

APLICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO A LAS TRANSMISIONES DE DERECHOS SOBRE LOS RESULTADOS DE LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA

DE LA CUESTA SÁENZ, JOSÉ MARÍA

Profesor Catedrático de Derecho civil

SUMARIO:

1. Generalidades
2. Finalidad de las citadas nuevas normas
 - 2.1. El inicio del procedimiento tendente a la cesión de los derechos: declaración de no ser necesario el bien
 - 2.2. Procedimientos de contratación: adjudicación directa o procedimiento competitivo.
 - 2.2.1. Adjudicación directa.
 - 2.2.2 El procedimiento competitivo
3. Los contratos privados
4. Las "cláusulas de mejor fortuna"
5. Conclusión

1. Generalidades

Las cuestiones que se van a abordar en la líneas que siguen, revisten cierta novedad perfectamente explicable por lo reciente de las normas que han de aplicarse, y que han surgido a partir del año 2011 guiadas por el objetivo de movilizar al máximo los resultados de la investigación, e indirectamente mejorar por esa vía la financiación de las administraciones públicas, sobre todo universitarias, pero no exclusivamente, en cuyo seno se produce la actividad investigadora con potencialidad de generar resultados susceptibles de explotación.

Se parte, pues, de que haya resultados de la investigación, consistentes en propiedad industrial y propiedad intelectual, cuyos derechos de explotación, con independencia de su titularidad, corresponden en todo o en parte a entes públicos, como universidades públicas, fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles estatales y otros centros de investigación dependientes de la Administración General del Estado (art. 53.1 LES). Lógicamente, esas cuestiones acerca de la titularidad en sí de la propiedad industrial e intelectual, y de los derechos de explotación, han sido abordadas y resueltas en apartados precedentes a los que hay que remitirse aquí.

Tan sólo habría que precisar, que además de los supuestos contemplados por el artículo 55 de la Ley 2/2011 de 4 de Marzo de Economía Sostenible (en adelante LES), así como del artículo 36 de la Ley 14/2011 de 1 de Junio de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante LCTI), y de la reforma que esta última Ley introdujo en la

Propia Ley Orgánica de Universidades (art. 80.5), en virtud de las propias normas sobre propiedad industrial e intelectual, y la legislación civil en general, también puede una administración pública adquirir tales derechos por cualquier otro modo, como por ejemplo mediante aceptación de una donación, o mediante sucesión *mortis causa* por testamento, como legataria o heredera, e incluso ser beneficiaria de la sucesión *ab intestato* en favor del Estado, y por consecuencia de las normas que la rigen.

Así pues, cualquiera que haya sido el cauce por el que esos derechos de explotación hayan ingresado en el patrimonio de una administración pública de las mencionadas en el artículo 53.1 LES, serán de aplicación las reglas que vamos a estudiar, ya que tienen el más alto grado de generalidad, de modo que resultarán aplicables siempre que concurra el presupuesto de la titularidad pública de derechos explotación de los resultados de la investigación.

2. Finalidad de las citadas nuevas normas

La finalidad de las normas cuyo estudio nos va a ocupar, podría enmarcarse sin duda en ese amplio fenómeno conocido como "huida hacia el Derecho privado"¹, porque como se deduce del propio título de este apartado, se trata de asegurar, dentro de lo posible, la aplicación de normas de Derecho privado, de la que se espera una mayor agilidad y eficacia, en la explotación de los resultados de la investigación, que debería redundar en una mejora de la financiación de los entes titulares de los derechos de explotación.

Desde luego, las exposiciones de motivos, tanto de la LES, como de la LCTI, indican esa finalidad, y como se verá las propias normas contenidas en ambas leyes, en la medida en que tratan de evitar en lo posible el mantenimiento fuera del mercado de la explotación de esas propiedades incorpóreas, no dejan lugar a dudas sobre la finalidad "desamortizadora" que persiguen, aunque técnicamente se trata de facilitar la transferencia de resultados de la investigación al sector productivo.

