

LA EDICIÓN DIGITAL Y LOS DERECHOS DE AUTOR

La Universidad pública como editora de las obras de investigación de la comunidad universitaria

Isabel Cecilia DEL CASTILLO

Letrada de la Asesoría Jurídica de la UCM
Secretaria de la Facultad de Derecho
icecilia@pas.ucm.es

RESUMEN

El trabajo estudia el contenido de los contratos de edición que suele celebrar la Universidad con su personal investigador. Especial mención a la edición digital. Profundiza, además, en la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por la Universidad con grandes bases de datos de titularidad ajena.

Palabras clave: autoría, edición digital, comunicación pública, naturaleza jurídica.

SUMARIO: I. LA UNIVERSIDAD PÚBLICA COMO EDITORA DE LAS OBRAS DE INVESTIGACIÓN DE LA COMUNIDAD UNIVERSITARIA.—1. Cesión de los derechos de explotación a la Universidad.—2. Contenido básico obligacional de los contratos celebrados entre los investigadores universitarios y la Institución académica.—3. Derechos transmitidos y edición en modalidad diferente a la autorizada expresamente por el autor.—4. Presencia del derecho de comunicación pública en el acceso a las obras digitales.—5. Otra perspectiva: la comunicación pública sin autorización del autor, incumplimiento contractual o usurpación de los derechos de propiedad intelectual?—6. El tipo delictivo y la edición digital sin consentimiento del autor.—7. Excepciones al derecho exclusivo de comunicación pública con fines de enseñanza o de investigación científica.—8. Las Universidades públicas y la digitalización de las obras de investigación incorporadas a su acervo científico. Contratos de edición digital.—9. Órgano jurisdiccional competente.—II. LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LA UNIVERSIDAD CON GRANDES BASES DE DATOS DE TITULARIDAD AJENA.—1. Naturaleza jurídica de los contratos celebrados con empresas.—2. En principio, contrato administrativo de servicios.—3. Examen de la posible naturaleza privada del contrato.—4. La posibilidad de estar ante un contrato administrativo especial.—5. En cualquier caso, posibilidad de utilizar el procedimiento negociado.

I. LA UNIVERSIDAD PÚBLICA COMO EDITORA DE LAS OBRAS DE INVESTIGACIÓN DE LA COMUNIDAD UNIVERSITARIA

Es bien conocida la dimensión investigadora de la Universidad, erigida como uno de los tres pilares básicos sobre los que se asienta el servicio público de educación superior¹ que tiene encomendado en virtud de lo dispuesto en el art. 1 LOU. Y en esa labor investigadora convergen, con carácter principal, los sectores del profesorado funcionario, del resto del personal docente investigador y de los estudiantes de tercer ciclo.

La actividad investigadora se desarrolla a lo largo de un proceso de dedicación, análisis e intelección que fructifica en unos resultados concretos. Estos resultados en nada servirían a la sociedad si fuesen reservados al ámbito privado del investigador o grupo de investigadores. Por ello, suelen plasmarse en la redacción de artículos destinados a su publicación en revistas especializadas y de impacto científico. Pero si lo que realmente importa a la sociedad es la difusión de los contenidos y las novedades derivadas de esa investigación, lo único que protege la LPI² es la redacción o la forma de exposición de aquella investigación, independientemente del proceso seguido para alcanzar los resultados. Y de tal manera, el concepto de «obra» no se identifica con el concepto de investigación, sino que la «obra» será, en todo caso, la forma en que las ideas que subyacen en la investigación aparecen recogidas en ella. Así, tal y como indica Bercovitz³, «las ideas expuestas en un trabajo científico no son protegibles por el derecho de autor. El trabajo recibirá protección si tiene, y en la medida en que tenga, originalidad en su exposición, no en su contenido, sino en su forma».

De gran interés a este estudio es, sin duda, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de enero de 2004 (AC 2004/113), en la que distintos miembros integrantes de un equipo investigador sometían al juicio de la Audiencia tres publicaciones de los resultados de la investigación que había hecho un becario miembro del equipo, bajo su exclusivo nombre, a raíz de la lectura y aprobación de su tesis doctoral. En el ejercicio de sus derechos, los demandantes invocaron las normas que rigen la comunidad de bienes (arts. 392 y 394 del Código Civil), requiriendo una tutela no ya del reconocimiento o reivindicación de la autoría, o coautoría, de

¹ Objetivo nuclear del texto articulado de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades —en lo sucesivo LOU—, según la declaración pronunciada por la entonces Ministra de Educación y Ciencia, hecha el día 19 de abril de 2001.

² Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOE del 22).

³ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Madrid, Tecnos, 1989, p. 212.

los artículos publicados por el demandado, en cuanto formulación expresiva —forma de exteriorización— de conocimientos científicos, sino a la paternidad del contenido de la investigación científica; esto es, al trabajo de investigación cuyos principios, métodos y resultados el demandado, en solitario, enunció formalmente en los referidos artículos.

El demandado alegó en su defensa que el contenido de los datos que figuraban expuestos en los tres artículos formaban parte de su tesis doctoral, de su exclusiva titularidad, negando, en definitiva, la participación eficiente que los actores afirmaban haber tenido en el trabajo científico.

Antes de adoptar su decisión, la Audiencia valoró los siguientes extremos:

1. Los actores no reclamaron la protección de un derecho de autoría respecto de una obra objeto de propiedad intelectual, y de ahí que no mencionaran las normas que regulan el derecho de autor, contenidas en la LPI, dado que la *paternidad* compartida que reivindicaban no lo era respecto de la vestidura formal o formulación expresiva que el autor de los tres artículos empleó para describir, exponer y dar a conocer el contenido y resultados de una investigación científica, sino respecto de *ese contenido de investigación*, por haber invertido su esfuerzo y trabajo en el planteamiento y desarrollo del mismo, contribuyendo a la obtención y descubrimiento de los datos, principios, métodos y resultados consecuentes.

2. 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. Su protección se ejerce, únicamente, sobre la forma concreta elegida por el autor para expresar los contenidos⁴. Es este entendimiento de la protección intelectual el que actúa en beneficio de la sociedad, pues, de otro modo, el desarrollo científico y cultural, así como las libertades de expresión, creación, investigación o enseñanza se verían sometidos a la amenaza de su monopolio por un sujeto.

Finalmente, estas ponderaciones culminaron en una sentencia favorable a la acción merodeclarativa, para el reconocimiento y declaración relativa

⁴ «La limitación de la protección a la forma expresiva, excluyendo las ideas y conocimientos en la medida en que sean separables de esa forma de exteriorización, es lo que establecen preceptos como el art. 2 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), de diciembre de 1996, a tenor del cual la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí, y con idénticos términos el art. 9.2.º del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC o TRIPS), idea rectora del derecho de autor que ya desde la lejana Sentencia de 25 de abril de 1900 ha sido recogida por nuestra jurisprudencia [entre otras, SSTS de 24 de junio de 1965, 20 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1329), 7 de junio de 1995 (RJ 1995, 4628)].»

a que ciertos contenidos intelectuales (la idea en el sentido amplio) procedían 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 intelectual⁵.

Pues bien, refiriendo el presente estudio a estos conceptos de obra y de autoría, hemos de recordar que desde que la obra es creada, la primera facultad que le reconoce la LPI al autor —como hemos visto, al investigador que «redacta» los resultados— es la de decidir sobre la divulgación de su obra (art. 4 LPI). Lo que constituye un acto personalísimo, intransferible e irrenunciable, tal y como expresa la LPI (art. 14), del que se derivan importantes consecuencias. Esta decisión conlleva la determinación de la forma en que se va a hacer accesible la obra al público por vez primera, bien mediante forma escrita, por radio, recitación, conferencia o cualquier otra forma de comunicación.

En ese campo de decisión, es fácil que el autor resuelva la incorporación de su obra a alguna de las revistas científicas universitarias que, al tiempo de propagar los resultados de su estudio científico, técnico o artístico, promueven el prestigio y credibilidad tanto de los investigadores como de la propia Universidad en cuyo seno se ha elaborado la investigación⁶. Indiscutiblemente, el valor de estas publicaciones influye en la conquista de un nivel prioritario dentro de la comunidad científica internacional; nivel que es predicable a título personal e institucional.

Estos motivos sirven a la Institución académica para justificar el interés en la celebración de estos contratos de edición como una manifestación arraigada en las funciones de la Universidad descritas en el art. 1.2, letras *a*), *c*) y *d*), LOU⁷. De forma correlativa, la celebración de los acuerdos de edición de los trabajos investigadores encaja en las competencias de la Universidad deducidas a partir de la autonomía universitaria reconocida en

⁵ Sentencia comentada por R. AVILÉS CARCELLER, «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», *AJA*, núm. 621, de 29 de abril de 2004.

⁶ Tal y como exponía el escrito de demanda del caso sentenciado por la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de enero de 2004 (AC 2004\113): «la comunidad científica internacional evalúa y juzga el trabajo de sus miembros principalmente a través de sus publicaciones. Publicar artículos en revistas altamente científicas confiere un prestigio que redunda en credibilidad frente a sus colegas».

