

TFM21092020

por ERIKA DEL CARMEN PÉREZ JIMÉNEZ

Fecha de entrega: 22-sep-2020 09:56a.m. (UTC+0200)

Identificador de la entrega: 1393721988

Nombre del archivo:

344600_ERIKA_DEL_CARMEN_PEREZ_JIMENEZ_TFM21092020_2869618_923778280.pdf (1.14M)

Total de palabras: 19357

Total de caracteres: 105679

Máster en Derecho de las Telecomunicaciones, Protección de Datos, Contenidos Audiovisuales y Sociedad de la Información.
2019-2020

Trabajo Fin de Máster

**“Derecho de acceso a los algoritmos utilizados
por la Administración pública:
Caso del bono social eléctrico”**

Erika del Carmen Pérez Jiménez.

Tutora Dra. Sor Yanari Arteaga Juárez

En Madrid, España, a 21 de septiembre de 2020



[Incluir en el caso del interés de su publicación en el archivo abierto]

Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial**
– Sin Obra Derivada

CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	3
II. METODOLOGÍA	4
III. OBJETO DEL INFORME	4
IV. ANTECEDENTES DE HECHO	5
V. CUESTIONES PLANTEADAS	8
VI. NORMATIVA APLICABLE Y DOCTRINA	8
NORMATIVA	9
Principio de legalidad	9
Transparencia y derecho de acceso a la información	9
Administración pública	11
Derecho a la protección de datos personales	13
Propiedad intelectual	17
Bono social eléctrico	19
RESOLUCIONES EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN.	24
DOCTRINA DE REFERENCIA	32
VII. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	37
LOS ALGORITMOS EN GENERAL	37
DERECHO DE ACCESO A LOS ALGORITMOS.	38
DECISIONES AUTOMATIZADAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	39
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	41
PROPIEDAD INTELECTUAL COMO LÍMITE AL DERECHO DE ACCESO A LOS ALGORITMOS	42
VIII. CONCLUSIONES	43
IX. FUENTES DE CONSULTA	45

I. INTRODUCCIÓN

Muchos son los casos conocidos sobre la aplicación de algoritmos por empresas del sector privado en la toma de decisiones, principalmente de aquellas que prestan servicios de la sociedad de la información. Sin embargo, en nuestra opinión, hasta cierto punto, este tipo de algoritmos no tienen implicaciones jurídicas “aparentes” en la vida de los ciudadanos, por lo cual, en la mayoría de las ocasiones nos dejamos llevar quizá por el confort que nos ofrecen y dejamos que tomen decisiones por nosotros.

Distinto caso se nos presenta cuando es la propia administración pública quien toma decisiones respecto a nuestros derechos y libertades a través de un algoritmo.

En los últimos años la forma de relacionarnos como ciudadanos con la administración pública ha dado un cambio radical, todo esto, gracias a la implementación de las nuevas tecnologías. Una de las manifestaciones más notorias de esta nueva forma de relacionarnos, es la gran inversión económica que realizan las administraciones públicas con la finalidad de transitar a las administraciones electrónicas, y con ello al uso de algoritmos.

Como veremos a lo largo de este trabajo, la utilización de algoritmos es una práctica habitual por la administración pública, que recurre a la adopción de estas “herramientas” para automatizar procedimientos que de otra manera podrían resultar más tardados y engorrosos, pero en otras ocasiones el algoritmo va más allá, y se convierte en un mecanismo de toma de decisiones por parte de la administración que puede llegar a vulnerar derechos de los ciudadanos, con base en apreciaciones algorítmicas contrarias a las leyes.

Esto puede suceder, por ejemplo, si el algoritmo contiene errores y no reproduce de manera fiel los supuestos de hecho establecidos en la legislación, (como en el caso que nos ocupará más adelante) o por diversos factores que influyen en el algoritmo, como datos imprecisos, inadecuados, sesgos discriminatorios, datos desactualizados, etc.

En este sentido, el objetivo de este trabajo es determinar si la persona que se ve afectada por una decisión algorítmica, tiene derecho de acceder al algoritmo para determinar si este se corresponde con los presupuestos normativos, y en caso de encontrar alguna “anomalía” impugnar dicha decisión.

¹ Caso de Amazon y sus algoritmos fijadores de precios (y que existen en casi todos los portales de e-commerce), algoritmos de currículums que contiene sesgos de contratación; algoritmos en los mercados de divisas; un algoritmo que te puede ayudar a encontrar el amor en aplicaciones como Harmony o Tinder; para la contratación de seguros médicos, para la personalización de la publicidad, Netflix y sus sugerencias, en gmail con su texto predictivo, Calixto life del PP que ofrece “ideas” para responder, etc.

