

Novática, revista fundada en 1975 y decana de la prensa informática española, es el órgano oficial de expresión y formación continua de ATI (Asociación de Técnicos de Informática), organización que edita también la revista REICIS (Revista Española de Innovación, Calidad e Ingeniería del Software). *Novática* edita asimismo UPGRADE, revista digital de CEPIS (Council of European Professional Informatics Societies), en lengua inglesa, y es miembro fundador de UPENET (UPGRADE European Network).

<<http://www.ati.es/novatica/>>
 <<http://www.ati.es/reicis/>>
 <<http://www.upgrade-cepis.org/>>

ATI es miembro fundador de CEPIS (Council of European Professional Informatics Societies) y es representante de España en IFIP (International Federation for Information Processing); tiene un acuerdo de colaboración con ACM (Association for Computing Machinery), así como acuerdos de vinculación o colaboración con AdasSpain, AIZ, ASTIC, Hispalinux (junto a la que participa en ProInnova) y RITS.

Consejo Editorial

Antoni Carbonell Noguera, Juan Manuel Cueva Lovelle, Juan Antonio Esteban Iriarte, Francisco López Crespo, Julián Marcelo Cocho, Celestino Martín Alonso, Josep Molis / Bertrán, Olga Pallás Codina, Fernando Plera Gómez (Presidente del Consejo), Ramón Puigjaner Trepal, Miguel Sarrías Grinó, Asunción Yturbe Herranz

Coordinación Editorial

Rafael Fernández Calvo <rfoalvo@ati.es>

Composición y autoedición

Jorge López Gil de Ramales

Traducciones

Grupo de Lengua e Informática de ATI <<http://www.ati.es/gl/lengua-informatica/>>, Dpto. de Sistemas Informáticos - Escuela Superior Politécnica - Universidad Europea de Madrid

Administración

Tomás Brunete, María José Fernández, Enric Camarero, Felicidad López

Secciones Técnicas - Coordinadores

Acceso y recuperación de información
 José María Gómez Hidalgo (Universidad Europea de Madrid) <jmgomez@uem.es>
 Manuel J. Maña López (Universidad de Huelva) <manuel.mana@desia.uhu.es>

Administración Pública electrónica

Gumersindo García Arribas, Francisco López Crespo (MAP)
 <gumersindo.garcia@map.es>, <flc@ati.es>

Arquitecturas

Enrique F. Torres Moreno (Universidad de Zaragoza) <enrique.torres@unizar.es>
 Jordi Tubella Moragas (DAC-UPC) <jordi@ac.upc.es>

Auditoría SITIC

Marina Tourino Troitino, Manuel Palao García-Suelto (ASIA)
 <marinatourino@marinatourino.com>, <manuel@palao.com>

Derecho y tecnologías

Isabel Herrando Collazos (Fac. Derecho de Donostia, UPV) <iherrando@legalek.net>
 Elena Davara Fernández de Marcos (Davara & Davara) <edavara@davara.com>

Enseñanza Universitaria de la Informática

Joaquín Epeleitz Mateo (UPV-EHU) <ezpeleita@posta.unizar.es>
 Cristóbal Pareja Flores (DSIP-UCM) <cpareja@sisp.ucm.es>

Entorno digital personal

Alonso Álvarez García (TID) <alonso@ati.es>
 Diego Gachet Páez (Universidad Europea de Madrid) <gachet@uem.es>

Gestión del Conocimiento

Joan Baiget Solé (Cap Gemini Ernst & Young) <joan.baiget@ati.es>

Informática y Filosofía

José Corco Juvinyà (UOC) <jcorco@unica.edu>
 Esperanza Marcos Martínez (ESCET-URJC) <cuca@escet.urjc.es>

Informática Gráfica

Miguel Chover Saltes (Universitat Jaume I de Castellón) <chover@lsi.uji.es>
 Roberto Vivo Hernández (Eurographics, sección española) <rvido@dsic.upv.es>

Ingeniería del Software

Javier Dolado Cosin (DLSI-UPV) <dolado@si.ehu.es>
 Luis Fernández Sanz (FRIS-El-UEM) <lufern@dpis.es>

