

**REUTILIZACIÓN POR PARTE DE LAS ENTIDADES LOCALES DE
SISTEMAS Y APLICACIONES DE PROPIEDAD DE LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LA LUZ DEL REAL DECRETO
203/2021, DE 30 DE MARZO, POR EL QUE SE APRUEBA EL
REGLAMENTO DE ACTUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL SECTOR
PÚBLICO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS**

Josefa María ESPARDUCER MATEU.

Oficial Mayor del Ayuntamiento de Sagunto

Trabajo de evaluación presentado para la obtención del certificado de aprovechamiento del curso monográfico de estudios superiores: El impacto en las administraciones públicas locales del Real Decreto 203/2021, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. (CEMCI)

ÍNDICE

- 1.- Estado de la cuestión tras la entrada en vigor del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.
- 2.- Reutilización de sistemas y aplicaciones de las administraciones públicas versus contratación de aplicaciones de administración electrónica cuyos derechos de propiedad intelectual corresponden a entidades privadas.
- 3.- Procedimiento jurídico aplicable para la reutilización de sistemas y aplicaciones de las administraciones públicas.
- 4.- Convenios de cooperación entre administraciones públicas para la cesión de sistemas y aplicaciones propiedad de las administraciones públicas cuyo objeto no contiene prestaciones propias de los contratos.
- 5.- Administración titular de la competencia sobre las actuaciones administrativas realizadas en el procedimiento administrativo de que se trate.
- 6.- Recapitulaciones y conclusiones.

1.- ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL REAL DECRETO 203/2021, DE 30 DE MARZO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ACTUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL SECTOR PÚBLICO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Con anterioridad a la entrada en vigor del [Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos](#) (RD 203/2021), los artículos 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](#) (ENI)¹ y los artículos 157 y 158 de la [Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público](#) (LRJSP) regulaban y siguen regulando, la reutilización de sistemas y aplicaciones cuyos derechos de propiedad intelectual corresponden a una Administración pública, es decir, propiedad de esa Administración pública.

Este RD 203/2021 confirma el sistema establecido en la anterior normativa como vamos a comprobar en los párrafos siguientes.

El RD 203/2021 en su Capítulo II (artículo 64 y 65), regula la *“Transferencia y uso compartido de tecnologías entre Administraciones Públicas”*. Ambos preceptos **tienen carácter básico** de conformidad con lo dispuesto en la Disposición final primera RD 203/2021, al dictarse estos preceptos al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución Española. En concreto el artículo 64.1 nada añade a lo dispuesto en el artículo 157.1 LRJSP que ya establecía la obligación de las administraciones públicas de poner a disposición de cualesquiera de ellas, las aplicaciones de cuyos derechos de propiedad fueran titulares, bien porque se hubieran

¹ De conformidad con lo dispuesto en la Disposición final primera ENI, este Real Decreto se dicta en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.18.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

desarrollado por los empleados públicos de sus servicios o bien porque hubieran adquirido dichos derechos de propiedad².

Continúo avanzando en el análisis de este precepto del RD 203/2021.

1.1.- Aplicaciones en la nube para su libre reutilización en modo producto o en modo servicio

La Unión Europea en su Plan de acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015³ ya hacía referencia a que *“la nueva generación de servicios de administración electrónica⁴ tendrá que apoyarse en planteamientos técnicos innovadores, tales como las **nubes de servicios públicos** y **la arquitectura orientada al servicio (SOA)**, y **beneficiarse de ellos para construir unos servicios de administración electrónica abiertos, flexibles y en colaboración, al mismo tiempo que se reducen los costes de las TIC**”*. Asimismo, en su Visión estratégica de las normas europeas para avanzar en la mejora y la aceleración del crecimiento sostenible de la economía europea desde 2011 hasta 2020⁵ hacía referencia a que *“las normas sobre interoperabilidad pueden servir de apoyo a una plataforma tecnológica en la que podría tener lugar otro tipo de innovación, en particular en materia de servicios (por ejemplo, **...plataformas públicas de computación en nube para aplicaciones de e-administración**)”*. **Define la computación en nube** como *“el almacenamiento,*

²[La Sentencia del Tribunal Supremo número 2594 de fecha 1 de junio de 2016](#) clarifica los requisitos que se exigen para que tenga lugar la transferencia del derecho de propiedad de la copia del programa que agote el derecho del titular en los términos establecidos en el art. 4.2 de la Directiva 2001/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 y el segundo párrafo del art. 99.c Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, Texto Refundido Ley de Propiedad Intelectual.

³[Comunicación \(2010\) 743 final, de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015 Aprovechamiento de las TIC para promover una administración pública inteligente, sostenible e innovadora](#), p. 15.

⁴El concepto de administración electrónica que sigo es el adoptado por la Unión Europea: *“Uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las administraciones públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas”*. [Comunicación \(2003\) 567 final, de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa](#), p. 7.