Para abordar este “nuevo” derecho, haremos un recorrido por la normativa que se considera puede dar las pautas para fundamentar el acceso a dicha información, como la normativa en materia del derecho de acceso a la información pública y la normativa en materia de protección de datos (en particular, respecto al derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado). Adicionalmente, se suman el análisis de algunas consideraciones relevantes en materia de administración pública y propiedad intelectual, que nos permitirán acotar la cuestión.

Asimismo, y con la finalidad de materializar en un caso en concreto el derecho de acceso a los algoritmos, analizaremos el algoritmo BOSCO (que utilizan las comercializadoras eléctricas para corroborar que un solicitante cumple con los requisitos para acceder al bono social eléctrico), y que actualmente es objeto en recurso contencioso administrativo ante la negativa de la autoridad administrativa de permitir el acceso a su contenido.

Este caso en particular nos permitirá hacer visible los argumentos en pro y en contra del derecho en comento, así como las posibles implicaciones de negar el acceso a información sobre una aplicación que niega un derecho reconocido por ley.

Sin más, recordar que el tema que nos ocupa es de suma importancia en la actualidad, debido a que son los algoritmos quienes están “decidiendo” sobre la forma de ejercer nuestros derechos, y más aún, sobre los derechos que se nos reconocen o se nos niegan por la administración, sin ningún fundamento legal.

II. METODOLOGÍA

Analizaremos la normativa y doctrina aplicable en materia del derecho de acceso a la información, protección de datos, administración electrónica y propiedad intelectual que puede servir de fundamento para desarrollar un derecho de acceso a los algoritmos utilizados por la administración pública.

A la par del estudio, realizaremos un **informe jurídico** sobre el derecho de acceso al contenido del algoritmo BOSCO que “comprueba” si las personas cumplen los requisitos para acceder al bono social eléctrico.

III. OBJETO DEL INFORME

Establecer el marco normativo que fundamenta el derecho de acceso a los algoritmos de decisión utilizados por la administración pública, y determinar en particular, si en el caso del algoritmo BOSCO (utilizado por las comercializadoras de electricidad para evaluar si los solicitantes cumplen o no los requisitos para acceder al bono social

eléctrico) es procedente reconocer el derecho a **acceder al algoritmo**, conforme a los términos de acceso a la información pública.

IV. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 15 de noviembre 2017 se publica la Resolución que pone en marcha la aplicación telemática BOSCO que permita al comercializador de referencia comprobar que el solicitante del bono social cumple los requisitos para ser considerado consumidor vulnerable.”²

2. La fundación ciudadana CIVIO³ recibe “quejas” por parte de la ciudadanía sobre problemas con la aplicación BOSCO, en las que se refiere que dicha aplicación “niega” sin razón el derecho al bono social a personas que cumplen con los requisitos establecidos por ley. Ante dicha situación, en septiembre de 2018, solicita al Ministerio para la Transición Ecológica (Ministerio) a través del Portal de Transparencia para que respecto a la Resolución que pone en marcha la aplicación, se le informe:

- La especificación técnica de dicha aplicación
- El resultado de las pruebas realizadas para comprobar que la aplicación implementada cumple la especificación funcional.
- **El código fuente de la aplicación actualmente en producción** (el resultado es nuestro)
- Cualquier otro entregable que permita conocer el funcionamiento de la aplicación.

La solicitud queda referida con el número de Expediente 001-028612.

3. Transcurrido el plazo de un mes establecido en el artículo 20.1 de la Ley General de Transparencia, acceso a la Información pública y Buen Gobierno (LGTIBG) para dar respuesta a la solicitud, y fenecido también la ampliación del plazo solicitado por el Ministerio para resolver (un mes adicional), no se obtiene respuesta expresa por parte de la administración, lo que supone conforme a la legislación que deniega el acceso a la información solicitada.

² Resolución de 15 de noviembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se pone en marcha la aplicación telemática que permita al comercializador de referencia comprobar que el solicitante del bono social cumple los requisitos para ser considerado consumidor vulnerable. Publicado en: «BOE» núm. 279, de 17 de noviembre de 2017, páginas 111138 a 111139 (2 págs.) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-13266>

³ Conforme a su Estatuto, es una asociación que tiene como misión contribuir a la mejora democrática del país mediante el recurso a la tecnología, la comunicación, la investigación y el desarrollo. Especialmente implicada en temas de transparencia, acceso a la información, tecnología y medio ambiente.

4. El 27 de noviembre de 2018, la Fundación CIVIO presenta reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) ante el silencio administrativo del Ministerio (Reclamación registrada como expediente R/0701/2018).

5. Con fecha 29 de noviembre de 2018, el CTBG remitió el expediente al Ministerio, para que presentaran las alegaciones que se considerasen pertinentes.