Inteligencia Artificial

Federico Barber Sanchis, Vicente Botti Navarro (DSIC-UPV)
 <ybothi_fbarber@dsic.upv.es>

Interacción Persona-Computador

Julio Abascal González (FI-UPV) <julio@si.ehu.es>
 Jesús Lorés Vidal (Univ. de Lleida) <jesus@eup.udl.es>

Lengua e Informática

M. del Carmen Ugarte García (IBM) <cugarte@ati.es>

Lenguajes Informáticos

Andrés Marín López (Univ. Carlos III) <amarin@it.uc3m.es>
 J. Ángel Velázquez Iturbide (ESCET-URJC) <a.velazquez@escet.urjc.es>

Lingüística computacional

Xavier Gómez Guinovart (Univ. de Vigo) <xgg@uvigo.es>
 Manuel Palomar (Univ. de Alicante) <mpalomar@disi.ua.es>

Mundo estudiantil

Federico G. Mon Troiti (RITS) <gnu.fede@gmail.com>
 Adolfo Vázquez Rodríguez (Rama de Estudiantes del IEEE-UEM) <a.vazquez@ieee.org>

Profesión Informática

Rafael Fernández Calvo (ATI) <rfoalvo@ati.es>
 Miguel Sarrías Grinó (Ayto. de Barcelona) <msarries@ati.es>

Redes y servicios telemáticos

José Luis Marzo Lázaro (Univ. de Girona), <joseluis.marzo@udg.es>
 Josep Solé Pareta (DAC-UPC) <pareta@ac.upc.es>

Seguridad

Javier Arellito Bertolín (Univ. de Deusto) <jarellito@eside.deusto.es>
 Javier López Muñoz (ETSI Informática-UMA) <jlm@cc.uma.es>

Sistemas de Tiempo Real

Alejandro Alonso Muñoz, Juan Antonio de la Puente Alfaro (DIT-UPM)
 <[@dit.upm.es](mailto:zalonso.igiente)>

Software Libre

Jesús M. González Barahona, Pedro de las Heras Quirós (DSIC-URJC) <jgb.pheras@gsyc.escet.urjc.es>

Tecnología de Objetos

Jesús García Molina (DIS-UM) <jmolina@correo.um.es>
 Gustavo Rossi (LIFIA-UNLP, Argentina) <gsol@sol.info.unlp.edu.ar>

Tecnologías para la Educación

Juan Manuel Dósero Barado (UC3M) <ddoser@inf.uc3m.es>
 Juliá Mingullón / Alfonso (UOC) <jmingullona@uoc.edu>

Tecnologías y Empresa

Didac López Bullifull (Universitat de Girona) <didac.lopez@ati.es>
 Francisco Javier Cantais Sánchez (Indra Sistemas) <fjcantais@gmail.com>

TIC para la Sanidad

Valentín Masero Vargas (DI-UNEX) <vmasero@unex.es>

TIC y Turismo

Andrés Aguayo Maldonado, Antonio Guevara Plaza (Univ. de Málaga)
 <aguayo_guevara@lcc.uma.es>

Las opiniones expresadas por los autores son responsabilidad exclusiva de los mismos. *Novática* permite la reproducción, sin ánimo de lucro, de todos los artículos, a menos que lo impida la modalidad de © o *copyright* elegida por el autor, debiéndose en todo caso citar su procedencia y enviar a *Novática* un ejemplar de la publicación.

