



INFORME DEL TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (TVDC) CON RELACIÓN AL BORRADOR DEL “PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REGULA LA APERTURA Y REUTILIZACIÓN DE LAS APLICACIONES INFORMATICAS DEL SECTOR PUBLICO DE LA CAE”.

Expte. I-4/2012

Índice

I.- OBJETO DEL INFORME.....	2
II.- BASE JURÍDICA Y ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL TVDC	2
III.- LEGISLACION APLICABLE:	3
IV.- OBJETO REGULATORIO DE BORRADOR DE DECRETO.	4
V.- FUNDAMENTO LEGAL DEL BORRADOR DE DECRETO.....	4
IV. EL BORRADOR DECRETO DE REUTILIZACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA	6
VII. CONCLUSIONES	10

Pleno

Dña. María Pilar Canedo Arrillaga, Presidente

Dña. Natividad Goñi Urriza, Vocal

D. Rafael Iturriaga Nieva, Vocal

D. Ibon Álvarez Casado, Secretario

El Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (TVDC), con la composición arriba ha adoptado el siguiente Informe, a petición del Director de Informática y Telecomunicaciones del Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco



I.- OBJETO DEL INFORME.

1. El 29 de mayo de 2012 tuvo entrada en este Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (en adelante TVDC) escrito presentado por el Director de Informática y Telecomunicaciones del Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco. En dicho escrito se solicita de este Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia se proceda a la emisión de informe preceptivo, para proseguir con la tramitación del citado proyecto de Decreto.

2. Se adjunta a la solicitud de Informe la siguiente documentación:

- Borrador de Decreto por el que se regula la apertura y reutilización de las aplicaciones informáticas del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.
- Documento denominado "Propiedad de los trabajos y Derechos de propiedad Industrial e Intelectual".

3. Este TVDC a través del presente Informe analizará la compatibilidad con las normas de competencia del referenciado Borrador de Decreto.

II.- BASE JURÍDICA Y ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL TVDC.

4. Con carácter general cabe señalar que la *Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, en su Artículo 25 atribuye a la Comisión Nacional de Competencia (CNC) competencias consultivas al establecer lo siguiente: "La Comisión Nacional de la Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas a la defensa de la competencia. En particular, podrá ser consultada en materia de competencia por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los distintos Departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, los Colegios profesionales, las Cámaras de Comercio y las organizaciones empresariales o de consumidores y usuarios".



5. Por su parte, el Decreto 81/2005, de 12 de abril, de creación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y de asignación de funciones del Servicio de Defensa de la Competencia en la Comunidad Autónoma de Euskadi atribuye al Pleno del TVDC competencias consultivas en su artículo 6.h que establece que corresponde al Pleno del Tribunal, entre otras funciones recogidas en esta disposición, la de “Responder las consultas que, en materia de defensa de la competencia, le sean formuladas por el Parlamento Vasco, el Gobierno Vasco, los distintos Departamentos del Gobierno Vasco, las Diputaciones Forales, las Corporaciones Locales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, otras Administraciones Públicas, las Cámaras de Comercio y las organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios de la Comunidad Autónoma”¹.

6. En virtud de esta normativa el TVDC debe elaborar un informe para responder a la solicitud arriba señalada. No obstante, de forma preliminar cabe manifestar que, en el ámbito de las funciones consultivas desempeñadas, el TVDC no puede adoptar decisiones para declarar si una práctica determinada llevada a cabo por operadores económicos es contraria a las disposiciones contenidas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC. Ello sería, en su caso, objeto de un procedimiento sancionador.

III.- LEGISLACION APLICABLE.

7. La regulación aplicable al supuesto planteado es la siguiente:

- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.
- Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

¹ El citado Real Decreto ha sido modificado por Decreto 36/2008, de 4 de marzo. BOPV nº 54 de 17 de marzo de 2008.



- 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.

IV.- OBJETO REGULATORIO DEL BORRADOR DE DECRETO.