Pero la huida del Derecho administrativo hacia el Derecho privado, no significa ni mucho menos, que los intereses generales que las normas administrativas tratan de proteger, queden desamparados, porque como se verá, el tránsito al ámbito del Derecho privado de las transmisiones de los resultados de la actividad investigadora a terceros por parte de los entes públicos, requiere de un acto administrativo previo, por lo general un acuerdo de órgano colegiado, en cuya adopción se ponderará la posibilidad y aun la conveniencia de dar paso a la aplicación del Derecho privado en la transmisión de los derechos de explotación de esos bienes incorpóreas que son la propiedad industrial y la propiedad intelectual.

En suma, se trata de cambios introducidos en la ley y aconsejados por la falta de claridad de las normas previamente imperantes en materia de cesión de explotación de propiedad industrial, principalmente, y que por razón de analogía se han extendido a la

¹ Ver por todos R. RIVERO ORTEGA, *Administraciones públicas y derecho privado*, ed. Pons, Barcelona 1998, *passim*, obra en que el autor ofrece una visión de conjunto del fenómeno aludido.

explotación de la propiedad intelectual. En tal sentido se pronunciaba hace algunos años cierta autora², para quien el régimen de tales cesiones de derechos no estaba pacíficamente resuelto en la legislación aplicable³, ni en su aplicación por los órganos jurisdiccionales.

Se trata, pues, de cambios legislativos realizados con una finalidad clara e indiscutida de facilitar la transferencia de resultados de la investigación y dotar al mismo tiempo a ciertos entes públicos de vías de financiación, que no eran fácilmente susceptibles de utilizarse, pero que aun buscando la agilidad que ofrecen las figuras propias del Derecho, tienen en su origen un punto de partida jurídico público que es el que debe garantizar el cumplimiento de los fines públicos de tales entes. Por ello, se tratará a lo largo de este apartado de ofrecer un análisis jurídico de los procedimientos y e institutos tanto jurídico públicos como jurídico privados, creados en unos casos, y preexistente en otros pero aplicados a nuevas funciones.

2.1. El inicio del procedimiento tendente a la cesión de los derechos: declaración de no ser necesario el bien

Se trata de una exigencia derivada de la titularidad pública de derechos sobre la propiedad industrial e intelectual generada por la actividad investigadora que se contiene en el artículo 55.1 LES que establece que "la transmisión a terceros de derechos sobre los resultados de la investigación a que se refiere el artículo anterior requerirá la previa declaración por el titular del Ministerio a que esté adscrita o vinculada la entidad investigadora, o por el órgano competente de la universidad de que el derecho no es necesario para la defensa o mejor protección del interés público".

Se abre, pues, el proceso mediante un verdadero acto administrativo, que consiste en una declaración de innecesariedad de la permanencia en el patrimonio del ente público de esos derechos de explotación de la propiedad industrial o intelectual, que compete en el caso de las universidades, y en virtud de su autonomía al órgano competente para ello conforme a sus Estatutos, y en los demás casos al titular del Ministerio al que esté adscrito o vinculado el ente.

La diferencia indicada en cuanto al órgano competente, obedece sin duda al respeto del principio de autonomía de las universidades recogido en el artículo 27.10 de la Constitución española. y cabe tan sólo cuestionarse si se refiere también a las universidades privadas, porque fuera del ámbito universitario sería sin duda de aplicación a las sociedades mercantiles estatales contempladas en el artículo 53.1 LES.

La respuesta la ofrece precisamente ese artículo 53.1 LES que al indicar el ámbito de aplicación del capítulo de la LES dedicado a Ciencia e innovación, deja claro que se extiende sólo a las universidades públicas, lo que tiene sin duda una fundamentación clara en que se trata de reglas relativas al patrimonio de las administraciones públicas, y

² A.I. CARO MUÑOZ, "La Universidad como contratista" en <http://www.legaltoday.com> (año 2009).

³ Sobre todo en la Ley 33/2003 de 3 de Noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

no tiene por qué afectar a los entes privados que desarrollen tareas investigadoras cuyos resultados son titularidad privada.

Critica algún autor⁴ que la salvaguardia del interés público en el caso de la universidades se atribuya genéricamente al "órgano competente", sin más especificaciones y sin mención de la responsabilidad que puede derivarse de tal declaración de innecesariedad para el interés público. Pero lo cierto es que la autonomía de las universidades, una vez constitucionalizada, tampoco permite la Legislador ir más allá e inmiscuirse en la organización interna, que cada universidad pública dentro de las previsiones legales, tenga a bien autorregular.

