

ACCESO ABIERTO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

DE ROMÁN PÉREZ, RAQUEL,

Profesora Contratada Doctora (Acreditada a Titular de Universidad)

SUMARO:

1. Introducción
2. Aspectos básicos del acceso abierto
3. El acceso abierto en las Universidades españolas
4. Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación
 - 4.1. ¿A qué personal universitario se aplica el mandato sobre acceso abierto?
 - 4.2. ¿Qué características tienen los trabajos que se deben depositar en abierto?
 - 4.3. Condiciones relativas a la financiación de los trabajos: ¿qué significa que la actividad investigadora debe estar financiada mayoritariamente con fondos de los presupuestos generales del Estado?
 - 4.4. Condiciones de modo y tiempo: ¿cómo y cuándo depositar?
 - 4.5. ¿Qué utilización pueden hacer los destinatarios finales de los trabajos?
 - 4.6. ¿En qué casos el personal de investigación de las Universidades está obligado a dar acceso abierto a los trabajos? ¿Puede elegir difundir sus artículos de otra forma?
5. Real decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado
6. Conclusiones e implicaciones

1. Introducción

El movimiento de acceso abierto, impulsado con más intensidad por la comunidad científica e instituciones de investigación a partir de los años noventa del siglo pasado¹, pretende conseguir que la información científica esté disponible a toda la sociedad de forma gratuita a través de Internet, especialmente cuando se haya financiado con fondos públicos. Este movimiento de carácter mundial se apoya en una serie de declaraciones internacionales de las que resultan emblemáticas la *Budapest Open Access Initiative* (2002), la *Bethesda Statement on Open Access Publishing* (2003) y la *Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities* (2003)².

¹ En relación con los principales hitos del acceso abierto ABADAL, E., (2012), "Retos de las revistas en acceso abierto: cantidad, calidad y sostenibilidad", *Hipertext.net*, 10, <http://www.upf.edu/hipertextnet/numero-10/retos-revistas-en-acceso-abierto.html> [26 de febrero de 2016] y MABELA CASALS, R. y otros, (2013), "El acceso abierto en las universidades españolas: estado de la cuestión y propuestas de mejora", *MEI* II, vol 6, nº 4, p. 56, http://www.rebiun.org/documentos/Documents/IIPE_2020_LINEA2/IIPE_Linea2_acceso_abierto_univ_espa%C3%B1olas_REBIUN_2013.pdf. [26 de febrero de 2016].

² Sobre el contenido de estas declaraciones ver VALVERDE BERROCOSO, J., (2013), "El acceso abierto al conocimiento científico", *REUNI+D*, pp. 21 a 33, <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/36335/6/Acceso%20abierto%20al%20conocimiento%20cientifico.pdf>. [26 de febrero de 2016].

En el ámbito de la Unión europea, se puede destacar la Declaración sobre acceso abierto del Consejo Europeo de Investigación (ERC) de 2007. Y también del mismo año la Comunicación de la Comisión sobre la información científica en la era digital: acceso, difusión y preservación, que tuvo su continuación en las Conclusiones del Consejo de noviembre de 2007, en las que se instaba a la propia Comisión para que experimentara el acceso abierto con las publicaciones científicas resultantes de proyectos financiados por los programas marco de investigación de la Unión europea, e invitaba a los Estados miembros a definir políticas claras para conseguir el acceso y la preservación de la información. En julio de 2012 se aprobó la Recomendación de la Comisión a los Estados, relativa al acceso a la información científica y a su preservación, en la que se señalaban las actuaciones que los países miembros deberían llevar a cabo respecto de los resultados de la investigación financiada por sus propios programas nacionales. Pretendía que se establecieran políticas para el acceso abierto a los artículos y datos científicos en todos los Estados miembros y a todos los niveles. Siguiendo sus propios objetivos la Comisión incluyó el acceso abierto a las publicaciones científicas como principio general del programa Horizonte 2020 para la financiación de la investigación y la innovación en la Unión europea, vigente para el período comprendido entre 2014 y 2020³. Asimismo conviene tener presentes la Comunicación de julio de 2012 sobre el acceso a la información científica como motor para impulsar los beneficios de las inversiones públicas en investigación⁴, y la Comunicación de la misma fecha relativa al Espacio Europeo de Investigación que busca una asociación reforzada en pos de la excelencia y el crecimiento⁵. Esta última considera una prioridad para el Espacio Europeo de Investigación la circulación, acceso y transferencia óptimos del conocimiento científico⁶.

En España las dos normas que son clave para la implantación del acceso abierto son el art. 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación (en adelante LCTI) y el art. 14, 5 y 6 del Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado (en adelante RD 99/2011). La primera de ellas se dirige al personal de investigación cuya actividad investigadora esté

³ El 3 de diciembre de 2013 el Consejo de la Unión europea aprobó el Programa Marco de investigación e innovación Horizonte 2020. Puede verse el Reglamento del Parlamento y el Consejo relativo a Horizonte 2020 en <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/13/pe00/pe00067.en13.pdf>; y el Reglamento sobre diseminación y participación del Programa en <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/13/pe00/pe00066.en13.pdf>.

⁴ Se trata de la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, hacia un mejor acceso a la información científica: impulsar los beneficios de las inversiones públicas en investigación COM (2012) 401 final.

⁵ Ver la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, una asociación del Espacio Europeo de Investigación reforzada en pos de la excelencia y el crecimiento COM (2012) 392 final.

⁶ En estas declaraciones internacionales y en los actos normativos de la Unión europea las referencias a la información científica deben entenderse dirigidas tanto a las publicaciones de los investigadores como a los datos resultantes de su investigación.

financiada mayoritariamente con fondos de los presupuestos generales del Estado, para que haga pública una versión digital de los contenidos que le hayan sido aceptados para publicar en el momento que sea posible pero no más tarde de doce meses después de su publicación. Mientras que el RD 99/2011 obliga al archivo en abierto de las tesis doctorales.

En relación con la aplicación de estas normas en el ámbito de las Universidades públicas, una vez comprendido el significado del acceso abierto, interesa aclarar a qué sujetos afecta, cuáles son exactamente las obras o trabajos que deberán hacerse públicos, el modo en que estas obras deben ponerse a disposición de la sociedad, qué derechos mantienen los autores y qué posibilidades de explotación tienen los usuarios finales. Pero ante todo conviene precisar si estas normas presentan carácter imperativo o no y por tanto si el personal docente e investigador o el alumnado están obligados a dar acceso abierto a sus trabajos o si pueden elegir esta vía como una de las opciones posibles. Este último aspecto deberán tenerlo en cuenta las Universidades en la elaboración de sus políticas de acceso abierto puesto que estas deben ser coherentes con la normativa general.

2. Aspectos básicos del acceso abierto

Para comprender nuestra regulación sobre acceso abierto y cuáles pueden ser las obligaciones o facultades derivadas de ella para el personal docente e investigador y el alumnado de las Universidades públicas, hay que referirse con carácter previo a los elementos que intervienen en su configuración y a la finalidad que se persigue. Comenzando por esta última conviene señalar que con el acceso a los contenidos científicos y académicos permanente, gratuito y libre de restricciones se pretende impulsar la innovación, promover los descubrimientos científicos, así como apoyar el desarrollo económico basado en el conocimiento⁷. Por ello hay que permitir a los investigadores acceder de forma rápida a los trabajos del resto de la comunidad científica, pero también garantizar ese mismo acceso a la sociedad en general y a las empresas⁸. Para lograrlo se proponen dos sistemas fundamentales, conocidos como “vía

⁷ Sobre los beneficios del acceso abierto tal y como se contemplan en las declaraciones y actos normativos sobre el mismo DE ROMÁN PÉREZ, R., “Propiedad intelectual y acceso abierto a artículos científicos”, *Propiedad intelectual en el siglo XXI: Nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor*, (Coord. I. Espín), Reus, Madrid, 2014, p. 107; TODOLÍ SIGNES, A., “El open access en la regulación española”, *Investigación, docencia universitaria y derechos de propiedad intelectual*, (Dir. C. Saíz y J. A. Ureña), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 120 a 123 y también SWAN, A., “Directrices para políticas de desarrollo y promoción del acceso abierto”, *UNESCO*, 2013, pp. 23 a 29, en <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002225/222536S.pdf>. [25 de febrero de 2016].

⁸ Ver el apartado 2 de la Comunicación COM (2012) 401 final, de la Unión europea.

dorada” (*gold road*) y “vía verde” (*green road*), aunque van surgiendo nuevos mecanismos⁹.

La “vía dorada” consiste en la publicación de los trabajos directamente en revistas que ofrecen acceso abierto a través de Internet. El pago de los costes de publicación no recae sobre los lectores, que disponen de los artículos de forma gratuita, sino que se soportan por los autores, o mejor dicho los sufragan las Universidades y centros públicos de investigación a los que pertenecen, o bien los organismo que financian los proyectos de investigación¹⁰.