8. El borrador de Decreto regula la apertura y reutilización de las aplicaciones informáticas que se vayan a desarrollar por el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi. En concreto, el artículo 1 del borrador de Decreto, dispone que el mismo tiene por objeto establecer las condiciones de apertura o puesta a disposición pública, para su reutilización, de las aplicaciones informáticas propiedad de cualquiera de las entidades incluidas en su ámbito de aplicación. Asimismo, regula el establecimiento de las condiciones previas a la adquisición, el desarrollo o mantenimiento a lo largo de todo el ciclo de vida de las aplicaciones informáticas.

Las aplicaciones informáticas afectadas son aquellas en las que, al menos una parte de sus códigos fuente, haya sido adquirida o desarrollada por cualquiera de las entidades incluidas en el ámbito de aplicación del Decreto, incluyendo la resultante de las modificaciones que pudieran producirse a lo largo de todo su ciclo de vida.

El borrador de Decreto, concreta que sólo se hallarán afectadas aquellas partes cuyos derechos de propiedad intelectual sean ostentados por las entidades incluidas en el ámbito de aplicación.

V.- FUNDAMENTO LEGAL DEL BORRADOR DE DECRETO.

9. La exposición de motivos sitúa la base normativa que da pie al borrador de Decreto objeto de análisis, que se pasa a exponer.

Las Administraciones Públicas se han visto inmersas en un proceso de modernización, en el que se incluye un radical cambio cultural basado en los principios de gobierno abierto, lo que implicaría un incremento en la transparencia, apertura y colaboración.



Uno de los ámbitos en los que se han utilizado los principios del gobierno abierto se refiere a la apertura de las aplicaciones informáticas propiedad de la Administración Pública, en el sentido de poner a disposición de otros las aplicaciones informáticas desarrolladas, por sí o por medio de terceros, por las Administraciones Públicas.

La reutilización que con ello se pretende permitiría, según el preámbulo del Decreto, un ahorro de costes en el desarrollo, mantenimiento y evolución del código fuente. Además, fomentaría el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación y coadyuvaría al desarrollo de un ecosistema empresarial de las tecnologías de la Información y de las Comunicaciones.

Por su parte, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, contempla en su artículo 45 que las Administraciones Públicas podrán poner a disposición de cualquier Administración sin contraprestación y sin necesidad de convenio aquellas aplicaciones informáticas de las cuales ostenten los derechos de propiedad intelectual. Dichas aplicaciones podrán ser declaradas como de fuentes abiertas, siempre que de ello se derive una mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública o se fomente la incorporación de los ciudadanos a la Sociedad de la información.

Asimismo, en su artículo 46 establece que las Administraciones Públicas mantendrán directorios para la libre reutilización de aplicaciones de acuerdo con lo que establezca el 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.

Por último, la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, contempla en su artículo 55, que la Administración de Justicia podrá poner a disposición de cualquier institución judicial o cualquier administración pública sin contraprestación y sin necesidad de convenio aquellas aplicaciones



informáticas de las cuales ostenten los derechos de propiedad intelectual. Las citadas aplicaciones informáticas podrán ser declaradas como de fuentes abiertas, siempre que de ello se derive una mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración de Justicia.

IV. EL BORRADOR DECRETO DE REUTILIZACIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

10. Abordamos en primer lugar el análisis del borrador de Decreto en relación con las normas estatales en las que se fundamenta.

El Decreto objeto de análisis está, como hemos indicado, expresamente basado en dos normas estatales, la de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (Ley 11/2007) y la Ley reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (Ley 18/2011).

Tal como se avanzaba, la Ley 11/2007, establece una distinción entre la puesta a disposición de aplicaciones y desarrollos para las Administraciones y para los ciudadanos. En referencia a los ciudadanos, el párrafo segundo del artículo 45, establece que las aplicaciones se podrán declarar como de fuentes abiertas cuando de ello se derive “una mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública o “se fomente la incorporación de los ciudadanos a la sociedad de la información.”

