

PROPIEDAD INTELECTUAL Y CIENCIA EN LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE Y EN LA LEY DE LA CIENCIA, LA TECNOLOGÍA Y LA INNOVACIÓN

Por Santiago CAVANILLAS MÚGICA
Catedrático de Derecho Civil
Universitat de les Illes Balears

Fecha de recepción: 30.06.2012
Fecha de aceptación: 20.07.2012

RESUMEN:

Dos recientes textos legales —LES y LCTI—, a los que puede sumarse el RD que regula el doctorado han introducido algunas novedades relativas a la propiedad intelectual, algunas aparentes, otras más relevantes. Es aparente la alusión del art. 14 LCTI al reconocimiento de autoría a quienes participen en la investigación, pues no se refiere a la autoría de obra intelectual regulada por la LPI. Relevante es la consolidación y subrayado de la transmisión automática de los derechos a la explotación de los resultados de la investigación a los centros de investigación, incluidas las universidades. Esta atribución automática debe delimitarse con los derechos morales del autor y con la libertad de cátedra. Además, en cuanto se refiere a la divulgación de los trabajos científicos, puede causar inconvenientes prácticos y obliga a que los centros definan con detalle cómo van a gestionar estos derechos de explotación de los resultados de la investigación, incluyendo la utilización del «acceso abierto», que, con naturaleza de Derecho dispositivo, regula el art. 37 LCTI. La obligatoria publicación de las tesis doctorales, por otro lado, puede entrar en conflicto con varios de los derechos de los autores.

PALABRAS CLAVE:

Propiedad intelectual, autoría, derechos morales del autor, libertad de cátedra, ciencia, investigación, universidad, derechos de explotación, tesis doctoral.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN II. DISPOSICIONES SOBRE ATRIBUCIÓN DE AUTORÍA. 1. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTERIOR A LAS NORMAS EN ESTUDIO 2. POSIBLES NOVEDADES EN LA LCTI. III. DISPOSICIONES SOBRE ATRIBUCIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN. 1. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTERIOR A LAS NORMAS EN ESTUDIO. 2. POSIBLES NOVEDADES EN LA LES Y LA LCTI.

1. Interpretación. 2. Límites. 3. Valoración. IV. PUBLICACIÓN EN «ACCESO ABIERTO» (OPEN ACCESS). 1. CONTEXTO. 2. EL ART. 37 LCTI. 3. LA PUBLICACIÓN DE TESIS DOCTORALES: EL ART. 14 RD 99/2011.

TITLE: Intellectual Property and Science in the Sustainable Economy Act and the Science, Technology and Innovation Act.

ABSTRACT: Two recent acts —the Sustainable Economy Act (LES) and the Science, Technology and Innovation Act (LCTI)—, but also the new regulations of doctoral studies, have introduced some novelties concerning IP whose relevance is analyzed in this paper. The allusion to authorship of anyone participating in a research is only an apparent novelty, as it does not deal with IP authorship. What is relevant, however, is the consolidation and emphasis in the automatic transmission of exploitation rights over the results of the investigation to the research centers, including universities. This automatic attribution of exploitation rights must be delimited with the author's moral rights and the academic freedom. Furthermore, as regards the dissemination of scientific work, it can cause significant practical problems and requires that universities define in detail how they will manage these rights, including the use of formulas of open access, that are regulated in art. 37 LCTI, even if through a non-mandatory rule. The mandatory publication of doctoral theses, on the other hand, seems to collide with several author's rights.

KEYWORDS: Intellectual Property, authorship, author's moral rights, academic freedom, science, research, exploitation rights, doctoral thesis.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. RULES ON AUTHORSHIP. 1. PREVIOUS STATUS QUO. 2. CHANGES IN LES AND LCTI? III. RULES ON ATRIBUITION OF EXPLOITATION RIGHTS. 1. PREVIOUS STATUS QUO. 2. CHANGES IN LES AND LCTI? 1. Interpretation. 2. Limits. 3. Evaluation. IV. OPEN ACCESS PUBLICATION. 1. THE CONTEXT. 2. ART. 37 LCTI. 3. THE PUBLICATION OF DOCTORAL THESES.

I. INTRODUCCIÓN

En el pasado año 2011 se han publicado varias normas relativas, en términos generales, a la ciencia, que contienen algunos preceptos que afectan, directa o indirectamente, a la propiedad intelectual.

La primera norma de interés es la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible [en adelante, LES], texto de amplísimo y ambicioso contenido, del que nos interesa, en este trabajo, el capítulo V del Título II («Competitividad»), dedicado a «Ciencia e Innovación».

Pocos meses después, la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación [en adelante, LCTI], deroga la anterior Ley 12/1996, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica y la sustituye por una regulación más ambiciosa, al menos sobre el papel. Se reconocen en el Preámbulo cinco premisas que sirven de justificación de la nueva ley: a) la necesidad de adaptar la actuación del Estado al desarrollo del modelo autonómico, en el que se han gestado los «sistemas autonómicos de ciencia y tecnología», a fin de establecer un «sistema de sistemas» que permita un mayor grado de colaboración; b) la apuesta de la UE por un «Espacio Europeo del Conocimiento»; c) el tamaño alcanzado por el sistema español de ciencia y tecnología, que obliga a introducir un modelo de gestión más eficiente y flexible; d) la necesidad de ofrecer a los investigadores una carrera predecible y un marco de movilidad; e) el agotamiento de los dos pilares del crecimiento de la economía española —el turismo y la construcción—.

Con un lenguaje en ocasiones demasiado retórico y una sistemática mejorable¹, los 47 artículos, 28 disposiciones adicionales, 6 transitorias, una derogatoria y 11 finales contienen, en síntesis muy selectiva: a) una reorganización del sistema estatal de ciencia e innovación; b) una definición de la carrera investigadora en el sector público; c) un conjunto de medidas destinadas a fomentar la investigación y la transferencia de sus resultados.

Aunque menor en rango y relevancia, merece mención, al menos, otra norma publicada el mismo año que guarda evidente sintonía con las dos leyes citadas: el Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado [en adelante, RD 99/2011]. Su artículo 14, como veremos, establece, como regla, la publicación de las tesis doctorales.

II. DISPOSICIONES SOBRE ATRIBUCIÓN DE AUTORÍA

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTERIOR A LAS NORMAS EN ESTUDIO

Ni la precursora de la LCTI —Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica— ni la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades [en adelante, LOU] establecen regla alguna acerca de la atribución de autoría de la obra intelectual

¹ En especial en cuanto a la coordinación entre la LES y la LCTI: REYNÉS/POU, «La incidencia de la Ley de Economía sostenible», p. 11.

resultante de la labor investigadora. Por ello, la cuestión queda regida por la LPI, que, en lo esencial:

- Vincula la autoría a la «creación» de una obra original (arts. 5.1 y 10). La originalidad, en los reducidos términos en que la exigen doctrina y jurisprudencia², casi puede darse por supuesta en una obra científica³. En cuanto a la creación, puede decirse que excluye, «por arriba», la mera aportación de ideas⁴, la iniciativa, coordinación o sugerencia de procedimientos⁵; «por abajo», la estricta ejecución material e impersonal de la obra bajo las instrucciones del autor⁶.
- Reserva la condición de autor a las personas físicas, con la criticada salvedad del art. 5.2 (art. 5).
- Establece una presunción de autoría a favor de quien aparezca como autor en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique (art. 6.1).

El concepto de «autor» que el Derecho emplea para atribuir la condición de titular originario de la propiedad intelectual de una obra no coincide, sin embargo, con el concepto «deontológico» de autor de una investigación. Los principales códigos de conducta, regulaciones institucionales o prácticas de las revistas científicas utilizan criterios para definir la autoría de una investigación que coinciden solo parcialmente con la autoría de la propiedad intelectual. Coincide, por ejemplo, la general consideración de que es autor quien colabora en la redacción material de la publicación. Sin embargo, a este criterio se

² Véase recientemente, a modo de ejemplo, SAP Islas Baleares de 30 de julio de 2010 (AC 2010/1442), que reconoce suficiente originalidad en un «Prontuario del Transporte por Carretera, Documentos de control administrativo, infracciones y sanciones, accesorios de los vehículos», en línea con la doctrina mantenida por el TS en la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8098), para una guía turística, o la STS de 30 de enero de 1996 (RJ 1996/540), para un folleto con las instrucciones de instalación de unas mamparas de baño; en la jurisprudencia europea, véase Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2009, C-5/08 (*Infopaq Internacional*), que admite que en un resumen automatizado de once palabras de un artículo de prensa puede afectar a la aportación intelectual del autor de dicho artículo.