⁵[Comunicación \(2011\) 311 final, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Una visión estratégica de las normas europeas: Avanzar para mejorar y acelerar el crecimiento sostenible de la economía europea de aquí a 2020](#), p. 7.

tratamiento y utilización de datos en ordenadores a distancia a los que se tiene acceso a través de Internet”⁶ y reconoce que: “Actualmente, los distintos vendedores están incentivados para luchar por conseguir una posición dominante haciendo cautivos a sus clientes, lo que es un obstáculo para aplicar enfoques normalizados a todo el sector. A pesar de los numerosos esfuerzos por aumentar la normalización, principalmente dirigidos por los proveedores, es posible que las nubes evolucionen de manera desprovista de interoperabilidad, portabilidad de datos y reversibilidad, todos ellos elementos cruciales para evitar que los clientes queden cautivos”⁷.

Esta “actualidad” del **año 2011, en la que la Unión Europea puso sobre la mesa el problema de la cautividad tecnológica**, es el problema en el que, en la “actualidad” del año 2022, se encuentran una gran parte de las administraciones públicas españolas, fundamentalmente locales, con nubes que han evolucionado de manera desprovista de interoperabilidad, portabilidad de datos y reversibilidad, lo que ha llevado a la cautividad tecnológica de estas administraciones públicas locales.

Analizo, diez años después, el artículo 64.2RD 203/2021y tras su lectura, localizo en este párrafo la primera de las novedades: la **clarificación de que las aplicaciones para su libre reutilización pueden ser en modo producto⁸ o en modo servicio** (Servicio en red de infraestructuras⁹, Servicio en red integrable en aplicaciones del cliente¹⁰, Servicio en red para usuario final¹¹). Es decir, se prevé expresamente una práctica administrativa generalizada en España consistente en el

⁶[Comunicación \(2012\) 529 final, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Liberar el potencial de la computación en nube en Europa](#), p.2.

⁷[Comunicación \(2012\) 529 final, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Liberar el potencial de la computación en nube en Europa](#), p. 12.

⁸[Se trata de soluciones a instalar y gestionar desde el CPD del cliente \(stand-alone\).](#)

⁹[Servicio en red de infraestructuras: se trata de infraestructuras disponibles para su uso desde las Administraciones Públicas.](#)

¹⁰[Servicio en red integrable en aplicaciones del cliente: Se trata de componentes centralizados que pueden ser integrados en las distintas aplicaciones del cliente, mediante webservices, tecnologías de federación o uso de librerías, para construir o complementar un servicio de administración electrónica.](#)

¹¹[Servicio en red para usuario final: se trata de soluciones centralizadas que pueden ser utilizadas directamente por los usuarios finales tanto de otras Administraciones Públicas como ciudadanos \(software as a service\).](#)

desarrollo de aplicaciones en la nube para su uso por las Administraciones públicas tanto en modo servicio¹² como en modo producto.

En relación con este artículo 64.2, el propio RD 203/2021 modifica la Disposición adicional primera del ENI. En su primer apartado, letra r) establece que se desarrollarán y **serán de obligado cumplimiento por parte de las Administraciones Públicas**, entre otras, la **“Norma Técnica de Interoperabilidad de reutilización de activos en modo producto y en modo servicio: tratará los requisitos y condiciones para facilitar la reutilización de activos tanto en modo producto como en modo servicio por las Administraciones Públicas españolas”**. ¿Será necesario esperar a la publicación de esta Norma Técnica para conocer los requisitos y condiciones para facilitar la reutilización de activos tanto en modo producto como en modo servicio por las Administraciones Públicas españolas? La respuesta es negativa porque hasta que la misma se publique, el propio RD 203/2021 con la modificación que lleva a cabo del **artículo 17 ENI ha regulado estos requisitos y condiciones de reutilización**. En concreto, el artículo 17 ENI establece una diferencia entre las aplicaciones en modo producto y en modo servicio, en su párrafo tercero¹³, en función del contenido de las aplicaciones que debe ser objeto de publicación con el carácter de mínimo en los Directorios de aplicaciones reutilizables.

Por tanto, el hecho de que todavía no se haya publicado esta Norma Técnica de Interoperabilidad de reutilización de activos en modo producto y en modo servicio

¹² Doy por conocidas las diferencias entre los conceptos de **software como servicio (SaaS)**, **plataforma como servicio (PaaS)** e **infraestructura como servicio (IaaS)**. Para quienes deseen recordar las mismas les remito a Peña López, I. *Claus tecnològiques de l'administració electrònica, Mòdul 1.UOC*, PID_00228990. http://cv.uoc.edu/annotation/148cb6ee5768a65fedfae1c8dfd8b51e/676981/PID_00228991/PID_00228991.html

¹³ Artículo 17.3 ENI: “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”.

no significa que esta posibilidad no esté prevista en nuestro ordenamiento jurídico como vamos a comprobar a continuación.