Lo mismo sucede con la Ley 18/2011 que, en su artículo 55, posibilita la puesta a disposición de las aplicaciones respecto de las que se ostente el derecho de propiedad intelectual a cualquier administración sin contraprestación y sin necesidad de convenio. Esta norma limita también la posibilidad de declarar las fuentes abiertas, a los supuestos de los que se derive una mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración de Justicia.

Partiendo de estas bases normativas, el borrador de Decreto obliga a la Administración General de la Comunidad Autónoma Vasca y sus entes, a convertir en fuentes abiertas todas las aplicaciones



informáticas en las que parte de sus códigos fuente sean adquiridos, desarrollados o modificados durante su mantenimiento a lo largo de todo su ciclo de vida por cualquiera de las entidades integrantes de dicho sector público respecto de los que se ostenten los derechos de propiedad intelectual.

La primera reflexión que cabe realizar es que la norma de base establece una mera posibilidad para la Administración que se traduce en el borrador de Decreto en una obligación.

Por otra parte, considera este TVDC que la regulación establecida en el Decreto propuesto tiene un alcance superior del mandato normativo establecido por las leyes 11/2007 y 18/2011. Así, el Decreto establece como regla general la determinación como de fuentes abiertas respecto de todas las aplicaciones informáticas desarrolladas por la Comunidad Autónoma tanto respecto de otras administraciones como respecto de los ciudadanos en general. No se exige, por tanto, que la administración realice el control recogido en ambas leyes, en virtud del cual para poder considerar que las fuentes son abiertas a los ciudadanos debe producirse “una mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública o “se fomente la incorporación de los ciudadanos a la Sociedad de la información” (Ley 11/2007) o “mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración de Justicia” (Ley 18/2011).

Es precisamente en el posible acceso de los ciudadanos y empresas en general a las aplicaciones desarrolladas por la Administración, donde podrían producirse afectaciones al mercado relevante. Por lo tanto, este TVDC recomienda que se realice una separación entre la apertura de las fuentes a las administraciones públicas y a los ciudadanos en general y que garantice el mandato normativo que supone el control previo de los objetivos antes citados cuando la aplicación vaya a hacerse disponible a los ciudadanos (no cuando sea a otras administraciones).

11. Si tratamos de buscar referentes en el ámbito comparado, varias iniciativas de diversas administraciones, incluyendo la Unión



Europea, están realizando labores para favorecer el empleo de software abierto tanto por parte de empresas, como por parte del sector público.

Dos elementos deben sin embargo ser subrayados.

En primer lugar, debe destacarse que estos programas pretenden con carácter general dotar a las administraciones públicas en Europa de una mejor comunicación así como de herramientas de colaboración para compartir su experiencia con las soluciones de interoperabilidad para las administraciones públicas, para aumentar el número de usuarios y aprovechar sinergias entre ellas. No debe desconocerse, sin embargo, que el objetivo de estos programas se limita ordinariamente al intercambio de información entre administraciones².

En segundo lugar, la mayoría de las normativas vigentes hasta el momento, bien fomentan el empleo por parte de la administración de software libre desarrollado por terceros³, bien establecen una mera posibilidad por parte de las administraciones de convertir en software libre las aplicaciones que desarrollen⁴.

12. Otras de las cuestiones que debe analizarse para determinar los efectos (positivos o negativos) sobre la competencia de este borrador, es el mercado afectado por las medidas propuestas.

En este sentido debe tenerse en cuenta que la norma que se analiza plantea que las aplicaciones que se desarrollen (siempre lógicamente que entren dentro del ámbito de aplicación del Decreto) serán automáticamente convertidas en aplicaciones de fuentes

² Digno de ser destacado por su carácter comunitario es el programa JOINUP de la Comisión Europea (véase <https://joinup.ec.europa.eu/>), donde se recogen herramientas para el intercambio de información y varias referencias a iniciativas adoptadas dentro de países comunitarios.

³ Véase http://www.linex.org/joomlaex/index.php?option=com_content&task=section&id=1&Itemid=3 donde se recogen los desarrollos desarrollados por la Junta de Extremadura.