³ Sobre la originalidad, formal y de fondo, de las obras científicas, véase SANCHEZ ARISTI, «Las ideas como objeto protegible», pp. 37 y 38.

⁴ «Constituye un principio indiscutible en la doctrina, y expresamente reconocido en normas internacionales, así como en las leyes de algunos países, que el derecho de autor no protege las ideas, ni la información, sino únicamente su expresión formal cuando la misma constituye una creación original» (R. BERCOVITZ, «La protección de la investigación», p.1); una aplicación concreta en el campo de la investigación, en la SAP de Barcelona de 29 de noviembre de 2011 (JUR 2012/133028), que no considera plagiaría una tesis doctoral que toma de otra «referencias e ideas».

⁵ «No crea el inspirador de la idea que el autor aprovechó para materializar en una obra. Tanto si se trata de una inspiración del tema (transmisión de información concreta), como si transmitió una información sobre una determinada técnica o modo de proceder [...] No es autor el comitente de una obra, ni aquel para quien presta el autor servicios remunerados, ni quien toma la 'iniciativa' o 'coordina', en el sentido del artículo 8» (CARRASCO, «Art. 5», p. 100).

⁶ Regla que permite negar la coautoría de unas cerámicas moldeadas y pintadas por el artista Miquel Barceló al ceramista que le prestó apoyo logístico y técnico: SAP Islas Baleares de 22 de enero de 2008 (AC 2008/826).

suman, cumulativa o alternativamente, otros que pertenecen más bien al apartado de las meras ideas: el diseño de la metodología, la conceptualización de las hipótesis de trabajo, la interpretación de los datos, la aprobación o revisión de la versión final, etc.⁷

En realidad, estos criterios autorales no obedecen tanto a la necesidad de atribuir la propiedad intelectual, en sentido estricto, de una obra, como al deber deontológico de reconocer el trabajo aportado por otros. De ahí que se admitan, según los casos, otras formas de reconocimiento distintas de la autoría formal, como es la mención de *contributors* (expresión exacta del trabajo realizado por cada participante, quien, según su implicación, constará entre los autores o en el apartado de «agradecimientos») o de *guarantors* (aquel autor o autores que se responsabiliza de la totalidad del trabajo), por ejemplo.

Las infracciones de este deber deontológico, según los casos, se ventilan en procedimientos administrativos o mecanismos alternativos de resolución de conflictos, que acaban, en ocasiones, con avisos o rectificaciones publicados en las

⁷ Recojo a continuación una muestra de estas directrices sobre «autoría científica» [se transcriben en su idioma original, salvo cuando se ha publicado una versión «oficial» en castellano]:

EASE: son autores «todas las personas que participaron considerablemente en la planificación del estudio, recolección de datos o interpretación de resultados y que escribieron o hicieron un análisis crítico del manuscrito al revisarlo y aprobaron la versión final». Además, propone que el editor de toda publicación académica exija que el autor suscriba los tres siguientes extremos: «All people listed as authors of this MS meet the authorship criteria, i.e. they contributed substantially to study planning, data collection or interpretation of results *and* wrote or critically revised the MS *and* approved its final version. All people listed as authors of this MS are aware of it and have agreed to be listed. No person who meets the authorship criteria has been omitted».

ORI: «Only individuals that make substantive intellectual contributions to the project should be listed as authors and the order of authorship should be based on the degree of importance of each author's contribution to the project. The latter may be difficult to establish in disciplines, such as particle physics, where a team of several dozen, perhaps even over one hundred contributors, may author a single paper. Authorship entails the ability to publicly take responsibility for the contents of the project (e.g., being sufficiently knowledgeable about the project to be able to present it in a formal forum). What determines whether a contribution is substantive or not is a matter of debate and, technically, it should not matter whether the aim of the collaboration is an internal technical report, a conference presentation, or an article targeted for refereed journal. Generally, examples of substantive contributions include, but are not limited to, aiding in the conceptualization of the hypotheses, designing the methodology of the investigation and significantly contributing to the writing the manuscript».

ICMJE: «Authorship credit should be based on 1) substantial contributions to conception and design, acquisition of data, or analysis and interpretation of data; 2) drafting the article or revising it critically for important intellectual content; and 3) final approval of the version to be published. Authors should meet conditions 1, 2, and 3.

When a large, multicenter group has conducted the work, the group should identify the individuals who accept direct responsibility for the manuscript (3). [...]

Acquisition of funding, collection of data, or general supervision of the research group alone does not constitute authorship.

All persons designated as authors should qualify for authorship, and all those who qualify should be listed.

Each author should have participated sufficiently in the work to take public responsibility for appropriate portions of the content».

propias revistas en que vio la luz el artículo incorrecto. Rara vez llegan a los tribunales, pese a que, para los científicos, este reconocimiento académico tiene más importancia que el de la propiedad intelectual⁸.

Sin embargo, contamos con una interesante sentencia en la que se presentan con toda nitidez los dos planos diferenciados en los que se sitúa el reconocimiento del trabajo ajeno, o, si se prefiere, los dos conceptos de autoría: el de la LPI y el deontológico.

Se trata de la SAP Barcelona de 23 de enero de 2004 (AC 2004/113), cuyo asunto resume muy bien la propia sentencia: «La actividad de investigación científica que en el campo de la Biología y con relación al DNA Antiguo desarrollaron conjuntamente los actores y el demandado, conformando un equipo de investigación en ejecución de un proyecto institucional de investigación, y la posterior publicación por el demandado, becario en dicho proyecto, de tres artículos en revistas científicas en las que, en nombre propio, formulaba resultados parciales de dicha investigación, prescindiendo de los demás miembros del equipo, motiva la demanda de los actores, enderezada, según se anunciaba en sus primeras líneas, a que se reconozca su participación y autoría en una investigación que ha dado lugar a tres publicaciones de prestigio científico, en las que figura únicamente como autor de la investigación el demandado, D. Carlos, apropiándose indebidamente de los resultados de una Investigación científica cuya publicación debía haber sido al menos compartida». Pues bien, la SAP presupone que los investigadores demandantes no pueden pretender ser coautores de los mencionados artículos porque «la propiedad intelectual no protege ideas o principios, teorías, procedimientos, sistemas o métodos que, de una u otra forma, pueden integrar el contenido intelectual de una obra protegida por el derecho de autor. Lo que el mismo protege no son esos contenidos expresados por el autor, sino la forma concreta por él elegida para expresarles». Ello le lleva a concluir que: «Es por ello que los sujetos que dedican su trabajo a la creación o descubrimiento de contenidos tales no pueden invocar la protección, que dispensa el derecho de autor respecto a la utilización que terceras personas realizan de los resultados de ese esfuerzo (como puede ser el investigador), salvo cuando la utilización de esos contenidos lo sea en la misma forma expresiva o en una derivada de la que aquéllos (los creadores) emplearon en su concreta formulación. Otra opción podría representar un freno para el desarrollo científico y cultural, y libertades como

⁸ Como explica AVILÉS («La investigación científica», p. 2), «en una publicación científica lo de menos es el redactado, eso carece de importancia. Y eso es lo único que protege la Ley de Propiedad Intelectual. Lo realmente importante para la comunidad científica son las novedades que se revelan en las publicaciones y quién o quiénes las descubrieron, y tal aspecto no está contemplado por dicha Ley». Advierte el mismo autor (p. 2) de que no debemos aplicar las pautas propias de las publicaciones jurídicas: «Son ordinariamente artículos muy cortos, si los comparamos con los artículos jurídicos, pero cuyo interés es revelar un planteamiento, un proceso y unos resultados, unos descubrimientos en suma. La forma de su exposición, carece de mínima importancia, siempre y cuando sea inteligible».

las de expresión, creación, investigación o enseñanza podrían verse amenazadas si se permitiese su monopolio por un sujeto (por más que la doctrina se haya esforzado en hallar algún mecanismo de protección a fin de impedir que los resultados de un esfuerzo intelectual, no susceptible de protección por el derecho de autor o por cualquier otro tipo de derecho de exclusiva, puedan ser aprovechados por terceros sin ninguna contraprestación).»

