

Informe 65/96, de 20 de marzo de 1997. "Contenido y previsión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del número de licencias de uso en la adquisición de programas informáticos".

5.3. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Pliegos de cláusulas administrativas, generales y particulares.

ANTECEDENTES.

Por el Presidente de la Diputación Provincial de Burgos se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El uso de los programas informáticos adquiridos por la Administración suscita una cuestión sobre la que interesa conocer el autorizado criterio de esa Junta y que puede resumirse en los siguientes términos:

a) La cláusula 26 del RD 2572/1973, de 5 de octubre, dispone que "los programas utilizables por la Administración, en virtud de compraventa o arrendamiento.... serán de libre uso de la misma en cualesquiera equipos a su servicios."

De acuerdo con dicha cláusula, cuando la Administración adquiere un programa informático o la licencia para su uso:

1º. Puede utilizarlo precisamente en virtud de una compraventa o arrendamiento, puesto que, según el art. 173.b) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, este tipo de adquisición constituye un contrato de suministro cuyo objeto, según el art. 172 de la misma Ley, está integrado justamente por los mencionados negocios jurídicos.

2º. Puede usarlo libremente en cualesquiera equipos a su servicio. Para lo cual, en la mayoría de las ocasiones, necesita reproducir el programa en cada uno de estos equipos, ya que el volumen y complejidad de los actuales programas informáticos no permiten su utilización directa desde el soporte físico en que se suministran (ordinariamente "disquette" o "disco óptico"), sino que precisan un proceso de instalación mediante el que se "descomprimen" los ficheros originarios suministros al adquirir el "software" y se copian en el "disco duro" del ordenador en el que se pretende utilizar.

b) El art. 5.1. de la Ley 16/1993, de 23 de diciembre (BOE del 24), sobre protección de dichos programas, establece que la reproducción de éstos no necesita autorización de su titular cuando sea necesaria para su utilización por parte del usuario legítimo.

Si, como acaba de exponerse en el anterior apartado a), la Administración, usuaria legítima de un programa, necesita reproducir éste para utilizarlo en cada uno de los equipos a su servicio, parece evidente que concurre el supuesto de hecho contemplado en el indicado precepto legal.

c) La conclusión evidente es que, según la expuesta normativa, la Administración que adquiera un programa "de serie" podría reproducirlo y utilizarlo en cada uno de sus ordenadores sin necesidad de previa autorización de su titular, con independencia de las condiciones que consten en el impreso que acompaña al "software", usualmente con la fórmula de estilo de que "la apertura de este paquete implica la aceptación de los términos del contrato de licencia de uso", u otra similar; y, a su vez, la "licencia de uso" suele

establecer que el programa sólo puede utilizarse en un único ordenador en cada momento, sin admitir otras copias que las de seguridad.

Tal conclusión se adapta a la letra de la ley. Pero cabe preguntarse si no contradice el espíritu y finalidad de ésta, que no es otro que proteger los derechos de autor frente a la denominada "piratería informática". Piénsese en las consecuencias que podría tener el adquirir, por ej, un programa de tratamiento de textos al precio de "monousuario" y poderlo reproducir en todos los ordenadores de la Administración; por contra, piénsese también en las consecuencias de que la Administración; -a pesar de tener personalidad jurídica única y, por lo tanto, el carácter de "monousuario"- pacte con la empresa propietaria del "software" un precio muy superior -el de "multiusuario- al del precio de venta al público de ese mismo producto para cualquier otro usuario.

Por eso surge la duda de si la antes citada cláusula 26 del RD 2572/1973 ha podido quedar derogada por la disposición derogatoria única de dicha Ley 16/1993. Cuestión que no nos parece fácil debido a que esta disposición utiliza la fórmula genérica de la derogación tácita, relativa a las normas "que se opongan a lo establecido en esta Ley", en la que, como vimos, tiene cabida la excepción de que el usuario de un programa efectúe las copias necesarias para su utilización que, tratándose de la Administración, puede hacerse en cualesquiera equipos a su servicio.

En resumen, como quiera que esta Diputación se propone la inmediata adquisición de un determinado "software", se interesa de esa Junta Consultiva que, con la premura que le sea posible, emita informe sobre esta cuestión".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de examinar la cuestión planteada por la Diputación Provincial de Burgos en su escrito, conviene realizar algunas consideraciones sobre los aspectos relevantes de la misma. Por una parte, debe matizarse la fundamentación jurídica que motiva la petición del informe y su vigencia como norma jurídica; por otra, el carácter que, en el sentido de la cuestión planteada, se atribuye al pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de su mantenimiento, arrendamiento y programas.

En el escrito transcrito, sobre la primera de estos dos cuestiones, se motiva la consulta en la aplicación del artículo 5.1 de la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación del Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre protección jurídica de programas de ordenador, cita que debe entenderse referida a lo dispuesto en el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, que en la disposición derogatoria única de éste último deroga expresamente la Ley 16/1993 citada, y, por tanto, a cuanto se establezca en el mismo sobre el asunto objeto de la consulta.