6. El 24 de enero de 2019 recae escrito de contestación por el Abogado del Estado en nombre del Ministerio, en el que señala que se niega la información con base en los límites al derecho de acceso contenidos en el **artículo 14 inciso a) (seguridad nacional) y d) (seguridad pública)** de la LGTIBG, y que en particular, respecto al **código fuente** “cabe la inadmisión de la solicitud , ya que no se considera información pública conforme al artículo 13 de la misma ley, al no ser ni “contenidos ni documentos, sino programas informáticos” sumado al **artículo 14 inciso j)**, “**el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial**”. Adicionalmente, hace referencia a la regulación en materia de protección de datos como limitante para la entrega de la información.

7. El 18 de febrero de 2019 el CTBG **estima parcialmente** la reclamación presentada por la Fundación CIVIO, al considerar que el único límite aplicable es el contemplado en el **artículo 14, inciso j (propiedad intelectual)** de la LGTIBG, por lo que requiere al Ministerio para la transición ecológica para que en un plazo máximo de 10 días hábiles, remita al reclamante la siguiente información:

- La especificación técnica de dicha aplicación
- El resultado de las pruebas realizadas para comprobar que la aplicación implementada cumple la especificación funcional.
- Cualquier otro entregarle que permita conocer el funcionamiento de la aplicación.
- Quedando fuera de la solicitud, la entrega por parte del Ministerio del “**código fuente de la aplicación actualmente en producción**” **conforme al límite referido.**

8. El Ministerio para la Transición Ecológica remite a CIVIO los siguientes documentos:

- BOSCO- Comprobación de las condiciones de otorgamiento del Bono Social. Análisis funcional
- Casos de prueba- Bono social eléctrico.

9. El 17 de abril de 2019 se admite a trámite del recurso contencioso administrativo en contra de la Resolución del CTBG presentado por CIVIO.

10. El 20 de junio de 2019 la Fundación CIVIO presenta sus alegaciones conforme al **recurso contencioso administrativo** en contra de la Resolución R/0701/2018 dictada por CTBG por el que solicita se declare la nulidad al considerar que el límite al derecho de acceso no es aplicable y se debe entregar el código fuente, porque su denegación se considera una vulneración al **principio de legalidad**⁴ recogido en el artículo 9.3 de la **Constitución Española (CE) y que no es aplicable el límite del artículo 14, inciso j) de la LGTIBG** de conformidad con los **artículos 13 (Exclusiones) y 31 bis (No será necesaria autorización del autor cuando una obra se reproduzca, distribuya o comuniqué públicamente con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios) del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI)**.⁵

11. El 5 de septiembre de 2019 recae la contestación por parte del abogado del Estado en representación del CTBG al recurso contencioso administrativo interpuesto por CIVIO en la que reafirma su criterio de aplicación del límite al derecho de acceso con base en la propiedad intelectual de la administración pública.⁶

12. En marzo de 2020, ante la crisis sanitaria generada por el COVID-19, se amplía la aplicación del derecho al bono social eléctrico a los **trabajadores despedidos** por la

⁴ CIVIO argumenta que se vulnera el artículo 9.3 de la CE y que “cuando **el código fuente de un programa informático es ley**, porque mediante su ejecución se generan derechos y obligaciones, el ciudadano tiene tanto derecho a inspeccionar su funcionamiento como lo tiene con respecto a cualquier otra norma jurídica.”... “**El código fuente, en este aspecto, ha de ser sometido a los mismos requisitos que los que se imponen a las fuentes del derecho.**”... “La respuesta de la administración a la petición de transparencia... impide que la ciudadanía pueda comprobar si existe o no arbitrariedad en la toma de decisiones. Los destinatarios de la norma, en este caso, se hallan imposibilitados de conocer la regulación que se les aplica, porque ésta ha devenido secreta, lo que jurídicamente no es admisible.”

⁵ Respecto a la inaplicación del límite del artículo 14 inciso j) LTAIBG argumentan: “entenderíamos que el límite del artículo 14.1.j) de la LTAIBG puede aducirse por la administración cuando el código objeto de petición pudiera ser de titularidad de un tercero, pero nunca y **en ningún caso cuando la titularidad de dicho código es de una administración pública**, puesto que nada hay en la legislación que permita ocultar la motivación de los actos con los que se nos gobierna. Interpretarlo de manera contraria e impedir el acceso al código fuente permitirá que la administración pública, tanto en el presente como en el futuro, desarrolle algoritmos ocultos al escrutinio público puesto, al hallarse tales algoritmos regulados por propiedad intelectual, gozarán de la excepción del artículo 14.1.j).”