⁷ Expresión de las siguientes funciones de la Universidad al servicio de la sociedad, recogidas en el artículo 1 de la LOU:

- a)* La creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura.
- b)* La difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida y del desarrollo económico.
- c)* La difusión del conocimiento y la cultura a través de la extensión universitaria y la formación a lo largo de toda la vida.

el art. 2 LOU, y comprensiva de cualquier competencia necesaria para el adecuado cumplimiento de las funciones señaladas [así en el 2.2.k) LOU]⁸.

1. Cesión de los derechos de explotación a la Universidad

Ciertamente, la fijación de la obra científica en un soporte o medio que permita comunicarla y obtener copias («reproducción» *ex* art. 18 LPI), así como la puesta de dichas copias —o del original— a disposición del público, ya sea mediante venta, alquiler, préstamo u otra forma («distribución» *ex* art. 19 LPI), son derechos económicos («de explotación», sección 2.^a del capítulo III) que corresponden al creador. Raramente, sin embargo, el autor lleva a cabo la explotación de sus derechos por su cuenta y riesgo. Y en la asunción de estos factores, busca la colaboración de un tercero para la explotación de sus derechos de propiedad intelectual.

De esta forma, es harto frecuente que los autores/investigadores celebren contratos de edición con las Universidades, en cuya virtud, aquéllos ceden sus derechos exclusivos a la reproducción y a la distribución de su obra, en los términos descritos en el art. 58 LPI. Bueno es adelantar que, en la mayoría de los casos y dado el valor y la especialización científica o técnica que concentran dichos trabajos, dirigidos casi siempre a un público de elite intelectual y, por ende, reducido, su explotación se hace sin acuerdo relativo a la posible remuneración proporcional a la explotación de la obra, dados los escasos —por no decir negativos— beneficios que la misma genera. Y es, precisamente, la ausencia de lucro que caracteriza a las entidades docentes y de investigación la que dirige el destino de los ingresos obtenidos a la cobertura de los costes en que se incurre. El exceso de rendimientos sobre los costes no perjudicará la ausencia de lucro si los beneficios se destinan a fines culturales o propios de la enseñanza. Estas justificaciones se contemplan como una excepción a los derechos de autor, recogida tanto en la legislación nacional, como en la Directiva 2001/29. A la par de lo dicho, la Directiva de referencia no establece para estos supuestos una remuneración económica a favor de los titulares de derechos, pues, como indica Erdozain, «ha pesado más, indudablemente, el interés social por la difusión de la cultura que otras consideraciones más crematísticas»⁹.

⁸ Es decir: «Cualquier otra competencia necesaria para el adecuado cumplimiento de las funciones señaladas en el apartado 2 del artículo 1».

⁹ Cfr. J. C. ERDOZAIN, *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet. Práctica jurídica*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 142.

2. Contenido básico obligacional de los contratos celebrados entre los investigadores universitarios y la Institución académica

En el interés de este trabajo, el investigador y la Universidad pactan privadamente la cesión de la obra de ingenio para su edición en la revista universitaria correspondiente, mediante documento escrito¹⁰ que, en principio, deberá expresar el contenido mínimo señalado en el art. 60 LPI.

Y digo bien al decir en principio, pues si es cierto que la LPI impone la descripción, *en todo caso*, de los elementos detallados en el antedicho art. 60, la peculiar naturaleza derivada de la incorporación de las obras del talento a bases de datos digitalizadas provoca la necesidad de desviar el mandato de aquel precepto legal. Pues, en efecto, el contrato de edición en su concepción tradicional tiene como objeto la reproducción y distribución de la obra en un medio tangible para su comercialización en el mercado. Caminos zigzagueantes, no obstante, emprende la edición digital hasta alcanzar especiales matices en la publicación en línea. En este caso, como veremos más adelante, no se produce propiamente una distribución, sino una transmisión «*on demand*» o a la carta de una obra o prestación digitalizada reproducida electrónicamente en la memoria interna del ordenador; es decir, se produce una explotación individualizada y en soporte no tangible, que enlaza con el derecho de comunicación pública. Retengamos, por el momento, estos elementos en nuestra memoria, a los que volveremos en sucesivos apartados.

Regresando, pues, al punto de partida, es bien sabido que en todo acuerdo contractual surgen obligaciones a favor y en contra de cada una de las partes. Por medio del contrato de edición, el editor se obliga a cumplir los siguientes compromisos, impuestos en el art. 64 LPI:

1. Reproducir la obra en la forma convenida, sin introducir ninguna modificación que el autor no haya consentido y haciendo constar en los ejemplares el nombre, firma o signo que lo identifique.
2. Someter las pruebas de la tirada al autor, salvo pacto en contrario.
3. Proceder a la distribución de la obra en el plazo y condiciones estipulados.

¹⁰ El capítulo del Código Civil dedicado a la eficacia de los contratos se inicia con el artículo 1.278, cuya letra consagra la obligatoriedad de los contratos, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez. Pese al sistema espiritualista imperante en nuestra legislación y que late de forma singular en el precepto citado, no se puede olvidar la exigencia, por motivos de seguridad jurídica, de las imprescindibles formas de que han de investirse determinados negocios jurídicos, unas veces *ad probationem* y otras *ad solemnitatem*. En el campo que aquí tratamos es la propia LPI la que exige la formalización por escrito del contrato de edición.

4. Asegurar a la obra una explotación continua y una difusión comercial conforme a los usos habituales en el sector profesional de la edición.

5. Satisfacer al autor la remuneración estipulada y, cuando ésta sea proporcional, al menos una vez cada año, la oportuna liquidación, de cuyo contenido le rendirá cuentas. Deberá, asimismo, poner anualmente a disposición de autor un certificado en el que se determinen los datos relativos a la fabricación, distribución y existencias de ejemplares. A estos efectos, si el autor lo solicita, el editor le presentará los correspondientes justificantes.

6. Restituir al autor el original de la obra, objeto de la edición, una vez finalizadas las operaciones de impresión y tirada de la misma.

Estos compromisos se enlazan con el casi único objeto de la explotación comercial de la obra en el mercado, independientemente de si es el editor quien realiza las operaciones personalmente, o si lo hace con la colaboración de terceros, pues es él, al fin y al cabo, el único responsable de llevar a cabo la edición en los términos pactados con la cesión de los derechos.

A su vez, el autor deberá respetar las siguientes obligaciones que detalla el art. 65 LPI:

1. Entregar al editor en debida forma para su reproducción y dentro del plazo convenido la obra objeto de la edición.

2. Responder ante el editor de la autoría y originalidad de la obra y del ejercicio pacífico de los derechos que le hubiese cedido.

3. Corregir las pruebas de la tirada, salvo pacto en contrario.

En cualquier caso, las finalidades de docencia e investigación que tiene asumida la Universidad, al margen de cualquier ánimo de lucro, modulan los requisitos señalados en el art. 60, para desnudar a las obras creativas de todo condicionante propio de la explotación comercial. Es obvio, por demás, que el objeto del contrato de edición no será la distribución de la obra en el mercado para su comercialización, sino la difusión en los núcleos científicos, técnicos y artísticos, para su conocimiento y recensión en interés de la sociedad. En síntesis, al actuar la Universidad como un profesional de la edición, no lo hace por interés crematístico, sino que, en el ejercicio de sus competencias, estima la edición como una de las funciones que tiene otorgadas por ley orgánica. Pero de lo que no cabe duda es de que el contrato de edición requiere, necesariamente, la cesión por parte del autor al editor —en este caso, la Universidad— de los derechos de reproducción y distribución de la obra. Como veremos, para poder proceder a la edición digital, la cesión de los derechos habrá de ser bastante más amplia.

3. Derechos transferidos y edición en modalidad diferente a la autorizada expresamente por el autor

Como he apuntado, la definición de las obligaciones del editor implica el respeto a la reproducción de la obra en la forma convenida, y su distribución en el plazo y condiciones estipulados. Por ello, y al margen de que exista o no exista un derecho de remuneración, dado el carácter tan peculiar de la digitalización —considerado como un acto de preparación necesaria para la explotación de la obra—, si no se ha cedido expresamente el derecho para su edición en soporte electrónico, es presumible que tan sólo pueda llevarse a cabo en formato papel, a no ser que se recabe —y se obtenga— la debida autorización del autor. O, dicho de otro modo, la autorización del autor a la edición analógica no entraña la autorización para una reproducción digital no prevista en el contrato¹¹. Lo mismo puede decirse respecto de la fijación de la obra digitalizada en una base de datos alojada en un servidor —acto de reproducción—¹².

