



CONSULTA 020/2024. Ámbito de aplicación de la LCSP y derechos de propiedad intelectual.

CONSULTA

“Este Consejo tiene la intención contratar la actualización elaboración de un libro sobre XX. Se ha pedido un presupuesto al autor que en su día participó en el libro que se pretende actualizar. El importe total del presupuesto no supera los umbrales de un contrato menor, siendo su importe de XX euros. Nuestra duda se centra en que el presupuesto remitido tiene dos conceptos diferenciados. Un primero que incluye gastos de imprenta y porte de XX libros por importe de XX (IVA incluido), que entendemos, salvo mejor criterio por vuestra parte que sería un contrato de suministros. El segundo concepto en que se incluye derechos de autor y diseño de ilustraciones. Respecto de este concepto sobre la transmisión de un derecho incorporal por aplicación del artículo 10 del RDL 1/1996 de 12 de abril, de Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual en relación con el artículo 9 de la Ley de Contratos del Sector Público, pudiera estar excluido de la LCSP.

¿Podemos realizar el gasto en un solo contrato?

En todo caso, si hubiera de hacerse dos contratos ¿Sería uno contrato menor de suministro para el primer concepto y un contrato excluido de la LCSP de edición en el segundo concepto?”

RESPUESTA

Para responder a las cuestiones que se plantean, partiremos de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), que regula los contratos excluidos de la LCSP, en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial, refiriéndose, entre ellos, a los *contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre propiedades incorporales*, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador.



En estos casos, dice el precepto que *tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial*. En correlación, el artículo 7 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, indica que tendrán la consideración de patrimoniales los derechos de propiedad incorporal, regulando en su artículo 121 la “adquisición de derechos de propiedad incorporal”. En el mismo sentido se pronuncia nuestra ley de patrimonio (Ley 9/2020, de 6 de noviembre, de Patrimonio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha) en sus artículos 4 y 97, respectivamente.

Las propiedades incorporales son aquellas que se ajustan al derecho que existe sobre un bien no corpóreo. Es decir, es el derecho de propiedad que existe en una creación que no tiene presencia física. O lo que es lo mismo, una idea, una creación intelectual o una patente. Estos derechos son de tipo incorporal y lo que nos proporciona la propiedad actual sobre ellos es la oportunidad de que exploremos esas propiedades incorporales de la manera más conveniente si somos el propietario de las mismas.

Los derechos de propiedad incorporal comprenden, entre otros, los derechos de propiedad intelectual; así lo reconoce expresamente, por ejemplo, el Decreto 143/2023, de 3 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Patrimonio de Euskadi, en su artículo 6.1.b.b.:

“1. El Inventario General de Bienes y Derechos del Patrimonio de Euskadi (en adelante, Inventario General) es un instrumento de apoyo a la gestión patrimonial en el que se reflejan los siguientes bienes y derechos del patrimonio de Euskadi:

a. (...)

b. Los derechos de propiedad incorporal que comprenden:

a.º (...)

b.º los derechos de propiedad intelectual comprensivos de derechos sobre obras literarias, artísticas o científicas, programas de ordenador y bases de datos (...).”

El 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 (en adelante, TRLPI), señala en su artículo 1 que: *La propiedad*



intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación; el artículo 2 nos aclara que esta propiedad está integrada “por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”.

Por consiguiente, **cuando hablamos de propiedad intelectual, nos referimos a una “protección intelectual” que se traduce en una serie de derechos o facultades (derechos de autor) que se otorgan al creador (autor) sobre sus creaciones frente a todos los demás.**

El artículo 10 del TRLPI indica qué obras son objeto de esta protección:

“1. 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, comprendiéndose entre ellas:

a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.

(...)”.

También son objeto de protección, además de las obras originales, las obras derivadas; señala el artículo 11 del TRLPI (el resaltado es nuestro):

“Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual:

1.º Las traducciones y adaptaciones.

*2.º Las revisiones, **actualizaciones** y anotaciones.*

3.º Los compendios, resúmenes y extractos.

4.º Los arreglos musicales.

5.º Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica”.

En consecuencia, el derecho de autor protege, tanto al creador de la obra original, como al que actualiza una obra original.



Los derechos de autor comprenden los **derechos morales** y los **derechos patrimoniales**. Los derechos morales, o personales, son irrenunciables e inalienables y otorgan todas las facultades a que se refiere el artículo 14 del TRLPI, como el respeto a la integridad de la obra, entre otras. Los derechos patrimoniales otorgan al autor *“el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación”* (artículo 17 de la LPI). Frente a la indisponibilidad e intransmisibilidad de los derechos morales del autor, los derechos patrimoniales derivados de la obra sí son transmisibles: *“Los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos ínter vivos, quedando limitada la cesión al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas, y al tiempo y ámbito territorial que se determinen”* (artículo 43.1 de la LPI).