⁶ El Abogado del Estado argumenta: “...la “aplicación” **no debe ser considerada como un reglamento**, debido a que esta se “inserta en una fase de un procedimiento administrativo con el fin de verificar el cumplimiento de una serie de requisitos previamente establecidos por una norma legal o reglamentaria...”, por lo tanto, el posterior acto administrativo será dictado por un órgano decisorio, no por la aplicación informática.”... “Es fundamental que los actos administrativos se **motiven de manera suficiente**, de modo que el administrado disponga de aquellos elementos de juicio que le permitan conocer las razones que han llevado a la administración a adoptar una determinada decisión; razones que, insistimos, **se fundamentan siempre en última instancia en la norma y no en una simple aplicación informática.**” ... “Asimismo, no es aplicable las consideraciones del artículo 13 (“una aplicación informática no es ni puede insertarse en ninguno de los elementos incluidos en el artículo 13 del TRLPI”) y 31 del TRLPI porque **las administraciones públicas también pueden ser titulares de derecho de propiedad intelectual**, los cuáles se pueden considerar como derechos de propiedad incorporal. “Ni el código civil, ni la Ley de Propiedad intelectual ni la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas establece ningún tipo de limitación objetiva de los derechos de propiedad intelectual por razón de su titular.”

crisis y a los **autónomos** que vean afectados sus negocios por el cese de actividad o la reducción de su facturación durante la crisis, lo que implica un mayor número de posibles solicitantes.

13. A la fecha de este informe no ha sido resuelto el recurso.

V. CUESTIONES PLANTEADAS

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

1. En general, si es aplicable el derecho de acceso a los algoritmos de decisión utilizados por la administración pública.
2. En particular, si la Administración debe proceder también a entregar el código fuente de la aplicación informática BOSCO o si, por el contrario, no es procedente hacerlo en aplicación a límite previsto en el artículo 14.1.j (“el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial”) de la LGTIBG.

VI. NORMATIVA APLICABLE Y DOCTRINA

En el caso que nos ocupa confluye una serie de situaciones jurídicas y técnicas que nos invitan a abordar el problema desde una perspectiva más amplia, por lo cual, este apartado no se limitará al análisis de la legislación aplicable en materia de acceso a la información, sino que también analiza los principios constitucionales aplicables, la normativa en materia de protección de datos personales, administración pública, propiedad intelectual, y adicionalmente, la normativa aplicable al bono social eléctrico.

Consideramos que toda la normativa referida se encuentra estrictamente relacionada al objeto de este análisis y que una visión en conjunto nos permitirá tener una mejor perspectiva de la importancia jurídica el derecho de acceso a los algoritmos utilizados por la administración pública.

En último término, complementamos este apartado con sentencias relevantes en el tema (escasa pero de suma relevancia) así como con criterios doctrinales que nos servirán de apoyo para explicar de una forma más sencilla en que consiste este derecho de suma actualidad.

NORMATIVA

Principio de legalidad

La Constitución Española en su artículo 9. 3 “garantiza el **principio de legalidad**, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

Transparencia y derecho de acceso a la información

- a) Constitución española. El artículo 105, inciso b) establece que la Ley regulará el “**acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos**, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.”
- b) Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Empezaremos por referirnos al preámbulo de la Ley:

“La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos.”⁷

De forma específica, es de relevancia el artículo 12 que contempla el derecho de acceso a la información en los siguientes términos:

*“Todas las personas tienen derecho a acceder a la **información pública**, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley. Asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica.”*

⁷ Preámbulo de la LGTIPBG

Por su parte el artículo 13 determina que *“Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.”*

Respeto a los límites a este derecho el artículo 14 establece:

“1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para:

- a) La seguridad nacional.*
- b) La defensa.*
- c) Las relaciones exteriores.*
- d) La seguridad pública.*
- e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.*
- f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.*
- g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control.*
- h) Los intereses económicos y comerciales.*
- i) La política económica y monetaria.*
- j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.*
- k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.*
- l) La protección del medio ambiente.*

2. La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso...”

En estrecha relación con los límites establecidos en el artículo anterior, y de suma importancia para nuestro análisis, tenemos al artículo 16 que dispone:

“En los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida.”

El procedimiento para el ejercicio de este derecho lo encontramos contemplado en los artículos 17 a 20 y no es óbice referir que el preámbulo de la misma ley “reconoce y garantiza el acceso a la información... como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo- ...”

Administración pública

- a) **Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.** En el artículo 41 contempla el Derecho a una buena administración en los siguientes términos:

“1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

3. *Este derecho incluye en particular:*

- *el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,*
- *el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,*
- *la obligación que incumbe a la administración de **motivar** sus decisiones.*

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus Instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”

- b) **Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones.⁸ (LPAC).**

Reconoce en el artículo 13, los derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas. En particular, en el inciso d) recoge el derecho *“al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013...”* y en el inciso e) el derecho a *“ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y empleados públicos, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.”*

- c) **Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público⁹ (LRJSP).**

Respecto a las actuaciones administrativas automatizadas, que se encuentran vinculadas al uso de algoritmos, tenemos el artículo 41 que dicta:

⁸ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565>

⁹ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566>

“1. Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público.

