

Licencias de recursos electrónicos

cómo evitar los obstáculos jurídicos

Grupo BPI de FESABID

INTRODUCCIÓN

En el entorno papel, los bibliotecarios compran libros que los usuarios pueden utilizar de forma ilimitada. Una vez comprado, el libro pertenece a la biblioteca para siempre. En el entorno digital, por el contrario, el bibliotecario está, en muchos casos, obligado a comprar el acceso a la copia electrónica por un tiempo determinado y con unas condiciones de uso específicas. Este acceso es, la mayoría de las veces, adquirido mediante una licencia. Una licencia es una autorización oficial para hacer algo que si no resultaría ilegal. Las licencias se rigen, generalmente por el derecho contractual. El grado de acceso a una revista electrónica y el uso autorizado de ella dependen principalmente de los términos y de las condiciones negociadas en la licencia para este producto concreto.

Cuando un titular de derechos de autor (la mayor parte de las veces, el editor) envía un contrato de licencia, se debe tener en cuenta que, de hecho, es una propuesta para negociar los términos y las condiciones en las cuales se puede utilizar el producto. En general, envían su modelo de licencia, que debería ser objeto de una lectura atenta y de modificarse de acuerdo con las necesidades y devolverse al editor para indicarle en que condiciones la biblioteca estaría dispuesta a contratar los productos

La mayoría de las licencias están redactadas por abogados y suelen estar en inglés. Los términos técnicos utilizados disuaden a numerosos bibliotecarios a leer el contenido del contrato y pueden ser difíciles de entender. Sin embargo, el hecho de que los recursos bibliotecarios estén cada vez más en formato electrónico, hace que sea importante entender lo que se acepta.

La falta de firma o la ignorancia del contenido de los términos y condiciones no será suficiente para impedir su aplicación. De hecho, la utilización del producto o del servicio, una vez conocidos los derechos y obligaciones, se interpretará a menudo como una aceptación tácita de estos términos y condiciones.

Esta guía sobre licencias se ha redactado con la finalidad de que conozcáis el significado y las consecuencias de ciertas cláusulas de una licencia.

DERECHOS DE AUTOR FRENTE A LICENCIA

Desde hace algunos años, los bibliotecarios y sus organizaciones han argumentado que las excepciones actuales acordadas a los bibliotecarios y sus usuarios por el derecho de la propiedad intelectual se deberían extender al uso de los recursos digitales.

El uso de licencias y la extensión del derecho contractual para reglamentar el uso de recursos digitales han puesto en entredicho el estatus de las excepciones del derecho de autor. El derecho de los contratos está regido por el principio de la libertad contractual, lo que significa que las partes de un contrato son libres de negociar las condiciones de utilización de los documentos protegidos por el derecho de autor o bien renunciar a los derechos que el derecho de la propiedad intelectual les concede.

Este principio es justo y bueno cuando las negociaciones se realizan entre partes que se encuentran al mismo nivel. En el caso del derecho de la propiedad intelectual, no hay que olvidar que una de las partes tiene el derecho exclusivo (monopolio) y que la otra (en nuestro caso, la biblioteca) desea tener acceso a la obra para cumplir su misión. Además la biblioteca no siempre tiene conciencia de que las licencias pueden anular las excepciones al derecho de autor y que al firmar una licencia la biblioteca puede estar renunciando a derechos que le concede la legislación nacional sobre derechos de autor. Actualmente el mundo jurídico está dividido respecto al estatus de excepciones de derechos de autor y las responsabilidades de los gobiernos en este campo. Por ello, aconsejamos a quienes negocian tales licencias que incluyan la cláusula siguiente:

Con el fin de evitar cualquier duda, nada de esta licencia debería excluir, modificar o afectar a un derecho legal que en algún momento podría concederse a las bibliotecas y a sus usuarios, por la legislación nacional sobre el derecho de autor

Ella permitirá, al menos, garantizar que los derechos concedidos por la legislación nacional relativa a la propiedad intelectual no podrán ser anulados por la licencia.

MARCO DE LAS LICENCIAS

En general, el contrato de licencia comporta las cláusulas que se refieren a:

- las partes
- la exposición de motivos
- interpretación del contrato
- definición
- derecho aplicable
- términos del contrato
- derechos concedidos por la licencia
- restricciones de uso
- duración y finalización
- entrega de los recursos y acceso a los que son objeto de la licencia
- tarifa
- obligaciones del beneficiario (biblioteca)
- puesta en marcha y evaluación
- garantías, obligaciones e indemnizaciones
- fuerza mayor
- cesiones
- notificaciones

- regulación de litigios
- anexos
- firmas

En lugar de utilizar los términos de concedente y concesionario, hemos elegido llamar al concesionario, biblioteca y al concedente, editor. No se comentarán todas las cláusulas detalladamente. Algunas hablan de por sí solas.

