

ACCESO ABIERTO A LAS PUBLICACIONES CIENTÍFICAS

Por M^a Asunción ESTEVE PARDO
Profesora Agregada de Derecho Civil
Universidad de Barcelona¹

Fecha de recepción: 02.09.2018

Fecha de aceptación: 30.09.2018

RESUMEN: Este trabajo estudia el acceso abierto a las publicaciones científicas desde el punto de vista del derecho de autor. En primer lugar, describe el modelo de negocio de los editores de revistas científicas y expone la reacción del acceso abierto frente al desarrollo y expansión de este negocio. A continuación, se analiza la discusión en torno al reconocimiento del derecho de autor sobre las «obras científicas» y se determinan los criterios que permiten singularizar este tipo de obras y el objeto de protección del derecho de autor sobre las mismas. La parte fundamental del trabajo responde a las críticas del movimiento del acceso abierto al derecho de autor como principal obstáculo a la libre difusión de las publicaciones científicas y presenta las posibles vías de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para permitir que los autores académicos puedan facilitar el acceso libre a sus publicaciones, aunque hayan cedido sus derechos de autor a los editores de revistas científicas. Finalmente, se analiza el papel que juegan las universidades y centros de investigación para facilitar el acceso abierto. Para ello se estudia hasta qué punto estos centros tienen la titularidad de los derechos de autor sobre las contribuciones que escribe su personal investigador y si pueden imponerles un mandato que les obligue a publicarlas en acceso abierto.

PALABRAS CLAVE: Acceso abierto, derechos de autor, publicaciones científicas, derechos irrenunciables, límites a los derechos de autor, universidades y centros de investigación.

¹ La autora es miembro del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad (CSO2014-52830-P) «El acceso abierto a la ciencia en España: evaluación de su impacto en el sistema de comunicación científica».

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL MERCADO DE LAS REVISTAS CIENTÍFICAS. III. EL MOVIMIENTO A FAVOR DEL ACCESO ABIERTO A LAS PUBLICACIONES CIENTÍFICAS. 1. EL ORIGEN DEL ACCESO ABIERTO. 2. RASGOS DEFINITORIOS DEL ACCESO ABIERTO Y LICENCIAS DE DERECHOS DE AUTOR. 3. LA VIABILIDAD DEL NEGOCIO DE LAS REVISTAS DE ACCESO ABIERTO. IV. LA DISCUSIÓN EN TORNO AL DERECHO DE AUTOR SOBRE LAS PUBLICACIONES CIENTÍFICAS. 1. LA OBRA CIENTÍFICA. 2. EL DERECHO DE AUTOR COMO OBSTÁCULO AL ACCESO A LA CIENCIA. V. OPCIONES LEGALES PARA FACILITAR EL ACCESO ABIERTO. 1. RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO IRRENUNCIABLE A FAVOR DE LOS AUTORES ACADÉMICOS PARA PUBLICAR EN ACCESO ABIERTO. 2. INTRODUCCIÓN DE UN LÍMITE O EXCEPCIÓN A FAVOR DEL ACCESO ABIERTO. 3. TITULARIDAD DE DERECHOS DE AUTOR SOBRE CONTRIBUCIONES CIENTÍFICAS POR UNIVERSIDADES Y CENTROS PÚBLICOS DE INVESTIGACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO ABIERTO. VI. CONCLUSIONES.

ABSTRACT: This work studies open access to academic publishing from the perspective of copyright. It starts with a short description of the business model developed by scientific commercial journals and the reaction of open access against the monopolistic grip and price policy of these journals. Next, it focuses on the discussion about granting exclusive rights, as copyright, to scientific works. It explores which works may be considered «scientific» and how they are protected by copyright. The main part of this work analyzes if copyright «as such» is the main reason why publishing companies are able to restrict the access to academic works. It also explores the legal reasons to amend the Spanish Copyright Act by introducing a provision that recognizes scholars a right to make their works available online, even if they have transferred their rights to publishers. Finally, this study exposes the role played by universities and research centers in order to foster open access. It studies if universities and research centers are the copyright holders of their scholars' scientific contributions and if they can adopt open-access mandates for the researchers that they employ.

KEY WORDS: Open access, copyright, academic publishing, inalienable rights, limitations to copyright, universities and research centers.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. ORIGINS AND DEVELOPMENT OF THE ACADEMIC PUBLISHING MARKET. III. OPEN ACCESS TO ACADEMIC PUBLISHING. 1. ORIGINS OF THE MOVEMENT. 2. OPEN ACCESS PROVISIONS AND THE ROLE OF COPYRIGHT LICENSSES. 3. THE FUTURE OF OPEN ACCESS JOURNALS. IV. DISCUSSION

ABOUT COPYRIGHT ON ACADEMIC PUBLISHING. 1. SCIENTIFIC WORKS. 2. COPYRIGHT AS A BARRIER TO PUBLIC ACCESS TO SCIENCE. V. LEGAL PROVISIONS TO FOSTER OPEN ACCESS. 1. INTRODUCTION OF A SCHOLAR'S RIGHT TO PUBLISH ON OPEN ACCESS. 2. A NEW LIMITATION OF THE EXERCISE OF COPYRIGHT BY PUBLISHERS. 3. UNIVERSITIES AND RESEARCH CENTERS AS COPYRIGHT HOLDERS ON THE SCIENTIFIC CONTRIBUTIONS OF THEIR SCHOLARS. VI. CONCLUSIONS

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2013 la Ley alemana de Derecho de autor introdujo un derecho a favor de los autores de contribuciones científicas. Este derecho, de naturaleza intransmisible, faculta a estos autores a facilitar sus publicaciones en acceso abierto, a pesar de haber cedido en exclusiva a un editor su derecho a publicarlas. Las condiciones para el reconocimiento y ejercicio de este derecho están recogidas en el art. 38 (4) de la Ley alemana que establece que *«el autor de una contribución científica que sea el resultado de una actividad de investigación financiada, al menos en un cincuenta por ciento por fondos públicos, y que forme parte de una colección que se publique con una periodicidad mínima semestral, tiene el derecho, incluso si ha cedido en exclusiva su derecho de uso a un editor, a hacer su contribución accesible al público en la versión aceptada de su manuscrito tras un plazo de 12 meses desde la fecha de su publicación, siempre que no lo haga con finalidad comercial. Deberá indicarse la fuente de la primera publicación»*².

La justificación de este derecho resulta, de entrada, poco clara desde la perspectiva del derecho de autor. Su formulación recuerda, en algo, a los términos que emplea el art. 22 de la Ley de Propiedad Intelectual española³ —en adelante, LPI— para reconocer el derecho de colección, cuando declara que la cesión por el autor de los derechos de explotación sobre sus obras no le impide publicarlas reunidas en forma de colección. Sin embargo, el art. 22 LPI emplea esta fórmula para destacar que el objeto del derecho de colección (el conjunto de las obras de un autor o una colección escogida) es distinto del objeto de los derechos cedidos por el autor para la explotación separada de cada una de sus obras. Frente a ello, el art. 38 (4) de la Ley alemana reconoce al autor una facultad, facilitar el acceso libre a sus contribuciones científicas ya publicadas, que recae sobre el mismo objeto de un derecho que ha cedido previamente. ¿Qué sentido y justificación tiene este derecho?

² Ley alemana de Derechos de Autor y Derechos Conexos, de 9 de septiembre de 1965 (Bundesgesetzblatt 1965 Teil I S. 1273), tras la última reforma de la Ley de 1 de septiembre de 2017 (Bundesgesetzblatt 2017 Teil I S. 3346).

³ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. BOE, núm. 97, de 22/04/1996.

Las condiciones que establece el art. 38 (4) de la Ley alemana para el reconocimiento de este singular derecho están en clara consonancia con una de las prácticas habituales de acceso abierto a las publicaciones científicas. Se trata del denominado «*self archiving*» o «*green road open access*» que consiste en el depósito por el propio autor de sus publicaciones en repositorios electrónicos de acceso abierto, después de que haya transcurrido un plazo determinado desde la fecha de su publicación en una revista, plazo de «embargo», impuesto por la propia revista, y que suele ser de unos 12 meses⁴. La novedad del art. 38 (4) de la Ley alemana es que el reconocimiento de este derecho a los autores impide a los editores de las revistas, que han adquirido el derecho a publicar sus contribuciones científicas, decidir si autorizan o no su depósito en repositorios de acceso abierto o delimitar el plazo en que consideran adecuado hacerlo desde la fecha de su publicación.

Hay un evidente paralelismo entre el art. 38 (4) de la Ley alemana de derecho de autor y el art. 37.2 de nuestra Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante, Ley de la Ciencia)⁵. El art. 37 de la Ley de la Ciencia, bajo el epígrafe «*Difusión en acceso abierto*» señala en su apartado 2 que «*el personal de investigación cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado hará pública una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para publicación en publicaciones de investigación seriadas o periódicas, tan pronto como resulte posible, pero no más tarde de doce meses después de la fecha oficial de publicación*». La diferencia estriba en que, a continuación, el art. 37.6 de la Ley de la Ciencia matiza que dicho depósito se debe efectuar «*sin perjuicio de los acuerdos en virtud de los cuales se hayan podido atribuir a terceros los derechos sobre las publicaciones*». De modo que la ley española reconoce al editor de la revista, que ha adquirido el derecho para publicar la contribución científica del autor, la facultad para decidir si permite o no su acceso en abierto. En cambio, el art. 38 (4) de la Ley alemana de Derecho de autor señala en su apartado final que «*cualquier acuerdo adoptado en contra del autor será ineficaz*», por lo que parece reconocer al autor un derecho de carácter inalienable e intransferible para efectuar el depósito de sus publicaciones en repositorios de acceso abierto, en las condiciones señaladas en el mismo artículo.

También la Ley holandesa de Derecho de autor ha introducido recientemente un derecho similar al de la Ley alemana a favor de los autores de publicaciones académicas. En julio de 2015 la Ley holandesa incorporó en su art. 25 f) a) el derecho según el cual «*el autor de una breve obra científica, cuya investigación haya sido financiada en todo o parte con fondos públicos holandeses, estará facultado para hacer accesible dicha obra al público sin finalidad lucrativa tras un*

⁴ W. BIRD y D. BALL, «Open As in Open Access», *Les Nouvelles*, 2018, 53 (2), p. 112.

⁵ BOE, núm 131, de 02/06/2011.

período de tiempo razonable desde su primera publicación, siempre y cuando se haga referencia a la fuente de la primera publicación de la obra»⁶. La doctrina especializada de este país cuestiona si este artículo reconoce verdaderamente de un derecho a favor de los autores académicos o si se trata de un límite disfrazado al derecho de autor⁷.

El Reino Unido, por su parte, ha adoptado por una política claramente a favor del *open access* como herramienta de transferencia del conocimiento generado por las universidades públicas. El órgano del Reino Unido que dirige y financia la investigación de las universidades públicas (*Research England*) exige desde el año 2014 a los autores que quieran optar al reconocimiento de la excelencia de sus publicaciones, que las hayan depositado en repositorios que permitan su libre descarga⁸. En los últimos años, las iniciativas y políticas legislativas a favor del acceso abierto se han producido no sólo en Europa, sino también en Latinoamérica, Estados Unidos, Canadá, África y Asia⁹.

Las principales impulsoras del acceso abierto a las publicaciones científicas han sido las bibliotecas de universidades y centros de investigación de todo el mundo que han organizado redes de repositorios de estas publicaciones a nivel nacional e internacional¹⁰. Ello es debido a que una de las razones que explica el nacimiento y expansión del acceso abierto ha sido el progresivo encarecimiento de las suscripciones a las revistas científicas¹¹.

⁶ Ley de 30 de Junio de 2015, de reforma de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos sobre fortalecimiento de la posición del autor y de los artistas intérpretes y ejecutantes, *Staatsblad* 2015, 257.

⁷ A. QUAEDVLIEG, «The nature of the Scholar's Right to Publish in Open Access», *Liber Amicorum*, Jan Rosén, Eddy, Författarna, 2016, p. 653.

⁸ Vid. <https://re.ukri.org/research/open-access-research/> (última vista 2-10-2018). *Research England* es uno de los principales órganos que integran el *UK Research and Innovation* (UKRI), principal organismo de la investigación e innovación del Reino Unido. Se indica en esta página web, en el apartado «Policy», que los autores que quieran optar por el «*Research Excellence Framework*» deben haber depositado en acceso abierto una copia de la versión final de su manuscrito tras las revisiones.

⁹ T. EGER y M. SCHEUFEN, *The economics of Open Access and the Future of the Academic Publishing*, Edwar Elgar Publishing, Cheltenham UK, 2018, pp. 48-55.

¹⁰ Por ejemplo, el SCOAP «Sponsoring Consortium for Open Access Publishing in Particle Physics» reúne a 3.000 bibliotecas de 47 países y organizaciones no gubernamentales. Vid. <https://scoap3.org/> (última visita 2-10-2018). En el Reino Unido destaca la red de repositorios SHERPA que aglutina a las bibliotecas de 34 universidades y a la British Library. En Estados Unidos, la Universidad de Harvard cuenta con un proyecto de open access desde 2011 (Harvard Open Access Project) y la Universidad Cornell ha desarrollado uno de los más importantes repositorios de acceso abierto de revistas de este país. En Latinoamérica se creó en el año 1997 en Brasil la red SciELO (Scientific Electronic Library Online) en la que participan universidades latinoamericanas, del Sur de África, España y Portugal.