2. En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación.”

Por otro lado, la Ley también prevé en el artículo 157 consideraciones respecto a la reutilización de sistemas y aplicaciones de propiedad de la administración de las cuáles son titulares de los derechos de propiedad intelectual, *“salvo que la información a la que estén asociadas sea objeto de especial protección por una norma.”* Es especialmente relevante para este caso, el apartado 2 del mismo artículo:

“2. Las aplicaciones a las que se refiere el apartado anterior podrán ser declaradas como de fuentes abiertas, cuando de ello se derive una mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública o se fomente con ello la incorporación de los ciudadanos a la Sociedad de la información...”

d) Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.¹⁰

En el mismo sentido encontramos a esta ley, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público.

e) 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.

Muchos de las aplicaciones informáticas o algoritmos utilizados por la administración pública se obtienen a través de contratos celebrados con entidades privadas para la creación de estos, por lo cual, se debe tener en cuenta los principios contractuales que se deberán observar al momento de adquirirlos. En este sentido el artículo 308, apartado 1 establece:

¹⁰ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-19814>

“1. Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público.”

Derecho a la protección de datos personales

- a) **REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).**¹¹ (RGPD)

Las Disposiciones del RGPD sobre las decisiones automatizadas en general, las encontramos dispersas a lo largo de todo el texto, y explicadas en particular en las Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679. Adoptadas el 3 de octubre de 2017. Revisadas por última vez y adoptadas el 6 de febrero de 2018,¹² (Directrices) por lo cual realizaremos un desarrollo agregado de ambos documentos.

Como veremos más adelante, aunque el texto del RGPD suele ser un poco ambiguo, consideramos que es la única regulación que permite cierta transparencia cuando se tratan de decisiones automatizadas relevantes para una persona, no obstante, se debe tener en cuenta que esta será aplicable únicamente cuando la decisión conlleve el tratamiento de *datos personales*, y no en otro tipo de datos, por ejemplo, datos anonimizados.

Dentro de su articulado encontramos:

*1. El artículo 13, apartado 2, letra f (cuando la información se obtenga del interesado) y el artículo 14 apartado 2, letra g (cuando la información se obtenga de terceros) establece que adicional a la información que se debe entregar en cualquier tratamiento de datos, es necesario **que se informe al interesado** “la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo*

¹¹ Disponible en <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

¹² Disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp251rev01-es.pdf>

22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada¹³, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado...” para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente.

Asimismo, en artículo 15, apartado 1, letra h, encontramos que “*el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento **confirmación** de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales y a la siguiente información: ... h) la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22...*”

2. En el artículo 22 se recoge especialmente las “Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles” de la siguiente forma:

*“1. Todo interesado tendrá **derecho**¹⁴ a no ser objeto de una decisión basada **únicamente** en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él¹⁵ o le afecte significativamente de modo similar¹⁶.”*

¹³ Sobre la “información significativa sobre la «lógica aplicada» las Directrices explican que...“El responsable del tratamiento debe hallar **formas sencillas de informar al interesado acerca de la lógica subyacente o los criterios utilizados para llegar a la decisión**. El RGPD exige que el responsable del tratamiento ofrezca información significativa sobre la lógica aplicada, **no necesariamente una compleja explicación de los algoritmos utilizados o la revelación de todo el algoritmo**. No obstante, la información facilitada debe ser suficientemente exhaustiva para que el interesado entienda los motivos de la decisión”...“El responsable del tratamiento debe ofrecer al interesado información general (a saber, sobre los factores que se han tenido en cuenta para el proceso de toma de decisiones y sobre **su «peso»** respectivo a nivel global) **que le pueda servir para impugnar la decisión...**”. “En lugar de ofrecer una compleja explicación matemática sobre cómo funcionan los algoritmos o el aprendizaje automático, el responsable del tratamiento debe considerar la utilización de formas claras y exhaustivas de ofrecer información al interesado...”, que contemplen por ejemplo, por ejemplo: las categorías de datos que se han utilizado o se utilizarán en la elaboración de perfiles o el proceso de toma de decisiones; por qué estas categorías se consideran pertinentes; cómo se elaboran los perfiles utilizados en el proceso de decisiones automatizadas, etc... “En general, esta información será más pertinente para el interesado y contribuirá a la transparencia del tratamiento. Los responsables del tratamiento podrían considerar la visualización y las técnicas interactivas para contribuir a la **transparencia algorítmica**”

¹⁴ Las Directrices explican que “El término «derecho» de la disposición no significa que el artículo 22, apartado 1, se aplique solo cuando se invoque de forma activa por parte del interesado. El artículo 22, apartado 1, **establece una prohibición general de las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado**. Esta prohibición se aplica tanto si el interesado adopta una acción relativa al tratamiento de sus datos personales como si no lo hace.”