1.2.- El acceso a la red SARA de las aplicaciones en la nube para su libre reutilización en modo producto o en modo servicio

En cumplimiento de las obligaciones que, en materia de administración electrónica, deben cumplir las Administraciones **tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015, la Secretaría General de Administración Digital ha estado desarrollando aplicaciones en nube cuyo uso por las Administraciones Públicas** facilita, bien desde instalaciones propias o a través de las entidades privadas o públicas que les prestan servicio¹⁴.

Analizo con mayor detalle la **normativa que regula en nuestro ordenamiento jurídico los requisitos y condiciones para facilitar la reutilización de activos tanto en modo producto como en modo servicio** por las Administraciones Públicas españolas.

En primer lugar, el artículo 6 ENI, incluye como manifestaciones prácticas de la cadena de interoperabilidad **“los acuerdos interadministrativos”**¹⁵.

En segundo lugar y en relación con el anterior precepto el artículo 13 ENI regula la **Red SARA como Red de comunicaciones que utilizarán las Administraciones públicas españolas para comunicarse entre sí**, para lo cual conectarán a la misma, bien sus respectivas redes, bien sus nodos de interoperabilidad, de forma que se facilite el intercambio de información y de servicios entre las mismas,

¹⁴ [Resolución de 4 de julio de 2017, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se establecen las condiciones que han de cumplirse para tener la consideración de punto de presencia de la red SARA \(PdP\)](#), sexto párrafo.

¹⁵ **“los acuerdos interadministrativos, en el despliegue de los sistemas y servicios, en la determinación y uso de estándares, en las infraestructuras y servicios básicos de las Administraciones públicas y en la publicación y reutilización de las aplicaciones de las Administraciones públicas, de la documentación asociada y de otros objetos de información. Todo ello sin olvidar la dimensión temporal que ha de garantizar el acceso a la información a lo largo del tiempo”**.

así como la interconexión con las redes de las Instituciones de la Unión Europea y de otros Estados miembros.

En tercer lugar, la [Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de requisitos de conexión a la red de comunicaciones de las Administraciones Públicas españolas](#), desarrollada en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 ENI para posibilitar, como la misma indica, “*la interconexión de las redes de las Administraciones públicas y permitir el intercambio de información entre las mismas, así como la interconexión con las redes de las Instituciones de la Unión Europea y de otros Estados Miembros. La Norma Técnica de Interoperabilidad de Requisitos de conexión a la Red de comunicaciones de las Administraciones públicas españolas establece las condiciones en las que cualquier órgano de una Administración, o Entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de aquella, accederá a la Red SARA, y describe los roles y responsabilidades de los agentes que se conectan a la Red SARA así como los requisitos para la conexión, acceso y uso de los servicios que se prestan a través de aquella*”¹⁶.

En cuarto lugar, a las anteriores normas añadido la [Resolución de 4 de julio de 2017, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se establecen las condiciones que han de cumplirse para tener la consideración de punto de presencia de la red SARA \(PdP\)](#), publicada con la exclusiva finalidad de “*determinar las condiciones técnicas que han de cumplir las entidades privadas que prestan servicios de administración electrónica en la nube, a determinadas*

¹⁶ Esta norma técnica de interoperabilidad es de obligado cumplimiento por parte de las Administraciones públicas de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional primera ENI. Asimismo, destaco, con el carácter de directrices o normas orientadoras, careciendo de rango reglamentario, la Guía de aplicación de la Norma técnica de interoperabilidad de requisitos de conexión a la red de comunicaciones de las Administraciones Públicas españolas. 1ª edición electrónica-Versión 01/09/2011, elaborada por la Dirección General para el Impulso de la Administración Electrónica.

Administraciones para actuar como PdPs de la Red SARA preservando las máximas garantías de seguridad, confidencialidad y protección de datos”¹⁷.

Observamos que nuestro ordenamiento jurídico administrativo contemplaba la reutilización de aplicaciones desde la publicación del ENI en el año 2010, aplicaciones que también desde esa fecha están obligadas a conectarse a la Red SARA para comunicarse entre sí con la finalidad de facilitar el intercambio de información y de servicios entre las mismas, así como la interconexión con las redes de las Instituciones de la Unión Europea y de otros Estados miembros. Será a partir del año 2017, con la Resolución de 4 de julio, cuando se permita el acceso a la Red SARA a entidades privadas que prestan servicios de administración electrónica.

Vamos a analizar a continuación los **requisitos de estos aplicativos de administración electrónica en función de la propiedad intelectual de los mismos.**

2.- REUTILIZACIÓN DE SISTEMAS Y APLICACIONES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS VERSUS CONTRATACIÓN DE APLICACIONES DE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA CUYOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL CORRESPONDEN A ENTIDADES PRIVADAS

Como he señalado en el apartado anterior, junto a la reutilización de aplicaciones de las administraciones públicas, desde el año 2017, se otorga carta de naturaleza a las aplicaciones de administración electrónica de las entidades privadas al permitirles el acceso a la Red SARA. Distinguiremos a efectos de su análisis aquellas cuya propiedad intelectual corresponde a una administración pública de aquellas cuya propiedad corresponde a entidades privadas.

