demanda del profesor contra un alumno que intentaba comercializar entre sus compañeros sus apuntes de clase, porque ni las clases eran plenamente originales, ni los apuntes eran únicamente fruto de ellas, pues estaban «enriquecidos» con el manual de referencia de la asignatura. Otra cosa es que deba reconocerse al profesor cierto grado de control respecto a la eventual explotación de sus clases por otros y sin su permiso, con fundamento no sólo en la propiedad intelectual, sino también en el derecho a su propia imagen. Por eso el caso de Granada habría sido muy distinto si el alumno en lugar de tomar notas hubiera grabado la clase con el móvil y la hubiera colgado en Youtube o la hubiera explotado en una web de pago.

¹⁷ JUR 2013/40192.

puede recibir parte de otra obra citada sólo en «la medida justificada por el fin de esa incorporación» (art. 32.1 TRLPI), que es su «análisis, comentario o juicio crítico» (art. 32.1 TRLPI). La recepción que supera ese límite entra ya en el terreno del plagio, aunque la cita sea entre comillas y citando fuente y autor. Para evitar este plagio no cabría más solución que la autorización de los autores de las obras originales (STS 9.1.2013¹⁸, SAP Madrid 22.3.2010¹⁹).

Es cierto que durante unos años una línea jurisprudencial hizo un uso algo extensivo del derecho de cita para justificar conductas que no encajaban propiamente en ella (p. e., SAP Barcelona 31.10.2002²⁰, SAP Sevilla 30.10.2003²¹, SAP Madrid 23.12.2003²², SAP Madrid 26.2.2007²³). Pero eso ocurrió antes de la incorporación a nuestro Derecho de la excepción de uso docente en 2006. Como dice XALABARDER, sería paradójico que se siguiera acudiendo a ese subterfugio cuando ya hay una norma más específica²⁴.

El uso de materiales para ilustración de enseñanza tampoco encaja en la reproducción institucional realizada por bibliotecas y archivos, porque falta la finalidad de investigación o conservación del ejemplar, únicas permitidas por el art. 37.1 TRLPI. Precisamente, la existencia de una excepción específica para el ámbito docente hace innecesario que se tenga que atribuir esta función a las bibliotecas y archivos.

En definitiva, salvo casos puntuales, el uso de materiales con fin docente encaja en la excepción del art. 32.2 TRLPI o no encaja en ninguna.

3. DESCONEXIÓN CON LOS TEXTOS INTERNACIONALES DE LOS QUE PROCEDE

El límite de ilustración docente tiene su origen en diversos textos internacionales, principalmente en la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas²⁵. La conferencia diplomática de Bruselas en 1967 propuso introducir en su texto la excepción por «necesidades de enseñanza» como parte de las entonces llamadas «pequeñas reservas», citando como razones su arraigo en la sociedad y sus mínimos efectos sobre el monopolio de explotación del

¹⁸ JUR 2013/40192.

¹⁹ JUR 2010/206688.

²⁰ JUR 2004/54771.

²¹ AC 2003/1828.

²² JUR 2008/90153.

²³ JUR 2007/151600.

²⁴ R. XALABARDER PLANTADA, «Los límites...», cit., pp. 77-78.

²⁵ Sobre ella, S. RICKETSON, J. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press, 2005; y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, Tecnos, Madrid, 2013.

autor²⁶. La excepción de enseñanza fue incorporada como artículo 10.2 en la conferencia de Estocolmo (1967), que en este punto es idéntico a la versión hoy vigente (París, 1971): «*Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión... lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza... con tal que esa utilización sea conforme a los usos honrados*».

El límite también recibe mención expresa en el art. 15.d) de la Convención de Roma para la protección de los artistas intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (*Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations*) (1961), en el art. 13 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de la Organización Mundial del Comercio (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) (AADPIC/TRIPS) (1994) y en el art. 10.1 del Tratado sobre Derechos de Autor (*World Copyright Treaty*) (TDA/WCT) de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (*World Intellectual Property Organization*) (OMPI/WIPO) (Ginebra, 1996). Según este último, «*Podrán poner excepciones a los derechos de los autores en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor*».

La norma relevante en el ámbito europeo es la Directiva 2001/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI). Según el art. 5.3 DDASI, «*Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones... a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos... en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida*». Este artículo debe completarse con la llamada regla de los tres pasos del art. 5.5 DDASI: «*Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra... y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho*».

²⁶ Sobre el proceso que condujo a su aprobación, S. RICKETSON, J. GINSBURG, *International Copyright*, I, 13.43 y 13.44, pp. 789-790; S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 10», en *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2013, pp. 833-844. Vid. también M. A. SOL MUNTAÑOLA, «Las excepciones al derecho de autor: Una aproximación a su origen», *Pe. i.*, 40, 2012, pp. 41-68; M.-C. JANSSENS, «The Issue of Exceptions: Reshaping the Keys to the Gates in the Territory of Literary, Musical and Artistic Creation», en *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, (dir. E. Derclaye), Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 317-348, especialmente pp. 319-322; A. DELGADO PORRAS, *Derechos de autor y derechos afines al de autor: recopilación de artículos*, Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007, II, pp. 178-179.

Como puede verse, ninguna de las restricciones que salpican el texto del art. 32.2 TRLPI tiene su origen en los textos internacionales de los que procede. La Exposición de motivos del Anteproyecto tiene razón cuando dice que «el citado artículo 32.2 en su redacción vigente hasta ahora queda muy lejos del alcance máximo» permitido por la directiva, más aún cuando la reforma de 2006 fue presentada como regida por los principios de fidelidad a la DDASI y modificación mínima del texto anterior²⁷. Aunque esto vaya en contra de mi argumento, también debe reconocerse que estas restricciones no afectan a la validez de la transposición española²⁸ y que la mayor parte de las normas nacionales son más restrictivas de lo que permiten los textos internacionales²⁹.

4. UNA JURISPRUDENCIA (TODAVÍA) NO CONCLUYENTE

Los únicos problemas que generan un grado de conflicto suficiente como para provocar el recurso a los tribunales son la realización de fotocopias y más recientemente la incorporación a la red de intranet. Parece que nadie demanda a los colegios de enseñanza no universitaria ni a los profesores como personas jurídicas. Carecemos de sentencias sobre los aspectos más absurdos del artículo 32.2 TRLPI, como la lectura en clase de libros de texto, uso de obras íntegras o transformación³⁰. La gran mayoría de las sentencias pronunciadas en el ámbito de la protección judicial de la propiedad intelectual que guardan alguna relación con el límite de uso docente se pueden considerar incluidas en uno de estos tres grupos: «casos de reprografía institucional o de universidad», «casos de una empresa reprográfica», o «casos de academias».

a) Los «casos de reprografía institucional» son casi todos de «reprografía universitaria», y tienen como demandante al Centro de Derechos de Reproducción (CEDRO), entidad de gestión colectiva que defiende los derechos de autores y editores, y a una universidad (o a una entidad reprográfica concesionaria de los servicios de una universidad o facultad universitaria) como demandando³¹.

²⁷ Intervención de la Sra. Ministra de Cultura, D^a Carmen CALVO, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n^o 160, 16.3.2006, p. 7973.

²⁸ Tanto los tratados como la DDASI atribuyen a la excepción de uso docente el carácter de potestativa. Si el legislador podía haber omitido la excepción, no ha incumplido al reducir su ámbito. Éste es el razonamiento que ha llevado al Supremo a inaplicar el principio de interpretación de las normas nacionales en su sentido más cercano al Derecho europeo en la STS 9.1.2013 (JUR 2013/40192).

²⁹ Cfr. R. XALABARDER PLANTADA, *Study on Copyright Limitations*, cit., p. 135 y G. WESTKAMP, *The implementation*, pp. 32-35.

³⁰ Algo parecido se puede afirmar acerca de la jurisprudencia estadounidense, P. SAMUELSON, «Unbundling Fair Uses», *Fordham Law Review*, 77, 2009, p. 2582.

³¹ Hay otros casos de reprografías institucionales no universitarias, como el de la Cámara de Comercio de Madrid (STS 8.6.2007 [RJ 2006/3650]), pero en ellas no suele plantearse la posibilidad de excepción docente.

La aparición de las máquinas fotocopadoras que permiten la reproducción masiva de textos al público particular a precios accesibles ha sido en todas partes el primer detonante de una reacción jurídica sistemática por parte de autores y editores. Durante años los servicios de reprografía de muchas universidades españolas hacían fotocopias prestando poca atención a la propiedad intelectual y sin autorización de sus titulares. En España esto cambió a raíz de una serie de demandas promovidas por CEDRO contra los servicios de reprografía que tuvo como primer hito la SAP Zaragoza 2.12.1998³² y como último (por el momento) la STS 9.1.2013³³. El resultado ha sido muy favorable a CEDRO. Sin duda, este dato ha influido en que a fecha de hoy los servicios de reprografía de prácticamente todas las universidades españolas tengan convenios que les autorizan o licencian para hacer fotocopias de materiales sometidos a propiedad intelectual a cambio del pago de un canon anual³⁴. Más recientemente, las aulas o campos virtuales han generado una serie de demandas contra las universidades de las que por el momento han resultado dos sentencias, la SJdM n° 2 Barcelona 2.5.2013³⁵, que condenó a la Universidad Autónoma de Barcelona³⁶, y la SJdM n° 8 Barcelona 2.9.2013³⁷, que condenó a la Universidad de Barcelona.

Juntando sentencias sobre fotocopias y aula virtual, son «sentencias de reprografía institucional» las SAP Zaragoza 2.12.1998³⁸ (Universidad de Zaragoza), SAP (penal) Madrid 27.7.2001³⁹ (Universidad de Alcalá de Henares), SAP Córdoba (penal) 12.6.2002⁴⁰ (Universidad de Córdoba); SAP Sevilla 30.10.2003⁴¹; SJdM n° 1 Palma de Mallorca 17.12.2007⁴²; SAP La Coruña 15.2.2008⁴³; SAP Madrid 22.3.2010⁴⁴ (Universidad Rey Juan Carlos); SAP Santa Cruz de Tenerife 14.4.2010⁴⁵ (Universidad de La Laguna); SAP Valencia (penal) 22.11.2010 (Universidad de Valencia), STS 9.1.2013⁴⁶ (Universidad de La Laguna, casando la de Santa Cruz de Tenerife 14.4.2010) y SJdM n° 2 Barcelona 2.5.2013⁴⁷ (cam-

³² AC 1998/2303.

³³ JUR 2013/40192.

³⁴ Como afirmaba ya en 2008 la presidenta de CEDRO, Magdalena VINENT, en el Boletín informativo de CEDRO, n° 66, septiembre-diciembre 2008, p. 24, disponible en <http://www.cedro.org/recursos/textosdeinteres> [consultada el 4.9.2013].

³⁵ JUR 2013/148503.

³⁶ Comentada en J. FAJARDO FERNÁNDEZ, «Campus virtual y propiedad intelectual. Comentario a la SJdM n° 2 Barcelona 2.5.2013», *Diario La Ley*, 7.10.2013.

³⁷ Disponible en <http://www.cedro.org/docs/jur%C3%ADdico/stc-j-mercantil-8-de-barcelona---2-de-septiembre-de-2013---cedro-vs-ub.pdf?sfvrsn=2> [consultada el 7.1.2014].

³⁸ AC 1998/2303.

³⁹ ARP 2001/764.

⁴⁰ ARP 2002/520.

⁴¹ AC 2003/1828.

⁴² JUR 2008/55348.

⁴³ JUR 2008/145509.

⁴⁴ JUR 2010/206688.

⁴⁵ JUR 2011/11424.

⁴⁶ JUR 2013/40192.

⁴⁷ JUR 2013/148503.

pus virtual de la Universidad Autónoma de Barcelona) y SJdM nº 8 Barcelona 2.9.2013⁴⁸ (campus virtual de la Universidad de Barcelona).

De todas ellas sólo tres absolvieron a la universidad demandada. La SAP Sevilla 30.10.2003 lo hizo aplicando el derecho de cita, un argumento que hoy se puede considerar superado. La SAP Santa Cruz de Tenerife 14.4.2010 empleó varios argumentos distintos, y entre ellos el de uso docente, pero fue casada después por la STS 9.1.2013 porque los hechos eran anteriores a la reforma de 2006 y no podían estar amparados por una excepción entonces inexistente. La SAP Valencia 22.11.2010 es penal y se muestra muy exigente al admitir el cumplimiento de un tipo que al tribunal le parece más adecuado para un proceso civil.

b) Son muchos más los «casos de reprografía no institucional», en los que la demandante es CEDRO y la demandada una empresa de reprografía no vinculada a una institución docente (una papelería con fotocopias, un local dedicado sólo a hacer fotocopias, una entidad de carácter cultural u otra abierta al público dotada de fotocopidora, etc.). En ocasiones los hechos muestran con claridad que todos o buena parte de los usuarios de la demandada eran estudiantes. Sin embargo, este dato resulta totalmente irrelevante. La aplicación de la excepción de uso docente ni se plantea, y si lo hiciera debería ser rechazada, porque no cumple los requisitos necesarios.

c) Los «casos de academias» son notablemente diferentes⁴⁹. CEDRO no aparece por ninguna parte. Tanto demandante como demandado son una pequeña o mediana empresa o un particular autónomo. Ambos trabajan en el mismo ámbito geográfico y en un mismo sector que podemos denominar, de forma muy amplia, como «academia», entendida como sinónimo de «enseñanza no reglada», por lo que puede decirse que son competidores directos. Con frecuencia, entre demandante y demandado ha existido en el pasado una relación profesional que ha terminado con enemistad, la demanda tiene un componente de plagio y hay una denuncia o querrela penal. En ningún momento se plantea la posibilidad de aplicar la excepción de uso docente. Hablaremos de este grupo de sentencias con más detalle cuando estudiemos el requisito de la enseñanza reglada.

Si descartamos los «casos de reprografía no institucional» y los «casos de academias» (relacionadas con una enseñanza no reglada), los realmente relacionados con la excepción docente se reducen a los «casos de universidad».

⁴⁸ Asunto JO 883/2012.

⁴⁹ Pueden considerarse de este grupo las sentencias penales SAP Jaén 27.3.2000 (ARP 2000/2288), SAP Cantabria 27.7.2000 (ARP 2000/2437), SAP Valencia 27.6.2002 (ARP 2002/803), SAP Badajoz 19.9.2006 (JUR 2006/269146), SAP Madrid 30.1.2007 (JUR 2007/155980), SAP Sevilla 4.9.2007 (JUR 2008/51717), y las civiles SAP Baleares 22.11.2010 (JUR 2011/46778), SAP Madrid 20.5.2011 (AC 2011/1271) y STS 16.1.2012 (RJ 2012/1785).

El art. 270 CP castiga con prisión de seis meses a dos años a quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, distribuya o comunice públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica. Lógicamente, el amparo en una excepción legal excluye la concurrencia del tipo. Lo normal es que los «casos de reprografía universitaria» no cumplan el tipo penal, porque siempre faltarán dos elementos: el ánimo de lucro en sentido penal y el perjuicio de tercero [cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006 (CFGE-2006)]. La tendencia de CEDRO parece ser emplear la vía civil para los casos de universidades⁵⁰, y reservar la penal para los casos de reprografía no institucional con un perfil especialmente alto por la cuantía o la reiteración⁵¹. Sólo los «casos de academia» son adecuados para ser reclamados con éxito en la vía penal, ya que están más claros el ánimo de lucro en sentido estricto (exigido desde la reforma de 2003 por el art. 270 CP) y una lesividad patrimonial significativa para el denunciante o querellante [CFGE-2006, III.2.c)], además de ir unidos con frecuencia a supuestos de plagio.

Si analizamos la doctrina *expresa* tanto civil como penal acerca de la excepción de uso docente formulada en estas sentencias, nos encontraremos con una extraña sensación de vacío. Las sentencias sobre casos «de academias» no mencionan el uso docente en ningún caso. Las sentencias «de fotocopias» lo hacen un poco más, pero no terminan de afrontar el problema de la aplicabilidad o no de la excepción. Es normal que esto ocurra con las sentencias anteriores a la reforma de 2006 (como la primera que condenó al servicio de reprografía de una universidad frente a una demanda de CEDRO, SAP Zaragoza 2.12.1998), pero pasa también en las posteriores. Las pocas que se plantean la aplicabilidad de la excepción no llegan a decidir en ningún sentido o lo hacen con argumentos discutibles. Para la SAP Madrid 22.3.2010, 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 (en contra del art. 19.4.II TRLPI). La SAP Santa Cruz de Tenerife 14.4.2010 absolvió al servicio de reprografía de la Universidad de la Laguna aplicando la excepción de uso docente. La STS 9.1.2013 excluyó la posibilidad de pronunciarse sobre la excepción porque lo cuestionado era el comportamiento de la reprografía, no el de los profesores (aunque luego, con mejor argumento, decidió no plantearse la excepción porque las fotocopias se habían realizado antes de la entrada en vigor de la reforma de 2006). La SJdM n° 2 Barcelona 2.5.2013 y la SJdM n° 8 Barcelona 2.9.2013 excusaron expresamente pronunciarse sobre la aplicabilidad de la excepción porque las partes no lo habían pedido. Por lo tanto, hasta la

⁵⁰ Aunque hay sentencias penales que condenan a una reprografía universitaria en SAP Madrid 27.7.2001 (JUR 2001/764) y SAP Córdoba 12.6.2002 (ARP 2002/520). Un ejemplo de sentencia penal que absuelve, la SAP Valencia 22.11.2010 (JUR 2010/108762).

⁵¹ Condenas penales a fotocopadoras «normales» en las SAP Badajoz 4.6.1998 (ARP 1998/2354) (manuales íntegros), SAP Cádiz 4.6.2001 (JUR 2001/236473) (manuales íntegros), SAP Sevilla 24.4.2009 (JUR 2009/272397) (libro entero), SAP Madrid 23.11.2010 (ARP 2011/161) (múltiples manuales y libros de texto, concretamente 40 libros el día de la prueba).

fecha contamos únicamente con dos sentencias que afrontan expresamente la aplicabilidad de la excepción de uso docente: la SAP Madrid 22.3.2010, que la desestima, pero usando un argumento contrario al art. 19.4.II TRLPI, y la SAP Santa Cruz de Tenerife 14.4.2010, que la estima, pero indebidamente, porque en el momento de los hechos la excepción aún no estaba aún vigente (razón por la que fue casada por la STS 9.1.2013).

La conclusión es que, por el momento, carecemos de jurisprudencia concluyente sobre este tema.

5. REPLANTEAMIENTO GENERAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SUS LÍMITES

Un contexto de replanteamiento general del sistema es también una buena ocasión para repensar sus detalles. Y, como es sabido, en este momento el concepto mismo de propiedad intelectual, su sentido y extensión se encuentran sometidos a un amplio debate de dimensiones sociales y geográficas globales. Hay importantes sectores doctrinales que ven en la protección de la propiedad de autores e inventores no la fuente de creatividad, innovación y riqueza que siempre se había pensado, sino, al contrario, una causa de privilegios injustificados, freno de la innovación y estancamiento económico⁵².

En el ámbito académico europeo el centro de la discusión lo ocupa la extensión que debe otorgarse a las excepciones y a la llamada «regla de los tres pasos» (*three-step rule*). Según la formulación proporcionada por el art. 5.5 DDASI, las excepciones al monopolio sobre el derecho de explotación sólo se aplicarán «*en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho*». Un sector considera que el conjunto de lista cerrada de excepciones con el cierre extra que supone la regla de los tres pasos es demasiado rígido y debería acercarse de algún modo al *fair use* anglosajón⁵³. En el otro lado están los que defienden que un derecho

⁵² Sin ningún ánimo exhaustivo, vid. L. LESSIG, *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, Vintage Books, Nueva York, 2002; M. BOLDRIN, D. K. LEVINE, «The Case Against Patents», Federal Reserve Bank of St. Louis, Working Paper 2012-035^a, disponible en <http://research.stlouisfed.org/wp/2012/2012-035.pdf> [consultado el 4.9.2013]; M. A. LEMLEY, «The Myth of the Sole Inventor», U of M Law School Publications Center, September 20, 2011, pp. 1-108, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1856610> [consultado el 4.9.2013]; J. LITMAN, «Sharing and Stealing», 2004, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=472141 [consultado el 4.9.2013]; D. BRAVO BUENO, *Copia este libro*, Dmem, Madrid, 2005, disponible en <http://www.slideshare.net/LethyPalma/david-bravocopiaestelibro-12245816> [consultado el 4.9.2013]. Una defensa clásica del copyright en S. BREYER, «The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies and Computer Programs», *Harvard Law Review*, 84, 1970-1971, pp. 281-351. Sobre este tema vid. también S. CÁMARA LAPUENTE, «Authors and Users...», cit., pp. 34-35.

⁵³ En este grupo se encuentran los firmantes de la Declaración de Múnich de 2008 (*Three Step Declaration*, disponible www.ip.mpage.de [consultada el 4.9.2013]) y la propuesta *European Copyright Code* (disponible en www.copyrightcode.eu [consultada el 4.9.2013]). La SAP Barcelona 17.9.2008

vale lo que vale su contenido, las excepciones deben seguir siendo un *numerus clausus* y la regla de los tres pasos debe seguir siendo el guardián que protege el sistema⁵⁴.

6. DOS PROYECTOS DE REFORMA

1. *El Proyecto de European Copyright Code (2010)*

En el año 2010 el Wittem Group o Wittem Project presentó su Proyecto de un Código Europeo de Copyright (*European Copyright Code*) (ECC)⁵⁵. Los artículos referidos al límite de uso docente dicen lo siguiente:

Artículo 5.3. Usos permitidos para promover objetivos sociales, políticos y culturales.

(2) *Se permiten los siguientes usos para la promoción de importantes objetivos sociales, políticos y culturales sin necesidad de autorización, pero sólo contra el pago de remuneración y en la medida justificada por su finalidad:*

(b) *Uso con finalidad educativa.*

Artículo 5.7. Cuantía y cobro de la remuneración.