⁴ Igualmente existen iniciativas a nivel nacional que favorecen la puesta en común de desarrollos de software libre o del empleo de fuentes abiertas (Comunidad Galicia o Castilla La Mancha) y alguna que va más allá aproximándose al alcance del Decreto propuesto (tal como sucede en la Comunidad Autónoma de Andalucía que, tras la entrada en vigor de la Orden del 21 de Febrero del 2005 sobre la Disponibilidad Pública de los programas informáticos.



abiertas por lo que serán accesibles a toda la ciudadanía sin limitación de ningún tipo.

Parece difícil concluir que esta medida pueda de algún modo no tener efectos en varios mercados de producto y al menos en los de desarrollo de aplicaciones informáticas y mantenimiento de las mismas. Resulta por otra parte difícil determinar a priori el mercado geográfico afectado ya que, al tratarse de aplicaciones que se harán accesibles por Internet, tendrían el efecto potencial de afectar al mercado mundial.

La afectación al mercado podría ser considerada desde una perspectiva positiva para la competencia, si bien tampoco sería descartable que la aplicación del Decreto pudiera suponer consecuencias negativas. Así, los artículos 4 y 7 del Decreto podrían ser interpretados como la conversión en bienes públicos de las aplicaciones desarrolladas por o para el Gobierno o sus entes y esto podría entrar en competencia con los desarrollos de los operadores privados que prestan los servicios a cambio de una contraprestación. El hecho de que las aplicaciones se conviertan en públicas modifica las condiciones actuales del mercado y puede producir una alteración en los precios y condiciones de la contratación.

Por todo ello debemos concluir que no cabe la posibilidad de conocer con un grado razonable de certidumbre si las implicaciones del Decreto serán positivas en todo caso o si existirán consecuencias negativas en la competencia que se deriven del mismo.

Esta instancia no obstante debe subrayar que el Gobierno Vasco debe comportarse de manera favorecedora de la competencia en la aplicación de este decreto y que esta instancia deberá estar atenta a las posibles restricciones de la competencia que pudieran generarse de la aplicación del mismo.

13. Finalmente cabría decir que el borrador plantea una serie de cláusulas de escape en los artículos 4.1 y 7. Gracias a ellas se



plantea que la administración ordenante, sea por razones relacionadas con la seguridad o sea por lo que se denomina “colaboración público-privada”, excepcione la aplicación de los mandatos del decreto.

En este sentido debe constatar el Tribunal que las causas que se recogen en la normativa se consideran excesivamente poco precisadas en ambos casos. Esta situación genera un excesivo margen de discrecionalidad para la administración que realiza la decisión de si mantener el sistema de interoperabilidad abierta o se mantienen los derechos de propiedad intelectual de los desarrolladores (o al menos no se opta por el sistema de apertura de las fuentes).

Esta situación puede generar disfunciones en la competencia en la medida en que la administración ordenante pretenda actuar como inversor privado (con la consiguiente preocupación por los intereses generales afectados por la citada situación) o simplemente se permita a determinadas empresas y no a otras mantener las ventajas del sistema de fuentes cerradas, lo cual podría generar situaciones discriminatorias en los mercados afectados.

Por todo ello, se recomienda al Gobierno Vasco que se concreten con claridad las causas que habilitan para la aplicación de las excepciones.

VII. CONCLUSIONES

PRIMERA: Este TVDC recomienda que se realice una separación entre la apertura de las fuentes a las administraciones públicas y a los ciudadanos en general y se garantice el mandato normativo que supone el control previo de los objetivos establecidos en la Ley 11/2007 y 18/2011 cuando la aplicación vaya a hacerse disponible a los ciudadanos.



SEGUNDA: Este TVDC recomienda que se concreten con claridad en el Decreto las causas que habilitan para la aplicación de las excepciones a la publicidad recogidas en el artículo 7.

TERCERA: Este TVDC recomienda que la administración realice una ejecución de la norma favorecedora de la competencia.

En Vitoria-Gasteiz a 13 de junio de 2012

PRESIDENTE

SECRETARIO

VOCAL

VOCAL

I