¹¹ De acuerdo con la *Association of Research Libraries* de Estados Unidos y Canadá, los gastos de las bibliotecas en suscripciones a revistas aumentaron en un 456% desde 1986 hasta 2012. Vid. J.L. KIMBROUGH y L.N. GASWAY, «Publication of Government-Funded Research, Open Access, and the Public Interest», *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 2016, Vol.2, p. 282. Accesible en http://www.jetlaw.org/wp-content/uploads/2016/03/KimbroughGasaway_SPE_7-FINAL.pdf (última visita 2-10-2018).

No obstante, es también innegable el papel que juega el editor de revistas académicas como filtro de la calidad científica de las contribuciones que publica y que somete a exigentes procesos selectivos y de revisión. Los autores aspiran a publicar sus contribuciones en revistas científicas de reconocido impacto y calidad, y de ahí que cedan sus derechos de autor a los editores de las revistas científicas, muchas veces sin obtener ninguna remuneración a cambio. Los editores, como titulares de los derechos sobre la publicación en exclusiva pueden exigir un precio por la suscripción o bien pueden optar por facilitar su acceso libre de modo gratuito. Todo depende de los costes que comporte para el editor el proceso de selección de manuscritos, revisión, edición y distribución de los números de la revista y de los beneficios que quiera obtener. Es un modelo de negocio legítimo.

Sin embargo, el encarecimiento de las suscripciones a revistas académicas ha originado un movimiento contrario al «monopolio» de las editoriales de revistas electrónicas. Dicho movimiento parece más dirigido a limitar los derechos de los editores de revistas científicas que a fortalecer los derechos de los autores¹². El acceso abierto a las publicaciones científicas se postula en aras de facilitar el intercambio de conocimiento entre investigadores pero las soluciones que se proponen no son del todo satisfactorias y pueden perjudicar un modelo de negocio que genera productividad y puestos de trabajo. Los repositorios de acceso abierto no contienen filtros de calidad científica por lo que sus contenidos son masivos y carecen de una clasificación y estructura ordenada. Además, a pesar de los intentos de las universidades en propulsar sus políticas de acceso abierto, muchos de sus miembros prefieren publicar en revistas de reconocido prestigio que mantienen la exclusividad de sus publicaciones y el modelo de pago por suscripción. Parece evidente que si todos los editores de revistas científicas permitieran el acceso libre y gratuito a sus contenidos, ello redundaría en beneficio de toda la comunidad científica pero los autores prefieren que su contribuciones sean leídas por un público selectivo que sabe dónde encontrarlas, a que estén a disposición de cualquier persona¹³.

La cuestión es si el acceso libre a las publicaciones científicas puede comportar el fin de un modelo de negocio legítimo y la pérdida de un incentivo económico para la promoción de la calidad de las publicaciones científicas. Por lo tanto, es importante plantear con cautela una opción sobre el acceso a las publicaciones científicas que satisfaga de forma equilibrada a todos los intereses en juego: autores, editores de revistas electrónicas, bibliotecas y usuarios finales. El derecho de autor juega un importante papel en este escenario puesto que forma parte del monopolio en exclusiva del editor.

¹² A. QUAEDVLIEG, «The nature of the Scholar's Right to Publish in Open Access», *cit.* p. 653.

¹³ F. MÜLLER-LANGE y R. WATT, «Copyright and open access for academic works», *Review of Economic Research and Copyright Issues*, 7, (1), 2010, p. 62. Accesible en <http://serci.org/rerci> (última visita 2-10-2018).

El objeto de este trabajo es analizar el papel que juegan los derechos de autor en el acceso a las publicaciones científicas y si son o no el verdadero obstáculo para lograrlo. En primer lugar, se estudia el modelo de negocio en que se basan los editores de revistas científicas y las razones que generaron el movimiento a favor del acceso abierto. En segundo lugar, se exponen y rebaten los argumentos que sostienen que el derecho de autor es la causa que impide «el acceso» a las publicaciones científicas. Por último, se plantea si, entre las medidas legislativas para fomentar el acceso libre a las publicaciones científicas, debe incluirse una reforma de la Ley de Propiedad Intelectual y se estudian posibles propuestas de *lege ferenda*.

II. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL MERCADO DE LAS REVISTAS CIENTÍFICAS

La primera revista científica de la que se tiene constancia fue *Le Journal des Sçavans*, publicada en París en enero de 1665¹⁴. Ese mismo año la *Royal Society of London for Improving Natural Knowledge* publicó el primer número de la revista *Philosophical Transactions*, especializada en ciencias naturales e introdujo los primeros procesos de selección y revisión *peer review* de las contribuciones que se presentaban para ser publicadas¹⁵. Posteriormente, y a lo largo de los siglos XVIII y XIX, las sociedades científicas y las universidades empezaron a editar sus publicaciones seriadas de forma no lucrativa para dar a conocer los resultados de las investigaciones de sus miembros¹⁶.

El modelo de negocio de las editoriales comerciales de publicaciones científicas se empezó a desarrollar a finales de 1950 y se consolidó en los años 60 y 70. Las editoriales se constituyeron como sociedades lucrativas y basaron su negocio en cobrar suscripciones por la adquisición de sus números en papel; compraron las revistas científicas ya existentes y crearon nuevos títulos¹⁷. El editor de revistas científicas pasó a financiar los costes que implicaban convertir la contribución del autor en un producto de calidad. Invirtieron en añadir valores a la publicación de revistas científicas, tanto en su calidad editorial y científica como en la cantidad de sus números.

Como es sabido, las revistas científicas se miden por índices de calidad que valoran aspectos formales de la revista como la presentación de sus sumarios y contenidos o las correcciones tipográficas y lingüísticas de los trabajos presentados, y otros aspectos como la calidad y nivel de exigencia de su consejo

¹⁴ M. SCHEUFEN, *Copyright versus Open Access. On the Organization and International Political Economy of Access to Scientific Knowledge*, International Law and Economics, Springer, 2015, p. 57.

¹⁵ *Vid.* <http://rstl.royalsocietypublishing.org/> (última visita 2-10-2018)

¹⁶ T. EGER y M. SCHEUFEN, *The economics of Open Access and the Future of the Academic Publishing*, *cit.*, p. 12.

¹⁷ M. SCHEUFEN, *Copyright versus Open Access*, *cit.*, p. 58.

de redacción, el tiempo transcurrido desde la recepción y publicación de las contribuciones, los mecanismos de evaluación, la selección y mejora de las contribuciones publicadas, la rapidez en la distribución, la promoción de la revista, etc...¹⁸. A su vez, las revistas científicas se evalúan mediante índices de impacto que intentan calcular el efecto que tiene una publicación sobre su entorno científico en función del número de citas que recibe¹⁹. Los índices de calidad y los índices de impacto de una revista científica constituyen sus principales intangibles, le atribuyen su prestigio académico y contribuyen a aumentar el número de suscripciones.

La nueva edición digital de las revistas, que tuvo lugar a finales del siglo XX, no cambió el modelo de negocio de los editores de revistas electrónicas. Los editores siguieron basando su negocio en el modelo de pago por suscripción. La diferencia estriba en el tipo de contrato que comporta la suscripción de revistas electrónicas y que explica su llamativo aumento de precio.

En el caso de las revistas en formato papel, el suscriptor paga un precio fijo de suscripción por la adquisición de los ejemplares físicos de los números de la revista, independientemente de cuántos sean los usuarios finales que vayan a consultar una revista. En cambio, la suscripción a una revista electrónica es una licencia que la editorial concede al suscriptor y su precio se establece en función del número de usuarios autorizados por la licencia²⁰. Ello explica el encarecimiento que han experimentado las suscripciones a las revistas electrónicas en comparación con el precio pagado por las suscripciones en papel²¹.

Este cambio se debe a que, en el caso de las revistas electrónicas, su puesta a disposición de sus suscriptores y usuarios se produce a través de Internet. Ello comporta que si las bibliotecas de universidades y centros de investigación

¹⁸ E. GIMÉNEZ TOLEDO y A. ROMÁN ROMÁN, «Elementos de calidad que deben estar presentes en las revistas científicas convencionales y/o electrónicas. Modelos de evaluación», en A. ROMÁN ROMÁN (coord.) *La edición de revistas científicas. Guía de buenos usos*, Centro de Información y Documentación Científica, CSIC, Madrid, 2001, pp. 53-54.

¹⁹ M. J. ZAMORA CALVO, «Índices de impacto de las publicaciones científicas», *Artifara, Revista de lenguas y literaturas ibéricas y latinoamericanas*, 2010, 10, p. 93. Se trata de indicadores bibliométricos que posicionan las revistas de una misma disciplina por el número de citas que tienen sus publicaciones. Hay indicadores internacionales como Journal Citation Report, *ISI Web of Science*, SCOPUS, y nacionales como RESH (Revista Española de Ciencias Sociales y Humanas) elaborado por el Centro de Información y Documentación Científica del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

²⁰ J. ALONSO ARÉVALO y F. CARBAJO CASCÓN y J.A. CORDÓN GARCÍA, «La propiedad intelectual y los derechos de autor en bibliotecas y centros de información: revistas digitales y acceso abierto», *El copyright en cuestión: Diálogos sobre propiedad intelectual*. Deusto, Bilbao, 2011, p. 150.

²¹ Se calcula que las editoriales comerciales de revistas electrónicas han obtenido un margen de beneficio de entre un 35% a un 40%. Vid. T. EGER y M. SCHEUFEN, *The economics of Open Access and the Future of the Academic Publishing*, cit., p. 5. Las revistas científicas han quedado concentradas en grandes grupos editoriales y el elevado precio de sus suscripciones ha motivado que las bibliotecas se hayan agrupado en consorcios para lograr negociar acuerdos más beneficiosos (los denominados «big deal»). Vid. M. SCHEUFEN, *Copyright versus Open Access*, cit., p. 58.

solicitan una suscripción a una revista electrónica para facilitarla a un grupo de usuarios efectúan actos de comunicación pública y actos de reproducción de obras protegidas por derechos de autor, por lo que deben contar con la autorización del titular de los derechos de autor, que le concede el editor a través de la licencia.

Otra notable diferencia entre la suscripción de las revistas en papel y la suscripción de revistas electrónicas se observa en las distintas consecuencias que comporta el abandono de una suscripción. Si una biblioteca deja de pagar la suscripción de una revista en papel, mantiene en su poder los números de la revista en formato papel que ha adquirido; en cambio, si la biblioteca deja de pagar la suscripción a una revista electrónica, pierde la posibilidad de mantener copias de los números electrónicos que facilitaba a sus usuarios durante el pago de la suscripción, ya que el acceso a las revistas electrónicas dura el tiempo en que se paga la licencia²².

El aumento de precio de las suscripciones a revistas electrónicas se ha producido a pesar de que el advenimiento de la tecnología digital ha permitido al editor de revistas abaratar sus costes de producción y distribución²³. Esta disminución de los costes de edición de las revistas electrónicas y el aumento del precio por suscripción online han favorecido el crecimiento del mercado editorial de revistas académicas en los últimos años²⁴.

El aumento del precio a las suscripciones a revistas científicas electrónicas generó a partir de finales de los años 90 una importante presión sobre las bibliotecas de universidades y centros de investigación que se veían incapaces de afrontar tales precios sin perjudicar las adquisiciones de otros recursos. A su vez, despertó el temor entre la propia comunidad universitaria de no poder acceder a las revistas científicas que demandan sus investigadores²⁵.

²² J. ALONSO ARÉVALO y F. CARBAJO CASCÓN y J.A. CORDÓN GARCÍA, «La propiedad intelectual y los derechos de autor en bibliotecas y centros de información: revistas digitales y acceso abierto», *cit.* p. 150.

²³ Muchos editores ya no imprimen ni distribuyen todos sus números en papel sino que emplean programas de ordenador para efectuar la edición de sus números y facilitar su puesta a disposición online y descarga. *Vid.* T. EGER, y M. SCHEUFEN, *The economics of Open Access and the Future of the Academic Publishing*, *cit.*, p. 5.

²⁴ En el año 2014 se contabilizaban un total de 28.100 revistas científicas con procesos *peer review* en lengua inglesa y 6.450 revistas en otras lenguas, T. EGER y M. SCHEUFEN, *The economics of Open Access and the Future of the Academic Publishing*, *cit.*, p. 1. Sólo en España, entre 2010-2011 se crearon 82 revistas científicas nuevas en humanidades y ciencias sociales. GIMÉNEZ-TOLEDO, E. (2013). «Reflexiones sobre las revistas científicas españolas», *AnuarioThinkEPI*, v. 7, p. 118.

²⁵ G.B. RAMELLO, «Copyright & Endogenous Market Structure: a Glimpse from the Journal-Publishing Industry», *Review of Economic Research and Copyright Issues*, 7 (1), 2010, p. 8. Accesible en <http://serci.org/rerci> (última visita 2-10-2018). El considerable aumento del precio de suscripción a las revistas electrónicas en los últimos 30 años ha tenido un claro impacto en los presupuestos de las bibliotecas académicas, que han pasado a gastar 4 veces más en publicaciones seriadas que

Esta situación explica las críticas al negocio de las revistas científicas. Se critica que su negocio consista en vender la producción científica a los propios científicos que la han generado, escrito y revisado²⁶. Estas críticas no están exentas de cierto fundamento. La mayoría de las revistas científicas no pagan a los autores por sus publicaciones y externalizan los procesos de revisión de sus artículos al personal investigador de universidades y centros de investigación que, en muchas ocasiones, realizan este trabajo de forma voluntaria²⁷. A su vez, el desarrollo comercial de las revistas científicas ha contribuido a destacar el potencial de las universidades para generar y procesar conocimiento científico con importante valor en el mercado²⁸.

Todas estas razones contribuyeron a la génesis de un movimiento a favor del acceso abierto a las publicaciones científicas desde las propias universidades y centros de investigación.