¹⁵ Conforme a las Directrices “Un **efecto jurídico** exige que la decisión, basada *únicamente* en el tratamiento automatizado, **afecte a los derechos jurídicos de una persona**, como la libertad de asociarse con otras personas, de votar en unas elecciones o de entablar acciones legales. Asimismo, un efecto jurídico puede ser algo que afecte al estatuto jurídico de una persona o a sus derechos en virtud de un contrato. Entre los ejemplos de este tipo de efecto se encuentran las decisiones automatizadas sobre una persona que puedan provocar: la cancelación de un contrato; el derecho o **la denegación de una prestación concedida por la ley, como la prestación por hijos o la ayuda a la vivienda**; la denegación de admisión en un país o la denegación de ciudadanía.”

¹⁶ Las Directrices consideran que para que una decisión basada **únicamente** en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, “**afecte significativamente de modo similar**”... “los efectos del tratamiento deben ser suficientemente importantes como para ser dignos de atención. En otras palabras, la decisión debe tener el potencial de: afectar significativamente a las circunstancias, al

2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión:

- a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento;
- b) **está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o**
- c) **se basa en el consentimiento explícito del interesado.**

3. En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el **derecho a obtener intervención humana por parte del responsable¹⁷, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.**

4. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, salvo que se aplique el artículo 9, apartado 2, letra a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado.¹⁸”

En el mismo sentido el Considerando 71 establece que “el responsable del tratamiento debe utilizar procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados para la elaboración de perfiles, aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar, en particular, que se corrigen los factores que introducen inexactitudes en los datos personales y se reduce al máximo el riesgo de error¹⁹, asegurar los datos

comportamiento o a las elecciones de las personas afectadas; tener un impacto prolongado o permanente en el interesado; o en los casos más extremos, provocar la exclusión o discriminación de personas...”

¹⁷ “Para ser considerada como **participación humana, el responsable del tratamiento debe garantizar que cualquier supervisión de la decisión sea significativa, en vez de ser únicamente un gesto simbólico.** Debe llevarse a cabo por parte de una persona autorizada y competente para modificar la decisión. Como parte del análisis, debe tener en cuenta todos los datos pertinentes. Como parte de la EIPD, el responsable del tratamiento debe identificar y registrar el grado de participación humana en el proceso de toma de decisiones y en qué punto se produce esta.”

¹⁸ Artículo 9, apartado 2, letra g): el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.

¹⁹ Los errores o las desviaciones en los datos recogidos o compartidos, o un error o desviación en el proceso de decisiones automatizadas pueden provocar: clasificaciones incorrectas; y evaluaciones basadas en previsiones imprecisas; que afecten negativamente a las personas. Los responsables del tratamiento deben llevar a cabo con frecuencia evaluaciones de los conjuntos de datos que tratan para comprobar cualquier desviación, así como desarrollar formas de abordar cualquier elemento lesivo, incluido el exceso de confianza en las correlaciones. Otras medidas útiles son los sistemas que auditan los algoritmos y las revisiones periódicas de la precisión y pertinencia de las decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles.

Los responsables del tratamiento deben introducir procedimientos y medidas adecuados para evitar errores, imprecisiones o discriminación sobre la base de los datos de categoría especial. Estas medidas deben utilizarse de forma cíclica, no solo en la fase de diseño, sino también de forma continua, ya que la

personales de forma que se tengan en cuenta los posibles riesgos para los intereses y derechos del interesado...”

3. El artículo 23, establece que el Derecho de la Unión o de los Estados miembros podrá limitar, *“a través de medidas legislativas, el alcance de las obligaciones y de los derechos establecidos en los artículos 12 a 22...”*... *“cuando tal limitación respete en lo esencial los derechos y libertades fundamentales y sea una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática”²⁰ ...*

Del mismo modo el **Considerando 73** dispone que *“El Derecho de la Unión o de los Estados miembros puede imponer restricciones a determinados principios y [...] al derecho de oposición, a las decisiones basadas en la elaboración de perfiles [...] en la medida en que sea necesario y proporcionado en una sociedad democrática para salvaguardar [...]» objetivos específicos de interés público general.”*

4. Artículo 25, apartado 2. Protección de datos desde el diseño y por defecto.

Como buenas prácticas el RGPD dispone lo siguiente que se debe primar la privacidad por diseño y por defecto.

“...2. El responsable del tratamiento aplicará las medidas técnicas y organizativas apropiadas con miras a garantizar que, por defecto, solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento. Esta obligación se aplicará a la cantidad de datos personales recogidos, a la extensión de su tratamiento, a su plazo de conservación y a su accesibilidad. Tales medidas garantizarán en particular que, por defecto, los datos personales no sean accesibles, sin la intervención de la persona, a un número indeterminado de personas físicas...”

5. Artículo 35, apartado 3, letra a) sobre la Evaluación de Impacto relativa a la Protección de Datos. (EIPD).

elaboración de perfiles se aplica a personas. El resultado de las pruebas debe repercutir en el diseño del sistema.

