

**Al contestar refiérase
al oficio N° 16066**

15 de diciembre, 2017
DFOE-PG-0670

Máster
Roberth García González
Auditor Interno
PODER JUDICIAL
CORREO: auditoria@poder-judicial.go.cr

Estimado señor:

Asunto: Emisión de criterio solicitado por el Auditor Interno del Poder Judicial, sobre la posibilidad de realizar la transferencia de software desarrollado por una institución pública costarricense a su homóloga extranjera

Se procede a dar respuesta a la gestión planteada por el oficio n.º 1225-25-UJ-2017 de fecha 1º de noviembre de 2017, recibido en la Contraloría General el documento con la firma del solicitante el día 7 de noviembre del presente año, en el que se solicita el criterio del Órgano Contralor sobre la posibilidad de realizar la transferencia de software desarrollado por una institución pública costarricense a su homóloga extranjera, en el marco de una iniciativa de colaboración y cooperación internacional.

I. MOTIVO DE LA GESTIÓN

En el texto de la consulta planteada, se esboza la siguiente interrogante: "*¿Al ser un fondo público, existe la posibilidad de realizar la transferencia de software desarrollado por una institución pública costarricense a su homóloga extranjera, dejando la capacidad instalada en el país solicitante en el marco de una iniciativa de colaboración y cooperación internacional?*"

Posteriormente se indicó el criterio de la Auditoría, señalándose que considera que la calificación de "fondos públicos" del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, aplica también para el tiempo invertido por los funcionarios en la preparación y ejecución de las acciones (como capacitaciones o de otra índole), siendo entonces parte del tiempo del recurso humano de las instituciones que se entrega a otros países, por lo que, siendo permitido en esos casos, también se podría decir que se está ante una situación similar frente al intercambio de software.

Concluyendo que de acuerdo con el marco normativo al que se hizo referencia, así como en aplicación analógica de los convenios internacionales que existen en el Sector Público costarricense, no se observa impedimento para que cualquier institución pública -como el Poder Judicial-, realice en igual forma la transferencia de software desarrollado localmente a su homóloga en otro país, en el marco de una iniciativa de colaboración y cooperación.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, se encuentra regulada en el artículo 29 de la Ley Orgánica, Ley n.º 7428 del 4 de setiembre de 1994, y en el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, Resolución n.º R-DC-197-2011 publicada en el Diario Oficial La Gaceta n.º 244 del 20 de diciembre de 2011.

Según lo dispuesto en la normativa citada, el Órgano Contralor emite criterios vinculantes en el ámbito de su competencia, cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- a) La temática tiene relación con los componentes de la Hacienda Pública y en general con el ordenamiento de control y fiscalización superior de la Hacienda Pública.
- b) La consulta ha sido planteada por los sujetos pasivos de fiscalización de la Contraloría General, según definición presente en el artículo 4 de la Ley n.º 7428. Para lo cual deben entenderse incluidos el Auditor y Subauditor Interno de las instituciones públicas.

Aunado a lo anterior, cabe señalar que el inciso 2 del artículo 8 del Reglamento de referencia, establece como uno de los requisitos de obligatorio cumplimiento para la presentación de las consultas dirigidas al Órgano Contralor, lo siguiente:

*"Artículo 8º—**Requisitos para la presentación de las consultas.** Las consultas que ingresen para su atención conforme al artículo 29 de la Ley No. 7428, deberán cumplir los siguientes requisitos:*

(...)

2. Plantearse en términos generales, sin que se someta al órgano consultivo a la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante.

(...)."

De lo cual se desprende la obligación de plantearse las consultas en términos generales, sin que se someta al Órgano Consultivo a la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante.

Dicho proceder, obedece a la finalidad propia del proceso consultivo, que no pretende sustituir a la Administración en la toma de decisiones respecto de las competencias que le han sido asignadas en el ordenamiento jurídico, a la vez que se trata de evitar el riesgo que genera la emisión de un criterio vinculante sobre la base de supuestos fácticos y jurídicos que no se conocen a plenitud, y por ende, puede generar un pronunciamiento errado en sus conclusiones. De manera que se reitera el carácter general de las observaciones y el análisis que aquí se plantea sobre los temas en consulta.

Por ello, la potestad consultiva no debe verse como un medio por el cual la Contraloría General sustituye a las Administraciones Públicas en el manejo de situaciones particulares en el plano meramente administrativo, la resolución de los conflictos internos que se puedan generar entre las diferentes instancias en el seno de la administración consultante, o la validación o confirmación de conductas previamente adoptadas por la administración activa.

En ese tanto, lo anterior no impide emitir un criterio vinculante respecto a consultas relacionadas con el ámbito competencial del Órgano Contralor, máxime cuando se trata de temas o materias abordados previamente en el ejercicio de su potestad consultiva, bajo el entendido que se trata de consideraciones y observaciones que se esbozan desde una perspectiva general, y no de una situación específica e individualizada; para que sea utilizado en el análisis sobre la legalidad de las conductas administrativas que serán adoptadas por el sujeto competente, a quien corresponde finalmente tomar las decisiones que considere más ajustadas a derecho.

