



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 0 2 / 2 0 1 1

(Sección 1ª)

La Laguna, a 22 de septiembre de 2011.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la ***Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por J.C.D.M. y Y.P.C., M.M.M.G., por daños económicos ocasionados al vulnerar sus derechos de autor, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios (EXP. 437/2011 ID)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución, emitida por la Directora General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud (SCS), integrado en la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias (CAC), al serle presentada, por parte de los afectados, una reclamación por los daños, que se alegan se han producido por el plagio de su libro “Autoevaluación en Alergología e Inmunología Clínica”, realizado por los Tribunales calificadores de la especialidad de Alergología, en las pruebas selectivas para el acceso a la condición de personal estatutario fijo, exigiendo la correspondiente responsabilidad patrimonial del titular del servicio.

2. La solicitud del Dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC). Y está legitimada para remitirla la Consejera de Sanidad, quien en virtud del Decreto del Presidente del Gobierno de Canarias 82/2011, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC, fue sustituido temporalmente por la Consejera de Empleo, Industria y Comercio por Decreto 82/2011, del Presidente del Gobierno de Canarias.

* PONENTE: Sr. Bosch Benítez.

3. Los afectados manifiestan que son los autores de un Manual, con el título antes indicado, publicado en 2001, en dos tomos, obra que cuenta con todos los derechos de autor reservados.

Y que tuvieron conocimiento que el 24 de noviembre de 2010 el Servicio Canario de la Salud celebró pruebas selectivas para el acceso a la condición de personal estatutario fijo, convocadas por Resolución de 16 de marzo de 2010, consistentes en un Test de 160 preguntas de las cuales 34 fueron copiadas de su obra, transcritas de forma literal sin su autorización; lo que consideran una flagrante vulneración de sus derechos de autor, valorando el daño causado en 150.000 euros, cuya indemnización reclaman.

4. En el análisis de adecuación jurídica a efectuar son de aplicación tanto la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP), siendo una materia, cuya regulación no ha sido desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias, aun teniendo competencia estatutaria para ello.

Además, lo es específicamente la normativa reguladora del servicio concernido y la reguladora de la actuación administrativa considerada dañosa.

II

1. *El procedimiento* comenzó con la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial por la representante del afectado, efectuada el día 7 de febrero de 2011.

En lo que se refiere a su tramitación, la misma se ha desarrollado de acuerdo con la normativa aplicable al efecto, particularmente en su fase instructora, constando Informe del Servicio, apertura del periodo probatorio y el trámite de vista y audiencia.

Así mismo, previo requerimiento de este Organismo, se remitió, el 29 de julio de 2011, el Informe de la Asesoría Jurídica Departamental, que fue emitido fuera de plazo.

Finalmente, el 14 de junio de 2011, se emitió una Propuesta de Resolución definitiva.

2. Por otra parte, concurren los requisitos legalmente establecidos para poder hacer efectivo el derecho indemnizatorio, previsto en el art. 106.2 de la Constitución

(arts. 139.2 y 142.5 LRJAP-PAC), si bien no consta la documentación identificativa de los interesados.

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación, pues el órgano instructor considera que, con su actuación durante las pruebas selectivas, el Servicio actuante no ha plagiado la obra de los interesados, no vulnerándose sus derechos de autor y, por ende, no causándoles daño imputable a dicho Servicio determinante de responsabilidad patrimonial.

En efecto, la Administración sostiene, acogéndolo la Propuesta de Resolución, que no se produjo una copia sustancial de la obra de los interesados, puesto que sólo se copiaron 19 preguntas. Además, la materia objeto de las preguntas forma parte del acervo cultural generalizado y no cabe decir cabalmente que la obra tiene creatividad u originalidad, de modo que el contenido de dichas preguntas está constituido por datos que están al alcance del público general. Y, en fin, en ningún caso la operación realizada tuvo finalidad lucrativa o comercial.

2. Pues bien, sin duda alguna el hecho estimado lesivo está acreditado en las actuaciones, empezando por el Informe del Servicio, admitiéndolo en realidad la Administración. Así, la propia Propuesta de Resolución asume que 19 preguntas de la prueba selectiva, escogidas por especialistas del Servicio, fueron literalmente copiadas del Manual realizado por los interesados, mientras que otras 24 se obtuvieron a partir de las correspondientes de dicho Manual, mediante cierta manipulación pero con base sustancial en ellas, no dudándose de la certeza de estas operaciones, ni de la autoría de las preguntas utilizadas y del Manual donde se encuentran.

3. Reconocido el hecho y sus circunstancias o pormenores, en lo que aquí importa ha de tenerse en cuenta que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual establece que la Norma legal atribuye al autor de la obra no sólo el derecho de explotación de la misma, sino el de disposición sobre ella (art. 2), incluyendo la divulgación de la obra y, por ende, su accesibilidad y manejo público (art. 4). El derecho de explotación abarca también la transformación de la obra (art. 19), definiéndose como transformación la traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.

Por último, se reconoce al autor el derecho a decidir sobre la divulgación de la obra y, en su caso, la forma de hacerlo, así como a exigir su reconocimiento como tal y a la integridad de la obra, impidiendo su deformación o modificación (art. 14) y formando parte de la propiedad intelectual los compendios, resúmenes y extractos de la obra (art. 11.3º).