¹⁷[Resolución de 4 de julio de 2017, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se establecen las condiciones que han de cumplirse para tener la consideración de punto de presencia de la red SARA \(PdP\), séptimo párrafo.](#)

2.1.- Reutilización de sistemas y aplicaciones de las administraciones públicas

El artículo 64.5 RD 203/2021, se pronuncia prácticamente en los mismos términos que el artículo 157.3 LRJAP. Voy a valorar si las aportaciones del RD 203/2021 suponen algún cambio significativo.

En primer lugar, en el segundo párrafo del artículo 64.5 se introduce la **obligación de incorporar en el expediente de contratación, las conclusiones con respecto al resultado de la consulta al directorio general** que deberán reflejar que no existen soluciones disponibles para su reutilización que puedan satisfacer total o parcialmente las necesidades, mejoras o actualizaciones que se pretenden cubrir con la contratación.

Subrayo que el RD 203/2021 exige la incorporación al expediente de contratación de la motivación de la decisión. Por tanto, este artículo 64.5 **no aporta ningún requisito adicional al expediente de contratación**, porque de conformidad con el artículo 35.1, i) Ley 39/2015, ya es obligada la motivación, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, de aquellos actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales. La novedad reside en que desde la publicación del RD 203/2021, este acto debe ser motivado en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa. Es decir, seguimos en el artículo 35.1, i) Ley 39/2015, si bien en lugar de encontrar el fundamento en el primer supuesto de esta letra (*“Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales”*) lo encontramos en el segundo (*los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa*).

En segundo lugar, el artículo 64.5 in fine RD 203/2021 establece que *“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”*. Mientras que el artículo

157.3 in fine LRJAP establece que *“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”*.

¿Cómo se va a justificar la decisión de no reutilizar en términos de eficiencia cuando la finalidad de la construcción de aplicaciones reutilizables, bien en modo producto o en modo servicio, es la de favorecer las actuaciones de compartir, reutilizar y colaborar, en beneficio de una mejor eficiencia, como así establece el artículo 64.4 RD 203/2021? En concreto, una interpretación sistemática e histórica de estos preceptos, sigue obligando a la reutilización de las soluciones públicas disponibles porque recoge, en materia de **reutilización de sistemas y aplicaciones de cualquier administración pública**, la interpretación que [la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo de 2018](#), hace de la Disposición Adicional segunda de la [Ley 39/2015](#) que regula la **adhesión de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales a las plataformas y registros de la Administración General del Estado**, cuyo párrafo segundo no es inconstitucional interpretado en los términos del fundamento jurídico 11 f) de dicha sentencia¹⁸. Es decir, las Comunidades Autónomas y las entidades locales al amparo de su potestad de autoorganización pueden preservar o instaurar sus “propias” plataformas reutilizables, es decir,

¹⁸ Fundamento jurídico 11.f) Sentencia del TC 55/2018, de 24 de mayo: *“La disposición adicional segunda, párrafo segundo, de la Ley 39/2015 admite otra interpretación, tal como resulta de las alegaciones de la Abogacía del Estado. La obligación de argumentar la decisión tomada ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 2/2012 sería solo una obligación de la instancia territorial de justificar en el propio expediente el cumplimiento de los mandatos de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, así como de comunicar esta justificación al Estado; no implicaría la habilitación para ejercer un control administrativo. En particular, la previsión impugnada no haría depender la decisión autonómica o local de mantener o crear plataformas propias de la valoración que haga la administración central de la justificación aportada. Comunicado el informe correspondiente, las Comunidades Autónomas y las entidades locales podrían ejercer su potestad de autoorganización en el sentido de preservar o instaurar sus propias plataformas aunque el Estado considerase insuficiente la motivación dada. El único control posible sería el que hicieran, en su caso, los jueces y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa en torno a si la decisión de aquellas se ajusta a los mandatos de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, así como el de los órganos encargados de la fiscalización (externa o interna) de las cuentas públicas. La limitación impuesta a las Comunidades Autónomas y a los entes locales sería una obligación de carácter meramente formal que, en cuanto tal, no vulnera su autonomía constitucionalmente reconocida (arts. 2 y 137 CE) ni invade las competencias autonómicas de ejecución. Se trataría de una base del régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE) que regularía una técnica de colaboración interadministrativa, esencial en el Estado de las Autonomías (entre otras muchas, STC 141/2016, FJ 7)”*.

plataformas de cuyos derechos de propiedad sean titulares, justificando esa decisión en los mandatos de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. A sensu contrario, si no disponen de su propia plataforma reutilizable están obligadas a reutilizar las existentes.

En relación con el artículo 65.4 RD 203/2021 Cotino Hueso recoge la voluntariedad en la adhesión, sin perjuicio de la necesaria justificación y detalla aspectos incluidos en el RD 203/2021 que no habían sido perfilados por la ley¹⁹, alguno de estos nuevos aspectos lo que trataré en el punto 5 de este trabajo.