Coordinación Editorial, Redacción Central y Redacción ATI Madrid
 Padilla 66, 3º dcha., 28006 Madrid
 Tfn. 91 402 93 91 - fax 91 309 36 85 - novatica@ati.es
Composición, Edición y Redacción ATI Valencia
 Av. del Reino de Valencia 23, 46005 Valencia
 Tfn. fax 96 330 39 92 - secretaria@ati.es
Administración y Redacción ATI Cataluña
 Via Laietana, 46 ppal, 1º, 08003 Barcelona
 Tfn. 93 41 25 235 - fax 93 41 27 713 - secretgen@ati.es
Redacción ATI Andalucía
 Isaac Newton, s/n, Ed. Sadiel,
 Isla Cartuja 41092 Sevilla, Tfn./fax 95 446 07 79 - secretand@ati.es
Redacción ATI Aragón
 Logroña 3, 3º B, 50010 Zaragoza
 Tfn./fax 97 62 35 181 - secretara@ati.es
Redacción ATI Asturias-Cantabria <gp-astucant@ati.es>
Redacción ATI Castilla-La Mancha <gp-clmancha@ati.es>
Suscripción y Ventas
 <<http://www.ati.es/novatica/interes.html>>, o en ATI Cataluña o ATI Madrid
Publicidad
 Padilla 66, 3º dcha., 28006 Madrid
 Tfn. 91 402 93 91 - fax 91 309 36 85 - novatica.publicidad@ati.es
Imprenta
 Diers S.A., Juan de Austria 66, 08005 Barcelona
 Depósito legal: B 15.154-1975 - ISSN: 0211-2124; CODEN NOVACE
Pertada: Antonio Crespo Foix / © ATI 2006
Diseño: Fernando Agresta / © ATI 2006

editorial

Relevo en la Coordinación Editorial de *Novática*
Premios ATI XL aniversario y I Premio *Novática* > 02

en resumen

Hasta siempre > 03

Rafael Fernández Calvo

noticias de IFIP y de CEPIS

IFIP recibe el Premio ATI XL aniversario (y otras novedades) > 04

monografía

Las Licencias de Software Libre y su contexto

(En colaboración con UPGRADE)

Editores invitados: *Luis Fajardo López, Jean-Baptiste Soufiron*

Presentación. El amplio mundo de las Licencias de Software Libre > 05

Luis Fajardo López

La protección jurídica de los programas de ordenador en el Derecho Español > 09

Javier Plaza Penadés

Fundamentos ideológicos y efectos reales del modelo vigente de

propiedad intelectual

> 12

Eduardo Melero Alonso

El marco legal de las licencias de programas de ordenador:

¿tiene límites la voluntad del licenciador?

> 16

Luis Fajardo López

Reflexiones jurídicas sobre las licencias 'libres' de programas de ordenador

en el ámbito de la Administración Pública

> 21

Luis Fajardo Spinola, Luis Fajardo López

Software libre en Extremadura, historia de unas buenas razones

> 24

Luis Millán Vázquez de Miguel

Creative Commons: licencias de contenido abierto para regular trabajos creativos

> 28

Melanie Dulong de Rosnay

Las publicaciones científicas: el papel de los Estados en la era de las TIC

> 31

Roberto Di Cosmo

secciones técnicas

Ingeniería del Software

Claves para comprender el grado de madurez en que se encuentra la

profesión de la Ingeniería del Software en España

> 41

Ricardo Colomo Palacios, Edmundo Tovar Caro

Internet

Herramientas de autor para la Web Semántica

Miguel Ángel Corella Montoya, José Antonio Macías Iglesias

Impulsando la creación de metadatos mediante anotación en la Web Semántica

Siegfried Handschuh

Tecnología de Objetos

Evaluación comparativa de herramientas CASE para UML desde el

punto de vista notacional

> 59

Gonzalo Génova Fuster, José Miguel Fuentes Torres, María Cruz Valiente Vázquez

Referencias autorizadas

> 65

sociedad de la información

Personal y transferible

Los estándares abiertos, un renovado impulso:

el caso del Formato Abierto de Documentos

> 69

Miguel A. Amutio Gómez

Programar es crear

Subexpresiones (CUPCAM 2005, problema H, enunciado)

Ángel Herranz Nieva, Manuel Carro Liñares

A la caza del tesoro (CUPCAM 2005, problema G, solución)

> 74

Manuel Freire Morán, Alberto Verdejo López

asuntos interiores

Coordinación editorial / Programación de *Novática* / Fé de erratas

> 76

Normas de publicación para autores / Socios Institucionales

> 77

Monografía del próximo número: "El 'Marco de Bolonia' y la Informática"