4. Por otro lado, según se mantiene jurisprudencialmente, incluida la jurisprudencia citada en el Informe de la Asesoría Jurídica Departamental y en la misma Propuesta de Resolución, el plagio se define como la copia de obras ajenas en lo sustancial, siendo una actividad mecanizada y muy poco intelectual, carente de toda originalidad y de concurrencia de talento o genio humano, independientemente de que se haya copiado la obra original en todo o parte.

IV

1. En orden a pretender negar la producción de plagio en la actuación de referencia, la Administración utiliza incorrectamente el calificativo “sustancial”, afirmando que la copia, cierta, no lo fue respecto al Manual copiado al transcribirse sólo 19 preguntas. Sin embargo, la copia sustancial se refiere a la parte plagiada de la obra, pudiendo ser total, pero también de elementos que la integran, reconociéndolo ciertamente el Informe del Servicio Jurídico mencionado. Es decir, puede calificarse de sustancial la copia total o parcial del contenido de la obra, especialmente cuando la transcripción es literal sin duda alguna.

En el caso que nos ocupa, la obra en cuestión es un elenco de cuestiones de alergología realizado con el fin de la preparación de exámenes en la materia, de cierta manera e intención, de modo que son tales preguntas y soluciones conforman su contenido esencial y sus destinatarios, es obvio, son los interesados en preparar esas pruebas, individual o colectivamente consideradas. Por tanto, la transcripción de cualquiera de estas preguntas y sus correspondientes respuestas es una copia sustancial de la obra.

2. Similar suerte ha de correr el alegato de que el contenido material del cuestionario es acervo cultural, careciendo de toda originalidad y creatividad. Así, si bien la materia sobre las que versan las cuestiones, la alergología, forma parte del acervo científico, la originalidad y esencialidad de la obra, dado su fin por demás, es la particular compilación, sistematización y conformación, como ocurre con obras de similar naturaleza y finalidad.

En este sentido, cabría, salvando las distancias evidentes derivadas de la diferente materia afectada, aplicarse el argumento recogido en la Sentencia, de 26 de noviembre de 2003, de la Sala de lo Civil, Sección única, del Tribunal Supremo, manteniendo que la exposición descriptiva contenida en las guías turísticas cuya paternidad pertenece al demandante reviste originalidad y creatividad literaria, sin importar si los datos históricos reflejados eran conocidos o novedosos, pues lo relevante es la forma original de la expresión o exposición escrita. Por eso, el uso de las guías, transcribiendo su contenido, es una copia literal de obra ajena, con aprovechamiento de la formación cultural y esfuerzo intelectual desplegado por el autor de la misma.

En este caso, la originalidad de la obra se halla en la singular exposición del cuestionario, eligiéndose específicamente un total de mil preguntas y preparándose, por los autores, no menos peculiarmente, cinco respuestas para cada una, produciéndose por el SCS, no destinatario del producto como tal, ni beneficiario del mismo en su divulgación o en su finalidad, un aprovechamiento del esfuerzo y formación científica de los autores, usando la obra en su propio interés y eludiendo el fin propio de la misma.

Es cierto que no se pretendió en la operación aprovechamiento económico, pero la propiedad intelectual no sólo tiene una vertiente económica, sino meramente intelectual, resumidos en los derechos, protegidos por la normativa aplicable, antes mencionados y vulnerados al copiar el cuestionario o manipularlo y utilizar la obra, sin reconocer su autoría, para un fin distinto al perseguido por sus autores con su conformación y divulgación.

3. En cuanto a la previsión contenida en el art. 31 bis de la Ley de Propiedad Intelectual, excluyéndose la necesidad de previa autorización de los autores para utilizar sus obras cuando sean necesarias para el desarrollo de un procedimiento administrativo, entre otras excepciones, ha de advertirse que éste no es el supuesto presente. Así, la norma se refiere al caso en el que tales obras se requieran para fundar y resolver un procedimiento administrativo en trámite, circunstancia ajena al supuesto en sí mismo considerado en puridad. Y, desde luego, es claro que la realización de las pruebas selectivas en cuestión demanda que las cuestiones y respuestas se elaboren por el Servicio y sus especialistas en alergología, sin necesidad de la obra de los autores, como en realidad se hizo en la mayoría del

cuestionario, estando cualificados suficientemente para ello, directamente o mediante técnicos del SCS.

V

El funcionamiento del servicio público ha sido deficiente, vulnerándose los derechos de los autores del manual copiado e incumpléndose el deber de elaborar las pruebas por los especialistas o técnicos del SCS, por sí mismos o con la ayuda, previa autorización al efecto, de dichos autores.

Por tanto, concurre relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño padecido por los interesados, no concurriendo concausa alguna en la producción del hecho lesivo imputable a éstos, por lo que es plena la responsabilidad de la Administración.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es contraria a Derecho, pues, por los motivos expresados, procede estimar la reclamación e indemnizar el daño sufrido en su justa medida, teniendo al respecto en cuenta los criterios indemnizatorios establecidos en el art. 140 de la Ley de Propiedad Intelectual, a abonar cuando los interesados presenten la documentación identificativa, sin perjuicio de su actualización en pertinente aplicación del art. 141.2 LRJAP-PAC.