La “vía verde” tiene lugar con el archivo en repositorios digitales de los artículos que se han publicado en revistas convencionales para su colocación a disposición del público en el momento que sea posible. En ocasiones las editoriales permiten que los trabajos se archiven dando acceso abierto desde el momento mismo de la publicación en la revista, pero otras veces habrá que esperar un periodo de tiempo al que se llama embargo. Con este sistema y siempre que el periodo de espera no sea superior a seis meses, o doce meses si se trata de trabajos de ciencias sociales y humanidades, se entiende que la editorial recupera costes, al mismo tiempo que se alcanzan los beneficios pretendidos con el acceso abierto.

Los repositorios constituyen la infraestructura que permite archivar las publicaciones y dar acceso en línea desde el momento mismo en que sea posible. Las Universidades y los centros de investigación suelen disponer de sus propios repositorios institucionales para los trabajos de los sujetos vinculados a ellos (investigadores, alumnado, etc.), pero además hay repositorios temáticos en los que se puede realizar el archivo por materias. Con el fin de conectar todos ellos y facilitar las búsquedas a las personas interesadas se han ido creando portales, como son RECOLECTA que permite el acceso a los documentos de todos los repositorios de nuestro país¹¹, y OpenAIRE¹² o ROAR para repositorios a nivel internacional¹³.

⁹ En el taller que celebró la Comisión europea en octubre de 2015 sobre modelos alternativos de publicación en acceso abierto, se puso de manifiesto que además de las tradicionales vía verde y vía dorada están surgiendo nuevas formas publicación. El informe sobre el taller está disponible en <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/report-workshop-alternative-open-access-publishing-models>. [29 de febrero de 2016]. Un resumen del mismo en <http://blog.scielo.org/es/2016/01/28/resultados-del-taller-alteroa-recomendaciones-para-el-futuro-del-acceso-abierto/>. [29 de febrero de 2016].

¹¹ Se accede a través de <http://recolecta.fecyt.es>. [25 de febrero de 2016].

¹² Ver en <http://www.openaire.eu>. [25 de febrero de 2016].

¹³ <http://roar.eprints.org/> [26 de febrero de 2016].

En otro orden de cosas hay que reseñar que el acceso abierto se basa en la puesta a disposición del público de las obras y documentos de acuerdo con los usos consentidos por los titulares de los derechos de propiedad intelectual. En las declaraciones y recomendaciones relativas a esta política se aconseja a los autores de las publicaciones científicas que conserven los derechos que sean necesarios y que se limiten a conceder licencias a las editoriales que permitan el acceso abierto, con el fin de contrarrestar la tendencia de ceder en exclusiva los derechos de explotación por un largo periodo de tiempo¹⁴.

3. El acceso abierto en las universidades españolas

En el ámbito universitario pueden citarse dos declaraciones de principios aún sin mencionar que son específicas para el mismo. Se trata de las Recomendaciones que aprobó la Asociación Universitaria Europea (EUA) en 2008 bajo el título de *Recommendations from the EUA Working Group on Open Access*¹⁵ y la Declaración de la Conferencia de Rectores de Universidades Españolas (CRUE) y de la Red de Bibliotecas Universitarias de España (REBIUM)¹⁶. Para la implantación de sus propuestas¹⁷ nuestras Universidades han realizado algunas actuaciones como son la creación de repositorios, la aprobación de políticas sobre depósito, la edición de revistas en acceso abierto, la creación de líneas de ayuda para cubrir los gastos de publicación en revistas externas que siguen la vía dorada o la creación de estructuras para el asesoramiento a la comunidad universitaria en este campo.

Estas actuaciones y otras medidas se han ido implantando de forma desigual, no obstante muchas de Universidades públicas se han dotado ya de repositorios como infraestructura básica¹⁸. Junto a ellos el otro elemento primordial para alcanzar los objetivos del acceso abierto consiste en el establecimiento de políticas orientadas a la

¹⁴ Ver, por ejemplo, el punto 6.2.2. de la Comunicación (2012) 401 final, de la Unión europea.

¹⁵ Disponible en [http://www.eua.be/Libraries/research/Recommendations Open Access adopted by the EUA Council on 26th of March 2008 final 1.pdf?sfvrsn=0](http://www.eua.be/Libraries/research/Recommendations_Open_Access_adop...) [26 de febrero de 2016].

¹⁶ <http://biblioteca.ucm.es/boletin/bibliotecario/01/acceso.pdf>. [26 de febrero de 2016].

¹⁷ El día 29 de enero de 2016 el Consejo de la European University Association, en el que está representada la CRUE, aprobó el desarrollo de una hoja de ruta para ayudar a las Universidades europeas en la transición al acceso abierto. El documento en <http://www.eua.be/Libraries/publications-homepage-list/eua-roadmap-on-open-access-to-research-publications>. [29 de febrero de 2016].

¹⁸ Para obtener la información relativa a las Universidades españolas que cuentan con repositorios en la actualidad consultar [http://repositories.webometrics.info/es/Europe es/Espa%C3%B1a](http://repositories.webometrics.info/es/Europe_es/Espa%C3%B1a). También, para comprender el proceso de implementación de las distintas medidas se puede ver MABELA CASAL., R. y otros, *El acceso*, cit., p. 59 y ss.; y ABADAL, E.; OLLÉ CASTELLÀ, C.; ABAD-GARCÍA, F. y MELERO, R. (2013), "Políticas de acceso abierto a la ciencia en las universidades españolas", *Revista Española de Documentación Científica*, vol. 36, nº 2, <http://redc.revistas.csic.es/index.php/redc/article/view/789/922>. [25 de febrero de 2016].

publicación de los resultados científicos y académicos generados en la Universidad siguiendo este modelo. Sin embargo en nuestro país no todas las Universidades públicas cuentan con políticas de acceso abierto, a pesar de que puedan disponer ya de repositorios¹⁹.

De las políticas de acceso abierto, normalmente aprobadas por los Consejos de gobierno de las Universidades, interesa destacar dos aspectos para luego confrontarlos con lo que establecen el TRLPI²⁰, la LCTI y el RD 99/2011. El primero de ellos se refiere al tipo de materiales que se pide o se recomienda que se archive en acceso abierto en los repositorios. Al respecto hay que señalar que el ámbito objetivo de las políticas de la mayoría de Universidades resulta bastante amplio, de modo que quedan comprendidos tanto los trabajos de investigación como los manuales y otros materiales docentes. Del primer grupo, además de los artículos científicos, se suelen incluir libros o partes de libros, presentaciones a congresos, informes técnicos, etc. En ocasiones las políticas de acceso abierto de las Universidades también se aplican a otros trabajos de la comunidad universitaria que pueden no haberse publicado previamente, como son las tesis doctorales, los trabajos fin de grado o los trabajos fin de máster elaborados por el alumnado.

La otra cuestión sobre la que hay que incidir tiene que ver con la naturaleza que se ha otorgado a las reglas establecidas en estas políticas universitarias. Algunas de ellas obligan al personal docente e investigador a archivar los trabajos en el repositorio correspondiente en un plazo determinado desde su publicación, pero no obligan a que se haga en acceso abierto; dependiendo esta cuestión de la voluntad de los autores y autoras²¹. De manera que estas Universidades ponen a disposición del público los metadatos sobre los trabajos científicos, docentes y otros que producen los miembros de su comunidad universitaria aunque el contenido de dichas obras puede no estar en abierto. Otras de estas políticas **únicamente recomiendan o tratan de incentivar el archivo de los trabajos en los correspondientes repositorios por parte del personal docente e investigador**²². También hay algún caso en que se obliga a difundir los

¹⁹ Sobre las Universidades españolas con políticas de acceso abierto consultar <http://roarmap.eprints.org/view/country/724.html>.

²⁰ Con las siglas TRLPI se hace referencia al Real Decreto 1/1996 de aprobación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, cuya última reforma se ha efectuado por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre (B.O.E. de 5 de noviembre de 2014).

²¹ En este sentido la Política de acceso abierto de los resultados de investigación de la Universidad de Burgos, aprobada por acuerdo del Consejo de Gobierno el 28 de marzo de 2014, señala “los investigadores archivarán lo antes posible en el Repositorio institucional...” y “el archivo se llevará a cabo sin perjuicio de que los autores conserven los derechos morales y de explotación de su obra y el respeto a los contratos de confidencialidad y de cesión...”. Puede contrastarse en http://recolecta.fecyt.es/sites/default/files/contenido/documentos/Politica_institucional_de_acceso_a_bierto_UBU.pdf. [25 de febrero de 2016].

²² En la regulación sobre Política institucional de acceso abierto de la Universidad de Alcalá de Henares, aprobada por su Consejo de Gobierno el 21 de marzo de 2013, se puede leer: “En este contexto

trabajos en acceso abierto dentro de un margen temporal determinado, como sucede en la *Universitat Oberta de Catalunya* que manda a su personal investigador archivar los trabajos en su repositorio colocándolos a disposición del público no más tarde de 12 meses²³.