(1) *Las remuneraciones establecidas en este capítulo serán justas y adecuadas.*

(2) *La reclamación de la remuneración de acuerdo con los artículos 5.2(2) y 5.3(2) sólo podrá ser realizada por una entidad de gestión colectiva.*

recoge y defiende esta postura (en obiter dictum). Un análisis crítico que subraya las diferencias entre unos y otros autores en A. BENSAMOUN, «Perspectives d'avenir en matière d'exercice des exemptions au droit d'auteur. Vers un changement de paradigme?», *Pe. i.*, addenda, noviembre 2011, pp. 81-94. Vid. también S. CÁMARA LAPUENTE, «Authors and Users...», cit., pp. 34-35; A. XIOL RÍOS, «La regla de los tres pasos en la jurisprudencia española», en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, (dir. X. O'Callaghan Muñoz), Dykinson, 2011, pp. 373-388.

⁵⁴ Defienden esta posición, entre otros, A. LUCAS, P. CÁMARA, «Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos», *Pe. i.*, 33, 2009, pp. 13-37; R. BERCOVITZ, «Los límites y excepciones a los derechos de propiedad intelectual y el equilibrio ante los intereses enfrentados en el Derecho español», *Pe. i.*, addenda, noviembre 2011, pp. 13-28.; S. VON LEWINSKI, «The implementation of the list of exceptions of article 5 of the IS Directive 2001/29/EC in selected member States», *Pe. i.*, addenda, noviembre 2011, pp. 29-45, especialmente pp. 42-45; A. LUCAS, «Le test en trois étapes et sa signification dans la directive de 2001 sur la société de l'information», *Pe. i.*, addenda, noviembre 2011, pp. 47-55; M.-C. JANSSENS, «The Issue of Exceptions», cit., pp. 337-8 y 345.

⁵⁵ WITTEM GROUP, *European Copyright Code*, 2010.

2. *El Anteproyecto de reforma del TRLPI (2013)*

La presentación, discusión pública y tramitación parlamentaria de cualquier propuesta de modificación legislativa es una ocasión especialmente adecuada para repensar el marco legal vigente que se quiere cambiar, y eso es exactamente lo que ocurre en esta materia.

El 23.3.2013 el Gobierno español presentó un Anteproyecto de ley de modificación del TRLPI (en adelante, AP-2013) que propone en su artículo Primero. Cuatro una nueva redacción de la excepción de uso docente, que en su articulado ocupa los párrafos 2, 3, 4 y 5 del artículo 32 TRLPI. Aunque en el momento de cerrar la edición definitiva de este artículo todavía no ha sido aprobado como Proyecto de ley, el Anteproyecto ha sufrido ya tres redacciones: la originaria de 23.3.2013, otra de 5.7.2013 y una tercera de 1.10.2013, que previsiblemente tampoco será la última⁵⁶. La redacción correspondiente a la excepción de uso docente ha sufrido cambios relevantes en el paso de la segunda a la tercera versión.

En su tercera versión el Anteproyecto dice así:

Artículo 32.

2. El profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español 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:

a) Que tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas, tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida.

b) Que se trate de obras ya divulgadas.

c) Que las obras no tengan la condición de libro de texto, salvo que se trate de actos de reproducción o de comunicación pública que no supongan la puesta a disposición ni permitan el acceso de los alumnos a

⁵⁶ La 1ª versión de 23.3.2013 puede consultarse 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> [consultada el 8.1.2014]. La 2ª es de 5.7.2013 y puede verse en <http://adepi.net/wp-content/uploads/2013/07/Anteproyecto-LPI.pdf> [consultada el 8.1.2014]. La 3ª, del 1.10.2013, está en <http://www.lvcentinvs.es/wp-content/uploads/ALMLPI-1-octubre-2013-.pdf> [consultada el 8.1.2014].

la obra o fragmento. En estos casos, deberá incluirse expresamente una localización desde la que los alumnos puedan acceder legalmente a la obra protegida.

- d) Que las obras no tengan la condición de manual universitario o publicación asimilada a éste, en cuyo caso será de aplicación el apartado 4.
- e) Que se incluyan el nombre del autor y la fuente, salvo en los casos en que resulte imposible.

Los autores no tendrán derecho a remuneración alguna por la realización de estos actos.

3. El personal investigador de Universidades y Organismos Públicos de investigación en sus funciones de investigación científica no necesitará autorización del autor para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras, cuando, no concurriendo una finalidad comercial, se cumplan simultáneamente las siguientes condiciones:

- a) Que tales actos se hagan únicamente con fines de investigación científica y en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida.
- b) Que se trate de obras ya divulgadas.
- c) Que las obras no tengan la condición de libro de texto.
- d) Que las obras no tengan la condición de manual universitario o publicación asimilada a éste, en cuyo caso será de aplicación el apartado 4, salvo que se trate de actos de reproducción o de comunicación pública que no supongan la puesta a disposición ni permitan el acceso a la obra o fragmento, debiendo en estos casos incluirse expresamente una localización desde la que pueda accederse legalmente a la obra protegida, o de actos de distribución de copias efectuada exclusivamente entre el personal investigador colaborador de cada proyecto específico de investigación y en la medida necesaria para este proyecto.
- e) Que se incluyan el nombre del autor y la fuente, salvo en los casos en que resulte imposible.

Los autores no tendrán derecho a remuneración alguna por la realización de estos actos.

4. Tampoco necesitarán la autorización del autor los actos de reproducción parciales, de distribución y de comunicación pública de manuales

universitarios o publicaciones asimiladas a estos, 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 e instrumentos propios.*
- d) *Que concorra, al menos, una de las siguientes condiciones:*
 1. *Que la distribución de las copias parciales se efectúe exclusivamente entre los alumnos y personal docente del mismo centro en el que se efectúa la reproducción.*
 2. *Que sólo los alumnos y 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 y editores 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.

5. *No se entenderán comprendidas en los apartados 2, 3 y 4 las partituras musicales, las obras de un solo uso ni las compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras, o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.*
6. *A los efectos del presente artículo se entenderán asimiladas a los manuales universitarios las publicaciones de contenido cultural, científico o técnico, impresas o susceptibles de serlo, siempre y cuando estén editadas en serie continua con un mismo título a intervalos regulares o irregulares, de forma que los ejemplares de la serie lleven una numeración consecutiva o estén fechados, con periodicidad mínima mensual y máxima semestral.*

Deben destacarse los informes sobre el Anteproyecto elaborados por el CGPJ⁵⁷, la Comisión Nacional de Competencia⁵⁸ y la CEOE⁵⁹ y algún otro⁶⁰ (todos ellos realizados sobre la 1ª versión), pero sobre todo el dictamen del Consejo de Estado (realizado sobre la 3ª versión)⁶¹. En el momento de entregar estas líneas a la imprenta parece que el Ministerio de Cultura está a punto de presentar al Consejo de Ministros para su aprobación como Proyecto de ley una 4ª versión del Anteproyecto que asume las recomendaciones del Consejo de Estado⁶².

II. RATIO Y DEPURACIÓN DEL LÍMITE DE USO DOCENTE

Si admitimos que la protección jurídica de la propiedad intelectual no va a desaparecer a corto plazo, parece que existe un consenso suficiente sobre la importancia y necesidad de conservar también la excepción de uso docente⁶³. Respecto al resto de interrogantes planteados en el apartado anterior, creo que la mayoría pueden resolverse proponiendo una interpretación del límite de uso docente más razonable que la que sugiere nuestro texto legal actual.

El mejor modo de proteger la excepción es reducirla a su esencia, depurándola de las excrecencias del texto legal que la lastran. Esta interpretación depurada o razonable puede obtenerse de un modo sencillo y objetivo con sólo volver al origen de la excepción, es decir, a los textos internacionales de los que procede.

⁵⁷ CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación de la ley de Propiedad Intelectual*, del 25.7.2013, disponible 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 [consultado el 8.1.2014].

⁵⁸ CNC, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación de la ley de Propiedad Intelectual*, disponible en http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=198995&Command=Core_Download&Method=attachment [consultado el 8.1.2014].

⁵⁹ CEOE, *Comentarios sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación de la ley de Propiedad Intelectual*, disponible en http://www.ceoe.es/resources/image/comentarios_modificacion_ley_propiedad_intelectual_2013_04_17.pdf [consultados el 8.1.2014].

⁶⁰ Un comentario muy crítico del jefe de la asesoría jurídica de CEDRO, J. DÍEZ DE OLARTE, «Los cuatro agujeros negros del Anteproyecto de reforma de la LPI», disponible en <http://www.cedro.org/blog/blog.cedro.org/2013/07/11/reformalpi2> [consultado el 4.9.2013].

⁶¹ Consejo de Estado, *Dictamen 1064/2013*, del 28.11.2013.

⁶² Así lo ha afirmado también públicamente el Ministro de Cultura, D. Ignacio Wert, en la reunión de la AEDE celebrada el 3.12.2013, <http://adepi.net/2013/12/03/wert-sobre-el-dictamen-del-consejo-de-estado-procederemos-analizar-su-contenido-incorporar-las-recomendaciones-que-se-desprendan-del-mismo-y-pasarlo-segunda-lectura-al-consejo-de/> [consultado el 10.1.2014].

⁶³ A pesar de que no sea propiamente un derecho fundamental imprescindible para la supervivencia de una sociedad democrática, P. B. HUGENHOLTZ, «Fierce Creatures. Copyright Exemptions: Towards Extinction?», in the Amsterdam Symposium *Rights and Limitations and Exceptions: Striking a proper Balance*, 30-31 October 1997, disponible en <http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/PBH-FierceCreatures.pdf>, p. 11 [consultado el 4.9.2013]; L. GUIBAULT, G. WESTKAMP, T. RIEBER-MOHN, P. B. HUGENHOLTZ, *Study...*, cit., I, p. 65; M.-C. JANSSENS, «The Issue of Exceptions...», cit., p. 343.

En efecto, si analizamos los arts. 10.2 Convenio de Berna, 10.1 TDA/WCT, 13 AADPIC/TRIPS y 5.3 DDASI vemos que su contenido se puede condensar en sólo tres requisitos básicos: a) que el profesor use los materiales en el marco de su actividad docente, b) que su uso carezca de carácter comercial, y c) que no afecte a la explotación normal de la obra por su titular. Lo mismo se puede decir del ECC [arts. 5.3 (2) (b) y 5.5 ECC]⁶⁴.

Respecto a la regla de los tres pasos, los tres requisitos no son más que su aplicación al caso particular de la excepción docente⁶⁵. En cierto modo, consiste en llevarla hasta sus últimas consecuencias. La regla debería ser *el único criterio* para evaluar la licitud de un uso docente. Lo que sugiero es emplear estos tres requisitos como parámetro interpretativo con el que medir la licitud/ilicitud del uso de material sometido a propiedad intelectual con fines docentes. Todo uso lícito debe cumplir cumulativamente los tres y basta que falte uno de ellos para que no esté cubierto, pero cualquier uso docente que cumpla los tres debe considerarse lícito, porque los tres compendian la *ratio*, justificación y límites de la excepción.

Veamos los tres requisitos básicos con más detalle.

1. CONTEXTO DOCENTE O CIENTÍFICO

El primer requisito que debe cumplir el uso por el profesor para estar amparado por esta excepción es que se realice en lo que podemos llamar «el contexto docente», que es el que tiene lugar entre un profesor y sus alumnos [arts. 32.2 TRLPI, 5.3.a) DDASI, 5.3.2.b) ECC]⁶⁶. El contexto docente es la *ratio* que justifica la excepción, y por ello es el requisito más importante, el primero que debe analizarse y el que debe indicar la medida en que está proporcionada, tanto en sus límites internos como externos (cfr. SAP Valencia, 3.1.2007⁶⁷). A esto se

⁶⁴ Otro de los elementos de contraste que utilizaremos son las *Guidelines* estadounidenses. Son un interesante punto de comparación para evaluar el ámbito de la excepción de uso docente. Aunque proceden de un país con *fair use* como Estados Unidos, su redacción es muy detallada y concreta. Su status jurídico es ambiguo. Fueron aprobadas con carácter de mínimos en 1976 por un comité conjunto formado por los sectores interesados bajo los auspicios del Congreso federal estadounidense, pero carecen de rango legal o reglamentario. Los jueces las han usado luego como elemento valorativo como si tuvieran rango legal, lo cual los convierte en muy favorables al mundo editorial. Sobre ellas, vid. SIMON, «Teaching Without Infringement», *Fordham Intellectual Property Media and Entertainment Law Journal*, 20, 2010, pp. 453-561 y P. SAMUELSON, «Unbundling...», cit., p. 2586.

⁶⁵ Al igual que ocurre con las demás excepciones de los arts. 31-40 TRLPI, no sólo es una orden dirigida al legislador nacional, sino un criterio interpretativo vinculante para el operador jurídico que aplica la norma nacional, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios a la LPI*, cit., p. 343, y A. XIOL RÍOS, «La regla...», cit., p. 382.

⁶⁶ Usaré la expresión «contexto docente» para diferenciarlo de la excepción misma de la que forma parte («uso docente» o «finalidad de enseñanza»).

⁶⁷ AC 2007/1252.

refieren los textos cuando indican que el uso se permite sólo «en la medida en que esté justificado por el fin pretendido» (art. 10.2 Convenio de Berna).

Los textos legales dicen «*ilustración de actividades educativas*» (art. 32.2 TRLPI) e «*ilustración con fines educativos*» [art. 5.3.a DDASI] o «*propósitos educativos*» [art. 5.3.2.b ECC]. Pese a la palabra «finalidad», importa más el uso docente (objetivo) que la mera finalidad (subjética) del profesor. Muchas personas pueden utilizar contenidos con finalidad educativa, pero para que esta utilización esté amparada por la excepción hace falta que se produzca en el marco de una actividad docente más o menos estructurada y los receptores de la distribución o comunicación sean los propios alumnos del profesor que los utilizan (no los alumnos de otros profesores, ni los miembros de una supuesta comunidad educativa universal).

El contexto docente exige que el material entregado vaya a ser utilizado efectivamente (leído, analizado, comentado, evaluado, etc.) en el marco de la asignatura (en la clase, en algún trabajo que deban elaborar los alumnos, en el examen, etc.)⁶⁸. Esto es importante porque impone un límite cuantitativo natural al material permitido. Lo que excede de lo que el profesor pueda hacer efectivamente en la asignatura excede también de lo que puede entregar en el contexto de uso docente. Por eso, aunque la ley guarde silencio sobre el número de copias que pueden quedar cubiertas por la excepción, esto no es una laguna, porque queda perfectamente delimitado por el mismo contexto docente del profesor que usa los materiales: puede hacer tantas copias, envíos, entregas, etc., como alumnos tenga en la asignatura que justifica su uso⁶⁹.

Probablemente deba considerarse una exigencia del uso docente que el acceso a los materiales del profesor haya sido legítimo, aunque la ley sólo lo exija expresamente para las bases de datos [arts. 34.2.b) y 135.1.b) TRLPI⁷⁰].

Todo acto que supere el ámbito descrito desborda el contexto docente y queda excluido de la cobertura del art. 32.2 TRLPI. Por eso, el que emplea materiales ajenos para hacer un libro de texto o aporta materiales en abierto a toda la sociedad (colgándolos en la web, colgando una clase en Youtube, colaborando con Wikipedia, etc.) no está cubierto por esta excepción. Tal vez con esa conducta el profesor consiga un mayor servicio a la cultura y a la educación en general, pero, si los materiales no le pertenecen, su acto de explotación no está amparado por el límite del uso docente (aunque pueda hacerlo, en su caso, en el derecho de cita del art. 32.1 TRLPI). Esto es así porque la finalidad de

⁶⁸ Así en las *Guidelines*: «El profesor de la asignatura (...) podrá hacer copias para su uso o discusión en clase», R. A. GORMAN, J. GINSBURG, *Copyright...*, cit., p. 614.

⁶⁹ Así en las *Guidelines*: «copias... que en ningún caso excederán la cantidad de una por alumno en la asignatura», R. A. GORMAN, J. GINSBURG, *Copyright...*, cit., p. 614.

⁷⁰ Incorporados por Ley 5/1998 de 6 de marzo, que transpuso el art. 6.2.b de la Directiva 96/9/CE sobre protección jurídica de las bases de datos (DPJBD).

la excepción está en proteger la actividad educativa reglada profesor/alumno. Esto es lo que ocurrió en el caso resuelto por la STS 16.1.2012⁷¹. Los tribunales condenaron a Telefónica por colgar unos manuales de uso del programa Word en una página de la red abierta al público general. Cualquiera que fuera la intención educativa con que lo había hecho, faltaba el contexto docente. En la publicación de las actas de un congreso académico realizada sin permiso de los ponentes que dio lugar a la SAP Madrid 25.3.2004⁷², la parte demandada intentó ampararse sin éxito en que el libro se había realizado a título de cita «con fines docentes» (art. 32.1.I TRLPI). Aunque la sentencia se dictó aplicando la legislación anterior a la reforma de 2006, la respuesta habría sido la misma con la ley hoy vigente, porque también faltaba contexto docente.

La investigación científica necesita y merece la misma protección que la docente y por motivos similares (p. e., intercambio de artículos en el seno de un grupo de investigación, uso de materiales ajenos en el marco de congresos, seminarios, sesiones clínicas, etc.), y no siempre encaja en el supuesto de hecho del contexto docente. Todo lo dicho aquí sobre el contexto docente puede adaptarse perfectamente para el contexto investigador.

Por eso parece una buena idea que el Anteproyecto incluya en el límite docente también la actividad realizada por «el personal investigador de Universidades y Organismos Públicos de investigación en sus funciones de investigación científica» (art. 32.3 AP-2013, 3ª versión). Otra cosa es que esto tenga que hacerse en un párrafo específico aparte, como hace la 3ª versión del Anteproyecto, pues la similitud en la regulación hace preferible una regulación conjunta⁷³.

2. FINALIDAD NO COMERCIAL

La expresión «*finalidad no comercial*» [art. 32.2 TRLPI y art. 5.3.a) DDASI] equivale a la «*utilización no lucrativa*» exigida para la copia privada (art. 32.1 TRLPI) y a la finalidad «*no directa ni indirectamente comercial*» [art. 5.3.b) DDA-SI]. Significa que para admitir la excepción de uso docente se exige que éste (el uso docente de los materiales) carezca de finalidad comercial por parte de quien los utiliza. Lo cual es perfectamente lógico. La sociedad exige al autor de la obra un sacrificio de parte de sus derechos para proteger un interés general (la educación de la juventud), pero no para que otros se lucren en su lugar.

⁷¹ RJ 2012/1785.

⁷² JUR 2004/248592.

⁷³ Como también dice el Consejo de Estado, *Dictamen 1064/2013*, cit., 5.2. Quizá debería incluir también los organismos investigadores privados sin ánimo de lucro o los que no formen parte orgánica de una sociedad con ánimo de lucro (el departamento de desarrollo de una farmacéutica también investiga, pero no está tan claro que deba ser partícipe de la excepción).

Hay quien piensa que la prohibición de finalidad comercial es un aspecto más del contexto docente, como si ambas fueran incompatibles y afirmar la finalidad comercial excluyera automáticamente el contexto docente (así, la SAP Valencia 3.1.2007⁷⁴ o la SAP Madrid 22.3.2010⁷⁵). Pero no son excluyentes. Un profesor que entrega materiales a sus alumnos y les cobra una cantidad extra por acceder a ellos está haciendo un uso docente de los materiales y a la vez con una finalidad comercial.

La cualidad de no comercial se predica del acto de entrega de los materiales por el profesor a sus alumnos, no de su actividad docente, que normalmente será realizada a título oneroso (salvo que alguien sugiera que los profesores deberían trabajar gratis)⁷⁶. De hecho, una actividad docente no onerosa realizada por otros motivos probablemente encaje mejor en los límites de copia y uso privados (p. e., unos padres que se dedicaran a educar en casa a sus hijos o *home-schooling*). Tampoco tiene que ver con que la institución educativa en la que se realiza la actividad docente sea de titularidad pública o privada (cfr. Considerando 42 DDASI), o cobre mucho o poco, ni con que los costes de la enseñanza estén sufragados con el dinero del alumno, sus padres, una fundación privada o los presupuestos generales del Estado.

La SAP Baleares 22.11.2010⁷⁷, penal, condenó a un profesor que usaba materiales ajenos (un manual de conducir) en sus clases e inducía a sus alumnos a fotocopiarlo. En su razonamiento, el tribunal indicó que «los actos realizados por el demandado en favor de sus alumnos lo eran con ánimo de lucro (...), ejecutados en centro de enseñanza privado, (...) y cobrando por su actividad negocial». Ese razonamiento es engañoso. Aquel profesor no se lucraba con las fotocopias que hacían sus alumnos (no las hacía él), y el hecho de que se ganara la vida con la actividad docente es irrelevante. Más bien, la excepción docente quedaba excluida porque su actividad era «de academia», y por tanto fuera de la enseñanza reglada.

El hecho de que los alumnos tengan que pagar el coste generado por el acto de distribución de la obra utilizada por el profesor no hace que el uso sea comercial. El problema se plantea habitualmente respecto al pago de fotocopias. Repercutir el coste de la fotocopia a los alumnos no implica uso comercial. Incluso aunque el servicio de reprografía incluya en su precio no sólo el papel, tóner y electricidad, sino también cierto beneficio industrial que justifique el funcionamiento ordinario del servicio, tampoco debe considerarse uso comercial, de forma análoga a lo que reconoce para las copias

⁷⁴ AC 2007/1252.

⁷⁵ JUR 2010/206688.

⁷⁶ En contra, LÓPEZ MAZA parece afirmar que lo que se debe valorar para ver si está excluido del límite es la onerosidad de la actividad docente, S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 10», cit., p. 881.

⁷⁷ JUR 2011/46778.

realizadas por las bibliotecas el art. 19.4.II TRLPI: «se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando... dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento». Por el contrario, sí habría uso comercial si el profesor o la reprografía vendieran las fotocopias con sobreprecio (p. e., cobrando las fotocopias a precio de libro), o el profesor colgara los materiales en una página de intranet proporcionada gratuitamente por la entidad educativa y cobrara luego a los alumnos el acceso.