En efecto, habrá que estar a las previsiones estatutarias de cada universidad pública, dentro del marco que ofrece la LOU. En algunas universidades la competencia puede estar atribuida en función de la importancia del bien, pero por lo general parece que se tratará de derechos que no tienen por qué tener un elevado valor comercial. En todo caso, el acuerdo del órgano u órganos competentes estatutariamente será susceptible de recursos, si no en vía administrativa, que por lo general no quedará abierta dado el nivel de los órganos decisorios competentes, sí en vía jurisdiccional, sin que sea sin duda muy probable que suscite contienda la procedencia o improcedencia de la declaración de innecesariedad.

En todo caso, aunque la LES no utilice la misma terminología de nuestro código civil, es decir, la distinción entre bienes de dominio público y bienes patrimoniales, está claro que diseña un procedimiento análogo al procedimiento de desafectación de los bienes de dominio público⁵, que permite su enajenación y gravamen una vez transformados en bienes patrimoniales, lo que tiene cierta coherencia con la concepción de la enseñanza superior como un servicio público.

La generalidad con que impone el artículo 55.1 LES este requisito previo a la transmisión a terceros de los derechos de las administraciones públicas conduce a pensar que se trata de una norma que impone el requisito previo de la declaración de innecesariedad del bien para el interés público a toda transmisión a terceros, incluidas las reguladas por el artículo 36 LCTI, que es ley posterior pero no derogatoria en principio de la LES⁶.

Ello no obstante, la peculiaridad de los contratos del artículo 36 LCTI, que se celebran o pueden celebrarse cuando todavía no ha habido resultados de la investigación y que podrían por lo tanto prever la cesión de tales resultados pertenecientes a

⁴ C.A. GOMEZ OTERO, "El tratamiento de la transferencia en las Leyes de Economía Sostenible y de la Ciencia", en *X seminario sobre aspectos jurídicos de la gestión universitaria*, coordinado por A.I. Caro Muñoz y otros, ed. UPV, Bilbao, 2014, pág. 542

⁵ Así ocurre, por ejemplo en el artículo 224.3 de los vigentes Estatutos de la Universidad de Burgos, que atribuye la competencia para desafectar los bienes de dominio público y para enajenar los patrimoniales al Consejo de Gobierno con aprobación del Consejo Social.

⁶ B. LOZANO CUTANDA, "Nueva regulación jurídica de los contratos de transferencia de los resultados de la investigación a las empresas *spin-off*", en *Analisis*, Junio, 2011, pag. 3. www.gomezacebo-pombo.com.

administraciones públicas, nos sitúa ante la duda de si en esos casos será también necesaria esa declaración previa de innecesariedad, en principio imposible sin que exista el bien cedido y sin que se conozcan sus características y su relación con el interés público.

Esto aconseja, para que no pueda pensarse en que las administraciones contratan en fraude de ley al amparo de la LCTI, que en tales contratos del artículo 36 LCTI se prevea condicionar la efectividad de esas transmisiones a una declaración *ex post* de ser innecesarios para el interés público aquellos bienes incorpóreos resultantes de la actividad investigadora llevada a cabo al amparo del artículo 36 LCTI y de las figuras contractuales que posibilita, porque una cosa es la aplicación del derecho privado y la apertura de la adjudicación directa, y otra muy diferente que se burle la obligación de defender el interés público que pesa sobre las administraciones públicas..

2.2. Procedimientos de contratación: adjudicación directa o procedimiento competitivo

2.2.1. Adjudicación directa

Como ya se indicó en su momento la innovación introducida por la LES y regulada de nuevo por la LCTI, se plantea como un cambio legislativo que se relaciona con los procedimientos de contratación regulados en el artículo 137 de la Ley 33/2003 de 3 de Noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

En efecto, el artículo 55.3 LES a lo largo de sus ocho apartados enumera otros tantos supuestos en los que procede la adjudicación directa de los derechos derivados de patentes o de propiedad intelectual que integren el patrimonio de las universidades pública o de otros entes empeñados en tareas de investigación.