Luis Fajardo Spínola¹, Luis Fajardo López²

¹Consejero del Consejo Consultivo de Canarias, Profesor Titular de Derecho Administrativo (Universidad de La Laguna); ²Abogado, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Civil (Centro Asociado de la UNED en Tenerife)

<lfajardo@delanzarote.com>, <luis@fajardolopez.com>

Reflexiones jurídicas sobre las licencias 'libres' de programas de ordenador en el ámbito de la Administración Pública



Luis Fajardo Spínola, Luis Fajardo López 2006. Este artículo está acogido a los términos de la licencia "Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 2.5 Spain", <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/>>

1. Introducción

Estás breves reflexiones jurídicas sobre licencias de programas de ordenador y Administraciones Públicas (AA.PP), y más concretamente sobre las licencias llamadas 'libres', deben en primer lugar detectar aquellos ámbitos de actuación de las AA.PP. en los que los programas son objeto de relaciones jurídicas. Múltiples pueden ser los enfoques de esta cuestión, pues diversa resulta la interconexión entre poderes públicos e informática. Las AA.PP., cada vez con más frecuencia, despliegan actividades de oferta de servicios informáticos a los ciudadanos, poniendo a su disposición documentos¹ o programas² sobre soporte electrónico; o bien ponen los recursos informáticos al servicio del procedimiento administrativo³, lo que constituye otro modo de servir de puente entre administrados y Administración.

El acceso de todos los ciudadanos a la Administración electrónica requiere tener en cuenta las diferentes opciones tecnológicas, para no perjudicar a unos frente a otros en el acceso a la información (estandarización de formatos), ni en la participación en los procedimientos y servicios administrativos (programas multiplataforma).

Aquí, sin embargo, nos referiremos sólo a la cuestión del aprovisionamiento por las Administraciones de tales bienes instrumentales (software y hardware) y a la de la incidencia de la informática en la selección del personal administrativo. Por último analizaremos el papel regulador del mercado de las nuevas tecnologías por la Administración, en la línea de estudiar si los principios rectores de su funcionamiento pudieran exigir --o al menos harían posible-- un papel aún más activo de aquella en estas políticas.

No obstante, antes de abordar estas cuestiones procede recordar, si bien sea sumariamente, estos principios básicos a los que debe responder el actuar administrativo, en cualquier sector de actividad, pero particularmente en éste de la utilización de la informática. Incluso en su actuación discrecional, especialmente en ella, las AA.PP. deben respetar los principios que rigen su proceder, y motivar de acuerdo con ellos sus resoluciones. Dicho de otra forma, los actos de las AA.PP. nunca pueden fundarse en el capri-

Resumen: *el propio funcionamiento interno de las Administraciones Públicas (AA.PP.), así como el desarrollo de la llamada Administración electrónica, requiere cada vez más del uso de nuevas tecnologías, y en particular de la informática. Las soluciones técnicas con las que suplir dichas necesidades no pertenecen exclusivamente al ámbito de la ciencia, sino que pueden llegar a afectar a los principios que deben regir la actuación administrativa. De ahí que no todas las soluciones tecnológicas son igualmente aceptables desde criterios de legalidad. El artículo describe los principios que, en opinión de los autores, deben dirigir la actuación de la Administración en lo tocante a la adquisición pública de bienes y servicios informáticos, la relación electrónica con los administrados y el acceso a la función pública, concluyendo que el código fuente de los programas encargados por las AA.PP. debe quedar a su disposición, recomendándose que sea abierto, y debiendo manejar estándares de libre uso en las comunicaciones con los administrados, bajo los principios de neutralidad tecnológica e interoperabilidad. El cumplimiento de estos principios estaría sometido al control de los tribunales.*

Palabras clave: *acceso a la función pública, contratación de bienes y servicios informáticos, disponibilidad del código fuente, estándares abiertos, interoperabilidad, neutralidad tecnológica, principios rectores de la actuación de las Administraciones Públicas.*