EXPLICACIÓN CLÁUSULA POR CLÁUSULA

Exposición de motivos

Después de la presentación de las partes, suele haber una serie de párrafos llamada exposición de motivos. La exposición de motivos muestra rápidamente lo que las partes esperan obtener del contrato. Estrictamente no forma parte de él. Su finalidad es presentar brevemente los objetivos de las partes y el contexto factual en el que el contrato se ha redactado, con el fin de permitir posteriormente una interpretación en caso de litigio.

Interpretaciones del contrato

Definiciones

La elaboración de documentos legales requiere la utilización de términos precisos. Así cuando los conceptos son complejos o cuando sería preciso mucho tiempo para explicar una frase corta, se escoge una palabra como “resumen”, para referirse a ella. La cláusula relativa a las “interpretaciones” con mucha frecuencia el lector la pasa por alto, pero es importante no olvidarse de las definiciones; un cambio sutil en el significado de una definición puede tener repercusiones significativas en todo el contrato. Las sorpresas desagradables que a menudo figuran en los contratos suelen introducirse a través de las definiciones.

Derecho

aplicable

La legislación aplicable para regir la interpretación de una licencia y la jurisdicción competente que puede actuar en justicia contra el editor o la biblioteca constituye una cláusula fundamental. En la mayoría de los contratos, el derecho elegido es el que conviene al editor. Desde el punto de vista económico, se recomienda modificar esta cláusula con el fin de introducir el derecho y la jurisdicción más ventajosos para el beneficiario o para las dos partes. Si no, podríais estar obligados a someteros al derecho norteamericano para interpretar una licencia e incluso presentaros ante los tribunales norteamericanos para defender vuestra posición.

Acuerdo

Esto constituye el corazón del contrato. Resume lo que se ha adquirido o proporcionado como contrapartida del precio. Se debe redactar en términos claros y unívocos. Si el objeto está redactado en términos de deseo o de aspiraciones, no tendrá fuerza de obligación para las partes. Y lo que es más importante, debe identificar de manera precisa lo que se ha adquirido por el precio estipulado. Cualquier cosa no incluida no se

suministrará por el precio acordado y posiblemente deberá negociarse un importe adicional.

Derechos concedidos por la licencia

Las cláusulas enunciadas bajo esta rúbrica determinan lo que estáis autorizados a hacer con los materiales objeto de licencia. Aseguraros de indicar bien aquí todas las actividades a realizar con los materiales objeto de licencia. Todo lo que no esté mencionado no se autorizará, excepto si negociáis nuevamente la licencia o si adquirís nuevos derechos con una nueva licencia. La lista de las actividades puede tener la longitud que queráis y dependerá de lo que estéis dispuestos a pagar. Debéis ser conscientes que no tenéis que negociar los derechos que ya concede vuestra legislación nacional sobre derechos de autor o los tratados internacionales en materia de derechos (Véase también la parte sobre “Derecho de autor frente a licencia” y especialmente la propuesta de cláusula que os permite preservar estos derechos). Estos derechos no se deberían ni siquiera mencionar en la licencia, pero hemos observado que muchos bibliotecarios preferirían incluir estos derechos en la licencia como “recordatorio” por razones de comodidad.

La forma de establecer los usuarios autorizados y los lugares donde los documentos objeto de la licencia se pueden utilizar reviste una importancia preeminente en esta rúbrica.

Actualmente, la distinción entre usuarios autorizados la más frecuentemente utilizada por los editores, es la de usuarios autorizados y la de usuarios walk-in . Sin embargo, lo que estos términos indican puede variar considerablemente de una licencia y otra.

El grupo de dirección de ECUP no ha optado por una distinción entre “usuarios autorizados” y “usuarios walk-in” pues parece confusa. “Los usuarios walk-in” están también autorizados a usar los documentos objeto de licencia, pero en muchos casos de manera diferente a la de los “usuarios autorizados”

Una distinción más global puede hacerse entre “miembros” de la institución y los “no miembros”. Los “no miembros” se pueden subdividir en “usuarios walk-in inscritos”, “usuarios walk-in no inscritos” (como los visitantes de una biblioteca pública) y “usuarios inscritos que acceden a distancia” a los fondos de las colecciones.