Por tanto, conforme a los argumentos recogidos en los apartados anteriores y ante la obligación de la reutilización de aplicaciones y sistemas de las administraciones públicas, paso a continuación a desarrollar con mayor detalle los supuestos en los que procedería la licitación de un aplicativo de administración electrónica propiedad de una entidad privada.

2.2.- Contratación de aplicaciones de administración electrónica cuyos derechos de propiedad intelectual corresponden a entidades privadas

A la obligación de reutilizar justificada en los anteriores apartados, el RD 203/2021, acompaña otra regulada en el artículo 64.4 que ya he enunciado anteriormente. En concreto este precepto **obliga a las Administraciones públicas a “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”**

¹⁹ Entre otros, “siguiendo la recomendación del Consejo de Estado (2021: VI. 17), se dispone que la **adhesión al uso de una plataforma, registro o servicio electrónico de la AGE** no supondrá un cambio de la titularidad sobre las actuaciones administrativas realizadas en el procedimiento administrativo de que se trate, que corresponderá a la Administración competente para su tramitación. Se determina bastante el régimen de responsabilidad y los requisitos de adhesión”. Cotino Hueso, L. (2021, pp. 130 y 131). Cotino Hueso, L. (2021). El nuevo Reglamento de Administración electrónica, que no innova en tiempos de transformación digital. *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 63, pp. 118-136. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-rcdp.i63.2021.3672>

Para las **entidades locales**, la [Plataforma de Administración Electrónica para Entidades Locales SEDIPUALB@²⁰](#) aparece como Servicio en red para usuario final si se consulta el Centro de Transferencia de Tecnología, en concreto las Soluciones por modo de uso. La publicación de este Software como Servicio en el Centro de Transferencia de Tecnología se ajusta a lo dispuesto en el artículo 17.3 ENI.

Es decir, desde el momento en que existe una aplicación reutilizable en modo servicio para su reutilización total o parcial, la **justificación de la no utilización sólo puede realizarse en términos de eficacia conforme a lo establecido en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera**". No permite este precepto acudir a otras justificaciones para la no reutilización. Es decir, no se permite justificar la no reutilización atendiendo a situaciones de exclusividad previstas en el artículo 168 de 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](#), precepto que regula el procedimiento extraordinario negociado sin publicidad.

Al respecto es esencial recordar que de conformidad con lo dispuesto en el considerando 50 de la [Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE](#): *“sólo situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación. Los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción, deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo ...la toma en consideración de obras, suministros o servicios comparables*

²⁰ He desarrollado con mayor detalle la reutilización de esta plataforma de administración electrónica en mi trabajo: *De la Administración Gutenberg a la Administración Internet: resistencias a su implementación en la administración municipal española*. UOC. <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/handle/10609/91467>

desde el punto de vista funcional”. Y en los mismos términos se pronuncia el Considerando 61 de la [Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE](#).

En otras palabras, no se puede acudir a este procedimiento de licitación excepcional cuando la administración pública de referencia ha licitado previamente una aplicación de administración electrónica cuyos derechos de propiedad corresponden a una entidad privada y pretende a través de este nuevo proceso de licitación, continuar con la misma aplicación de administración electrónica atendiendo a las necesidades, mejoras o actualizaciones que se pretenden cubrir. Ello, por un lado, porque ha sido esa administración pública la que con la primera licitación ha generado una situación de exclusividad con la correspondiente cautividad tecnológica, y por otro lado porque existen alternativas reutilizables en los Directorios de aplicaciones reutilizables.

3.- PROCEDIMIENTO JURÍDICO APLICABLE PARA LA REUTILIZACIÓN DE SISTEMAS Y APLICACIONES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El RD 203/2021, ya **diferencia claramente entre la reutilización de sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas** a la que dedica su artículo 64 y la **adhesión a las plataformas de la Administración General del Estado** reguladas en el artículo 65²¹. Ante la extensión que me llevaría el hecho de tratar con detalle ambos preceptos y las limitaciones de este trabajo, centraré el objeto de estos comentarios en

²¹ Con anterioridad a la entrada en vigor del RD 203/2021, el artículo 157 LRJSP regulaba y sigue regulando la reutilización de sistemas y aplicaciones de propiedad de la Administración, mientras la Disposición adicional segunda Ley 39/2015, regulaba la adhesión de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales a las plataformas y registros de la Administración General del Estado.

el artículo 64 RD 203/2021, que se remite en cuanto al procedimiento para la puesta a disposición de sistemas y aplicaciones, a lo dispuesto en los artículos 157 LRJSP y 17 ENI. Entiendo necesario acudir también al artículo 16 ENI. De la lectura y relaciones entre estos preceptos, el procedimiento²² de adhesión es el siguiente:

1.- Solicitud presentada ante la Administración titular de los derechos de propiedad intelectual tras la consulta en el Directorio general de aplicaciones de la Administración General del Estado para su libre reutilización. En el caso de las aplicaciones en modo servicio el propio Centro de Transferencia de Tecnología publica la [Guía para la prestación de aplicaciones en modo servicio](#)²³. Esta consulta se realizará **con carácter previo a la adquisición, al desarrollo o al mantenimiento a lo largo de todo el ciclo de vida de una aplicación.**

El artículo 64.5 RD 203/2021 únicamente obliga a incorporar al expediente de contratación las conclusiones con respecto al resultado de dicha consulta al directorio general que reflejan que no existen soluciones disponibles y la justificación de la no reutilización en términos de eficiencia. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.1, i) Ley 39/2015, deberá también **incorporarse al expediente de reutilización y cesión de la aplicación, las conclusiones de la consulta cuando exista una aplicación reutilizable** que vaya a ser objeto de cesión, como motivación del acto administrativo dictado en el ejercicio de potestad discrecional de inicio del correspondiente procedimiento.

2.- Acuerdo entre las Administraciones cedentes y cesionarias respecto a la

²² Subrayo con Pastor Merchante (2021, p. 155) la diferencia entre procedimiento y expediente: **procedimiento** “entendido como la concatenación de actuaciones que debe llevara a cabo la Administración con carácter previo a la adopción de una decisión vinculante”; y **expediente** “entendido como el soporte documental e informativo sobre la base del cual se toma dicha decisión”. Pastor Merchante, F. (2021). ¿Por qué lo llaman procedimiento cuando quieren decir expediente? Sobre las funciones dogmáticas del expediente administrativo. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 4, pp. 153-180. <http://www.revistamarcialpons.es/revistaderechopublico/articulo/view/661/733>

²³ Guía para la prestación de aplicaciones en modo servicio. 1ª edición electrónica: abril de 2016. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas Secretaría General Técnica Subdirección General de Información, Documentación y Publicaciones Centro de Publicaciones Colección: administración electrónica.

repercusión del coste de adquisición o fabricación de las aplicaciones cedidas. Y **¿qué naturaleza jurídica tienen los acuerdos adoptados entre administraciones públicas?** La [Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local](#) ya establecía en su artículo 57.1 (precepto que continúa en vigor) que los convenios administrativos que de forma voluntaria se suscriban entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, son **“acuerdos de cooperación formalizados”** en los que se materializa la cooperación económica, técnica y administrativa entre estas administraciones públicas. Conforme al artículo 57.2 Ley 7/1985, es una obligación (se utiliza la forma verbal “deberá”) que la **suscripción de estos convenios** mejore la eficiencia de la gestión pública, elimine duplicidades administrativas y cumpla con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

En análogos términos, estos **acuerdos con efectos jurídicos entre administraciones públicas que no tienen por objeto prestaciones propias de los contratos se configuran** en el artículo 47.1 LRJSP **como convenios**. En este supuesto nos encontramos ante el tipo de convenio interadministrativo regulado en el artículo 47.2.a) de dicha norma, firmado entre dos Administraciones Públicas que incluye la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración Pública, para el ejercicio de competencias propias de la administración pública que solicita la cesión de los aplicativos y sistemas publicados en el Directorio general de aplicaciones para su libre reutilización al ser titular de los derechos de propiedad intelectual una administración pública.

Por tanto, estos convenios de cooperación entre administraciones públicas para la cesión de sistemas y aplicaciones propiedad de las administraciones públicas no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos. Analizaré a continuación los requisitos necesarios para que el objeto de estos convenios no contenga prestaciones propias de los contratos.

4.- CONVENIOS DE COOPERACIÓN ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PARA LA CESIÓN DE SISTEMA Y APLICACIONES PROPIEDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CUYO OBJETO NO CONTIENE PRESTACIONES PROPIAS DE LOS CONTRATOS

Del análisis de la [sentencia de 28 de mayo de 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung \(ISE\) mbH contra StadtKöln, no publicada, EU:C:2020:395](#) se han extraído por Martínez Gutiérrez²⁴ los fundamentos interpretativos de los convenios de cooperación entre administraciones públicas para la cesión, reutilización o utilización conjunta y continuada de tecnología cuyos derechos de propiedad intelectual corresponden a una administración pública y que no contienen prestaciones propias de los contratos. Me remito a dicha publicación.

Simplemente añadido que el artículo 12.4 de la [Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE](#), debe interpretarse conforme a la [sentencia de 28 de mayo de 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung \(ISE\) mbH contra StadtKöln, no publicada, EU:C:2020:395](#) en “*el sentido de que 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*” Y “*en relación con el considerando 33 y el artículo 18, apartado 1, de la misma, debe interpretarse en el*

²⁴ Martínez Gutiérrez. R. (2021). La reutilización y transferencia de tecnología para su utilización conjunta entre AA.PP, organismos y entidades del sector público tras la STJUE ISE/Colonia. Propuestas para completar una regulación insuficiente. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 56. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/116745>

*sentido de que una cooperación entre poderes adjudicadores **no debe tener el efecto, de conformidad con el principio de igualdad de trato, de favorecer a una empresa privada respecto a sus competidores***".