Autores

Luis Fajardo Spínola es Doctor en Derecho. Catedrático de Escuela Universitaria y Profesor Titular de Universidad de Derecho Administrativo. Miembro de la Orden del Mérito Constitucional. Ha escrito diversos libros y artículos en revistas especializadas, así como dictámenes, cursos y conferencias en materia de Derecho Urbanístico, contratación pública, régimen local, régimen de las Comunidades Autónomas y otras cuestiones de Derecho Administrativo. Como Diputado de las Cortes Generales durante dieciséis años (1977-1993), intervino en los debates para la aprobación de la Constitución Española, y también como ponente de Leyes como la de Régimen Local, Haciendas Locales, Costas, Régimen del Suelo, Estatuto de Autonomía de Canarias y otras. Presidió las Comisiones de Administraciones públicas y de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados. Presidió la Comisión de Medio Ambiente de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Diputado del Parlamento de Canarias de 1995 a 2002. Actualmente es Consejero del Consejo Consultivo de Canarias.

Luis Fajardo López es Doctor en Derecho en la especialidad de Derecho Civil (a la que pertenecen las normas sobre propiedad intelectual) por la Universidad Autónoma de Madrid. Ha sido Profesor Asociado de las Universidades Autónoma de Madrid y de la Universidad de Gerona (acreditado ANECA en las modalidades de Profesor Ayudante Doctor y Profesor Colaborador). Ha impartido múltiples conferencias sobre derecho de las nuevas tecnologías en diversas Universidades y otros foros, siendo pionero en el uso de tecnologías de la información en la educación universitaria. Fue llamado por el Senado para asesorar en relación con la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. Fue responsable de redes de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid durante los años de creación de la infraestructura de red de la UAM, y es buen conocedor del sistema operativo GNU/Linux. Por tres años judiciales ha sido Juez sustituto. En la actualidad es abogado, dedicado principalmente a nuevas tecnologías. Más información en <<http://fajardolopez.com/cv/LuisFajardo>>.

cho de quien los dicta, ni en criterios contrarios a los legalmente preestablecidos.

2. Principios legales básicos

Pero, ¿cuáles son estos principios legalmente preestablecidos?, ¿en qué normas se encuentran? La Constitución española consagra el Estado de Derecho (art. 1), lo que en el ámbito que analizamos supone que la Administración está sujeta "a la Constitu-

ción y al resto del ordenamiento jurídico" (art. 9.1), garantizando entre otros "el principio de legalidad, la jerarquía formativa" y "y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" (art. 9.3). Más en particular, corresponde a la Administración una actitud proactiva en la labor de "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los

obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social' (art. 9.2); en definitiva, las AA.PP. sirven con *objetividad* los *intereses generales* (103.1 CE). En esta línea, la Constitución establece toda una batería de líneas de actuación; de entre ellos cabría destacar los siguientes mandatos a los poderes públicos: "*promoverán y tutelarán el acceso a la cultura ... promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general*" (art. 44); "*garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran*" (art. 46); "*promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural*" (art. 48); "*realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*" (art. 49); "*garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*", "*promoverán [su] información y [...] educación*", para lo cual "*la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales*" (art. 51); además, responderán en su actuar al principio de igualdad y no discriminación (art. 14), o el de respeto a la intimidad personal, y el secreto de las comunicaciones, para lo cual "*la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*" (art. 18), al considerarlos como derechos fundamentales del ciudadano. Lo es también el derecho "*a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales*" para garantizar el ejercicio de los derechos y la protección de los intereses de todas las personas (art. 24).

Pues bien, todos estos principios han de ser tenidos en cuenta por las AA.PP. en lo que se refiera a la una tecnología como la informática, indudablemente beneficiosa para los ciudadanos, pero al tiempo potencialmente limitador de sus derechos básicos. Por lo que nos ocupa, tales principios se positivizan en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre), disponible en http://www.juridicas.com/base_datos/Admin/130-1992.html, así como en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, BOE del 21), disponible en http://www.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg2-2000.html; también, en lo relativo al personal de los entes públicos, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, dis-

ponible en http://juridicas.com/base_datos/Admin/130-1984.html, que, junto a las diversas leyes autonómicas de la función pública y la antigua Ley de Funcionarios civiles del Estado, conforman la normativa básica que regula el acceso a la función pública. Veamos el contenido básico de dichas normas en relación a la contratación de bienes y servicios y al acceso al régimen de provisión de funcionarios.