En definitiva, la manera como se califica a los usuarios no tiene importancia en tanto que las definiciones comprenden los grupos de usuarios a quienes se desea proporcionar acceso a los fondos. Los miembros, los usuarios walk-in inscritos, los usuarios inscritos que tienen un acceso a distancia y el lugar podrían definirse de la forma siguiente.

Miembros de la institución: miembros del personal empleados o vinculados a la institución de otra forma y los estudiantes de la institución, que están autorizados a acceder a la red interna y que deben usar una palabra clave u otro tipo de autenticación.

Usuarios walk-in inscritos: miembros del público que están inscritos como usuarios de los servicios de la biblioteca y que pueden tener acceso a la red interna a través de estaciones de trabajo situadas en los locales de la biblioteca y a los que se ha asignado una contraseña u otra forma de autenticación.

Usuarios walk-in no inscritos: miembros del público que no están inscritos como usuarios de los servicios de la biblioteca y que pueden tener acceso a la red interna a través de estaciones de trabajo situadas en los locales de la biblioteca con determinadas finalidades bien definidas en la licencia.

Usuarios inscritos que tienen acceso a distancia: una empresa o personas del público, inscritas como usuarios autorizados de los servicios de la biblioteca y que pueden tener acceso a la red interna a partir de una localización diferente a los locales de la biblioteca.

Lugar: los locales de la biblioteca y de otros lugares similares donde los miembros trabajan y estudian, incluyendo, sin limitación, los lugares de residencia y de alojamiento y los domicilios de los miembros.

La lista siguiente os dará idea del tipo y alcance de los derechos que se han incluido en las licencias actualmente en el mercado.

El derecho

- Acceder al servidor del editor;
- Almacenar localmente los materiales objeto de licencia;
- Integrar los materiales objeto de licencia en las infraestructuras del sistema local y en los servicios de información;
- Indizar los documentos objeto de licencia;
- Ofrecer a los miembros de la institución acceder a los materiales objeto de la licencia para sus investigaciones, para la docencia o para uso privado (estudio), en el lugar autorizado;
- Permitir a los usuarios inscritos walk-in acceder a los documentos y autorizar su copia para sus investigaciones, para la enseñanza y para uso privado (estudio);
- Autorizar la impresión o la descarga de artículos sueltos para la investigación, docencia y uso privados (estudio);
- Dar acceso a los usuarios inscritos walk-in y permitirles la realización de copias para la investigación;
- Permitir la reproducción del material para incluirlo en dossiers (tanto en papel como en formato digital).

El préstamo interbibliotecario y el suministro electrónico de documentos son temas delicados. El préstamo interbibliotecario de documentos impresos es una actividad aceptada desde hace mucho tiempo en el entorno papel. En un entorno digital, el término préstamo interbibliotecario y la actividad misma son fuentes de controversia. Durante varios años, las bibliotecas y los editores han tratado de llegar a un consenso. Uno de los obstáculos para alcanzar un acuerdo es la falta de especificaciones claras por parte de las bibliotecas sobre la manera en que desean compartir sus recursos.

Es de gran importancia distinguir el préstamo interbibliotecario de documentos en papel del préstamo interbibliotecario de documentos electrónicos. En primer lugar, el término "préstamo" sugiere que el material se devuelve en un determinado momento. Esto se refiere sólo al caso de los documentos en papel pero no a los documentos en un entorno electrónico. Los términos que reflejan mejor esta actividad son "uso compartido de recursos entre bibliotecas" y "uso interbibliotecario". Siempre que esta actividad se limita a compartir la información entre bibliotecas, y no con terceras partes, estos términos

podrían utilizarse conjuntamente con "suministro electrónico de documentos a usuarios finales (terceros) sobre demanda".

El préstamo interbibliotecario en un entorno electrónico no ha sido objeto de estudio profundo. Se dispone, por el contrario, de datos en el campo del suministro de documentos electrónicos. El análisis comparativo de los problemas de derechos de autor en el suministro de documentos electrónicos" (Comparative Analysis of the Copyright Problems of Electronic Document Delivery), de Dr. P. Bernt Hugenholtz y Dirk J. G. Visser, es una publicación muy interesante. Es el resultado de un estudio encargado por la DGXIII (actualmente DG Information Society) de la Comisión Europea para analizar y comparar las leyes de derecho de autor de los países de la Unión Europea y de la European Free Trade Association (EFTA). Este estudio comparativo concluía principalmente que la falta de orientaciones legislativas y jurídicas ha dificultado e incluso imposibilitado, en muchos países europeos, la definición precisa del estatus del suministro electrónico de documentos respecto al derecho de autor.