III. EL MOVIMIENTO A FAVOR DEL ACCESO ABIERTO A LAS PUBLICACIONES CIENTÍFICAS

1. EL ORIGEN DEL ACCESO ABIERTO

El movimiento a favor del acceso abierto se inició en Estados Unidos hacia 1990 en la comunidad científica en el campo de las matemáticas, físicas, biología y medicina y contó con el apoyo de las bibliotecas universitarias y de centros de investigación²⁹. Para este movimiento, propulsar el acceso libre a las publicaciones científicas se considera crucial para los avances científicos porque los investigadores necesitan conocer y apoyarse en el conocimiento generado por otros científicos con anterioridad para poder generar nuevas contribuciones³⁰.

Puede observarse un evidente paralelismo entre el planteamiento del acceso abierto a las publicaciones científicas y del software libre, que fomenta el desa-

en monografías, *vid.* T. EGER y M. SCHEUFEN, *The economics of Open Access and the Future of the Academic Publishing*, *cit.*, p. 2.

²⁶ P. BALDWIN, *The Copyright Wars: Three Centuries of Trans-Atlantic Battle*, Princeton University Press, 2014, p. 366.

²⁷ A. VILLARROYA y M. CLAUDIO-GONZÁLEZ y E. ABADAL y R. MELERO, «Modelos de negocios de las editoriales de revistas científicas: implicaciones para el acceso abierto», *El profesional de la información*, 2012, marzo-abril, v. 21, n. 2, p. 132. Accesible en <https://recyt.fecyt.es/index.php/EPI/article/view/epi.2012.mar.02> (última visita 2-10-2018).

²⁸ S. RICKETSON, «Universities and their exploitation of Intellectual Property», *Bond Law Review*, 1998, Volumen 8, n.º 1, p. 32.

²⁹ El científico estadounidense Stevan Harnard, especializado en ciencias del conocimiento, fue uno de los primeros promotores del acceso libre. En 1989 lanzó la primera revista online gratuita *Psycoloquy*, y promovió los primeros repositorios de artículos científicos. T. EGER y M. SCHEUFEN, *The economics of Open Access and the Future of the Academic Publishing*, *cit.*, p. 7.

³⁰ G.B. RAMELLO, «Copyright & Endogenous Market Structure: a Glimpse from the Journal-Publishing Industry», *cit.*, pp. 16-17.

rollo de programas con código abierto, ya que el proceso de creación de nuevo programas se basa en estudiar el funcionamiento de programas anteriores para adaptarlos a nuevas necesidades y mejorarlos³¹. De hecho, el origen del acceso abierto a las publicaciones científicas se encuentra en estrecha relación con el movimiento a favor del software libre, impulsado por Richard Stallman en Estados Unidos en los años ochenta.

Las primeras revistas científicas de acceso libre empezaron a publicarse en los años 90³². Uno de los principales hitos del movimiento del acceso libre fue la creación en el año 2001 de la «*Public Library of Science*», promovida por miles de científicos de todo el mundo para facilitar el contenido completo de las contribuciones escritas en el ámbito de la medicina y de las ciencias³³. El movimiento se propagó, a partir de entonces, por medio de declaraciones internacionales a favor del acceso abierto.

La primera declaración internacional a favor del acceso abierto se conoce como la Declaración de Budapest y tuvo lugar en el año 2002. Esta declaración, promovida por la *Open Society Foundation*, definió por primera vez el acceso abierto a las publicaciones científicas como su «*disponibilidad gratuita en Internet, que permite a cualquier usuario leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir, buscar o añadir un enlace al texto completo de esos artículos, rastrearlos para su indexación, incorporarlos como datos en un software, o utilizarlos para cualquier otro propósito que sea legal, sin barreras financieras, legales o técnicas, aparte de las que son inseparables del acceso mismo a la Internet*». Esta Declaración también estableció las dos estrategias para conseguir el acceso abierto: la vía verde (el depósito de los documentos en repositorios) y la vía dorada (la publicación en revistas de acceso abierto)³⁴. La Declaración de Budapest reconoce los derechos de autor pero señala que «*el único papel del copyright en este ámbito, debería ser el dar a los autores el control sobre la integridad de sus trabajos y el derecho a ser adecuadamente reconocidos y citados*»³⁵.

Posteriormente, tuvo lugar en Maryland (Estados Unidos) la Declaración de Bethesda en el 2003 que instaba a los científicos a efectuar el depósito inmediato de sus publicaciones en repositorios en línea gestionados por instituciones académicas y se distanció del derecho de autor al declarar textualmente que «*los estándares de la comunidad, más que la ley de copyright, son el mecanismo*

³¹ R. SÁNCHEZ ARISTI, «Las licencias creative commons: un análisis crítico desde el derecho español», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n° 19, 2007, p. 1 (según versión electrónica en la base de datos *Aranzadi Instituciones Thomson Reuters*).

³² Vid. W. BIRD y D. BALL, «Open As in Open Access», *cit.*, p. 112. En el año 1993 se editaban ya alrededor de 20 revistas de acceso libre, que pasaron a ser unas 741 en el año 2000.

³³ <https://www.plos.org/> Esta biblioteca pasó de ser un repositorio de artículos científicos a una editorial de revistas científicas de acceso abierto. Vid. <https://www.plos.org/history> (última visita 2-10-2018)

³⁴ <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/read> (última visita 2-10-2018).

³⁵ <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/translations/spanish-translation> (última visita 2-10-2018)

para el cumplimiento de una correcta atribución y uso responsable de la obra publicada»³⁶. Finalmente, la Declaración de Berlín de 2003, suscrita por importantes centros de investigación de Alemania, Francia, Suiza y España, avaló el acceso abierto y el mantenimiento de procesos de evaluación para mantener el standard de calidad de las revistas científicas y reiteró que «los estándares de la comunidad continuarán proveyendo los mecanismos para hacer cumplir el reconocimiento apropiado y uso responsable de las obras»³⁷.

2. RASGOS DEFINITORIOS DEL ACCESO ABIERTO Y LICENCIAS DE DERECHOS DE AUTOR

Los rasgos definitorios del libre acceso se encuentran recogidos en las tres Declaraciones anteriormente reseñadas³⁸. Tiene lugar cuando se dan estas dos condiciones:

- el autor o titular de los derechos atribuye a todos los usuarios el derecho gratuito, irrevocable y mundial de acceder a un trabajo científico y una licencia para copiar, usar, distribuir, transmitir o comunicar públicamente el trabajo y hacer obras derivadas en cualquier medio digital, así como un número determinado de copias impresas para uso personal, pero reconociendo siempre su autoría.
- el autor efectúa el depósito de una copia de su trabajo completo, acompañado de la licencia, en un repositorio mantenido por una institución académica o científica favorable al acceso abierto³⁹.

Puede observarse, por tanto, que el acceso abierto reconoce el derecho de autor sobre los trabajos científicos y se basa en una licencia de derechos de autor. De hecho, el contenido de la licencia de acceso libre emplea los términos propios de las licencias de derechos de autor para establecer los actos de explotación autorizados. Pero se trata de una licencia que va dirigida a dejar prácticamente vacío de contenido patrimonial al derecho de autor.

Las licencias de acceso abierto que promueven las Declaraciones sobre acceso libre recuerdan a las licencias del software libre o código abierto y siguen el modelo de las licencias *Creative Commons*, promovidas por Lawrence Lessing para todo tipo de obras. Todas estas licencias responden a movimientos que bajo

³⁶ Establece textualmente, la Declaración de Bethesda que «los estándares de la comunidad, más que la ley de copyright, son el mecanismo para el cumplimiento de una correcta atribución y uso responsable de la obra publicada». Vid. http://ictlogy.net/articles/bethesda_es.html (última visita 2-10-2018).

³⁷ Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities, auspiciada por la Sociedad Max-Planck de Alemania, <https://openaccess.mpg.de/319790/Signatories> (última visita 2-10-2018).

³⁸ E. ABADAL, *Acceso abierto a la ciencia*, editorial UOC, Barcelona, 2012, p. 14.

³⁹ <https://openaccess.mpg.de/Berlin-Declaration> (última visita 2-10-2018).

la seña de «conocimiento libre» o del «acceso abierto al conocimiento» vienen propugnando en los últimos años la puesta a disposición del público de las obras intelectuales, con las menores barreras de acceso posibles, aprovechando los recursos que la tecnología digital pone a nuestro alcance⁴⁰.

Como se ha señalado anteriormente, el acceso libre a las publicaciones científicas se logra a través de dos vías: el depósito de documentos en repositorios (vía verde) y la publicación en revistas de acceso abierto (vía dorada). La primera vía es que la tratan de fomentar las universidades y centros públicos de investigación a través de mandatos institucionales en los que recomiendan o imponen a su personal investigador el depósito de sus publicaciones en repositorios. Estas prácticas no parecen entrar en conflicto con los derechos de autor adquiridos por los editores comerciales de revistas, siempre y cuando se respete el período de «embargo» que establece el editor⁴¹.

Por otro lado, el acceso libre a las publicaciones se consigue mediante las revistas de acceso abierto (vía dorada). La diferencia entre facilitar un artículo a través de un repositorio o de hacerlo por medio de una revista de acceso abierto consiste en que los repositorios contienen la versión final del trabajo de un autor antes de ser publicado, sin su paginación dentro de la revista; en cambio, las revistas de acceso abierto facilitan la versión publicada del artículo en la revista, con su paginación y presentación dentro del número correspondiente⁴².

3. LA VIABILIDAD DEL NEGOCIO DE LAS REVISTAS DE ACCESO ABIERTO

Las revistas científicas de acceso abierto operan sólo a través de Internet y siguen los mismos estándares de calidad que las revistas comerciales para conseguir el máximo reconocimiento y prestigio⁴³. No obstante, los índices de impacto de las revistas de acceso abierto apenas tienen relevancia en comparación con los de las revistas de los grandes grupos editoriales que resultan ser mucho más elevados en todas las disciplinas y cuentan con mayor reputación en la comunidad científica⁴⁴.

⁴⁰ R. SÁNCHEZ ARISTI, «Las licencias creative commons: un análisis crítico desde el derecho español», *cit.*, p. 1.

⁴¹ El período de embargo es el plazo de tiempo durante el cual el editor decide mantener un artículo sujeto a suscripción y que suele durar entre 6 y 12 meses desde su publicación. *Vid.* W. BIRD y D. BALL, «Open As in Open Access», *cit.*, p. 112.

⁴² W. BIRD, D. BALL, «Open As in Open Access», *cit.*, p. 112.

⁴³ En la actualidad, se encuentran registradas alrededor de 11.925 revistas de acceso abierto. *Vid.* Directory of Open Access Journals (DOAJ), <https://doaj.org/> (última visita 2-10-2018).

⁴⁴ M. SCHEUFEN, *Copyright versus Open Access*, *cit.*, p. 59. La base de datos *Web of Science*, que clasifica las revistas científicas por su índice de impacto, incluyen un 9% de títulos de revistas de acceso abierto, *vid.* E. ABADAL, *Acceso abierto a la ciencia*, *cit.*, p. 22.

El principal problema que plantean las revistas de acceso abierto es el de su financiación. Algunas de ellas han surgido en el seno de instituciones o de centros de investigación de renombre que las financian sin obtener beneficios⁴⁵; en otros casos, las revistas de acceso abierto obtienen ingresos por ayudas públicas o privadas, por publicidad o por cobrar suscripciones por números de la revistas en papel⁴⁶. Pero los ingresos por las publicaciones en abierto son insuficientes para cubrir sus costes y generar un margen de beneficio que facilite la reinversión en nuevos contenidos y de ahí la incertidumbre que plantea su modelo de negocio⁴⁷. Muchas de las revistas de acceso abierto que aparecieron hace años no han logrado sobrevivir⁴⁸.

Un importante medio de financiación de las publicaciones de acceso abierto consiste en que los propios autores paguen los costes de su publicación (*article-processing charges*). Esta opción se está extendiendo también entre los editores comerciales, que ofrecen a los autores la posibilidad de publicar en acceso abierto sus artículos y beneficiarse al mismo tiempo del prestigio y calidad de su revista, de modo que se convierten así en editores híbridos, de acceso libre y acceso restringido. El problema es que el precio que tienen que pagar los autores por publicar en revistas de editoriales comerciales es mucho más elevado que el precio por publicación en revistas de acceso abierto⁴⁹.

Por este motivo, muchas de las ayudas concedidas para la investigación por instituciones públicas del Reino Unido y de la Unión Europea obligan a los autores que se benefician de las mismas a publicar en acceso abierto los resultados de la investigación y asumen los costes de publicación en revistas comerciales⁵⁰. Esta opción, que resulta, sin duda, muy atractiva para los autores científicos ya que les permite publicar en acceso abierto en revistas comerciales, queda limitada únicamente a los autores que cuenten con una financiación pública para su investigación. Tampoco es una solución de futuro para que las editoriales

⁴⁵ G.B. RAMELLO, «Copyright & Endogenous Market Structure: a Glimpse from the Journal-Publishing Industry», *cit.*, p. 16.

⁴⁶ T. EGER y M. SCHEUFEN, *The economics of Open Access and the Future of the Academic Publishing*, *cit.*, p. 13.

⁴⁷ A. VILLARROYA y M. CLAUDIO-GONZÁLEZ y E. ABADAL y R. MELERO, «Modelos de negocios de las editoriales de revistas científicas: implicaciones para el acceso abierto», *cit.* Aunque de acuerdo con el registro oficial de este tipo de revistas se contabilizan en la actualidad cerca de 12.000, es complejo determinar su actividad real, periodicidad y calidad. *Vid.* <https://doaj.org/> (última visita 2-10-2018)

⁴⁸ W. BIRD y D. BALL, «Open As in Open Access», *cit.*, p. 112.