III. CRITERIO DEL ÓRGANO CONTRALOR

En primer término señalar, que para la atención de lo consultado objeto de estudio, debe tomarse en cuenta la función de control interno que aplica sobre los recursos públicos, por una parte, y la circunstancia misma de la titularidad de propiedad intelectual como producto o creación constituido en un bien intangible, de acuerdo con lo definido en la actuación por la Administración.

Dicho lo anterior, y conforme lo dispuesto por el artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley n.º 7428, siendo los "fondos públicos" los recursos, los valores, los bienes y los derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos; los equipos de cómputo, los sistemas informáticos, las licencias para utilizar un determinado software, los servicios que estos equipos y sistemas permiten desarrollar, en tanto sean propiedad de un organismo público para el cumplimiento de sus funciones, forman parte de los fondos públicos.

Tómese en cuenta que siendo un sistema de información automatizado como herramienta o instrumento que utilizan las organizaciones para soportar sus procesos, éste asume la naturaleza de un recurso que tiene un valor para la organización y sobre el cual, adquiere y mantiene derechos. Asimismo, son parte de la Hacienda Pública y por ende, sobre estos debe ejercerse los distintos controles que prevé el ordenamiento jurídico.

A partir de lo indicado, es que se ha desarrollado un sistema de control complementado con la Ley General de Control Interno, Ley n.º 8292, en procura de que la Administración Pública realice un manejo de los recursos públicos bajo la obligación de establecer un control interno que se integre y sea congruente con las competencias y atribuciones institucionales. El que de conformidad con el numeral 8 de la Ley de cita, está diseñado para proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier "*pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal*", exigiendo confiabilidad y oportunidad de la información, garantizando la eficiencia y la eficacia de las operaciones, en cumplimiento del ordenamiento jurídico y técnico.

En ese tanto, siendo los sistemas de información la herramienta que permite la generación, la captura, el procesamiento y la transmisión de información relevante sobre las actividades institucionales y los eventos internos y externos que puedan afectar su desempeño positiva o negativamente, requiere de la implementación de aplicaciones informáticas e infraestructura tecnológica, lo cual puede implicar software, hardware o instalaciones, o bien, una mezcla de estos. Resultando necesario un marco metodológico que guíe su ejecución para garantizar que se conocen bien los requerimientos, se diseñan adecuadamente las soluciones, se desarrolla y pone en operación mediante ambientes seguros y controlados, y se evalúa su desempeño posteriormente.

A todo ello, se suma que la Organización debe implementar las medidas de seguridad relacionadas con la operación de los recursos de tecnologías de información y las comunicaciones, minimizar su riesgo de fallas y proteger la integridad del software y de la información, a través de mecanismos de control que permitan asegurar la no negación, la autenticidad, la integridad y la confidencialidad de las transacciones y de la transferencia o intercambio de información, así como procedimientos para proteger la información almacenada en cualquier tipo de medio fijo o removible (papel, cintas, discos, otros medios), incluso los relativos al manejo y desecho de esos medios, con medidas preventivas, detectivas y correctivas con respecto a software “malicioso” o virus.

Al respecto, la Procuraduría General ha señalado que:

“El Estado debe garantizar la integridad y confiabilidad de todo sistema tecnológico que utiliza o administra. Un deber que se impone con mayor profundidad cuando se trata de los sistemas que resguardan la información personal de los administrados. La seguridad es un elemento esencial de la confianza del usuario. En particular, la administración electrónica no podrá desarrollarse si los administrados carecen de la confianza en que sus derechos e intereses serán salvaguardados a pesar del empleo de los teleservicios.” (Opinión Jurídica OJ-083-2004, del 5 de julio de 2004).

Resultando imprescindible definir previamente los requerimientos de seguridad que deben ser considerados en la implementación y mantenimiento de software e infraestructura; así como contar con los procedimientos claramente definidos para su mantenimiento y puesta en producción, mantener un acceso restringido y los controles necesarios sobre los ambientes de desarrollo, mantenimiento y producción, y controlar el acceso a los programas fuente y a los datos de prueba.

De modo que la Administración Pública debe tomar las medidas de seguridad necesarias respecto de su constitución y administración, siendo ineludible implantar tecnología que tienda a proteger la información almacenada o tratada, en el tanto ésta concierne información de los sujetos privados, amparada por el artículo 24 de la Constitución Política y respondiendo a criterios de integridad, confiabilidad y seguridad; sin desatender la garantía del derecho de acceso a los departamentos administrativos, establecido en el ordinal 30 del mismo cuerpo constitucional, con propósitos de información sobre asuntos de interés público.

Todo ello resulta especialmente relevante ante una eventualidad de transferencia de software, en el que la Administración Pública en ponderación a una serie de consideraciones y análisis que de previo debe realizarse acorde con el marco jurídico vigente, tendría como salvedad la transferencia del código y no del contenido de las bases de datos.