En cuanto se refiere a la segunda cuestión, debe precisarse el alcance de los términos matizados en la consulta, ya que se plantea la posible derogación de la cláusula 26 del Real Decreto 2572/1973, por la disposición derogatoria única de la Ley 16/1993, por la presunción de la derogación tácita operante respecto del contenido normativo del artículo 5.1 de ésta última, y ello por la importancia que en el ámbito de la contratación administrativa tiene el carácter de los pliegos de cláusulas administrativas generales. Como cuestión previa se ha de señalar que no puede hablarse de la posible derogación de una cláusula de un pliego de cláusulas administrativas generales, toda vez que aún cuando éstos se aprueben por el Consejo de Ministros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y se realice tal acción por medio de un Real Decreto, la opinión más generalizada coincide en que tales pliegos carecen del

carácter de norma jurídica y se limitan a determinar las cláusulas administrativas típicas a las que, en principio, se acomodará el contenido de los contratos, expresando respecto de los mismos las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas de análogo objeto, cláusulas que podrán ser estipuladas en sentido contrario por los pliegos de cláusulas administrativas particulares conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a decisión del órgano de contratación, lo que no sería posible si aquéllos tuvieran el carácter de norma jurídica de rango del mismo orden de la que los aprueba. Por tanto, no es posible considerar, como en el escrito se señala, la derogación de una cláusula de un pliego de cláusulas administrativas generales por otra norma posterior al momento de su aprobación. Sin embargo, al objeto de centrar la consulta, debe precisarse si puede ser aplicada en la regulación expresa de un contrato considerando que existe una norma posterior que ha alterado el ordenamiento jurídico respecto del efecto derivado de la aplicación de tal cláusula. El análisis del contenido normativo del artículo 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas nos señala el criterio a seguir cuando establece que los pactos y las condiciones que se tengan por convenientes para concertar los contratos no pueden ser contrarios, entre otros límites, al ordenamiento jurídico y deberán cumplirse de conformidad con el mismo.

En consecuencia, la referencia a la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre protección jurídica de programas de ordenador, debe entenderse sustituida por el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y, en su relación, el análisis del contenido de la cláusula 26 del Pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de su mantenimiento, arrendamiento y programas, por si del mismo se apreciara contravención del ordenamiento jurídico, lo que implicaría su exclusión como cláusula a la que se ajustarán los contratos o si por el contrario es aplicable en el marco jurídico establecido por el citado Texto refundido.

2. El análisis de la cuestión planteada por la Diputación Provincial de Burgos aconseja recordar en este informe la importancia de la aplicación, al objeto de los contratos y a la precisión de los pactos y condiciones conforme a los cuales se celebran y ejecutan, del principio de la libertad de pactos que gobierna el sistema de la contratación administrativa de las distintas Administraciones Públicas, enunciado en el artículo 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la función de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la de los pliegos de cláusulas administrativas generales y la prelación de aquéllos sobre éstos que, excepto en los contratos menores, deberán incorporarse necesariamente al expediente de contratación a tramitar por el órgano de contratación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.2, apartado f).

Los pliegos adquieren en tal sentido, su relevante importancia en el contrato como ley del mismo, una vez aprobado y adjudicado el contrato al licitador seleccionado como contratista y en este sentido, como "ley del contrato", han sido reiteradamente caracterizados los pliegos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El órgano de contratación, concededor del ordenamiento jurídico y del objeto del contrato que desea celebrar, debe exponer con la mayor claridad en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el pliego de prescripciones técnicas particulares, los pactos y condiciones por lo que se desarrollará la adjudicación y ejecución del contrato, en los términos establecidos en el artículo 50.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en la precisión expresada en el artículo 35 del Reglamento General de Contratación. En ambos textos se resalta la importancia de los pliegos de cláusulas administrativas particulares respecto del contrato y en el segundo la expresión de la posibilidad de que en los mismos se

excepcione la aplicación de determinadas cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas generales.

La función de los pliegos tiene una triple proyección en el expediente de contratación. Por un lado informará a los licitadores interesados en su adjudicación de los fines perseguidos por la Administración en su oferta, conociendo que desea realizar en qué condiciones, con qué alcance, en qué tiempo, etc. Por otro, como se ha de ejecutar el contrato y como se cumplirán las obligaciones y los derechos que se atribuyen a las partes, sin más límite que el derivado del ordenamiento jurídico, y en esta función la Administración debe precisar el contenido de las obligaciones que asumirá el contratista en la previsión de que aquello que no se encuentra definido en los pliegos no puede considerarse como parte del contrato, y que las cláusulas de los mismos son parte integrantes de los contrato a las que éstos deben ajustarse. Finalmente, en relación con el contratista, el pliego se proyecta respecto de la oferta presentada por éste que supone su plena aceptación en los términos expresados en el artículo 80.1.