Aunque la finalidad no comercial sea uno de los elementos necesarios para la excepción, eso no significa que la mera no comercialidad legitime la explotación de materiales ajenos. Lo que legitima la excepción es el uso docente cualificado por el fin no comercial, y no al contrario. Lo cual contradice una mentalidad muy extendida, especialmente en el mundo digital, según la cual todo uso no comercial es un uso permitido *per se*. No es así: los usos de la facultad de explotación no están permitidos aunque tengan carácter no comercial, salvo que encajen en uno de los límites, y entonces estos lo son por sus propios motivos (la protección de la actividad educativa en este caso).

3. QUE NO AFECTE A LA EXPLOTACIÓN NORMAL

El uso de los materiales realizado por el profesor en el marco de su actividad docente con sus alumnos no debe afectar (negativamente) a la explotación normal de la obra ajena que se pretende utilizar por su titular (arts. 40 bis TRLPI, 5.5 DDASI y 5.5 ECC). Se ha dicho que ésta es la *rule of reason* a la que hay que acudir para interpretar los interrogantes que plantea el texto legal⁷⁸, y estoy totalmente de acuerdo. No tendría sentido que el uso permitido por la excepción (ni por ninguna otra) hiciera la competencia a la obra original. De hecho, el uso se permite *porque* no va a competir con ella, y sólo en la medida en que no lo haga. Éste es el sentido de la regla en todos los tratados internacionales que la contienen, en la DDASI, en el art. 40 bis TRLPI y en el art. 5.5 ECC.

Naturalmente, esto presupone que la obra ya ha sido divulgada, requisito sin el cual el profesor no puede usarla. Lo exige expresamente la ley («siempre que se trate de obras ya divulgadas», art. 32.2 I TRLPI; igual art. 5.6.1 ECC) con base en que sólo el autor tiene derecho a decidir la divulgación de su obra (art. 14.1 TRLPI) o su retirada por motivos ideológicos o de conciencia (art. 14.6 TRLPI).

No afectar a la explotación normal no es lo mismo que uso no comercial. Uso no comercial debe ser el que hace el profesor que emplea la obra ajena. Explotación normal es la que hace el titular de la obra utilizada.

⁷⁸ E. GALÁN CORONA, «Los derechos patrimoniales...», cit., p. 59.

Afectar a la explotación normal es utilizar la obra en contra de la explotación que realiza su titular. Implica proporcionar la obra a los alumnos de un modo que les permite acceder a su contenido sustancial sin necesidad de acudir al mercado, y teniendo en cuenta que el titular de esa obra la destina a una explotación en el mercado.

El uso normal viene definido por el destinatario o el público natural al que va dirigida la obra tal y como la diseñó el autor o el editor en la edición concreta de la que se trata. En este sentido, aunque tiene un elemento intencional, sobre todo tiene un carácter objetivo susceptible de prueba⁷⁹.

Como el uso normal es el que le da o al que le destina el autor o el titular de la obra, el cumplimiento de este requisito será tanto más fácil cuanto más flexible sea la explotación normal a la que el titular destine la obra. No será igual el uso normal de una obra explotada de forma convencional que una sometida a licencia Creative Commons.

El modo en que el uso docente de una obra afecta a la explotación normal de esa obra exige varias ponderaciones. Debe ponderarse cuál es el público objetivo de la obra utilizada, qué parte de ella está proporcionando el profesor a sus alumnos, hasta qué punto el mercado podría sustituir esa comunicación con ventaja y si sería proporcionado obligarles a adquirirla en el mercado. Sólo entonces se puede afirmar si el uso realizado por el profesor afecta a la explotación de la obra o no.

Por ejemplo, cuando el profesor entrega a sus alumnos la fotocopia de un mapa sacado de un atlas en lugar de hacer que lo compren, está tomando una decisión que priva al editor de unos clientes potenciales, pero es una decisión legítima y no afecta a la explotación normal del atlas (que tendrá, se supone, su propio mercado). Pero si se trata de un atlas destinado especialmente a los estudiantes y el profesor no se limita a reproducir un mapa, sino que reproduce el atlas íntegramente, entonces sí está afectando a su explotación normal, porque su acto está sustituyendo la compra por los alumnos, que son el público al que está especialmente destinado.

Del mismo modo, el profesor de música de un colegio está legitimado para poner en clase la grabación de un concierto para violín íntegro, porque aunque la audición sea un acto de comunicación pública, sería desproporcionado hacer comprar a sus alumnos el disco para que lo escucharan, y no parece que esto pueda afectar a las ventas de discos, cuyo público objetivo es claramente otro. Pero probablemente la respuesta deba ser distinta si el profesor de un

⁷⁹ Piénsese en la diferente explotación normal de un libro de texto destinado a alumnos de 5º de Primaria, una edición escolar del Romancero, o una edición crítica de un auto sacramental de Calderón de la Barca.

conservatorio superior quiere dedicar un curso monográfico de muchas sesiones a la audición y análisis de ese mismo concierto. En este caso, en lugar de proporcionarles él mismo la grabación, debe remitirles al mercado, que les puede proporcionar el concierto a través de formatos y plataformas diversas (p. e., en vinilo, cd, itunes, spotify, youtube, etc.).

Creo que todo esto es importante para entender la limitación de la ley cuando habla de «pequeños fragmentos de obras» (art. 32.2 TRLPI). Lo que en realidad preocupa al legislador cuando prohíbe el uso de obras íntegras es que ese uso pueda afectar a la explotación normal de la obra. La cantidad de la obra que debe poder ser usada por el profesor es la cantidad necesaria para no afectar a su explotación normal por el titular. No más, pero tampoco menos. Por eso mismo, veremos que puede darse el caso en que deba permitirse el uso de una obra íntegra cuya explotación normal no resulta afectada.

Lógicamente, el requisito de no afectar a la explotación normal de una obra ajena es relevante sólo cuando el profesor está proporcionando a sus alumnos la obra de la que se trata, pero no en otro caso. Si el profesor elabora y distribuye sus propios apuntes en lugar de aconsejar a los alumnos que adquieran un manual, esto puede afectar a la explotación normal del manual (al menos, entre los alumnos de ese profesor), pero afecta lícitamente, porque el bien sustitutivo es de su propia autoría. Lo que no puede hacer el profesor es usar materiales ajenos de un modo que afecten a la explotación *de esos mismos materiales*. Fuera de este caso, no existe un supuesto deber del profesor de no afectar a la explotación normal de la obra ajena.

III. EL LÍMITE DE USO DOCENTE DEPURADO

Veamos a continuación cómo queda el límite de uso docente una vez depurado con el tamiz de la regla de los tres pasos (o, lo que es lo mismo, reducido a los tres requisitos).

1. NO DEBE HABER PROHIBICIONES ABSOLUTAS

Cualquier interpretación de una norma aspira a lograr que pueda ser aplicada de un modo mínimamente razonable. Esto exige descartar algunas lecturas del texto legal por simple reducción al absurdo. Todas las prohibiciones absolutas e incondicionadas deben tamizarse con el filtro de los tres requisitos. No se trata de rebajar la exigencia legal, sino de hacerla compatible con la lógica.

Resulta absurdo prohibir la comunicación pública *íntegra* de cualquier obra que no sea plástica. ¿Acaso alguien sugiere que el profesor debería dejar sin leer el último verso del soneto o apagar el equipo de música en el último mo-

vimiento de la sonata? Tampoco tiene sentido que se prohíba *siempre y toda* comunicación pública de manuales. ¿Alguien piensa realmente que es ilícito leer en voz alta en clase fragmentos del libro de texto que todos los alumnos han adquirido previamente? (si lo es, el concepto mismo de libro de texto peligra gravemente, pues eso es precisamente lo que se hace con ellos en clase en los colegios españoles y la razón que justifica que los alumnos deban comprarlos). Tampoco es sensato prohibir que se elabore una compilación, es decir, presentar unos materiales grapados o encuadernados, cuando la entrega de esos mismos materiales sin grapar o encuadernar habría sido lícita.

Debe reconocerse que, hasta la fecha, nadie ha demandado a un profesor invocando una interpretación de la ley que podamos considerar absurda, ni hay motivos para sospechar que vaya a hacerlo. El conflicto de intereses real no está aquí, sino en las fotocopias y las copias digitales. Pero esto no puede bastar. En esos casos debe quedar clara la legalidad de la conducta del profesor más allá de cualquier tolerancia graciosa de los titulares.

2. ENSEÑANZA REGLADA

En el texto actualmente vigente de la ley sólo tiene derecho a la excepción de uso docente «el profesor de la enseñanza reglada» (art. 32.2 TRLPI). Este límite es adecuado si se entiende, como ha hecho la doctrina, como sinónimo de enseñanza llevada a cabo en el marco de las instituciones educativas integradas en el sistema educativo, algo más amplio que el de enseñanza que conduce a la obtención de un título oficial⁸⁰.

Limitar el uso docente a la enseñanza reglada significa negárselo a un amplio número de actividades perfectamente respetables que podrían incluirse en un concepto amplísimo de «academias», actividades docentes que no pertenecen a la enseñanza reglada. Aunque es frecuente la crítica a este distinto tratamiento a la enseñanza no reglada⁸¹, el Anteproyecto ha decidido conservarlo [art. 32.2.a) AP-2013].

Puede entenderse la lógica de esta diferencia de trato. La educación reglada es la más relevante, la que la ley quiere promocionar, y a la que se presume más seriedad y garantías de calidad. Pero, sobre todo, en la enseñanza no reglada está en cuestión la exigencia de carácter no comercial⁸².

⁸⁰ J. A. MORENO MARTÍNEZ, «Límites...», cit., p. 415.

⁸¹ El Consejo de Estado lo criticaba ya en su dictamen a la reforma de 2006 (*Dictamen 187/2005*, p. 20) y vuelve a hacerlo en el dictamen al anteproyecto en curso (*Dictamen 1064/2013*, cit., 5.2, pp. 79-80). También lo critican los Comentarios de la CEOE, n. 2.

⁸² Al contrario que en la educación reglada, en la que el profesor no es más que una pieza de un sistema, del que no se beneficia y fuera del cual no se entiende, la jurisprudencia sobre enseñanza no reglada muestra a profesores que son a la vez titulares y directores del centro docente, autores,

Es significativo que la práctica totalidad de las condenas a un profesor por actos de reproducción y distribución de materiales docentes que encontramos en la jurisprudencia española tengan lugar en el ámbito de los profesores o titulares de centros que funcionan al margen del sistema educativo reglado.

Así ocurre en el ámbito penal, donde se ha condenado el plagio de libros que sirven como apoyo a cursos de quiromasaje (SAP Badajoz 19.9.2006⁸³), el plagio de temario de una academia realizado por los responsables de otra academia (SAP Madrid 30.1.2007⁸⁴), la copia de programas informáticos por una academia para utilizarlos con sus alumnos (SAP Jaén 27.3.2000⁸⁵ y SAP Valencia 27.6.2002⁸⁶)⁸⁷ o el plagio del coautor para hacer otros manuales destinados a academia (SAP Madrid 20.5.2011⁸⁸). En otro presunto plagio de manuales que ilustraban un curso de prevención de riesgos laborales no llegó a haber condena porque el delito había prescrito (SAP Sevilla 4.9.2007⁸⁹). Por el contrario, otras sentencias absuelven de delito a la academia de azafatas que copia parcialmente el temario de otra academia porque la conducta queda fuera del ámbito penal (SAP Cantabria 27.7.2000⁹⁰).

En el ámbito civil, la SAP Baleares 22.11.2010⁹¹ condenó al profesor y titular de una academia de conducir por reproducir y facilitar la fotocopia de un texto elaborado por otra academia rival. También puede citarse en este apartado la STS del pleno de la Sala civil 16.1.2012⁹², que condenó a la demandada por poner a disposición del público general a través de la red (no había contexto docente) unos manuales para el uso de programas informáticos de los que no era titular.

empresarios y editores de sí mismos. La actividad del profesor-empresario de la enseñanza no reglada está sometida a una competencia más personalizada e individualizable. Ya se ha mencionado la frecuencia de casos en que un profesor-empresario usaba textos elaborados por otro profesor-empresario de la misma localidad con el que había tenido una relación profesional previa y que era el demandante o denunciante (era el caso al menos de las STS 16.1.2012 [RJ 2012/1785], SAP Badajoz 19.9.2006 [JUR 2006/269146] y SAP Sevilla 4.9.2007 [JUR 2008/51717]). Nada que ver con la relación procesal habitual en las «sentencias de fotocopadoras», en las que el demandante es CEDRO, el demandado es una empresa de reprografía o una universidad y el profesor infractor no aparece por ningún lugar.

⁸³ JUR 2006/269146.

⁸⁴ JUR 2007/155980.

⁸⁵ ARP 2000/2288.

⁸⁶ ARP 2002/803.

⁸⁷ En la SAP Sevilla 2.4.2004 (JUR 2004/163027) se condenó a la empresa informática por instalar programas sin licencia, pero era para venderlos, no para dar clase, por lo que el caso no está relacionado con la excepción de uso docente.

⁸⁸ AC 2011/1271.

⁸⁹ JUR 2008/51717.

⁹⁰ ARP 2000/2437.

⁹¹ JUR 2011/46778.

⁹² RJ 2012/1785.

3. TODO TIPO DE OBRAS

Toda obra protegida por la propiedad intelectual es susceptible de ser usada al amparo de la excepción docente. Esto incluye las obras literarias (cuento, poesía, teatro y novela), plásticas, musicales, dramáticas, dramático-musicales (ópera, zarzuela, musical), cinematográficas (película, cortometraje, documental), obras multimedia, bases de datos [art. 34.2.b) TRLPI], etc., en la medida en que su longitud no desborde el marco de la clase, lo que afectaría al contexto docente.

1. Obras científico-tecnológicas

Aunque el derecho de autor nació en el contexto de la creación literaria, no hay duda de que incluye todo tipo de obras originales, incluidas las de carácter científico-tecnológico universitario (es decir, los tratados, monografías, recopilaciones de ponencias de congresos, libros de homenajes, recopilaciones de artículos, comentarios exegéticos sistemáticos, artículos publicados en revistas especializadas, etc.) [arts. 1 y 10.a) TRLPI]⁹³.

Se ha sugerido que no se puede extender la excepción a estas obras porque «se beneficiarían precisamente quienes son los principales o únicos interesados en adquirir[las]»⁹⁴. Creo que este argumento no basta. Aparte de que buena parte de la producción científica está dirigida a los profesionales ajenos al ámbito docente, la excepción no ampara cualquier acto de comunicación realizado por el profesor, sino sólo aquel con el que comunica esos materiales a sus alumnos para su uso docente (siempre y cuando haya tenido un acceso lícito a la obra).

2. Libros de texto y manuales

Con el Derecho actualmente vigente, «libro de texto» y «manual» remiten a un concepto relativamente claro: una exposición sistemática y comprensiva de una asignatura según un programa oficial [cfr. art. 10.1.g) Ley del Libro 10/2007 y art. 38 RD-L 6/2000], a lo que se puede añadir que está pensada, adaptada y dirigida al alumno que va a cursar esa asignatura⁹⁵. En el mundo editorial es habitual hablar de libros de texto para la enseñanza no universitaria y manuales para la universitaria⁹⁶. A ellos se pueden equiparar los «apuntes»

⁹³ S. RICKETSON, J. GINSBURG, *International Copyright...*, cit., I, 13.45, p. 795.

⁹⁴ J. DÍEZ DE OLARTE, «Los cuatro agujeros negros... (II)», cit., p. 2.

⁹⁵ S. RICKETSON, J. GINSBURG parecen sugerir una definición mucho más inclusiva, «libros sobre la materia tratada», *International Copyright...*, I, 13.45, p. 794.

⁹⁶ *Hábitos de lectura y compra de libros en España 2012*, Federación de Gremios de Editores de España, 2013, disponible en http://www.federacioneditores.org/0_Resources/Documentos/Habitos-LecturaCompraLibros2012ESP_310113_1.pdf_p. 81 [consultada el 4.9.2013]; *Panorámica de la edi-*

editados, con la peculiaridad de que estos suelen tener como autor al mismo profesor que los usa y como editor al mismo centro docente donde da clase⁹⁷. Libros de texto y manuales se distinguen de los «tratados», que también tienen una estructura y sistemática omniabarcante de una materia, en que estos tiene mayor extensión y profundidad y están dirigidos a un mercado potencial distinto del simple alumno (lo cual explica probablemente que el tratado se haya convertido en una especie en vías de extinción). Los libros accesorios a la enseñanza destinados al alumno o al profesor (cuadernos de trabajo, libros de ejercicios, libros de exámenes «tipo test») están asimilados a los libros de texto o manuales [art. 10.1.g) Ley del Libro 10/2007]⁹⁸.

El Anteproyecto ha introducido en su 3ª versión la categoría de «obras de un solo uso», que no se entenderán comprendidas en los apartados 2, 3 y 4 y por tanto estarán excluidas de la excepción de uso docente en general (art. 32.5 AP-2013). Parece una decisión razonable, pues dado su carácter consumible el uso afectará por lo general a su explotación normal.

La redacción todavía vigente del art. 32.2 TRLPI establece una distinción tajante entre los libros de texto o manuales y todos los demás al excluir a los primeros de la excepción de uso docente. El texto legal refleja el principal temor de los editores: que la excepción de uso docente les prive del monopolio de la explotación de los manuales y libros de texto. Lo temido es únicamente el acto que podría hacer la competencia a esos libros, es decir, su reproducción y distribución en formato papel o digital (art. 19.2 TRLPI) o su reproducción y comunicación pública en formato digital [art. 20.2.i) y j) TRLPI]. Son estos actos los que le pueden hacer competencia, es decir, afectar a su explotación normal y los que deben considerarse prohibidos taxativamente por el texto legal. Esta regla cuenta con el apoyo de la doctrina⁹⁹ porque la explotación normal de un manual es su uso docente, luego cualquier uso docente que se haga de él chocará con su explotación normal al hacerle competencia directa ante su destinatario natural y público potencial, los alumnos.

Pero una interpretación sensata del art. 32.2 TRLPI debe dejar cierto margen para aquellos casos en que se cumplan los tres requisitos básicos. La intensi-

ción española de libros 2010, Ministerio de Cultura, 2011, disponible en http://www.calameo.com/read/000075335b459ef70901e_p.68 [consultada el 4.9.2013].

⁹⁷ Los «apuntes» apenas figuran en los datos de las editoriales comerciales, pero sí en los de las editoriales universitarias, que en 2010 publicaron 6.500 manuales y 1.500 «apuntes». *Las editoriales universitarias en cifras 2011*, Unión de Editoriales Universitarias Españolas, 2011, p. 36, disponible en <http://www.une.es/Ent/Items/ItemDetail.aspx?ID=6074> [consultado el 4.9.2013].

⁹⁸ También en las *Guidelines* estadounidenses, III, C, cfr. R. A. GORMAN, J. GINSBURG, *Copyright...*, cit., p. 616.

⁹⁹ J. A. MORENO MARTÍNEZ, «Límite...», cit., p. 424; C. PÉREZ DE ONTIVEROS, «Ad art. 32», cit., p. 597; N. SANJUÁN RODRÍGUEZ, «La nueva redacción...», cit., p. 94; P. ROBLES LATORRE, «El mundo docente...», cit., p. 445. R. XALABARDER PLANTADA incluso considera que esta limitación es *la única* justificada del 32.2 TRLPI, «Los límites...», cit., p. 73.

dad del uso lícito que puede hacer un profesor de un manual es inversamente proporcional al efecto que su uso va a suponer en la explotación de ese manual entre sus propios alumnos.

Es lícita la comunicación pública de cualquier manual o libro de texto sin mediación tecnológica, o sea, mediante su lectura en voz alta [cfr. art. 20.1.I en relación al art. 20.2.a) TRLPI]. No tiene sentido prohibir que se lea en clase el manual adoptado para el desarrollo de la asignatura, porque se cumplen los requisitos de contexto docente y uso no comercial, y el uso del manual en clase es lo que justifica que los alumnos lo compren.

El manual adoptado para la enseñanza no universitaria (en la que puede darse por supuesto que todos los alumnos adquirirán el libro aconsejado) puede ser empleado por el profesor casi como él quiera, incluyendo escanear y proyectar muchos de sus textos, porque eso no afectará a la explotación de un libro que los alumnos ya han adquirido de todos modos. Por el contrario, el manual adoptado para la enseñanza universitaria (en la que no debe darse por supuesto que los alumnos van a adquirir el libro) no puede ser empleado por el profesor de un modo que desincentive o sustituya su adquisición por los alumnos¹⁰⁰.

Hay usos parciales (p. e., una página, un capítulo, un esquema) que pueden estar justificados, porque un capítulo no sustituye, reemplaza ni compite con el manual entero, y por tanto no afecta a su explotación normal. Fotocopiar o proyectar en pantalla una página o un esquema de un manual no lo sustituye de ningún modo, y por tanto no afecta a su explotación normal¹⁰¹.

El hecho de que un libro concreto encaje o no en el concepto de libro de texto o manual es un dato de hecho que puede ser discutido, probado o refutado. La SAP Santa Cruz de Tenerife 14.4.2010¹⁰² afirmó que entre las obras reproducidas no había manuales y pesaba sobre la entidad demandante la carga de pedir la prueba de que lo fueran, cosa que no hizo (y la enumeración de títulos que incluye la sentencia hace pensar que tenía razón). La STS 16.1.2012¹⁰³ condenó

¹⁰⁰ Todo ello, dejando de lado si la adquisición del manual por el alumno tiene lugar por la vía que más interesa al editor (el mercado de primera mano) o por alguna otra alternativa (heredarlo de un hermano mayor, comprarlo de segunda mano, por permuta, etc.), todas ellas lícitas. Aunque sea obligatorio que el alumno tenga el libro, el editor no tiene derecho a que se lo compren a él. El editor no puede impedir que el comprador lo revenda luego sin su autorización, pues el derecho de distribución se agota con la primera venta en el ámbito comunitario (art. 19.2 TRLPI, SAP Madrid 16.3.2012 [AC 2012/1415]).

¹⁰¹ Y sin embargo, así de taxativo es el texto legal: «excluidos los libros de texto y los manuales universitarios» (art. 32.2.I TRLPI), y así de taxativa es también la postura de CEDRO, según el cual una fotocopia de una página de un manual es una infracción de la ley, J. DÍEZ DE OLARTE, «Los cuatro agujeros negros... (II)», cit., p. 2.

¹⁰² JUR 2011/11424.

¹⁰³ RJ 2012/1785.

a Telefónica por colgar íntegramente unos manuales de uso del programa Word de forma no cubierta por la licencia de la que la demandada era titular, y la distribución se había producido en una página de la red a la que tenía acceso el público general, por lo que se extralimitaba de cualquier contexto docente que pudiera haberse aducido.

Una de las principales novedades del Anteproyecto AP-2013 en esta materia es reconocer que caben usos legítimos de los manuales. Sin embargo, lo hace de un modo muy complicado. En todos los casos la misma regulación que se propone para los manuales universitarios se propone también para las «publicaciones asimiladas a estos», asunto sobre el que volveremos en el siguiente apartado.

El Anteproyecto diferencia «libros de texto» (no universitarios) y «manuales universitarios». Los primeros pueden ser utilizados por el profesor en su actividad docente sin autorización del titular ni devengo de remuneración, pero sólo mediante actos de reproducción o comunicación pública (no de distribución) «que no supongan la puesta a disposición ni permitan el acceso de los alumnos a la obra o fragmento» (art. 32.2 AP-2013). Con esto se permiten los actos de comunicación pública sin intermediación tecnológica (lectura en voz alta) o con ella (proyección en pantalla, visualización a través de ordenador, etc.), pero no la distribución de fotocopias o el acceso a copias digitales.

Respecto a los «manuales universitarios», el Anteproyecto establece que los profesores pueden utilizarlos en los mismos casos que los libros de texto y, además, los pueden hacer llegar a sus alumnos de modo parcial (un capítulo) mediante acto de distribución (p. e., fotocopias) o de comunicación pública (p. e., incorporándolo en el aula virtual) (art. 32.4 AP-2013). Eso sí, devengando un derecho a remuneración equitativa irrenunciable y exigible a través de entidades de gestión colectiva, sobre lo que volveremos más adelante.

La 3ª versión del Anteproyecto ha añadido a lo anterior un párrafo 3 dirigido a la investigación científica en universidades y organismos públicos, que autoriza a los investigadores a realizar actos de reproducción, comunicación pública y distribución de copias de manuales sin autorización ni pago de remuneración, siempre que se distribuyan exclusivamente entre el personal investigador colaborador del proyecto específico (art. 32.3 AP-2013). Es decir, permite en el contexto del grupo investigador lo mismo que el párrafo 4 permite en el contexto de la enseñanza, pero sin devengar remuneración equitativa.

La redacción del Anteproyecto se ha ido complicando con cada nueva versión. Como dice el Consejo de Estado, hay varias diferencias de requisitos exigidos en cada apartado que carecen de toda justificación, los apartados 3 y 4 podrían refundirse por reiterativos, y convendría «emplear una redacción más clara y lineal y corregir este vaivén de remisiones y falta de sistemática en el precep-

to que en los términos que se formula se hace complejo y extremadamente confuso»¹⁰⁴.

Dejando aparte estos problemas de redacción, alguna idea buena de versiones anteriores que se ha quedado por el camino¹⁰⁵ y cuestiones que analizo en otros lugares, el Anteproyecto intenta ajustar lo más posible el límite de uso docente más conflictivo, que es el de libros de texto y manuales universitarios, a márgenes acordes con los tres elementos básicos. Esto es francamente positivo y pone fin a la ilegalidad en que se encuentra actualmente el uso de los libros de texto en las clases, pese a ser razonable, no afectar a la explotación normal ni generar ninguna conflictividad¹⁰⁶.

3. *Revistas científicas*

Los artículos publicados en revistas científicas especializadas deben poder ser reproducidos y proporcionados a los alumnos en formato íntegro, ya que habitualmente se cumplirán los tres requisitos: la distribución o comunicación se hace realmente a los alumnos y no al público en general, el profesor no cobra a sus alumnos por entregarles los artículos que quiere que lean, y esa entrega no afecta a la explotación normal de la revista.

No afecta a la explotación normal por varios motivos. Lo que explota el editor es la revista, no los artículos individuales que se publican en ella, porque nadie espera que alguien se suscriba a una revista académica sólo para obtener un artículo en concreto (aunque esto está empezando a cambiar con la explotación de artículos on-line por el sistema de pay-per-view). Los alumnos no son el destinatario objetivo del artículo ni de la revista¹⁰⁷. En realidad, no lo son ni siquiera los profesores, pues la explotación normal de una revista científica asume que sus destinatarios (profesores, médicos, profesionales, etc.) van a aprovechar la suscripción de la empresa, institución u organismo colectivo de

¹⁰⁴ *Dictamen 1064/2013*, cit., n. 5.3.

¹⁰⁵ P. e., la 1ª versión del Anteproyecto establecía que los «libros de texto» no podían ser objeto de excepción de uso docente, salvo que fueran los «adoptados para utilizarse en el desarrollo de las enseñanzas del centro», en cuyo caso podían ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente de forma parcial sin necesidad de autorización del autor ni devengar remuneración en su favor [art. 32.2.c) y 3.c) AP-2013, 1ª versión]. Esto tenía sentido, porque en el ámbito no universitario el libro docente adoptado por el centro va a ser adquirido por los alumnos de todos modos, por lo que ni su reproducción ni su distribución parcial afectan a su explotación normal. La 2ª y 3ª versiones prescinden de esa diferencia y por tanto no permiten ningún caso de distribución parcial de libros de texto.

¹⁰⁶ DÍEZ DE OLARTE valora la propuesta de AP-2013 sobre este punto de forma muy negativa. Considera que el concepto de «manual» provoca inseguridad jurídica y el conjunto amplía desproporcionadamente el ámbito de la excepción y reduce en exceso las posibilidades de explotación de los libros de texto y manuales, J. DÍEZ DE OLARTE, «Los cuatro agujeros negros... (II)», cit., p. 2.

¹⁰⁷ Salvo las revistas científicas destinadas a estudiantes, que existen pero son excepcionales.

los que forman parte los destinatarios (universidades, colegios profesionales, bibliotecas públicas, hospitales, bufetes, etc.)¹⁰⁸.

Cuando algunas revistas científicas incluyen en sus cláusulas contractuales de licencia no exclusiva la necesidad de pedir autorización y pagar cantidades por este tipo de uso, debe considerarse que se refieren únicamente a los supuestos que no encajan en el límite legal, pues éste viene autorizado directamente por la ley. Esto ocurrirá con más razón si el profesor que hace uso de la excepción es el autor del artículo (art. 52 TRLPI).

El AP-2013 propone introducir en el TRLPI un epígrafe específico dedicado a las revistas científicas, el artículo 32.6:

«A los efectos del presente artículo se entenderán asimiladas a los manuales universitarios las publicaciones de contenido cultural, científico o técnico siempre y cuando estén editadas en serie continua con un mismo título a intervalos regulares o irregulares, de forma que los ejemplares de la serie lleven una numeración consecutiva o estén fechados, con periodicidad mínima mensual y máxima semestral».

Esta propuesta me parece totalmente inadecuada, ya que asimila los artículos publicados en revistas científicas a los manuales universitarios, es decir, a los que tienen una regulación más restrictiva (cfr. art. 32.4 AP-2013), cuando el criterio que debería haber aplicado es justamente el contrario. Tiene sentido excluir de la excepción a los manuales y libros de texto porque su explotación normal es la venta a los alumnos, y se verá afectada por cualquier distribución o comunicación realizada por el profesor (sobre todo si es del libro entero). Pero la distribución normal de la revista es justamente la contraria: está destinada a ser adquirida únicamente por la institución educativa y no por los alumnos, por lo que su comunicación en un contexto docente no afecta a su explotación normal. La ley debe permitir la entrega a los alumnos del artículo especializado que cumpla los tres requisitos, sabiendo que con frecuencia se cumplirán.

DÍEZ DE OLARTE critica el anteproyecto por un motivo estrictamente opuesto. Para él, permitir la entrega de artículos de revistas a los alumnos afecta a la explotación normal porque exime de pagar a los principales o únicos interesados en adquirirlos¹⁰⁹. Pero los alumnos nunca se han suscrito a revistas científicas y

¹⁰⁸ El trabajo clásico de J. A. ORDOVER, R. D. WILLIG, «On the Optimal Provision of Journals Qua Sometimes Shared Goods», *American Economic Review*, 68, 3, 1978, pp. 324-338 explicó el fenómeno por el que los profesores comparten bibliotecas y suscripciones a revistas como un modelo de bienes compartidos (*shared goods*) que beneficia a todos: los profesores acceden a recursos mayores y las editoriales identifican a los compradores que compartirán los bienes y les cobran más de lo que cobrarían a suscriptores individuales. Vid. también R. WATT, *Copyright and Economic Theory*, Elgar, Cheltenham/Northampton, 2000, pp. 27-29.

¹⁰⁹ J. DÍEZ DE OLARTE, «Los cuatro agujeros negros... (II)», cit., p. 3.

especializadas, y nadie cuenta con que vayan a empezar a hacerlo precisamente ahora, luego el hecho de que los profesores les hagan llegar el contenido de esos artículos no afecta de ningún modo a su explotación.

4. Partituras musicales

Las partituras musicales son obras de creación protegidas por la propiedad intelectual como cualquier otra [art. 10.b) TRLPI], y por tanto están sometidas de igual modo a la excepción de uso docente del art. 32.2 TRPLI¹¹⁰.

Probablemente, en el ámbito de la edición de partituras el repertorio de dominio público genera más volumen que el sometido a derecho de autor. Pero el musicólogo que hace una edición crítica o divulga una obra inédita, y el editor de la obra que ha caído en el dominio público, siguen gozando de protección legal por otros 25 años desde la edición (en este último caso, sólo en la medida en que se conserven las características tipográficas de su edición, cosa que en la partitura será especialmente habitual) (arts. 129 y 130 TRLPI). Las obras anónimas de un folclore nacional o regional nunca han salido del dominio público, pero no deben olvidarse los derechos de los musicólogos, informantes o intérpretes que las recogen y divulgan (art. 129.1 TRLPI)¹¹¹.

El Anteproyecto excluye expresamente las partituras musicales del límite de uso docente (art. 32.5 AP-2013). Este trato diferenciado no tiene ningún sentido si lo aplicamos a la música de forma absoluta, pero sí puede tenerlo si nos referimos únicamente a la reproducción y distribución (o comunicación pública en formato digital) de partituras. En efecto, el editor de obras escritas en lenguaje musical lleva a cabo una actividad más cualificada e importante que el de obras escritas en lenguaje convencional y la adquisición de nuevas partituras tiene una especial dependencia del ámbito docente, por lo que podemos sospechar que la reproducción de partituras por los profesores con frecuencia afectará de forma significativa a la explotación normal de la partitura por el editor. Pero se obtendría el mismo resultando prescindiendo de esta excepción y exigiendo que se cumplan los tres requisitos.

¹¹⁰ Sobre este tema, vid. R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 2ª ed., 2004, que no trata la aplicación del uso docente a las partituras por la evidente razón de que es anterior a la reforma de 2006, pero sí estudia cómo afectan a la música los otros límites: comunicación pública en actos oficiales y religiosos (art. 38 TRLPI) (pp. 525 y ss.), copia privada (art. 31.2 TRLPI) (pp. 480 y ss.), copia institucional con fines de investigación o conservación (art. 37.2 I TRLPI) (pp. 520 y ss.), límite de cita (art. 32.1 TRLPI) (pp. 543 y ss.) y parodia (art. 39 TRLPI) (pp. 556 y ss).

¹¹¹ Son las obras creadas en el territorio nacional por autores que se presumen originarios de ese país y transmitidas de generación en generación que constituyen uno de los elementos fundamentales del patrimonio cultural tradicional de ese país (cfr. art. 18 de la Ley-tipo sobre Derecho de Autor de la OMPI-UNESCO, Túnez 1976), R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual*, cit., p. 289.

4. CUALQUIER ACTO DE EXPLOTACIÓN

La autorización del art. 32.2 TRLPI debe abarcar todos los actos de explotación de la obra protegida. No sólo la reproducción, distribución y comunicación pública (art. 32.2 TRLPI), sino también la transformación¹¹². ¿Por qué no va a poder el profesor traducir un poema, adaptar una obra de teatro, modificar un esquema, transponer una partitura o actualizar un mapa para sus alumnos? Los profesores lo hacemos constantemente y debemos poder seguir haciéndolo. El único límite es que se cumplan los tres requisitos.

Por tanto, la obra producto de la transformación hecha por el profesor para sus alumnos (p. e., una traducción) es lícita, pero si después éste pretende emplearla fuera de ese contexto (p. e., publicarla), necesitará la autorización del titular, porque darla a la imprenta con destino al público general supera el contexto docente (el público general al que se dirige ya no son sólo sus alumnos), tiene carácter comercial (con independencia del éxito del libro o los derechos que perciba el traductor) y afecta a la explotación normal de la obra utilizada, con independencia de que ya haya sido traducida o no al idioma al que lo ha hecho el profesor; además de afectar también a los derechos morales del autor (por lo que se requiere su autorización además de la del titular de los derechos, si son distintos, arts. 21.2 y 11 TRLPI). Lo mismo ocurre si el profesor hace la traducción y luego la publica en una página web de acceso libre o en un blog. La traducción y su entrega a sus alumnos estuvo amparada por la excepción, pero la comunicación pública posterior no: aunque carezca de finalidad comercial, carece de contexto docente y afecta a la explotación normal.

Un elemento interesante introducido por el Anteproyecto es el concepto de actos de reproducción o comunicación pública «que no supongan la puesta a disposición ni permitan el acceso de los alumnos a la obra o fragmento» [arts. 32.2.c) y 32.3.d) AP-2013]. Tal vez tengamos que reconocer que la distinción tripartita tradicional (reproducción, comunicación pública, distribución) hoy ha perdido relevancia y lo importante es si se pone a disposición del destinatario el contenido (cosa que puede ocurrir no sólo mediante la distribución, sino también mediante la comunicación pública de copias digitales) o no, y que tal vez sólo los primeros deban restringir el ámbito de la excepción de uso docente. Los dos supuestos en que el Anteproyecto permite los actos de reproducción o comunicación pública «que no supongan la puesta a disposición ni permitan el acceso de los alumnos a la obra o fragmento» añade a continuación que deberá incluirse expresamente una localización desde la que pueda accederse legalmente a la obra protegida [arts. 32.2.c) y 32.3.d) AP-2013].

¹¹² R. XALABARDER PLANTADA, «Los límites...», cit., p. 72.

5. CANTIDAD DE OBRA UTILIZABLE

El texto literal de la ley española sólo permite que bajo el amparo del uso docente se puedan utilizar «pequeños fragmentos de obras» y «obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo» (art. 32.2.I TRLPI). Esto significa que salvo esos casos está prohibido proporcionar a los alumnos una obra íntegra bajo la protección del uso docente. CEDRO entiende que «pequeño fragmento» es una medida inferior a un capítulo, por lo que el uso de un capítulo supone ya una infracción¹¹³, pero esto no deja de ser una interpretación de parte.

Este «criterio de fragmentación» es a todas luces excesivo¹¹⁴. Ni se ajusta a la *ratio*, ni discrimina adecuadamente. Su aplicación literal llevaría a conclusiones absurdas¹¹⁵. Hasta las muy restrictivas *Guidelines* tienen criterios más razonables.

Los textos internacionales no establecen ninguna limitación en cuanto a la cantidad usable. Las propuestas de limitar el uso docente de la Convención de Berna a los extractos (*excerpts, emprunts*) no llegaron a ser aceptados, y los comentaristas admiten que puede haber casos en que esté justificado que el profesor reproduzca la obra entera (como en los poemas, artículos de prensa, cuentos, ensayos, obras plásticas)¹¹⁶.

La expresión legal «pequeños fragmentos de obras» debería ser sustituida por la mera exigencia de los tres requisitos básicos, y mientras eso no ocurra debería ser interpretada de acuerdo con ellos. La cantidad de la obra que debe poder ser usada por el profesor es la cantidad que pueda y necesite usar en su contexto docente, siempre y cuando no afecte a su explotación normal por el titular. No más, pero tampoco menos.

Es cierto que en ocasiones no se debe permitir que el profesor distribuya o comunique una obra íntegra a sus alumnos. Pero en estos casos el filtro no debe estar en que el uso emplee la obra íntegramente o no, sino en el contexto docente y la explotación normal. No estaría amparado que el profesor entregara a cada uno de sus alumnos una biblioteca virtual de cinco mil libros selectos en formato pdf, porque estaría desbordando el contexto

¹¹³ Esto lleva al jefe de su asesoría jurídica a criticar la propuesta de art. 32.4.b AP-2013, que permite el uso docente de un capítulo de un libro, J. DÍEZ DE OLARTE, «Los cuatro agujeros negros... (II)», cit., pp. 2-3.

¹¹⁴ La crítica es generalizada en la doctrina, cfr: J. A. MORENO MARTÍNEZ, «Límite...», cit., p. 421 y C. PÉREZ DE ONTIVEROS, «Ad art. 32», cit., p. 587.

¹¹⁵ Dejando aparte que podría ser contrario al derecho moral del autor a que se respete la integridad de su obra, art. 14.4 TRLPI.

¹¹⁶ S. RICKETSON, J. GINSBURG, *International Copyright...*, cit., I, 13.45, p. 791; R. XALABAR- DER, «Los límites...», cit., pp. 30-31; S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 10», cit., p. 878.

docente. Sólo puede proporcionar lo que efectivamente vaya a poder usar en el marco de la asignatura. Pero esta medida no guarda relación con la integridad de las obras.

Debemos diferenciar, por un lado, los usos que no proporcionan un ejemplar de la obra (comunicación pública de una obra poética, dramática, musical, dramático-musical, cinematográfica, etc.) de los que sí lo hacen (distribución de copias analógicas, comunicación pública de copias digitales), y, por otro, las obras cortas de las largas.

La comunicación pública que no proporciona copia debe permitirse para todo tipo de obras, tanto cortas como largas, con la diferencia de que las cortas pueden ser comunicadas (leídas, representadas, visionadas, escuchadas) o analizadas íntegramente en el marco de una o pocas clases. Las largas no pueden serlo simplemente por motivos de extensión, pero no hay problemas en que se lean de forma parcial. Por tanto, la comunicación pública que no supone entrega de copia a los alumnos debe permitirse sin restricciones, convenio ni pago de canon.

Respecto a la distribución o comunicación con entrega de copia (analógica o digital, respectivamente), hay que distinguir entre obras «cortas» y obras «largas». Entiendo que las cortas (poema, cuento, artículo de prensa, ensayo) deben poder ser entregadas a los alumnos. Pueden cumplir el contexto docente, porque su brevedad permite que sean usadas en el marco de la clase, y pueden no afectar a su explotación normal, pues ésta suele tener lugar formando parte de una unidad más extensa (un libro). De hecho, un criterio posible para diferenciar a estos efectos la obra corta de la larga es si su explotación normal tiene lugar de modo conjunto (agrupada junto a otras, en cuyo caso es corta) o es explotada de forma autónoma (en un volumen único, y por tanto es larga).

Por el contrario, las obras largas y los libros íntegros, como regla general, no pueden ser entregados a los alumnos en el marco de la excepción docente, porque desbordan el marco docente y porque esa entrega afecta a su explotación normal. Es cierto que, excepcionalmente, una obra larga puede cumplir el requisito de contexto docente (p. e., un curso monográfico de la universidad se va a destinar a leer y analizar en clase una novela). Pero en este caso el profesor no debe entregarla fotocopiada, sino remitir a sus alumnos al mercado para que la compren. El profesor deberá abstenerse de entregar a sus alumnos libros enteros, y las aulas virtuales de las universidades harán bien en diseñar sus instrumentos informáticos de modo que no permitan colgar libros enteros.

Esto último puede considerarse respaldado por el hecho de que la reproducción de un libro íntegro es un dato al que las sentencias otorgan mucha relevan-

cia (p. e., SAP Zaragoza 2.12.1998¹¹⁷, SAP Sevilla —penal— 4.9.2002¹¹⁸, SAP Castellón 16.1.2003¹¹⁹, SAP Castellón —penal— 27.2.2003¹²⁰, SJPI Salamanca 10.2.2011¹²¹). Uno de los argumentos invocados por la SJdM n° 2 Barcelona 2.5.2013¹²² para condenar a la UAB por su campus virtual es que carecía de medidas que impidieran colgar libros enteros.

Ahora bien, ¿qué parte de una obra larga puede ser entregada a los alumnos lícitamente? Cualquier respuesta cuantitativa es ya discutible por definición. Una solución conservadora es admitir como unidad de entrega lícita amparada en el uso docente de un capítulo o el 10% de una obra larga o un libro¹²³.

Los convenios de CEDRO autorizan precisamente la copia o comunicación de hasta un 10% o un capítulo de la obra (pensando, sin duda, en el formato «libro»). Si se admite la interpretación que estoy proponiendo, CEDRO se está excediendo al exigir un convenio para autorizar algo que los profesores ya deben poder hacer sin su autorización bajo la cobertura del art. 32.2 TRLPI. Esto no significa que el convenio sea una mala idea o sea superfluo, sino que debería autorizar cantidades superiores de las ya permitidas por la ley (tema sobre el que volveremos luego).

El Anteproyecto, aunque conserva la expresión poco afortunada de «pequeños fragmentos» (art. 32.2 AP-2013), en el ámbito universitario la amplía a «un capítulo de un libro, artículo de una revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada» [art. 32.4.b) AP-2013], lo que sin duda es un avance.

6. DENTRO Y FUERA DE LAS AULAS

La excepción de uso docente debe permitir el uso de materiales en todo el ámbito educativo, dentro y fuera de las aulas, entendidas en sentido temporal y espacial. El uso docente debe incluir la explicación y los exámenes de todo

¹¹⁷ AC 1998/2303.

¹¹⁸ ARP 2002/741.

¹¹⁹ ARP 2003/46471.

¹²⁰ ARP 2003/320.

¹²¹ AC 2011/43.

¹²² JUR 2013/148503.

¹²³ De todos modos, cualquiera de las soluciones planteará nuevos problemas (¿cómo se mide ese 10%? ¿Es un tope aplicable cada vez que se acude a fotocopiar, para cada día, para cada libro, para cada persona, para cada profesor...? etc.). Las *Guidelines* americanas proporcionan elementos cuantitativos: Poemas: pueden copiarse íntegros los de menos de 250 palabras que caben en menos de dos páginas; del resto, sólo fragmentos de 250 palabras. Prosa: artículo, ensayo o cuento íntegro si tiene menos de 2500 palabras; de los más extensos, fragmentos de no más de 1000 palabras o el 10% de la obra (lo que sea menor, y en cualquier caso un mínimo de 500 palabras). En ambos casos, el límite se puede superar para terminar el poema o el texto al que le falta un verso o un párrafo. Ilustraciones: Un gráfico, diagrama, dibujo o fotografía por libro o ejemplar periódico. R. A. GORMAN, J. GINSBURG, *Copyright...*, cit., pp. 614-5.

tipo, las actividades extraescolares complementarias realizadas en el mismo centro escolar (biblioteca, debates, teatro, cine-fórum, coro...) o fuera de él (visitas culturales, excursiones al aire libre, campamentos)¹²⁴. El profesor también debe poder entregar materiales a los alumnos para que trabajen en su casa. Deben considerarse incluidas las enseñanzas no presenciales (on-line, a distancia, radiofónicas, etc.) siempre que tengan lugar en el contexto de la enseñanza reglada.

Contra lo que suele darse por supuesto, el tenor literal de la ley actualmente vigente no contradice lo anterior, pues dice: «*cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas*» (art. 32.2 TRLPI). Lo que tiene que realizarse «en las aulas» no es «la ilustración» (a través de los materiales), sino «las actividades educativas» (del profesor que usa los materiales). Para que la ley dijera lo que a veces se piensa que dice, la redacción debería ser más bien «*cuando tales actos se hagan únicamente en las aulas para la ilustración de sus actividades educativas*»¹²⁵.

De este modo, la expresión legal «en las aulas» deviene irrelevante. Da igual que el acto de reproducción, distribución o comunicación de los materiales por parte del profesor a los alumnos (p. e., la realización y entrega de las fotocopias) tenga lugar dentro o fuera del aula. También 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)¹²⁶. El sentido de la expresión probablemente sea evitar un uso demasiado laxo de la finalidad educativa que amplíe de forma incontrolada la excepción y reduzca proporcionalmente el derecho del autor¹²⁷. El peligro es real, pero queda suficientemente conjurado con el control de los tres requisitos básicos, especialmente con el del contexto docente. De este modo, un profesor que entrega a sus alumnos una biblioteca virtual en pdf no está cubierto por la excepción, pero no porque su actividad tenga lugar fuera de las aulas, sino porque se excede del contexto docente: el material entregado no responde a lo que realmente va a poder abordar en el marco de su asignatura. Fuera de eso, no parece que el aula deba ser un elemento esencial para la actividad docente.

El Anteproyecto prescinde de la expresión «actividades educativas en las aulas» y la sustituye por «actividades educativas, tanto en la enseñanza presencial

¹²⁴ En contra, S. LÓPEZ MAZA excluye los exámenes y las actividades extraescolares como la actuación de una orquesta escolar, «Comentario al art. 10», p. 879.

¹²⁵ Aunque todavía habría quedado más claro si hubiera dicho: «los actos de ilustración de sus actividades educativas, siempre y cuando estos tengan lugar en las aulas».

¹²⁶ En contra, F. 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...», cit., p. 17).

¹²⁷ Vid. especialmente el apartado posterior sobre neutralidad tecnológica.

como en la enseñanza a distancia» [art. 32.2.a) AP-2013, 3ª versión]¹²⁸, por lo que «a partir de ahora [la excepción] no se circunscribirá a las aulas sino que se contempla de manera general para cubrir otros tipos de enseñanza como la enseñanza no presencial y en línea» (EdM AP-2013, III).

7. NEUTRALIDAD SUBJETIVA

Según el texto legal vigente, el autorizado por el límite de uso docente es únicamente «el profesorado» (art. 32.2 TRLPI). Aunque la excepción está pensada para la actividad del profesor que utiliza los materiales en su docencia, esto no implica que sea él quien realice materialmente la actividad de reproducir o distribuir la obra. Lo importante es que el acto se realice en un contexto docente, no que sea realizado por el profesor en persona¹²⁹. El uso de los materiales debe ser neutral desde un punto de vista subjetivo.

Por otro lado, es importante trazar una línea clara entre lo que está dentro y lo que está fuera del contexto docente. Permitir que cualquier empresa de fotocopias copie cualquier material más o menos escolar, presentado por cualquier estudiante, con el pretexto de que la decisión de que es conveniente para él procede de algún modo de su profesor porque está en la bibliografía o lo recomendó en clase, sería vaciar de contenido el contexto docente y derribar peligrosamente los muros que acotan la excepción legal.

Me parece que la línea divisoria está en definir en qué condiciones pueden cumplirse los tres requisitos, y en especial el contexto docente y la finalidad no comercial, cuando las fotocopias son realizadas por una entidad privada que cobra por ello (servicio de reprografía o papelería) o con empleo de sus máquinas. Como la cuestión del dinero será abordada en el siguiente apartado (neutralidad de financiación), me centraré ahora en lo restante. La pregunta tiene la máxima importancia práctica, dado que hasta la fecha la gran mayoría de las sentencias en las que se cuestiona o podría cuestionar la aplicación de la excepción proceden de demandas de CEDRO contra papelerías o empresas de reprografía.

Creo que las condiciones se cumplen cuando se combinan dos factores: decisión del profesor y dependencia funcional de la entidad de reprografía respecto al centro educativo.

¹²⁸ La 1ª versión decía «tanto en el centro educativo como fuera del mismo». De todos modos, para que el uso de manuales universitarios pueda estar amparado por la excepción de uso docente, el Anteproyecto exige «que los actos se realicen en los centros docentes universitarios» [art. 32.4.c) AP-2013], y dedica un apartado específico a las redes cerradas [art. 32.4.d).2º AP-2013], de lo que hablaremos más adelante.

¹²⁹ En la misma línea, las *Guidelines* exigen que la copia se realice «a instancia y por inspiración del profesor», «por o para el profesor de la asignatura», cfr. R. A. GORMAN, J. GINSBURG, *Copyright...*, cit., p. 615.

Para que pueda haber excepción de uso docente es necesario que sea el profesor quien decida que ese material debe copiarse y entregarse a sus alumnos porque lo va a usar en el contexto docente. No basta que mencione o aconseje la obra. Tiene que haber una auténtica decisión expresa de entrega del material. Lo relevante es que la decisión de usar (reproducir, distribuir, comunicar) los materiales proceda de la parte activa en la docencia, es decir, del profesor (o la persona, autoridad o instancia que tiene competencias para hacerlo por él: el centro, el departamento, el área...), y no del alumno o un tercero. Pero no es necesario que sea él quien los reproduzca, distribuya o comunique personalmente. Debe dar igual si las fotocopias son realizadas por el profesor, por personal de la institución educativa (secretarías, ordenanzas...), por los alumnos mismos, por la empresa concesionaria del servicio de reprografía, por el delegado de la clase, o por cada uno de los alumnos previa descarga del texto de un soporte en intranet. Como no debe ser relevante quién sea el que hace el acto de comunicación pública en el que consiste «colgar» el texto en la intranet (el profesor, un alumno interno, etc.). Con palabras de la SAP Santa Cruz de Tenerife 14.4.2010¹³⁰, quién realice materialmente las fotocopias

«es una cuestión tangencial, de procedimiento, que no afecta a la finalidad esencialmente educativa de la reproducción; así, el profesor podría utilizar diversas vías para hacer llegar a los alumnos las lecturas que les recomienda: hacerlas él mismo, encargarlas a personal adscrito a la Universidad, entregarlas directamente a los alumnos para que los interesados las fotocopien en la forma que estimen conveniente, o, como ha ocurrido, optar por la fórmula que parece más operativa, ya que, aparentemente, coinciden aspectos de ahorro económico y facilidad de acceso, que la hacen más operativa».

Además, si la entrega del material al alumno se va a realizar mediante copia y pago, debe realizarla una entidad con dependencia funcional respecto al centro docente, al menos respecto a la realización de las copias. Esto nos lleva a retomar la distinción que hicimos al analizar la jurisprudencia entre reprografía institucional y reprografía no institucional. La reprografía institucional incluye la realizada por personal del centro docente o por la empresa concesionaria de los servicios de reprografía (que tiene allí su localización y actividad y está o puede estar sometida a un cierto control por parte del centro). Por el contrario, es no institucional la copistería o papelería situada fuera del centro y ajena a éste, aunque por cercanía geográfica, precios o costumbre sus alumnos acudan a ella con frecuencia. En general, parece que sólo la primera puede realizar copias bajo el amparo de la excepción de uso docente, porque sólo ella puede hacer copias que reúnan los requisitos necesarios para estar amparadas por la excepción. Sólo la especial conexión permite garantizar el contexto docente mediante medidas tecnológicas como la conexión de la intranet a las fotoco-

¹³⁰ JUR 2011/11424.

piadoras de la reprografía de la universidad, pues cuando el profesor cuelga los materiales, está haciendo expresa su decisión de entrega a los alumnos, y entonces la reprografía estará amparada por la excepción de uso docente. Sólo la dependencia funcional de la reprografía permite también asegurar los «precios políticos» que aseguran el carácter no comercial de las copias. Si una reprografía no institucional desarrollara un sistema riguroso que le permitiera cumplir estos requisitos podría plantearse lo contrario, pero recaería sobre ella la carga de la prueba de que se cumplen.

Por eso, la conducta del alumno que acude por su propia iniciativa a obtener una copia de material protegido en una reprografía no institucional, o la del que acude a una institucional para obtener una copia de una obra sobre la que no hay una decisión de copia de su profesor, no está amparada por la excepción de uso docente. La valoración jurídica de ese acto dependerá de si se mantiene que el art. 10.1 RD 1434/1990 está vigente, como defiende la jurisprudencia, en cuyo caso la fotocopia en lugar público no está amparada por la copia privada y es un acto ilícito¹³¹.

La STS 9.1.2013¹³², ante un «caso de fotocopidora institucional» en el que los materiales eran entregados por los profesores y fotocopados por la reprografía de la universidad, afirmó que «no se trata de calificar el comportamiento de los profesores universitarios (...) sino el de la demandada, titular de la empresa de reprografía». Creo que no es un enfoque afortunado. Calificar el comportamiento de los profesores es relevante, porque si su conducta está amparada por la excepción también lo está la de la reprografía.

El Anteproyecto permite los actos de reproducción y distribución para uso docente con carácter general sin hacer mención a quién realiza las copias, pero cuando se trata de manuales universitarios exige «que los actos se realicen en los centros docentes universitarios por su personal y con sus medios propios» [art. 32.4.c) AP-2013]. Entendido restrictivamente, sólo incluye las fotocopias realizadas por personal laboral contratado por el centro docente (ordenanzas, secretarías) y no cobradas al alumno de forma diferenciada, sino repercutidas en la matrícula. Entendido en sentido lato, incluye también las fotocopias realizadas por empresas privadas concesionarias de los servicios reprográficos del centro que se cobran a los alumnos a un «precio político» acordado por el centro docente de coste más beneficio industrial (cfr. art. 19.4.II TRLPI). Teniendo en cuenta que en España todos los centros universitarios prestan este

¹³¹ Por el contrario, si se considera que quedó derogado tácitamente con la aprobación e incorporación a la ley del canon por copia privada operada por la reforma de 2006 (art. 25 TRLPI), la fotocopia estará amparada por el art. 31.2 TRLPI. Cfr. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA, *Copia privada...*, cit., p. 308, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍAZ, *Reforma de la copia privada...*, cit., p. 94.

¹³² JUR 2013/40192.

servicio en régimen de concesión cobrada al usuario, el texto sólo tiene sentido si se interpreta en sentido lato, y creo que así debe hacerse.

8. NEUTRALIDAD DE FINANCIACIÓN

El uso docente de los materiales debe estar permitido con independencia de si lo financia el centro docente, los poderes públicos, los mismos alumnos o incluso el profesor (naturalmente, siempre que no hagan de ellos un uso comercial).

La pregunta clave en este apartado es si hay uso comercial cuando se cobra a los alumnos por las fotocopias que hacen de los textos que se les entregan en el contexto docente. Con palabras de la SAP Santa Cruz de Tenerife 14.4.2010¹³³ (casada luego por otros motivos):

«[E]s obvio que las fotocopias no son gratuitas en ningún caso, sino que tienen un coste tanto de material como de actividad, que es lo que cobra dicha empresa a los alumnos que las solicitan, el coste del servicio que presta más el margen comercial que le permiten los términos de la Concesión, pero esa es una cuestión tangencial, de procedimiento, que no afecta a la finalidad esencialmente educativa de la reproducción (...). Evidentemente, cualquiera que fuera la fórmula utilizada, tendría un coste económico, que deberán sufragar, o bien los alumnos directamente a cualquier otra empresa privada que se dedique a este tipo de actividad, o bien los contribuyentes, si es que la propia universidad decidiera ofrecerlas gratuitamente».

El modo objetivo en que se muestra la falta de ánimo comercial es que sólo se cobra el precio de coste del servicio¹³⁴. Como ya hemos visto antes, repercutir el coste de la fotocopia a los alumnos no implica un uso comercial, como se reconoce para las copias realizadas por las bibliotecas en nuestro Derecho (art. 19.4.II TRLPI) y en el de prácticamente todos los países¹³⁵. Hay uso comercial si el profesor o la reprografía venden las fotocopias con sobreprecio (p. e., cobrándolas a precio de libro), o el profesor cobra a los alumnos el acceso a una página de intranet proporcionada gratuitamente por la entidad educativa.

¹³³ JUR 2011/11424.

¹³⁴ En el mismo sentido, las *Guidelines* estadounidenses exigen que no se cobre al alumno más allá del coste efectivo de la fotocopia, III, D, cfr. R. A. GORMAN, J. GINSBURG, *Copyright...*, cit., p. 616.

¹³⁵ CREWS afirma con contundencia que las leyes de la gran mayoría de los países del mundo ni lo mencionan porque lo dan por supuesto (con la excepción de Pakistán, que prohíbe el cobro de cualquier cantidad), K. CREWS, *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives*, WIPO, SCCR 17/2, 26.8.2008, disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_17/sccr_17_2.pdf pp. 40-41 [consultado el 4.9.2013].

La SAP Madrid ha decidido en contra de lo que afirmo en dos casos de «fotocopiadoras institucionales». La SAP Madrid de 17.10.2006¹³⁶ afirmó que «*resulta sarcástico decir que no concurre ánimo de lucro en quien cobra un precio*» por hacer las fotocopias, y la SAP Madrid 22.3.2010¹³⁷ entendió que «*hay finalidad lucrativa porque las fotocopias se integran en una actividad productiva*», frente a lo que es irrelevante la «*ausencia de finalidad lucrativa específica (vulgo sobreprecio)*». Creo que estas sentencias confunden la finalidad lucrativa de la empresa de reprografía, sea institucional o no (que evidentemente existía), con la actividad de empleo docente de los materiales (incluida la decisión de usarlos, producción de las copias en su caso y distribución a los alumnos). Es esta segunda actividad la que debe tenerse en cuenta para evaluar si hay o no uso comercial del acto de uso docente. Lo que se pretende es que ni el profesor ni la reprografía se enriquezcan a costa de los menores ingresos de autores y editores que supone excluir el uso docente del monopolio que es la propiedad intelectual. Pero esto no se ve afectado por el hecho de que la actividad del profesor, de la empresa de reprografía (o, en el caso del art. 19.4.II TRLPI, la biblioteca o el centro de documentación o sus empleados) se realicen a título oneroso o cobren una contraprestación al usuario.

El TS tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este asunto en la STS 8.6.2007¹³⁸. La Cámara de Comercio de Madrid hacía fotocopias al público mediante precio, aunque ni esa era la finalidad principal de su fotocopidora ni sus precios incluían sobreprecio. La instancia dijo que el acto de reproducción carecía de finalidad lucrativa. El TS decidió a favor de CEDRO por otros motivos, pero no entró a valorar la cuestión de la finalidad lucrativa por considerarla una cuestión de hecho no recurrida. Por mi parte, creo que, en efecto, no había actividad lucrativa en la conducta de la cámara demandada, pero habría sido preferible que el Supremo lo ratificara, porque no era una cuestión de hecho, sino una afirmación totalmente jurídica. El TS tampoco se pronunció sobre el particular en la ocasión que se le presentó con la STS 9.1.2013¹³⁹.

Como hemos visto en el apartado anterior, el Anteproyecto permite los actos de reproducción y distribución de manuales universitarios sólo si son realizados «en los centros docentes universitarios por su personal y con sus medios propios» [art. 32.4.c) AP-2013]. Si esto quiere decir que sólo se admiten las fotocopias de manuales cuyo precio no se cobra al alumno de forma diferenciada, sino que es asumido por la universidad y repercutido en la matrícula o asumido por el presupuesto de la universidad, me parece una propuesta desacertada por excesivamente restrictiva. Si significa que también se admiten las fotocopias realizadas por empresas privadas concesionarias de los servicios reprográficos

¹³⁶ JUR 2006/54279.

¹³⁷ JUR 2010/206688.

¹³⁸ RJ 2006/3650.

¹³⁹ JUR 2013/40192.

del centro que se cobran a los alumnos a un «precio político» acordado por el centro docente de coste más beneficio (cfr. art. 19.4.II TRLPI), entonces me parece una aclaración pertinente y una mejora respecto al texto actual. Esta segunda lectura es la más razonable, sobre todo si tenemos en cuenta que los servicios de reprografía de las universidades españolas pagan ya un canon a CEDRO por las fotocopias que realizan.

9. NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA

La autorización para comunicar materiales con fines docentes debe ser neutral tecnológicamente. Se pueden usar dentro del límite docente obras fijadas en cualquier formato: papel, grabaciones fonográficas o audiovisuales analógicas, digital, etc., en la medida en que cumplan los requisitos¹⁴⁰. Cualquier uso de materiales por parte del profesor delante de sus alumnos realizado en el contexto docente sin mediación tecnológica debe ser admitido siempre (p. e., leer en voz alta un texto, traducirlo, copiar un dibujo en la pizarra, etc.)¹⁴¹. La reproducción debe poder ser realizada en fotocopias o en copias digitales; la distribución, físicamente, por e-mail o por whatsapp; la comunicación pública, leyendo en voz alta, emitiendo por radio, televisión o cable, o colgando la información en una red cerrada de intranet¹⁴².

No hay duda de que la tecnología de las fotocopiadoras primero y la digital después han acrecentado el temor de los editores y autores a las excepciones legales, y en concreto a la de uso docente¹⁴³. Si antes podía defenderse que el uso de materiales en clase era algo irrelevante, hoy, con la aparición de la tecnología digital, ya no existen conductas irrelevantes¹⁴⁴. Se ha sugerido doctrinalmente que el nivel de protección legal de la excepción docente debe reducirse necesariamente conforme los avances tecnológicos han hecho más vulnerable la obra protegida¹⁴⁵. Pero también se puede concluir lo contrario: que el cambio en la tecnología implica una pérdida de importancia del autor y debe conllevar una disminución de sus derechos¹⁴⁶. Es un proceso

¹⁴⁰ En la misma línea, S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 10», cit., p. 884. Cfr., con los matices que se dirán, S. RICKETSON, J. GINSBURG, *International Copyright...*, cit., I, 13.45, p. 793.

¹⁴¹ B. KAPLAN, *An Unhurried View of Copyright*, Columbia University Press, 1967, p. 107.

¹⁴² J. A. MORENO MARTÍNEZ llega a la misma conclusión incluyendo la intranet o «aula virtual» en el concepto de «aula», «Límite...», cit., pp. 428-430.

¹⁴³ Así lo afirmó expresamente D^a Magdalena VINENT, presidenta de CEDRO, en su intervención ante la comisión de cultura del Congreso el 17.10.2005. Referencias y el texto de su intervención en R. XALABARDER PLANTADA, «Los límites...», cit., p. 76, n. 220.

¹⁴⁴ R. XALABARDER, *Study...*, cit., p. 7.

¹⁴⁵ Así, tras una etapa inicial en la que apenas había atención legal ni conflictividad sobre este tema, vino una segunda marcada por la aparición de los aparatos de reproducción masiva de texto (fotocopiadoras) y por la copia privada con su canon correspondiente, y viene ahora la tercera, en la que la copia digital exige restringir especialmente el uso docente, R. ROMANO, «Exceptions and Limitations in the Italian Copyright Law», *Pe. i.*, addenda, noviembre 2011, pp. 57-66.

¹⁴⁶ Así, B. KAPLAN, *An Unhurried View...*, cit., pp. 108, 118 y 120.

que todavía está en fase de elaboración¹⁴⁷. Por mi parte, creo que un buen control del contexto docente hace que los editores no deban temer a la tecnología digital.

Durante años, el problema generado por la tecnología eran las fotocopiadoras. Hoy la cuestión se ha desplazado al «campus virtual» (en plural «campos virtuales») o «aula virtual», es decir, la red digital de internet cerrada (intranet) organizada por una universidad que permite a los profesores «colgar» (*upload*) materiales en formato digital para que sus alumnos accedan a ellos y puedan verlos en pantalla, guardarlos de forma permanente en formato electrónico o imprimirlos en papel desde la misma universidad. No hay duda de que el acto de colgar materiales on-line es una comunicación pública que forma parte del derecho de explotación del autor [arts. 17 y 20.2.i) y j) TRLPI]. El campus virtual debe considerarse lícito cuando se realiza en el contexto docente, es decir, cuando sólo los alumnos del profesor que los cuelga tienen acceso a ellos, pero no si los materiales se cuelgan en una página web abierta al público general. Por tanto, el dato relevante es el carácter abierto o cerrado (sólo para los alumnos) del acceso al material digital colgado en la red. Este es también el punto clave para valorar la aplicabilidad de la excepción a la red en la Convención de Berna¹⁴⁸. Y esto es lo que ocurrió en la STS del Pleno 16.1.2012¹⁴⁹, que condenó a la demandada por colgar en una página de la red abierta al público general unos manuales de programas informáticos sin que esa conducta estuviera cubierta por la licencia. Pero el campus virtual no tiene este problema. Lo normal es que cumpla los tres requisitos de realización por el profesor de modo que sólo sus alumnos tengan acceso a él, ausencia de finalidad comercial e irrelevancia para la explotación normal por su titular. El entorno cerrado de la herramienta informática asegura que es el profesor quien cuelga los materiales y sólo pueden acceder a ellos los alumnos de su asignatura. Por el acceso y reproducción de los materiales no se cobra a los alumnos más que el coste del servicio cuando los imprimen (art. 19.4.II TRLPI). Y la reproducción de fragmentos de la obra (no de la obra entera) no afecta 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 encajar en la excepción de uso docente.

¹⁴⁷ Sobre esto, J. A. BAUMGARTEN, «Photocopying, Copyright and the Digital Era: A Recollection and Reflection», en *Benjamin Kaplan et al., An Unhurried View of Copyright, Republished (and with Contributions from Friends)*, (C. Geik et al., eds), LexisNexis Matthew Bender, 2005, pp. 1-17.

¹⁴⁸ 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. Los que expresaron estas dudas estaban pensando sobre todo en la enseñanza a través de ondas radiofónicas, en las que las posibilidades de excluir a los no alumnos es ciertamente difícil, S. RICKETSON, J. GINSBURG, *International Copyright...*, cit., I, 13.45, p. 793. Pero este temor debe descartarse para las aulas virtuales, a los que por definición sólo tienen acceso los alumnos de la asignatura.

¹⁴⁹ RJ 2012/1785.

Ya hemos defendido antes que el tenor literal de la ley («únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas», art. 32.2 TRLPI) no debería ser un problema para defender esto (cfr. apartado 6). Raquel XALABARDER sospecha 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 virtuales¹⁵⁰. Pero los datos de la formación del texto legal no me parecen tan definitivos¹⁵¹. Los textos internacionales sobre propiedad intelectual no contienen nada parecido a esa frase u otra similar [art. 10.2 de la Convención de Berna, art. 10.1 TDA/WCT, art. 13 AADPIC/TRIPS, arts. 5.3.a) y 5.4 DDASI¹⁵²], y tampoco parece que figure en la transposición de ningún otro país europeo¹⁵³.

Por eso, buena parte de la doctrina considera que las aulas virtuales deben considerarse incluidas en la excepción de uso docente. Así, 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 aplicarse¹⁵⁴.

¹⁵⁰ 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...», cit., pp. 74-76). Se basa en las modificaciones introducidas en el Anteproyecto de 10.12.2004 frente al anterior Borrador de 11.11.2004, que era muy similar al texto de la DDASI, y en el rechazo de las enmiendas que proponían una mención expresa de la enseñanza on-line («Los límites...», cit., pp. 74-75, n. 217). El Anteproyecto hace la misma interpretación (para corregirla): «[S]e produce una modificación respecto al ámbito de aplicación de la citada excepción que a partir de ahora no se circunscribirá a las aulas sino que se contempla de manera general para cubrir otros tipos de enseñanza como la enseñanza no presencial y en línea», EdM AP-2013, III. Más datos sobre los precedentes en R. CASAS VALLÉS, «La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España», disponible en <http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.html> [consultado el 6.8.2013].

¹⁵¹ El Consejo de Estado entendió que se discriminaba a las enseñanzas no regladas y a distancia, pero no dijo nada de las aulas virtuales (*Dictamen 185/2005*, II.b.2). La Exposición de Motivos y la intervención parlamentaria de la 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 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, n^o 160, 16.3.2006, p. 7973), lo que sería más bien un argumento en favor de la inclusión. En el debate parlamentario 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, n^o 160, 16.3.2006, pp. 7977-78). No me parecen datos tan definitivos. La finalidad evidentemente restrictiva del texto legal puede referirse a muchas otras cosas (la enseñanza a distancia, la enseñanza no reglada, las actividades extraescolares, las «tareas para casa»...). Y, en cualquier caso, la *mens legislatoris* es sólo uno de los elementos que deben emplearse para interpretar la *ratio legis*, F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, IEP, Madrid, 1955, 3^a ed., I, pp. 522 y 527.

¹⁵² La Directiva, al contrario, prevé en su Considerando 42 que la excepción de ilustración docente sea aplicable a la educación a distancia.

¹⁵³ Cfr. G. WESTKAMP, *The implementation...*, cit., pp. 32-35.

¹⁵⁴ J. A. MORENO MARTÍNEZ, «Límite...», cit., pp. 429-430. En el mismo sentido S. LÓPEZ MAZA, «Comentario al art. 10», cit., p. 882, S. MARTÍN SALAMANCA, «Ad art. 32», cit., p. 263 y N. SANJUÁN RODRÍGUEZ, «La nueva redacción...», cit., p. 95.

Por el momento sólo hay dos sentencias sobre campus virtual dictadas en España. La primera es la ya citada del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 2.5.2013, que condenó a la Universidad Autónoma de Barcelona por tener alojado en su campus virtual material protegido sin amparo en una licencia correspondiente¹⁵⁵. La sentencia 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 artículo 32 de la LPI porque (...) no se alegó por la demandada al contestar como motivo de oposición». Esto resulta sorprendente, pues ese argumento era precisamente el mejor que podía haber aducido la universidad demandada. No hay duda de que en el caso los materiales colgados cumplían la función de uso docente y carecían de uso comercial. Un dato en contra de la universidad demandada era que entre el material colgado hubiera al menos un libro íntegro, cuya comunicación a los alumnos podía afectar a su explotación normal por el titular. En cualquier caso, la sentencia excluye expresamente pronunciarse sobre la excepción de ilustración docente. La SJdM nº 8 Barcelona 2.9.2013, en demanda de CEDRO por el campus virtual de la Universidad de Barcelona, razona y falla de modo muy similar a la anterior.

Por tanto, creo que las condenas por campos virtuales realizadas en estas dos sentencias sólo se explican por un insuficiente análisis de la aplicabilidad de la excepción de uso docente al campus virtual. La incorporación a un campus virtual de fragmentos de obras protegidas está amparada por la excepción de uso docente cuando cumpla los requisitos mencionados, y si no incluye libros íntegros esto ocurrirá habitualmente.

En cuanto al empleo de bases de datos para uso docente, goza de regulación específica en los arts. 34.2.b) y 135.1.b) TRLPI¹⁵⁶, que también exigen los mismos tres requisitos básicos. En estos casos lo normal es que el uso sea una comunicación pública (más que distribución). Para que el profesor pueda hacer uso de la excepción la ley exige también que su acceso a la base de datos (o la parte a la que tenga ese acceso, si no es a la base entera) haya sido legítimo¹⁵⁷.

El Anteproyecto de reforma del TRLPI puede poner fin a este debate. El artículo que regula la excepción de uso docente con carácter más general lo hace «tan-

¹⁵⁵ Comentarios en 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*, Nº 8124, 11.7.2013, LA LEY 4385/2013, y FAJARDO FERNÁNDEZ, «Campus virtual y propiedad intelectual. Comentario JdM nº 2 Barcelona 2.5.2013», *Diario La Ley*, 7.10.2013.

¹⁵⁶ Incorporados por Ley 5/1998 de 6 de marzo, que transpuso el art. 6.2.b de la Directiva 96/9/CE sobre protección jurídica de las bases de datos (DPJBD).

¹⁵⁷ Para este punto, vid. G. MINERO ALEJANDRE, «Reflexiones acerca de la protección jurídica de las páginas web y la potencial capacidad del derecho de autor y del derecho sui generis sobre bases de datos para adaptarse a las peculiaridades técnicas de las primeras», *Pe. i.*, 39, 2011, pp. 37-114, especialmente pp. 79-80.

to en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia» [art. 32.2.a) AP-2013]. Más adelante dedica un apartado específico a las aulas virtuales cuando el art. 32.4.d).2º AP-2013 permite actos de reproducción, distribución y comunicación pública de manuales universitarios y revistas científicas cuando, entre otras cosas,

...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.

Esta propuesta es satisfactoria porque se dirige directamente al elemento relevante para evaluar si la conducta debe resultar admisible o no: el contexto docente, es decir, que los materiales lleguen sólo a los alumnos del profesor que los comunica. Ahora bien, el Anteproyecto prevé que la excepción de uso docente genere derecho a una remuneración compensatoria que no existe en el texto actualmente vigente, cuestión que trataremos más adelante.

10. DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

El límite de uso docente está regulado en sede de derechos de autor (libro I del TRLPI), pero debe aplicarse también a los demás derechos conexos: de los artistas intérpretes, productores de fonogramas, productores audiovisuales, entidades de radiodifusión, meras fotografías, derechos específicos de los editores, derechos *sui generis* de bases de datos, etc. Es mandato directo de la ley, según la cual «las disposiciones contenidas en (...) el capítulo II del título III (...) se aplicarán, con carácter subsidiario y en lo pertinente, a los otros derechos de propiedad intelectual regulados en este libro» (art. 132 TRLPI). Tiene toda la lógica, porque los argumentos que han llevado al legislador a limitar el derecho del autor son los mismos que deben llevar a limitar en la misma medida derechos que puedan tener otros titulares, y es coherente con lo establecido en el art. 15.d) de la Convención de Roma para la protección de los artistas intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (*Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations*) (1961), que también reconoce el límite de uso docente.

En un caso que no guardaba relación con el límite de uso docente, la SAP Madrid 18.2.2011¹⁵⁸ condenó a un bar a pagar la remuneración equitativa irre-

¹⁵⁸ AC 2011/932.

nunciable debida a intérpretes (art. 108.3 TRLPI) y productores de fonogramas (art. 116.2 TRLPI). Ante la alegación de la entidad demandada diciendo que la música programada estaba sometida a licencias abiertas, la AP respondió que «las licencias CC no se refieren a artistas, intérpretes o ejecutantes ni a productores de fonogramas, cuyo derecho a la remuneración que les corresponde por la utilización de los fonogramas para cualquier acto de comunicación pública es el que resulta objeto de las presentes actuaciones, no el derecho de los autores». Me parece un razonamiento discutible. Puede discutirse si la licencia afecta sólo al derecho de autor o no, pero es indudable que si el límite del uso docente es aplicable para el primero, también lo es para los derechos conexos.

11. OBRAS CUYO TITULAR ES EL PROFESOR O EDITADAS POR SU UNIVERSIDAD

El uso que puede hacer en clase un profesor de una obra de su autoría dependerá de la situación en la que se encuentren los derechos sobre ella.

El profesor-autor no tiene ninguna restricción para usar la obra cuyos derechos no ha cedido. Puede hacer con ella lo que quiera aun sin cumplir ninguno de los tres requisitos sin tener que dar cuenta a nadie por ello.

Sin embargo, al publicar un libro o presentar un artículo a una revista, el profesor-autor cede sus derechos de explotación al editor (art. 58 TRLPI). En este caso, el profesor puede entregar los materiales a sus alumnos por lo menos en las mismas condiciones en que puede entregar los que no son suyos. Lo normal es que el contrato de edición reconozca al autor el uso de la excepción legal¹⁵⁹. Si no lo hace, en principio la excepción debe aplicarse de todos modos, dado su carácter imperativo, por lo que una cláusula contractual que impida o restrinja indebidamente el uso docente de la obra editada será nula por contraria a una norma imperativa o al menos deberá ser interpretada conforme a la ley¹⁶⁰. Pero esto es sólo en principio. Cabe imaginar un contrato de edición en el que el profesor-autor renuncie expresamente (no mediante condiciones generales) a la posibilidad de usar su obra en el contexto docente y sea retribuido por ello, y ese contrato probablemente debería ser admitido¹⁶¹.

¹⁵⁹ Algunas editoriales importantes no sólo reconocen a sus autores el derecho al uso docente, sino que lo hacen en términos bastante más generosos que el que se deriva del tenor literal de nuestra ley. P. e., las revistas de Elsevier, uno de los gigantes de la edición de revistas científicas, sobre todo en el ámbito científico-experimental, reconocen expresamente a sus autores el derecho al uso docente de los artículos publicados en sus revistas y lo describen de forma bastante generosa, <http://www.elsevier.com/journal-authors/author-rights-and-responsibilities> [consultado el 4.9.2013].

¹⁶⁰ Digo «en principio» porque podría.

¹⁶¹ La tendencia es pensar que los límites son normas supletorias que pueden ser desplazadas por la voluntad de las partes, cf. R. XALABARDER, *Study...*, cit., p. 129.

Cuando ha cedido sus derechos, el profesor-autor sólo puede usar el material en la medida en que su uso no afecte a la explotación normal de la obra por el editor. Esto tiene distintas concreciones dependiendo de cuál sea esa explotación normal. En el caso de los libros de texto y manuales universitarios las posibilidades del profesor están especialmente limitadas, porque sus alumnos son precisamente los destinatarios del libro editado, y si él les entregara la versión en pdf eso sería un acto desleal con la editorial y probablemente un incumplimiento contractual (art. 48.II TRLPI). Respecto a los artículos publicados en revistas científicas especializadas, puede proporcionarlos «siempre que ese uso no perjudique la explotación normal en que se haya insertado» (art. 52.I TRLPI), que será casi siempre, porque los alumnos no son los destinatarios de las revistas científicas. Cuando el autor haya ofrecido su obra bajo una licencia abierta o la haya depositado válidamente en un repositorio institucional, podrá usarla con sus alumnos bajo la cobertura de la licencia que sea.

Puede ocurrir que el profesor sea demandado por el uso de sus propias obras, pues CEDRO conserva la legitimación activa legal que le permite demandar por la infracción de derechos de autor sin necesidad de justificar que representa a los autores concretos cuyos derechos han sido defraudados (art. 150.I TRLPI) (aunque esto cambia en el texto del Anteproyecto en curso). Al profesor le bastará con oponer que él mismo es el autor de *todos* los materiales empleados (art. 150.II TRLPI). Algo parecido ocurrió cuando la SGAE reclamó derechos de autor generados por un concierto en el que el intérprete era un cantautor, del que se puede presumir que sólo canta canciones de su autoría, aunque también cabe probar lo contrario (SAP Toledo 5.6.2013¹⁶²). Esto es así con independencia de que los materiales elaborados y entregados por el profesor sean más o menos originales. Si no son originales, el profesor no podrá impedir que otros los exploten (como ocurrió en la SAP Granada 14.5.2001¹⁶³, que desestimó la demanda del profesor contra el alumno que reelaboraba y explotaba sus apuntes de clase), pero sí estará protegido frente a la demanda de infracción de propiedad intelectual que pueda interponer una entidad de gestión colectiva.

Es frecuente que los profesores hagan circular entre sus alumnos artículos o capítulos de libros en fase de elaboración (borrador, *draft*, *working papers*) «para ver cómo funcionan» (cfr. SAP Sevilla 30.10.2003¹⁶⁴). Por definición, estos materiales son provisionales, se encuentran en proceso de revisión y están destinados a convertirse en algo más ambicioso y riguroso. Consentir su divulgación en este estado intermedio es una prerrogativa personalísima de su autor (art. 14.1 TRLPI). Lo normal es que la editorial cesionaria no tenga inconveniente en admitir como inédito el texto a pesar de que haya circulado

¹⁶² JUR 2013/219039.

¹⁶³ JUR 2001/225077.

¹⁶⁴ AC 2003/1828.

libre y limitadamente una versión provisional, que en el fondo es irrelevante para la explotación normal de la definitiva.

También puede ser relevante el hecho de que la misma universidad en la que tiene lugar el uso docente sea la editora y titular de los derechos sobre la obra entregada, cosa relativamente frecuente¹⁶⁵. En estos casos, y salvo que conste lo contrario, debe considerarse que el profesor puede usar en el contexto docente los materiales editados por su misma universidad. En la SJdM n° 2 Barcelona 2.5.2013¹⁶⁶ la universidad demandada por los materiales colgados en su aula virtual alegó que ella misma era la editora de algunos de ellos. Es una lástima que ni siquiera intentara probarlo. Desde luego, si hubiera sido la titular de todos los materiales cuya presencia en la intranet se probó en el proceso, este dato habría bastado para que la demanda fuera desestimada.

Cosa distinta es el derecho que pueda tener el centro docente en el que trabaja el profesor sobre el fruto de la investigación o publicaciones del profesor; derecho que dependerá de su contrato y del tipo de universidad de que se trate. En el caso de que los derechos de explotación correspondan a la universidad¹⁶⁷, el profesor puede seguir usando los materiales de su autoría. Debemos suponer que no hay ningún conflicto entre el interés pecuniario de la universidad en lucrarse con el producto de la propiedad intelectual de su profesor y el interés moral de la misma universidad en que el mismo profesor utilice los materiales fruto de su ingenio para proporcionar una mejor docencia a los alumnos de ambos.

12. COMPILACIONES

La redacción actualmente vigente del art. 32.2 TRLPI excluye expresamente de la excepción de uso docente la «compilación», es decir, el conjunto de materiales seleccionados, ordenados, reproducidos y aconsejados por un profesor

¹⁶⁵ Las editoriales universitarias españolas, aunque tienen poco peso en el conjunto del mercado editorial español (y mucho menos en la facturación total), editan al año 4.400 títulos y disponen de un catálogo de 43.000 títulos vivos (de los que 8.000 son manuales o apuntes y 26.000 monografías), es decir, el 26% del total de títulos vivos en la categoría de los «libros de interés universitario», *Las editoriales universitarias*, cit., p. 36.

¹⁶⁶ JUR 2013/148503.

¹⁶⁷ P. e., para las universidades públicas el art. 80.5 de la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades, en la redacción proporcionada por la DF 3° de la Ley 14/2011 de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, dice que «formarán parte del patrimonio de la Universidad los derechos de propiedad industrial y propiedad intelectual de los que ésta sea titular como consecuencia del desempeño por el personal de la Universidad de las funciones que les son propias». Sobre este tema, vid. R. CASAS VALLÉS, «Propiedad intelectual y contenidos generados en las universidades: viejos problemas ¿nuevas soluciones?», *Diario la Ley*, 5.11.2012; M. A. DAVARA F. DE MARCOS, «Los derechos de autor de los materiales docentes», *Diario la Ley*, 5.11.2012; ARIAS POU, «Gestión de la Propiedad Intelectual en la Universidad», *Diario la Ley*, 10.12.2012.

a sus alumnos para su lectura o estudio (también llamados *dossier, readings, o course-pack*).

Como prohibición absoluta e incondicionada, es excesiva. No tiene sentido prohibir que se entreguen de forma conjunta y grapada o anillada unos textos que sería lícito entregar por separado y sin grapar ni anillar. Como ha subrayado la doctrina, para desactivar la amenaza que supone la compilación basta con exigir que se cumpla la regla de los tres pasos (o los tres requisitos, añadimos nosotros), pues la compilación, precisamente por estar fragmentada, no afecta a la explotación normal de la obra utilizada¹⁶⁸.

No hay duda de que el interés protegido por la norma es proteger la explotación normal de las *obras compiladas*. No puede usarse una obra bajo el amparo de la excepción docente para competir con esa misma obra o con otra de ese mismo género. Precisamente, el origen histórico de la norma en la Convención de Berna era proteger los subgéneros de la antología y el manual¹⁶⁹.

Lo que se excluye con esa prohibición es sobre todo la «compilación-supermanual», es decir, la compilación realizada con fragmentos de distintos manuales ajenos que por su contenido, estructura y función es a su vez un manual, y por tanto compite directamente con los manuales reproducidos y afectará siempre a su explotación normal¹⁷⁰. Por eso, cuando RICKETSON y GINSBURG deducen de la Convención de Berna la prohibición de las compilaciones, lo hacen fundamentándolo en (y dando por supuesto) que la compilación compite con un mercado desarrollado ya existente de antologías o manuales¹⁷¹. Pero allí donde ese mercado no exista o la compilación no afecte a ninguna explotación normal, tampoco hay prohibición¹⁷².

¹⁶⁸ J. A. MORENO MARTÍNEZ, «Límite...», cit., pp. 425-426.

¹⁶⁹ La antología o crestomaquía es una obra que recopila fragmentos de textos (p. e., textos clásicos griegos o latinos) o ilustraciones (p. e., grabados o fotografías de obras maestras de historia del arte), especialmente con fines docentes. El art. 10.2 original de la Convención de Berna decía: «Respecto a la libertad de extraer partes de obras artísticas literarias o artísticas para uso en publicaciones destinadas a propósitos educativos o científicos, o para crestomaquías...», S. RICKETSON, J. GINSBURG, *International Copyright...*, cit., I, 13.44, p. 789 y 13.45 pp. 791-792.

¹⁷⁰ En el mismo sentido, S. MARTÍN SALAMANCA, «Comentario al art. 32...», cit., p. 262.

¹⁷¹ «Respecto a las crestomaquías y antologías, aunque siempre es posible que alguna pudiera encajar en el ámbito del art. 10.2, es más previsible que no lo sean, y sería una distorsión del lenguaje describir como ‘uso para la ilustración... de enseñanza’ una antología de poesía (que incluya el texto completo de los poemas) o un ‘course-pack’ que consista en capítulos tomados de varios libros sobre la materia abordada en la asignatura. En muchos países esos usos son objeto de una explotación perfectamente desarrollada y sometida a licencias de uso de las referidas en el art. 9.2 [de la Convención] voluntarias o incluso obligatorias», S. RICKETSON, J. GINSBURG, *International Copyright...*, cit., I, 13.45, p. 794.

¹⁷² En este punto las *Guidelines* estadounidenses adoptan una lectura más restrictiva de la que sugiero al impedir las compilaciones que sustituyan la compra de *cualquier* libro: «Las copias no se usarán para crear, reemplazar o sustituir antologías, compilaciones u obras colectivas. Se considerará que existe reemplazo o sustitución cuando copias o extractos procedentes de varias obras se

La doctrina ha sugerido que en lugar de la prohibición taxativa de la ley habría sido mejor aplicar a las compilaciones una regla similar a la prevista para las recopilaciones periódicas de revistas de prensa (*press-clipping*), que tienen la consideración de citas, pero cuando «consisten básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente, tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite» (art. 32.1.II TRLPI)¹⁷³. Desde luego, parece una solución mejor que la mera prohibición (dejando aparte que la excepción de uso docente requiere un uso no comercial, cosa que no ocurre en el *press clipping*).