²⁰ En el artículo 23 se ponen como posibles limitaciones: la seguridad del Estado; la defensa; la seguridad pública; la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención; otros objetivos importantes de interés público general de la Unión o de un Estado miembro, en particular un interés económico o financiero importante de la Unión o de un Estado miembro, inclusive en los ámbitos fiscal, presupuestario y monetario, la sanidad pública y la seguridad social; la protección de la independencia judicial y de los procedimientos judiciales; la prevención, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de infracciones de normas deontológicas en las profesiones reguladas; una función de supervisión, inspección o reglamentación vinculada, incluso ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública en los casos contemplados en las letras a) a e) y g); la protección del interesado o de los derechos y libertades de otros; la ejecución de demandas civiles...”

Esta se requiere en particular en caso de “a) *evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar;...*”

En el mismo sentido, el Considerando 91 determina que también es necesaria una EIPD “...cuando la autoridad de control competente considere que el tratamiento entrañe probablemente un alto riesgo para los derechos y libertades de los interesados, en particular **porque impida a los interesados ejercer un derecho o utilizar un servicio o ejecutar un contrato...**”

6. Artículo 47, artículo 2), letra e) sobre las Normas Corporativas Vinculantes (NCV)

“... especificarán, como mínimo, los siguientes elementos:... e) los derechos de los interesados en relación con el tratamiento y los medios para ejercerlos, en particular el derecho a no ser objeto de decisiones basadas exclusivamente en un tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22...”

Finalmente, tenemos a nivel nacional a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales²¹ (LOPDGDD) que en términos generales sobre a las decisiones individuales automatizadas recoge y reafirma las consideraciones plasmadas en el RGPD.

Propiedad intelectual

Tomamos en cuenta este apartado, porque es el límite al derecho de acceso utilizado por la administración para negar el acceso al código fuente de la aplicación BOSCO. En este sentido, es importante lo que establece la legislación sobre la propiedad intelectual sobre los “programas de ordenador”.

a) Tratado de la OMPI -Organización Mundial de la Propiedad Intelectual- sobre Derechos de Autor

1. Artículo 4. Programas de ordenador

²¹ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-16673-consolidado.pdf>

“Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión.”

2. Artículo 10. Programas de ordenador y compilaciones de datos

“1. Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971).

2. Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esa protección, que no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos.

b) Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.²²

En el TRLPI encontramos los artículos siguientes, que han sido invocados por Fundación CIVIO en su reclamación:

1. Artículo 13. Exclusiones. *“No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores”*

2. Artículo 31 bis. Seguridad y procedimientos oficiales. *“No será necesaria autorización del autor cuando una obra se reproduzca, distribuya o comunique públicamente con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios.”*

3. Finalmente, el artículo 96, determina lo que debe entenderse por “programa de ordenador”:

“1. A los efectos de la presente Ley se entenderá por programa de ordenador toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación.

²² Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>

A los mismos efectos, la expresión programas de ordenador comprenderá también su documentación preparatoria. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este Título dispensa a los programas de ordenador.

2. El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor.

3. La protección prevista en la presente Ley se aplicará a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador. Asimismo, esta protección se extiende a cualesquiera versiones sucesivas del programa así como a los programas derivados, salvo aquellas creadas con el fin de ocasionar efectos nocivos a un sistema informático”.

Cuando los programas de ordenador formen parte de una patente o un modelo de utilidad gozarán, sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, de la protección que pudiera corresponderles por aplicación del régimen jurídico de la propiedad industrial.

4. No estarán protegidos mediante los derechos de autor con arreglo a la presente Ley las ideas y principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces.

Bono social eléctrico²³

El bono social eléctrico es una “prestación que permite a determinados colectivos considerados vulnerables obtener descuentos de entre el 25% y el 40% en el recibo de la luz.”²⁴ “El bono social es un descuento que se aplica sobre el PVPC (precio voluntario para el pequeño consumidor), a un límite máximo de energía en el periodo de facturación.”²⁵

Para ser beneficiario del bono social, la persona deberá acreditar que cumple con los requisitos para ser considerado consumidor vulnerable (severo) o persona en riesgo de exclusión, que en su caso serán, conforme a la normativa: un nivel de renta mínima conforme al IPREM, que se encuentre en circunstancias especiales como violencia de género, violencia de terrorismo, discapacidad, familias monoparentales, etc., tener la consideración de familia numerosa o ser pensionista por jubilación o incapacidad permanente.

²³ El procedimiento de solicitud, así como los supuestos considerados en la norma para acceder al bono se encuentran detallados de una forma más clara en <https://www.bonosocial.gob.es/#inicio>

²⁴ “La CNMC calcula la aportación que deben hacer las empresas para financiar el bono social eléctrico de los consumidores”. Nota de prensa publicada en el portal de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia. Disponible en <https://www.cnmc.es/node/373177>

²⁵ “Bono social eléctrico”, CNMC, Disponible en <https://www.cnmc.es/bono-social>

Dicha información será presentada al comercializador, quien la ingresará en la aplicación informática BOSCO, para “comprobar” que el solicitante cumple con los requisitos establecidos.