3. Deben indicarse en este informe el contenido normativo del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual respecto de los programa de ordenador, aun cuando sea a mero título de referencia. En su artículo 2 determina que los derechos de carácter personal y patrimonial integran la propiedad intelectual. El artículo 10 incluye a los programas de ordenador como objeto de la propiedad intelectual. El artículo 17 atribuye al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra y los derechos de reproducción, que precisa no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la misma Ley, concretando en el artículo 18 que se entiende por reproducción. Los artículos 95 a 104, ambos inclusive, integrados en el Título VII del Libro I, regulan las cuestiones relativas a los programas de ordenador. El artículo 95 determina el régimen jurídico aplicable a los derechos de autor sobre los programas de ordenador, que especifica en los artículos siguientes, indicando en el artículo 194 que lo dispuesto en los mismos se entenderá sin perjuicio de cualesquiera otras disposiciones legales, citando las más relacionadas con los mismos sin por ello implique la exclusión de otras no señaladas. El artículo 96 regula el objeto de la protección y el apartado 99 expresa el contenido de los derechos de explotación.

Regulado en tal sentido el régimen de la propiedad intelectual sobre los programas de ordenador, cabe extraer una conclusión sencilla, cual es que los derechos de explotación y reproducción estarán sujetos en todo caso a los que se establezca en cada contrato sobre la autorización expresa sobre los derechos de explotación y reproducción.

4. La cláusula 26 del Pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de su mantenimiento, arrendamiento y programas, señala en su dicción literal que los programas utilizables por la Administración, en virtud de compraventa o arrendamiento, como consecuencia de la adquisición de equipos, o de contrato independiente, serán de libre uso de la misma en cualesquiera equipos a su servicio. Su mera interpretación literal impone la consideración de su frontal oposición a lo dispuesto en el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual por cuanto la expresión "libre uso de la misma en cualesquiera equipos a su servicios" supondría el uso indiscriminado de la misma frente al derecho de explotación y reproducción determinado en el mismo. Sin embargo, no es esta la única interpretación que puede deducirse de la misma, sino que en la incardinación de la cláusula en el ordenamiento jurídico como "ley del contrato" impone su valoración al fin perseguido por la Administración que no es otro que el producto consecuente a su uso. Por ello es evidente que la expresión libre uso de la misma no puede interpretarse como algo sin límites, sino vinculado a la precisión que se establezca en el pliego respecto de su reproducción y explotación y a la libertad de la Administración de incluir los programas para su funcionamiento en

los equipos que considere oportunos, con las limitaciones precisadas en el pliego, sin tener que requerir para ello la autorización del titular de los derechos integrados en la propiedad intelectual.

5. De la interrelación de las consideraciones expuestas en los dos apartados anteriores puede obtenerse la solución a la consulta planteada por la Diputación Provincial de Burgos.

Es evidente que es el órgano de contratación el que precisa el alcance de la prestación que desea recibir y las necesidades que tiene intención de satisfacer, que fijará en el pliego de cláusulas administrativas particulares, determinando no solo el objeto del contrato sino en qué condiciones desea promover la concurrencia. Los licitadores con capacidad para concurrir y que acrediten su solvencia podrán presentar sus ofertas adecuándose al contenido de los pliegos correspondientes, entendiéndose que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, su presentación presume la aceptación incondicional por su parte del contenido de la totalidad de las cláusulas administrativas particulares sin salvedad alguna. Si el órgano de contratación, en función del análisis de las necesidades que justifican el objeto del contrato en el sentido establecido en el artículo 13 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, considera que desea reproducir el programa de ordenador que desea adquirir en más de un equipo o servicio, deberá indicarlo en el pliego al objeto de fijar las características de la prestación a contratar, la obligaciones y los derechos de las partes y el importe del precio del contrato que constituirá la contraprestación a abonar por la Administración, previsión que implicará una autorización concreta sobre los derechos de explotación y reproducción correspondientes, obligándose a cumplir los efectos del contrato en sus propios términos. En caso contrario, la falta de referencia en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la posibilidad de reproducción, operará como límite a la misma por su falta de expresión a los efectos previstos en los artículos 17 y 99 del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera:

1. Que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que determinen los pactos y condiciones por los que se celebrarán y ejecutarán los contratos de adquisición de programas de ordenador deberá precisarse por el órgano de contratación la posible reproducción de los programas y el alcance de la misma.
2. Que en la regulación establecida por el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual la aplicación de la cláusula 26 del Pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de su mantenimiento, arrendamiento y programas, no puede implicar la libertad indiscriminada de uso sin límite alguno, sino que responderá a la previsiones de reproducción y explotación expresadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y ello sin perjuicio del derecho que a la Administración le asiste de ubicar tales programas en los equipos que en cada momento considere adecuados a la función que tales programas de ordenador deben cumplir.