Merece la pena citar tres sentencias de audiencias recaídas sobre compilaciones elaboradas por profesores universitarios y distribuidas entre sus alumnos a través de la reprografía universitaria. Una de ellas consideró que el acto de distribución era ilícito (SAP Madrid 22.3.2010¹⁷⁴) y las otras dos que no lo era (SSAP Sevilla 30.10.2003¹⁷⁵ y Santa Cruz de Tenerife 14.4.2010¹⁷⁶ (casada luego por otros motivos). La sentencia de Madrid declaró ilícita una compilación elaborada a base de capítulos de manuales que cubría sistemáticamente la asignatura, es decir, una compilación-supermanual. Las compilaciones declaradas lícitas por las otras dos ni cubrían sistemáticamente el programa de la asignatura ni estaban elaboradas con fragmentos de manuales, sino que eran más bien lecturas complementarias obtenidas de monografías, revistas científicas y prensa generalista. Así visto, las tres sentencias no indican dos líneas jurisprudenciales enfrentadas, sino dos respuestas a dos hechos diferentes enfocados desde un punto de vista coincidente: entendiendo que la clave para entender la licitud o no de la compilación está en si por su contenido y estructura es en sí mismo un manual (que por tanto compite con los manuales y afecta a su explotación normal) o no.

El Anteproyecto de reforma del TRLPI establece que «no se entenderán comprendidas en los apartados 2 y 3 [es decir, no estarán comprendidas en la excepción de uso docente] (...) las compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras» (art. 32.5 AP-2013). Es decir, mantiene la exclusión en los mismos términos de la redacción hoy vigente. Por todo lo dicho, no creo que sea un acierto.

acumulan o se reproducen y usan separadamente... Las copias no: sustituirán la compra de libros, separatas o publicaciones periódicas», R. A. GORMAN, J. GINSBURG, *Copyright...*, cit., pp. 615-6.

¹⁷³ R. BERCOVITZ, R. SÁNCHEZ ARISTI, *La reforma...*, cit., p. 60; y J. A. MORENO MARTÍNEZ, «Límite», cit., pp. 425-426.

¹⁷⁴ JUR 2010/206688.

¹⁷⁵ AC 2003/1828.

¹⁷⁶ JUR 2011/11424.

13. OBRAS SOMETIDAS A UN RÉGIMEN DE PROPIEDAD INTELECTUAL ESPECIAL

La obra utilizada por el profesor en su docencia puede encontrarse sometida a un régimen de propiedad intelectual distinto por más flexible o relajado. Sin ánimo exhaustivo, esto ocurre con las obras de dominio público, huérfanas, agotadas o sometidas a licencia abierta.

1. *Obras de dominio público*

Si los materiales utilizados han pasado al dominio público, no hay derecho de explotación sobre ellos y pueden ser empleados más allá de las restricciones de las que venimos hablando (arts. 26 y 41 TRLPI). Pero no debe olvidarse que la extinción de los derechos de explotación del autor no impide que permanezcan otros derechos conexos.

Si nos referimos a libros, el responsable de elaborar una edición crítica es considerado un auténtico autor de su edición y goza de protección como tal, incluida la duración [arts. 9.2, 10.a) y 11.2 TRLPI]. El que divulga una obra de dominio público inédita tiene la exclusiva sobre sus derechos de explotación por 25 años desde la edición (arts. 129.1 y 130.1 TRLPI). Las ediciones de obras en dominio público ya divulgadas están protegidas durante 25 años «siempre que puedan ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales» (arts. 129.2 y 130.2 TRLPI) (es decir, la norma protege al editor frente al que fotocopia, escanea o cuelga en la red su edición, pero no frente a quien copia únicamente el contenido sin conservar las características editoriales).

La obra musical o cinematográfica cuyo derecho de explotación (del autor) ha pasado al dominio público puede seguir generando los derechos en favor de los intérpretes, productores de fonograma, productores de obra audiovisual o entidad de radiodifusión, que duran 50 años desde la edición de la grabación (arts. 112, 119, 125 y 127 TRLPI).

Todos estos derechos están sometidos a la excepción de uso docente (como a las demás excepciones) igual que el derecho de autor de las obras protegidas (art. 132 TRLPI).

2. *Obras huérfanas*

Las obras huérfanas gozan de regulación europea expresa desde la aprobación de la Directiva de obras huérfanas 2012/28/UE de 25 de octubre 2012 (en adelante, DOH)¹⁷⁷, cuya transposición al Derecho español aborda precisamente

¹⁷⁷ Sobre esto, vid. R. EVANGELIO LLORCA, «Un nuevo reto para la digitalización y puesta a disposición de obras intelectuales: el uso de obras huérfanas y descatalogadas», *Diario la Ley*, 5.7.2012.

desde su segunda versión el Anteproyecto mediante la incorporación de un nuevo artículo 37 bis a la ley. Las obras huérfanas son aquellas ninguno de cuyos titulares está identificado o, de estarlo, no están localizados a pesar de haber efectuado una búsqueda diligente (art. 2.1 DOH y 37 bis.1 AP-2013). Qué es una búsqueda diligente queda perfectamente delimitado en el art. 3 DOH (no tanto en el art. 37 bis.5.3 AP-2013¹⁷⁸). Una vez una obra se considera huérfana en un estado miembro de la UE, se considera huérfana también en todos los demás (art. 4 DOH). Esto autoriza a determinadas instituciones culturales a realizar diversos usos con la finalidad de preservarla y difundirla (arts. 1.1 y 6 DOH, art. 37 bis.4 AP-2013).

Como entre las entidades que pueden llevar a cabo esos actos están las educativas y entre los usos autorizados está el de facilitar el acceso a la obra con fines educativos, un profesor puede usar una obra huérfana con fines docentes al margen de que encaje perfectamente en los límites del art. 32.2 TRLPI.

3. Obras agotadas y descatalogadas

Sobre las obras agotadas (no hay ejemplar disponible ni está en proceso de haberlo) o descatalogadas (no hay ejemplares y sus derechos ya no pertenecen a la editorial que las editaron)¹⁷⁹ no hay una normativa específica¹⁸⁰. Lo que sigue es una propuesta basada en los principios que venimos defendiendo.

Debe permitirse el uso docente de estas obras. No porque no haya derechos de explotación sobre ellas, pues es evidente que sigue habiéndolos, sino porque ni hay modo de acceder a ellas a través del mercado ni existe propiamente una explotación normal. Mientras dure esta situación, el límite de uso docente se expande hasta permitir la distribución o comunicación por el docente de una obra agotada o descatalogada, incluso en su versión íntegra¹⁸¹.

¹⁷⁸ Esta remisión en blanco a disposiciones reglamentarias es una de las críticas que le merece al Consejo de Estado, *Dictamen 1064/2013*, cit., n. 5.3.

¹⁷⁹ «Relación de situaciones del libro» del Ministerio de Cultura, disponible en <http://www.mcu.es/> [consultado el 4.9.2013].

¹⁸⁰ Aparte de un *Memorandum de intenciones* del 20.9.2011 entre la industria editorial y las asociaciones de bibliotecas y archivos europeos, que no es vinculante y está pensando en la digitalización masiva de datos más que en el uso educativo, cfr. nota de prensa en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-619_en.htm?locale=en [consultado el 4.9.2013].

¹⁸¹ Podría pensarse que las obras agotadas o descatalogadas están más allá de la tarea docente del profesor porque la enseñanza reglada se centra en lo clásico, pero no hay que dar por supuesto que el mercado provee siempre de todo lo que el profesor necesita. Las editoriales tienden a privilegiar la novedad, el tiempo de permanencia de una obra en catálogos y mercado es bastante escaso, y el 70% de las obras contenidas en los catálogos de las editoriales europeas están agotadas (por no decir nada de las descatalogadas, que ni siquiera están en catálogo). Dada la rapidez con que se agotan y descatalogan las obras, es muy posible que buena parte de las obras utilizadas por los profesores para su docencia se encuentren en una de estas situaciones.

La reproducción, distribución o comunicación que pueda hacer el profesor de una obra agotada o descatalogada tiene un carácter subsidiario, por lo que debe requerir unos pasos previos no descritos por ninguna norma, pero fundamentales para garantizar que hay certeza sobre la situación del libro y se respetan los derechos de sus titulares.

En primer lugar, el profesor debe haber acudido a los canales de distribución normales del mercado. Una obra está en la situación de «sin existencias» cuando se pueden conseguir ejemplares en un plazo de 20 días, y «sin existencias indefinidamente» cuando no se consiguen en un periodo de dos meses¹⁸². Ninguna de esas dos situaciones es propiamente agotamiento. Pero pasado ese plazo sin que haya sido posible obtenerla, comienza la sospecha seria de que la obra puede estar agotada. El profesor debería acudir al editor en cuyo catálogo se encuentra pidiendo ejemplares y comunicando expresamente su intención de usar su obra en el contexto docente y sin finalidad comercial al amparo del art. 32.2 TRLPI. La respuesta puede ser que la obra está en situación de reimpresión, hay una edición nueva que sustituye la antigua, el libro no pertenece al fondo de la editorial, es desconocido, o está agotado. Si el libro está en proceso de reimpresión, renace automáticamente la expectativa de explotación normal, la excepción de uso docente se comprime hasta su contenido habitual y el pedido queda pendiente (si pasan 20 días sin que se haya tomado la decisión, el libro se considera agotado). En cualquiera de los otros casos, o si la editorial no responde, deberá considerarse que el libro está agotado y el profesor podrá usar la obra, incluso íntegramente.

La obra descatalogada es aquella de la que no hay ejemplares y cuyos derechos ya no pertenecen a ninguna editorial. Se entiende que una obra está descatalogada cuando no aparece en el último catálogo de la editorial o cuando ésta lo comunique por escrito a sus canales de distribución y venta y a la agencia española o autonómica del ISBN [art. 10.1.h) Ley del Libro 10/2007]. El editor tiene el deber de comunicárselo al autor y darle la opción de adquirir los ejemplares que tenga en sus almacenes antes de destruirlos [arts. 68.1.f) y 68.2 TRLPI], y la obra descatalogada deja de estar sometida al régimen del precio fijo [art. 10.1.h) Ley del Libro]. El profesor que quiere hacer un uso docente de la obra descatalogada tendrá que hacer el mismo trámite mencionado antes para asegurarse de que está realmente descatalogada y el editor no tiene ejemplares en stock, y si a pesar de todo no la consigue, podrá usar la obra con fines docentes, incluso de forma íntegra.

Naturalmente, el docente que pretende usar la obra agotada o descatalogada deberá reconocer la autoría y respetar los demás derechos morales del autor. Esto lleva a descartar esta posibilidad cuando la descatalogación de la obra se debe a una decisión por cambio en las convicciones del autor (art. 14.6 TRLPI).

¹⁸² «Relación de situaciones del libro», cit., p. 1.

Y en su utilización de la obra agotada o descatalogada tendrá que cumplir los tres requisitos básicos, por lo que podrá poner a disposición de los alumnos fotocopias de la obra, pero no cobrarla a precio de libro, ni hacer una edición privada. Esto garantiza que la excepción de uso docente no pueda ser utilizada para acelerar el paso de la obra a dominio público por la inacción del autor o su editor. Si esa reacción tiene que producirse, tendrá que proceder de las autoridades culturales competentes (arts. 15 y 16 TRLPI), no de un profesor amparado en su uso docente.

4. Obras sometidas a licencia abierta

Entendida en sentido muy amplio, una licencia abierta es una cesión de uso no exclusivo gratuita otorgada por el autor de la obra de modo automático al usuario general que se somete a ella, cuyo contenido permite usarla dentro de unos límites y condiciones estandarizados. Algunas de las licencias abiertas más frecuentes en el ámbito de la creación artística y científica son las promovidas por Creative Commons, General Public License (licencia copyleft) y Open Data Commons (licencias Open Bibliographic Data y Open Database). Las obras depositadas válidamente en un repositorio electrónico de libre acceso en Internet (Open Access) también están sometidas a algún tipo de licencia abierta; de hecho, esa es precisamente su función. Me centraré únicamente en las licencias Creative Commons¹⁸³.

El hecho de que la obra empleada por el profesor para su docencia se encuentre sometida a una licencia abierta repercute en la excepción de uso docente de varios modos.

El acceso abierto permite usar la obra de un modo muy amplio sin necesidad de autorización del autor ni de CEDRO. Aunque es verdad que las licencias son variadas y hay que analizar cuál es la utilizada en cada caso cuál (SAP Madrid 18.2.2011¹⁸⁴), cualquiera de ellas es suficiente para permitir al profesor usar la obra en su tarea docente cumpliendo los tres requisitos, pues no tendría sentido que bajo una licencia abierta se permitiera un uso menor que bajo la protección legal normal. Aparte de eso, las licencias que no incorporan la cláusula NC (*Non-commercial*) permiten el uso aunque se realice con finalidad comercial

¹⁸³ Estandarizadas bajo los nombres de CC-BY, CC-BY-SA, CC-BY-ND, CC-BY-NC, CC-BY-NC-SA y CC-BY-NC-ND. Vid. <http://creativecommons.org/>. Un análisis favorable al fenómeno CC en R. XALABARDER PLANTADA, «Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al *copyright*?», *uocpapers*, 2, 2006, <http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/esp/xalabarder.pdf> [consultado el 4.9.2013] y otro bastante más crítico en R. SÁNCHEZ ARISTI, «Las licencias creative commons: un análisis crítico desde el Derecho español», *Revista Jurídica del Deporte*, 19, 2007, pp. 1-43. Vid. también M. A. DAVARA F. DE MARCOS, «Los derechos de autor», cit., p. 4.

¹⁸⁴ AC 2011/932.

(lo que no es el caso en el uso docente), y las que no contienen la cláusula ND (*No Derivative*) permiten al profesor un uso derivado de la obra utilizada.

Quien está legitimado para someter su obra a una licencia abierta es el autor mismo que conserva los derechos sobre la obra, pero a veces también es una obligación impuesta por la ley cuando su trabajo ha sido financiado con fondos públicos. En las obras literarias y científicas no hay más derechos implicados. En las grabaciones musicales y en las grabaciones audiovisuales se plantea el problema de cómo afecta la licencia otorgada por el autor a la remuneración equitativa reconocida legalmente a intérpretes, productores de fonogramas y productores de grabaciones audiovisuales (arts. 108.3, 116.2 y 122.2 TRLPI). La SAP Madrid 18.2.2011¹⁸⁵ consideró que aunque el autor haya otorgado una licencia abierta, no por ello desaparece la obligación de pagar las otras remuneraciones legales (e irrenunciables). En cualquier caso, si la comunicación pública de una obra musical o audiovisual que hace el profesor está amparada por el límite de uso docente respecto al derecho de autor, no hay duda de que también debe estarlo respecto a los otros derechos conexos (art. 132 TRLPI).

A quien corresponde demostrar que las obras utilizadas están sometidas a licencia abierta es al docente demandado que lo invoca, no al demandante (SAP Zaragoza 15.6.2006¹⁸⁶, SAP Madrid 18.2.2011¹⁸⁷, SJdM nº 2 Barcelona 2.5.2013¹⁸⁸ y SJdM nº 8 Barcelona 2.9.2013). Si el demandado prueba que sólo usa obras de acceso abierto, está aportando un argumento válido frente a la acusación de explotación ilícita, cuestionando la legitimación de CEDRO para demandarle y destruyendo la presunción del art. 150.II TRLPI (como ocurrió en el ámbito de la música en la SJPI nº 4 Salamanca 11.4.2007¹⁸⁹).

El uso de las obras deberá ajustarse al contenido autorizado por la licencia. Pero incluso aunque se exceda de ella, será lícito si cumple los requisitos para estar amparado por el límite de uso docente. La cuestión puede plantearse sobre todo con las licencias CC que incluyen la cláusula ND (*No Derivative*) (p. e., las licencias CC-BY-ND y CC-BY-NC-ND), que impiden al usuario cualquier acto de transformación de la obra utilizada. A pesar de ello, el profesor podrá hacer actos de transformación de obras sometidas a licencia ND siempre que cumpla los requisitos que le amparan a hacerlo bajo la excepción de uso docente.

Ni el tenor literal actualmente vigente del TRLPI ni el del Anteproyecto mencionan las licencias abiertas en el marco de la excepción de uso docente. Esto ha merecido

¹⁸⁵ AC 2011/932.

¹⁸⁶ JUR 2006/183294.

¹⁸⁷ AC 2011/932.

¹⁸⁸ JUR 2013/148503.

¹⁸⁹ Disponible en <http://deley.wordpress.com/2007/06/07/comunicacion-publica-en-un-bar-de-musica-cedida-gratuitamente-por-sus-autores-a-traves-de-licencias-%C2%ABcreative-commons%C2%BB/> [consultada el 8.1.2014].

un importante reproche por parte del Consejo de Estado, según el cual «debe pues necesariamente declararse que dicho artículo 32 no será aplicable a los supuestos en que bien la legislación, bien los titulares, hayan optado por ofrecer a toda la humanidad el acceso abierto de datos y documentos científicos supuestamente sometidos a derechos de propiedad intelectual»¹⁹⁰. Cabe confiar en que esta sugerencia se incorpore al texto antes de que sea presentado como Proyecto de ley.

14. ¿GRATUITO? LÍMITE, LICENCIAS Y REMUNERACIÓN

Procede ahora abordar tres cuestiones distintas pero íntimamente relacionadas: el papel de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual y sus licencias de uso no exclusivo, la extensión del límite de uso docente, y el carácter gratuito o remunerado del límite de uso docente.

En la sentencia del Tribunal Supremo federal de Estados Unidos *Williams & Wilkins v. U. S.* de 1975¹⁹¹, la primera que se cuestionó la legitimidad de las fotocopias de revistas científicas realizadas por bibliotecas y centros de investigación (no era un caso de uso docente), el tribunal, en una reñida votación que terminó 4-4, falló a favor de las bibliotecas demandadas y confirmó la instancia que desestimaba la demanda de indemnización por las fotocopias realizadas. El argumento del Tribunal Supremo era algo circular pero coherente: si hacer las fotocopias está amparado por el *fair use*, el que las hace no está obligado a pagar por ello, salvo que lo imponga la ley¹⁹². La diferencia con nuestro Derecho es que en aquel país y momento podía discutirse si las copias estaban amparadas o no bajo el flexible y ambiguo paraguas del *fair use*, pero en nuestro sistema continental de límites tasados no cabe ninguna duda de que sí lo están. En España, lo amparado bajo el límite de uso docente es legal y (hoy por hoy) gratis y no necesita autorización del titular del derecho o sus representantes (las entidades de gestión).

La relación entre el límite legal actualmente vigente y la licencia de uso no exclusivo es muy estrecha. El primero es legal y gratuito, y la segunda es voluntaria y onerosa. La «franja de uso» cubierta por el límite legal puede ser empleada sin necesidad de licencia. Visto así, puede pensarse que entre límite y licencias hay una relación de «suma cero»: cuanto mayor sea el contenido reconocido al límite, menor será la necesidad de contratar una licencia. Si el límite legal es muy estrecho, como tiende a interpretar la mayoría, la necesidad de contratar una licencia será mayor. Esto plantea algunos interrogantes en relación con la configuración actual de las licencias.

¹⁹⁰ *Dictamen 1064/2013*, cit., 5.2.

¹⁹¹ *Williams & Wilkins Co. v U. S.*, 420 U.S. 376 (1975).

¹⁹² Amplia explicación del caso en P. GOLDSTEIN, *Copyright's Highway*, Stanford University Press, 2003, pp. 63-103.

Las licencias son presentadas, ofrecidas y contratadas como necesarias para ejercer el uso legal del límite docente¹⁹³, aunque de hecho ofrecen contenidos fundamentalmente cubiertos por el límite legal¹⁹⁴. Pero ofrecer al usuario lo mismo que los profesores ya pueden hacer gratis significa vaciar de contenido la excepción o la licencia. Si un licenciataria contrata la licencia porque cree erróneamente que es necesaria, esto puede plantear problemas contractuales [cfr. arts. 1266 CC, 7.a) y 5.5 LCGC, 5.1 Ley de Competencia desleal en relación con el 3.e) Ley General de Publicidad, y en el infrecuente caso en que el licenciataria sea consumidor, art. 80.1.a) y c) TRLGCU]. Naturalmente, no estoy diciendo que las licencias sean innecesarias o superfluas, sino que tienen sentido sobre todo en la medida en que añaden algo a la excepción legal sin intentar suplantarla¹⁹⁵.

Consolidadas ya las licencias a universidades para fotocopias, CEDRO ofrece desde 2004 otras para aulas virtuales¹⁹⁶. Es cierto que el ámbito de la licencia

¹⁹³ CEDRO en su página web: «¿Quién necesita las licencias de CEDRO? Cualquier empresa, centro educativo, organismo público u otra institución que necesita utilizar y compartir la información contenida en libros, revistas y periódicos mediante copias digitales o en papel (...) ¿Por qué las universidades necesitan licencia de CEDRO? Profesores y estudiantes necesitan utilizar y compartir la información contenida en libros, revistas y periódicos mediante copias digitales o en papel para ampliar conocimientos y documentarse. Para ello, acceden a reproducciones de fragmentos de obras protegidas en sus campus virtuales o mediante lecturas académicas. Nuestras licencias permiten realizar tales actividades con el debido respeto a la normativa vigente, y remunerando a autores y editores por el uso de sus obras. Con la licencia de CEDRO se mejora la calidad de la enseñanza», <https://www.conlicencia.com/Conlicencia/Principal.html> [consultado el 4.9.2013]. También F. CARBAJO CASCÓN, que interpreta el límite de un modo tan restrictivo que no puede cubrir las necesidades mínimas de la docencia, «Licencias de explotación...», cit., p. 17.

¹⁹⁴ Hoy están plenamente consolidadas entre las universidades españolas unas licencias que autorizan a usar con fines docentes un capítulo o el 10% de libros, incluidos manuales, pero no más de siete veces por obra, sin que el material reproducido se pueda almacenar en un servidor ni se pueda poner a disposición de los alumnos en intranet. Para el curso 2010/2011 el canon era de 4,12 €/alumno matriculado/año (SJDm nº 2 Barcelona 2.5.2013 [JUR 2013/148503] y SJDm nº 8 Barcelona 2.9.2013). Es la concesionaria la encargada de gestionar el convenio y asumir su coste. Un ejemplo de una de estas cláusulas: «Teniendo en cuenta que dentro de los servicios a prestar por el concesionario se incluye la reproducción de publicaciones protegidas por los derechos de autor, el adjudicatario deberá obtener las autorizaciones necesarias para cumplir estrictamente con lo dispuesto en el RD Legislativo 1/1996 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y sus disposiciones de desarrollo» (SAP A Coruña 15.2.2008 [JUR 2008/145509]). Los contenidos de las licencias ofrecidas por CEDRO (pero no sus precios) están en su página web, <https://www.conlicencia.com/Conlicencia/Principal.html> [consultado el 6.8.2013]. Un análisis detallado de las licencias actualmente en F. CARBAJO CASCÓN, «Licencias de explotación...», cit., pp. 9-20. 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 R. CASAS VALLÉS, «Régimen jurídico de la fotocopia», *Aranzadi Civil*, 1993-1, pp. 1997-2015.

¹⁹⁵ Si el límite legal ya permite copiar un capítulo o el 10% de un libro, la licencia debería ofrecer cantidades mayores, cosa que no hace.

¹⁹⁶ CEDRO considera que las copias analógicas están perdiendo importancia, como afirmaba ya en 2008 la presidenta de CEDRO, Magdalena VINENT, en el Boletín informativo de CEDRO, nº 66, septiembre-diciembre 2008, p. 24, disponible en <http://www.cedro.org/recursos/textosdeinteres> [consultado el 6.8.2013]. Al parecer, aunque las universidades se han mostrado inicialmente remisas (así lo afirmaba la Resolución de la IFRRO, asociación de entidades de gestión europeas de la que forma parte CEDRO, de 25.10.2012, disponible en la página web de CEDRO, <http://www.cedro.org/recursos/textosdeinteres> [consultada el 4.9.2013]), a fecha de hoy ya han suscrito convenios para

debe ceñirse a lo expresamente indicado en ella (art. 43.2 y 4 TRLPI), pero lo discutible es que se sigan ofreciendo ambas licencias por separado. Al cobrar las dos licencias, se cobra la cesión de los mismos materiales por dos conceptos que desde el punto de vista del uso que le va a dar el destinatario (el alumno) cumplen la única función de permitirle el acceso a un mismo material docente, pues 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 conectado¹⁹⁷.

Relacionado con lo anterior está la relación entre las licencias otorgadas por las distintas entidades de gestión colectiva. Cada una de ellas puede autorizar sólo el uso de su repertorio, pero exigir al licenciatarario que contrate la licencia correspondiente a cada una de las entidades autorizadas puede resultar excesivo, especialmente para las entidades docentes, que tendrían necesidad de contratar con todas ellas¹⁹⁸.

Para evitar esto, el apartado 2 de la Disposición Adicional Primera del Anteproyecto impone una ventanilla única para el cobro de las licencias¹⁹⁹. Aunque, como dice el informe del CGPJ, no parece muy coherente imponer una ventanilla única a la vez que se fragmenta el «mercado» de la gestión colectiva permitiendo los gestores libres (art. 147 AP-2013)²⁰⁰, no cabe duda de que desde

campus virtual 29 universidades y 10 centros de postgrado (datos proporcionados por CEDRO y citados por la SJDm n° 8 Barcelona 2.9.2013).

¹⁹⁷ Por el momento, cuando se trata de estudiar, hasta los alumnos más adaptados al entorno digital todavía lo hacen sobre papel, vid. J. VARELA MALLOU (dir.), *El libro de texto...*, cit., p. 88. Si es verdad que las fotocopias están perdiendo importancia frente al campus virtual, tal vez la solución sea fundir ambas licencias en una. Hay algunos obstáculos objetivos, 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. Otra cosa podría acercarse a un enriquecimiento injusto.

¹⁹⁸ Así, está empezando a suceder que un demandado por una entidad de gestión es condenado a pesar de disponer de licencia de otra entidad. La SJDm n° 2 Barcelona 2.5.2013 (JUR 2013/148503) condenó a la UAB y la SJDm n° 8 Barcelona 2.9.2013 condenó a la UB, que disponían de sendas licencias para las fotocopias. La SAP Madrid 18.2.2011 (AC 2011/932) condenó a pagar a AGEDI y AIE a un bar que previamente había sido condenado a pagar a la SGAE. La SAP de La Rioja 2.5.2013 ha condenado a pagar a AGEDI-AIE a una academia de baile que ya pagaba su licencia a la SGAE. Sólo para cubrir la excepción de uso docente, un centro universitario necesitaría una licencia para las obras literarias y científicas (CEDRO), otra para las fotografías (VEGAP), otra para los autores de la música (SGAE), otra para los productores de la música grabada (AGEDI), otra para los intérpretes musicales (AIE), otra para los productores audiovisuales (EGEDA), otra por los guionistas y directores audiovisuales (DAMA) y otra para los intérpretes audiovisuales (AISGE). Ocho convenios distintos con sus correspondientes cánones (dieciséis si todos desarrollan licencias separadas para comunicación pública convencional y en intranet, como hace CEDRO).

¹⁹⁹ «Cuando una misma actividad económica requiera la explotación de obras y prestaciones protegidas que afecte [sic] a varias categorías de derechos de propiedad intelectual y el colectivo de usuarios que la ejerza sea representativo, las entidades de gestión que los administren deberán actuar conjuntamente o bajo una sola representación frente a dichos usuarios en todo lo relacionado con la negociación, facturación y pago, en los términos y supuestos que reglamentariamente se determine» (DA.1ª.2 AP-2013).

²⁰⁰ CGPJ, *Informe...*, cit., n. 62 y recomendación 3ª.

el punto de vista del usuario parece una buena idea²⁰¹. CEDRO ha criticado que «esto no se impone en el suministro de otro tipo de bienes o servicios»²⁰². Tal vez la diferencia está en que el servicio prestado por las entidades de gestión colectiva se ofrece y se contrata como una garantía de adecuación a la ley desde el punto de vista de la ley de propiedad intelectual (obligación de resultado), cosa que desde luego no ocurre con la mayoría de los demás servicios.

Otra cuestión es si debe mantenerse o no el carácter gratuito del límite de uso docente. En muchos países europeos condicional el ejercicio del límite es de pago²⁰³. El art. 5.2.2 del Proyecto ECC también lo considera de pago. Tal vez no quede otro remedio que introducir la remuneración equitativa²⁰⁴.

El Anteproyecto introduce como una de sus principales novedades el paso de un sistema con límite de uso docente estrecho y gratuito a otro con límite de uso docente amplio, pero incluye el pago de remuneración equitativa a través de entidades de gestión colectiva para los manuales universitarios y publicaciones asimiladas (salvo su uso en la investigación científica sin finalidad comercial) (arts. 32.2, 3 y 4 AP-2013).

Como bien ha dicho el CGPJ, «hay algo de contradictorio en que el legislador se proponga suprimir —o confirmar la supresión— de una compensación equitativa con mucha mayor solera, como es la del límite de copia privada, pasando a sufragarla con cargo directo a los PPGGE, y sin embargo introduzca una nueva remuneración equitativa a reclamar de las correspondientes entidades usuarias en el sector de la enseñanza universitaria»²⁰⁵. La remuneración se establece en favor de autores y editores²⁰⁶. En caso de que la remuneración sea aprobada, sería conveniente mayor claridad respecto al fundamento (y consiguiente base)

²⁰¹ Había afirmado ya la necesidad de una «ventanilla única» de las entidades de gestión F. CARBAJO CASCÓN, «Licencias...», cit., nota 13. Aplauda esta iniciativa la CEOE (CEOE, *Comentarios...*, cit., n. 4).

²⁰² J. DÍEZ DE OLARTE, «Los cuatro agujeros negros... (II)», cit., p. 2.

²⁰³ Entre otros, en Francia, Bélgica, Reino Unido, Alemania e Italia, aunque hay grandes diferencias en cómo lo regulan, cfr. R. XALABARDER, *Study...*, cit., p. 124, G. WESTKAMP, *Study...*, cit., pp. 34 y 49.

²⁰⁴ La propone también R. XALABARDER, *Study...*, cit., p. 236.

²⁰⁵ CGPJ, *Informe*, cit., n. 139. El Consejo de Estado emplea las mismas palabras, Dictamen 1064/2013, cit., 5.2.

²⁰⁶ Sólo desde la 3ª versión. Las versiones anteriores establecían la remuneración sólo a favor de los autores, decisión criticada por J. DÍEZ DE OLARTE («Los cuatro agujeros negros... (II)», cit., p. 3) y por el CGPJ (*Informe*, cit., n. 139 y recomendación 11ª). Con palabras del CGPJ, «el reconocimiento de un derecho de simple remuneración ceñido estrictamente a favor de los autores, tiene sentido cuando ese derecho se concede a modo de facultad residual que queda en poder del autor a pesar de haber cedido a su contraparte contractual -editor, productor- el derecho exclusivo correspondiente, pero el reconocimiento debe ser genérico, a favor de todos los titulares de derechos implicados, cuando la razón de ser de la remuneración sea la existencia de un límite legal que a todos ellos afecta por igual», *Informe*, cit., n. 139. El Consejo de Estado reproduce el mismo razonamiento (*Dictamen 1064/2013*, cit., 5.2).

de la remuneración²⁰⁷. El hecho de que la gestión de la remuneración se lleve a cabo a través de entidades de gestión colectiva ha merecido la crítica de la (todavía entonces) Comisión Nacional de Competencia²⁰⁸. En cuanto al derecho transitorio, mientras la ley no lo imponga, no hay obligación de pagar por el uso docente, y si la remuneración obligatoria se llega a aprobar será exigible únicamente para los actos posteriores a su entrada en vigor (cfr. STS 9.1.2013²⁰⁹).

15. LÍMITE DE USO DOCENTE, PIRATERÍA Y SECTOR EDITORIAL

Hasta hace muy poco, el uso docente de los materiales protegidos no era conflictivo. A pesar de la carencia de regulación, apenas había demandas ni jurisprudencia. La situación ha cambiado cuando han confluído la nueva tecnología que facilita la reproducción de textos (fotocopias, copias digitales y aulas virtuales) y la defensa organizada de los intereses de editores y autores (creación de CEDRO). La reacción jurídica de editores y autores (propuesta de licencias y demanda cuando son rechazadas) está movida por el temor a que las nuevas tecnologías conviertan la excepción docente en un caballo de Troya que permita la difusión masiva e indiscriminada de copias²¹⁰. CEDRO afirma que el ámbito educativo concentra el 50% de los libros protegidos²¹¹ y que la mayoría de las fotocopias ilegales que se hacen corresponden al ámbito educativo²¹².

Es verdad que la combinación de tecnología digital de las copias, uso de la red e internacionalización de la enseñanza convierten al uso docente en potencialmente peligroso para el mercado editorial²¹³. Pero no parece que la piratería amenace a la industria editorial con la fuerza con que amenaza otros sectores como el de la música o la distribución de películas. Tampoco que los problemas (reales) del mundo editorial deban achacarse a la excepción de uso docente²¹⁴.

²⁰⁷ Pero si se decide imponerla, su cuantía debería decidirse sobre la base del impacto real de la excepción de uso docente, sin asumir que todas las fotocopias que se realizan afectan al mercado, ni que todos los libros «de interés universitario» están destinados a ser adquiridos por alumnos, ni que los problemas estructurales del subsector del «libro de interés universitario» son imputables a la excepción de uso docente y deben ser por tanto aportados por el mundo de la educación, porque no es así.

²⁰⁸ La Comisión Nacional de Competencia mostró su oposición a este supuesto de gestión colectiva obligatoria por restrictiva de la competencia (como se opone a todas las demás), CNC, *Informe...*, cit., II.2.7.

²⁰⁹ JUR 2013/40192.

²¹⁰ Intervención de D^a Magdalena VINENT ante la comisión de cultura del Congreso el 17.10.2005. Referencias y texto en R. XALABARDER PLANTADA, «Los límites...», cit., p. 76, n. 220).

²¹¹ M. VINENT, Boletín CEDRO, n^o 66, septiembre-diciembre 2008, p. 24.

²¹² J. MOYANO, Boletín CEDRO, n^o 66, septiembre-diciembre 2008, p. 24.

²¹³ M.-C. JANSSENS, «The Issue of Exceptions...», cit., pp. 338-339.

²¹⁴ La facturación de manuales universitarios y de libros de interés universitario en general está en descenso, pero en proporción similar a la de todos los demás libros (dejando aparte el hundimiento de los diccionarios y enciclopedias y la estabilidad de los libros de texto no universitarios). Los informes sobre piratería excluyen expresamente de su estudio la de libros en general (el alarmante

No sería justo imputar todos los males del mercado editorial al estudiante que no adquiere los manuales que debería o hace las fotocopias que no debería, o al profesor que hace uso de materiales protegidos. El mundo editorial no debería tener miedo a una limitación de uso docente depurada. El uso de materiales protegidos no es un derecho del profesor, sino más bien su deber con el alumno y con la sociedad²¹⁵. Tampoco tiene sentido ver la educación como el enemigo de la edición. A fin de cuentas, los grupos que compran más libros siguen siendo precisamente los estudiantes y los lectores en edad universitaria²¹⁶, y los hábitos de lectura y compra de libros están en proporción directa al nivel de estudios²¹⁷. Si una de las razones que justifican la excepción de uso docente es que una ciudadanía bien educada es un presupuesto necesario para que el mercado editorial pueda no ya florecer, sino simplemente existir²¹⁸, tal vez los editores deberían dejar de considerarlo un comportamiento parasitario y empezar a verlo como una inversión de futuro.

IV. CONCLUSIÓN. EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL TRLPI

Según el punto de vista del que lo expone, el debate sobre la regulación de la propiedad intelectual se presenta como una tensión entre planteamientos ideológicos y vitales opuestos (el mundo de la libre información y lo compartido frente al mundo de la restricción a la libertad movida por intereses pecuniarios egoístas), como una batalla cultural (el mundo de la cultura contra el mundo del gran capital que intenta sojuzgarlo) o como una simple lucha entre sectores económicos enfrentados (industria de contenidos frente a industria tecnológica). No hay más que dos bandos irreductibles, uno bueno y otro malo. Los argumentos interesan en la medida en que son dardos útiles contra la posición contraria, pero al final la victoria se decantará según la fuerza de cada bando, no según la de los argumentos esgrimidos. Con este planteamiento, poco interés puede tener una propuesta doctrinal que pretende buscar para la excepción de uso docente una base sólida que le proporcione también unos límites racionales.

informe de la IIPA sobre la piratería en España en 2013 ni siquiera menciona la piratería de libros, *Special 301 Report on Copyright protection and Enforcement*, IIPA, 2013, pp. 234-248, en <http://www.iipa.com/rbc/2013/2013SPEC301SPAIN.PDF> [consultado el 4.9.2013]; lo mismo ocurre con el informe de Enders Analysis *Digital Europe: Diversity and opportunity, 2012*, disponible en http://www.letsgoconnected.eu/files/Lets_go_connected-Full_report.pdf, p. 22 [consultado el 4.9.2013] o la de libros de texto en particular (*Presentación del observatorio de la piratería y hábitos de consumo digitales 2012*, p. 7, aunque este estudio se centra en las descargas de Internet). Los libros son el producto que menos se descarga (*La sociedad de la información en España 2012*, Telefónica/Ariel, pp. 78-79, disponible en http://e-libros.fundacion.telefonica.com/sie10/aplicacion_sie.html [consultado el 4.9.2013]). Y prácticamente todas las reprografías universitarias disponen ya de convenio con CEDRO (Magdalena VINENT, en el Boletín informativo de CEDRO, nº 66, 2008, p. 24).

²¹⁵ XALABARDER PLANTADA, *Study...*, cit., p. 236.

²¹⁶ *Hábitos de lectura...*, cit., p. 83.

²¹⁷ *Hábitos de lectura...*, cit., pp. 22, 35, 48 y 83.

²¹⁸ P. SAMUELSON, «Unbundling...», cit., p. 2587.

Y, sin embargo, creo que la mejor defensa de la propiedad intelectual está en subrayar menos su carácter de trinchera de intereses y más su racionalidad y servicio al interés general. Una interpretación de la propiedad intelectual depurada puede tener futuro; una que se aferre a un texto literal poco razonable no tiene ninguno. Y esto no significa ir contra la regla de los tres pasos, sino más bien lo contrario: fundamentarse en ella. Aplicar esto al límite de uso docente es depurarlo hasta reducirlo a los tres requisitos básicos: contexto docente, uso no comercial y no afectar a la explotación normal. Nada más, pero tampoco nada menos. Esta propuesta no es en absoluto revolucionaria. Es la que se deduce de todos los textos internacionales que regulan la propiedad intelectual y la que recoge la propuesta del proyecto de ECC.

El análisis realizado en el apartado III sugiere que, incluso con el texto restrictivo de la ley actual, hay muchas vías por las que el uso docente debe considerarse lícito. Con la ley vigente a día de hoy, el único argumento incontestable para afirmar que un auténtico uso docente infringe la ley es que el profesor haya proporcionado al alumno el acceso al texto íntegro de un libro disponible en el mercado cuyo titular es otro. Fuera de este caso, puede haber otros muchos elementos relevantes que amplíen el margen del límite hasta matizar o anular la infracción de la propiedad intelectual: uso sin puesta a disposición del texto, entrega parcial de la obra, obras que no están en el mercado (por haber recaído en el dominio público, estar agotadas o sometidas a licencia abierta), obras de las que es titular el mismo profesor o su universidad, etc.²¹⁹

Naturalmente, el hecho de que incluso con el restrictivo texto legal hoy vigente sea posible defender una lectura amplia del límite, como vengo manteniendo, es mucho mejor reformarlo.

A la hora de cerrar estas líneas es inminente la presentación de un Proyecto de ley de modificación del TRLPI. Aun sin conocer la versión definitiva del Proyecto, podemos suponer que será la 3ª versión del Anteproyecto con las correcciones sugeridas por el Consejo de Estado, pues el Ministro ha afirmado públicamente que serán incorporadas al texto. El Anteproyecto ha recibido críticas procedentes de diversos sectores²²⁰. Recogiendo lo que ya hemos ido viendo respecto al límite de uso docente:

²¹⁹ Podemos tomar como botón de muestra la SJdM nº 2 Barcelona 2.5.2013 (JUR 2013/148503), sin duda un caso emblemático de condena a una universidad por incumplimiento del límite de uso docente en la era digital. La sentencia considera probada la comunicación pública en la intranet de una asignatura de 20 textos que enumera. Pero si analizamos cuáles eran, sólo son infracciones indudables un libro reproducido íntegramente y otro del que se reproducía una porción significativa (85 páginas). El resto eran capítulos de libros y artículos de revistas científicas, ninguno de ellos manuales. Si atendemos a las fechas de edición cabe presumir que muchos estaban agotados o descatalogados. Y algo parecido podemos decir de la SAP Zaragoza 2.12.1998 (AC 1998/2303), que fue el del caso emblemático de las fotocopias en la era analógica previa a los convenios CEDRO.

²²⁰ P. e., CEDRO le achaca que en conjunto provocará la desaparición de los derechos de autor en el ámbito educativo (J. DÍEZ DE OLARTE, «Los cuatro agujeros negros... (II)», cit., p. 3, y Pedro

Considero un acierto la introducción en el texto legal de conceptos como «actos que no supongan la puesta a disposición ni permitan el acceso a la obra» [arts. 32.3.d), cfr. art. 32.2.c) AP-2013] o «reproducción parcial» [art. 32.4.d).2 AP-2013]. Me parece un acierto que el Anteproyecto permita en todos los niveles y modalidades de enseñanza (incluida la enseñanza a distancia) el uso de cualquier tipo de obra sin necesidad de autorización y de modo gratuito, siempre que no suponga entrega del texto a los alumnos (p. e., lectura en voz alta, proyección en pantalla) y se cumplan los requisitos de la limitación de uso docente (art. 32.2 AP-2013). De este modo se confirma la legalidad de conductas generalizadas en el mundo educativo que no generan perjuicio ni conflicto con autores o editoriales, pero que con la ley todavía vigente carecen de cobertura legal expresa. Me parece un acierto que permita el uso parcial de materiales con puesta a disposición de la obra utilizada (p. e., mediante distribución de fotocopias o comunicación pública en formato digital), incluso de manuales universitarios (art. 32.4 AP-2013). También es un acierto incluir en el ámbito de protección por la excepción de uso docente el uso que hacen los investigadores científicos no docentes (intercambio de materiales en red en el marco de equipos de investigación, exposiciones en congresos científicos, etc.), aunque probablemente esto pueda hacerse sin un párrafo especial. Es acertada la inclusión de la ventanilla única para las licencias no exclusivas.

Por el contrario, me parece desafortunada la conservación de expresiones que aportan poco a la correcta aplicación del límite («pequeños fragmentos de obras», «obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo»). La distinción y regulación entre «libros de texto» y «manuales universitarios» queda desdibujada e incoherente respecto a versiones anteriores. Creo que es un error introducir la categoría de «publicaciones asimiladas a los manuales universitarios», cuya única finalidad es proporcionar los privilegios de los manuales universitarios al subsector de las revistas científicas (art. 32.6 AP-2013), cuando son dos tipos de productos y mercados totalmente distintos y en absolutos equiparables. También creo que es un error mantener la exclusión absoluta del límite de uso docente de las compilaciones (art. 32.5 AP-2013).

En conclusión, el texto tal y como está en su 3ª versión es excesivamente complicado y farragoso, pero si dejamos al margen los problemas de expresión, su contenido es muy interesante. Si se llega a aprobar una versión que mejore y simplifique la redacción, supondrá un avance respecto al actualmente vigente.

DE ANDRÉS, presidente de CEDRO, Comunicado del 25.3.2013). Me parece un pronóstico algo catastrofista.