Es cierto que se necesitará tiempo para encontrar soluciones jurídicamente satisfactorias para las partes interesadas. Mientras tanto es importante que los bibliotecarios y los editores traten de comprender la postura de la otra parte e intenten encontrar soluciones factibles definiendo las actividades que quieren realizar, de la manera más precisa posible. Esto ayudará a quienes toman las decisiones en el procedimiento legislativo, y también a los bibliotecarios y a los editores en sus negociaciones de licencia de recursos electrónicos.

Restricciones de uso

Estas cláusulas os indicarán lo que no estáis autorizados a hacer con el material objeto de la licencia. Las más frecuentes son:

- La reproducción masiva y sistemática
- La redistribución, la reventa, el préstamo o la licencia
- Cualquier suministro o distribución sistemática a alguien que no pertenezca a la institución.

Duración y finalización

Duración

Si no hay cláusula específica relativa a la fecha de entrada en vigor de la licencia, el contrato se iniciará en la fecha de la firma.

Sin embargo, es frecuente que una cláusula fije el momento de entrada en vigor, con el fin de evitar cualquier malentendido. Cuando hay una fecha de entrada en vigor diferente a la fecha de la firma, nada impide que sea anterior a la fecha de la firma si las partes lo desean.

La duración de la licencia es el período durante el cual el editor debe proporcionar acceso y la biblioteca debe pagar por ello. La licencia no puede ser rescindida antes de la finalización del periodo excepto si hay una transgresión importante en la ejecución de la licencia o si existen otras disposiciones contractuales autorizando una rescisión

anticipada (tales como la existencia de ciertas situaciones: ej. insolvencia o preaviso dado por una de las partes).

La duración de la licencia depende de la voluntad de las partes y se puede renovar siempre. Por razones de precisión, se recomienda fijar de manera explícita la fecha de finalización de la licencia en vez de la duración de la misma. Es posible tener un contrato de licencia de duración indeterminada cuya finalización se realizaría mediante preaviso.

Finalización

Una licencia debería llevar siempre una cláusula con los mecanismos o las circunstancias en las que la licencia debe ser rescindida. Esto permite evitar que la biblioteca se cierre en un contrato que le obligue a pagar por los productos y los servicios que el editor ya no proporciona de forma adecuada o que la biblioteca ya no desea.

Según las normas de derecho, una parte puede poner fin a un contrato en cualquier momento mediante un preaviso si la otra parte es culpable a causa del incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Esto puede hacerse solamente en caso de incumplimiento importante.

Una solución práctica es prever en el contrato un mecanismo que permita a la parte culpable corregir sus faltas. Se fija un periodo, en general, de 30 días a partir de la recepción del requerimiento escrito. Si la falta se corrige en el plazo establecido, el contrato no se rescinde. Si la falta no se corrige en el plazo establecido, el contrato se rescinde. En caso de rescisión por culpa del editor, parece equitativo prever que el editor reembolse a la biblioteca un porcentaje del importe de la licencia correspondiente al periodo regulado por el contrato pero no ejecutado. Este punto debería incorporarse a la cláusula relativa a la ruptura del mismo.

Acceso perpetuo

Puede ser necesario que ciertas cláusulas continúen vigentes después de la finalización del contrato. Una de ellas, muy importante, concierne al acceso perpetuo a los materiales, objeto de la licencia. Esto debería aplicarse en la hipótesis de que la licencia acabe porque llega su fin o, en ciertos, casos por ruptura del contrato. El acceso perpetuo no es algo que se conceda automáticamente. Se debe incluir una cláusula específica en la licencia. En los dos casos, la biblioteca deberá pedir al editor que le proporcione, en el marco de la licencia, un acceso continuo a los materiales incluidos en ella, bien a partir del servidor del editor, bien por intermediario de un tercero o bien entregando los documentos electrónicos a la biblioteca.

Si la licencia finaliza por culpa del editor o de la biblioteca, se deberá acordar un acceso perpetuo a aquella parte de los documentos incluidos en la licencia a los que la biblioteca tenía acceso legal antes de la ruptura del contrato. En general, el editor no acordará el acceso perpetuo más que a condición de que la biblioteca continúe respetando las obligaciones negociadas en la licencia como las restricciones de uso, las modificaciones y la seguridad.