Los apartados a) a f) del artículo 55.3 LES se corresponden con los apartados homólogos del artículo 137.4 de la LPAP, lo que no puede sino inducir alguna extrañeza al intérprete, puesto que esos pasajes de la LPAP están en buena parte referidos a la enajenación de bienes inmuebles, como refleja claramente el texto de algunos de los apartados, aspecto este que hay que anotar en el “debe” de la proliferación legislativa que caracteriza a este nuestro siglo XXI⁷.

Tras esa reutilización de los materiales que ofrecía la LPAP, el resultado es que procederá la adjudicación directa en los siguientes casos: a) Cuando los derechos se transmitan a una persona jurídica perteneciente al sector público. b) Cuando los derechos se transmitan a una entidad sin ánimo de lucro, declarada de utilidad pública (es decir, fundaciones y las asociaciones que hayan sido objeto de tal declaración de utilidad pública. c) Cuando fuera declarado desierto el procedimiento...o resultase fallido por incumplimiento de obligaciones del adjudicatario en procedimiento

⁷ Ver en tal sentido F.J. LAPORTA, “Teoría y realidad de la legislación: una introducción general”, en A. Menéndez Menéndez, Director, *La proliferación legislativa: un desafío para el estado de Derecho*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 29 y ss.

competitivo. d) Cuando la titularidad corresponde a dos o más propietarios y se adjudique a uno de ellos. e) Cuando la transmisión se efectúe a favor de quien ostente un derecho de adquisición preferente. f) Cuando la titularidad del derecho corresponda a dos o más propietarios alguno de los cuales no pertenezca al sector público, y el copropietario o copropietarios privados hubieran formulado una propuesta concreta de condiciones de transmisión. En este caso, los copropietarios públicos deberán aprobar expresamente las condiciones propuestas, previa verificación de la razonabilidad de las mismas. g) Cuando las peculiaridades del derecho, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación proceda la adjudicación directa. h) Cuando resulte procedente por la naturaleza y características del derecho o de la transmisión, según la normativa vigente, como en los casos de licencias de pleno derecho o de las licencias obligatorias.

La LES, por lo tanto, modifica las previsiones del artículo 137.4 LPAP, suprimiendo aquéllos apartados exclusivamente aplicables a fincas, como el apartado e) referido a solares y el apartado f) referido a fincas rústicas, y añadiendo otros supuestos de posible adjudicación directa, de los que al menos los señalados con las letras g) y h) del artículo 55.3 LES, son de tal amplitud y vaguedad, que puede decirse que tienden a permitir la generalización de la adjudicación directa como afirma alguna autora⁸.

Además, la legislación prosiguió en la dirección de someter al derecho privado la transferencia de resultados, y así meses más tarde la Ley 14/2011 de 1 de junio de la Ciencia, la tecnología y la Innovación (LCTI), vuelve a ocuparse de este tema en su artículo 36 titulado "Aplicación del derecho privado a los contratos relativos a la promoción, gestión y transferencia de resultados de la investigación a los sectores productivos", estableciendo otros supuestos adicionales de adjudicación directa: a) Contratos de sociedad suscritos con ocasión de la constitución o participación en sociedades, con una redacción bastante incorrecta y redundante, y cuya novedad se limita a no estar ya circunscrita a empresas de base tecnológica, sino abierta a cualquier empresa⁹. b) Contratos para valorización y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación, y c) Contratos de prestación de servicios de investigación y asistencia técnica con entidades públicas y privadas para la realización de trabajos de carácter científico y técnico o para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación (aunque con sujeción a la Ley 30/2007 de 30 de Octubre de Contratos del sector Público si el receptor de los servicios fuera una entidad del sector público a ella sujeta).

Esta norma pretende sin duda profundizar en el sometimiento al derecho privado de la mayor parte de las cesiones de propiedad industrial y propiedad intelectual de titularidad al menos en parte pública, como pone de relieve el último apartado del artículo 36

⁸ R. ESTUPIÑÁN CÁCERES, "Procedimiento para la transmisión a terceros de los derechos sobre los resultados de la actividad investigadora", en C. VARGAS VASSEROT, Director, *Régimen jurídico de la transferencia de resultados de la investigación*, ed. La Ley, Madrid, 2012, págs. 240 y ss.; A. I. CARO MUÑOZ, "Transferencia de resultados y derechos de propiedad intelectual en la investigación: continuidad", <http://www.legaltoday.com> (2012).