Éstos son los criterios mantenidos por los Tribunales estadounidenses en el caso del *Tasini y otros vs. The New York Times y otros*. En 1993, once colaboradores del *New York Times* se opusieron a la decisión del editor del periódico, relativa a la publicación digital de sus artículos, para su incorporación a una base de datos electrónica en formato CD-Rom. Argumentaron los autores/colaboradores que los respectivos contratos que habían suscrito con la empresa no incluían este tipo de reproducción de la obra. Alegaron en su demanda que no podía extenderse la autorización para la reproducción y distribución de los artículos en el formato gráfico habitual, a formas no previstas expresamente en el contrato. Pero, desechando estos argumentos, el Juez del Distrito Federal de Nueva York falló su decisión el 13 de agosto de 1997, dando la razón al editor del diario. La sentencia ofrecía, así, una postura mucho más que polémica: el Juez había estimado lícita la edición digital de las creaciones de los colaboradores del periódico, aun cuando no hubiesen sido autorizadas expresamente, al entender que el derecho a editar una obra incluye la posibilidad de que

¹¹ F. ZAPATA LÓPEZ, «Derecho de reproducción, contrato de edición y medidas técnicas de protección en el entorno digital», en *Boletín de Derecho de Autor*, vol. XXXVI, núm. 3, UNESCO, julio-septiembre de 2002. Accesible en: www.unesco.org/culture/copyright/html_sp/index_sp.html.

¹² Así, la primera de las Declaraciones concertadas relativas al Tratado OMPI sobre Derechos de Autor, al hablar del art. 1.4, dice que: «El derecho de reproducción, tal como se establece en el art. 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en el sentido del art. 9 del Convenio de Berna».

dicha edición pueda ser percibida por un terminal informático; y al estimar también que el formato electrónico de la obra persigue, además, la misma finalidad que su versión impresa, comportando un valor añadido que mejora el acceso y disfrute de la misma por los lectores o usuarios¹³.

La sentencia fue apelada y, finalmente, revocada el día 24 de septiembre de 1999, bajo el criterio de que el editor no puede digitalizar la obra y explotarla en formato electrónico sin la expresa autorización del autor. La Corte Suprema de Estados Unidos confirmó esta última sentencia el día 25 de junio de 2001, expresando que, de no haberse cedido el derecho a reproducir la obra digitalmente, el editor no puede emprender por sí mismo ni autorizar a un tercero (licenciar) la explotación de tal obra en otros medios¹⁴.

Los ordenamientos europeos continentales mantienen esta misma posición. Sirvan como ejemplo, los casos *Volkskrant* (Holanda), *Central Station* (Bélgica) y *Plurimédia y Progrès* (Francia), todos ellos deducidos en torno a la digitalización de diversos artículos periodísticos, sin contar con la autorización de los respectivos autores¹⁵. En las cuatro ocasiones, la jurisprudencia continental coincide en la restricción de los derechos transmitidos en los contratos de edición, excluyendo las modalidades de explotación inexistentes o, al menos, no habituales al tiempo de la cesión.

Volviendo los ojos al Derecho nacional, bueno es recordar que el planteamiento general de nuestro ordenamiento jurídico y, más concretamente, del Código Civil responde al principio individualista que presidió la codificación del siglo XIX y, en consecuencia, la sumisión al viejo dogma de la autonomía de la voluntad, limitada externamente por el orden público y las buenas costumbres que proclaman los arts. 1.255 y 1.316 del Código, y que convirtió a los contratos en leyes para las partes (art. 1.091)¹⁶. El contrato así entendido se edifica sobre los principios de igualdad y libertad de las partes, legitimadas para reglamentar por sí mismas sus relaciones. Basados en la exaltación del individualismo privado y el liberalismo económico, tan en boga en la época de la codificación, sientan los viejos principios *pacta sunt servanda*¹⁷ y *pacta dant legem contractibus*¹⁸, y únicamente

¹³ La página <http://www.onnet.es> ofrece el texto completo de la Sentencia, en su idioma originario, pero comentada en nuestra lengua por X. RIBAS.

¹⁴ Sobre todo esto, véase con especial atención las páginas de consulta: <http://www.find-law.com> y <http://www.nwu.org>.

¹⁵ Sentencias muy brevemente comentadas por F. CARBAJO CASCÓN, *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, Madrid, Colex, 2002, pp. 206 y 207.

¹⁶ Sobre esto léase GACTO, ALEJANDRE y GARCÍA MARÍN, *El Derecho histórico de los pueblos de España*, op. cit., pp. 747 y 748; CASTÁN y DE LOS MOZOS, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. I, 12.^a ed., Madrid, 1986, p. 225.

¹⁷ Cfr. PAULO, 4 ad Ed., D. 2, 14, 7, 7, con el texto del edicto pretorio.

¹⁸ Cfr. ULPIANO, 30 ad Ed., D. 16, 3, 1, 6.

se ven limitados por ciertas normas contenidas en el mismo Código Civil (arts. 1.258, 1.275 y 1.116)¹⁹.

Fruto de una larga elaboración doctrinal, el dogma de autonomía de la voluntad se erige sobre la soberanía de ésta como potestad suprema, portadora del consentimiento libremente manifestado y que se expresa a través de los principios de libertad contractual y consensualismo²⁰. El segundo aspecto fundamental derivado de la autonomía de la voluntad es su fuerza obligatoria. De tal forma, el art. 1.091 del Código Civil equipara la fuerza creadora de obligaciones de los contratos con la ley. El criterio, que en principio pudiera parecer desacertado, responde, sin embargo, a un lógico proceso de mimetismo, en el cual la construcción jurídica trata de parangonar todos los supuestos obligacionales a la ley, configurada como la principal fuente de Derecho. Equiparación, no obstante, que no debe confundirse con la identificación de ambos supuestos²¹.

Retomando el tema de la propiedad intelectual, en este sistema espiritualista que propende a la libertad de pactos —asumidos por las partes con fuerza de ley—, los problemas de interpretación de los contratos de cesión se resuelven favoreciendo, en cierta medida, al autor, históricamente considerado como la parte más desprotegida²².

De tal suerte, el art. 43.1 LPI constriñe los márgenes de la cesión a los derechos expresamente transferidos, de forma que la voluntad transmitente del autor ha de interpretarse de manera restrictiva. Lo que obliga

¹⁹ Así, expresamente, RUIZ SERRAMALERA, *Derecho civil. Derecho de Obligaciones*, vol. II, Madrid, 1992, p. 12. En esta línea, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de julio de 1986 (RJ 1986\4493), hartamente reproducida en Sentencias posteriores, señala que: «El art. 1.091 contiene una norma sancionadora del principio de la autonomía de la voluntad y respeto y obediencia a los pactos». Haciéndose eco de este pronunciamiento, la STS de 22 de junio de 1996 (RJ 1996\6607) sanciona el «*pacta sunt servanda*» dentro de los límites de la autonomía de la voluntad marcados por los arts. 1.255 y 1.258. Y en Sentencia de 26 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9603) señala que: «... el art. 1.091, según declaró la Sentencia de 9 de julio de 1986, contiene una norma sancionadora del principio de autonomía de la voluntad y respeto y obediencia a los pactos, pues obliga a cumplir lo pactado, no lo que unilateralmente trate de imponer una de las partes».

²⁰ C. LARROUMET, *Teoría General del Contrato*, traducción de J. Guerrero, vol. I, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1993, pp. 86 y 87.

²¹ Muy contundente se muestra a este respecto la STS de 3 de noviembre de 1992 (RJ 1992\9190) al advertir que: «... una cosa es conferir a las obligaciones contractuales fuerza de ley entre las partes contratantes, sancionando así el principio de autonomía de la voluntad y respeto y obediencia a las partes, y otra bien distinta entender que las cláusulas o estipulaciones contractuales vengán a identificarse con normas legales propiamente dichas, pues esta interpretación llevaría, como últimas consecuencias inadmisibles, a considerar que todo incumplimiento de un contrato equivaldría a dar entrada al fraude de ley».

²² Así, y para lo que sigue, X. RIBAS, en el comentario que hace a la Sentencia del caso *New York Times*, en la página <http://www.onnet.es>.

a detallar en el contrato de cesión las modalidades de explotación, el tiempo y el ámbito territorial:

«Los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos “inter vivos”, quedando limitada la cesión al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito que se determinen».

El apartado 2 del citado precepto acude al sistema de presunciones propio del Derecho privado antes indicado, y dice que:

«Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo».

Siguiendo la línea expositiva de Ribas²³, el ejercicio de esta deducción exigirá un esfuerzo interpretativo de la voluntad de las partes, que deberá tener en cuenta los siguientes elementos:

— El texto del contrato y la interpretación de la voluntad de las partes que se deduzca de los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la firma del acuerdo.

— La finalidad del contrato —paralelismo que encuentra con la sentencia dictada en el caso *Tasini y otros vs. The New York Times*—.

— Los derechos que se consideren indispensables para cumplir la finalidad del contrato.

Finalmente, el apartado 5 del precepto comentado reduce la transmisión de los derechos de explotación a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes, o desconocidos al tiempo de la cesión. Criterio que deja bastante clara la postura del legislador español y que permite entender, *sensu contrario*, que la cesión alcanza plenamente a las modalidades que existan en el momento de la celebración del contrato. Por lo que, en el tema que aquí nos ocupa, deberá dilucidarse si al tiempo de la cesión de los derechos existía la tecnología CD-Rom, y las bases de datos con acceso mediante telecomunicación, servicios en línea y redes telemáticas como Internet. Evidentemente, este apartado rige cuando el autor cede la *totalidad* de sus derechos al editor²⁴ para la explotación comercial de la obra. En otro caso, habrá de estarse a lo dispuesto en el apartado 1

²³ Cfr. X. RIBAS en la página <http://www.onnet.es>, ya citada.

²⁴ Naturalmente, la cesión de todos los derechos lo es sólo respecto de los de explotación, nunca de los derechos morales de autor, que son irrenunciables e inalienables.

del art. 43 y, supletoriamente, a lo establecido en el apartado 2 del mismo precepto.

Por estos motivos, la digitalización y su inclusión en bases de datos ubicadas en un servidor son actos que pertenecen a la esfera de los derechos exclusivos de autor y, en consecuencia, están sometidos a su autorización. Así lo entienden Massaguer y Saelles²⁵ al afirmar que «la explotación de la obra no puede llevarse a cabo más que en la forma en que éste haya establecido y difícilmente puede entenderse comprendida para una modalidad de explotación como la digitalización cuando fuera desconocida al tiempo de la cesión».

De admitir este criterio —por otra parte, bien lógico—, la cláusula genérica de cesión de todos los derechos de explotación a favor de la Universidad editora tendría que ser interpretada a la luz de los elementos anteriormente detallados, revisando contrato por contrato, para concluir la legitimidad, o no, de la edición en formato digital sin que haya sido expresamente autorizada, y así proceder a su posterior inclusión en servicios en línea o su almacenamiento en un soporte óptico, destinados a hacer posible su acceso al público a través de Internet y su edición en CD-Rom o compatibles. En dicha revisión deberá analizarse la situación tecnológica del momento —en la mayoría de los casos, muy desalentadora—, y las modalidades de explotación existentes, aunque entonces no entrasen en la estrategia de la Universidad.

4. Presencia del derecho de comunicación pública en el acceso a las obras digitales

La definición de los derechos de reproducción, de distribución y de comunicación pública se presenta desvaída en el campo de la digitalización de las obras. En efecto, es fácil concluir el concepto de reproducción en las obras analógicas. No sucede menos con el de distribución, cuyo significado aparece claro y perceptible, y netamente diferenciado del de comunicación pública cuando hablamos de obras editadas en formato papel. Estas nociones, no obstante, pierden su nitidez ante el mundo digital. La doctrina científica discute profusamente la idea de reproducciones accesorias, indirectas o provisionales de las obras que se acumulan en la memoria del aparato receptor, como un procedimiento para encaminar las señales, en el que el simple hecho de su reproducción en el ordenador —aun sea

²⁵ Cfr. J. MASSAGUER y J. R. SAELLES, «El derecho de la propiedad intelectual ante los desafíos del entorno digital. Perspectiva general y problemas particulares para las bibliotecas», en *RGD*, núm. 636, septiembre de 1997, p. 10945.

efímera, incidental e irrelevante— supone la aplicación del derecho de reproducción²⁶. Enfrente, existen otras reproducciones deliberadas o permanentes, en las que el usuario capta la obra que aparece en la pantalla, para su reproducción a través del puerto impresora, o su almacenamiento en la memoria del ordenador²⁷. Incluso, se ha llegado a decir que la simple visualización de la obra en la pantalla del ordenador es un acto de reproducción.

Ahora bien, la presencia de las obras del espíritu en Internet trastoca el significado de los derechos tradicionales, para advertir que el derecho de reproducción no puede, por sí solo, explicarlo todo²⁸, siendo necesario acudir a la regulación del derecho de comunicación al público para construir el régimen aplicable a las obras que circulan por redes telemáticas.

Tal es la conclusión que se desprende del bloque normativo regulador de la propiedad intelectual, en virtud del cual debe estimarse que la inclusión de una obra en una base de datos es un acto de comunicación pública, y no propiamente de distribución²⁹. La distinción entre ambos conceptos no es superflua, pues la necesidad de autorización expresa del autor para que un tercero pueda proceder a la digitalización de la obra dependerá de la conclusión de una u otra modalidad. Y es que si la digitalización de la obra supone un acto de comunicación pública, su edición en soporte electrónico constituirá, en realidad, una nueva forma de explotación que requerirá una autorización distinta a la cesión de derechos en orden a la distribución de la obra.

Sobre estos elementos, el art. 19.1 LPI señala:

«Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma».

²⁶ Así lo afirma T. DESURMONT, «Naturaleza jurídica de la transmisión digital», en *RIDA*, núm. 170, octubre de 1996, pp. 74 y ss. Y, al hilo de sus argumentos, entiende que la autorización de transmitir una obra digitalmente debe extenderse a la autorización para su comunicación pública y el derecho de reproducción. En sentido contrario, J. C. ERDOZAIN, *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet. Práctica jurídica, op. cit.*, p. 139.

²⁷ Así, por ejemplo, Y. GENDREAU, «El derecho de reproducción en Internet», en *RIDA*, núm. 178, octubre de 1998, pp. 40 y ss.

²⁸ Y. GENDREAU, «El derecho de reproducción en Internet», en *RIDA*, núm. 178, octubre de 1998, pp. 34 y 35.

²⁹ Dejando a un lado la catalogación jurídica de los distintos tipos de bases de datos, tales como las incorporadas en un soporte óptico (CD-Rom), nuestro interés, de aquí en adelante, se centrará en las bases de datos en línea (*on line*), caracterizadas por su acceso a través de la conexión desde el ordenador del usuario al ordenador del distribuidor.

En torno a los distintos tipos de bases de datos, puede seguirse de G. OROZCO PARDO, «Informática y propiedad intelectual», en *AIA*, núm. 19, 1996, pp. 4 y ss. Y en lo que respecta a las bases incorporadas a un soporte óptico, puede consultarse C. ROGEL VIDE, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Madrid, Reus, 2003, pp. 430 y ss.

Algo parecido recoge el art. 6 del Tratado OMPI sobre Derechos de Autor, que, al regular el derecho de distribución, dice que los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta o transferencia de propiedad. La Declaración concertada respecto de dicho art. 6 aclara que la mención a las expresiones «copias» y «originales» sujetas al derecho de distribución se refieren, únicamente, a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles. En síntesis, el concepto de distribución se identifica con la incorporación de la obra a un soporte material tangible, el cual se pone a disposición del público.

Matices bien distintos encierra el derecho de comunicación, respecto del cual, el art. 20.1 *ab initio* LPI dice:

«Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas».

Precisando algo más en la materia que tratamos, el apartado 2.i) del citado art. 20 LPI incluye entre los actos de comunicación pública:

«El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no esté protegida por las disposiciones del libro I de la presente Ley».

Por su parte, el Tratado OMPI comentado puntualiza el derecho exclusivo de los creadores de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. O, lo que es lo mismo, la comunicación al público tiene lugar cuando una pluralidad de personas pueden tener acceso a la obra sin la previa distribución de ejemplares. Lo que significa que el acto de comunicación pública se produce con la simple inclusión de la obra en la base de datos, haciendo posible desde ese momento el acceso del usuario a su contenido, sin que, de hecho, sea necesario para que se realice el acto de comunicación pública que dicho acceso se ejecute efectivamente.

También el art. 3 de la Directiva 2001/29/CE, ya citada, y relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, maneja este concepto de comunicación pública, diciendo al respecto:

«Los Estados miembros establecerán a favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija».

En efecto, vistas las anteriores referencias legales, parece claro que la transmisión digital de una obra —cuya puesta a disposición del público implica la posibilidad de los usuarios a acceder a la misma y solicitar personalmente su transmisión, en el lugar y momento que deseen, para su visualización en el ordenador personal u otra unidad digital (puesta a disposición bajo demanda o a la carta)— se encuadra en el supuesto de la comunicación pública y, por ende, precisa una autorización que compete en exclusiva al autor. La comunicación pública se articula, pues, como un modo de explotación intangible, sin su incorporación a un medio físico que actúe como factor necesario para el disfrute de la obra o prestación.

5. Otra perspectiva: la comunicación pública sin autorización del autor, incumplimiento contractual o usurpación de los derechos de propiedad intelectual?

En síntesis, todo lo dicho hasta el momento nos lleva a concluir que la transmisión digital de las obras se reconduce al derecho de comunicación, derecho en el que se encuadra la puesta a disposición del público de las mismas. Sin embargo, el almacenamiento de las obras en un soporte electrónico, los actos de carga y descarga de las mismas desde la memoria del ordenador y la realización de copias en cualquier tipo de soporte encajan en el derecho de reproducción. Lo que me permite afirmar, sin miedo a equivocarme, que la explotación de una obra en formato digital para su prestación a la carta o bajo demanda no podrá servirse del contenido típico del contrato de edición tradicional, sino que será necesario pactar con el autor la cesión del derecho de comunicación pública en su modalidad de transmisión en línea, lo que supone la cesión de la obra para:

— Su adaptación, ya sea directamente o a través de terceros, al formato, imagen o apariencia de Internet o cualesquiera otras tecnologías susceptibles de adscripción a Internet, así como incorporar los sistemas de seguridad que sean necesarios para su edición en formato electrónico.

— Reproducir la obra en un soporte digital para su incorporación a una base de datos electrónica, con las consiguientes operaciones de almacenamiento en el servidor y reproducciones temporales necesarias para su visualización en la pantalla del ordenador de los usuarios, así como su repro-

ducción en el disco duro del PC o en soporte papel, para uso privado y con fines de estudio e investigación.

— La comunicación pública o puesta a disposición de la obra, en la modalidad de demanda o a la carta, a través de cualesquiera canales o hacia cualesquiera destinos de la información que sean susceptibles de adscripción a Internet.

Además, otra característica de esta novedosa forma de explotación es su distribución mediante licencias.

Por todo ello, y técnicamente hablando, si la Administración decide editar la obra cedida en formato digital sin contar con la opinión del autor, y su distribución por Internet, no nos hallaríamos ante un incumplimiento contractual³⁰, sino ante una usurpación de los derechos de propiedad intelectual³¹ por exceso del contenido en los arts. 17 y 20 LPI, salvo que, aunque no se mencione expresamente en el contrato, del contenido del mismo se dedujera un acuerdo o conformidad tácita de voluntades en este sentido, amparándose en el conocimiento generalizado y disponibilidad práctica de las nuevas técnicas digitales y de explotación³². Además, si el autor ha cedido la totalidad de los derechos de explotación de la obra en sus distintas modalidades³³, la digitalización será posible siempre y cuando las modalidades de utilización o medios de difusión a que venimos haciendo referencia existieran o fueran conocidos al tiempo de la celebración del contrato.

En armonía con este criterio, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo —Sentencias de 27 de abril de 1979 (RJ 1979/1697), 14 de febrero de 1984 (RJ 1984/1129), 30 de mayo de 1984 (RJ 1984/3492), 13 de junio de 1987 (RJ 1987/4799) y 13 de octubre de 1988 (RJ 1988/7912)— distinguen dos tipos perfectamente diferenciados de comisión de infracciones: uno de naturaleza ideal (el plagio) y otro material (las llamadas explotaciones usurpatorias). Las primeras atentan al derecho moral o personal de autor, cuyas facultades recoge el art. 14 LPI. Las segundas, a las facultades patrimoniales de disposición y explotación, que comprenden los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación (art. 17 LPI).

³⁰ Recordemos que partimos de la base de la cesión del autor de sus derechos de explotación a la Universidad editora, sin especificación del formato. Por lo que, realmente, al editarlo, aun cuando sea digitalmente, no está incumpliendo sus obligaciones.

³¹ Así en A. ARMENGOT VILAPLANA, «Orden jurisdiccional competente para el enjuiciamiento de las pretensiones relativas a derechos de autor y dirigidas frente a las Administraciones Públicas. Algunos supuestos resueltos por la jurisprudencia», en *AA*, núm. 22, 26 de mayo-1 de junio de 2003, doctrina XXV.

³² F. CARBAJO CASCÓN, *Publicaciones electrónicas...*, *op. cit.*, pp. 212 y 213.

³³ Cláusula cada vez más frecuente en los contratos de edición y licencias de explotación.

El *ius disponendi* reconocido en el art. 2 LPI, y ratificado en el 17 del mismo texto legal, encuentra un claro paralelismo en el art. 428 del Código Civil, cuyo tenor concede al autor de una obra literaria, científica o artística la explotación de la misma y la concreta disposición a su voluntad. Las formas de explotación o uso de una obra son las relacionadas en el art. 17 LPI: reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.

Al hilo de lo expuesto, ha de tenerse en cuenta que los derechos regulados en la sección segunda de la LPI (arts. 17 y ss.) son independientes entre sí. De modo que el autor puede ceder unos derechos concretos, conservando la libre disposición de los no cedidos. De igual modo, la adquisición por un tercero de cualquier obra protegida no supone la cesión de los derechos de explotación a favor de quien adquiere la obra. En este caso, el autor de la obra sigue siendo el titular de los derechos de explotación —o de carácter patrimonial—, en tanto en cuanto no los ceda a un tercero. También en el primer supuesto el autor sigue siendo el titular de los derechos patrimoniales no cedidos. Siendo así, los arts. 42 y 43 LPI regulan la transmisión *mortis causa* e *inter vivos*, respectivamente. Y de esta suerte, mientras el art. 42 somete la transmisión *mortis causa* de los derechos de explotación de la obra a cualquiera de los medios admitidos en derecho, el apartado 1 del art. 43 consigna los límites de la cesión al o a los derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen. Norma que se ve completada con el apartado 2 del mismo precepto, en orden a reglar la interpretación para los supuestos en los que no se hubiese pactado expresamente la modalidad de cesión. Todo lo cual, conforme detalla el art. 45 LPI, debe formalizarse por escrito.

6. El tipo delictivo y la edición digital sin consentimiento del autor

En definitiva, la autorización del autor para las conductas de explotación se exige en distintos preceptos de la LPI y se concretan en la cesión de los derechos de explotación de la obra, habiendo de constar por escrito, de forma que, en caso contrario, puede instarse la resolución de la transmisión (art. 45).

Pero, yendo más allá, la falta de autorización no sólo impide la reproducción, distribución o comunicación pública (arts. 17 y 31), sino que es un elemento del tipo delictivo, contenido en el Código Penal. De manera que la autorización ha de preceder a los actos de explotación y emanar del titular del poder jurídico. El consentimiento del titular elimina, pues, la antijuridicidad.

Junto a este elemento, he de destacar que si bien la configuración del tipo básico delictivo requiere el ánimo de lucro —ausente en la actividad universitaria—, la carencia de este *animus* no excluye la presencia de la responsabilidad civil, cuyo régimen se contiene en la LPI, tal y como señala el art. 272 del Código Penal. Tampoco es necesaria la constatación de un perjuicio patrimonial, tal y como tiene manifestado la jurisprudencia.

7. Excepciones al derecho exclusivo de comunicación pública con fines de enseñanza o de investigación científica

El usuario legítimo de una base de datos protegida por la LPI, o de copias de la misma, podrá efectuar, sin la autorización del autor de la base, todos los actos que sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el propio usuario, aunque estén afectados por cualquier derecho exclusivo de ese autor, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto en contrario³⁴.

Ahora bien, el punto de equilibrio entre la protección del derecho de autor y el interés público exige la apreciación de excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos de autor. Y esta necesidad de equilibrio se articula en torno a dos de los derechos señalados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. De un lado, el art. 27 reconoce el derecho de toda persona a la protección de los intereses morales y materiales que les correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. A su vez, el inicio del art. 27 garantiza el derecho de toda persona a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

Y sobre estos pilares se arguye la necesidad de facilitar al público un acceso razonable a las obras de ingenio, suficiente y no excesivo, de modo que en el logro del progreso científico, tecnológico y cultural, no se obstaculice el estímulo a la creatividad, la innovación, la investigación, la educación y el aprendizaje³⁵.

De esta guisa, tras regular la utilización legítima de las bases de datos por el usuario, el art. 34 LPI señala las limitaciones a los derechos de explotación del titular de una base de datos, recogiendo en su seno los esbozos de una limitación referida a la utilización para fines educativos y de investigación. La dificultad estriba en determinar si esta utilización puede ser entendida como una limitación al derecho de comunicación pública con fines de enseñanza o de investigación científica.

³⁴ Art. 34.1 de la LPI.

³⁵ <http://www.ifla.org/111/clm/pl/pos-dig.htm>.

En efecto, si tradicionalmente la legislación española se ha reducido a mencionar la docencia y la investigación en el campo de las citas y reseñas del art. 32³⁶, la barrera tecnológica es incapaz, por sí misma, de concretar los actos comprendidos dentro de las limitaciones y excepciones, por lo que la protección al interés social queda claramente disminuida en el entorno digital³⁷.

Tampoco es aplicable al terreno de la comunicación pública como excusa al criterio de la necesaria autorización, la disposición del art. 37 LPI, relativo a la libre reproducción y préstamo en determinadas instituciones —entre las que se encuentran las bibliotecas integradas en instituciones de carácter cultural o científico y las entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, así como las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español—, a las que la Ley faculta para realizar préstamos y reproducciones sin necesidad de recabar la autorización del autor, y sin tener que afrontar contraprestación alguna. Pues la limitación a los derechos de autor contenida en el precepto no es extensible a la comunicación pública en los términos señalados anteriormente, ni puede ser aplicada, tal cual, la excepción referida a las reproducciones.

Ciertamente, estos preceptos difícilmente amparan la libre reproducción, distribución y comunicación pública —según las distintas facetas de la obra digitalizada— realizada por el personal de los centros docentes y de investigación, aun cuando su utilización esté destinada a las finalidades descritas.

Al trasponer, sin embargo, la Directiva 96/9/UE al Derecho nacional, la LPI incorpora en las excepciones y límites de los derechos de autor, una mención a los fines educativos y de investigación científica, de forma que el apartado 2 del art. 34, letra *b*), queda redactado como sigue:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 31, no se necesitará la autorización del autor de una base de datos protegida en virtud del art. 12 de esta Ley y que haya sido divulgada:

a) (...)

b) Cuando la utilización se realice con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica siempre que se lleve a efecto en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga e indicando en cualquier caso su fuente».

³⁶ Paralelismo que encuentra en el art. 10 del Convenio de Berna y en la letra *d*) del art. 5.3 de la Directiva 2001/29.

³⁷ En idéntica expresión, cfr. F. ZAPATA LÓPEZ, «Derecho de reproducción, contrato de edición y medidas tecnológicas de protección en el entorno digital», en *Boletín de Derecho de Autor*, *op. cit.*, vol. XXXVI, núm. 3, julio-septiembre de 2002; accesible en la página de Internet www.unesco.org/culture/copyright/html_sp/index_sp.shtml.

No obstante, tal previsión parece reducirse a la simple *utilización* de las bases de datos en el curso de explicaciones desarrolladas en los centros de enseñanza e investigación científica, con los requisitos reseñados en la norma³⁸.

Ahora bien, la Directiva 2001/29/CE, de alguna manera modifica el panorama legislativo español en el terreno que aquí examinamos. Y es así que el Considerando (14) subraya que este texto:

«aspira a fomentar el aprendizaje y la cultura mediante la protección de las obras permitiendo al mismo tiempo excepciones o limitaciones en interés general para fines educativos y docentes».

Estas excepciones o limitaciones, según la letra del Considerando (31), deben resolverse «a la luz de los avances logrados en la electrónica».

La regulación concreta de las excepciones se concentra en los arts. 5 y 6 de la Directiva. Así, si el art. 5.2.b) de la Directiva amplía el tradicional concepto de reproducción extendiéndola a cualquier tipo de soporte³⁹, tangible o intangible, en lo que aquí nos interesa, el art. 5.3 contempla, por vez primera en el ordenamiento jurídico comunitario, un aspecto puntual relativo a las limitaciones de los derechos de reproducción y de comunicación al público, abriendo su mano cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica⁴⁰, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida. No se exige que el uso esté mediatizado por la crítica o el razonamiento acerca de la obra, pero es evidente que el precepto excepciona el uso de la obra o prestación

³⁸ Parte de la doctrina científica entiende, no obstante, que esta *utilización* abarca más supuestos que la reproducción y el préstamo del art. 37, pero sin delimitar cuáles son, exactamente, esos otros supuestos que engloba. Por todos, F. BONDÍA ROMÁN, «Recientes reformas legales españolas en derechos de autor», en *AJA*, núm. 371, pp. 1-6.

³⁹ «Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el art. 2 en los siguientes casos: (...) b) En relación con reproducciones *en cualquier soporte* efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el art. 6».

⁴⁰ El Considerando (42) de la Directiva deja claro que: «Al aplicar la excepción o limitación en el caso de fines educativos o de investigación científica no comerciales incluida la educación a distancia, la naturaleza no comercial de la actividad de que se trate debe venir dada por la actividad en sí. La estructura institucional y los medios de financiación de la entidad de que se trate no son los factores decisivos a este respecto».

protegidas sólo cuando esté justificado o venga requerido por una voluntad de crítica o análisis comparativo⁴¹ y concurra una notoria finalidad no comercial. Los límites de la previsión, en cualquier caso, parecen sobrepasar la mera *utilización* de la que hablaba el art. 34 LPI, para ampliar los contornos de la comunicación pública de la obra. Este precepto se completa con el art. 5.5, donde el legislador comunitario constriñe la aplicación de estas excepciones únicamente a casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho. Con la medida se pretende evitar las diferencias habidas al respecto entre los distintos Estados miembros.

De este modo, y en orden a la protección jurídica que la legislación comunitaria y nacional dispensan a los derechos de autor, la digitalización que pretendan hacer las Universidades respecto de las obras que componen sus revistas científicas normalmente requerirá la autorización individualizada de los autores. No obstante, cuando se den las circunstancias recogidas en la excepción de la Directiva y, en consecuencia, la comunicación al público de la obra no tenga más objeto que la ilustración con fines educativos o de investigación científica, y siempre que se respete el derecho de paternidad y no exista un fin lucrativo, y si, además, los distintos autores han cedido la totalidad de sus derechos de explotación a la Universidad, con o sin exclusiva, y aun cuando no se haya previsto expresamente la edición electrónica, aquélla podrá proceder a la digitalización de las obras que completan su acervo científico sin necesidad de requerir la autorización de sus autores. Es decir, la Universidad gozará de la prerrogativa de convertir en formato digital las obras editadas en sus revistas científicas, a fin de brindar al público universitario la posibilidad de acceder a las mismas mediante su visualización en la pantalla del ordenador. Pero esta posibilidad, en cualquier caso, debe entenderse de forma restrictiva y aplicarse una vez ponderado el impacto que la digitalización puede tener sobre los derechos económicos del autor. Además, sólo será posible aplicar las excepciones taxativamente previstas y no otras.

No puede perderse de vista la mención del Considerando (44) de la Directiva, en virtud de la cual:

«Al aplicar las excepciones y limitaciones previstas en la presente Directiva, éstas deben ejercitarse de acuerdo con las obligaciones internacionales. Las citadas excepciones y limitaciones no deben aplicarse ni de tal forma que los intereses legítimos del titular del derecho se vean perjudicados ni de manera contraria a la explotación normal de su obra o prestación. El establecimiento de dichas excepciones o limitaciones por los Estados miem-

⁴¹ J. C. ERDOZAIN, *Derechos de autor...*, *op. cit.*, p. 143.

bros debe, en particular, reflejar debidamente el creciente impacto económico que pueden tener las mismas a la luz de los avances logrados en la electrónica. Por consiguiente, puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas utilidades de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor».

En cualquier caso, y como tan bien ha sabido notar el Considerando (45) de la misma Directiva, las excepciones y limitaciones a que se refiere su art. 5 no deben ser un obstáculo para el establecimiento de relaciones contractuales encaminadas a asegurar una compensación equitativa a los titulares de los derechos de autor, en la medida permitida por el Derecho nacional.

En cuanto a la exención clásica del pago por las reproducciones y préstamos a que se refiere el art. 37 LPI, aplicada a las bibliotecas y entidades de carácter cultural, científico o educativo de interés general sin ánimo de lucro, debe ser matizada a la luz de los efectos de la digitalización. Ciertamente, tal y como he señalado en más de una ocasión, el acceso en línea a las obras incorporadas en una base de datos electrónica implica dos tipos de reproducción. De un lado, la reproducción de las obras realizada por la biblioteca para su almacenamiento digital en el servidor y, de otra, las reproducciones temporales realizadas en el curso de una transmisión. En cuanto a la primera de las reproducciones —reproducción permanente—, no es subsumible en excepción alguna; en cambio, las reproducciones realizadas por las bibliotecas a sus usuarios, para su visualización en la pantalla del ordenador —grabaciones efímeras o accesorias— sí estarán exentas de autorización y pago⁴².

Al margen queda la previsión habida en la letra *n*) del mismo art. 5.3, en virtud de la cual se incorpora una especialidad de esta excepción, referida a la comunicación o puesta a disposición no de un «público en general», sino de «personas concretas» del público:

«Cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra *c*) del apartado 2⁴³, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia».

⁴² A. ESTEVE PARDO, *La obra multimedia en el Derecho español*, La Ley, 1998, D-175, p. 1742.

⁴³ Referida a las bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público y archivos.

En este caso, la comunicación o puesta a disposición debe hacerse en la propia biblioteca o centro de que se trate, no siendo admisible el uso remoto a través de terminales situados fuera de dichos lugares. Además, la redacción de la Directiva en este concreto punto deja fuera de lugar la excepción referida al derecho de reproducción, de forma que la limitación se constriñe a la comunicación pública realizada *in situ*. Como muy bien ha sabido hacer notar Erdozain⁴⁴, «las obras o prestaciones comunicadas o puestas a disposición de singulares del público deben encontrarse o figurar en las colecciones de las instituciones o locales en los que se encuentran los terminales. Por consiguiente, y a salvo de lo dispuesto en el apartado 4 del art. 5 de la Directiva, la excepción no rige *prima facie* para otras formas de explotación, debiendo encontrarse los locales en cuestión autorizados para llevar a cabo esos otros actos de explotación no afectados directamente por esa excepción».

8. Las Universidades públicas y la digitalización de las obras de investigación incorporadas a su acervo científico. Contratos de edición digital

Descritos los anteriores elementos, y sin obviar el singular interés que entraña la incorporación de las nuevas tecnologías en nuestras bibliotecas⁴⁵, cada Universidad podrá proceder a la digitalización de las obras de investigación para su posterior incorporación a una base de datos alojada en un servidor y su puesta a disposición de los usuarios, siempre y cuando cuente con la autorización de los autores para la digitalización de sus obras, a fin de proceder a la incorporación de las mismas en una base de datos electrónica conectada a la red, y su consiguiente comunicación pública y puesta a disposición de los usuarios bajo la modalidad de comunicación bajo demanda o «transmisión interactiva a la carta»⁴⁶.

Resulta elemental señalar que dichas autorizaciones deberán materializarse en un contrato de edición en el que se definan las obligaciones y derechos de cada parte, sin perjuicio de resaltar la necesidad de sujetar la explotación llevada a cabo por la Universidad a los términos estrictamente pactados, de forma que está vedada cualquier actividad no prevista expresamente —como, por ejemplo, las sublicencias—, conservando el autor de la obra su derecho a revocar la autorización relativa a la comunicación pública cuando así lo estime oportuno.

⁴⁴ Cfr. J. C. ERDOZAIN, *Derechos de autor...*, *op. cit.*, p. 147.

⁴⁵ Pensemos en los menores costes y en la mayor difusión que permite el formato digital para la edición de las obras.

⁴⁶ Expresión de la Directiva 2001/29/CE.

Al hablar de la edición de la obra, aun cuando sea en formato digital, es imprescindible volver la mirada al art. 60 LPI, regulador de la formalización y contenido mínimo del contrato de edición.

Alertaba en un momento anterior de este trabajo⁴⁷ la necesidad de desviar el mandato de aquel precepto ante la peculiar naturaleza derivada de la incorporación de las obras de creación intelectual a bases de datos digitalizadas. En efecto, el art. 60 determina que la formalización por escrito del contrato de edición que, *en todo caso*, deberá expresar el siguiente contenido mínimo:

1. Si la cesión del autor al editor tiene carácter de exclusiva.
2. Su ámbito territorial.
3. El número máximo y mínimo de ejemplares que alcanzará la edición o cada una de las que se convengan.
4. La forma de distribución de los ejemplares y los que se reserven al autor, a la crítica y a la promoción de la obra.
5. La remuneración del autor, establecida conforme a lo dispuesto en el art. 46 de esta Ley.
6. El plazo para la puesta en circulación de los ejemplares de la única o primera edición, que no podrá exceder de dos años contados desde que el autor entregue al editor la obra en condiciones adecuadas para realizar la reproducción de la misma.
7. El plazo en que el autor deberá entregar el original de su obra al editor.

Es evidente, sin embargo, que la edición digital de las obras para hacerlas accesibles al público a través de transmisiones en línea por redes telemáticas impide dar contenido a la mayoría de estos extremos. Veamos por qué.

En primer lugar, no es posible delimitar el ámbito territorial, dada la infraestructura global que afecta a Internet.

Tampoco el número máximo y mínimo de ejemplares que alcanzará la edición puede ser determinable, por circunstancias obvias que no es preciso detallar. En el ámbito digital, y hablando de la modalidad de transmisión en línea, no será posible hablar de la distribución de copias tangibles, sino de la puesta a disposición de la obra en forma de comunicación pública.

En cuanto a la forma de distribución de los ejemplares y los que se reserven al autor, a la crítica y a la promoción de la obra, falla en su misma esencia, pues, como hemos visto, la transmisión digital no es realmente un acto de distribución, sino de comunicación pública, en la que, como

⁴⁷ Véase el apartado 4.2, «Contenido básico obligatorio de los contratos celebrados entre los investigadores universitarios y la Institución académica».

es lógico, no pueden reservarse ejemplares al autor, ni a la crítica, ni a la promoción de la obra.

El plazo para la puesta en circulación de los ejemplares de la única o primera edición es la única excepción que contempla la LPI, al señalar en su art. 63.1.º que no será de aplicación la limitación del plazo prevista en el apartado 6.º del art. 60, para las antologías de obras ajenas, diccionarios, enciclopedias y colecciones análogas: es decir, bases de datos.

La alteración de estos requisitos del contenido mínimo que, en principio, debe contener todo contrato de edición convierte la edición digital en un supuesto claramente afectado por un vacío legal que requiere imperiosa protección. La sociedad de la información introduce, en suma, un nuevo elemento de negociación, cuyos distintos aspectos no están previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

9. Órgano jurisdiccional competente

Al deducir el contrato de edición, ambas partes acuerdan las condiciones que habrán de regir el mismo, cuya resolución, en caso de controversia, se someterá a la jurisdicción civil, por tratarse de derechos de propiedad intelectual de marcado carácter privado⁴⁸; salvo en los actos de preparación y adjudicación, que deberán ser conocidos por la jurisdicción contenciosa, en aplicación de la teoría de los actos separables que consagra el art. 9.3 TRLCAP⁴⁹.

De este modo, en el supuesto de una comunicación pública de la obra en formato digital, sin el consentimiento expreso del autor, sería competente la jurisdicción civil, pues, como vimos, la naturaleza del litigio rebasa los términos contractuales, para inscribirse en el marco de la usurpación de los derechos de autor, cuyo ejercicio exclusivo es puesto de manifiesto en el art. 17 LPI.

Asimismo, la vulneración de los derechos morales de autor derivada de una mala actuación editora, en la que, por ejemplo, se altere la integridad de la obra, o se equivoque la identificación del autor, se someterán al conocimiento de los órganos jurisdiccionales civiles. Para concluir, utilizando las palabras de Armengot Vilaplana⁵⁰, «si el autor inicia un proceso en

⁴⁸ Acerca de estos comentarios puede consultarse el trabajo de A. ARMENGOT VILAPLANA, «Orden jurisdiccional competente para el enjuiciamiento de las pretensiones relativas a derechos de autor y dirigidas frente a las Administraciones Públicas. Algunos supuestos resueltos por la jurisprudencia», en *AA*, núm. 22, 26 de mayo-1 de junio de 2003, doctrina XXV.

⁴⁹ Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (BOE del 21).

⁵⁰ Cfr. A. ARMENGOT VILAPLANA, «Orden jurisdiccional competente...», *op. cit.*

el que solicita la tutela judicial de su derecho moral al reconocimiento de la autoría y al respeto a la integridad de la obra, por entender que tales derechos han sido lesionados con la edición de los ejemplares de su obra, dicha pretensión deberá ser reconocida por la jurisdicción civil, sea cual sea el tipo de contrato con cuya ejecución se provocó esa vulneración». Orden jurisdiccional, por otra parte, que se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1998 (RJ 1998/5019)⁵¹, al decir que:

«En el caso, es claro que la demanda va dirigida a obtener la protección jurisdiccional de un derecho de propiedad privado, siquiera se trate de un derecho de propiedad especial, sujeto a normas de Derecho privado sin que pueda afirmarse la existencia de un acto administrativo sujeto al ordenamiento jurídico administrativo que pretenda impugnarse, sino una conducta presuntamente infractora de ese derecho de propiedad cuya sanción viene establecida por normas de Derecho privado como es la vigente Ley de Propiedad Intelectual, no obstante exceder el contenido del derecho del autor de la esfera estrictamente patrimonial; de ahí que deban ser los órganos jurisdiccionales del orden civil los competentes para conocer de este litigio no obstante el carácter público de la demandada».

Ahora bien, el carácter privado que aquí analizamos, se reduce a su determinación como obra de creación y a la cesión del autor de sus derechos de propiedad intelectual para la explotación de su obra. Es decir, el investigador cede a la Universidad sus derechos, para que ésta actúe en condición de editora, obligándose a realizar las operaciones derivadas del contrato por su cuenta y riesgo, en las condiciones pactadas y con sujeción a lo dispuesto en la LPI (art. 58 LPI).

Extremos bien distintos de la concepción jurídica de los contratos de edición e imprenta que celebre la Universidad para recibir la prestación de un tercero, y en torno a los cuales el TRLCAP define su naturaleza contractual administrativa de servicios, expresamente prevista en el apartado 15 del art. 206 del texto legal. Y es que, en este caso, es la Universidad la que cede sus derechos a un tercero, para su explotación, asumiendo éste lo dispuesto en el art. 58 LPI. Pero, sobre este aspecto, me extenderé en el epígrafe correspondiente a los contratos celebrados por las Universidades públicas con empresas gestoras de bases de datos en Internet, cuya transposición a los contratos celebrados, en general, con empresas editoras es evidente.

⁵¹ Lo que hace parafraseando otra anterior, de 3 de diciembre de 1990 (RJ 1990\10029).

II. LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LA UNIVERSIDAD CON GRANDES BASES DE DATOS DE TITULARIDAD AJENA

Sucede, en ocasiones, que grandes bases de datos comerciales, servidoras de publicaciones electrónicas a bibliotecas y centros de investigación suscritos en todo el mundo se interesan en negociar con las Universidades la inclusión de sus revistas científicas en las bases de datos, proponiendo a tal efecto un Contrato de Licencia de Contenidos, en virtud del cual la Universidad —el licenciador— concedería a aquella entidad mercantil los derechos para difundir el contenido de las publicaciones, en texto, imagen, en cualquier formato o medio que exista actualmente o pueda existir en el futuro. En virtud de dicho acuerdo, la empresa se constituiría en explotadora de un bien jurídico de la Universidad —en cuanto editora de la revista científica en formato analógico—, poniendo a disposición de los usuarios las obras mediante su comunicación pública. Recordemos, una vez más, que para la determinación de este acto de explotación basta la mera posibilidad de que el público tenga acceso a las obras, sin que el disfrute o acceso efectivo sean condiciones esenciales para la consecución de aquel fin.

Mas, es evidente, que la presencia de distintos titulares de derechos de autor sobre cada uno de los contenidos que integran las revistas científicas —consideradas, también, bases de datos, aun cuando se trate de obras editadas en formato analógico— es un elemento fundamental a la hora de ceder a un tercero la incorporación de sus contenidos a las bases de datos de titularidad ajena. Indiqué ya en el apartado I.3 del presente trabajo, la necesidad de sujetar la explotación de la obra a los compromisos adquiridos por las partes a través del contrato de edición, de forma que al editor le queda vedada cualquier actividad no prevista expresamente en el contrato. En consecuencia, se requerirá que en cada artículo o trabajo incluido se haya negociado con el/los autor/es no sólo la previa cesión de todos los derechos de explotación, sino, además, la actividad relativa a las sublicencias.

En el supuesto, bien frecuente, de que en el contrato de edición suscrito con los autores/investigadores no se hubiese previsto la posible cesión de los contenidos a bases de datos electrónicas de titularidad ajena, será preciso recabar el consentimiento de todos y cada uno de los autores, con el coste y las dificultades apuntadas en el apartado 3.2 de este trabajo. Todo ello sin perjuicio de que, a la hora de agregar una obra de creación a una base de datos, sea aconsejable incorporar la correspondiente leyenda legal de reserva de los derechos de autoría, por lo que se prohíbe la reproducción, distribución, comunicación y transformación de las creaciones intelectuales sin el correspondiente consentimiento del autor.

Una vez obtenidas las correspondientes autorizaciones, procede analizar la naturaleza jurídica de los contratos celebrados con las empresas fabricantes de las bases de datos de titularidad ajena.

1. Naturaleza jurídica de los contratos celebrados con empresas

Problemas de otra índole plantea la calificación del acuerdo. Ciertamente, las Universidades públicas son Administraciones públicas que, conforme al art. 1 del TRLCAP, deben ajustar todas sus actuaciones en materia de contratación a las prescripciones del citado texto legal. Por lo que, salvo que el contenido del acuerdo se adecuase a los supuestos exceptuados de la legislación propia de la contratación administrativa, en virtud de lo dispuesto en el art. 3 TRLCAP, las Universidades no pueden actuar de espaldas a su condición administrativa. Y para que esa salvedad pueda entrar en juego, sería necesario que se tratase de un acuerdo cuyo objeto no esté comprendido en los contratos regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales.

2. En principio, contrato administrativo de servicios

El acuerdo de licencia goza de un contenido eminentemente patrimonial, toda vez que encierra un acto de explotación por parte de empresa editora, de las obras y revistas científicas de la Universidad, cuyo objeto es la difusión del contenido de las publicaciones, en texto, imagen, en cualquier formato o medio que exista actualmente o pueda existir en el futuro.

En suma, la actividad de este tipo de empresas se limita a poner a disposición del público el contenido de las revistas científicas de la Universidad correspondiente. Y, en este sentido, se trata de un contrato de servicios de los regulados en el título IV del libro II del TRLCAP.

Es así que el número 15 del art. 206 TRLCAP determina la condición del contrato de edición como contrato administrativo de servicios. Y parece lógico que, entre las actividades editoriales, deban incluirse las de esta peculiar forma de distribución. Así lo entiende también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe de referencia 40/97, de 10 de noviembre, que, al pronunciarse en torno al problema de la naturaleza jurídica de los contratos de distribución editorial, opta por otorgarles la consideración de contratos administrativos de servicios.

No obstante y en honor a la verdad, ha de decirse que en el Informe de referencia 40/97, la Junta Consultiva no mantiene un criterio nítido al respecto, dejando la calificación de los contratos de distribución editorial

como contratos administrativos de servicios o bien como contratos privados, sometida al contenido contractual de los mismos⁵².

3. Examen de la posible naturaleza privada del contrato

En cualquier caso, y aun recalcando que, de acuerdo con el citado art. 206 TRLCAP, entiendo que se trata siempre de un contrato administrativo de servicios, si acogiésemos el criterio variable de la Junta Consultiva de Contratación, y aceptásemos su posible consideración como un contrato privado, también en este supuesto habríamos de reconducir el contrato al TRLCAP.

En este orden de cosas, el art. 9 de la Ley establece:

«Los contratos privados de las Administraciones públicas se registrarán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de Derecho privado».

Se impone, pues, la aplicación de las normas de contratación administrativa sea cual sea la naturaleza jurídica del contrato. Si se considera contrato administrativo, deberá extenderse su aplicación a toda la vida del contrato. Si se le otorga naturaleza privada, la preparación y adjudicación del contrato se regularán por la legislación administrativa, aplicándose el Derecho privado a sus efectos y extinción.

4. La posibilidad de estar ante un contrato administrativo especial

Aún podría barajarse una tercera opción. Hemos argumentado la condición del presente contrato como contrato administrativo de servicios, al entender que su objeto puede ser incardinado en las actividades editoriales a que se refiere la categoría número 15 del art. 206 TRLCAP.

⁵² Circunstancia que justifica la posición de J. L. VICENTE IGLESIAS, *Aspectos prácticos sobre la contratación de las Corporaciones Locales. Práctica contractual y formularios. Texto adaptado a la Ley 53/1999, de 28 de diciembre*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 124. El citado autor se refiere a esta interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa diciendo de ella que es «cuando menos un tanto sorprendente, por la indefinición de la misma (...) Realmente —añade el autor— poco soluciona dicha postura, pues podríamos aplicársela a cualquier contrato y calificarlo así como nos convenga en cada circunstancia concreta».

Sin embargo, y en los márgenes de las dudas razonables en los que nos movemos, podría entenderse que, dada la peculiaridad del contrato al que venimos haciendo referencia, su objeto no se ajusta todo lo que debiera al concepto de contrato de servicios que ofrece el art. 196.3 del mismo TRLCAP.

Nos hallaríamos entonces, y de entenderlo así, ante un contrato administrativo especial.

En efecto, si el art. 5.2.a) TRLCAP califica como contratos administrativos a todos aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios —con las excepciones señaladas en el propio precepto—; la letra b) del mismo precepto abre la puerta a la calificación de contratos administrativos para todos aquellos que, teniendo un objeto distinto a los anteriormente expresados, resultan vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley, de donde se deriva su naturaleza administrativa especial.

Y con estos datos, si tenemos en cuenta que la LOU encomienda a la Universidad, como una de sus funciones incardinadas en el art. 1.2, la difusión y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de vida y del desarrollo económico; finalidad institucional que es recogida en las distintas normas estatutarias, es fácil colegir que pudiéramos hallarnos ante un contrato vinculado al tráfico específico de la Universidad que, por satisfacer de forma directa la finalidad pública de difusión y transferencia del conocimiento que le es propia, goza de la naturaleza de contrato administrativo especial.

Ni qué decir tiene que, al tratarse de un contrato administrativo, aunque sea especial, se rige en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por lo dispuesto en la legislación de contratación administrativa, aun cuando el art. 7.1 *in fine* TRLCAP prevé la aplicación preferente de sus propias normas.

No cabe, por tanto, y en ninguno de los supuestos, la posible contratación de las Universidades públicas con una empresa para la difusión de los contenidos científicos al margen del TRLCAP.

5. En cualquier caso, posibilidad de utilizar el procedimiento negociado

Por último procede examinar la posible aplicación a este tipo de contrato de alguna de las causas del procedimiento negociado prevista en el

art. 209. Concretamente, las referidas en las letras *b)* y *c)* de dicho precepto, en cuanto se establece, por un lado, la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado cuando la naturaleza del contrato, especialmente los de carácter intelectual, no permita establecer sus condiciones para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido; o, por otro lado, en casos excepcionales, cuando se trate de contratos cuya naturaleza o riesgos no permitan determinar previamente el precio global.

Vista la letra del precepto, no parece irrazonable la aplicación del procedimiento negociado para la adjudicación del contrato de licencia que se examina, siempre que se justifique convenientemente en el expediente.