Sí considera la sentencia, en cambio, que puede estimarse «una acción mero-declarativa a fin de que sea reconocido y declarado, mediando un interés legítimo protegible, que ciertos contenidos intelectuales (la idea en el sentido amplio) proceden del común esfuerzo de varias personas que, por su aportación eficiente o decisiva para la creación de los mismos, han de ser tenidos como autores de ese contenido intelectual». Resulta un tanto contradictorio, sin embargo, que la SAP aluda a continuación a la «autoría de la investigación» y que en el propio fallo aluda a la mala fe del demandado «apareciendo como único investigador y omitiendo la participación y autoría en el trabajo de investigación de los demás actores» y, sobre todo, a que cedió «indebidamente los derechos de autoría y de reproducción» a las revistas en que se publicaron los artículos. Ciertamente deja un tanto difuso la sentencia —por lo demás, muy bien construida— el fundamento de ese derecho de «reconocimiento» o «agradecimiento» del que son acreedores los miembros del equipo: ¿enriquecimiento sin causa? ¿art. 7.2 CC? ¿intromisión ilegítima en el derecho al honor (profesional), como propone R. BERCOVITZ⁹?

2. POSIBLES NOVEDADES EN LA LCTI

El art. 14. 1 c) LCTI enuncia, entre los derechos del personal investigador¹⁰, el de «ser reconocido y amparado en la autoría o coautoría de los trabajos de carácter científico en los que participe».

⁹ «La protección de la investigación», p. 2.

¹⁰ Es personal investigador, según el art. 13 LCTI, «el que, estando en posesión de la titulación exigida en cada caso, lleva a cabo una actividad investigadora, entendida como el trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación». Según el art. 12, los artículos 13 a 19 LCTI se aplican «al personal investigador que preste sus servicios en las Universidades públicas, en los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado y en los Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas, salvadas las competencias que en dichos ámbitos tengan las Comunidades Autónomas y lo establecido por el resto de la legislación aplicable». Sin embargo, la Disposición Adicional 1^a.3 extiende la aplicación del art. 14 a «a los consorcios públicos y fundaciones del Sector público en los que la participación estatal sea igual o superior a la de cada una de las restantes Administraciones Públicas, cuyo fin u objeto social comprenda la ejecución directa de actividades de investigación científica y técnica o de prestación de servicios tecnológicos, o aquellas otras de carácter complementario necesarias para el adecuado progreso científico y tecnológico de la sociedad. Estas actividades deberán formar parte de los Programas de desarrollo del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica o del Plan Estatal de Innovación».

El precepto podría dar lugar a una primera interpretación: la LCTI introduce un criterio especial de atribución de autoría: «la participación» de una persona que tenga la condición de «personal investigador» en un trabajo científico, aunque dicha participación se limite, por ejemplo, a la aportación de una idea, la mera coordinación o la ejecución de una tarea material.

Podría pensarse, alternativamente, que se trata de una mera alusión didáctica que adopta, por tanto, un preconcepto de autoría, que no puede ser otro que el establecido en la LPI.

Pero también podría sostenerse —y, en mi opinión, es lo más probable—, que la LCTI se esté refiriendo al concepto deontológico de autoría. Confirma esta hipótesis la alusión que el Preámbulo de la LCTI hace a la «Carta Europea del Investigador» y el «Código de conducta para la contratación de investigadores», contenidos en la Recomendación de la Comisión de 11 de marzo de 2005 relativa a la Carta Europea del Investigador y al Código de conducta para la contratación de investigadores (2005/251/EC). Y en dicha Recomendación se alude repetidamente a este concepto deontológico de autoría. Los autores, por ejemplo, «deben evitar el plagio de todo tipo y respetar el principio de la propiedad intelectual o [obsérvese que se trata de una disyuntiva] *de la propiedad conjunta de datos cuando la investigación se realice en colaboración con supervisores y/u otros investigadores*». O, más claramente, refiriéndose ahora a quien les contrate: «Al evaluar al personal, las instituciones deben valorar positivamente la coautoría ya que demuestra un planteamiento constructivo de la práctica en la investigación. Por lo tanto, Los empleadores y/o financiadores deben desarrollar estrategias, prácticas y procedimientos que ofrezcan a los investigadores, incluidos aquellos que están al principio de sus carreras, las condiciones necesarias para que puedan disfrutar del derecho a ser reconocidos, mencionados y/o citados, dentro de sus contribuciones reales, como coautores de informes, patentes, etc. o publicar los resultados de su propia investigación independientemente de sus supervisores.»

Merece la pena añadir que, como tantas veces, el legislador español se conforma con un retórico enunciado del derecho al reconocimiento de la «participación científica» de los investigadores, pero no establece ninguna regla sobre las consecuencias, disciplinarias o de otro tipo, que puede acarrear su infracción. Los tribunales, por ello, pueden acabar ofreciéndose a los investigadores afectados como única vía de reclamación¹¹.

Este desdoblamiento entre la autoría de la obra a efectos de la propiedad intelectual y la participación científica se presenta singularmente en las tesis doc-

¹¹ Aunque SÁNCHEZ ARISTI apuesta por englobar la protección de las ideas en el régimen de protección de la propiedad intelectual, véase la exposición que realiza sobre otras herramientas para su protección en «Las ideas como objeto protegible», pp. 56-57.

torales, que doctrina¹² y jurisprudencia¹³ consideran obra individual del doctorado y no obra en coautoría con su director. El art. 13.1 del RD 99/2011 lo confirma cuando especifica que «la tesis doctoral consistirá en un trabajo original de investigación elaborado por el candidato en cualquier campo del conocimiento». El director, cuya participación en la tesis doctoral es, en muchos casos, de gran relevancia, solo ostentaría este derecho a ser reconocido como tal, en cuanto ha participado en la investigación que culmina en la tesis.

III. DISPOSICIONES SOBRE ATRIBUCIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTERIOR A LAS NORMAS EN ESTUDIO

Aunque la mera creación de una obra produce la atribución a su autor del conjunto de derechos que se engloban bajo la expresión de propiedad intelectual —básicamente, el derecho moral (art. 14 LPI) y el derecho de explotación (art. 17 LPI)—, es posible ceder a terceros los derechos de explotación o parte de ellos (arts. 42 y ss. LPI); en particular, esta cesión sigue un régimen especial cuando se produce en el seno de una relación laboral (art. 51 LPI).

Dado que la mayoría de los investigadores, universitarios o no universitarios, desarrollan su tarea investigadora en una empresa o institución pública, se ha discutido especialmente la aplicación del art. 51 LPI a la explotación de los resultados de la investigación en el sector público y, singularmente, en las universidades.

Las líneas esenciales del art. 51 LPI y de su interpretación y aplicación jurisprudencial, son, en cuanto afectan a nuestro tema, las siguientes:

- Aunque el art. 51 LPI solo alude a la relación laboral, el precepto se considera aplicable también, por analogía, a la funcionarial¹⁴.
- Si no se ha pactado otra cosa, «se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral» (art. 51.2).

¹² ROGEL, «Tesis doctorales», pp. 280 ss.; DEL CASTILLO, «Esta obra es mía», pp. 5 y ss.

¹³ Nunca de forma directa, hay que advertirlo, pero dan por supuesta la autoría individual del doctorado: SAP Valencia de 21 de enero de 2009 (AC 2009/838) y SAP Valencia de 5 de mayo de 2010 (JUR 2010/314680), en un caso en que el director publica una obra en la que plagia la anterior tesis doctoral; colateralmente, SAP Girona de 23 de junio de 2009 (AC 2009/1729); para el caso de un proyecto de investigación elaborado por un estudiante en el seno de un grupo de investigación, STS de 11 de julio de 2000 (RJ 2000/4669).

¹⁴ RODRÍGUEZ TAPIA, «Art. 51», p. 840; QUIRÓS, «Titularidad y transmisión», p. 878; también es de la misma opinión APARICIO (APARICIO/DELGADO, «Art. 97», pp. 1312-1313), aunque se hace eco del parecer contrario de DELGADO en la edición anterior de los mismos comentarios.

- Se entiende que una obra ha sido creada «en virtud de una relación laboral» cuando se ha realizado «siguiendo las instrucciones del empleador o en el ejercicio de las funciones confiadas al empleado»¹⁵, algo que, además, explicita el art. 97 LPI para la creación de programas de ordenador; la regla no difiere apenas de la adoptada por el art. 15 de la Ley de Patentes: ser «fruto de una actividad de investigación explícita o implícitamente constitutiva del objeto de su contrato».

La LOU no altera, para el profesorado universitario, el régimen de explotación de la obra resultante de la investigación. Más aún: la reforma de la LOU por la LO 4/2007 introduce la transferencia de los resultados de la investigación como misión de la Universidad, lo que despeja cualquier duda que pudiera haber acerca de que la expresión «con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario» del art. 51.2 LPI incluyera precisamente la actividad de transferencia del conocimiento propiamente dicha. El nuevo artículo 39 LOU, en efecto, pasa a titularse «La investigación y la transferencia del conocimiento. Funciones de la Universidad» e incluye un nuevo art. 39.3: «La universidad tiene, como uno de sus objetivos esenciales, el desarrollo de la investigación científica, técnica y artística y la transferencia del conocimiento a la sociedad, así como la formación de investigadores e investigadoras, y atenderá tanto a la investigación básica como a la aplicada».

Solamente merece alguna atención el art. 83.1, según el cual, «los grupos de investigación reconocidos por la Universidad, los Departamentos y los Institutos Universitarios de Investigación, y su profesorado a través de los mismos o de los órganos, centros, fundaciones o estructuras organizativas similares de la Universidad dedicados a la canalización de las iniciativas investigadoras del profesorado y a la transferencia de los resultados de la investigación, podrán celebrar contratos con personas, Universidades o entidades públicas y privadas para la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico, así como para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación». Son los estatutos de cada universidad —añade el art. 83.2— los que establecen «los procedimientos de autorización de los trabajos y de celebración de los contratos previstos en el apartado anterior, así como los criterios para fijar el destino de los bienes y recursos que con ellos se obtengan».

No hay sustento claro, como se ve, para considerar vigente en España el llamado «privilegio profesoral», característico de las universidades del norte de Europa¹⁶, que atribuye al profesor universitario la titularidad de los derechos de explotación de su obra, sea bajo el régimen de propiedad intelectual, sea

¹⁵ RODRÍGUEZ TAPIA, «Art. 51», p. 840.

¹⁶ Véase más adelante en este texto; puede verse también VARGAS, «La transferencia de resultados de investigación», pp. 82-83.

bajo el de las patentes. Ni la LPI, ni la LOU, ni la Ley de Patentes¹⁷ permiten evitar la conclusión de que, salvo disposición contractual en sentido distinto, el derecho a la explotación (en exclusiva) de los resultados de la investigación pertenece a la empresa o institución en la que trabaja el investigador.

En la vida práctica de las universidades —y probablemente, de los centros de investigación—, las cosas funcionan de manera diametralmente opuesta cuando se trata de derechos de autor —no en el campo de las patentes—: las universidades reconocen y los investigadores consideran que los derechos de explotación pertenecen en exclusiva a su autor y que, por ello, este es libre de contratar con terceros (o con su propia universidad) cuanto proceda respecto de la reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de su obra, y es acreedor, a título personal, de la correspondiente remuneración.

2. POSIBLES NOVEDADES EN LA LES Y LA LCTI

1. Interpretación

La LES y la LCTI ofrecen numerosos datos que permiten reforzar la conclusión que, con pocas dudas, ya podía obtenerse antes de su publicación: los derechos de explotación de la obra intelectual generada por la investigación no pertenecen al investigador sino a la empresa o institución para la que trabaja, sea pública o privada y medie una relación laboral o funcionarial.

En primer lugar, el art. 54 LES, bajo el título «Titularidad y carácter patrimonial de los resultados de la actividad investigadora y del derecho a solicitar los correspondientes títulos de propiedad industrial e intelectual para su protección», incluye un apartado 2 con el siguiente tenor: «Los derechos de explotación relativos a la propiedad intelectual corresponderán a las entidades en que el autor haya desarrollado una relación de servicios¹⁸, en los términos y con el alcance previsto en la legislación sobre propiedad intelectual». Aunque entendamos que no se trata de una regla de atribución, sino que remite, en cuanto a los términos de la cesión, a la LPI, es difícil no llegar a la conclusión, habida cuenta de su aplicación primordial al sector público, de que constituye un importante argumento a favor de la aplicación de los arts. 51 y 97 LPI en la relación funcionarial.

¹⁷ Art. 20: «2. Corresponde a la Universidad la titularidad de las invenciones realizadas por el profesor como consecuencia de su función de investigación en la universidad y que pertenezcan al ámbito de sus funciones docente e investigadora, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria [la referencia debe entenderse hecha al art. 83 LOU]».

¹⁸ Debe advertirse que el ámbito de aplicación del precepto, según dispone el art. 53.1, es el de «los Organismos públicos de investigación, las universidades públicas, las fundaciones del sector público estatal, las sociedades mercantiles estatales y otros centros de investigación dependientes de la Administración General del Estado».

Esta conclusión —la de la aplicación del art. 51 y 97 LPI a la relación funcional— se refuerza aún más cuando la Disposición adicional 19^a. LCTI —y, en términos semejantes, el art. 14.1 i)— reconoce el «derecho a una compensación económica en atención a los resultados en la producción y explotación de la obra» al personal investigador de centros públicos, sin distinciones en cuanto a la naturaleza de la relación jurídica que les une al centro. No tendría sentido el reconocimiento de esta compensación si el investigador fuera titular de los derechos de explotación y los cediera a su centro por un contrato ordinario de cesión (arts. 43 y ss. LPI); solo el carácter automático de la transmisión justifica este derecho.

En el mismo sentido, el art. 36 LCTI da por supuesta esta atribución de los derechos de explotación a las universidades o instituciones públicas de investigación cuando, en su último párrafo, dispone que «la transmisión a terceros de derechos sobre los resultados de la actividad investigadora, bien se trate de cesión de la titularidad de una patente o de concesión de licencias de explotación sobre la misma, o de las transmisiones y contratos relativos a la propiedad intelectual, se regirá sobre el derecho privado conforme a lo dispuesto en la normativa propia de cada Comunidad Autónoma».

Finalmente, la LCTI introduce un nuevo apartado en el art. 80 de la LOU de insoslayable contundencia: «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. La administración y gestión de dichos bienes se ajustará a lo previsto a tal efecto en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.»

Puede concluirse, entonces, que la LCTI y la LES despejan las dudas que pudieran subsistir acerca de que los derechos de explotación de la obra (intelectual o industrial) resultante de la investigación corresponden a la empresa o entidad pública en la que trabaja el investigador¹⁹. Ahora bien, ni la LCTI ni la LES alteran las condiciones y alcance de dicha transmisión automática de los derechos de explotación, que, por ello, serán las dispuestas en los arts. 51 y 97 LPI.

Este sistema de transmisión automática de los derechos de explotación de los resultados de la investigación se complementa con una compensación económica a favor del investigador, de carácter novedoso (salvo en materia de patentes y para los profesores de Universidad: art. 20 LP). Dicha compensación

¹⁹ En contra, sin embargo, PETIT, «Autoría y titularidad», en especial, pp. 164 y ss.. En la misma obra colectiva, MAYORGA («La titularidad de las publicaciones», pp. 179 y ss.), después de presentar los argumentos favorables y desfavorables a esta tesis, acaba concediendo que «la interpretación que parece desprenderse de la voluntad del legislador, aunque no exenta de problemas interpretativos, es la que atribuye a los centros la titularidad de la producción del personal a su servicio. La otra interpretación dotaría de cierta esterilidad a la norma por cuanto poco cambiaría respecto de la situación anterior».

se enuncia en el art. 14 LCTI entre los derechos del investigador (del sector público) y se detalla para la propiedad intelectual, extrañamente, en una disposición adicional (19ª. LCTI).

El investigador merece, según el pequeño galimatías legal, esta compensación «en atención a los resultados en la producción y explotación de la obra, que se fijará en atención a la importancia comercial de aquella y teniendo en cuenta las aportaciones propias del empleado».