⁴⁹ Los precios oscilan en función del grupo editorial. El grupo editorial Wiley cobra a los autores una media de 2.000 euros por publicar en alguna de sus revistas. <https://authorservices.wiley.com/author-resources/Journal-Authors/open-access/article-publication-charges.html> (última visita 2-10-2018). Los costes por publicar en revistas de acceso restringido del Reino Unido es de alrededor de 1.800 libras, *vid.* W. BIRD y D. BALL, «Open As in Open Access», *cit.*, p. 112.

⁵⁰ Así, por ejemplo, el programa «Horizonte 2020» de la Unión Europea ha hecho del acceso un principio general y financia los gastos por publicar en acceso abierto. *Vid.* http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-790_es.htm (última visita 2-10-2018).

comerciales ofrezcan cada vez más contenidos en acceso abierto; equivaldría a mantener su negocio a costa de ayudas públicas y podría hasta desaparecer el incentivo del editor comercial en mejorar su publicación para obtener más suscripciones y aumentar su precio⁵¹. Además, si el negocio de los editores de revistas consistiera en cobrar por publicar, obtendrían más ingresos si publicarían más artículos por lo que disminuiría la calidad de sus publicaciones⁵².

A pesar de la rápida expansión que ha tenido el acceso libre⁵³, este movimiento necesita todavía de una consolidación en la práctica que garantice a los autores que sus publicaciones van a contar con la calidad y el prestigio que ofrecen las editoriales comerciales. Muchos investigadores prefieren publicar sus contribuciones en revistas comerciales que facilitar el acceso libre de sus contribuciones desde un repositorio o de sus propias páginas web. Por otra parte, los miembros de la comunidad científica prefieren atenerse a consultar las revistas de prestigio de su ámbito, en lugar de repositorios con ingentes cantidades de artículos⁵⁴.

En este contexto es donde cobra especial relevancia la determinación de la titularidad de los derechos de autor sobre las contribuciones científicas realizadas en el seno de universidades y centros de investigación por su personal investigador. Las políticas universitarias al respecto pueden ser decisivas para facilitar el desarrollo de las revistas de acceso abierto la adquisición de los derechos de autor en detrimento de las revistas de editores comerciales.

Pero esta cuestión requiere aclarar previamente la justificación de los derechos de autor sobre las denominadas «obras científicas», que también ha sido discutida en el seno de la propia comunidad científica.

IV. LA DISCUSIÓN EN TORNO AL DERECHO DE AUTOR SOBRE LAS PUBLICACIONES CIENTÍFICAS

La primera cuestión que plantean los derechos de autor sobre las obras científicas es su propio reconocimiento. La propiedad intelectual sobre las obras científicas aparece reconocida en el Convenio de Berna para la protección de

⁵¹ T. EGER y M. SCHEUFEN, *The economics of Open Access and the Future of the Academic Publishing*, cit., p. 109.

⁵² F. MÜLLER-LANGE y R. WATT, «Copyright and open access for academic works», cit., p. 50.

⁵³ Se constata el ascenso de las revistas de acceso abierto en los ámbitos de la medicina, biología y física, se duda de que puedan llegar a la altura de los editores comerciales en otras disciplinas como las ciencias sociales y, en especial, la economía, ya que no lo han logrado en estos últimos veinte años, *Vid.* F. MÜLLER-LANGE y R. WATT, «Copyright and open access for academic works», cit., p. 48, T. EGER y M. SCHEUFEN, *The economics of Open Access and the Future of the Academic Publishing*, cit., p. 110.

⁵⁴ M. SCHEUFEN, *Copyright versus Open Access*, cit., p. 65.

obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886. Declara el art. 2 del Convenio de Berna que «*los términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico»*. Nuestra Ley de Propiedad Intelectual también se refiere a ellas en su art. 10 como posible objeto de propiedad intelectual cuando establece que «*son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro»*».

A pesar de que las leyes de derechos de autor de los Estados Miembros del Convenio de Berna reconocen la propiedad intelectual sobre las obras científicas, este tipo de obras carecen de una definición legal y resulta un poco difícil singularizarlas, ya que el derecho de autor protege la forma de expresión que adopta un determinado contenido, al margen de que éste sea científico o no.

1. LA OBRA CIENTÍFICA

¿Cuál es, pues, la singularidad de la obra científica en la Ley de Propiedad Intelectual y que la diferencia con respecto a las demás obras? La STS de 8 de noviembre de 2012 (RJ 2012\10425) se pronuncia al respecto y declara que «*las creaciones científicas no son objeto de propiedad intelectual, por razón de su contenido —ideas, procedimientos, sistemas, métodos operativos, conceptos, principios, descubrimientos— ni de la formación o experiencia de quienes las realizan, impulsan o de los esfuerzos de quienes las financian, sino sólo por la forma literaria y artística de su expresión»*. Por lo tanto, si bien la protección de la obra científica por derecho de autor sólo se extiende sobre su forma de expresión original —normalmente un texto pero también pueden ser gráficas, fotografías, dibujos, etc.— lo que caracteriza a la obra científica frente al resto de las obras es su contenido, relacionado con la ciencia y el conocimiento científico. Lo que caracteriza a las publicaciones científicas frente a las demás publicaciones es que presentan a menudo «bloques de contenidos» que contienen mera información científica⁵⁵.

La discusión que ha generado el reconocimiento de un derecho exclusivo sobre las obras científicas se debe a que contienen ideas, fórmulas, descubrimientos, procedimientos o principios que, como tales, no pueden ser objeto de derechos de autor. La doctrina es unánime al afirmar y mantener que lo que el derecho de autor protege no son las ideas relacionadas con la obra: el derecho de autor no protege ni la información, ni las ideas, ni la investigación⁵⁶. Justamente, lo que diferencia a las obras científicas de las demás obras es la información e ideas

⁵⁵ A. QUAEDVLIEG, «The nature of the Scholar's Right to Publish in Open Access», *cit.*, p. 654.

⁵⁶ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios al art. 10», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (coord. R. Bercovitz), 4^a edición, Tecnos, Madrid, 2017, p. 167.

que contienen y éstas, aunque sean fruto de un esfuerzo intelectual, quedan libremente disponibles por un criterio de utilidad social: su confrontación por terceros y ulterior desarrollo⁵⁷. Tampoco la información ni las ideas ni las teorías científicas pueden protegerse por derecho de patentes, por carecer de carácter técnico. El art. 52 del Convenio de Patente Europea⁵⁸, considera que no son invenciones técnicas y, por lo tanto, no son patentables los descubrimientos, las teorías científicas, los métodos matemáticos y los principios y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales.

Por lo tanto, desde el punto de vista del derecho de autor una obra con contenido científico debe ser original en su expresión para poder ser protegida. Un trabajo científico recibirá protección por derecho de autor si tiene, y en la medida en que tenga, originalidad en su exposición, no en su contenido sino en su forma⁵⁹. En el caso de las publicaciones científicas, su originalidad se apreciará como en cualquier otra publicación: en la redacción del texto o en la forma de las imágenes. Es decir, desde el punto de vista de la Ley de Propiedad Intelectual, las publicaciones científicas se expresan, normalmente, mediante la lengua escrita y se protegen como obras literarias. El derecho de autor va a proteger una publicación científica de la misma manera que protege una novela, una receta o un artículo periodístico: mediante la atribución de derecho al autor que le permite impedir la copia, distribución, comunicación pública o transformación del texto original escrito.

El problema que plantea la protección por derecho de autor de las publicaciones científicas es que cuando un autor redacta un artículo o un libro científico la difusión de ese conocimiento científico, libre de derechos de autor, se hace a través de la difusión de la publicación. Y esa publicación, que por su originalidad en la expresión queda protegida por el derecho de autor, no puede ponerse a disposición del público sin la autorización del titular de los derechos de explotación correspondientes. De esta manera, a pesar de que el contenido científico de esa publicación sea en parte libre, queda efectivamente restringido por el derecho de autor en la medida en que la publicación no puede copiarse, distribuirse, comunicarse públicamente ni transformarse sin la autorización de su titular.

2. EL DERECHO DE AUTOR COMO OBSTÁCULO AL ACCESO A LA CIENCIA

Para algunos autores, el modelo comercial que siguen los editores comerciales de revistas científicas se basa en el derecho de autor y supone una restricción

⁵⁷ P. SOLER MASOTA, «La protección de las ideas por el derecho de autor», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº XXII, 2000, p. 489.

⁵⁸ Convenio de Munich sobre Concesión de Patentes Europeas, de 5 de octubre de 1973.

⁵⁹ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios al art. 10», *cit.*, p. 167.

para el avance del conocimiento científico. Consideran que el derecho de autor no tiene un efecto neutro sobre el mercado sino que es una herramienta que concede monopolios y que sirve para diseñar e incluso controlar un determinado mercado⁶⁰. El monopolio de los editores se debe a que los artículos que se publican en revistas con elevados índices de impacto son bienes «únicos» (no sustituibles en el mercado) y el editor puede determinar su precio al gozar de la exclusividad que le conceden los derechos de autor sobre esas publicaciones⁶¹. Ello permite a los editores exigir un precio por facilitar el acceso a las publicaciones científicas, de forma que restringen el acceso a la información⁶² y a los resultados de la investigación científica previamente realizada⁶³.

Al respecto cabe hacer las siguientes matizaciones.

En primer lugar, es muy cuestionable que el derecho de autor sobre las publicaciones científicas pueda suponer un obstáculo para el desarrollo de la ciencia. Como se dijo anteriormente, el derecho de autor no protege las ideas, las fórmulas químicas, los datos, las operaciones matemáticas o los procedimientos descritos en una publicación científica; lo que protege el derecho de autor es la expresión verbal o visual con que el autor del artículo describe esa información científica que es libre de derechos. Otros científicos pueden libremente copiar y difundir esos mismos datos, fórmulas, operaciones matemáticas y poner en práctica los procedimientos descritos en las publicaciones sin que se produzca infracción alguna de derecho de autor. Incluso se ha defendido la posibilidad de que las ideas o teorías científicas originales puedan ser protegidas por derecho de autor, y en tal supuesto, se afirma que ello no impediría su libre difusión con fines docentes y de investigación, ni estrangularía el debate en el seno de la comunidad científica, pues a tales fines sirven mecanismos como el de la libertad de cita u otros análogos que pudieran eventualmente articularse⁶⁴.

En segundo lugar, el derecho de autor no se extiende sobre el acceso a las obras originales; el término «acceso» no aparece recogido en las leyes de propiedad intelectual entre los actos de explotación que quedan sujetos a la autorización de los titulares de derechos de autor. El titular de derechos de autor no puede impedir la lectura de un artículo, ni su consulta ni su mera visualización. El derecho de autor faculta a su titular a autorizar o prohibir los actos de

⁶⁰ G.B. RAMELLO, «Copyright & Endogenous Market Structure: a Glimpse from the Journal-Publishing Industry», *cit.*, p. 16.

⁶¹ G.B. RAMELLO, «Copyright & Endogenous Market Structure: a Glimpse from the Journal-Publishing Industry», *cit.*, pp. 16-17.

⁶² T. EGER y M. SCHEUFEN, *The economics of Open Access and the Future of the Academic Publishing*, *cit.*, p. 4.

⁶³ G.B. RAMELLO, «Copyright & Endogenous Market Structure: a Glimpse from the Journal-Publishing Industry», *cit.*, p. 16.

⁶⁴ R. SÁNCHEZ ARISTI, «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, n° 4, 2000, p. 39.

explotación que tipifican las leyes de derechos de autor y que son la copia, distribución, comunicación pública y transformación de un artículo científico. Si entendemos que el acceso a obras es su «aprehensión intelectual» o «disfrute», se trata de un concepto jurídico ajeno a la exclusividad de los derechos de autor. Por poner un ejemplo, el editor de una novela no puede impedir que una persona lea dicha novela en una librería sin haber comprado antes el ejemplar, alegando una infracción de derechos de autor. No obstante, el editor puede restringir el acceso al contenido del libro en las librerías y precintarlo para impedir su lectura o visualización en librerías, en razón de la inversión que ha realizado para generar ese producto en el mercado, el libro, que es de su propiedad hasta que se produzca su venta.

La discusión en torno al control del derechos de autor sobre el acceso a la obras ha surgido desde que la tecnología digital ha permitido controlar técnicamente los actos de visualización o mera lectura de obras, ya que requieren previamente de una reproducción o copia permanente o temporal en algún servidor o memoria. Esta situación no tenía lugar en el mundo analógico. Ello ha facilitado que el derecho de autor se haya extendido de forma distorsionada sobre el «acceso» a las obras digitales, es decir, sobre los actos de mera visualización, audición o lectura de obras. Cuando el editor de revistas digitales impide su acceso —consulta, visualización o lectura— lo que impide es su reproducción, temporal o permanente. Esta extensión del derecho de autor sobre actos de mera consulta, visualización o disfrute de contenidos digitales ha supuesto una ruptura con el tradicional derecho de autor respecto al contenido de los derechos de explotación y las excepciones⁶⁵.

Este cambio puede apreciarse en el contenido de las licencias de derechos de autor que las editoriales de revistas científicas obligan a pagar a las bibliotecas por la suscripción a revistas electrónicas. Como se ha indicado anteriormente, las licencias que pagan las bibliotecas a los editores de revistas electrónicas les autorizan a efectuar actos de comunicación pública y reproducción de las revistas electrónicas, puesto que las bibliotecas las ponen a disposición de sus usuarios a través de Internet y facilitan su descarga. Ello es legalmente acorde con el contenido tradicional del derecho de autor, puesto que trata de actos de explotación que realizan las bibliotecas por facilitar revistas electrónicas a sus usuarios. El problema es que las licencias autorizan también cada acto de visualización o consulta individual de los artículos que efectúan los usuarios de la biblioteca, ya que son actos de reproducción que pueden ser controlados desde el servidor de la editorial de la revista.