⁹ En tal sentido R. ESTUPIÑÁN CÁCERES, obra citada, pág. 241.

LCTI: "la transmisión a terceros de derechos sobre los resultados de la actividad investigadora bien se trate de la cesión de la titularidad de una patente o de concesión de licencias de explotación sobre la misma, o de las transmisiones y contratos relativos a la propiedad intelectual, se regirá sobre el derecho privado conforme a lo dispuesto en la normativa propia de cada Comunidad Autónoma".

Este inciso final del artículo 36 LCTI, reincide en una redacción desafortunada ("sobre el derecho privado"), pero lo peor es que lleva a cabo una remisión que no aclara nada¹⁰, que no apunta a ningún lugar conocido del ordenamiento jurídico español, toda vez que la legislación sobre contratación mercantil es competencia exclusiva del Estado, al igual que en materia civil, especialmente en lo atinente a las bases de las obligaciones contractuales conforme al artículo 149.1 de la Constitución.

2.2.2. El procedimiento competitivo

Como se desprende de lo anteriormente tratado, será excepcionalísima la necesidad de acudir al procedimiento competitivo para la transmisión de los derechos sobre los resultados de la investigación que aquí nos ocupan, según se deduce del artículo 55.4 LES: "en supuestos distintos de los enumerados en apartado anterior, para la transmisión deberá seguirse un procedimiento basado en la concurrencia competitiva de interesados, en el que se garantice una difusión previa adecuada del objeto y condiciones de la misma, que podrá realizarse a través de las páginas institucionales mantenidas en internet por el organismo o entidad titular del derecho y el Departamento ministerial del que dependa o al que esté adscrito. En dicho procedimiento deberá asegurarse así mismo el secreto de las proposiciones y la adjudicación a la proposición económica más ventajosa".

Así pues, también este procedimiento competitivo presenta otra innovación de la LES congruente con las finalidades perseguidas por la "huida al derecho privado", aunque se trate de un procedimiento exquisitamente público, y esta innovación no es otra que sustituir el procedimiento de subasta pública previsto en el artículo 144.3 LPAP para la enajenación de propiedades incorpóreas, por un procedimiento agilizado, con comunicaciones también simplificadas que incluso facilitan una mayor difusión que los tradicionales anuncios.

Esta innovación ha sido acogida favorablemente por los autores¹¹, en tanto que persigue eficazmente los mismos fines que el procedimiento de subasta previsto por la LPAP, es decir, que el ente público o la universidad contrate con quien debe hacerlo, pero a través de un procedimiento bastante más ágil, por más que la ampliación de los supuestos de adjudicación directa, lo convierta en un supuesto de hecho residual.

¹⁰ En tal sentido R. ESTUPIÑÁN CÁCERES, obra citada, pág. 237. La citada autora piensa que puede referirse a los llamados derechos forales, pero lo cierto es que atribuir a derechos de formación consuetudinaria o a fuentes históricas alejadas en el tiempo, una regulación de las patentes y la propiedad intelectual como resultados de la actividad investigadora amparada por entes públicos, es una afirmación que sólo pone de relieve el desorden lógico a que ha conducido el temor reverencial del legislador estatal a las comunidades autónomas.

¹¹ Por todos R. ESTUPIÑÁN CÁCERES, obra citada, pág. 245.

3. Los contratos privados

Pocas menciones legales hay referidas a los contratos privados que pueden servir de cauce a estas cesiones o transmisiones a terceros de los derechos de explotación de patentes y de propiedad intelectual, más allá de esas menciones de contratos de colaboración, de asistencia técnica, que no son tipos contractuales concretos, y de la mención de las sociedades que contiene el artículo 36 LCTI, en su más amplio sentido, incluso las no dotadas de personalidad jurídica como los Grupos de Interés económico regulados en el Derecho español y en el Derecho de la Unión Europea.

Pero la cuestión no debe centrarse en la búsqueda de un elenco más o menos completo de tipos contractuales, e incluso de contratos atípicos susceptibles de servir de cauce a tales transmisiones, que sería un empeño tan arduo como inútil, sino más bien en estudiar que clases de contratos reúnen los caracteres exigidos legalmente para esta transferencia de resultados de la investigación a sectores productivos, porque esto señala los límites que se imponen a la libertad contractual del órgano de contratación de los entes públicos y de las universidades¹² sobre sus derechos derivados de la actividad investigadora. Y desde este punto de vista la LES proporciona bastantes datos al intérprete, ya que el artículo 55.5 LES nos indica que "en todo caso, la transmisión de los derechos sobre estos resultados se hará con una contraprestación que corresponda a su valor de mercado".