Suministro de los materiales objeto de la licencia y acceso a ellos

Es importante ser lo más preciso posible en cuanto a la fecha de entrega de los materiales objeto de la licencia, la periodicidad de las entregas, el formato y el soporte de los materiales. No hace falta decir que el soporte tiene que ser accesible para la biblioteca y utilizable por ella. Con el fin de evitar cualquier peligro de litigio posterior, la licencia debe explicar claramente los detalles del soporte. Si los materiales no son suministrados a tiempo el editor tendrá en general 30 días para remediar su falta (Véase Finalización). Se recomienda fijar los detalles en un anexo, y no en las cláusulas generales del contrato.

Si deseáis recibir la copia electrónica antes que la copia en papel o simultáneamente a ella, se debe insertar a tal efecto una cláusula en la licencia. En el caso de que una parte de los materiales objeto de la licencia se retiren o dejen de existir, sería justo prever una cláusula según la cual la biblioteca puede pedir al editor la devolución de la parte proporcional de la tarifa correspondiente al material retirado o al que se ha dejado de publicar.

En esta sección, encontraréis también cláusulas relativas al acceso a los materiales objeto de la licencia, tales como el suministro de códigos de acceso o la necesidad de que el servidor del editor tenga una capacidad y una anchura de banda suficientes para satisfacer las necesidades de las bibliotecas, etc.

Tarifa de la licencia

La tarifa de la licencia se puede incluir en una cláusula del contrato o en un anexo. Verificad que la tarifa comprenda todos los servicios y productos suministrados por el editor y que incluyan todos los impuestos de ventas, uso u otras tasas similares, para evitar que ningún otro coste enmascarado se facture ulteriormente. Las cláusulas deben indicar cuando debe efectuarse el pago y, en caso de que éste se haga a plazos, también deben señalar la frecuencia e importe de cada pago.

Obligaciones de la biblioteca

Esta sección tiene gran importancia para los editores. Se encuentran en ella cláusulas por las que la biblioteca se compromete a que sus usuarios o ella misma no atenten contra los derechos de autor u otro derecho de propiedad, como por ejemplo, modificando, adaptando, transformando, traduciendo o creando obras derivadas de los documentos objeto de licencia o de parte de ellos.

La biblioteca se compromete aquí, también a usar y a que sus usuarios utilicen los materiales objeto de licencia de acuerdo con los términos y condiciones fijadas en ella. Las bibliotecas deben estar atentas a las cláusulas que les exigen una responsabilidad demasiado grande respecto a acciones no conformes con las disposiciones de la licencia, por ejemplo, aquellas que no puede controlar directamente. En la hipótesis de una infracción, parece razonable pedir que la biblioteca informe al editor de cualquier infracción que perciba y ofrecerle su cooperación para evitar cualquier otro abuso. Aunque no se debe considerar a la biblioteca responsable de una infracción cometida por un usuario autorizado, es normal que la biblioteca sea responsable si ha hecho la vista gorda o ha alentado la continuación de la infracción después de haber sido avisada por el editor.

Garantías e indemnizaciones

La garantía crucial para las bibliotecas es aquella que declara que el editor es el titular de los derechos de propiedad intelectual de los materiales objeto de licencia y que puede conceder la licencia. Si una licencia no contiene tal cláusula de garantía o contiene una cláusula de garantía ambigua, la biblioteca puede encontrarse en una situación que la obligue a pagar dos veces: una al editor y otra a la persona que se declare titular de los derechos de propiedad intelectual en lugar del editor. Se trata la mayoría de las veces del autor.

Una garantía ambigua es la que indica que el editor es “según su conocimiento” el titular del derecho de autor. Los términos “según su conocimiento” implican una pesada carga para la biblioteca. ¿Cómo puede saber la biblioteca que es lo que el editor conoce? El hecho de que el editor crea honestamente pero inoperantemente que podía conceder la licencia, no aporta más que un pequeño consuelo a la biblioteca que debe enfrentarse a la reclamación de compensación del autor ofendido. Es por lo que es tan importante que la garantía esté clara. No compraríais un coche a una persona que no está dispuesta a decirnos que es la propietaria del coche que vende.

Además, es también importante que la biblioteca obtenga del editor la seguridad de que conservará los derechos de autor mientras dure el contrato. La biblioteca tiene que saber que el editor que concede la licencia tiene autoridad para hacerlo durante el tiempo que el contrato está vigente; si no, se verá en la obligación de adquirir una nueva licencia a un nuevo propietario.

Los editores han hecho saber que esto no era realista a causa de las fusiones y de las compras frecuentes en este sector. Tal argumento no tiene en cuenta la situación de los derechos de propiedad intelectual en el caso de tales transacciones.

