

TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA ENTRE AAPP E IA: ¿CONTRATO O CONVENIO?

Rubén Martínez Gutiérrez
Profesor de Derecho Administrativo
Delegado de Protección de Datos
Universidad de Alicante



Marco general de la reutilización y transferencia de tecnología en España

- Regulada en los arts. 157 y 158 LRJSP
- Objetivo: instaurar la reutilización de sistemas y aplicaciones propiedad de las AAPP y la transferencia de tecnologías entre distintas AAPP (Principio de reutilización obligatoria previa a nueva contratación de aplicaciones, art. 157.3 LRJSP – salvo justificación de no utilización en términos de eficiencia Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria)
- Pero ¿qué tipo de aplicaciones son susceptibles de transferirse entre distintas AAPP?:
 - 1) Aquellas aplicaciones cuyos derechos de propiedad intelectual estén en poder de la Administración
 - 2) Aplicaciones acordes al Esquema Nacional de Interoperabilidad y de especial interés para el desarrollo de la Administración electrónica

Idea: Del análisis conjunto de la LRJSP y de la LCSP, se podría afirmar que legalmente se fomenta la utilización de convenios de colaboración para la reutilización y transferencia de tecnología, primándose esta opción al desarrollo de procedimientos de licitación para la adquisición de programas, plataformas o software

Marco general de la reutilización y transferencia de tecnología en España

- ¿Cómo se articula el sistema de transferencia y reutilización de tecnología?: [CENTRO DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA](#) (actual Directorio General de Aplicaciones Reutilizables)
- Creación del Directorio General de aplicaciones para reutilización (art. 158 LRJSP)
 - 1) Crear un directorio general de aplicaciones susceptibles de transferirse (actualizado). Cada AAPP mantendrá un DGA
 - 2) Impulsar el desarrollo de aplicaciones, formatos y estándares comunes esenciales para la e-Administración y acordes al Esquema Nacional de Interoperabilidad
 - 3) La Ley 11/2007 establecía también: Prestar asistencia técnica para implantar tecnología reutilizada (esta buena previsión ha desaparecido)

Marco general de la reutilización y transferencia de tecnología en España

Obstáculos para la transferencia y reutilización de tecnologías:

- 1) Los derechos de PI de la mayoría de aplicaciones que usan las AAPP son propiedad de las compañías que los crean: NO TRANSFERENCIA
- 2) Debería retomarse la idea de Centro de Transferencia de Tecnologías con servicio de asistencia en la implantación, adaptación, etc.
- 3) La LRJSP acierta al establecer el principio de uso preferente de aplicaciones reutilizables

Conclusión: (1) La transferencia y reutilización de tecnologías es esencial para el desarrollo de la interoperabilidad y la e-Administración ([Ejemplo](#): reutilización [SIGEM-Universidades](#)), y, (2) la tecnología que puede ser objeto de transferencia y reutilización es tanto aquella que se haya desarrollado por los propios servicios informáticos de la Administración, como también la que haya sido objeto de contratación

¿Cómo encajamos esta obligación en la legislación europea y española de contratación?

El artículo 12.4 de la Directiva de Contratación Pública, que regula los “contratos públicos entre entidades del sector público”, señala que: “un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;
- b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y,
- c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación”.

¿Cómo encajamos esta obligación en la legislación europea y española de contratación?

El artículo 6 de la Ley de Contratos del Sector Público el que ha venido a incorporar en nuestro sistema legal las previsiones del artículo 12.4 de la Directiva, regulando el mismo los **“convenios y encomiendas de gestión”**. En este precepto, al igual que sucede con la Directiva, se regula la **exclusión de la legislación contractual de aquellos convenios que cumplan con una serie de condiciones o características, que son:**

- a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración. (...)
- b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.
- c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público”. En la misma línea, el artículo 47.1 de la LRJSP también determina que “los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos” ya que “en tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público”.

¿Cómo encajamos esta obligación en la legislación europea y española de contratación?

PROBLEMÁTICA: La regulación del artículo 6 de la Ley de Contratos (y del 47.1 de la LRJSP) es genérica y no se refiere específicamente al supuesto de la reutilización y transferencia de tecnología, respecto al cual, al igual que en otras cuestiones relacionadas con la tecnología, existe una laguna en nuestra legislación contractual derivada de la no adaptación del marco normativo a la realidad de nuestras Administraciones

CASO REAL: STJUE de 28 de mayo de 2020, relativa a una cuestión prejudicial en el asunto Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH y la Stadt Köln (STJUE ISE-Colonia)

Caso real STJUE ISE-Colonia



Caso real STJUE ISE-Colonia

- **Supuesto:** dos contratos celebrados entre la ciudad de Colonia y el Land Berlin (Land de Berlín, Alemania) que prevén, respectivamente, la **cesión gratuita**, en beneficio de dicha ciudad, de un **software para la gestión de las intervenciones del cuerpo de bomberos y la cooperación para desarrollar dicho software**
- **El software para la gestión de las intervenciones del cuerpo de bomberos es titularidad de una empresa privada** que mantiene sus derechos de propiedad intelectual y no de la Administración, y además, en el **convenio** (llamado en Alemania contrato de cooperación) para el desarrollo, mejora y actualización de dicho software se establece que **la parte que pretenda la reutilización de la tecnología para sí mediante la cesión gratuita del programa, deberá abonar a la empresa propietaria del programa el coste de actualización y mantenimiento, estableciéndose en el instrumento de cooperación que si esa obligación no se cumple, se rescinde la posibilidad de utilizar el software de forma gratuita**

Caso real STJUE ISE-Colonia

Contestación del TJUE:

- La Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que **un acuerdo que, por una parte, establece que un poder adjudicador cede gratuitamente un software a otro poder adjudicador y, por otra parte, se vincula con un acuerdo de cooperación en virtud del cual cada una de las partes de este último se obliga a ceder gratuitamente a la otra los futuros desarrollos del software que pudiera implementar constituye un «contrato público»**
- Una **cooperación** entre poderes adjudicadores puede quedar **excluida del ámbito de aplicación de las normas de contratación pública** previstas en esta Directiva cuando tal cooperación recaiga sobre **actividades de apoyo a los servicios públicos** que han de prestar, incluso de forma individual, cada uno de los socios de esa cooperación, **siempre y cuando tales actividades de apoyo contribuyan a la realización efectiva de los referidos servicios públicos**
- El TJUE sitúa como **límite claro para poder realizar convenios que queden excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de contratos públicos el cumplimiento estricto de los principios generales de la contratación pública** y en particular el **principio de igualdad y no discriminación entre operadores económicos**, que bajo ningún concepto puede verse menoscabado por la suscripción de convenios

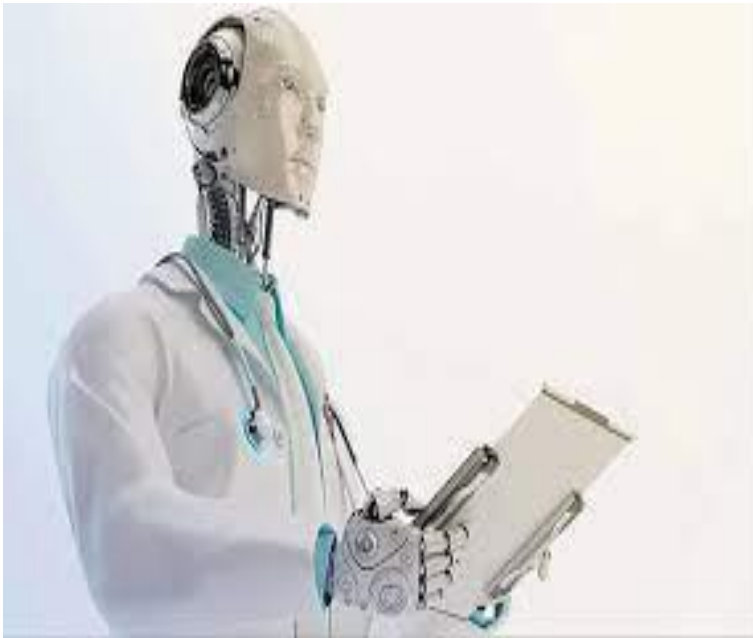
LÍMITES A LA REUTILIZACIÓN Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA MEDIANTE CONVENIOS

Existen 3 límites:

- **Mediante la suscripción de los convenios no puede producirse una posición de ventaja y un trato desigual entre empresas competidoras que sería determinante para acudir a técnicas de contratación pública, no existiendo beneficios en exclusiva para ningún operador económico. Deben respetarse en todo caso los principios generales de la contratación pública.**
- **La plataforma, sistema, programa o software objeto de cesión debe servir para el desarrollo de actividades de servicio público y/o inherentes al ejercicio de potestades administrativas y, en consecuencia su utilización por otras Administraciones y entidades debe realizarse con la misma finalidad, misión o interés público, incluidas las actividades de apoyo.**
- **La plataforma, programa, sistema o software debe ser propiedad de una AP, entidad u organismo público, y sus desarrollos o mejoras se deben realizar y financiar sin que se produzca una ventaja para ningún operador económico o empresa respecto de otra (a diferencia de lo que sucede en la STJUE). Cumpliendo con el principio de igualdad de trato y no discriminación de los operadores económicos, se admite que las partes en un convenio de cesión de tecnología participen proporcionalmente en el sostenimiento del funcionamiento de la plataforma, sistema o programa mediante la repercusión de los costes de mantenimiento, posibilidad que se infiere por aplicación analógica del artículo 157 de la LRJSP.**

REUTILIZACIÓN Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA EN INTELIGENCIA ARTIFICIAL

- Mediante contrato de servicios apoyado por impulso público?
- Mediante un procedimiento de asociación para la innovación?



Reflexión final

- Nuestra legislación de contratación pública adolece de una regulación que sirva de base para saber cuándo nos encontramos ante un supuesto de reutilización y transferencia de tecnología que pueda ser objeto de convenio de colaboración o contrato. El artículo 6 de la Ley de Contratos del Sector Público parece insuficiente, al igual que sucede con el artículo 12.4 de la Directiva de Contratación Pública
- La obligación establecida en los artículos 157 y 158 de la LRJSP parece optar por la vía de los convenios cuando obliga a las Administraciones a comprobar si existe tecnología que pueda ser reutilizada, antes de acudir a procedimientos de compra pública
- Pero es importante respetar los límites, que deberían incorporarse en la legislación española de contratación pública (art. 6 LCSP) o en informes / instrucciones claras: 1. Mediante la suscripción de los convenios no puede producirse una posición de ventaja y un trato desigual entre empresas competidoras (respeto a los principios generales de la contratación pública). 2. La plataforma, sistema, programa o software objeto de cesión debe servir para el desarrollo de actividades de servicio público y/o inherentes al ejercicio de potestades administrativas. Y, 3. La plataforma, programa, sistema o software debe ser propiedad de una AP, entidad u organismo público, y sus desarrollos o mejoras se deben realizar y financiar sin que se produzca una ventaja para ningún operador económico o empresa respecto de otra

¡Gracias por su atención!

RUBÉN MARTÍNEZ GUTIÉRREZ
Profesor Titular de Derecho
Administrativo
Delegado de Protección de
Datos

[LinkedIn](#)

Ruben.martinez@ua.es



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