De lo expuesto cabe señalar que cuando el artículo 9.2 de la LCSP se refiere a la propiedad incorporal, hay que entenderlo referido, en el caso que nos ocupa, a los derechos de explotación (como parte de los derechos de autor) de una obra. Por tanto, si la pretensión de la Administración es la de adquirir la cesión de estos derechos de explotación, el contrato de cesión de estos derechos estará excluido del ámbito de aplicación de la LCSP, ex artículo 9.2.

Señala la entidad consultante que *tiene la intención contratar la actualización elaboración de un libro sobre XX*. De acuerdo con lo indicado, podemos entender que la necesidad del órgano de contratación consistiría en una prestación de hacer, en un servicio. Además, el resultado de dicho contrato daría lugar a un producto (obra), que resultaría protegida por los derechos de autor que confiere la propiedad intelectual (tal y como hemos señalado, el TRLPI considera objeto de protección, además de las obras originales, las derivadas, siendo la actualización una de ellas). No consideramos que se trate de un contrato de suministros, como adquisición de un producto, pues tal producto no existe, existirá, como medio o soporte, una vez que se haya llevado a cabo la creación (actualización) realizada por el autor.

Resultaría, pues, de aplicación, lo dispuesto en el artículo 308 de la LCSP que establece (el resaltado es nuestro): ***“1. Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante.*”**



En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público (...)”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el servicio consistente en la elaboración de la actualización del libro sobre XX, llevaría aparejada “ex lege” la cesión de los derechos de explotación de la obra, salvo que se pactara lo contrario en el contrato. No obstante, y aun cuando tuviera lugar dicho acuerdo, el órgano de contratación, tal y como se ha indicado, podría *siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público.*

Tras lo expuesto, indicar que es el órgano de contratación el que conoce cuáles son sus necesidades y la extensión y naturaleza de las mismas, pues son estas necesidades las que justifican la celebración del correspondiente contrato (artículo 28 de la LCSP).

Si el objetivo es la elaboración de la actualización de una obra, tipificada como un contrato de servicios, los derechos de explotación, salvo pacto en contrario, se entenderían cedidos con la entrega de la obra actualizada, **siendo de aplicación, por tanto, la LCSP.**

Si, por el contrario, el objetivo que se pretende es la adquisición de unos derechos de explotación, el contrato tendría carácter privado y se regiría por la legislación patrimonial. Así lo ha entendido la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante, JCCPE) en su Informe 58/18, sobre interpretación del artículo 9 de la LCSP. En este caso dirige la consulta el Rector de la Universidad Politécnica de Madrid, con el siguiente tenor:

“(...) 1.- La compra por la Universidad Politécnica de Madrid de libros científicos publicados por editoriales nacionales e internacionales, en cuyo precio de editorial se incluyen los derechos de autor derivados del reconocimiento de propiedad intelectual:

- ¿podría pensarse que es un negocio jurídico formalmente excluido de las previsiones de la LCSP y no tener consideración de contrato público, según lo dispuesto en su artículo 9 por considerarse un bien incorporal? ¿Es equiparable en derecho este negocio, compra de libros científicos, a la creación original literaria objeto de propiedad intelectual?

(...)”



La JCCPE señala en su informe:

“(...) 6. Respecto de la adquisición de libros científicos partiremos de la idea de que el contenido del soporte físico que representa el libro es claramente una obra científica protegida por la propiedad intelectual. (...)”

Nótese que a estos efectos resulta relevante no sólo el hecho de que la obra científica en cuestión esté protegida por las normas reguladores de la propiedad intelectual, cosa por completo incuestionable, sino también cuál es la finalidad y el objeto de la adquisición por parte de la entidad pública contratante.

Tal finalidad normalmente no es la adquisición inter vivos de los derechos de propiedad intelectual propiamente dichos, que incluirían sólo los que de todos ellos son susceptibles de transmisión, entre los que la LPI (artículos 17 y siguientes) cita los derechos de explotación de la obra en cualquier forma (...).

Consecuentemente, en la mayoría de los supuestos no cabe entender que el objeto del contrato sea el conjunto de derechos constitutivos de la propiedad incorporal de la obra sino que, por el contrario, el objeto del contrato es la propiedad de un bien mueble que autoriza su uso por la Universidad con pleno respeto a los derechos de exclusiva que otorga la propiedad intelectual que retiene al autor. Este es el mismo criterio que se contiene, por ejemplo, para el contrato de servicios en el artículo 308.1 LCSP (...).