Sin embargo, los actos de reproducción que realiza el usuario únicamente para ver, leer o consultar online los artículos que le han sido legalmente facilitados

⁶⁵ Z. EFRONI, *Access Right: The Future of Digital Copyright Law*, Oxford University Press, New York, 2011, p. 481.

por la biblioteca, si son transitorios (como por ejemplo, la visualización en línea, no la descarga), han quedado excluidos del derecho de reproducción por el art 5.1 de la Directiva 2001/29/CE de la Sociedad de la Información, puesto que la biblioteca ya ha pagado al editor las licencias por efectuar la explotación consistente en poner las revistas electrónicas a disposición de sus usuarios a través de Internet. El art. 5.1 de la Directiva 2001/29/CE ha impuesto esta excepción o límite de forma imperativa a todos los Estados Miembros —la LPI la recoge en el art. 31.1— y exige para su aplicación que el usuario efectúe una utilización lícita de la obra que no tenga significación económica independiente⁶⁶. Puede apreciarse, por tanto, cómo la Directiva está excluyendo la aplicación del derecho de reproducción sobre los meros actos de acceso a obras, entendidos como la visualización, lectura o disfrute de las obras, siempre que éstas hayan sido previamente puestas a disposición de los usuarios de forma legal por las bibliotecas.

Sin embargo, aunque estos actos de reproducción provisional que sólo facilitan el acceso deberían ser excluidos de las licencias de derechos de autor que acuerdan las editoriales de revistas con las bibliotecas, el editor impone no obstante «*de facto*» su control técnico sobre el acceso a las revistas científicas y determina el precio de la licencia en función del número de usuarios de la biblioteca. Como se ha indicado anteriormente, lo que legitima al editor para impedir este «acceso» a sus revistas científicas no es el derecho de autor, sino la inversión que ha realizado para generar un producto con valor en el mercado.

Finalmente, se critica también al derecho de autor sobre las publicaciones científicas al considerar que no funciona como incentivo económico para su autor y sólo beneficia a los editores de revistas comerciales⁶⁷. Se argumenta que el autor académico, a diferencia de los autores de novelas, músicos o pintores, no percibe «royalties» de los editores de revistas científicas y publica en ellas para darse a conocer, obtener un prestigio, o ser citado por otros especialistas⁶⁸. A ello puede oponerse que el derecho de autor no ha surgido como incentivo económico para la creación de obras. El autor crea obra desde hace siglos, independientemente del reconocimiento de los derechos de autor. Como estableció en su día el Preámbulo de la Ley de Propiedad Intelectual, la finalidad de este derecho no es incentivar la creación de obras sino «*otorgar el debido*

⁶⁶ El art. 31.1 LPI establece que «*No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la ley*».

⁶⁷ Este es uno de los principales argumentos a favor del acceso abierto de Peter Suber, académico de la Universidad de Harvard y uno de los más destacados defensores del acceso abierto en Estados Unidos. *Vid.* P. SUBER, *Open access*, The MIT Press Essential Knowledge Series, Cambridge Massachusetts, 2012, p. 130.

⁶⁸ P. SUBER, *Open access*, *cit.*, pp. 9-14.

*reconocimiento y protección de los derechos de quienes a través de las obras de creación contribuyen tan destacadamente a la formación y desarrollo de la cultura y de la ciencia para beneficio y disfrute de los ciudadanos»*⁶⁹. Si un autor científico quiere ceder gratuitamente a un editor comercial la exclusividad de su derecho a publicar sus contribuciones científicas no es porque el derecho de autor no cumpla su función sino porque al autor le compensa el prestigio académico que implica publicar en su revista.

No obstante, es evidente que todas estas críticas a los derechos de autor sobre las publicaciones científicas ponen en evidencia una situación de claro desequilibrio entre los intereses de la comunidad científica y los intereses de los editores comerciales de revistas científicas. Como se ha expuesto, el derecho de autor sobre las publicaciones científicas no impide la posterior difusión del contenido científico de los artículos que está libre de derechos (como los datos, procedimientos, ideas, o fórmulas), pero el editor comercial controla el acceso a dicha publicación y, por ende, impide llegar a su contenido si no se pagan las licencias correspondientes.

Puesto que la mayoría de publicaciones científicas se encuentran protegidas por derechos de autor resulta interesante analizar cuál sería el mecanismo legal apropiado para corregir tal desequilibrio. En lugar de plantear la «resistencia» de los autores a ceder sus derechos a los editores comerciales y publicarlos en revistas de libre acceso o en repositorios⁷⁰, o tratar de encontrar la fórmula para que las propias universidades exploten el conocimiento que generan⁷¹, cabe plantearse otras fórmulas que equilibren todos los intereses en juego, como podría ser el reconocimiento legal de un derecho irrenunciable de los autores académicos para publicar en acceso abierto, la introducción de un límite o excepción en las leyes de derechos de autor a favor del acceso abierto a las publicaciones científicas o la adopción de políticas universitarias que faciliten las publicaciones en acceso libre, con el debido respeto a los derechos de autor de su personal académico.

V. OPCIONES LEGALES PARA FACILITAR EL ACCESO ABIERTO

1. RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO IRRENUNCIABLE A FAVOR DE LOS AUTORES ACADÉMICOS PARA PUBLICAR EN ACCESO ABIERTO

Como se expuso al inicio de este trabajo, las legislaciones de derecho de autor de Alemania y Holanda han introducido recientemente un derecho de carácter

⁶⁹ Así lo manifestaba el Preámbulo de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, actualmente derogada.

⁷⁰ P. SUBER, *Open access*, cit., p. 128.

⁷¹ S. RICKETSON, «Universities and their exploitation of Intellectual Property», cit., p. 44.

irrenunciable a favor de los autores académicos cuyas contribuciones hayan sido financiadas con fondos públicos, que les faculta a difundir en abierto sus publicaciones a pesar de haber cedido sus derechos de autor a los editores de revistas científicas, una vez transcurrido un breve y razonable tiempo desde su publicación.

En Alemania, este derecho fue sugerido por la doctrina como una solución legal que fomentara el acceso libre a las publicaciones científicas y permitiera reconocer al autor el derecho a publicar sus trabajos dónde y cuándo quiera. Este derecho se ha incluido en las normas de cesión de los derechos de explotación de la Ley alemana, en particular, dentro del art. 38 que regula las cesiones de los derechos de explotación sobre las contribuciones a una colección. El art. 38. (4) reconoce al autor de una contribución científica el derecho a facilitar el acceso público de la *versión en manuscrito* que presentó al editor, a pesar de haberle cedido sus derechos en exclusiva, si se dan las siguientes condiciones: que la contribución científica haya sido financiada, al menos en un 50%, con fondos públicos; que la contribución forme parte de una colección que se publique con una periodicidad mínima semestral, que haya transcurrido un plazo de 12 meses desde la fecha de la publicación de la colección y que el autor facilite el acceso público de su versión manuscrita sin finalidad comercial y señalando la fuente de la primera publicación. La doctrina alemana, defensora del reconocimiento de este derecho, considera que se trata de un derecho cuyo origen está en el derecho moral del autor a decidir sobre la divulgación de su obra y de ahí su carácter irrenunciable⁷².

Posteriormente, la ley holandesa de Derecho de autor introdujo un derecho de similares características en su art. 25 f) a), pero con diferentes requisitos. El art. 25 f) a) de la Ley holandesa reconoce este derecho a los autores obras científicas «cortas» —calificativo que para la doctrina holandesa equivale a entender que se aplica a artículos y no a libros⁷³—, cuya investigación haya sido financiada en todo o en parte con fondos públicos holandeses, siempre y cuando haya transcurrido un período de tiempo razonable tras su primera publicación. De acuerdo con el art. 25f) a) autor podrá facilitar el acceso público de esa obra sin finalidad lucrativa y deberá incluir una referencia a la fuente de la primera publicación de la obra.

La doctrina autorizada holandesa ha cuestionado la naturaleza jurídica de este derecho y su carácter irrenunciable⁷⁴. Sostiene esta doctrina que, de acuerdo con la ley holandesa, el reconocimiento legal de los derechos irrenunciables a

⁷² G. HANSEN, «Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze», *GRUR Int*, 2005, p. 379. Accesible en <https://www.gerd-hansen.net/publikationen/> (última visita 2-10-2018).

⁷³ En la tramitación de la ley de incorporación de este derecho a la ley holandesa de Derecho, se empleó originariamente el término «artículos» en lugar de «obras cortas». Para la doctrina holandesa, contribuciones de hasta 8.000 palabras deberían ser consideradas artículos. A. QUAEDVLIEG, «The nature of the Scholar's Right to Publish in Open Access», *cit.*, pp. 652-653, nota al pie 10.

⁷⁴ A. QUAEDVLIEG, «The nature of the Scholar's Right to Publish in Open Access», *cit.*, pp. 656-659.

favor del autor tiene su origen o en su débil posición al negociar sus contratos o en la tutela de su derecho moral; puesto que de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina holandesas, el derecho moral de autoría no sólo tiene la función pasiva de facultar al autor a exigir ser reconocido como tal, sino también la función activa de tutelar su interés en promocionar su nombre como autor de una obra, podría haber una vinculación entre el acceso abierto y el derecho moral de autor al reconocimiento de la autoría⁷⁵. Sin embargo, si lo que pretende este derecho es proteger este derecho moral del autor, parece absurdo o contradictorio que sólo sea reconocido a los autores de publicaciones científicas que hayan sido financiadas con fondos públicos holandeses. De ahí que se entienda que la formulación que emplea la ley holandesa para reconocer este derecho, sólo en determinados y restringidos supuestos, sea propia de los límites a los derechos de autor y de ahí que se afirme que esconde un velado límite a los derechos de autor que ostentan los editores de publicaciones científicas⁷⁶. Esta misma postura la mantiene algún autor alemán en relación con la redacción del art. 38 (4) de la Ley alemana⁷⁷.

¿Cabría el reconocimiento de un derecho de similares características en la LPI española? Nuestra Ley reconoce derechos irrenunciables a los autores únicamente en dos supuestos: en el caso de los derechos morales (arts. 14 LPI) y en la mayoría de los derechos de remuneración que la LPI reconoce a los autores. El carácter irrenunciable de los derechos de remuneración tiene su origen en la limitación, debilitamiento o pérdida que experimentan los derechos exclusivos del autor. Así, el derecho irrenunciable a la compensación equitativa por copia privada (art. 25 LPI) se ha establecido legalmente como contrapartida al reconocimiento del límite de copia privada; el derecho irrenunciable de participación de los autores de obras plásticas que reconoce la Ley tiene como finalidad paliar la merma de ingresos que supone para este tipo de autores el agotamiento del derecho de distribución de sus cuadros tras la primera venta⁷⁸; y, finalmente, los derechos irrenunciables de remuneración que la LPI ha reconocido a los autores de obras audiovisuales (art. 92.2) tienen su origen en la presunción legal de cesión exclusiva de sus derechos a favor del productor que establece el contrato de producción de la obra audiovisual (art. 88 LPI). El legislador compensa así de algún modo la débil posición que el autor tiene por el acuerdo⁷⁹.

⁷⁵ A. QUAEDVLIEG, «The nature of the Scholar's Right to Publish in Open Access», *cit.*, pp. 656-657.

⁷⁶ A. QUAEDVLIEG, «The nature of the Scholar's Right to Publish in Open Access», *cit.*, p. 663.

⁷⁷ M. HIRSCHFERDER, «Open Access – Zweitveröffentlichungsrecht und Anbitungspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelungen?», *Multimedia und Recht*, 7/2009, p. 445. Accesible en https://gessnerlaw.de/app/uploads/2017/08/Open_Access_Hirschfelder.pdf (última visita 2-10-2018).

⁷⁸ D. BROTO PÉREZ, «La justificación del Droit de Suite». La singularidad de las obras de artes plásticas en su creación y modos de explotación», *Derecho del Arte, Anuario Iberoamericano 2017*, Fundación Profesor Uría, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 440-445.

⁷⁹ M. MATEO OROBIA, *Derecho de remuneración de autor para la explotación en línea de obras audiovisuales y el sistema español como la mejor alternativa*, Colección Premio Antonio Delgado, Instituto de Derecho de Autor, Comares, Granada, 2015, p. 53.

Podría alegarse que los autores de publicaciones científicas experimentan una pérdida o debilitamiento de sus derechos exclusivos como consecuencia de los contratos de edición que acuerdan con los editores de revistas comerciales, puesto que éstos les imponen una cesión en exclusiva del derecho a publicarla y pierden la facultad de difundirlas en abierto. Sin embargo, los autores de publicaciones científicas no sufren esa merma o limitación de su derecho a publicar en abierto sus obras como consecuencia de una presunción legal de cesión en exclusiva de sus derechos a favor del editor comercial. Los derechos de remuneración irrenunciables que reconoce la LPI proceden de situaciones de limitación, debilitamiento o pérdida de derechos exclusivos que han sido previstos en la propia LPI. Por el contrario, la pérdida de los derechos exclusivos que experimenta el autor de publicaciones científicas como resultado de un contrato de edición con una revista comercial no está prevista en la ley sino que es una decisión voluntaria del autor.

Así pues, no cabe alegar la pérdida de derechos exclusivos que experimentan los autores de publicaciones científicas al celebrar sus contratos de edición como argumentación jurídica para justificar la conveniencia de que la ley les reconozca un derecho irrenunciable a difundir en acceso abierto sus publicaciones. Su justificación sólo cabría hacerla en nuestra LPI si se considera que el derecho de los autores a publicar en acceso abierto tiene un carácter moral.