En el caso de fusión, el concesionario original /editor funde su empresa con otra para formar una nueva entidad compuesta. Los derechos de propiedad intelectual retenidos por el editor no se pierden (y por consecuencia la garantía no desaparece) dado que los derechos son retenidos por la nueva entidad compuesta que se hace cargo de los contratos existentes en lugar del editor original.

En el caso de absorción, por el contrario, no hay cambio de concesionario de la garantía (solamente de titularidad del editor) y por consiguiente no habrá transferencia de derechos de propiedad intelectual (y no de ruptura). Los derechos permanecen con el concesionario original.

La cláusula de garantía incluye el compromiso de una indemnización. Este compromiso es el acuerdo de una de las partes de compensar a la otra por las pérdidas y los gastos causados por el incumplimiento del contrato. El compromiso de indemnización más importante para la biblioteca es que la protege de las demandas de terceros por los derechos de propiedad intelectual, objeto de la licencia. La cláusula de indemnización se debería redactar de forma que cubriese las pérdidas, los daños, los costes, las reclamaciones y gastos habidos. La indemnización no debería limitarse a cubrir, por ejemplo, solamente los costes de la licencia.

Las peticiones potenciales de indemnización por violación de los derechos de propiedad intelectual y los costes de defensa contra las reclamaciones pueden ser muy superiores a la cantidad pagada por la biblioteca originalmente por el ejercicio de estos derechos.

Un ejemplo de cláusulas de garantía e indemnización:

“El editor garantiza a la biblioteca que dispone de plenos derechos y que puede conceder una licencia y que la utilización por la biblioteca de los materiales objeto de la licencia conforme a los términos del presente contrato, no violará los derechos de terceros. El editor se compromete a indemnizar a la biblioteca de todas las pérdidas, daños, costes, reclamaciones de indemnización y gastos unidos a la infracción pretendida o verdadera. Esta indemnización no se extinguirá al final del contrato de licencia cualquiera que sea la razón de la finalización. La indemnización no se aplicará si la biblioteca ha modificado los materiales concedidos de una forma no autorizada por la licencia ”.

Fuerza mayor

La fuerza mayor es una situación fuera de control por las partes, tales como la guerra, las huelgas, las inundaciones, las averías de electricidad, la destrucción de las redes, etc., que las partes no podían prever y que impide la ejecución del contrato. La mayor parte de las licencias contienen cláusulas que estipulan que el incumplimiento por una de las partes de sus obligaciones contenidas en el contrato debido a una causa de fuerza mayor será excusada y la falta de ejecución en estas circunstancias no se considerará ruptura de contrato.

Traspasos y subcontratos

Un traspaso permite a una de las partes liberarse de las obligaciones contractuales y transferirlas a la entidad beneficiaria del traspaso. En la mayoría de los sistemas jurídicos, los contratos comerciales no son fácilmente traspasables. La jurisprudencia relativa al traspaso del contrato es compleja y no siempre precisa. El subcontrato está a menudo autorizado por el derecho, pues el contratante original sigue siendo el responsable de la ejecución por el subcontratante. En la mayoría de las licencias, encontraréis la cláusula siguiente:

“Esta licencia no puede ser concedida a ninguna otra persona física o jurídica ni ninguna de las partes puede subcontratar alguna de las obligaciones aquí expuestas sin el consentimiento previo y por escrito de la otra parte cuyo consentimiento no debería negar por motivos no razonables”

Cuando un grupo de bibliotecas quiere crear un consorcio con un intermediario (bien una nueva entidad, bien una ya constituida), a quien subcontratarán determinadas tareas, tienen que asegurarse de que el editor dé su acuerdo por escrito. Lo más fácil sería incluir una mención de esta “autorización” en el cuerpo de la licencia.

Tal cláusula podría formularse de la forma siguiente:

“Nada en este contrato prohibirá a la biblioteca cumplir sus obligaciones mediante un agente.”

El significado del término “agente” se debe precisar en la lista de definiciones. La definición del “agente” no debe ser demasiado específica, con el fin de dejar un cierto margen de maniobras a la biblioteca en vista a cambios posteriores.

Solución de litigios

Hay diferentes maneras de resolver un litigio: por los tribunales, por un arbitraje o por un experto.

Litigio

Ni una cláusula sobre el arbitraje, ni una cláusula sobre examen pericial excluyen la necesidad de una cláusula sobre el derecho especificando el sistema legal que regirá el contrato y su ejecución así como su interpretación y una cláusula que prevea la jurisdicción competente en caso de un proceso.

