

RINCON LEGAL

La contratación de productos TIC bajo la nueva ley de contratos públicos



Desde la adhesión a las Comunidades Europeas, la normativa comunitaria ha sido el referente obligado de nuestra legislación de contratos públicos, de tal forma que, en los últimos veinte años, las sucesivas reformas que han llevado desde el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Ley de Contratos del Estado hasta el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas han tenido como una de

sus principales justificaciones la necesidad de adaptar esta legislación a los requerimientos de las directivas comunitarias.

[Ana Marzo Portera. Marzo & Abogados]

En la hora de atar a personal especializado en esta tecnología, dado que la subcontratación de estos servicios de implantación y mantenimiento tecnológico a terceras empresas, es algo muy accesible.

El pasado 30 de octubre fue aprobada la nueva Ley de Contratos del Sector Público, que ha encontrado en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria en la materia, el impulso primordial para su elaboración. La citada Ley no se ha constreñido a trasponer las nuevas directrices comunitarias, sino que ha adoptando un planteamiento de reforma global, introduciendo modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) a través de diversas mejoras para dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas fue poniendo de relieve.

No obstante, a nuestro juicio una de estas modificaciones ha sido arrolladora y una primicia en relación con las garantías y los derechos que la Ley de Propiedad Intelectual otorga a los autores de obras susceptibles de su protección. Suponemos que

el Legislador ha querido garantizar a la Administración su independencia -principalmente tecnológica- en relación con los productos y servicios proporcionados por los contratistas y, por este motivo, ha procurado trasladar todos los derechos de explotación y económicos derivados de los llamados "encargo de obra" a la Administración contratante.

Contratos del Sector Público

De acuerdo al nuevo panorama legislativo establecido por la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, podemos manifestar que adquieren la calificación de contrato de suministro, todos aquellos que tienen 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. La excepción es la de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

Contrato de servicios todo aquel que tenga por objeto el desarrollo de un software a medida para la Administración. En tal caso, establece la Ley 30/2007 que, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de éste a la Administración contratante, salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual.

En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual en los pliegos o en el documento contractual, el Órgano de contratación dispondrá siempre de la potestad de autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público a que se refiere el artículo 3.1. de la meritada Ley. Esto es, cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

Propiedad intelectual

La Administración contratante, investida de las prerrogativas que le caracteriza, dispone de un derecho de adquisición preferente sobre los productos objeto de la Ley de Propiedad Intelectual -y entre ellos, como no, del software- que contrata a terceros por

“ Al finalizar la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos a la entidad contratante responsable, o al encargado del tratamiento que éste hubiese designado. ”

encargo y a medida. Al contratista, siempre que así se estipule en los pliegos o en el documento contractual, solo le queda la posibilidad de compartir la propiedad con la Administración teniendo en cuenta que, por imperativo legal, a ésta siempre le será otorgada la posibilidad de sublicenciar y ceder la explotación a los terceros determinados en el artículo 3.1 de la Ley 30/2007.

Otra novedad significativa introducida es la incorporación del artículo 12 de la LOPD en la Ley 30/2007 de forma que, para el caso de que la contratación implique el acceso del contratista a datos de carácter personal de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, aquél tendrá la consideración de encargado del tratamiento.

En este supuesto, y en línea con lo establecido en la LOPD, el acceso a esos datos no se considerará "comunicación de datos", cuando se cumpla lo previsto en el artículo 12.2 y 3 de la Ley Orgánica 15/1999 y siempre que dichas previsiones se formalicen por escrito entre ambas partes.

Al finalizar la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos a la entidad contratante responsable, o al encargado de tratamiento que ésta hubiese designado. Y en línea con lo establecido en el nuevo reglamento de desarrollo de la LOPD, la Ley 30/2007 permite que el tercero encargado del tratamiento conserve debidamente bloqueados los datos que han sido objeto del tratamiento, en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con la entidad responsable del tratamiento.

Subcontratación

Finalmente la Ley de Contratos del Sector Público pone luz a un asunto oscuro en el sector privado como es el de la subcontratación de servicios por el llamado "encargado del tratamiento". Así, si



bien es cierto que esta es una práctica habitual en el ámbito mercantil, no lo es menos que la doctrina administrativa de la Agencia Española de Protección de Datos ha venido reiteradamente prohibiendo la subcontratación siempre y cuando no se cumplieren unas determinadas condiciones. Estas condiciones han sido recogidas en la Ley 30/2007 de la siguiente forma: en el caso de que un tercero trate datos personales por cuenta del contratista, deberán de cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Que dicho tratamiento se haya especificado en el contrato firmado por la entidad contratante y el contratista.
- b) Que el tratamiento de datos de carácter per-

sonal se ajuste a las instrucciones del responsable del tratamiento.

c) Que el contratista encargado del tratamiento y el tercero formalicen el contrato en los términos previstos en el artículo 12.2 de la L.O. 15/1999, de 13 de diciembre. En estos casos, el tercero tendrá también la consideración de encargado del tratamiento.

En la carrera hacia una Sociedad de la Información parece que, de nuevo, el Legislador ha querido proporcionar una ventaja a la Administración Pública en materia de contratación TIC. ■

Marzo & Abogados

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

Suscríbete gratis

¡Suscríbete gratis a nuestra revista AUSAPE!

La revista AUSAPE es el medio de comunicación directo de esta Asociación con sus empresas asociadas. En ella se informa de todas las actividades llevadas a cabo por AUSAPE, además de incluir información de primera mano sobre las últimas novedades tecnológicas que afectan al sector de las TIC.

Si todavía no estás suscrito y quieres recibir esta revista, totalmente gratis, rellena el siguiente cupón y envíalo por fax al número: **91 510 03 25**. También puedes mandarnos un e-mail a secretaria@ausape.es incluyendo en él los datos que se solicitan.

Empresa: _____
 Asociado de AUSAPE (SÍ NO): _____
 Nombre: _____
 Cargo: _____
 Dirección: _____
 CP: _____
 Población: _____
 Provincia: _____
 Teléfono: _____
 E-mail: _____

Asociación de Usuarios de SAP en España
 C/ Torrelaguna, 77
 28043 Madrid
 Teléfono: 91 456 72 11 / Fax: 91 510 03 25
 e-mail: secretaria@ausape.es
 Web: www.ausape.es