Respecto de las tesis doctorales, que podríamos considerar los trabajos de investigación más relevantes del alumnado, la regulación sobre el archivo en los repositorios difiere entre Universidades. En unos casos el servicio responsable del repositorio institucional se ocupa del archivo, pero el acceso abierto se hace depender de la autorización dada por el doctorando o la doctoranda²⁴. Mientras que en otros supuestos las Universidades difunden las tesis doctorales en abierto sin solicitar el consentimiento, aunque con salvedades por circunstancias excepcionales como pueden ser la existencia de convenios de confidencialidad con empresas o la posible generación de patentes²⁵.

En cuanto a la posibilidad de difundir en abierto otro tipo de trabajos de investigación del alumnado, como son los trabajos fin de grado y fin de master, hay que decir que las Universidades en sus normas específicas a veces establecen como requisito el archivo en sus repositorios. Obsérvese que el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales²⁶, deja a las Universidades que desarrollen la normativa que sea precisa para su implementación. Por tanto son estas instituciones las que establecen el procedimiento sobre entrega de

normativo, la Universidad de Alcalá favorecerá el depósito en el repositorio institucional e-Buah de los resultados de la investigación de: El personal docente e investigador cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos europeos y de los presupuestos generales del Estado. Los investigadores beneficiarios de ayudas a programas de actividades I+D de la Comunidad de Madrid. El personal docente e investigador beneficiario de ayudas a proyectos subvencionados por la UAH. Las tesis doctorales y los trabajos fin de master realizados en la Universidad de Alcalá. Asimismo, la Universidad de Alcalá recomienda al personal docente e investigador que autoricen al Servicio de Publicaciones de la Universidad el depósito en el repositorio institucional e-Buah de las publicaciones por él editadas como resultado de su actividad académica". Comprobar en http://www.uah.es/biblioteca/documentos/Politica_institucional_acceso_abierto_UAH.pdf. [25 de febrero de 2016].

²³ Señala textualmente: "Para hacerlo, se tendrán en cuenta, si procede, las condiciones establecidas por las editoriales con relación al archivo de los documentos en repositorios de acceso abierto. Si estas condiciones no permiten incluir la última versión de la publicación, hay que incluir la publicación preliminar o, como mínimo, los metadatos completos que la describen y el texto completo, que quedará en acceso restringido con un embargo de 12 meses como máximo". En http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/4967/6/MandatoinstitucionalUOC_esp.pdf. [25 de febrero de 2016].

²⁴ Ver art. 24 del Reglamento de doctorado de la Universidad de Burgos publicado en el B.O.C. y L. de 18 de marzo de 2013.

²⁵ En tal sentido puede verse el art. 13, 5 de la Normativa de desarrollo del Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, que regula los estudios de doctorado en la Universidad Complutense de Madrid, publicado en el B.O.U.C. de 29 de abril de 2015.

²⁶ La última reforma de este Real Decreto tuvo lugar por el Real Decreto 420/2015, de 29 de mayo. El texto consolidado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-18770>.

ejemplares o sobre depósito²⁷. Ahora bien, en la mayoría de los casos las Universidades se limitan a conservar estos trabajos en sus repositorios y solo en algunos supuestos se colocan en acceso abierto desde el momento mismo de su aprobación²⁸.

Pues bien, en relación con estos aspectos de la normativa interna de las Universidades a los que se acaba de hacer referencia se puede anticipar aquí que las políticas universitarias no siempre son coherentes con el TRLPI y con la LCTI. En efecto, como se puede ver en las próximas páginas, de estas Leyes no deriva ninguna obligación general para los miembros de la comunidad universitaria que exija a estos publicar los trabajos de investigación y otras obras en acceso abierto. Sin embargo hay normativa universitaria que a veces incluye una obligación en este sentido para el profesorado y/o el alumnado, como se ha visto.

4. Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación

En los apartados segundo a sexto del art. 37 de la LCTI se configura una regla dirigida al personal de investigación cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos de los presupuestos generales del Estado, con el fin de que “haga pública” la versión digital de los trabajos que hayan sido aceptados para su publicación, siempre que concurren determinadas condiciones. A continuación se tratarán de resolver las principales cuestiones de interpretación que plantea el precepto circunscribiéndolo al ámbito universitario y en relación con el personal perteneciente a las Universidades públicas, pues también se refiere a otros investigadores que no

²⁷ Por ejemplo en la Universidad de Sevilla se debe entregar una copia a la Biblioteca y hay reglas específicas para los ejemplares irreproducibles (Acuerdo 5. 3/CG 21-12-09 por el que se aprueba la Normativa Reguladora de los Trabajos Fin Carrera). En <http://bous.us.es/2010/numero-1/numero-1/archivo-4>. [25 de febrero de 2016]. Otro ejemplo sería el de la Universidad de Zaragoza, que pide en el Reglamento de los trabajos de fin de grado y de fin de máster (Acuerdo de 11 de septiembre de 2014, del Consejo de Gobierno), que la memoria se deposite mediante medios electrónicos. Además determina que los trabajos de fin de grado y de fin de máster podrán pasar a formar parte del corpus bibliográfico de la Universidad de Zaragoza, en el repositorio institucional de acceso abierto, siempre y cuando el estudiante y el director den su conformidad (art. 13). En <http://wzar.unizar.es/servicios/coord/norma/traba14.pdf>. [29 de febrero de 2016].

²⁸ El Reglamento sobre la elaboración y evaluación del trabajo de fin de grado de la Universidad de Valladolid (B.O.C. y L. de 25 de abril de 2013), establece: “Una copia de los TFG aprobados será incorporada en formato electrónico al repositorio documental UVADoc con acceso abierto salvaguardándose siempre los derechos de propiedad intelectual del autor”. En <http://www.uva.es/export/sites/uva/2.docencia/2.01.grados/2.01.05.areaestudiantes/documentos/Normativa-trabajo-fin-de-grado.pdf>. [25 de febrero de 2016]. Ver también la Política institucional de acceso abierto de la *Universitat Oberta de Catalunya*, que obliga a depositar los trabajos fin de grado y trabajos fin de master, que serán de libre consulta para uso docente y de divulgación, a menos que el autor manifieste explícitamente su carácter confidencial en el trabajo.

encajan en el objeto de estudio de esta monografía, como son los pertenecientes a los Organismos públicos de investigación de la Administración del Estado y a los Organismos públicos de investigación de otras Administraciones.

4.1. ¿A qué personal universitario se aplica el mandato sobre acceso abierto?

El art. 37, 2 de la LCTI establece un mandato dirigido a un personal²⁹ al que califica como “personal de investigación”, utilizando una denominación que en este apartado de la Ley no parece tener el mismo significado que en otros lugares en que también se emplea. Además la LCTI en unas ocasiones utiliza la expresión “personal investigador” y en otras “personal de investigación” y no parece que siempre sean equivalentes. De hecho, salvo en el art. 37, que sin ninguna duda se aplica a las Universidades públicas y al resto de entidades del Sistema español de ciencia, tecnología e innovación, la LCTI únicamente utiliza el término “personal de investigación” en un apartado reservado a los Organismos públicos de investigación de la Administración general del Estado, cuyos preceptos van dirigidos al personal técnico (Cap. II del Tit. II de la LCTI). Y es precisamente en este capítulo en el que aparece la definición de “personal de investigación” como una categoría general que incluye tanto al “personal investigador” como al “personal técnico” de aquellas entidades (art. 27, 1). En mi opinión cuando el art. 37, 2 utiliza esta misma terminología no se estaría refiriendo al personal que describe el art. 27, 1 sino al que se define en el art. 13 bajo la denominación de “personal investigador”. Es una deducción lógica porque el art. 27 de la LCTI se inscribe en un capítulo que sólo se refiere al personal de los Organismos públicos de investigación de la Administración general del Estado, e incluye dentro del concepto “personal de investigación” al “personal técnico”, resultando que para este último no se contempla la obligación de difundir los resultados de investigación según lo indicado en la Ley, como sin embargo sí se prevé para el “personal investigador” del art. 13 (art. 15, c) de la LCTI).

Siguiendo la interpretación anterior el personal al que se refiere el art. 37, 2 es el que define el art. 13 de la LCTI de la siguiente manera: “ 1. A los efectos de esta ley, se considera personal investigador el que, estando en posesión de la titulación exigida en

²⁹ Debe tenerse aquí presente que para los autores que siguen la postura doctrinal según la cual los derechos de explotación de la obra resultante de la actividad investigadora corresponden a la entidad pública en la que el investigador desarrolla sus funciones, compete realizar lo que dice el art. 37 de la LCTI a las Universidades o centros de investigación y no a los investigadores. Sobre esta interpretación ver CAVANILLAS MÚGICA, S., “Propiedad intelectual y ciencia en la Ley de la economía sostenible y en la Ley de la ciencia, la tecnología y la innovación”, *Revista de propiedad intelectual*, pe. i., nº 41, 2012, pp. 32 y 33 y MAYORGA TOLEDANO, M. C., “La titularidad de las publicaciones científicas y manuales universitarios en acceso abierto versus derechos de autoría”, *Régimen jurídico de la transferencia de resultados de investigación*, (Dir. C. Vargas Vasserot), La Ley, Madrid, 2012, p. 192.