De esta norma redactada con marcado tinte imperativo se deduce una clara prohibición: no se podrán transmitir derechos de los entes públicos sobre resultados de la actividad investigadora a título gratuito, y es también posible y aun obligado deducir un contenido preceptivo: deberán celebrarse contratos con causa onerosa en el sentido del artículo 1.274 del Código civil, y de carácter conmutativo, en los que deberá existir equivalencia de las prestaciones, a la que parece aludir ese correspondiente valor de mercado que menciona el artículo 55.5 LES.

Sin embargo la cuestión del valor de mercado dista de ser una referencia simple y segura, porque si se tiene en cuenta que una de las posibles (y probables) justificaciones de la adjudicación directa es la "limitación de la demanda" (art. 55.3 letra g) LES), se comprende fácilmente que en tales casos y tal vez en muchos más casos, puede resultar difícil o incluso imposible encontrar un referente de mercado para la fijación de la contraprestación, por lo que puede resultar muy insegura su valoración. Ello no obstante, habrá que fijar alguna contraprestación porque de lo contrario se conculcará el precepto dando lugar a la nulidad de pleno derecho del artículo 6 del Código civil.

4. Las "cláusulas de mejor fortuna"

Además, el artículo 55.6 LES contiene otra exigencia relativa al clausulado de los contratos privados de transmisión de derechos sobre los resultados de la investigación, que consiste en que cuando tales contratos transfieran "la titularidad del derecho a una

¹² El órgano de contratación en las Universidades públicas será por lo general el Rector o el Vicerrector en quien aquél delegue lo relativo a la investigación y sus resultados.

entidad privada deberá preverse, en la forma que reglamentariamente se determine, la inclusión en el contrato de cláusulas de mejor fortuna que permitan a las entidades públicas recuperar parte de las plusvalías que se obtengan en caso de sucesivas transmisiones de derechos o cuando debido a circunstancias que no se hubieran tenido en cuenta en el momento de la tasación, se apreciase que el valor de transferencia de la titularidad del derecho fue inferior al que hubiera resultado de tenerse en cuenta dichas circunstancias".

El legislador desea que no solo se fije una contraprestación a la transmisión de los derechos de las entidades públicas sobre los resultados de la actividad investigadora, sino también que las entidades públicas que cedan sus derechos a cambio de una determinada contraprestación, participen en los aumentos de valor que puedan tener lugar respecto de los bienes que cedieron en ulteriores transmisiones. Para ello obliga a introducir cláusulas de mejor fortuna, conforme a un anunciado desarrollo reglamentario que no se ha producido. Lo cierto es que pese a la falta de desarrollo reglamentario, podría tenerse por directamente obligatoria para las administraciones públicas la citada norma, y por vigente esa obligación de establecer esas cláusulas de mejor fortuna.

Por otra parte, a renglón seguido el citado artículo 55.6 LES contempla otro posible contenido del contrato, una especie de cláusula *rebus sic stantibus* relativa a la valoración de los derechos transmitidos, para los casos en que circunstancias no tenidas en cuenta en el momento de la tasación, puedan acarrear un mayor valor de los bienes transmitidos.

Se trata de una posible revisión del contrato, que la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo admitía con carácter muy excepcional, pero que recientemente admite como un efecto del mismo contrato conforme al principio de la buena fe en sentencias como la de 30 de Junio de 2014¹³, 15 de Octubre de 2014 y la de 25 de Marzo de 2015. Esa paradójica previsión de los efectos de lo imprevisto, en suma, no sería ya imprescindible al normalizarse la doctrina de la antiguamente llamada cláusula *rebus sic stantibus* en todo contrato por efecto de la citada jurisprudencia, que recoge una tendencia generalizada en el derecho europeo, que se postula en las propuestas de reforma de nuestro derecho civil y de otros ordenamientos de nuestro entorno¹⁴, aunque ciertamente puede ser conveniente introducirla expresamente en los contratos.