Asimismo, el propio artículo 16.1 ENI en su modificación por RD 203/2021 establece los aspectos que deberán incluirse en el acuerdo que se adopte entre las Administraciones cedentes y cesionarias²⁵. Interpretando a sensu contrario la letra f) del anterior precepto, si existe contraprestación será necesario establecer el convenio. Entiendo que incluso en los supuestos en los que no exista contraprestación, en los que de conformidad con lo dispuesto en este precepto no es necesario establecer convenio, ello **no significa que no deba aprobarse un convenio por remisión a lo dispuesto en el artículo 47.1 LRJSP** que recoge la definición de los convenios, a la que he hecho referencia anteriormente y resulta ocioso reiterar nuevamente.

La **contraprestación podrá incluir el 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. Por tanto, se incluyen en estos convenios de cesión de sistemas o plataformas de propiedad pública de otras administraciones públicas distintas de la Administración General del Estado, los **costes proporcionales de mantenimiento**. Entiendo regulada a partir del RD

²⁵Artículo 16.1 ENI. "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.**

203/2021 esta *“problemática del uso compartido y continuado en el tiempo de plataformas y tecnología entre dos administraciones, en las que una de ellas es la cedente y la otra la cesionaria, y la relación entre ambas no se limita a la cesión puntual de la tecnología sino que se existen en el tiempo de forma permanente y continuada”*²⁶, sin perjuicio de la posibilidad de seguir fundamentando la suscripción de estos convenios en el artículo 157.3 LRJSP.

Una vez establecidos los requisitos para entender que estos convenios no tienen por objeto prestaciones propias de los contratos, para la suscripción de los mismos se estará a lo en el Capítulo IV, artículos 47 a 53 LRJSP, que regulan entre otros, **los trámites preceptivos para la suscripción de estos convenios** por un plazo de cuatro años. Ello conlleva la **posibilidad de que estos convenios sean objeto de prórroga** por un plazo adicional de 4 años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo que regula el contenido de los convenios (artículo 49 LRJSP).

Asimismo, no podemos olvidar que **la suscripción de convenios entre administraciones públicas es una de las técnicas de cooperación** previstas en el artículo 144 LRJSP tanto para *“La prestación de medios materiales, económicos o personales a otras Administraciones Públicas”* (artículo 144.1.d) como para *“La cooperación interadministrativa para la aplicación coordinada de la normativa reguladora de una determinada materia”* (artículo 144.1.d).

²⁶Martínez Gutiérrez, R. (2021). La plena eficacia de la e-Administración. Comentario y notas fundamentales del Real Decreto 203/2021, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. *Derecho Digital e Innovación*, núm. 8. <https://rua.ua.es/dspace/handle/10045/116757>

5.- ADMINISTRACIÓN TITULAR DE LA COMPETENCIA SOBRE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS REALIZADAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE QUE SE TRATE

Las dudas que se podían plantear en relación con esta cuestión han sido resueltas expresamente por el RD 203/2021 en su artículo 65.2 en relación con la adhesión a una plataforma, registro o servicio electrónico de la Administración General del Estado. Como no podía ser de otra forma, **la adhesión y subsiguiente uso de estas plataformas, no supone “un cambio de la titularidad sobre las actuaciones administrativas realizadas en el procedimiento administrativo de que se trate, que corresponderá a la Administración competente para su tramitación. Si la plataforma provee un servicio que requiere el intercambio de información entre dos entidades usuarias de la misma o de distinta plataforma, la autenticación de la entidad solicitante puede acreditarse, ante la entidad cedente, mediante un sello electrónico cualificado del órgano, organismo público o entidad de derecho público que gestiona la plataforma en cuestión de la que es usuaria la entidad solicitante, que actuará en nombre de los órganos y organismos o entidades adheridos que actúan como solicitantes”**. Es decir, la administración usuaria de una plataforma estatal sigue ejerciendo sus competencias en su ámbito territorial, pues la administración estatal únicamente pone a disposición una plataforma para su uso por otra administración pública, que sigue prestando el servicio de administración electrónica en su ámbito territorial. Es decir, *“simplemente se produce la utilización de una herramienta o instrumento que no altera la titularidad”*²⁷. Añadido que resulta muy interesante destacar que no se exige legalmente el carácter de administración pública territorial

²⁷ Como afirma Martínez Gutiérrez, R. (2021, p. 13). Martínez Gutiérrez, R. (2021). *Relaciones interadministrativas para el funcionamiento del sector público por medios electrónicos. Plataformas, interoperabilidad y reutilización y transferencia de tecnología. Especial referencia a las Administraciones locales. Unidad didáctica 4*. Curso monográfico de estudios superiores: El impacto en las Administraciones locales del Real Decreto 203/2021, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. Diputación de Granada. CEMCI.