Las modalidades y cuantías las determinará la Administración a quien corresponda la titularidad del centro de investigación. Lo normal es que se trate de un porcentaje de los beneficios obtenidos por el centro (no los obtenidos, en su caso, por la empresa a la que se ceden o licencian los derechos de propiedad intelectual o industrial en que se resuelve la investigación; cuestión distinta es que el investigador tenga derecho a compensación respecto de los ingresos que pueda recibir posteriormente el centro como consecuencia de la inclusión en la contratación con la empresa de las «cláusulas de mejor fortuna» que recomienda el art. 55.6 LES).

En principio, es deudor de la compensación el centro en el que trabaja el investigador, pero no veo inconveniente en que en los convenios de colaboración con empresas u otros centros (art. 34 LCTI) se distribuya esta carga entre los intervinientes.

La alusión final a que «dicha participación en los beneficios no tendrá en ningún caso la consideración de una retribución o salario para el personal investigador» implica que, a ciertos efectos laborales, de seguridad social o fiscales, esta compensación no tiene la condición de salario.

2. *Límites*

Asumida la transmisión automática de los derechos de explotación de la investigación, conviene examinar dentro de qué límites pueden proceder los centros de investigación a la divulgación de la obra intelectual de sus investigadores.

Esta fuera de toda duda, en primer lugar, que corresponde al investigador la decisión de publicar o no los resultados de la investigación, ya que la transmisión solo incluye los derechos patrimoniales y no los morales, que conserva el investigador. Como el art. 14 LPI atribuye al autor el derecho irrenunciable e inalienable a «decidir si su obra ha de ser divulgada»²⁰ (derecho de inédito),

²⁰ Como única excepción, podrá procederse a la reproducción sin autorización del autor «cuando una obra se reproduzca, distribuya o comunique públicamente con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios» (art. 31bis.1 LPI).

resulta obvio que el centro de investigación no podrá publicar ni ceder los resultados de una investigación sin la autorización del autor. Cuestión distinta es que la negativa del autor a la publicación le obligue a arrostrar algunas consecuencias: pérdida de méritos para la obtención de complementos basados en la productividad científica (esencialmente manifestada a través de las publicaciones), evaluación negativa del proyecto de investigación que tenía como objetivo la publicación que ha resultado fallida, deber de restituir algunos recursos otorgados para la realización de la investigación, etc.

¿Puede la universidad o centro de investigación imponer, al menos, cómo se publica, es decir, en qué editorial o revista, o, incluso, si se publica en abierto (ver apartado siguiente)?

Aunque el art. 14 LPI reconoce al autor no solo el derecho a decidir si su obra se divulga sino también el de decidir «en qué forma», la doctrina interpreta restrictivamente esta expresión. Así, para MARTÍNEZ ESPÍN, «por forma hay que entender tanto la que lo es desde un punto de vista jurídico como técnico (v. gr., la edición de las obras literarias o científicas, la ejecución pública, la representación de una obra dramática o musical, la lectura o conferencia pública, la difusión por telefonía, radio o televisión, la exposición pública, la construcción de obras de arquitectura y la venta de obras de arte destinadas a lugares de tránsito público»²¹. Incluso más restrictivo se muestra RAMS, que duda que la facultad de elegir la forma deba considerarse componente del derecho moral del autor y limita este derecho a la elección entre publicación escrita y otras formas de comunicación (recitado, representación, etc.)²².

Por lo tanto, la decisión de cómo y dónde publicar queda fuera del derecho moral de autor, que queda constreñido a la facultad de evitar que lo que se publique en forma escrita sea después redifundido en formato audio o audiovisual, así como a impedir que sufra la integridad o se produzca «cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación» (art. 14 4º LPI)²³.

Sin embargo, las decisiones sobre la forma y lugar de la publicación son importantes para la mayoría de los investigadores, sea porque ciertas editoriales o publicaciones tiene un mayor índice de impacto sea porque les interesa colaborar con los editores de cierta publicación por razones de afinidad académica o ideológica.

²¹ «Art. 14», p. 215.

²² «Artículo 14», pp. 9-10.

²³ Esto último podría servir para proteger al investigador en el caso extremo de que su centro de investigación pretendiera incluir su trabajo en una publicación que, por no resultar en absoluto acorde —en calidad o en planteamiento ideológico o metodológico—, supusiera un desdoro para el mismo.

Descartando los casos en que la decisión del centro público de investigación constituya una desviación de poder destinada a «castigar» a un investigador «díscolo», cabe preguntarse si deben dirimirse a favor del autor los posibles conflictos entre los intereses curriculares del investigador y la política del centro acerca de la explotación de los resultados de la investigación. No hay demasiados datos en el Derecho positivo que favorezcan la posición del investigador. No solo la LOU y la LCTI evitan el previo reconocimiento de la libertad de investigación (hasta un punto que podría comprometer la libertad de cátedra recogida en el art. 20.1 c) de la Constitución)²⁴, sino que son mucho más rotundos en cuanto a la habilitación a los centros de investigación para que establezcan e impongan sus propias políticas de transferencia: art. 41.3 LOU²⁵ y art. 35.1 LCTI²⁶, sobre todo.

²⁴ Los dos primeros derechos de los investigadores recogidos en el art. 14.1 LCTI tienen un tono insoslayablemente contenido y poco comprometido: «a) A formular iniciativas de investigación, a través de los órganos o estructuras organizativas correspondientes; b) A determinar libremente los métodos de resolución de problemas, dentro del marco de las prácticas y los principios éticos reconocidos y de la normativa aplicable sobre propiedad intelectual, y teniendo en cuenta las posibles limitaciones derivadas de las circunstancias de la investigación y del entorno, de las actividades de supervisión, orientación o gestión, de las limitaciones presupuestarias o de las infraestructuras». En cambio, entre los deberes, el art. 15.1 g) incluye sin paliativos el de «encastrar sus investigaciones hacia el logro de los objetivos estratégicos de las entidades para las que presta servicios». Si al lector le queda alguna duda, puede intentar encontrar la expresión «libertad» o cualquiera análoga entre los principios del Sistema Español de Ciencia y Tecnología e Innovación: «El Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación se rige por los principios de calidad, coordinación, cooperación, eficacia, eficiencia, competencia, transparencia, internacionalización, evaluación de resultados, igualdad de oportunidades y rendición de cuentas» (art. 4.1 LCTI); o, alternativamente, compárese la redacción del fragmento arriba transcrito del art. 14.1 LCTI con su referente en la «Carta Europea del Investigador», que sirve de referente y ha sido, en este apartado, significativamente recortada: «Los investigadores deben centrar su labor en el bien de la humanidad y la expansión de las fronteras del conocimiento científico, al tiempo que gozan de las libertades de pensamiento y expresión, así como de la libertad para determinar los métodos de resolución de problemas, dentro del marco de las prácticas y los principios éticos reconocidos. No obstante, los investigadores deben admitir posibles limitaciones a estas libertades derivadas de determinadas circunstancias de investigación (como, por ejemplo, actividades de supervisión, orientación o gestión), de limitaciones operativas como, por ejemplo, razones presupuestarias o de infraestructuras o, especialmente en el sector industrial, de razones de protección de la propiedad intelectual. Tales limitaciones no deben, sin embargo, contravenir las prácticas y los principios éticos reconocidos, que los investigadores están obligados a observar».

²⁵ «La transferencia del conocimiento es una función de las universidades. Estas determinarán y establecerán los medios e instrumentos necesarios para facilitar la prestación de este servicio social por parte del personal docente e investigador. El ejercicio de dicha actividad dará derecho a la evaluación de sus resultados y al reconocimiento de los méritos alcanzados, como criterio relevante para determinar su eficiencia en el desarrollo de su actividad profesional»

²⁶ «Artículo 35. Valorización y transferencia del conocimiento.

1. Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la valorización, la protección y la transferencia del conocimiento con objeto de que los resultados de la investigación sean transferidos a la sociedad. En este mismo contexto se fomentará la transferencia inversa de conocimiento en proyectos liderados por el sector empresarial en colaboración con las entidades de investigación para el desarrollo de objetivos de mercado basados en los resultados de la investigación.