Por otra parte, como un segundo aspecto, en el marco de puesta en operación de este tipo de sistemas y ante una necesidad institucional; el diseño, la construcción o la implementación y el mantenimiento del software, es una decisión que cada Administración debe valorar con la información suficiente, respecto de las posibilidades de optar por la elaboración propia de éste a través de sus servidores que cuentan con dicha destreza, o bien, la adquisición de éste a través de solicitudes de contrataciones de terceros.

Siendo que en el primer supuesto, si dentro de las funciones que tiene el servidor público especialista, está la creación del software para las soluciones tecnológicas de la institución, le podría pertenecer tales derechos a la Administración (ver en este sentido la sentencia n.º 415,

de las 09:00 horas del 22 de diciembre de 1994, de la Sala Segunda); por haberse realizado en tiempo laboral así como con la colaboración institucional en brindarle las herramientas necesarias, pues no sólo fue permitido sino también impulsado por la misma.

En relación con la contratación de un tercero, el accionar consecuente de la Administración dependerá de cómo se precise -de corresponder- en la formalización contractual, sujeto al requerimiento y a las características propias y condiciones del mismo, así como las obligaciones que le corresponde a cada una de las partes; lo cual determinará la forma en que se ejecutará en función a la naturaleza del bien que se va adquirir. Es decir, a efectos del tema consultado, si se define en las cláusulas contractuales la cesión de los derechos de autor, o si existe alguna reserva de la propiedad intelectual y sobre los alcances de los derechos de uso.

Al respecto, en la contratación administrativa podría ocurrir que al momento de definirse la adquisición del uso del software bajo un esquema de licenciamiento, influyan variables para tomar tal decisión, con ocasión del fundamento de los aspectos técnicos y objetivos considerados en particular para cada caso en concreto. Por lo que se debe considerar adicionalmente, que cuando se califique la relación como "transferencia", la Administración debe tener claro y dejar formalizados al menos los siguientes puntos: si se trata de un esquema de licenciamiento o de cesión de software, si incluye el código fuente o no, las limitaciones al uso del software, la posibilidad de realizar obras derivadas, de transferir el software a terceros y que se pueda lucrar con él, y sobre todo, que en las cláusulas se señale con claridad la titularidad de la propiedad intelectual.

En consecuencia, es necesario que la Administración analice cómo se pactó en el contrato, las licencias de programas, transferencia y cesión, verificación, servicios técnicos, plazos y terminación, así como indemnizaciones, garantías y recursos; dado que aunque tenga en la reserva de la Administración el código fuente, éstas pueden ser propiedad registrada bajo el dominio del contratista, o bien usar el software componentes de terceros -librerías- que limiten esa potestad de transferencia. Todo esto lo determinará el acto razonado por la Institución estatal, siendo dicho contrato en el que se definirán y regularán las condiciones a las que se obligaron las partes, así como demás condiciones generales propias de la contratación.

Así las cosas, resulta necesario que para una posible transferencia de software desarrollada por una institución pública; ésta debe valorar las cláusulas pactadas mediante las cuales lo adquirió, para así determinar si es posible o no dicha transferencia de software, o si por el contrario se requiere del consentimiento previo de su "creador".

Finalmente, señalar que el Sector Público se rige por el principio de legalidad conforme lo establecen los ordinales 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública, los cuales regulan el sometimiento pleno a la ley como sustento habilitante de actuación; por lo que también es de aplicación, para el caso de una cesión de derechos de uso o propiedad de un software.

De esta forma las instituciones deben ser especialmente cuidadosas en asegurar que las decisiones favorezcan el interés general de acuerdo con la regulación normativa vigente, materializado en la realización eficaz y eficiente del servicio, así como en el uso de los fondos públicos en cumplimiento de sus fines, sin desviaciones que signifiquen un traspaso a fines particulares ajenos al servicio.

IV. CONCLUSIONES

1. La Administración es la llamada a verificar las cláusulas pactadas mediante las cuales adquirió el software, para así determinar si es posible la transferencia -en caso de tener la propiedad íntegra del software- o por el contrario, requiere del consentimiento previo de su “creador”.
2. Ante el supuesto de la contratación de un tercero, para la transferencia de software la Administración debe analizar cómo se pactó en el contrato, las licencias de programas, transferencia y cesión, verificación, servicios técnicos, plazos y terminación, así como indemnizaciones, garantías y recursos; dado que aunque tenga en la reserva de la Administración el código fuente, éstas pueden ser propiedad registrada bajo el dominio del contratista, o bien usar el software componentes de terceros -librerías- que limiten esa potestad de transferencia.

Finalmente, se recuerda la importancia de registrarse y utilizar el Sistema de la Potestad Consultiva, de manera que se pueda brindar un servicio más oportuno y eficiente en la atención de la gestión. El mismo se encuentra en el sitio web de la Contraloría General: www.cgr.go.cr.

Atentamente,

Lic. José Luis Alvarado Vargas
GERENTE DE ÁREA



Licda. Hilda Natalia Rojas Zamora
FISCALIZADORA

MPM/aam

Ci: Secretaría Técnica DFOE CGR
Archivo

G: 2017003586

Exp: CGR-CO-2017007088

NI: 28091 (2017)