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. Será considerado personal investigador el personal docente e investigador definido en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de noviembre, de Universidades, entre cuyas funciones se encuentre la de llevar a cabo actividades investigadoras. 2. El personal investigador podrá estar vinculado con la Universidad pública u Organismo para el que preste servicios mediante una relación sujeta al derecho administrativo o al derecho laboral, y podrá ser funcionario de carrera, funcionario interino o personal laboral fijo o temporal, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”.

Por lo tanto las condiciones que deben cumplirse para pertenecer a la categoría de personal investigador son ostentar la titulación requerida y desarrollar una actividad investigadora. En el ámbito universitario, el art. 13, 1 de la LCTI precisa que forma parte de este colectivo el personal docente e investigador definido en la LOU que tenga funciones de investigación. Pero además hay que considerara a otro personal, porque las Universidades, aparte de utilizar las figuras funcionariales y contractuales típicas que se definen en la LOU, están facultadas para contratar a personal investigador, técnico o de otro tipo a través de contratos de trabajo por obra o servicio determinado para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica (art. 48, 1 de la LOU). Y también pueden contratar a personal investigador al margen de las figuras típicas de la LOU sin que tenga por qué estar vinculado a un proyecto concreto de investigación³⁰. Así lo permite el apartado 3 bis del art. 48 de la LOU cuando señala que las Universidades “asimismo podrán contratar personal investigador conforme a lo previsto en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación”.

Pues bien, en relación con el primer colectivo, es decir el personal docente e investigador definido en la LOU, en la propia Ley y en el resto de normativa universitaria se observa que hay figuras para las que se reconocen funciones investigadoras y otras para las que no sucede así, aunque este profesorado puede realizar actividades investigadoras en la práctica. En efecto, por una parte se atribuyen funciones investigadoras de forma explícita a los profesores Catedráticos y Titulares de Universidad, a los Contratados Doctores, a los Visitantes y a los Ayudantes Doctores. Por otra se reconocen funciones investigadoras a los Catedráticos de Escuela universitaria y a los profesores Titulares de Escuela universitaria que sean doctores, pero no a los últimos cuando carezcan de la correspondiente titulación. Tampoco se

³⁰ A propósito de las distintas vías para la contratación de personal investigador en las Universidades públicas puede consultarse MARINA JALVO, B., “Cuestiones esenciales del régimen jurídico del personal investigador al servicio de las Universidades públicas tras la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 30, 2012.

reconocen funciones investigadoras de manera expresa a los profesores Ayudantes³¹, Colaboradores o a los Asociados³². De modo que en torno a este último profesorado al que no se le atribuyen funciones investigadoras de forma expresa, se plantea la duda de si el art. 37 de la LCTI se le aplica o no cuando realiza actividades de investigación que se plasman en publicaciones, pues como ya se ha apuntado muchos de los miembros de este heterogéneo colectivo investigan y publican sus trabajos.

Lo cierto es que este personal docente e investigador además de que no cumple la condición que establece el art. 13, 1, sobre el reconocimiento expreso de funciones investigadoras en la LOU, tampoco satisface el otro requisito de “estar en posesión de la titulación exigida en cada caso” por no ostentar el doctorado. Precisamente en relación con esto último a lo largo de la LCTI “el doctorado o equivalente” es la titulación que aparece como aquella de la que se hace depender la atribución de funciones investigadoras plenas (arts. 22, 23, 26, 5 de la LCTI). Solo de manera excepcional recibe la consideración de personal investigador en formación el personal con contrato predoctoral (art. 21 de la LCTI)³³. Por esta razón parece que no cabe interpretar que el profesorado que investiga sin tener reconocidas funciones investigadoras, cuando además no cuenta con el doctorado, pueda considerarse “personal de investigación” a los efectos del art. 37 de la LCTI. Por lo que el precepto no se aplicaría a los Titulares de Escuela universitaria que no fueran doctores, a los Ayudantes, Colaboradores y Asociados. No obstante nada impedirá que de forma voluntaria archiven en acceso abierto sus trabajos admitidos para publicación en las correspondientes revistas.

Por otro lado, como ya se ha visto las Universidades pueden contratar personal investigador a través de figuras distintas a las de la LOU para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica (art. 48, 1 de la LOU), o sin que necesariamente estén vinculados a proyectos específicos (48, 3 bis de la LOU). En conexión con ello la LCTI establece las reglas aplicables a la contratación de este personal investigador de carácter laboral en los arts. 20 a 28, señalando las especificidades propias para las Universidades públicas en los arts. 31 a 32. De manera que las Universidades pueden contratar personal investigador a través de modalidades de contrato específicas de la LCTI (contrato predoctoral, etc.), y también conforme a cualquier otra modalidad del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (TRLET) de acuerdo con la normativa de la Comunidad autónoma y la Universidad (art. 20, 2 de la LCTI).

³¹ El art. 49, b de la LOU señala que la finalidad principal del contrato será completar la formación docente e investigadora de estas personas.

³² A propósito del compendio de normas que se ocupan de las distintas figuras del profesorado ver DE ROMÁN PÉREZ, R., “Acceso abierto a los resultados de investigación del profesorado universitario en la Ley de la ciencia”, *Diario La Ley*, nº 7986, 2012.

³³ Se trata de un personal que destina la mayoría de su dedicación en la Universidad a una actividad investigadora y que se encuentra en cumplimiento de los requisitos para llegar a la obtención del doctorado.

En cuanto a las modalidades típicas de la LCTI hay que observar que en la propia norma reciben la consideración de personal investigador, por lo que no habría que dudar de su incardinación al art. 37, 2 de esta Ley. No obstante también hay un reconocimiento de funciones investigadoras para ellos (arts. 21 a 23). Por su parte, en lo que se refiere a la contratación que pueda hacerse de acuerdo con el TRLET y la normativa de la correspondiente Comunidad autónoma (art. 20, 2 de la LCTI) se entiende que si se trata de personal investigador reunirá las condiciones que aparecen en la definición del art. 13, 1 de la LCTI en su comienzo.

Por último señalar que el art. 48, 1 de la LOU no solo faculta a las Universidades a contratar personal investigador vinculado a concretos proyectos de investigación, sino que también incluye la posibilidad de contratar del mismo modo a personal técnico. Sin embargo la LCTI no establece ni las funciones, ni los derechos y obligaciones que tiene dicho personal técnico cuando está vinculado con las Universidades públicas. No obstante, si se aplicara por analogía lo que establece para ellos la LCTI cuando pertenecen a Organismos públicos de investigación, no tendrían la obligación de difundir sus trabajos de investigación en abierto³⁴. De donde se deduce que el art. 37 de la LCTI no se aplica al personal técnico que contraten las Universidades con vinculación a proyectos de investigación.

4.2. ¿Qué características tienen los trabajos que se deben depositar en abierto?

En cuanto al objeto sobre el que recae la norma, el apartado 2 del art. 37 de la LCTI delimita el tipo de trabajos que el personal de investigación debe publicar en abierto refiriéndose a ellos como “los contenidos que le hayan sido aceptados para publicación” “en publicaciones de investigación seriadas o periódicas”. Por lo que, a pesar de la imprecisión terminológica, cabe entender que el objeto sobre el que recae la regla del art. 37, 2 de la LCTI está constituido únicamente por los artículos resultantes de investigaciones científicas que se publican habitualmente en las revistas destinadas a ellos, y no por otro tipo de obras o contenidos³⁵. Por tanto quedarían al margen del mandato otros trabajos de investigación, como son las monografías o los capítulos de libros, que evidentemente no están destinados a su publicación en revistas científicas. También quedarían excluidos los datos obtenidos con la actividad de investigación y los materiales docentes.

³⁴ Recuérdese que en el listado de obligaciones previstas para el personal técnico no se incluye la de difundir los resultados conforme a la propia LCTI, como sí se contempla en el art. 15, c) para el personal investigador.

³⁵ En DE ROMÁN PÉREZ, R., *Acceso, cit.*, p. 4, se explica el significado de la terminología utilizada de acuerdo con las definiciones de la Ley 23/2011, de 29 de julio, de Depósito Legal.

El documento concreto que el personal investigador ha de colocar en abierto debe consistir en “una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados”. Es decir, se trata de los artículos científicos una vez que han sido aprobados para su publicación en las revistas correspondientes y esto con independencia de los procesos de selección y aprobación de cada una de ellas, pues no se ha contemplado nada que indique que deba tratarse de trabajos que hayan pasado por una revisión por pares ni por otro tipo de control. Así pues se trata de la post-impresión (*post-print*), entendiéndose por tal el texto que haya aprobado la revista editora para su publicación con las indicaciones que en su caso se le hayan formulado al autor o autora. El precepto no incluye las pre-impresiones, que son las versiones del trabajo anteriores a la que se ha admitido para publicar, ni tampoco pueden considerarse incluidas en el mismo las versiones del editor, que tienen el formato de la revista.

4.3. Condiciones relativas a la financiación de los trabajos: ¿qué significa que la actividad investigadora debe estar financiada mayoritariamente con fondos de los presupuestos generales del Estado?

Según el precepto que se analiza el personal de investigación deberá hacer pública una versión digital de sus trabajos cuando su “actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos de los presupuestos generales del Estado”.

No es fácil entender que ha pretendido el legislador cuando ha dirigido su mandato a los investigadores cuyos trabajos sean resultado de una actividad investigadora, que ha sido financiada mayoritariamente con presupuestos generales del Estado, teniendo en cuenta que se trata de una actividad que se desarrolla en las Universidades públicas, en los Organismos de investigación de la Administración General del Estado o en los Organismos de investigación de otras Administraciones públicas.

Centrando la cuestión en las Universidades públicas parece que la norma no se refiere a todas las publicaciones generadas por su personal docente e investigador como consecuencia de su actividad investigadora, ni mucho menos a las que únicamente se obtengan con los recursos de estas instituciones, pues las Universidades públicas y su personal dependen financieramente de las Comunidades Autónomas, con alguna excepción como la UNED. De modo que los artículos y publicaciones que realiza el personal docente e investigador de las Universidades públicas en su labor diaria, contando única y exclusivamente con los medios que le otorga su Universidad, no se habrían obtenido con financiación procedente de los presupuestos generales del Estado.

Tampoco sucederá cuando el profesorado y otro personal investigador alcancen sus resultados de investigación gracias a ayudas de programas de investigación de la Unión Europea, de las Comunidades autónomas o con financiación de empresas privadas con carácter mayoritario. Por lo que hay que descartar que el art. 37 de la LCTI se refiera a todos y cada uno de los artículos científicos elaborados por el profesorado y otro personal investigador en el desarrollo de sus funciones en el seno de las Universidades.

Hay que preguntarse entonces por los trabajos de investigación específicos a los que se aplica el precepto. Si se toma como referencia el modo en el que se han ido introduciendo las políticas de acceso abierto en los distintos programas de investigación³⁶, todo indica que se trata de establecer un mandato semejante al contemplado en las respectivas convocatorias si bien estableciéndolo como regla general para los programas nacionales. Resulta entonces que el precepto afecta a los artículos científicos que se hayan obtenido por la actividad investigadora financiada mayoritariamente con ayudas procedentes de Programas públicos de investigación de ámbito estatal³⁷, aunque no hay que descartar otras posibles vías para la obtención de financiación que también proceda de los presupuestos generales del Estado. Entendido así, la LCTI viene a generalizar una regla de publicación en abierto para los resultados obtenidos gracias a la participación en convocatorias de ayudas a la investigación de la Administración general del Estado, y se evita tener que incluir sus condiciones en cada ocasión. En definitiva, la norma afecta al personal docente e investigador de las Universidades públicas en relación con aquellos trabajos cuyos costes se cubran mayoritariamente con financiación procedente de programas de investigación de ámbito estatal, como son las ayudas del Ministerio de Economía y Competitividad; sin descartar otros supuestos en que la mayor parte de la financiación pudiera provenir de los presupuestos generales del Estado.

4.4. Condiciones de modo y tiempo: ¿cómo y cuándo depositar?

El art. 37 de la LCTI en relación con los artículos científicos del personal de investigación señala que “la versión electrónica se hará pública en repositorios de

³⁶ Ver sobre implementación del acceso abierto en los programas de investigación de la Unión europea y a nivel estatal DE ROMÁN PÉREZ, R., *Propiedad, cit.*, pp. 114 y 115.

³⁷ Así se reconoce en ANGLADA I DE FERRER, L. M.; GONZÁLEZ COPEIRO DEL VILLAR, C., y RICO-CASTRO, P., (Coord.), “Recomendaciones para la implementación del artículo 37. Difusión en acceso abierto de la Ley de la ciencia, la tecnología y la innovación”, *MINECO/FECYT*, 2014, p. 12. http://recolecta.fecyt.es/sites/default/files/contenido/documentos/Implantacion_Art37_AccesoAbierto.pdf. [25 de febrero de 2016], cuando señala que están obligados por el precepto “todos los investigadores que reciban financiación pública de los Planes Estatales de Investigación Científica y Técnica y de Innovación y que hayan decidido difundir los resultados de sus investigación en publicaciones científicas de carácter seriado o periódico”.

acceso abierto reconocidos en el campo de conocimiento en el que se ha desarrollado la investigación, o en repositorios institucionales de acceso abierto” (apartado 3), “pero no más tarde de doce meses después de la fecha oficial de publicación” (apartado 2 *in fine*). De esta manera se está siguiendo el modelo de la “vía verde”, que como se ha visto consiste en archivar los trabajos de investigación en un repositorio que los mantendrá en depósito hasta que se pueda dar acceso público a los mismos. El plazo que se establece para llevar a cabo la difusión de la obra científica en abierto no debe superar doce meses desde que tuviera lugar su publicación en la correspondiente revista.

Por otro lado el precepto hace recaer el mandato que contempla sobre una versión digital del trabajo, dado que este formato resulta imprescindible para poder efectuar el depósito en los repositorios que dan acceso a los documentos a través de Internet. Así pues el personal de investigación de las Universidades deberá tomar las medidas que permitan el archivo de sus artículos a partir de los documentos digitalizados, tanto si fueron aceptados para publicar en una revista digital como si se trata de una publicación en papel. Para llevarlo a cabo puede realizar el *autoarchivo* o en su caso puede enviar el artículo en formato digital a los gestores del correspondiente repositorio institucional o temático³⁸.

4.5. ¿Qué utilización pueden hacer los destinatarios finales de los trabajos?

Cuando el art. 37, 2 de la LCTI se dirige al personal de investigación de determinadas instituciones para que depositen sus trabajos en acceso abierto, no desarrolla qué tipo de utilidades de las obras deberá permitir a los destinatarios. En las declaraciones sobre acceso abierto se propone a los autores, y a los depositarios de la propiedad intelectual, que garanticen a todos los usuarios por igual, el derecho gratuito, irrevocable y mundial de acceso a los trabajos, lo mismo que la licencia para copiarlo, usarlo, distribuirlo, transmitirlo y exhibirlo públicamente, y para hacer y distribuir trabajos derivados, en cualquier medio digital para cualquier propósito responsable, siempre sujeto al reconocimiento apropiado de autoría, lo mismo que el derecho de efectuar copias impresas en pequeño número para su uso personal (Declaración de Berlín de 2003). Con ello se invita a los autores a que hagan la obra accesible con las máximas garantías de difusión, posibilitando su uso en nuevas investigaciones y trabajos, si bien se deja en sus manos decidir exactamente con qué alcance permitir la utilización. En la práctica el personal de investigación de la mayoría de nuestras Universidades públicas, que ha

³⁸ En ANGLADA I DE FERRER, L. M.; GONZÁLEZ COPEIRO DEL VILLAR, C., y RICO-CASTRO, P., (Coord.), *Recomendaciones, cit.*, p. 14, se aconseja incluir en los registros, además de los metadatos bibliográficos, en nombre de la entidad financiadora, el nombre del proyecto o acrónimo y el número de referencia publicado en el B.O.E., para facilitar el seguimiento del cumplimiento del artículo 37 de la LCTI.

depositado sus trabajos en acceso abierto en los repositorios institucionales, da a conocer cuáles son los usos que permite a los destinatarios a través de las conocidas licencias de *Creative Commons*³⁹.

En cualquier caso, con independencia de los usos que se autoricen al público que acceda a los trabajos de investigación, los destinatarios quedan siempre obligados a respetar los derechos morales del autor. Tales derechos, que son irrenunciables e intransmisibles, obligan fundamentalmente a identificar al creador de la obra, mantener inalterado su contenido, o en el caso de estar permitida la transformación a respetar la esencia de la creación (art. 14 del TRLPI)⁴⁰.

4.6. ¿En qué casos el personal de investigación de las Universidades está obligado a dar acceso abierto a los trabajos? ¿Puede elegir publicar en otro medio y de otra forma?

El art. 37, 6 de la LCTI señala, refiriéndose a lo regulado en los apartados precedentes, que “lo anterior 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”. Lo cual significa que el personal de investigación de las Universidades o del resto de organismos previstos en la norma puede ceder los derechos de explotación sobre la obra a una editorial, a una empresa que financie su proyecto, o a otros sujetos. En tal caso deben respetarse los derechos adquiridos por los cesionarios. En consecuencia, si el personal de investigación hubiera cedido en exclusiva los derechos que permiten poner las obras a disposición del público por un tiempo superior a un año, la exclusividad adquirida por los cesionarios impediría realizar la difusión en abierto sin el consentimiento de estos últimos en el plazo marcado por la norma (art. 48 TRLPI). Por lo tanto puede decirse que el personal de investigación únicamente queda obligado por el mandato del art. 37, 2 de la LCTI cuando no haya cedido los derechos de explotación a terceros de forma incompatible con el archivo en los repositorios que dan acceso público y gratuito a los trabajos en las condiciones previstas en el precepto⁴¹.

³⁹ Ver en <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>. [25 de febrero de 2016].

⁴⁰ Al respecto, MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Comentario al art. 14”, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, (Coord. R. Bercovitz), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 209 a 236.

⁴¹ Explican ALONSO ARÉVALO, J.; CARBAJO CASCÓN, F. y CORDÓN GARCÍA, J. A., “La propiedad intelectual y los derechos de autor en bibliotecas y centros de información: revistas digitales y acceso abierto”. *El copyright en cuestión*, (Coord. J. Torres y J. A. González), Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, p. 158, que “en caso de que no se hubieran cedido los derechos de explotación digital o se hubieran cedido con carácter no exclusivo, en principio el autor podrá autorizar el almacenamiento y puesta a disposición de una versión digital de su obra en el repositorio; aunque es cierto que, según las

En definitiva cabe afirmar que los autores de los artículos científicos generados en el seno de las Universidades, financiados mayoritariamente con fondos de los presupuestos generales del Estado, pueden elegir publicar o no en abierto en el plazo que marca la LCTI en la medida en que deciden con carácter previo si ceden o no sus derechos a una editorial de forma incompatible con lo previsto en el art. 37, 2. El cumplimiento de la disposición dependerá de la política editorial que tenga la revista a la que decidan entregar su trabajo y del contrato que se alcance para su publicación⁴². De modo que si el personal de investigación de las Universidades elige alguna de las revistas que permiten en sus contratos editoriales la difusión en abierto de los artículos, deberá ocuparse de hacerlos llegar a los correspondientes repositorios⁴³; mientras que si firma acuerdos de cesión con revistas que lo impiden no estará obligado. No obstante una vez transcurrido el plazo de cesión establecido a favor de la revista, cuenta con la posibilidad de publicar sus trabajos en acceso abierto de forma voluntaria.

En relación con lo anterior hay que apuntar que el carácter dispositivo del precepto se mantiene para los casos en que las obras procedan de la investigación financiada con ayudas de programas nacionales, cuyas convocatorias remitan al art. 37 de la LCTI o cuando no digan nada al respecto, pero la cosa cambia si en la correspondiente convocatoria se incluye una cláusula de obligatoriedad. De manera que si el personal de investigación acepta una ayuda para el desarrollo de sus proyectos dentro del marco de un programa nacional, cuya convocatoria exige la publicación en abierto en un plazo de tiempo determinado, estaría suscribiendo esta condición y con ella quedaría obligado a publicar sus artículos en abierto sin que cupiera otra opción. En este caso, dependiendo de lo previsto en la convocatoria, el personal de investigación debería buscar una revista que publicara los trabajos directamente en abierto (vía dorada), una revista que permitiera colocar el artículo en un repositorio que diera acceso público en el plazo señalado (vía verde), o incluso podría llevar a cabo la difusión directamente en un repositorio⁴⁴.

circunstancias, el acceso abierto desde repositorios puede poner en serio peligro la normal explotación de la obra por parte del editor comercial”.

⁴² Hay portales con buscadores que facilitan información sobre las políticas editoriales de un buen número de revistas como son DULCINEA para publicaciones españolas (<http://www.accesoabierto.net/dulcinea/>) o SHERPA RoMEO en el ámbito internacional (<http://www.sherpa.ac.uk/romeo/search.php>).

⁴³ En ANGLADA I DE FERRER, L. M.; GONZÁLEZ COPEIRO DEL VILLAR, C., y RICO-CASTRO, P., (Coord.), *Recomendaciones, cit.*, p. 14, siguiendo lo que dicen las declaraciones sobre acceso abierto se aconseja al personal investigador que no ceda en exclusiva los derechos que permiten el archivo en abierto en repositorios. Para ello se les propone que negocien con las editoriales la inclusión de una adenda en el contrato o licencia si fuera necesario.

⁴⁴ En cuanto al modo de difusión ver art. 6, 2 de la Convocatoria para 2015 de ayudas correspondientes al Programa Estatal de Investigación, transcrito en las conclusiones de este trabajo.

5. El Real decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado

El art. 14, 5 de RD 99/2011 dispone 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”⁴⁵.

El precepto establece un mandato explícito para la Universidad, a la que exige el archivo de las tesis doctorales en los correspondientes repositorios dando acceso público en el momento mismo en que se aprueban, y una obligación implícita para los autores de los trabajos que no podrán sustraerse a tal difusión en abierto⁴⁶. Esta norma afecta a las tesis doctorales sin distinción, y por tanto a trabajos aún sin publicar (tesis en su modalidad tradicional) y a artículos científicos o capítulos de libros ya difundidos cuando se trata de tesis por agrupación de publicaciones.

Visto lo cual surge inmediatamente la cuestión de si este precepto es o no compatible con la normativa sobre propiedad intelectual. Precisamente esta atribuye la propiedad intelectual al autor de la obra por el solo hecho de su creación (art. 1, 3 del TRLPI). Lo que significa que el creador, aparte de ser titular de los derechos morales, tiene la plena disposición y la exclusividad para la explotación sin más limitaciones que las previstas en la Ley (art. 2 del TRLPI). En el caso de las tesis doctorales ya se ha dicho por la doctrina autorizada⁴⁷ y se ha reconocido por la jurisprudencia⁴⁸ que los únicos autores y titulares de los derechos de propiedad intelectual son los doctores que han dado forma a los trabajos, y que por tanto les corresponde sólo a ellos autorizar si sus obras se van a publicar o no y en su caso decidir sobre las condiciones en que se llevará a cabo.

⁴⁵ El Ministerio de Educación Cultura y Deporte archiva los datos de identificación y resumen de las tesis doctorales que se aprueban en las Universidades en su base TESEO. No todas están disponibles en acceso abierto, pero en caso de que así sea incluye el enlace que lleva al repositorio correspondiente.

⁴⁶ La regla cuenta con una excepción que establece: “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, las Universidades habilitarán procedimientos para desarrollar los apartados 4 y 5 anteriores que aseguren la no publicidad de estos aspectos” (art. 14, 6 del Real Decreto 99/2011).

⁴⁷ ROGEL VIDE, C., “Tesis doctorales y derechos de autor”, *Estudios completos de propiedad intelectual*, vol. III, REUS, Madrid, 2009, pág. 27.

⁴⁸ Ver las sentencias que comenta DEL CASTILLO, I. C., *Esta obra es mía”, Tesis doctorales y propiedad intelectual*, pp. 21 a 23. En <http://www.bcongresos.com/congresos/gestor/ckfinder/userfiles/files/SAJGU/Bloque%20IV/Tesis%20Doctorales%20y%20Propiedad%20Intelectual.pdf>. [25 de febrero de 2016]. También BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Sentencia de 24 de junio de 2004: propiedad intelectual, altura creativa, obras menores. Registro General de la Propiedad intelectual”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2005, nº 67.

Así pues, siguiendo el TRLPI, los doctores y doctoras son los únicos sujetos que pueden autorizar actos de explotación de sus tesis doctorales y las Universidades quedan al margen⁴⁹. Esto no impide entender que una vez que el doctorando inicia los trámites para la defensa de la tesis doctoral, con la entrega de los correspondientes ejemplares esté dando el consentimiento para su divulgación. Dicho en otros términos, el doctorando asume que una vez que entrega los ejemplares exigidos de su tesis doctoral los miembros del tribunal van a leer su trabajo, que el contenido se va a conocer por otras personas en el acto público de defensa (art. 14, 4 del RD 99/2011), y que antes de este trámite los doctores que lo deseen podrán acceder a una de las copias y en su caso presentar alegaciones (art. 13, 3 del RD 99/2011)⁵⁰. Con esto último puede decirse que la obra resulta accesible a un grupo indeterminado de personas, que es la circunstancia que se considera necesaria para entender que la obra ya se ha divulgado⁵¹. A mi modo de ver el consentimiento para la divulgación de la tesis, permitiendo el acceso a los doctores que lo deseen, se otorga de forma tácita⁵² en el momento en el que se entregan los ejemplares de la misma para el inicio de los trámites de defensa⁵³.