¿Es semejante conclusión contraria al derecho constitucional a la libertad de cátedra o, dicho de otro modo, forma parte de la libertad de cátedra la libertad para definir cómo y dónde se transfieren los resultados de la investigación?

Es poco probable que esta pregunta pueda recibir respuesta afirmativa por parte del Tribunal Constitucional. Para el TC, la libertad de cátedra (que incluye la libertad de investigación) debe conjugarse con la autonomía universitaria: «aunque la organización y funcionamiento de las Universidades constituya la base y la garantía de la libertad de cátedra (ATC 42/1992), esto no significa que los centros docentes queden desposeídos de las competencias legalmente reconocidas para disciplinar la organización de la docencia (ATC 457/1989) y que no puedan regular la prestación del servicio público de la educación superior del modo que juzguen más adecuado (ATC 817/1985), siempre que respeten, claro es, el contenido esencial de la referida libertad de cátedra» (STC 217/1992, de 1 de diciembre). Si la libertad de cátedra, en su faceta docente, debe ceder ante decisiones de los órganos universitarios sobre los temarios de los exámenes²⁷, la coordinación de la docencia y evaluación de distintos grupos de la misma asignatura²⁸ o la asignación anual de docencia²⁹, lo mismo puede decirse de la faceta investigadora, en cuanto a las medidas del centro acerca de la transferencia de los resultados de la investigación. Sustitúyase «función docente» por «función investigadora» en este fundamento del ATC 457/1989, de 18 de septiembre, y podrá extraerse la probable respuesta del TC: «La libertad de cátedra no puede identificarse, obvio es decirlo, con el derecho de su titular a autorregular íntegramente y por sí mismo la función docente en todos sus aspectos, al margen y con total independencia de los criterios organizativos de la dirección del centro universitario».

2. La valorización, entendida como la puesta en valor del conocimiento obtenido mediante el proceso de investigación, alcanzará a todos los procesos que permitan acercar los resultados de la investigación financiada con fondos públicos a todos los sectores, y tendrá como objetivos:

- a) Detectar los grupos de investigación que realicen desarrollos científicos y tecnológicos con potenciales aplicaciones en los diferentes sectores.
- b) Facilitar una adecuada protección del conocimiento y de los resultados de la investigación, con el fin de facilitar su transferencia.
- c) Establecer mecanismos de transferencia de conocimientos, capacidades y tecnología, con especial interés en la creación y apoyo a empresas de base tecnológica.
- d) Fomentar las relaciones entre centros públicos de investigación, centros tecnológicos y empresas, en especial pequeñas y medianas, con el objeto de facilitar la incorporación de innovaciones tecnológicas, de diseño o de gestión, que impulsen el aumento de la productividad y la competitividad.
- e) Fomentar las relaciones entre centros de investigación, personal de investigación y empresas.
- f) Crear entornos que estimulen la demanda de conocimientos, capacidades y tecnologías generados por las actividades de investigación, desarrollo e Innovación.
- g) Estimular la iniciativa pública y privada que intermedie en la transferencia del conocimiento generado por la actividad de investigación, desarrollo e innovación.

3. Se reconoce el papel de los parques científicos y tecnológicos como lugares estratégicos para la transferencia de resultados de investigación a los sectores productivos».

²⁷ STC 217/1992, de 1 de diciembre.

²⁸ ATC 457/1989, de 18 de septiembre y STC 179/1996, de 12 de noviembre.

²⁹ ATC 42/1992, de 12 de diciembre y STC 179/1996, de 12 de noviembre.

3. Valoración

El régimen de atribución automática al centro de investigación de los derechos de explotación de la investigación realizada en su seno coincide con el que tendencialmente va imponiéndose en Europa, donde todos los países que mantenían el llamado «privilegio del profesor» lo han abandonado, excepto Suecia, y solo Italia, que no lo tenía, lo ha incorporado (con reconocimiento de un derecho a compensación a favor del centro de investigación)³⁰. Aun así, no es un debate cerrado³¹. A favor de otorgar los derechos de explotación al investigador se menciona que incentiva su labor y que puede estimular la investigación en territorios novedosos, pues se basa en su libertad de investigación. A favor de la atribución al centro de investigación, la mayor competencia de las Oficinas de Transferencia de los Resultados de la Investigación (OTRIs) en la contratación con terceros y la reversión de parte de los beneficios de la investigación en el centro con cuyos medios esta ha sido posible.

Dentro de la tendencia general a atribuir la explotación de la investigación a los centros, los Derechos de los países miembros de la UE presentan notables diferencias, básicamente en dos extremos³². En primer lugar, en unos países la atribución es automática, mientras que en otros se concede a los centros un derecho de opción, de duración temporal limitada, a recabar del investigador los derechos de explotación. En segundo lugar, algunos países someten al régimen de adquisición automática algunos derechos (singularmente el de patentar), mientras que mantienen la titularidad del investigador para otros (como la propiedad intelectual).

Precisamente esta última matización en cuanto a los derechos que son atribuidos al centro de investigación ofrece pie a la principal crítica o, al menos, cautela que merece el sistema unitario impuesto (o quizás simplemente consolidado) por la LCTI y la LES: que el régimen de atribución al centro de investigación de los derechos de explotación de la obra intelectual no haga distinciones entre unas y otras formas de explotación.

A primera vista, al menos, resulta desconcertante la atribución a las universidades, *contra consuetudinem*, de los derechos de explotación regulados en la LPI, es decir, de la transferencia de la investigación mediante publicaciones, ponencias, conferencias, etc. La primera y no menor de las cautelas reside en

³⁰ VAN EECKE/KELLY/BOLGER/TRUYENS, *Monitoring and analysis of technology transfer*, pp. 46 y ss.

³¹ En Suecia, por ejemplo, se ha abierto repetidamente la discusión sobre la conveniencia de abandonar este régimen peculiar, sin que las conclusiones obtenidas condujeran a recomendar el cambio (VAN EECKE/KELLY/BOLGER/TRUYENS, *Monitoring and analysis of technology transfer*, pp. 51-52).

³² Detalles en VAN EECKE/KELLY/BOLGER/TRUYENS, *Monitoring and analysis of technology transfer*, pp. 54 y ss.

la dificultad práctica del sistema, por más que los arts. 55 LES y 36 LCTI intenten flexibilizarlo permitiendo que la contratación con terceros de los centros públicos de investigación se rija, como regla general, por el Derecho privado. Me imagino la expresión de sorpresa de la vicerrectora de investigación de la UIB si me hubiera presentado en su despacho solicitándole que firmara el contrato de edición para publicar este trabajo en *Pe.i.* [y recordándole, además, que no olvidara incluir la declaración de que mi texto, que adjuntaría, no es necesario para la defensa o mejor protección del interés público (art. 55.1 LSE)]; pero no menor habría sido la sorpresa del subdirector de *Pe.i.* si, cuando contactó conmigo para sugerirme la elaboración de este trabajo, le hubiera remitido, para la negociación de las condiciones del contrato, a la misma vicerrectora.

En una perspectiva más política, la atribución a los centros de investigación y, en concreto, a las universidades de la competencia sobre la transferencia de los resultados de la investigación supone habilitarles para que puedan ejercer un contrapeso al fortísimo y creciente oligopolio editorial en el campo científico, del que trato en el apartado siguiente. Si no adoptan o mientras adoptan las pertinentes políticas³³, sería deseable que establecieran pautas y procedimientos ágiles —posiblemente basados en el art. 83 LOU cuando los derechos de autor son remunerados— para que los investigadores «autogestionaran» la publicación de los resultados de su investigación sin incurrir al hacerlo en una violación de la regla de atribución de los derechos de explotación que, tal como he explicado, considero que se deriva de la conjunción del art. 51 LPI, la LES y la LCTI.

IV. PUBLICACIÓN EN «ACCESO ABIERTO» (*OPEN ACCESS*)

1. CONTEXTO

El movimiento del acceso abierto (*Open Access*) tiene su fuente principal en la llamada «crisis de las publicaciones periódicas» (*serials crisis*) que viene afectando a las universidades de todo el mundo desde los años 80³⁴ y, como es de

³³ Algo que es propuesto por la Recomendación de la Comisión, de 10 de abril de 2008, sobre la gestión de la propiedad intelectual en las actividades de transferencia de conocimientos y Código de buenas prácticas para las universidades y otros organismos públicos de investigación [notificada con el número C(2008) 1329], cuya primera recomendación es que los centros «elaboren una política de la PI como parte de la estrategia y la misión a largo plazo del organismo público de investigación» y que la hagan pública interna y externamente. «Esa política —se añade— debe proporcionar normas claras al personal y a los estudiantes en relación, en particular, con la divulgación de las ideas nuevas de potencial interés comercial, la titularidad de los resultados de la investigación, el mantenimiento de registros, la gestión de conflictos de intereses y las relaciones con terceras partes».