En España se ha discutido si los derechos morales del autor incluyen el derecho del autor a decidir dónde publica su obra. De ser así, se sostiene que puesto que los derechos morales son irrenunciables o intransferibles, sería el autor quien decidiera si se publica en acceso abierto, con independencia de quién sea el titular de los derechos⁸⁰. Sin embargo, resulta difícil asumir el reconocimiento de un derecho moral del autor a decidir dónde publica su obra entre alguna de las siete facultades que integran el derecho moral de autor que consagra el art. 14 LPI.

De las siete facultades o derechos que integran el derecho moral del autor y que reconoce el art. 14 LPI el supuesto derecho moral del autor a decidir dónde publica una obra podría entenderse incluido dentro del derecho moral de divulgación (art. 14.1 LPI). El art. 14.1 LPI reconoce el derecho moral del autor a *decidir la divulgación* de su obra inédita, es decir, a determinar si hace accesible la obra *por primera vez al público* y en qué forma lo hace⁸¹ o a decidir que permanezca inédita, sin ser conocida por nadie⁸². Cuando el autor ejercita el derecho moral de divulgación de su obra inédita, lo hace a través de

⁸⁰ A.TODOLÍ SIGNES, «El *open access* en la regulación española», *Investigación, docencia universitaria y derechos de propiedad intelectual* (coord. J.A. Altés), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 124.

⁸¹ P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentarios al art. 14», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 4ª edición, Tecnos Madrid, 2017, p. 231.

⁸² A. DELGADO PORRÁS, *Tratado de Derecho Industrial* (coord. H. Baylós Corroza), 3ª edición, Civitas, Madrid, 2009, p. 795.

las modalidades de explotación que reconoce el art. 17 LPI, es decir, mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o transformación. Si un autor de artículos científicos *inéditos* acuerda su publicación con un editor de revistas científicas, está ejercitando su derecho moral de divulgación de esos artículos por medio de su publicación en esa revista. Por tanto, la divulgación de esos artículos se materializa en la reproducción, distribución y comunicación pública de los mismos que lleva a cabo el editor —a quien el autor le ha cedido estos derechos—, puesto que a través de estos actos de explotación, el autor da a conocerlos por primera vez al público. Si el autor quiere posteriormente publicar esos mismos artículos en acceso abierto, no podrá alegar que lo hace amparándose en el ejercicio de su derecho moral de divulgación porque ya ha dado a conocer esos artículos. La divulgación de una obra es un acto único e irrepetible (art. 4 LPI), lo que significa que una vez ejercido este derecho, se extingue⁸³. Por tanto, si el autor cedió en exclusiva al editor los derechos para la publicación de un artículo inédito, su derecho moral de divulgación de ese artículo se habrá extinguido y no podrá publicarlo donde quiera mientras el editor ostente los derechos sobre su publicación. Permitir que el autor pueda publicar donde quiera un artículo, cuyos derechos de publicación ya ha cedido en exclusiva a un tercero, equivaldría a permitir al autor ir contra sus propios actos y supondría una vulneración de los derechos de explotación del editor. Será el editor, como titular en exclusiva de los derechos de explotación sobre la publicación de ese artículo, quien podrá facultar al autor para que lo deposite en un repositorio de acceso público.

Aunque el derecho moral de divulgación se extingue una vez publicada la obra científica, cabría alegar el carácter irrenunciable y moral del derecho de ese autor a publicarla en acceso abierto para satisfacer su anhelo personal de dar a conocer su obra a todo el mundo y extender así su prestigio científico.

Llegados a este punto resulta interesante relacionar el derecho irrenunciable del autor a publicar en acceso abierto con el derecho de colección que reconoce el art. 22 LPI. Este artículo establece escuetamente que «*la cesión de los derechos de explotación sobre sus obras no impedirá al autor publicarlas reunidas en colección escogida o completa*». Hay un paralelismo evidente entre ambos derechos por cuanto ambos se configuran como un derecho o facultad que retiene el autor (por su carácter irrenunciable) aun en caso de cesión de los derechos de explotación y además, en ambos casos, su ejercicio puede comportar un perjuicio al cesionario. A ello hay que añadir que la doctrina especializada ha destacado que el derecho de colección tiene naturaleza patrimonial y moral porque permite al autor obtener un beneficio económico y supone una concesión a los valores personales del autor, a su prestigio como autor, al facultarle a publicar juntas todas o sus mejores obras a pesar de haber cedido sus derechos

⁸³ P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentarios al art. 14», *cit.*, p. 233.

de explotación sobre las mismas⁸⁴. Por ello, se ha destacado que el derecho de colección supone una atribución *ex lege* de un derecho *intuitu personae*, y, por tanto, es intransferible⁸⁵.

Ahora bien, hay que destacar que se ha negado el carácter moral del derecho de colección porque las facultades recogidas en el art. 14 LPI constituyen un *numerus clausus* y no cabe su ampliación⁸⁶. El carácter netamente patrimonial del derecho de colección se defiende, además, porque este derecho puede ser objeto de hipoteca y queda sujeto a los límites a los derechos de explotación⁸⁷. Y es cierto que el objeto del derecho de colección es únicamente una modalidad de explotación; una modalidad de explotación distinta a la explotación separada de las obras del autor. Su objeto es la explotación *conjunta* de todas las obras del autor o una *selección escogida* de ellas. Es un derecho de explotación distinto de la reproducción, distribución o comunicación pública de cada obra en particular. Por eso, y no por el carácter moral de este derecho, el art. 22 LPI permite al autor publicar sus obras en colección, aún en el caso de haber cedido separadamente sus derechos de explotación sobre las mismas, y por eso los cesionarios de la explotación separada de cada deben tolerar la aparición de la colección, aunque pueden solicitar una indemnización si demuestran que les causa un perjuicio⁸⁸. En cambio, el derecho irrenunciable del autor para publicar en acceso abierto coincide con la explotación que efectúa el editor de una revista comercial y le perjudica caso de llevarla a cabo. ¿Qué justificaría que el autor pudiera ejercitar este derecho aún a pesar de haber cedido sus derechos de publicación a un editor? Únicamente, el carácter moral de este derecho, como ocurre con el derecho moral del autor a retirar su obra del comercio por cambio de convicciones intelectuales o morales (art. 14.6 LPI) a pesar de perjudicar con ello la explotación del editor de su obra. Sin embargo, obsérvese cómo las leyes alemana y holandesa posponen el ejercicio del derecho del autor a publicar en abierto al transcurso de un plazo tiempo desde la publicación comercial de su contribución, precisamente para no perjudicar al editor, lo cual cuestiona claramente el carácter moral de este derecho.

Por último, tampoco podría justificarse el carácter irrenunciable del derecho del autor de publicaciones científicas alegando que su pérdida, con motivo de la firma de contrato de edición en exclusiva, redundaría en perjuicio de toda la comunidad científica. Este hecho, en lugar de servir de base para alegar un

⁸⁴ F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentarios al art. 22 LPI», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 3^a edición, Tecnos, Madrid, 2007 pp. 397-398.

⁸⁵ P. MARISCAL GARRIDO-FALLA, *Derecho de transformación y obra derivada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 429.

⁸⁶ S. LÓPEZ MAZA, «Comentarios al art. 22», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 4^a edición, Tecnos, Madrid, 2017, p. 460.

⁸⁷ S. LÓPEZ MAZA, «Comentarios al art. 22», *cit.* p. 461.

⁸⁸ S. LÓPEZ MAZA, «Comentarios al art. 22», *cit.*, p. 460.

derecho irrenunciable a favor del autor, puede justificar el reconocimiento de un límite a favor de la comunidad científica.

Cabría entonces plantearse la posibilidad de que las legislaciones de derechos de autor faciliten el acceso abierto a las publicaciones científicas mediante un límite a los derechos de los editores de revistas científicas. Ya hace tiempo que se alertó de que la ciencia y las agrupaciones de científicos estarían siendo lentos en reaccionar frente a las condiciones draconianas de las licencias que pagan a las mismas editoriales de revistas científicas a las que han cedido sus derechos⁸⁹. Por lo tanto, habría que examinar hasta qué punto sería posible plantear un límite a los derechos de autor que favorezca el acceso abierto a las publicaciones científicas.

2. INTRODUCCIÓN DE UN LÍMITE O EXCEPCIÓN A FAVOR DEL ACCESO ABIERTO

La primera cuestión a tener en cuenta para introducir un límite a favor del acceso abierto de las publicaciones científicas es que debe sujetarse al cumplimiento de las condiciones del denominado «*Three step test*» o «*regla de los tres pasos*» establecido en el Convenio de Berna. Se trata de una norma internacional que pretende garantizar que la amplitud de un límite al derecho de autor no entra en colisión con los intereses del autor ni con la explotación normal de obras⁹⁰. Esta «*regla de los tres pasos*» se encuentra parcialmente recogida en el art. 40 LPI y la recogen íntegramente el art. 5.5 de la Directiva 2001/29/CE de la Sociedad de la Información y el art. 13 de los Acuerdos ADPIC⁹¹. La «*regla de los tres pasos*» exige que los límites sean formulados de modo que se apliquen a «casos concretos», que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra y que no perjudiquen los intereses legítimos del titular del derecho⁹².

En relación con la primera regla: ¿cómo acotar a «casos concretos» el límite del acceso abierto a las publicaciones científicas? En primer lugar habría que delimitar qué obras son objeto del límite. De acuerdo con la propia definición de acceso abierto debería tratarse de contribuciones científicas, que hayan

⁸⁹ B. HUGENHOLTZ, «Copyright v. freedom of scientific communication», *cit.*, pp. 80-81.

⁹⁰ R. CASAS VALLES, «Comentarios al art. 40 bis LPI», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 791-792.

⁹¹ La «prueba de los tres pasos» la recoge íntegramente el art. 5.5 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información y el art. 13 del Acuerdo de 1994 sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

⁹² Aunque el art. 40 bis LPI se refiere a los intereses legítimos del *autor*, el art. 5.5 de la Directiva 2001/29/CE y el art. 13 ADPIC se refieren a los intereses legítimos del *titular*. Como indica CASAS VALLES, hay que entender aquí aludidos los intereses de los titulares derivativos del derecho, en nuestro caso, del editor. *Vid.* R. CASAS VALLES, «Comentarios al art. 40 bis LPI», *cit.*, p. 826.

sido publicadas. Esta ya sería una primera concreción del límite. Podría delimitarse más el objeto del límite añadiendo la periodicidad de la publicación (anual, semestral, trimestral, mensual) y la condición de que las contribuciones científicas hayan sido financiadas mayoritariamente con los Presupuestos Generales del Estado. De este modo, se permitiría al Estado «recuperar» parte de la inversión realizada en investigación y lograr sus objetivos de difusión del conocimiento científico.

En segundo lugar, el límite de acceso abierto a las publicaciones científicas debería concretar los actos de explotación que podrían efectuar sus beneficiarios sin autorización del titular de los derechos y si tales actos podrían efectuarse sobre toda la publicación científica o sólo en parte. Si tenemos en cuenta que el acceso abierto a las publicaciones científicas ha sido definido como la «disponibilidad gratuita en Internet, que permite a cualquier usuario leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir, buscar o añadir un enlace al texto completo de las publicaciones científicas»⁹³, entonces el límite debería permitir «el acceso» y la realización de «cualquier acto de explotación» de las contribuciones científicas, «en todo o en parte».

En tercer lugar, habría que delimitar quiénes serían los beneficiarios de dicho límite. Pero la propia definición del acceso abierto a las publicaciones científicas no permitiría que el límite beneficiara sólo a un grupo de beneficiarios, por ejemplo, «el personal investigador de universidades y centros de investigación», ya que el acceso abierto a las publicaciones científicas debe estar, por definición, al alcance de «cualquier usuario».

¿Iría tal límite contra la explotación normal de las contribuciones científicas publicadas por editores comerciales? Para evitar que el límite cause un perjuicio a la explotación normal de las publicaciones científicas debería entonces establecerse un tiempo mínimo y prudencial entre la fecha de su publicación y la fecha en que se facilite su acceso libre, que asegurara al editor la previa obtención de los ingresos derivados de la explotación normal de sus publicaciones.

Una propuesta de redacción de dicho límite sería la siguiente: «Los titulares de los derechos de explotación sobre contribuciones científicas financiadas mayoritariamente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y que hayan sido divulgadas en publicaciones de periodicidad mínima trimestral no podrán oponerse a su acceso abierto y gratuito en repositorios públicos una vez transcurridos 12 meses desde la fecha de su publicación».

¿Perjudicaría este límite los intereses legítimos del editor? Como señala la doctrina especializada, un límite que, aun no dañando los intereses del autor,

⁹³ Así se definió en la Declaración de Budapest sobre acceso abierto en el año 2002 <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/read> (última visita 2-10-2018).

perjudique los del titular de sus derechos, no satisfará la tercera condición de la «regla de los tres pasos»⁹⁴. Esta es la condición cuyo cumplimiento resulta más difícil cumplir a un supuesto límite a favor del acceso abierto de las publicaciones científicas. La finalidad del acceso libre es que la obra —en este caso la publicación científica— se encuentre completamente «disponible» de forma gratuita en Internet para cualquier usuario; es decir, el límite no sólo permitiría copiar, distribuir, comunicar públicamente o transformar ilimitadamente las publicaciones científicas sino que permitiría *acceder* a ellas gratuitamente. Ello va claramente contra los intereses legítimos del editor y presenta una clara irregularidad con respecto a los demás límites.