2.1. Su aplicación a la contratación pública y particularidades del régimen de contratación

No es frecuente que las propias AA.PP. fabriquen los programas y equipos informáticos con destino a servicios de su competencia; por el contrario, lo habitual resulta que acudan al mercado para obtenerlos, a través de la contratación pública de bienes y servicios. La legislación básica de contratos de las AA.PP. prevé la utilización de una u otra figura contractual pública según la naturaleza de la operación puesta en marcha para el aprovisionamiento de bienes informáticos. Así, para la adquisición de equipos, programas de ordenador (software) ya elaborados y existentes en el mercado, o sistemas de tratamiento de la información, y para el mantenimiento de tales equipos (así como de sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y *programas* cuando se contrate conjuntamente con la adquisición o el arrendamiento), habrá de utilizarse la figura del contrato de suministro (art. 172 TRLCAP⁴); en cambio, para convenir la elaboración de programas de encargo y a medida, se aplicará el contrato de servicios (196.3.d. TRLCAP).

Este reparto de las figuras contractuales entre las diferentes operaciones relativas a la informática, no obstante, requiere algunas aclaraciones a sus justos términos, pues de lo contrario funcionarían permitiendo cualquier selección de modalidad contractual con la mera inclusión de algunos equipos o sistemas. Entendemos que la inclusión, también, del mantenimiento de los programas en el epígrafe 3 del artículo 172 se refiere a aquellos necesarios para que el equipo funcione conforme a los usos proyectados en el contrato (así, desde luego, *drivers*, en todo caso); pero también programas de gestión si el aparato adquirido lo precisa para el uso para el que fue adquirido (así, por ejemplo, el programa de gestión de una centralita telefónica, cuando software y hardware se vendan conjuntamente).

Por lo que se refiere a la adquisición de programas a medida, una vez que se realiza la obra o servicio los programas confeccionados pueden seguir siendo utilizados por la Administración: "*serán de libre utilización por la misma*" (196.3.d. TRLCAP). La lógica más elemental indica que las AA.PP. no

pueden financiar el desarrollo de un producto para posteriormente tener que pagar por su uso. Otra cosa sería si se pacta directamente el pago por uso, pero entonces no estaremos ante un contrato de adquisición de programas a medida. Siendo así que el programa a medida se adquiere por la Administración ¿adquirirá también los derechos de explotación sobre el mismo? ¿se extenderá la adquisición al código fuente de la aplicación? Entendemos que cabrá pacto sobre ambas cuestiones; pero si éste no existe, las AA.PP. adquirirán el derecho de uso del programa, con la posibilidad de adaptarlo en el futuro. Una correcta lectura del artículo que analizamos implica la entrega a la Administración del código fuente del programa elaborado a medida. En algunos casos deberá incluso considerarse autor del programa a la Administración: así por ejemplo cuando (como establece el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, LPI, <http://inicia.es/de/tip/LPI.doc>) sea elaborado el programa por personal (asalariado) a su servicio (artículo 97.4 LPI), o cuando ésta edite y distribuya el programa encargado a un tercero (art. 97.2 LPI)⁵. En otros supuestos la Administración no será considerada autora, ni tendrá derechos de explotación comercial de la obra. Lo que sí ostentará en todo caso serán los derechos necesarios para su propio uso interno (actual y futuro) del programa⁶. De no ser así se daría la paradoja de que la Administración pagaría el desarrollo del programa, pero no podría destinarlo a otros usos no pactados inicialmente, habiendo además realizado una financiación encubierta frente a otras empresas que realicen productos similares, pues el producto realizado podría competir libremente en el mercado.