Y también por otra parte, en lo que atañe a la contratación pública, el artículo 5.1 de la Ley 2/2015 de 30 de Marzo de desindexación de la economía española, establece la posibilidad de revisión, prevista o no, y no periódica de las prestaciones dinerarias, en

¹³ La STS 30 junio 2014, es una sentencia de pleno de la que fue Ponente Don Francisco Javier Orduña Moreno, que precisamente se refiere a un caso de contratación pública con sometimiento del contrato al Derecho privado.

¹⁴ Véase el artículo 1.213 de la propuesta de mejora del código civil español en materia de obligaciones formulada por la Sección Civil de la Comisión de Codificación en Noviembre de 2009, así como las matizaciones que propone P. SALVADOR CODERCH en *InDret*, 4/2009,. El proyecto de reforma del Código civil francés recoge una regulación de la imprevisión en su artículo 1.176 que puede desencadenar la resolución del contrato si no se alcanza acuerdo revisorio.

lo que constituye una muestra más de que también en el contrato público regirán principios semejantes.

5. Conclusión

Llegados a este punto procede recapitular lo hasta aquí tratado, para extraer alguna conclusión sobre la aplicación del derecho privado a las transferencias de derechos sobre los resultados de la actividad investigadora pertenecientes a entes públicos.

Y lo primero que hay que anotar como observación de conjunto, es que nos encontramos con un claro ejemplo de lo que se ha llamado "proliferación legislativa", porque no de otro modo se puede calificar una materia que, regulada por la LPAP de 2003, pasa a estar regulada por dos leyes del mismo año 2011, la LES y la LCTI, de manera no absolutamente coincidente¹⁵. Desde luego, esta manera de legislar, no facilita la labor del intérprete, y lo que es peor, tampoco garantiza la debida eficacia.

Así, la "huida hacia el derecho privado", no basta para encubrir que la novedad que introducen la LES y la LCTI no es tanta como a primera vista pudiera parecer, porque como hace notar algún autor¹⁶, la LES se limita a ampliar los supuestos de adjudicación directa, y la LCTI amplía todavía más esa posibilidad, y se remite a normas de derecho privado de las comunidades autónomas, lo que induce una notable perplejidad, ya que la contratación mercantil es competencia legislativa exclusiva del Estado, al igual que en materia en materia civil, especialmente en lo atinente a las bases de las obligaciones contractuales.

En consecuencia hay que concluir que el procedimiento es administrativo en la fase previa de declaración del carácter no necesario de los derechos a negociar, y en la propia adjudicación, directa o más rara vez competitiva, y sólo será privado el contrato por el que se transmiten a terceros los resultados de la actividad investigadora.

Tampoco es más innovadora, aunque tal vez si más ambiciosa, la regulación del artículo 36 LCTI, puesto que se refiere a relaciones contractuales de colaboración con otros entes públicos o privados, que por supuesto ya se practicaba en diversas modalidades, especialmente con aplicación de los preceptos de la LRU art. 11) y de la vigente LOU, y que como ya se indicó no debería poderse utilizar en fraude del artículo 55.3 LES para rehuir el control sobre el posible interés público de los resultados de la actividad investigadora.

¹⁵ Ver J.F. LAPORTA, "Teoría y realidad de la legislación: una introducción general", en A. Menéndez Menéndez, *Director, La proliferación legislativa: un desafío para el estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 29 y ss.

¹⁶ C.A. GOMEZ OTERO, obra citada, pág. 542, afirma respecto del artículo 55 LES y su remisión al derecho privado que "hasta aquí nada nuevo, ya que no se elimina la fase previa de adjudicación por normas administrativas, y el contrato ya se regía por normas de derecho privado. Y el art. 55 es casi una copia fiel del art. 137.4 (LPAP), sólo mejorado en su apartado g)", de modo que la verdadera novedad, más allá de esa ampliación de los supuestos de adjudicación directa, residiría en las previsiones del artículo 36 LCTI.

Juicio favorable merece en todo caso la generalización al máximo de la adjudicación directa, así como las exigencias de contraprestación en toda transmisión, y de que las administraciones transmisoras de los derechos participen en la "mejor fortuna" que el transcurso del tiempo pueda deparar al valor de los bienes transmitidos.