La «anomalía» que presentaría un límite a favor del acceso abierto puede apreciarse si se compara con otros límites a los derechos de autor relacionados también con la difusión del conocimiento y de la ciencia, como son el límite de cita o la excepción educativa. El art. 32.1 LPI permite a cualquier persona la inclusión de obras ajenas en una obra propia para su análisis, comentario o juicio crítico. Este límite permite que un investigador reproduzca en su trabajo un párrafo de un artículo de otro autor publicado en una revista científica, pero no le permite acceder libremente a la revista; deberá haber accedido a la revista según las condiciones impuestas por su editor. De igual forma, la excepción educativa recogida en el art. 32.4 LPI autoriza al personal de universidades y centros públicos de investigación que realicen actos de reproducción parcial, de distribución y de comunicación pública de artículos de revista para la ilustración con fines educativos y de investigación científica, pero dicho personal deberá haber consultado previamente dichas obras forma legal, de acuerdo con las condiciones establecidas por el editor; no es una excepción al acceso legal a las revistas científicas.

Esta misma anomalía puede también apreciarse si se compara el supuesto límite de acceso libre a las publicaciones científicas con el nuevo límite introducido por la Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital que autoriza la minería de textos y datos contenidos en obras y bases de datos protegidas por derecho *sui generis* con fines de investigación científica⁹⁵. Este nuevo límite, cuya conveniencia ya fue adelantada aunque con otros perfiles por nuestra doctrina⁹⁶, se encuentra recogido en el art. 3 de la Propuesta que dispone que los Estados Miembros establecerán una excepción a los derechos de autor y al derecho *sui generis* del titular de una base de datos respecto a «*las reproducciones y extracciones realizadas por organismos de investigación con el*

⁹⁴ R. CASAS VALLES, «Comentarios al art. 40 bis LPI», *cit.*, p. 826.

⁹⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital, COM (2016) 593 final.

⁹⁶ C. SAIZ GARCÍA, «¿Protección de las ideas por el derecho de autor?», *Ideas, bocetos, proyectos y derecho de autor*, (dir. C. Rogel y C. Saiz), Reus, Madrid, 2011, p. 33.

fin de proceder a la minería de textos y datos de obras u otras prestaciones a las que tengan acceso legítimo con fines de investigación científica».

Obsérvese, por tanto, que este límite permite un acto de explotación sin autorización del titular siempre que se haya accedido a la obra legalmente; no autoriza un acceso. Es más, el Considerando 9 de la Propuesta explica que uno de los motivos por los que conviene introducir el límite de minería de textos y datos con fines de investigación es que «*en los casos en que los investigadores pueden acceder lícitamente a los contenidos —por ejemplo, a través de suscripciones a publicaciones o licencias de acceso abierto—, las condiciones de las licencias pueden excluir la minería de textos y datos*». Por lo tanto, el límite de minería de textos y datos no pretende excluir las licencias de las revistas científicas comerciales; lo que excluye es la posibilidad de que los editores impidan la reproducción de sus contenidos para proceder a la minería de textos y datos con fines de investigación científica.

Desde esta óptica se advierte cómo la configuración del acceso libre a las publicaciones científicas como un límite al derecho de autor presentaría una anomalía grave en nuestra LPI que supondría un claro perjuicio a los intereses legítimos del editor. Además, hay que tener en cuenta que la introducción de un límite a favor del acceso abierto contravendría la Directiva 2001/29/CE de la Sociedad de la Información, que estableció en su art. 5.2 una lista cerrada de excepciones al derecho de reproducción⁹⁷.

Las razones anteriormente expuestas desaconsejan claramente fomentar el acceso abierto mediante una reforma de la Ley de Propiedad Intelectual que reconozca un derecho irrenunciable a favor de los autores de contribuciones científicas que les permita difundir en acceso abierto sus publicaciones a pesar de haber cedido sus derechos a un editor o una reforma que incorpore un límite a favor del acceso abierto a las publicaciones científicas. Por ello, cabe destacar el acierto del legislador español de introducir una vía para el acceso abierto a las publicaciones científicas en la Ley de la Ciencia y, además, de haberlo hecho reconociendo expresamente la prevalencia de la titularidad de derechos de autor sobre las publicaciones científicas.

Todo ello permite concluir que desde el punto de vista de la legislación española el acceso abierto a las publicaciones científicas debe plantearse respetando la titularidad de los derechos de autor sobre las mismas. Cuestión clave es, por

⁹⁷ Esta postura la defienden M. HIRSCHFERDER, «Open Access – Zweitveröffentlichungsrecht und Anbitungspflicht als europarechtlich unzulässige Schrankenregelungen? » *cit.*, p. 445 y G. HANSEN, «Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze», *cit.*, p. 388, en Alemania; en Holanda la defiende A. QUAEDVLIEG, «The nature of the Scholar's Right to Publish in Open Access», *cit.*, p. 655.

tanto, determinar quién ostenta tales derechos sobre las publicaciones científicas en el momento de decidir su acceso abierto.

3. TITULARIDAD DE DERECHOS DE AUTOR SOBRE CONTRIBUCIONES CIENTÍFICAS POR UNIVERSIDADES Y CENTROS PÚBLICOS DE INVESTIGACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO ABIERTO

El titular originario de los derechos de autor sobre las contribuciones científicas es su autor desde el momento de su creación (art. 1 LPI). No obstante, el hecho de que muchas de estas contribuciones sean realizadas por personal de universidades y centros de investigación en el marco de relaciones contractuales o en el desempeño de sus tareas como funcionarios, abre la posibilidad legal de que sean dichos centros los que adquieran los derechos de autor en virtud de dicha relación contractual o funcionarial.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible⁹⁸, dedica su capítulo V a la «*Ciencia e Innovación*» y establece en sus arts. 53 a 56 normas sobre la titularidad de los resultados de la actividad investigadora realizada por el personal investigador de universidades públicas, organismos públicos de investigación, las fundaciones estatales, sociedades mercantiles estatales y otros centros de investigación dependientes de la Administración General del Estado. En particular, el art. 54.2 establece que «*[l]os derechos de explotación relativos a la propiedad intelectual corresponderán a las entidades en que el autor haya desarrollado una relación de servicios, en los términos y con el alcance previsto en la legislación sobre propiedad intelectual*».

Se observa, pues, cómo tanto la Ley de la Ciencia como la Ley de Economía Sostenible remiten directa o indirectamente a las normas de la Ley de Propiedad Intelectual para determinar la titularidad de derechos de autor sobre las contribuciones científicas realizadas por el personal de universidades y centros de investigación públicos. En consecuencia, resulta imprescindible especificar qué tipo de autores de publicaciones científicas integran el estatus de «*personal investigador*» de universidades y centros de investigación, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de la Ciencia y la Ley de Economía Sostenible y, a continuación, determinar hasta qué punto les resultan a estos autores aplicables las normas de Ley de Propiedad Intelectual sobre cesión de derechos en caso de que mantengan una relación de servicios con una universidad o centro de investigación.

La LPI no contempla de forma específica la transmisión de derechos de autor en caso de relación de servicios entre personal investigador y universidades o centros de investigación pero en sus normas sobre transmisión de derechos

⁹⁸ BOE, núm. 55, de 05/03/2011.

—arts. 42 a 57 LPI— regula la presunción de cesión de derechos del autor asalariado a favor de su empresario. El art. 51.2 LPI determina que, a falta de pacto escrito entre autor asalariado y empresario, «*se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral*». La cuestión, por tanto, es determinar si es posible la aplicación de este artículo al personal investigador que mantiene una relación de servicios con una universidad o centro de investigación; si sólo se aplica en caso de relación laboral o si puede aplicarse por analogía a los funcionarios y al personal vinculado por contratos administrativos.

La cuestión de la titularidad de los derechos sobre las obras creadas por el personal de universidades y centros de investigación ya ha sido tratada por nuestra mejor doctrina⁹⁹. Esta doctrina señala que la aplicación del art. 51.2 LPI exige la concurrencia de los tres requisitos que se desprenden del art.1.1 del Estatuto de los Trabajadores para determinar la existencia de relación laboral:

- 1) La ajenidad: la creación intelectual tiene que celebrarse como consecuencia de la relación laboral entre autor y empresario.
- 2) La dependencia: tiene que darse un poder de dirección del empleador sobre la creación y su explotación (impartiendo instrucciones precisas).
- 3) El destino: la creación tiene que ser fruto de la actividad habitual del trabajador dentro de la empresa¹⁰⁰.

La doctrina mayoritaria, salvo algunas excepciones, se muestra favorable a la posible aplicación analógica del art. 51.2 LPI al personal investigador que sean funcionarios de la administración pública o que mantengan con ella un contrato administrativo de prestación de servicios, siempre que concurren los requisitos de ajenidad, dependencia y destino¹⁰¹.

⁹⁹ Vid. R. CASAS VALLÉS, «Propiedad intelectual y contenidos generados en las universidades: viejos problemas ¿nuevas soluciones?», *Diario La Ley*, 5 de noviembre 2012, pp. 1-24 (según versión electrónica de diariolaley.laley.es), S. CAVANILLAS MÚJICA, «Propiedad intelectual y ciencia en la Ley de la Economía Sostenible y en la Ley de la Ciencia, la Tecnología, y la Innovación», *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, n° 41, 2012, pp. 13-36, F. CARBAJO CASCÓN, «Titularidad de los derechos de autor sobre contenidos generados en universidad y centros de investigación», *Actas de Derecho Industrial*, 34 (2013-2014), pp. 25-50, E. LÓPEZ TERRADA, «Investigación, trabajo asalariado y derechos de propiedad intelectual», *Investigación, docencia universitaria y derechos de propiedad intelectual* (coord. J.A. Altés), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 69-94, R. EVANGELIO LLORCA, «La propiedad intelectual sobre obras creadas por personal investigador al servicio de universidades y otras entidades públicas de investigación», *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materias pendiente*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 209-255.

¹⁰⁰ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, F. «Titularidad de los derechos de autor sobre contenidos generados en universidad y centros de investigación», *cit.*, p. 30.

¹⁰¹ Se muestra a favor de la posibilidad de aplicar analógicamente el art. 51.2 LPI al personal investigador las universidades o centros públicos de investigación que sea funcionario R. EVANGELIO

El 51.2 LPI determina la presunción de cesión de derecho del autor asalariado al empresario, si la obra fue realizada «*en virtud de dicha relación laboral*». En el ámbito universitario, se ha cuestionado que la publicación científica del personal investigador se realice en «*virtud de dicha relación*» ya que no todos los profesores universitarios tienen como actividad habitual la obligación de investigar.

La Ley Orgánica 6/2001, de 21 de julio, de Universidades determina las diferentes categorías de personal docente e investigador (funcionario de los cuerpos docente y personal contratado) y señala cuáles de ellas tienen asignadas funciones de investigación. De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 48 a 56 LOU, salvo las categorías de profesor asociado y visitante, todas las demás categorías de personal docente e investigador (catedráticos, profesores titulares, profesores ayudantes, profesores ayudantes doctores, profesores contratados doctores) tienen asignadas funciones de investigación.

Por tanto, puede afirmarse que en, la mayoría de los casos, el personal de las universidades tiene asignadas funciones de investigación y que ésta es o debería ser una de sus actividades habituales. Ahora bien, la obligación de investigar que la LOU impone a su personal investigador tiene un carácter relativo: si bien el art. 40 LOU señala que la investigación es un derecho y un deber del profesorado universitario, la legislación universitaria no impone la producción de unos resultados concretos de ámbito científico, por lo que un genérico deber de investigación no es suficiente para entender que se presumen cedidos los derechos de autor del personal investigador sobre sus libros y publicaciones a favor de las universidades¹⁰². Sin embargo, se destaca que las obras científicas que genera el personal docente e investigador guardan una relación con el objeto de relación laboral o de servicios que mantienen con las universidades, ya que pueden percibir, bajo determinadas circunstancias, un complemento salarial vinculado a la cantidad y calidad del trabajo como es el sexenio de investigación¹⁰³.

Sin embargo, el poder de dirección del empresario sobre la obra que genera su autor asalariado y que justifica la aplicación del art. 51.2 LPI no se da en

LLORCA, «La propiedad intelectual sobre obras creadas por personal investigador al servicio de universidades y otras entidades públicas de investigación», *cit.*, p. 234, E. LÓPEZ TERRADA, «Investigación, trabajo asalariado y derechos de propiedad intelectual», *cit.*, pp. 83-84 y, en general, a todos los funcionarios de la Administración J.M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995, p. 239, J.M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentarios al art. 51» (coord. R. Bercovitz), 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2017, p. 942. En contra de dicha aplicación analógica por falta de identidad de razón, F. CARBAJO CASCÓN. «Titularidad de los derechos de autor sobre contenidos generados en universidad y centros de investigación», *cit.*, p. 35.

¹⁰² R. CASAS VALLÉS, «Propiedad intelectual y contenidos generados en las universidades: viejos problemas ¿nuevas soluciones?» *cit.*, p. 10, F. CARBAJO CASCÓN, «Titularidad de los derechos de autor sobre contenidos generados en universidad y centros de investigación», *cit.*, p. 32.

¹⁰³ E. LÓPEZ TERRADA, «Investigación, trabajo asalariado y derechos de propiedad intelectual», *cit.*, p. 87.

el ámbito de la investigación universitaria. El personal investigador de universidades tiene libertad y autonomía para decir las materias en las que centra su investigación y cómo la lleva a cabo, ya que el art. 40.3 LOU, aunque establece que la investigación universitaria se llevará a cabo, principalmente, en grupos de investigación, reconoce la libre investigación individual¹⁰⁴.