Con todo, lo más peligroso de esta extendida interpretación es la no disponibilidad del código fuente por la Administración, a pesar de haber encargado el producto, lo que la obliga a empezar de cero cada vez que quiera una adaptación o mejora del mismo, o a seguir contratando siempre a la misma empresa o proveedor, con la consiguiente limitación de la libre competencia y concurrencia en las licitaciones públicas. En este sentido, resulta insuficiente el artículo 196.3.d) TRLCAP, pues se limita a disponer que estos programas a medida "*serán de libre utilización por la [Administración]*", pero sin entrar a regular el ámbito de tal disponibilidad (incluyendo la que se extendería también a los códigos fuente). Por todo ello consideramos que una interpretación coherente con los principios que rigen la contratación administrativa exigen considerar que el código fuente de los programas encargados a medida debe quedar a disposición de la Administración, salvo pacto en contrario.

La disponibilidad sobre el código fuente resulta especialmente necesaria para las AA.PP. al utilizar recursos informáticos, ya que éstas están llamadas a velar, con una intensidad y rigor mayor que los particulares, por derechos como el de secreto de las comunicaciones, o a garantizar la privacidad, especialmente en relación a la información especialmente protegida según la califica la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (LOPD, <<http://www.proteccion-datos.com.es/ley.htm>>). Resulta que los datos que manejan las AA.PP. son, en mayor o menor grado, de los considerados como merecedores de un nivel de protección alto. Como quiera que auditar y garantizar la estanqueidad, la seguridad, el mantenimiento de dichos datos en el ámbito en el que son necesarios para cumplir su cometido resulta difícil si los programas que tratan dichos datos no son transparentes (dicho de otra forma, si no se dispone de su código fuente), el hecho de disponer de éste es más importante cuanto más sensibles son los datos manejados. Si además de la privacidad, se considera para una concreta situación la necesidad de secreto en atención a la naturaleza de la gestión administrativa (Policía, actividad instructora de la Administración de Justicia, Política exterior, Defensa,... y un largo etcétera), el principio de eficacia viene a subrayar la exigencia de dicha transparencia funcional. Por todo ello, puede concluirse que conocer cómo funciona el software, y poder verificarlo, auditarlo, es, si bien no siempre exigible en el marco jurídico de la legislación sobre contratos públicos, sí al menos altamente recomendable⁷.

El cumplimiento de la anterior recomendación podría facilitarse mediante el depósito del código fuente por parte de las empresas que mantienen el mismo en secreto en el mercado, permitiendo su acceso a técnicos de la Administración, o a terceros auditores elegidos por aquella, que puedan verificar su adecuación a los fines que la Administración debe perseguir. No cabe duda, sin embargo, que mejor aún resulta la auditoría a la que constantemente, y por toda la sociedad (es más, por una comunidad globalizada), son sometidos los programas de código abierto, u *open source*. El código de estos programas es conocido por todos, lo que dota a los mismos de especial transparencia. Como quiera que todos los programas libres, o *free software*⁸, son de código abierto, estos gozan de dicha transparencia. Tales características aconsejan, pues, la utilización de fórmulas de código abierto, o abierto para la Administración (bien con contratos de *escrow*, o encriptación, bien con acceso directo al código), como exigencia fundamental en todas las aplicaciones utilizadas por las Administraciones públicas. Ciertamente el "software libre" respeta estas exigencias, pero debe señalarse que no es el único que

así lo hace. También los programas propietarios pueden alcanzar, mediante las correspondientes garantías jurídicas, o por la revelación del código ("apertura"), las exigencias que en este ámbito de seguridad requieren las AA.PP..

2.2. Su aplicación en el acceso a la función pública y particularidades de este régimen

El otro elemento que precisan los organismos públicos para desarrollar sus competencias es el del personal, funcionario o contratado. Casi todos habrán de contar en mayor o menor medida con conocimientos informáticos para desarrollar sus funciones; y algunos precisarán de una preparación y experiencia específicas en el uso y manejo de sistemas informáticos.

La relación entre la forma de reclutamiento de este personal y la vinculación a una concreta tecnología o marca comercial de los productos informáticos merecerá comentario en esta breve nota.

Constituye un hecho incuestionable que la mayor parte de las pruebas de acceso al empleo público, al establecer las exigencias de nivel de formación y experiencia informática, se refieren con frecuencia a concretas marcas de equipos y programas. Esta práctica casi siempre puede calificarse de contraria a los principios de concurrencia libre y plural que caracteriza la regulación comunitaria y estatal derivada en materia de contratación pública. La consecuencia es gravísima, pues conduce a un auténtico monopolio de esas conocidas marcas en la función pública en España. Los programas de oposiciones deberían aplicar también el criterio de neutralidad tecnológica, si bien será preciso tenerlo también en cuenta en la formación curricular de nuestros técnicos e ingenieros.

3. La neutralidad de las Administraciones Públicas en relación al mercado tecnológico

Finalmente, también habrá de tenerse en cuenta la neutralidad de las AA.PP. en relación con las diferentes ofertas del mercado tecnológico de la informática. Ya desde hace cuatro años, el ordenamiento jurídico comunitario (Directiva 2002/21 CE⁹) exige tal neutralidad a los poderes públicos, recomendando igualmente la adopción y potenciación de estándares que garanticen la interoperabilidad¹⁰. Pues bien, cualquier análisis de la realidad evidencia el no seguimiento de esta exigencia por las AA.PP. españolas. El monopolio comercial en relación con los productos informáticos que utiliza la Administración, no sólo resulta inconveniente desde el punto de vista de la transparencia sobre las enormes bases de datos que genera, sino además constituye una práctica contraria al ordenamiento jurídico comunitario y estatal derivado.

Notas

¹ Así diarios oficiales como <<http://boe.es>>, <<http://www.gobcan.es/boc>>, información municipal como <<http://www.munimadrid.es>>, insular <<http://www.cabtfes.es>>, o de instituciones educativas (<<http://www.eull.es>>, <<http://www.uam.es>>) u organismos autónomos (<<http://www.aena.es>>). Rara es ya la entidad que no suministra información en formato electrónico.

² Como paradigma del mismo se suele citar el programa PADRE, de la AEAT (Agencia Tributaria), de ayuda en la confección de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

³ Así el registro telemático de solicitud de subvenciones, la presentación telemática de declaraciones de impuestos, el acceso telemático a los Registros de la Propiedad y Mercantil, o al Catastro. Es, en definitiva, lo que se conoce como Administración electrónica, de la cual es parangón el recién lanzado Portal 060, <<http://www.060.es>>.

⁴ TRLCAP, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, <http://www.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg2-2000.html>.

⁵ Este artículo reputa autor, cuando se trate de obra colectiva (y lo es casi siempre), a la persona (natural o jurídica) que la edite y divulgue bajo su nombre. Nótese además que el encargo no es contrato de edición (art. 59.2), aunque su naturaleza no queda claramente explicitada en la Ley.

⁶ Tal vez quepa una excepción a la falta de acuerdo cuando no quepa considerar ahora a la Administración según el artículo 97 LPI, para seguir considerando que cabe su uso exclusivo: será cuando las necesidades públicas para las que se encargó el programa se vean frustradas si el programa se difunde fuera de la Administración que lo ha encargado, y dicha circunstancia era conocida por el contratista al tiempo de formalizarse la contratación de los servicios (p. ej. programas que comprometan la seguridad nacional).

⁷ En este sentido se pronuncia el informe del Consejo Superior de Administración Electrónica, denominado Propuesta de Recomendaciones a la Administración General del Estado sobre utilización del software libre y de fuentes abiertas, disponible en <<http://www.csi.map.es/csi/pg5s44.htm>>.

⁸ Evidentemente no usado aquí en el sentido de gratuito, sino en atención a la licencia, a su reutilización, esto es, al concepto que se acostumbra a señalar con la expresión inglesa *copyleft*.

⁹ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DOUE nº 108 de 24 de abril de 2002, págs. 33 a 50, <http://www.csi.map.es/csi/pdf/directiva_2002_21.pdf>.

¹⁰ Así, por citar sólo los más recientes, puede verse la Decisión 2004/387/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de administración electrónica al sector público, las empresas y los ciudadanos (IDABC), <<http://www.csi.map.es/csi/pdf/DecisionIDAbc.pdf>>; y, más recientemente, la Comunicación de la Comisión de 13 de febrero de 2006, (COM (2006) 45 final), <<http://ec.europa.eu/idabc/servlets/Doc?id=24117>>.