Sin embargo para poner la obra a disposición del público a través de un repositorio digital hace falta la autorización expresa del doctor o doctora, teniendo en cuenta que con ello se ejercitan derechos de explotación, como la comunicación pública (art. 20, 2 i) TRLPI), sobre la que el titular aún no se ha pronunciado. O visto desde otra perspectiva cabe decir que la Universidad no está legitimada para difundir el trabajo en abierto sin el consentimiento del autor o autora, dado que no ostenta la propiedad intelectual sobre la tesis doctoral, ni tampoco es cesionaria de las facultades que la integran. En este sentido debe observarse que el TRLPI, la LCTI y la LOU no contemplan excepción alguna respecto de la titularidad de los derechos de propiedad intelectual de los autores de las tesis doctorales. Tampoco contemplan una posible transmisión *ex lege* de las facultades de explotación del doctor hacia la Universidad, ni regulan límite alguno que permita la puesta a disposición del público de las tesis doctorales sin el consentimiento de los autores.

⁴⁹ En este mismo sentido ALONSO, J.; CARBAJO, F. y CORDÓN, J. A., *La propiedad, cit.*, p. 157.

⁵⁰ Cada Universidad establece su propio sistema para dar publicidad al depósito de las tesis que están tramitándose. Por ejemplo la Universidad Autónoma de Barcelona coloca la información en su página web, <http://www.uab.cat/web/estudiar/doctorado/publicidad-de-las-tesis-depositadas-1345682731275.html>. [25 de febrero de 2016].

⁵¹ Sobre esto RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Comentario al art. 4", *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, (Coord. R. Bercovitz), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 77 y 78.

⁵² MARTÍNEZ ESPÍN, P., *Comentario, cit.*, p. 213, señala que la decisión de divulgar la obra puede producirse de un modo expreso o tácito (por un acto positivo que demuestre la intención inequívoca de divulgar).

⁵³ En sentido parecido DEL CASTILLO, I. C., *op. cit.*, p. 41. Ver también el comentario que hace VICENTE DOMINGO, E., a la sentencia de la Audiencia provincial de Madrid de 21 de diciembre de 2012, en el trabajo que realiza dentro de esta monografía sobre el derecho de cita e ilustración.

Además de lo que se ha expuesto hasta aquí sobre las tesis en su modalidad básica, hay que tener en cuenta las peculiaridades de las tesis por compendio de publicaciones. En este caso el trabajo consiste en un número de artículos científicos o de otros estudios que ya se han publicado por revistas o editoriales, o que han sido aceptados para su publicación. Por las mismas razones que en el caso anterior se considera que los únicos autores de los trabajos son los doctorandos que se han encargado de su redacción, y por consiguiente ellos son los titulares de la propiedad intelectual y quienes autorizan o prohíben actos de explotación. Precisamente para que las revistas o editoriales puedan llevar a cabo la publicación de los trabajos necesitarán que los doctorandos den su consentimiento cediendo los derechos correspondientes. En ocasiones la cesión se efectúa con carácter de exclusiva, de manera que las revistas o editoriales cesionarias son las únicas que pueden autorizar o prohibir que los trabajos se difundan en acceso abierto (art. 48 TRLPI). En tales casos la Universidad necesita el consentimiento de las revistas o editoriales para la difusión en acceso abierto de los trabajos que integran la tesis doctoral mientras dure la cesión (art. 48 LPI)⁵⁴. En otra hipótesis si la cesión no es exclusiva la Universidad precisaría del consentimiento del autor o autora de los trabajos, lo mismo que lo necesita en todo caso en relación con las partes de la tesis que sean nuevas tales como la introducción o las conclusiones generales.

En definitiva, el art. 4, 5 del RD 99/2011 sobre enseñanzas de doctorado a mi parecer establece un mandato que es contrario al TRLPI, por lo que me sumo a las posturas doctrinales que consideran que el precepto reglamentario carece de eficacia por oponerse a una norma con rango de Ley⁵⁵. Por esta razón las Universidades que quieran actuar conforme a la normativa vigente deberán contar con el consentimiento expreso de los doctores y doctoras antes de colocar en abierto las tesis doctorales en los repositorios institucionales. Del mismo modo deberán obtener la autorización de las editoriales que hayan publicado los trabajos científicos incorporados a las tesis en la modalidad de compendio de publicaciones, cuando sean cesionarias en exclusiva de las facultades o derechos de propiedad intelectual mientras dure el periodo de cesión.

6. Conclusiones e implicaciones

⁵⁴ En el art. 13, 5 de la normativa de desarrollo del Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, que regula los estudios de doctorado en la Universidad Complutense de Madrid dice: "En el caso de que la tesis se hubiera presentado en formato publicaciones, el doctorando deberá remitir a la UCM autorización de las editoriales en las que se hubieran publicado los artículos para su inclusión en el repositorio institucional de la UCM".

⁵⁵ En sentido semejante ALONSO ARÉVALO, J.; CARBAJO CASCÓN, F. y CORDÓN GARCÍA, J. A., *La propiedad*, cit., p. 157. También CAVANILLAS MÚGICA, S., *Propiedad*, cit., p. 34, aunque solamente para los estudiantes que realicen el doctorado sin tener una relación de servicio con la Universidad. En un sentido diferente RODILLA MARTÍ, C., "Tesis como objeto de derecho de autor", *Investigación, docencia universitaria y derechos de propiedad intelectual*, (Dir. C. Saíz y J. A. Ureña), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 150 a 155, quien ofrece una interpretación particular.

El acceso abierto consiste en poner los resultados de investigación a disposición de la sociedad de forma gratuita a través de Internet, especialmente cuando hayan sido financiados con dinero público. Se consideran resultados de investigación tanto las publicaciones científicas como los datos obtenidos con la actividad investigadora. Por el momento se han ido dando pasos importantes y avanzando en la implantación del acceso abierto de las publicaciones, pero no se ha mantenido el mismo ritmo respecto de los datos, como refleja la normativa española que solo tiene en cuenta las primeras. No obstante en el ámbito internacional y en el seno de la Unión europea se impulsan medidas para conseguir al mismo nivel el acceso abierto para los datos. Dicho lo cual, cabe considerar el acceso abierto a los resultados de investigación como uno más de los aspectos de una política más amplia y global que busca poner a disposición de la sociedad toda información útil⁵⁶. También forman parte de la misma matriz otras políticas como las relativas a recursos educativos abiertos y sobre códigos abiertos de software⁵⁷.

En España la norma que de manera primordial se ha ocupado del acceso abierto ha sido la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación. En el art. 37 establece una regla dirigida al personal de investigación de las Universidades públicas y de otras entidades para que coloquen en acceso abierto los artículos científicos resultantes de las actividades investigadoras financiadas mayoritariamente con fondos de los presupuestos generales del Estado. La norma recae únicamente sobre los artículos científicos y no abarca otros resultados como son los datos, capítulos de libros, libros, etc. El archivo en abierto podrá hacerse en repositorios institucionales o temáticos en un plazo máximo de doce meses desde que tuviera lugar la publicación en las correspondientes revistas.

Su aplicación se circunscribe a los artículos resultantes de investigaciones financiadas mayoritariamente con presupuestos generales del Estado. Así pues, aunque la obtención de la financiación puede obedecer a otros esquemas, de manera principal se refiere a ayudas procedentes de programas públicos de investigación de ámbito estatal. De modo que la norma se aplica al personal de investigación de las Universidades públicas que obtenga ayudas dentro de los programas nacionales de investigación, sin necesidad de que en las correspondientes convocatorias se establezca nada al respecto. No obstante en ellas suele haber una remisión al art. 37 de la LCTI.

⁵⁶ En relación con las nuevas orientaciones en el ámbito de la propiedad intelectual ESPÍN ALBA, I., "Nuevas formas de producción y de acceso al conocimiento: Políticas legislativas. Sobre la necesidad de volver a los principios rectores del derecho de autor", *Propiedad intelectual en el siglo XXI: Nuevos contenidos y su incidencia en el derecho de autor*, Reus, Madrid, 2014, pp. 9 a 40.

⁵⁷ SWUAN, A., *Directrices*, cit., p. 25 y DE ROMÁN PÉREZ, R., *Propiedad*, cit., p. 106.

En cuanto a las condiciones sobre acceso abierto que establecen las convocatorias para la concesión de ayudas dentro de los programas estatales de investigación, hay que observar que pueden coincidir o no con lo que dice el art. 37 de la LCTI. En caso de configurarse de otro modo o establecer otros requisitos, el personal de investigación que solicite, obtenga y acepte las ayudas tendrá otras facultades o asumirá otras responsabilidades u obligaciones. Por ejemplo, en la convocatoria para el año 2015 del procedimiento de concesión de ayudas correspondientes al Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación⁵⁸, hay una remisión al art. 37 de la LCTI en lo básico, pero cambian los plazos y el modo de publicar en abierto. Según dice en su caso la publicación tendrá lugar antes de transcurrir seis meses salvo para artículos de ciencias sociales y humanas, y puede optarse por difundir los artículos en revistas de acceso abierto (vía dorada) o en repositorios⁵⁹.