Un litigio ante los tribunales nacionales es adecuado para los desacuerdos que se refieren tanto a hechos como puntos de derecho. El juez es pagado por el Estado. El litigio puede ser iniciada por una de las partes y no necesita el consentimiento de la otra. La decisión del tribunal tiene fuerza de obligación en todos los casos y existe, generalmente un procedimiento de apelación.

Arbitraje

El arbitraje es una manera de solucionar un litigio por un árbitro contratado por las partes, no designado por el Estado. Los honorarios del árbitro se los suelen repartir las partes. Este procedimiento es más privado y menos formal que el litigio ante los tribunales, aunque se formaliza progresivamente. La sentencia arbitral tiene fuerza de obligación para las partes y puede ser ejecutada por un tribunal

Informe

pericial

El recurso a un experto es un procedimiento informal, en el que las dos partes acuerdan, por un contrato, encomendar la disputa sobre un hecho a un experto designado por ellas para que dicte su resolución. No se trata de un procedimiento adecuado para la resolución de diferencias en las que deban examinarse minuciosamente aspectos legales. Los honorarios del experto, en general, se los reparten las partes. La decisión del experto tiene fuerza de obligación para las dos partes y los tribunales pueden hacerla ejecutar. No hay posibilidad de apelación, salvo en caso de fraude absoluto o de error manifiesto.

Anexos

Los anexos se incluyen en el contrato, con el fin de que el contrato no se diluya o oscurezca por la abundancia de detalles. Los anexos contienen en general las cláusulas más detalladas de la licencia y pueden ser utilizados para incluir las especificaciones largas y técnicas o los organigramas. Los anexos son una parte substancial del contrato. Debería haber una cláusula específica, en el cuerpo del contrato, relativa a los anexos. En general, en las licencias, los anexos comprenden la lista de materiales objeto de la licencia, las fechas de entrega, el formato y el soporte de la entrega y una lista de los lugares en que los materiales mencionados se pueden utilizar.

Encontraréis generalmente anexos después de las cláusulas principales, y antes de las firmas de la biblioteca y del editor.

CLÁUSULAS A EVITAR

Cláusulas con los términos “razonable” y “todo su empeño”

En la Unión Europea coexisten los países de tradición de derecho civil (derecho romano) y de “common law” (derecho consuetudinario y jurisprudencia). La distinción entre conceptos de derecho civil y de “common law” se encuentra incluso entre diferentes estados en Estados Unidos. Por ejemplo, el derecho del Estado de Louisiana es predominantemente derecho civil y el derecho del Estado de Washington se rige por el “common law”. Esta distinción es muy importante para la interpretación de ciertas cláusulas de una licencia, especialmente para los términos “esfuerzo razonable ” y “todo su empeño”.

Los términos “razonable” y “todo su empeño” son ambiguos. Por regla general, la duda sobre el significado de un término vital en un contrato hará que la cláusula sea inaplicable. Los tribunales de “common law”, especialmente en el Reino Unido, están poco predispuestos a tratar de adivinar lo que abarca la noción de “razonable”. Los precios, las cantidades, la duración, las obligaciones, y la ejecución son términos para los que la precisión es vital.

La intención aparente y la precisión sobre el significado de los términos se rigen también por el derecho civil, pero son menos significativos. Los tribunales darán un efecto al significado que las partes habrían podido o habrían debido atribuir a lo que han acordado y a lo que habrían podido, razonablemente, esperar en contrapartida de la otra parte

De forma general, se aconseja evitar los términos mal definidos o vagos, tales como “razonable” o “todo su empeño”. Deberían modificarse o reemplazarse por términos y condiciones claros y no ambiguos. Es preferible desde el principio ser totalmente claro respecto al contenido de las obligaciones, y no ocasionar gastos haciendo que un juez interprete el contrato para ver si una actuación específica era razonable o no.

Cláusulas de no cancelación

Cada vez más los bibliotecarios tienen tendencia a dar prioridad a la adquisición de recursos en forma digital. Las cláusulas de no rescisión en las licencias, tienen como objetivo:

- Impedir que los bibliotecarios cancelen sus suscripciones en papel,
- Hacer solamente la suscripción de la versión electrónica,
- Fijar un límite mínimo de publicaciones periódicas objeto de suscripción o de licencia.

Tal práctica refleja un uso abusivo de la posición dominante del editor y no debería ser aceptada y debería suprimirse de la licencia.

Cláusulas de no divulgación

Estas cláusulas de confidencialidad prohíben a las bibliotecas dar información sobre los precios, la utilización y sobre otros términos y condiciones de la licencia.