A ello hay que añadir que la aplicación del art. 51.2 LPI se da cuando la actividad habitual del empresario consiste en explotar las obras generadas en virtud de la relación laboral. La doctrina subraya que para que se aplique la presunción de cesión de derechos del art. 51.2 LPI la actividad de la empresa ha de estar directamente relacionada con la explotación de dichos derechos de autor¹⁰⁵. Pero las universidades no tienen como «*actividad habitual*» la edición y distribución de publicaciones creadas por sus profesores y su labor editorial es secundaria y prescindible¹⁰⁶. La explotación de las obras científicas que genera una universidad no forma parte de las finalidades de las universidades y centros públicos de investigación que son la transmisión de conocimiento a la sociedad a través de la divulgación de las obras científicas y a través de la docencia¹⁰⁷. En consecuencia, no tiene sentido mantener la cesión de los derechos de explotación a favor de la universidad para facilitarle ejercer una actividad económica que normalmente no desempeña¹⁰⁸.

Estos sólidos argumentos evidencian que resulta muy difícil la aplicación del art. 51.2 LPI en la mayoría de supuestos de relaciones de servicios entre personal investigador y universidades o centros de investigación. La presunción del art. 51.2 LPI podría aplicarse en el caso de personal contratado laboralmente a cargo de proyectos de investigación financiados por la administración pública. En estos casos, el becario o investigador contratado realizará las tareas de investigación que le encargue el director del proyecto y éste pau-

¹⁰⁴ Establece el art. 40.2 LOU que «*La investigación, sin perjuicio de la libre creación y organización por las Universidades de las estructuras que, para su desarrollo, las mismas determinen y de la libre investigación individual se llevará a cabo, principalmente, en grupos de investigación, Departamentos e Institutos Universitarios de Investigación*».

¹⁰⁵ J.A. ALTES TÁRREGA, «El contrato de trabajo del autor asalariado», *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Universidad de Valencia, Valencia, 2010, p. 583.

¹⁰⁶ R. DE ROMAN PÉREZ, «Acceso abierto a los resultados de investigación del profesorado universitario en la Ley de la Ciencia», *Diario La Ley*, núm. 7986, pp. 1-21, p. 6 (según versión electrónica de diariolaley.laley.es).

¹⁰⁷ R. EVANGELIO LLORCA, «La propiedad intelectual sobre obras creadas por personal investigador al servicio de universidades y otras entidades públicas de investigación», *cit.*, p. 242. Según el art. 1.2 LOU «*son funciones de la Universidad al servicio de la sociedad: a) La creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura. b) La preparación para el ejercicio de actividades profesionales que exijan la aplicación de conocimientos y métodos científicos y para la creación artística. c) La difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida, y del desarrollo económico. d) La difusión del conocimiento y la cultura a través de la extensión universitaria y la formación a lo largo de toda la vida.*

¹⁰⁸ E. LÓPEZ TERRADA, «Investigación, trabajo asalariado y derechos de propiedad intelectual», *cit.*, p. 89.

tará y supervisará su resultado si éste se plasma en publicaciones. También podría darse en el caso de centros de investigación que contratan a personal de investigación para lograr unos resultados determinados. Pero la mayoría de la doctrina especializada se muestra contraria a aplicar el art. 51.2 LPI de forma global e indiscriminada sobre los resultados de la investigación del profesorado universitario y de centros de investigación, incluidas por tanto, las publicaciones¹⁰⁹. Hay una larga tradición en las universidades de permitir a sus profesores publicar sobre las temáticas que deseen y de contar con la titularidad de los derechos de autor¹¹⁰.

Por todo ello, las universidades y centros de investigación sujetos a la legislación española deben ser extremadamente cautos al establecer sus políticas de derechos de autor y acceso abierto. Debería descartarse el establecimiento de un mandato obligatorio al personal investigador para que depositen en repositorios una copia de sus publicaciones o para que publiquen en revistas de acceso abierto, puesto que en la mayoría de los casos, los profesores investigadores mantienen la titularidad de los derechos de autor sobre sus contribuciones o los han cedido a terceros¹¹¹. Ya se han producido reacciones contrarias a este tipo de mandatos por parte de la comunidad científica en otros países y se alega que son abusivos y contrarios a su libertad de investigar y decidir donde publican sus contribuciones¹¹². En la actualidad, son varias las universidades españolas que cuentan con políticas de acceso abierto y la mayoría de ellas lo hace con pleno respeto a los derechos de autor. Estas políticas fomentan que su personal publique sus contribuciones científicas en revistas de acceso abierto y promueven el depósito de las publicaciones teniendo en cuenta las condiciones establecidas por las editoriales¹¹³.

¹⁰⁹ Vid. R. EVANGELIO LLORCA, «La propiedad intelectual sobre obras creadas por personal investigador al servicio de universidades y otras entidades públicas de investigación», *cit.* pp. 247-248. F. CARBAJO CASCÓN, «Titularidad de los derechos de autor sobre contenidos generados en universidad y centros de investigación», *cit.* pp. 36-37. R. CASAS VALLÉS, «Propiedad intelectual y contenidos generados en las universidades: viejos problemas ¿nuevas soluciones?», *cit.*, p. 9, E. LÓPEZ TERRADA, «Investigación, trabajo asalariado y derechos de propiedad intelectual», *cit.*, p. 90.

¹¹⁰ A. MONOTTI y S. RICKETSON, *Universities and Intellectual Property*, Oxford University Press, New York, 2003, pp. 336-337.

¹¹¹ Por ejemplo, la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard obliga a su personal docente e investigador a facilitar una copia de la versión final de su trabajo desde la fecha de la publicación, para su posible depósito en un repositorio. Vid. <https://osc.hul.harvard.edu/policies/hls/> (última visita 2-10-2018).

¹¹² T. EGER y M. SCHEUFEN, *The economics of Open Access and the Future of the Academic Publishing*, *cit.*, p. 106. En Alemania, un grupo de profesores de la Universidad de Konstanz han demandado a la universidad por su política de acceso abierto. Vid. <https://www.uni-konstanz.de/en/university/news-and-media/current-announcements/news/news-in-detail/open-access-satzung-auf-juristischem-pruefstand/> (última visita 2-10-2018).

¹¹³ Las políticas de acceso abierto de la Universidad de Cantabria y de la Universidad Autónoma de Barcelona son ejemplos de políticas respetuosas con los derechos de autor, *vid.* <https://recolecta.fecyt.es/ambito-institucional-universidades> (última visita 2-10-2018).

VI. CONCLUSIONES

Es indudable que el fomento del acceso abierto a las publicaciones científicas permite a la comunidad investigadora beneficiarse de la gratuidad e inmediatez que comporta la consulta directa a las publicaciones que sean de su interés y que la justificación de ese acceso libre se encuentra en facilitar el acceso a la ciencia. Por otra parte, es innegable que el Estado y las Comunidades Autónomas financian gran parte de la investigación que se realiza en las universidades y centros de investigación y que éstos se ven obligados a pagar licencias a las editoriales de revistas científicas para poder acceder a los contenidos científicos que ellos mismos han producido.

El papel que juega el derecho de autor para impedir el acceso libre a las publicaciones científicas debe ser claramente matizado de cara plantear su posible reforma. La discusión en torno al «acceso» sobre todo tipo de obras protegidas por derechos de autor, no sólo las científicas, se ha producido desde que éstas se presentan en soporte digital. El control técnico de ese acceso sobre las obras ha pasado a crear la confusión de que el derecho de autor impide el acceso a un libro, a una revista, a una canción, cuando en rigor el derecho de autor se extiende únicamente sobre la explotación de obras, esto es sobre su reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Es importante deslindar el «acceso» a las obras de la «explotación» de obras. El derecho de autor sólo se extiende sobre la explotación.

El derecho de autor no faculta al editor de revistas científicas a impedir «el acceso» a los artículos que contiene su revista, entendido éste como su primera «aprehensión intelectual» mediante su consulta o visualización online. Lo que permite al editor impedir el acceso a los mismos es la inversión que ha realizado en el producto que lanza al mercado: su revista. El editor invierte y arriesga un capital en la selección, presentación y edición de los artículos, en los medios para facilitar su consulta, en la mejora de la calidad científica del artículo, en la publicidad para dar a conocerlos, es decir, añade una serie de intangibles a la obra científica y produce un producto que es suyo: la revista. Puede, efectivamente, impedir leer su revista, consultarla, hojear los artículos o visualizar su contenido. Pero no en razón del derecho de autor sobre los artículos científicos que contiene su revista sino por la inversión que ha efectuado en generar un producto en el mercado.

El papel que juega el derecho de autor en el monopolio del editor sobre la revista científica y la obtención de beneficios económicos es también clave. Pero no se extiende sobre ese acceso a los artículos contenidos en su revista, sino sobre los actos que pueden facilitar el acceso a los artículos que contiene la revista: la copia de los artículos, la puesta a disposición del público de los artículos mediante la distribución de ejemplares de la revista, la puesta a disposición del público de los artículos mediante comunicación

pública sin ejemplares, la transformación de los artículos —por ejemplo, su traducción—.

Es cierto que el derecho de autor ha sido y es un incentivo económico para el desarrollo del modelo de negocio de las editoriales de revistas científicas, pero otros factores han incidido también en su consolidación, como la inversión que realiza el editor en producir una revista científica atractiva con elevados índices de calidad. No se puede afirmar que el derecho de autor sea la única causa del monopolio del editor de revistas científicas. De hecho, no se puede saber con certeza hasta qué punto el derecho de autor es, en sí mismo, un sistema bueno o malo porque no hemos contado con otro modelo y es imposible demostrar cómo habría evolucionado la producción de bienes y servicios relacionados con el ocio, la cultura y el conocimiento si los derechos exclusivos de autor no hubieran existido o si se hubieran reconocido conforme a otro modelo de derechos¹¹⁴. De ahí que prefiera hablarse de «correcciones» al sistema del derecho de autor, cuyos resultados podemos valorar en su conjunto, en lugar de suprimirlo o plantear un nuevo sistema¹¹⁵.

El debate legal que ha suscitado el acceso abierto a las publicaciones científicas se ha centrado, no obstante, en los derechos de autor. De ahí que en algunos países, como Alemania y Holanda, se hayan reformado sus leyes de derecho de autor de forma muy discutible, con el fin de facilitar a los autores un derecho irrenunciable, de dudosa naturaleza moral, que les faculta a difundir en acceso abierto las contribuciones que ya han publicado en revistas comerciales, una vez transcurrido un plazo desde su publicación. El reconocimiento por la LPI de un derecho irrenunciable de similares características sería contrario a la lista cerrada de derechos morales que contiene el art. 14 LPI y de hecho, sería un contrasentido reconocer este derecho a un autor que ya ha ejercido su derecho moral de divulgación.

Por otra parte, la posibilidad de facilitar desde la LPI el acceso abierto a las publicaciones científicas introduciendo un nuevo límite o excepción que permita a cualquier usuario realizar cualquier acto de acceso o explotación de los artículos

¹¹⁴ El economista Fritz Machlup desaconsejó en su momento la supresión del derecho de patentes en Estados Unidos al constatar que si no puede saberse si un sistema es bueno o malo, la opción política más segura es seguir con el modelo que se tiene cuando se conocen los resultados obtenidos. «*If one does not know whether a system «as a whole» (in contrast to certain features of it) is good or bad, the safest «policy conclusion» is to «muddle through» - either with it, if one has long lived with it, or without it, if one has lived without it. If we did not have a patent system, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge of its economic consequences, to recommend instituting one. But since we have had a patent system for a long time, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge, to recommend abolishing it.*». A commissioned report for the Study of the Subcommittee on Patents Trademarks and Copyrights, Committee on the Judiciary, United States Senate, 1958.

¹¹⁵ T. W. DORNIS, «Wigmorean copyright: law, economics, and social-cultural evolution», *Intellectual Property Quarterly*, 2018, 3, p. 173.

científicos, una vez transcurrido un tiempo prudencial desde su publicación, no sólo contravendría la prohibición de la Directiva 2001/29/CE de la Sociedad de la Información de ampliar las excepciones al derecho de reproducción, sino que supondría la introducción de un límite anómalo, que se extendería más allá de los derechos de explotación y afectaría al «acceso» a la revista, es decir, se extendería más allá del ámbito de protección del derecho de autor.

Por todo ello, la adopción de medidas legislativas dirigidas a fomentar el acceso abierto a las publicaciones científicas debería hacerse mediante leyes materialmente ajenas a la LPI, como se ha hecho ya a través de la Ley de la Ciencia, aunque su éxito haya sido moderado. Hay que tener en cuenta que, en contadas ocasiones, la universidad o centro de investigación se convierte en titular de los derechos de autor sobre las publicaciones científicas de su personal investigador y podrá decidir sobre su publicación en abierto. Otra opción sería que el legislador español adoptara medidas legislativas para fomentar el acceso abierto en la regulación del régimen retributivo del profesorado universitario por su actividad investigadora, introduciendo entre los criterios para valorar positivamente un determinado tramo, no sólo los índices internacionales que ordenan las publicaciones de reconocido prestigio sino también la difusión de la contribución científica en revistas de acceso abierto o en repositorios. Aunque se trataría de una medida sin duda polémica, tendría la ventaja de no injerir en la legislación de propiedad intelectual y de facilitar al Estado «recuperar» la inversión realizada en la financiación de la investigación en universidades y centros de investigación.

Por tanto, las medidas legislativas de fomento del acceso abierto a las publicaciones científicas deberían mantenerse al margen de la legislación en materia de propiedad intelectual. No hay que olvidar que la libertad del autor de decidir dónde publica los resultados de su investigación se ha logrado, precisamente, mediante el reconocimiento del derecho de autor y que el acceso libre a las publicaciones científicas es, en última instancia, una consecuencia de ello.