(estatal, autonómica o local) como requisito para poder ostentar los derechos de propiedad intelectual de una aplicación o sistema.

Las anteriores afirmaciones no se recogen de forma expresa en el artículo 64 RD 203/2021, al regular la reutilización de sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas. Atendiendo a una **interpretación sistemática e histórica de nuestro ordenamiento jurídico**, tanto europeo como español, **en ningún momento el uso de un sistema o aplicación de una administración conlleva la cesión a la misma de la competencia en relación con los servicios que la misma incluye**, precisamente porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 LRJSP la competencia es irrenunciable y se ejerce por los órganos administrativos que la tienen atribuida como propia. Es decir, cuando una administración pública cumple con las obligaciones impuestas en el artículo 157.3 LRJSP, **el uso de un sistema o aplicación previamente cedida y cuyos derechos de propiedad intelectual corresponden a otra administración pública nunca puede conllevar la renuncia al ejercicio de la competencia por parte de la administración cesionaria**, ni mucho menos **la cesión del ejercicio de la competencia a la administración cedente titular de los derechos de propiedad intelectual** del sistema o aplicación así como tampoco que esa **administración cedente ejerza sus competencias fuera de su ámbito territorial**. Una interpretación jurídica distinta llevaría al absurdo de la imposibilidad de que la obligación impuesta en el artículo 157.3 LRJSP se hiciera efectiva.

Ello, no obstante, si se entendiera que nos encontramos ante una **laguna de la ley** ante la falta de previsión normativa expresa en el artículo 64 RD 203/2021, la misma puede integrarse a través de la **analogía²⁸ como método de autointegración**. De esta forma, por identidad de razón, el artículo 65 RD 203/2021 contempla un supuesto semejante, pues la diferencia entre uno y otro precepto reside única y

²⁸ El artículo 4.1 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil establece que: “1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.”

exclusivamente en la administración que ostenta los derechos de propiedad intelectual de los sistemas y aplicaciones, la Administración general del estado en el artículo 65 y otras administraciones públicas en el artículo 64.

6. RECAPITULACIONES Y CONCLUSIONES

La Unión Europea en el año 2011, detectó un problema que las administraciones públicas españolas no han conseguido orillar a pesar de que la normativa existente fijaba las normas que lo evitarían: el problema de la cautividad tecnológica en el que se encuentran una gran parte de las administraciones públicas españolas, fundamentalmente locales, como consecuencia de que sus aplicativos y sistemas para prestar servicios de administración electrónica están desprovistos de interoperabilidad, portabilidad de datos y reversibilidad.

El ENI en el año 2011, la Directiva 24/2014, las leyes 39 y 40 en el año 2015, y actualmente el RD 203/2021 establecen las normas de preceptivo cumplimiento para que este problema no se perpetúe en la administración pública española. Se trata de la reutilización de sistemas y aplicaciones cuya propiedad intelectual corresponde a las administraciones públicas, que desde el año 2011 están obligadas a conectarse a la Red SARA para comunicarse entre sí con la finalidad de facilitar tanto el intercambio de información y de servicios entre las mismas como la interconexión con las redes de las Instituciones de la Unión Europea y de otros Estados miembros.

La obligación de reutilización de aplicaciones y sistemas de las administraciones públicas deriva de la obligación de las administraciones públicas de construir aplicaciones reutilizables bien en modo servicio o en modo producto. Frente a estas dos obligaciones complementarias, ¿cómo se justificará la decisión de no reutilizar en términos de eficiencia cuando la finalidad de la construcción de aplicaciones reutilizables, bien en modo producto o en modo servicio, es la de

favorecer las actuaciones de compartir, reutilizar y colaborar, en beneficio de una mejor eficiencia?

La materialización de estas dos obligaciones tiene lugar a través de los convenios de cooperación entre administraciones públicas para la cesión de sistemas y aplicaciones propiedad de las administraciones públicas cuyo objeto no puede tener prestaciones propias de los contratos. El artículo 12 de la Directiva 24/2014 establece los requisitos que deben cumplirse para ello.

El objeto de estos convenios no incluye prestaciones propias de los contratos si bien ello no impide que se incorpore una contraprestación que incluya los costes de adquisición o fabricación, desarrollo y mantenimiento de las aplicaciones cedidas, es decir, todos aquellos costes que cubran las necesidades, mejoras o actualizaciones que se pretenden satisfacer con la suscripción del convenio y que estén asociados a la reutilización del sistema o aplicativo.

Los trámites preceptivos para la suscripción de estos convenios de cooperación interadministrativos son los establecidos en los artículos 47 a 53 LRJSP, sin que la adhesión y subsiguiente uso de estas plataformas de las administraciones públicas cedentes suponga cambio alguno de la titularidad sobre las actuaciones administrativas realizadas en el procedimiento administrativo de que se trate, que corresponderá a la Administración cesionaria competente para su tramitación, que ejercerá esas competencias dentro de su ámbito territorial.