En el caso de un consorcio en particular, tales cláusulas constituyen una petición descabellada. Los editores deberían permitir que los bibliotecarios hicieran un seguimiento de la utilización, recogiesen información de gestión necesarias para el desarrollo de la colección, y compartiesen esta información con otros profesionales. Ni que decir tiene que la compilación de los datos relativos a la utilización debe estar conforme a la legislación en vigor sobre la intimidad. Sin embargo, se debe tener en cuenta que hay casos en que compartir ciertas informaciones puede perjudicar a las actividades del editor de forma substancial. Por esta razón es importante definir en la licencia qué informaciones exigen confidencialidad y cuáles se pueden divulgar libremente.

Cláusulas que comportan duración ambigua

Es importante precisar cada período en el contrato. Hay que evitar en los contratos las referencias vagas a los días, meses y años. Una semana puede significar 7 días o 5 días laborables. Un año puede significar cualquier período consecutivo de 12 meses o el fin del año en curso. Una manera sencilla de evitar esto es definir, en la lista de definiciones, lo que se entiende por día, mes, semana y año.

PUNTOS A VERIFICAR

No hay que firmar una licencia que:

- no esté regulada por el derecho y la jurisdicción del país en el que se halla vuestra institución
- no reconozca los derechos de uso permitidos por la ley sobre los derechos de autor
- no conceda un acceso perpetuo a los documentos objeto de licencia
- no prevea una garantía sobre los derechos de propiedad intelectual y una cláusula de indemnización para casos de posibles demandas
- haga responsable a la biblioteca de cualquier violación de derechos de autor por un usuario autorizado
- lleve una cláusula de no cancelación
- lleve una cláusula de no divulgación
- lleve cláusulas con los términos "razonable" y "todo su empeño"
- no indique la totalidad de la tarifa

RECURSOS Y LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Documentos útiles sobre licencias:

Dutch/German Licensing Principles, 1997

URL: <http://cwis.kub.nl/~dbi/english/license/licprinc.htm> [not functioning, 22/07/2003]

Evaluation and recommendations on contracts and licences by Emanuella Giavarra, 2000 (TECUP project report D4.5)

URL: http://gdz.sub.uni-goettingen.de/tecup/d4-5_1fv.pdf [consulted, 22/07/2003]

Guidelines for negotiations by libraries with rightsholders by Emanuella Giavarra, 2001 (TECUP project report D6.5)

URL: http://gdz.sub.uni-goettingen.de/tecup/d6-5_4fv.pdf [consulted, 22/07/2003]

IFLA Licensing Principles 2001

URL: <http://www.ifla.org/V/ebpb/copy.htm> [consulted, 22/07/2003]

Statement of Current Perspective and Preferred Practices for the Selection and Purchase of Electronic Information of the International Coalition of Library Consortia, 1998.

URL: <http://www.library.yale.edu/consortia/statement.html> [consulted, 22/07/2003]

TECUP Memorandum of understanding 2001 (TECUP project report D6.4)

URL: <http://gdz.sub.uni-goettingen.de/tecup/mou.pdf> [consulted, 22/07/2003]

Towards consensus on the Electronic Use of Publications in Libraries: strategy issues and recommendations by Professor Thomas Dreier, 2001

URL: <http://gdz.sub.uni-goettingen.de/tecup/towacons.pdf> [consulted, 22/07/2003]

Licencias modelo:

UK Model NESLI Site Licence

URL: <http://www.nesli.ac.uk/nesli-licence.html> [not functioning, 22/07/2003]

Modelo de licencias normalizadas para uso de editores, bibliotecarios y agentes de suscripción para recursos electrónicos preparada por John Cox Associates

URL: <http://www.licensingmodels.com> [consulted, 22/07/2003]

Modelo de licencias CLIR/DLF – Liblicense Standard Licensing Agreement

URL: <http://www.library.yale.edu/~llicense/modlic.shtml> [consulted, 22/07/2003]

URL: European mirror site: <http://mirrored.ukoln.ac.uk/lib-license/modlic.shtml> [consulted, 22/07/2003]

CONCLUSIÓN

La negociación únicamente del precio de la licencia no es suficiente. Espero que esta guía os ayude cuando negociéis una licencia. La toma de conciencia de estos obstáculos y de las dificultades que pueden surgir os permitirá negociar mejor las licencias para vuestra institución. La bibliografía sugiere lecturas complementarias. Sin embargo, siempre se debería consultar a un abogado antes de firmar la licencia.

Buena suerte.

Emanuella Giavarra, LLM
Bufete del Prof. Mark Watson-Gandy

Londres, septiembre de 2001.

© Comisión Europea, Luxemburgo y EBLIDA. Holanda.