Ahora bien la norma del art. 37 de la LCTI no obliga al personal de investigación de las Universidades públicas o del resto de organismos que hayan cedido sus derechos de propiedad intelectual a terceros, cuando la cesión resulte incompatible con la puesta a disposición al público de los trabajos en los plazos y por los medios regulados. Por lo tanto, el personal de investigación de las Universidades públicas y del resto de organismos no queda obligado a difundir sus artículos en abierto y puede optar por publicar sus trabajos en revistas que requieran la cesión de sus derechos en exclusiva por un plazo amplio de tiempo. O dicho de otro modo, la norma se configura como dispositiva a pesar de que se ha demostrado que para que las políticas sean realmente efectivas deben ser obligatorias⁶⁰. No obstante, con independencia de lo que diga la LCTI, puede conseguirse que todo el personal de investigación que obtenga ayudas en el marco de programas estatales de investigación difunda sus resultados en abierto, introduciendo una condición de obligatoriedad en las correspondientes convocatorias. Además las convocatorias pueden extender la obligación a cualquier tipo de resultados, incluyendo los datos, capítulos de libros o libros. También cabe hacer lo mismo en otros

⁵⁸ Puede verse en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-6984.

⁵⁹ El art. 6, 2 de la resolución dice Textualmente: “Cuando los resultados no sean susceptibles de protección de derechos de propiedad industrial o intelectual, las publicaciones científicas resultantes de la financiación otorgada al amparo de la presente convocatoria deberán estar disponibles en acceso abierto, de acuerdo con el artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio. A tales efectos, los autores podrán, con la mayor brevedad posible, optar por publicar en revistas de acceso abierto o bien por autoarchivar en repositorios institucionales o temáticos de acceso abierto, recogidos en la plataforma Recolecta de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT) u otros repositorios promovidos por las propias instituciones, los trabajos científicos que hayan sido aceptados para su publicación en publicaciones seriadas o periódicas. La publicación se producirá en un plazo no superior a los seis meses tras su publicación comercial, salvo en el área de Humanidades y Ciencias Sociales, donde el plazo establecido no será superior a un año”.

⁶⁰ SWAN, A., *Directrices, cit.*, p. 42.

ámbitos como en el de las Comunidades autónomas, que tienen sus propios programas de investigación.

En cualquier caso, cuando el personal de investigación elige publicar sus resultados en acceso abierto, o cuando queda obligado porque ha aceptado una ayuda para financiar su investigación, procedente de una convocatoria en la que se ha introducido una condición de obligatoriedad; las formas de llevar a cabo la difusión según el supuesto en que se encuentre son la publicación inmediata en acceso abierto o el archivo de los trabajos con un periodo de embargo. La difusión de forma inmediata puede realizarse a través de una revista que publique sus artículos de este modo⁶¹, o cabe la posibilidad de publicar en un medio tradicional que consienta el depósito de los trabajos en un repositorio dando acceso abierto de forma simultánea. También existe la opción de publicar con una editorial que exija la cesión en exclusiva de los derechos por un periodo de tiempo de seis o doce meses, que permita al mismo tiempo el archivo en un repositorio para poner el trabajo en abierto cuando se cumpla el plazo.

Para que el personal de investigación pueda publicar en abierto sus trabajos ha de conocer cuáles son las políticas de las revistas o editoriales antes de contactar ellas. Para facilitarlos hay buscadores como Dulcinea o SHERPA RoMEO que muestran si las revistas o editoriales permiten o no colocar los trabajos en acceso abierto. Sin embargo no todas ellas aparecen en estas bases de datos, a lo que se suma que muchas veces se entregan los trabajos y no se recibe ningún documento escrito que señale las condiciones de la cesión que es necesaria para la publicación. En estos casos lo más apropiado será ponerse en contacto con la editorial y comprobar si permite difundir los trabajos en acceso abierto y en qué condiciones⁶².

Por otro lado cumplir con la obligación del acceso abierto o llevarlo a cabo de forma voluntaria implica que como mínimo se va a permitir la visualización del contenido del trabajo a través de Internet y que este podrá leerse por cualquier persona desde cualquier lugar, sin que haya que pagar por ello. Facilitar otras utilidades como pueden ser la traducción o la realización de obras derivadas dependerá de lo que permita el autor del trabajo. Para que los destinatarios finales sepan qué usos pueden realizar se suelen hacer constar junto a la obra la licencia que otorga su autor o autora, normalmente a través del sistema de *Creative Commons*. En todo momento la utilización debe hacerse con respeto a los derechos morales de los autores.

⁶¹ Hay que observar que si el personal de investigación desea o queda obligado a difundir un trabajo en un repositorio y lo entrega para publicar a una de las revistas que difunden los trabajos en internet en abierto debe constatar que la editorial de la misma permite utilizar la vía del repositorio al mismo tiempo.

⁶² Recordemos que en nuestro país se establece un plazo supletorio de cinco años para cuando no se ha pactado nada sobre la duración de la cesión (art. 43, 2 TRLPI).

Pues bien, el art. 37 de la LCTI, junto al TRLPI, forma parte de un marco normativo que las Universidades públicas deben respetar al aprobar sus reglamentos sobre acceso abierto. Esto supone que las políticas institucionales de las Universidades públicas no pueden obligar al personal investigador a colocar en acceso abierto ni sus artículos científicos ni otros trabajos, puesto que esta obligación resultaría contraria a la LCTI y no respetaría los derechos de propiedad intelectual de los autores según el TRLPI. Sin embargo no contradice tales normas y puede incorporarse a las políticas de las Universidades, la obligación de archivo de los trabajos resultantes de la investigación sin dar acceso abierto inmediato, haciendo depender este de la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual. De esta manera los repositorios de las Universidades públicas pueden poner a disposición de la sociedad los metadatos de los trabajos de investigación de su personal, como son autoría, título, revista en la que se publicó, editorial, etc. Se trata de una medida que permite localizar las publicaciones que existen sobre un tema, para que las personas interesadas puedan iniciar las gestiones necesarias para acceder a los contenidos⁶³. Por otro lado puede servir de motivación al personal de investigación para decidirse a colocar en abierto sus trabajos publicados con editoriales a las que cedieron sus derechos, pues una vez realizado el esfuerzo del autoarchivo, o en su caso el de enviar la documentación a los gestores de los repositorios, el esfuerzo adicional de consultar cuánto tiempo hay que esperar no parece muy grande comparado con el beneficio que representa poner a disposición del público los trabajos cuando sea posible. Sobre lo último ya se ha demostrado que al difundir los trabajos en acceso abierto aumenta considerablemente el número de lectores y al mismo tiempo mejora el impacto académico incrementándose el número de citas que recibe el autor⁶⁴.

Por otra parte tiene perfecta cabida en las políticas institucionales de las Universidades públicas la recomendación de archivo de todo tipo de obras y materiales como viene siendo la tendencia. Esto más adelante puede facilitar el acceso abierto a los datos, los recursos docentes, etc.

En otro orden de cosas, pero también relacionado con la reglamentación adoptada por las Universidades públicas, hay que referirse al Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, que se ocupa de la difusión de las tesis doctorales en acceso abierto, y en principio es la norma general que deben seguir aquellas instituciones a la hora de redactar su regulación interna sobre este aspecto. Sin embargo el RD 99/2011 obliga a las Universidades y a los doctores a la

⁶³ Explica SWAN, A., *Directrices, cit.*, p. 44, que los metadatos son indexados por herramientas de búsqueda como es *Google Scholar*, lo que permite a los usuarios descubrir su existencia mientras permanecen en periodo de embargo.

⁶⁴ SWAN, A., *Directrices, cit.*, p. 28.

difusión de las tesis doctorales en abierto en contra de lo que dispone el TRLPI. De lo que resulta que en este aspecto el RD 99/2011 carece de eficacia por oponerse a una norma con rango de Ley. Por ello las Universidades en su normativa interna sobre doctorado no deberían obligar a los autores y autoras a colocar en acceso abierto sus tesis doctorales. Sería recomendable, no obstante, hacer figurar que la Universidad se ocupará del archivo de las tesis en formato electrónico en el repositorio institucional y que en su caso se dará acceso abierto cuando se autorice por los titulares de los derechos de propiedad intelectual. En la misma línea conviene recordar que la normativa interna de las Universidades sobre trabajos fin de grado, trabajos fin de master, o que afecte a cualquier otro trabajo realizado por el alumnado no puede obligar a la difusión de estas obras en acceso abierto, puesto que es algo que corresponde autorizar a los alumnos y alumnas como titulares de los derechos.