³⁴ Puede verse CUMMINGS Anthony M./WITTE, Marcia L./BOWEN, William G./LAZARUS, Laura O./EKMAN, Richard H., *University Libraries and Scholarly Communication*, especialmente pp. 83 y ss.

imaginar; se ha agudizado desde el 2008 como consecuencia de la crisis económica³⁵. Aunque la «crisis de las publicaciones periódicas» presenta notas peculiares en Estados Unidos (devaluación del dólar frente al euro), sus principales elementos son los siguientes:

- Los libros han ido perdiendo progresivamente importancia frente a las publicaciones periódicas.
- El incremento constante del precio medio de las publicaciones periódicas muy por encima del IPC, especialmente en el campo de las ciencias experimentales, pone en peligro la sostenibilidad de las bibliotecas universitarias³⁶.
- Existe una situación de oligopolio respecto de las principales revistas científicas (la mayor parte en manos de la angloholandesa Elsevier, la alemana Springer, y la norteamericana Wiley); y de monopolio respecto de cada trabajo científico, pues las editoriales suelen exigir cesiones en exclusiva.
- Las universidades tienen que pagar para que sus profesores investiguen y puedan publicar y al mismo tiempo deben mantener la suscripción de las revistas. El fenómeno de los «índices de impacto» cierra el círculo: publicar en estas revistas garantiza el máximo prestigio y, al mismo tiempo, resulta imprescindible, para investigar; acceder a ellas.
- Los editores justifican la importancia de su participación en cuanto seleccionan los trabajos que merecen ser publicados mediante sofisticados sistemas de evaluación y control, mientras que la crítica se centra en la preocupación por las dificultades de acceso a la información para los investigadores de países en desarrollo o con presupuestos menguantes, la contradicción de que los resultados de una investigación subvencionada con fondos públicos no llegue al público (la redundancia es querida), la lentitud de los procesos de publicación o la restricción del acceso a la información al mundo académico³⁷.

En este contexto, algunas universidades e instituciones financiadoras de la investigación han apostado por seguir políticas de acceso abierto. Aunque existen precedentes anteriores, el movimiento se intensifica con la creación en 2001

³⁵ Puede verse BOSCH Stephen/HENDERSON Kittie/KLUSENDORF Heather, «Periodical Price Survey 2011».

³⁶ Y no solo de las pequeñas; véase el documento de la Universidad de Harvard, de abril de 2012, «Faculty Advisory Council Memorandum on Journal Pricing. Major Periodical Subscriptions Cannot Be Sustained» (<http://isites.harvard.edu/icb/icb.do?keyword=k77982&tabgroupid=icb.tabgroup143448>).

³⁷ El debate sobre los pros y contras del acceso abierto puede seguirse en el Web Focus «Access to the literature: the debate continues» de la revista *Nature* o en el excelente «Informe Finch» («Accessibility, sustainability, excellence: how to expand access to research publications. Report of the Working Group on Expanding Access to Published Research Findings»), publicado en junio de 2012 (<http://www.researchinfonet.org/wp-content/uploads/2012/06/Finch-Group-report-FINAL-VERSION.pdf>). Al cierre de este artículo (16 de julio de 2012) el Gobierno inglés ha anunciado que, siguiendo en «Informe Finch», requerirá a partir de abril de 2013 que toda la investigación financiada con fondos públicos se publique en «acceso público».

de la PLoS (*Public Library of Science*) y la aprobación en 2002 de la llamada «Iniciativa de Budapest», promovida por el OSI (*Open Society Institute*), seguida inmediatamente por la «Declaración de Berlín sobre el libre acceso al conocimiento en Ciencias y Humanidades», auspiciado por el Instituto Max Planck.

A partir de estas iniciativas, se suceden tres movimientos en paralelo: el de intentar conferir rango legal al acceso abierto para las investigaciones financiadas con fondos públicos³⁸, el de aprobar políticas de libre acceso en las universidades³⁹ y el de realizar convocatorias de financiación de la investigación con imposición de exigencias de publicación en acceso abierto⁴⁰.

Debe advertirse de que el acceso abierto no implica prescindir de controles editoriales (*peer review* u otros), sino de facilitar el acceso a trabajos que han recibido la necesaria aprobación académica. Cumplen estas condiciones dos tipos de publicaciones: las revistas de acceso libre («Gold OA»)⁴¹ y los repositorios donde se archivan y hacen públicos los artículos publicados («Green OA»), repositorios que pueden ser monográficos⁴² o institucionales⁴³; a ellos se añade una posibilidad crecientemente ofrecida por las revistas científicas: la de ofrecer a los investigadores que su artículo sea de acceso abierto (previo pago de la correspondiente compensación económica).

2. EL ART. 37 LCTI

Probablemente resulte más clarificador comenzar por el último apartado del precepto (6): todo lo que ahora expondremos «se entiende sin perjuicio de los acuerdos en virtud de los cuales se hayan podido atribuir o transferir a terceros los derechos sobre las publicaciones» (y, además, «no será de aplicación cuando los derechos sobre los resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación sean susceptibles de protección»). En definitiva, nos encontramos ante un régimen de Derecho dispositivo (aunque, como hemos visto en el apartado anterior, son los centros de investigación y no los propios investigadores quienes, de acuerdo con la ley, pueden realizar esta disposición).

³⁸ Por ejemplo, propuesta Cornyn/Lieberman de Ley sobre el Acceso Público a la Investigación Federal, introducido repetidamente en el Congreso USA desde 2006, sin que haya llegado a ser aprobada.

³⁹ Por ejemplo, recientemente (mayo de 2012), la Universidad de California ha aprobado una «Open Access Policy for UCSF» (<http://www.library.ucsf.edu/help/scholpub/oapolicy>).

⁴⁰ Por ejemplo, así lo ha hecho la Comisión Europea con una parte de los proyectos financiados por el programa FP7.

⁴¹ Puede servir como ejemplo, en España, *Indret* (www.indret.com).

⁴² Por ejemplo, *ArXiv* (<http://arxiv.org/>), que recoge fundamentalmente publicaciones de física.

⁴³ Por ejemplo, *E-Prints* de la Universidad Complutense (<http://eprints.ucm.es/>).

No se desprende del texto del art. 37 LCTI que la exclusión de la publicación en acceso abierto deba pactarse de forma explícita y literal; bastará con que se trate de un contrato de cesión en exclusiva.

En el resto del precepto destaca el apartado 2, aunque, como hemos visto, esté muy debilitado por su carácter dispositivo: «El personal de investigación cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado hará pública una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para publicación en publicaciones de investigación seriadas o periódicas, tan pronto como resulte posible, pero no más tarde de doce meses después de la fecha oficial de publicación». Esta «versión electrónica —añade el siguiente apartado— se hará pública en repositorios de acceso abierto reconocidos en el campo de conocimiento en el que se ha desarrollado la investigación, o en repositorios institucionales de acceso abierto». Es un propósito congruente con la función de «fomento de la difusión de obras digitales» que la Disposición Adicional 3ª. de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, atribuye de forma amplia al Gobierno⁴⁴.

Los apartados 1⁴⁵, 4⁴⁶ y 5⁴⁷, finalmente, tratan acerca de la promoción y organización de los repositorios en los que ha de producirse la publicación en acceso abierto.

3. LA PUBLICACIÓN DE TESIS DOCTORALES: EL ART. 14 RD 99/2011

Coincidiendo con esta política editorial, el art. 14.5 RD 99/2011 establece que «una vez aprobada la tesis doctoral, la universidad se ocupará de su archivo en formato electrónico abierto en un repositorio institucional y remitirá, en formato electrónico, un ejemplar de la misma así como toda la información complementaria que fuera necesaria al Ministerio de Educación a los efectos oportunos».

⁴⁴ «El Gobierno favorecerá la creación de espacios de utilidad pública y para todos, que contendrán obras que se hallen en dominio público en formato digital y aquellas otras que sean de titularidad pública susceptibles de ser incorporadas en dicho régimen, prestando particular atención a la diversidad cultural española. Estos espacios serán preferentemente de acceso gratuito y de libre acceso por sistemas telemáticos, mediante estándares de libre uso y universalmente disponibles. Asimismo, a estos espacios podrán incorporarse las obras cuyos autores así lo manifiesten expresamente».

⁴⁵ «Los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación impulsarán el desarrollo de repositorios, propios o compartidos, de acceso abierto a las publicaciones de su personal de investigación, y establecerán sistemas que permitan conectarlos con iniciativas similares de ámbito nacional e internacional».

⁴⁶ «La versión electrónica pública podrá ser empleada por las Administraciones Públicas en sus procesos de evaluación».

⁴⁷ «El Ministerio de Ciencia e Innovación facilitará el acceso centralizado a los repositorios, y su conexión con iniciativas similares nacionales e internacionales».

tunos». El art. 14.6 introduce algunas excepciones a la publicación de las tesis doctorales aprobadas: «en circunstancias excepcionales determinadas por la comisión académica del programa, como pueden ser, entre otras, la participación de empresas en el programa o Escuela, la existencia de convenios de confidencialidad con empresas o la posibilidad de generación de patentes que recaigan sobre el contenido de la tesis».

El precepto presupone que la Universidad, en cuanto que ostenta los derechos de explotación de los resultados de la investigación realizados en su seno, puede proceder a la publicación de las tesis doctorales. En mi opinión, ni la premisa ni la conclusión se ajustan a la ley (ni, lógicamente, pueden ser adoptados *ex novo* y de forma independiente, por una norma reglamentaria).

En cuanto a la premisa, de los arts. 51 LPI y de los preceptos que hemos examinado anteriormente de la LCTI y la LES se desprende que solamente los estudiantes que realicen el doctorado en una relación de servicio con la Universidad (becarios⁴⁸ o ayudantes) transmiten automáticamente los derechos de explotación de la obra intelectual. El resto de los doctores retienen los derechos de explotación de la tesis y pueden, si lo desean, oponerse a su publicación por la universidad y celebrar alternativamente contratos con terceros con el mismo fin.

En cuanto a la conclusión, el RD 99/2011 olvida que la LPI atribuye a todo autor unos derechos morales sobre su obra que incluyen el derecho al inédito. La excepción a dicho derecho que constituye, según el art. 31bis.1 LPI, la divulgación de una obra «para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos...» legitima que la tesis doctoral reciba toda la publicidad necesaria para su evaluación, tal como establece, por ejemplo, el art. 13.3: «La universidad garantizará la publicidad de la tesis doctoral finalizada a fin de que durante el proceso de evaluación, y con carácter previo al acto de defensa, otros doctores puedan remitir observaciones sobre su contenido». En cambio, respecto de la publicación establecida en el art. 14, con mero ejercicio por la universidad de la función de transferencia de los resultados de la investigación, todo doctor, con o sin relación de servicios con la universidad, podrá reclamar el inédito que forma parte de sus derechos morales de autor.

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo/DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Art. 97», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª. ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 1299-1328.

⁴⁸ Por lo menos, si se encuentra en la fase de contrato a que se refiere el art. 4.1 RD 63/2006 de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación.

- AVILÉS CARCELLER, Ricardo, «La investigación científica y su protección en nuestro ordenamiento a la vista de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de enero de 2004», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 621, 2004 [se emplea la versión electrónica en Westlaw, BIB 2004/358; la paginación se refiere al formato en pdf].
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «La protección de la investigación (Tribuna)», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 20/2005 [se emplea la versión electrónica en Westlaw, BIB 2005/2707; la paginación se refiere al formato en pdf].
- BOSCH Stephen/HENDERSON Kittie/KLUSENDORF Heather, «Periodical Price Survey 2011. Under Pressure, Times Are Changing», *Library Journal*, 14/4/2011 (http://www.libraryjournal.com/lj/ljinprintcurrentissue/890009-403/periodicals_price_survey_2011_.html.csp)
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Art. 5», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª. ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 97-105.
- CUMMINGS Anthony M./WITTE, Marcia L./BOWEN, William G./LAZARUS, Laura O./EKMAN, Richard H., *University Libraries and Scholarly Communication. A Study Prepared for The Nadrew W. Mellon Foundation*, 1992 (disponible en *Google Books*).
- DEL CASTILLO, Isabel-Cecilia, «'Esta obra es mía'. Tesis Doctorales y Propiedad Intelectual», Comunicación, *X Seminario sobre aspectos jurídicos de la gestión universitaria*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 10 y 11 de mayo de 2012.
- EASE (European Association of Science Editors), «Directrices de EASE (Asociación Europea de Editores Científicos) para los autores y traductores de artículos científicos publicados en inglés», http://www.ease.org.uk/sites/default/files/ease_guidelines-june2012-spanish.pdf [visitado 9/7/2012].
- ICMJE (International Committee of Medical Journal Editors), «Uniform Requirements for Manuscripts Submitted to Biomedical Journals», http://www.icmje.org/urm_main.html [visitado 9/7/2012]
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, «Art. 14», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª. ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 209-237.
- MAYORGA TOLEDANO, María Cruz, «La titularidad de las publicaciones científicas y manuales universitarios. Acceso abierto versus derecho de autoría», en VARGAS VASSEROT, Carlos (Dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de resultados de investigación. De la Ley orgánica de Universidades a la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 173-197.
- ORI (The Office of Research Integrity, US Department of Health & Human Services), «Avoiding plagiarism, self-plagiarism, and other questionable writing practices: A guide to ethical writing» (escrito por Miguel ROIG), <http://ori.hhs.gov/sites/default/files/plagiarism.pdf> [visitado 9/7/2012].
- PETIT LAVALL, María Victoria, «Autoría y titularidad de los derechos de explotación relativos a la propiedad intelectual. Especial referencia al caso del *software*», en VARGAS VASSEROT, Carlos (Dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de resultados de investigación. De la Ley orgánica de Universidades a la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 147-172.

- QUIRÓS HIDALGO, José Gustavo, «Titularidad y transmisión de los derechos de autor del profesorado universitario», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 10, 2006, pp. 871-882.
- RAMS ALBESA, Joaquín, «Artículo 14», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel/DÍAZ ALABART, Silvia, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, t.V, Vol. 4ª, Madrid, Edersa, 2004 (se emplea versión electrónica en *VLex*; las páginas se refieren al texto en formato pdf).
- REYNÉS VIVES, Jerónimo D./POU RAYAS, Catalina, «La incidencia de la Ley de Economía Sostenible y de la Ley de la Ciencia en el Tratamiento del autor en las universidades públicas», Comunicación, *X Seminario sobre aspectos jurídicos de la gestión universitaria*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 10 y 11 de mayo de 2012.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Art. 51», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª. ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 838-843.
- ROGEL VIDE, Carlos, «Tesis doctorales y propiedad intelectual», *IX Curso de Régimen Jurídico de Universidades*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pp. 277-291.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», *pe. i.*, *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 4, 2000, pp. 25-67.
- VAN EECKE, Patrick/ KELLY, Jeanne/BOLGER, Peter/ TRUYENS, Maarten, *Monitoring and analysis of technology transfer and intellectual property regimes and their use. Results of a study carried out on behalf of the European Commission (DG Research)*, Bruselas/Dublín, 2009 (disponible en http://ec.europa.eu/invest-in-research/pdf/download_en/monitoring_and_analysis_of_technology_transfer_and_intellectual_property_regimes_and_their_use.pdf)
- VARGAS VASSEROT, Carlos, «La transferencia de resultados de investigación: tercera misión de la universidad», en VARGAS VASSEROT, Carlos (Dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de resultados de investigación. De la Ley orgánica de Universidades a la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 77-103.
- Working Group on Expanding Access to Published Research Findings*, «Accessibility, sustainability, excellence: how to expand access to research publications», 2012, <http://www.researchinfonet.org/wp-content/uploads/2012/06/Finch-Group-report-FINAL-VERSION.pdf> [visitado 19/07/2012].