7. Lógicamente existen excepciones a la anterior conclusión. La propia LPI contempla, por ejemplo, la posible transmisión inter vivos de los derechos de explotación a un tercero por parte de su autor a través de alguno de los contratos que detalla en su Título V. En estos supuestos, cuando mediante una contraprestación se pague al autor por la transmisión de la titularidad o ejercicio de derechos tales como la reproducción, distribución, comunicación pública y la transformación de la obra, en los términos que para estas actividades establece la LPI, el objeto del contrato sí podría ser la propiedad incorporal y sí quedaría esta transmisión excluida de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (...).”

Y concluye: “Los contratos de adquisición de libros para una Universidad son contratos de suministro que estarán sujetos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuando su objeto no sea la adquisición propiamente dicha de derechos constitutivos de la propiedad intelectual”.



En otro orden de cosas, nos encontramos ante un contrato menor, definido, por su cuantía, en el artículo 118 de la LCSP: “1. *Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios (...)*”. Así pues, para la adjudicación de un contrato menor, el órgano de contratación ha de tener en cuenta el valor estimado del mismo, lo que implica su previa determinación económica, una vez que ha surgido la necesidad a cubrir mediante el correspondiente contrato. En este punto, traemos a colación lo dispuesto por el Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que, en su [Informe 8/2021, de 23 de julio de 2021](#), ha señalado lo siguiente (el resaltado es nuestro):

*“(...) Conforme a lo previsto en el [artículo 28](#) de la LCSP, **lo esencial** cuando queremos celebrar un contrato **es determinar las necesidades** que asisten al órgano de contratación para tramitar un determinado expediente, **y cuantificar** esas necesidades.*

*En ese proceso de cuantificación es fundamental **el cálculo del valor estimado** del contrato, ya que **determina el régimen jurídico de la licitación**; conociendo su importe podremos resolver, entre otras cuestiones, si aquél se encuentra sujeto a regulación armonizada, qué procedimiento utilizar para adjudicar nuestro contrato y si cabe adjudicar el mismo mediante el contrato menor a que se refiere el [artículo 118](#) de la LCSP. (...) pero no al revés; es decir, no podemos partir de la pretensión de adjudicar el contrato a través, por ejemplo, de un contrato menor, y cuantificar después el mismo. El órgano de contratación tiene que partir de unas necesidades y cuantificarlas de conformidad con la ley, con independencia del procedimiento de adjudicación de que se trate. (...)”.*

En este punto, conviene aclarar que es el órgano de contratación el que debe fijar sus necesidades y las características de las mismas, y cuantificarlas económicamente, sin que puedan definirse en función de las prestaciones contempladas por la empresa en su oferta (en este caso, presupuesto), ni, por supuesto, que sea la empresa la que defina “ex ante” cuál sería el importe económico del contrato. En este sentido, la Intervención General del Estado, en su Informe 7/09/2011, indica (el resaltado es nuestro):



*"(...) En primer término hay que hacer notar que **el presupuesto base de licitación -PBL- no puede identificarse con la oferta económica que presente el contratista**. La fijación previa de un presupuesto por la Administración contratante es la norma general que únicamente se excepciona en aquellos supuestos -tasados por la Ley- en que no resulta posible y ha de ser presentado por el licitador.*

El PBL una vez configurado por la administración contratante permite: a) al órgano de contratación, fijar el techo de gasto que habrá de aprobarse; y b) al contratista, conocer el precio máximo que se tomará en consideración para la aceptación-valoración de su oferta.

La normativa viene a distinguir los conceptos: PBL y oferta del contratista. Así, a modo indicativo, el artículo 84 del RGLCAP, relativo al rechazo de proposiciones señala que si alguna proposición "excediese del presupuesto de licitación" será desechada. Y el artículo 85 del RGLCAP, a la hora de fijar criterios para apreciar ofertas temerarias o desproporcionadas establece: "Se considerarán en principio desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos: 1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales".

(...)".

De acuerdo con lo expuesto, podemos **concluir** lo siguiente:

- Corresponde al órgano de contratación definir cuáles son sus necesidades; en función de las mismas, el contrato a celebrar estará excluido, o no, de la LCSP, en los términos indicados.
- No puede quedar en manos de la contratista la definición de esas necesidades ni la cuantificación de las mismas.

Finalmente indicar que, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y en ningún caso resulta vinculante.

EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN