

**CIRCULAR 1/2021, DE 20 DE ABRIL, DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

DESTINATARIA/OS: DIRECCIONES DE SERVICIOS O GESTIÓN ECONÓMICA DE LOS DEPARTAMENTOS, DIRECCIONES DE LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS, DIRECCIÓN DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN, DIRECCIÓN DE ATENCIÓN A LA CIUDADANÍA Y SERVICIOS DIGITALES, SERVICIOS COMPETENTES EN MATERIA DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC).

OBJETO: CONTRATOS QUE TENGAN POR FINALIDAD EL DESARROLLO DE NUEVAS APLICACIONES INFORMÁTICAS.

Con fecha 31 de marzo de 2021 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, cuyo artículo único aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

De conformidad con lo establecido en su Disposición final quinta, el citado Real Decreto entró en vigor el día 2 de abril de 2021.

De acuerdo con el artículo 1.1 del Reglamento, *<<Este Reglamento tiene por objeto el desarrollo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en lo referido a la actuación y el funcionamiento electrónico del sector público>>*.

A tenor del artículo 1.2 del Reglamento, *<<El ámbito subjetivo de aplicación es el establecido en el artículo 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y el artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre>>*.

El artículo 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, indica que:

<<1. La presente Ley se aplica al sector público, que comprende:

- a) *La Administración General del Estado.*
- b) *Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.*
- c) *Las Entidades que integran la Administración Local.*
- d) *El sector público institucional.*

2. El sector público institucional se integra por:

- a) *Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.*
- b) *Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.*
- c) *Las Universidades públicas, que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de esta Ley.*

3. *Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2 anterior.*

4. *Las Corporaciones de Derecho Público se regirán por su normativa específica en el ejercicio de las funciones públicas que les hayan sido atribuidas por Ley o delegadas por una Administración Pública, y supletoriamente por la presente Ley>>.*

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, tiene un contenido idéntico al del transcrito artículo 2 de la Ley 39/2015, con la excepción de no incluir el apartado 4.

El artículo 64 del Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (en lo sucesivo RAFSPME) desarrolla las previsiones contenidas en los artículos 157 y 158 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico

del Sector Público. De conformidad con la Disposición final primera del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, el citado artículo 64 tiene carácter básico.

La materia objeto de regulación por los citados artículos 157 y 158 fue tratada por esta Junta Asesora de Contratación Pública mediante la Circular 1/2017, de 6 de noviembre, ante las consultas recibidas en la Secretaría General de esta Junta sobre la naturaleza y procedimiento de las cesiones de licencias de uso y explotación de aplicaciones informáticas de ésta u otras Administraciones.

En la citada Circular se expresaba que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo LCSP) en el apartado 3 del artículo 16 de la Ley de Contratos del Sector Público indica que: *<<En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:*

[...]

b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios>>.

En virtud de ello, se ponía de manifiesto que la contratación de programas informáticos deberá articularse a través de un contrato de suministro, salvo que se trate de programas desarrollados a medida, que deberán seguir las pautas procedimentales y de toda índole de la Ley para el contrato de servicios.

Se añadía que sin embargo, cuando se trate de la cesión, adquisición o uso de sistemas y aplicaciones propiedad de cualquier Administración y por cualquier otra, debe acudirse a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece lo siguiente:

<<Artículo 157. Reutilización de sistemas y aplicaciones de propiedad de la Administración.

1. Las Administraciones pondrán a disposición de cualquiera de ellas que lo solicite las aplicaciones, desarrolladas por sus servicios o que hayan sido objeto de contratación y de cuyos derechos de propiedad intelectual sean titulares, salvo que la información a la que estén asociadas sea objeto de especial protección por una norma. Las Administraciones cedentes y cesionarias podrán acordar la repercusión del coste de adquisición o fabricación de las aplicaciones cedidas.

2. Las aplicaciones a las que se refiere el apartado anterior podrán ser declaradas como de fuentes abiertas, cuando de ello se derive una mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública o se fomente con ello la incorporación de los ciudadanos a la Sociedad de la información.

3. Las Administraciones Públicas, con carácter previo a la adquisición, desarrollo o al mantenimiento a lo largo de todo el ciclo de vida de una aplicación, tanto si se realiza con medios propios o por la contratación de los servicios correspondientes, deberán consultar en el directorio general de aplicaciones, dependiente de la Administración General del Estado, si existen soluciones disponibles para su reutilización, que puedan satisfacer total o parcialmente las necesidades, mejoras o actualizaciones que se pretenden cubrir, y siempre que los requisitos tecnológicos de interoperabilidad y seguridad así lo permitan.

En este directorio constarán tanto las aplicaciones disponibles de la Administración General del Estado como las disponibles en los directorios integrados de aplicaciones del resto de Administraciones.

En el caso de existir una solución disponible para su reutilización total o parcial, las Administraciones Públicas estarán obligadas a su uso, salvo que la decisión de no reutilizarla se justifique en términos de eficiencia conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Artículo 158. Transferencia de tecnología entre Administraciones.

1. Las Administraciones Públicas mantendrán directorios actualizados de aplicaciones para su libre reutilización, de conformidad con lo dispuesto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad. Estos directorios deberán ser plenamente interoperables con el directorio general de la Administración General del Estado, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión.

2. La Administración General del Estado, mantendrá un directorio general de aplicaciones para su reutilización, prestará apoyo para la libre reutilización de aplicaciones e impulsará el desarrollo de aplicaciones, formatos y estándares

comunes en el marco de los esquemas nacionales de interoperabilidad y seguridad>>.

El artículo 64 del RAFSPME desarrolla los artículos de la Ley 40/2015 transcritos y regula la reutilización de sistemas y aplicaciones propiedad de las Administraciones Públicas y la transferencia tecnología entre éstas del siguiente modo:

<<1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 157 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, las Administraciones Públicas pondrán a disposición de cualquiera de ellas que lo solicite las aplicaciones, desarrolladas por sus servicios o que hayan sido objeto de contratación y de cuyos derechos de propiedad intelectual sean titulares, salvo que la información a la que estén asociadas sea objeto de especial protección por estar previsto en una norma. Las Administraciones cedentes y cesionarias podrán acordar la repercusión del coste de adquisición o fabricación de las aplicaciones cedidas.

2. A tal efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 158 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, las Administraciones Públicas mantendrán directorios actualizados de aplicaciones para su libre reutilización en modo producto o en modo servicio, de conformidad con lo dispuesto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad.

Estos directorios deberán ser plenamente interoperables, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, con el Directorio general de aplicaciones de la Administración General del Estado para su libre reutilización previsto en el artículo 17 del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero.

3. Las condiciones de licenciamiento de los sistemas y aplicaciones de las Administraciones públicas y el uso y funcionamiento de los directorios de aplicaciones reutilizables deberán ajustarse a lo previsto en el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero.

4. Las Administraciones públicas procurarán la construcción de aplicaciones reutilizables, bien en modo producto o en modo servicio, con el fin de favorecer las actuaciones de compartir, reutilizar y colaborar, en beneficio de una mejor eficiencia y para atender de forma efectiva las solicitudes recibidas en virtud del artículo 157 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

5. Las Administraciones Públicas, con carácter previo a la adquisición, desarrollo o al mantenimiento a lo largo de todo el ciclo de vida de una aplicación, tanto si se

realiza con medios propios o por la contratación de los servicios correspondientes, deberán consultar en el Directorio general de aplicaciones de la Administración General del Estado para su libre reutilización, si existen soluciones disponibles para su reutilización, que puedan satisfacer total o parcialmente las necesidades, mejoras o actualizaciones que se pretenden cubrir, y siempre que los requisitos tecnológicos de interoperabilidad y seguridad así lo permitan.

Las conclusiones con respecto al resultado de dicha consulta al directorio general se incorporarán en el expediente de contratación y reflejarán, en su caso, que no existen soluciones disponibles para su reutilización que puedan satisfacer total o parcialmente las necesidades, mejoras o actualizaciones que se pretenden cubrir.

En el caso de existir una solución disponible para su reutilización total o parcial, la justificación de la no reutilización se realizará en términos de eficiencia conforme a lo establecido en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera>>.

Ha de resaltarse que a tenor de la Disposición adicional décima del RAFSPME, <<1. De acuerdo con la disposición adicional primera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en la citada ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales>>. Ello es aplicable en materia de contratación pública al existir los procedimientos administrativos regulados por la LCSP.

Mediante su Disposición final segunda, el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el RAFSPME, modifica, entre otros, los artículos 11.3.a), 16 y 17 del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica. De conformidad con la Disposición final primera del Real Decreto 203/2021, dicha Disposición final segunda tiene carácter básico. Los mencionados artículos quedan redactados como sigue:

<<Artículo 11. Estándares aplicables.

[...]

3. Para la selección de estándares, en general y, para el establecimiento del catálogo de estándares, en particular, se atenderá a los siguientes criterios:

a) El uso de las especificaciones técnicas de las TIC en la contratación pública junto con las definiciones de norma y especificación técnica establecidos en el Reglamento n.º 1025/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre normalización europea>>.

<<Artículo 16. Condiciones de licenciamiento aplicables.

1. Las condiciones de licenciamiento de las aplicaciones informáticas, documentación asociada, y cualquier otro objeto de información cuya titularidad de los derechos de la propiedad intelectual sea de una Administración Pública y permita su puesta a disposición de otra Administración y de los ciudadanos tendrán en cuenta los siguientes aspectos:

a) El fin perseguido es el aprovechamiento y la reutilización de recursos públicos.

b) La completa protección contra su apropiación exclusiva o parcial por parte de terceros.

c) La exención de responsabilidad del cedente por el posible mal uso por parte del cesionario.

d) La no obligación de asistencia técnica o de mantenimiento por parte del cedente.

e) La ausencia total de responsabilidad por parte del cedente con respecto al cesionario en caso de errores o mal funcionamiento de la aplicación.

f) El licenciamiento se realizará por defecto sin contraprestación y sin necesidad de establecer convenio alguno. Sólo se podrá acordar la repercusión parcial del coste de adquisición o desarrollo de las aplicaciones cedidas en aquellos casos en los que este pago repercuta directamente en el incremento de funcionalidades del activo cedido, incluya adaptaciones concretas para su uso en el organismo cesionario, o impliquen el suministro de servicios de asistencia o soporte para su reutilización en el organismo cesionario.

2. Las Administraciones Públicas utilizarán para las aplicaciones informáticas, documentación asociada, y cualquier otro objeto de información declarados como de fuentes abiertas aquellas licencias que aseguren que los programas, datos o información cumplen los siguientes requisitos:

a) Pueden ejecutarse para cualquier propósito.

b) Permiten conocer su código fuente.

c) Pueden modificarse o mejorarse.

d) Pueden redistribuirse a otros usuarios con o sin cambios siempre que la obra derivada mantenga estas cuatro garantías.

3. Para este fin se procurará la aplicación de la Licencia Pública de la Unión Europea, sin perjuicio de otras licencias que garanticen los mismos derechos expuestos en los apartados 1 y 2.

4. A efectos de facilitar el establecimiento de las condiciones de licenciamiento, las Administraciones Públicas incluirán en los pliegos de cláusulas técnicas de aquellos contratos que tengan por finalidad el desarrollo de nuevas aplicaciones informáticas, los siguientes aspectos:

a) Que la Administración contratante adquiera los derechos completos de propiedad intelectual de las aplicaciones y cualquier otro objeto de información que se desarrollen como objeto de ese contrato.

b) Que en el caso de reutilizar activos previamente existentes, la Administración contratante reciba un producto que pueda ofrecer para su reutilización posterior a otras Administraciones Públicas. Además, en el caso de partir de productos de fuentes abiertas, que sea posible declarar como de fuentes abiertas la futura aplicación desarrollada>>.

<<Artículo 17. Directorios de aplicaciones reutilizables.

1. La Administración General del Estado mantendrá el Directorio general de aplicaciones para su libre reutilización, de acuerdo al artículo 158 de la Ley 40/2015, de 1 octubre, a través del Centro de Transferencia de Tecnología. Este directorio podrá ser utilizado por otras Administraciones Públicas. En el caso de disponer de un directorio propio, deberá garantizar que las aplicaciones disponibles en ese directorio propio se pueden consultar también a través del Centro de Transferencia de Tecnología.

2. Las Administraciones Públicas conectarán los directorios de aplicaciones para su libre reutilización entre sí; y con instrumentos equivalentes del ámbito de la Unión Europea.

3. Las Administraciones Públicas publicarán las aplicaciones reutilizables, en modo producto o en modo servicio, en los directorios de aplicaciones para su libre reutilización, con al menos el siguiente contenido:

a) Código fuente de las aplicaciones finalizadas, en el caso de ser reutilizables en modo producto y haber sido declaradas de fuentes abiertas.

b) Documentación asociada.

c) Condiciones de licenciamiento de todos los activos, en el caso de ser reutilizables en modo producto, o nivel de servicio ofrecido, en el caso de ser reutilizables en modo servicio.

d) Los costes asociados a su reutilización, en el caso de que existieran.

4. Las Administraciones procurarán la incorporación a la aplicación original de aquellas modificaciones o adaptaciones realizadas sobre cualquier aplicación que se haya obtenido desde un directorio de aplicaciones reutilizables>>.

Ha de tenerse en cuenta que el artículo 3.1 del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, establece que el ámbito de aplicación del mismo será el establecido en el artículo 2 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, artículo que indica lo siguiente:

<<Artículo 2 Ámbito de aplicación

1. La presente Ley, en los términos expresados en su disposición final primera, será de aplicación:

a) A las Administraciones Públicas, entendiéndose por tales la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, así como las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las mismas.

b) A los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas.

c) A las relaciones entre las distintas Administraciones Públicas.

2. La presente Ley no será de aplicación a las Administraciones Públicas en las actividades que desarrollen en régimen de derecho privado>>.

Así pues, las Administraciones Públicas mantendrán directorios actualizados de aplicaciones para su libre reutilización, de conformidad con lo dispuesto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad. Estos directorios deberán ser plenamente interoperables con el directorio general de la Administración General del Estado, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión.

Dicho directorio general es el DIRECTORIO DE SOLUCIONES DEL CENTRO DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA, que puede encontrarse en la siguiente dirección:

https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_SolucionesCTT.html#.WfxUTo_Wzcs

Ante cualquier necesidad de una nueva aplicación informática, con carácter previo a la adquisición, desarrollo o al mantenimiento a lo largo de todo el ciclo de vida de una aplicación, tanto si se realiza con medios propios o por la contratación de los servicios correspondientes, se deberá consultar en el DIRECTORIO DE SOLUCIONES DEL CENTRO DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA si existen soluciones disponibles para su reutilización, que puedan satisfacer total o parcialmente las necesidades, mejoras o actualizaciones que se pretenden cubrir, y siempre que los requisitos tecnológicos de interoperabilidad y seguridad así lo permitan.

Las conclusiones con respecto al resultado de dicha consulta al directorio general se incorporarán en el expediente de contratación y reflejarán, en su caso, que no existen soluciones disponibles para su reutilización que puedan satisfacer total o parcialmente las necesidades, mejoras o actualizaciones que se pretenden cubrir.

En el caso de existir una solución disponible para su reutilización total o parcial, la justificación de la no reutilización se realizará en términos de eficiencia conforme a lo establecido en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

En el expediente de contratación, a efectos de facilitar el establecimiento de las condiciones de licenciamiento, la Administración Pública o la entidad de derecho público vinculada o dependiente de la misma incluirán en los pliegos de cláusulas técnicas de aquellos contratos que tengan por finalidad el desarrollo de nuevas aplicaciones informáticas, los siguientes aspectos:

a) Que la Administración Pública o la entidad contratante adquiere los derechos completos de propiedad intelectual de las aplicaciones y cualquier otro objeto de información que se desarrollen como objeto de ese contrato.

b) Que en el caso de reutilizar activos previamente existentes, la Administración Pública o la entidad contratante recibe un producto que pueda ofrecer para su reutilización posterior a otras Administraciones Públicas o entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las mismas. Además, en el caso de partir de productos de fuentes abiertas, que será posible declarar como de fuentes abiertas la futura aplicación desarrollada.