Bajo esta tesitura, conviene resumir brevemente en este apartado la legislación aplicable al bono social eléctrico, en el que se fundamenta la aplicación informática o algoritmo utilizado por las compañías eléctricas para “comprobar” si la persona solicitante cumple con los requisitos, con lo que podremos aplicar a un caso en concreto la información vertida con antelación.

a) Ley 24/2013 de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.²⁶

En el artículo 45 se establece que se definirá a los consumidores vulnerables y los requisitos que deben cumplir de forma reglamentariamente y que el bono social es considerado *obligación de servicio público*.

b) Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica²⁷ establece lo que deberá entenderse por consumidor vulnerable, consumidor vulnerable severo y consumidor en riesgo de exclusión social²⁸, así como la utilización de la “plataforma informática” por el comercializador para comprobar que el solicitante cumple con los requisitos para acceder a dicha prestación y el mecanismo de financiación a cargo de las comercializadoras eléctricas²⁹.

En el artículo siguiente se establece el procedimiento que debe seguir el comercializados de referencia para comprobar, por medio de la aplicación BOSCO, que el solicitante del bono social cumple con los requisitos para ser considerado consumidor vulnerable.

1. Artículo 8. Comprobación de los requisitos para la aplicación del bono social.

²⁶ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-13645&tn=2&p=20161130>

²⁷ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-11505>

²⁸ Las definiciones se encuentran en los artículos 3 y 4 de la norma referida, pero resulta compleja y poco explicativa, por lo que recomendamos ver en <https://www.cnmc.es/bono-social> la explicación a modo de FAQ dada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

²⁹ Conforme a información de la CNMC, entre 2015 y 2016 “varias sentencias del Tribunal Supremo anularon el sistema de financiación del bono social al considerar que vulneraba el principio de proporcionalidad, ya que solo recaía sobre una parte de las empresas del mercado eléctrico. De esta forma, excluía de su financiación a otras de manera indefinida y sin ningún tipo de medida compensatoria. A raíz de dichas sentencias, el Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, estableció unos nuevos criterios de reparto y determinó que la financiación corriera a cargo de todas las comercializadoras de energía en función de su número de clientes.” Nota de prensa “La CNMC calcula la aportación que deben hacer las empresas para financiar el bono social eléctrico de los consumidores”, de la CNMC, disponible en <https://www.cnmc.es/node/373177>

“1. Una vez recibida la solicitud de aplicación del bono social, el comercializador de referencia, a través de la plataforma informática disponible a tal efecto en la Sede Electrónica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, comprobará los datos que obren en la misma.”

2. El comercializador de referencia dispondrá de un plazo máximo de quince días hábiles, a contar desde la recepción de la solicitud completa del bono social con la documentación acreditativa que, en su caso, sea necesaria, para comunicar al solicitante el resultado de las comprobaciones efectuadas para la aplicación del bono social.

En el caso de que la solicitud sea denegada, el comercializador de referencia deberá indicar al solicitante la razón de tal denegación.

Si existieran discrepancias, los consumidores podrán reclamar ante los servicios de consumo correspondientes, en los términos que establezca la normativa de defensa de los consumidores...”

2. En el mismo sentido, encontramos a la Disposición adicional tercero y disposición transitoria segunda.

Disposición adicional tercera. Comprobación de los requisitos para el bono social a través de otros mecanismos telemáticos que se articulen desde la Administración General del Estado.

Los requisitos para la aplicación del bono social podrán ser comprobados a través de otros mecanismos que se establezcan por medios telemáticos articulados desde la Administración General del Estado, como en su caso la Tarjeta Social Universal.

Disposición transitoria segunda. Implementación de la aplicación telemática.

“1. El Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital realizará los desarrollos informáticos necesarios para que la aplicación telemática que permita al comercializador de referencia comprobar que el solicitante del bono social cumple los requisitos recogidos en el artículo 3 para ser considerado consumidor vulnerable estará disponible en la sede electrónica del referido departamento...”

- c) Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre, por la que se desarrolla el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.³⁰

³¹ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-11532#:~:text=Orden%20ETU%2F943%2F2017%2C,consumidores%20dom%C3%A9sticos%20de%20energ%C3%ADa%20el%C3%A9ctrica.>

Los artículos que se refieren a continuación contienen el procedimiento que debe realizar el comercializador de referencia (COR) para ingresar a la “aplicación telemática” y comprobar si el solicitante, previa entrega de la información, cumplen con los requisitos para ser consumidor vulnerable.

Entre las consideraciones que deben tenerse en cuenta respecto a esta Orden, es que se le requiere al solicitante el “*consentimiento expreso*”, en cuyo caso de no ser otorgado, no se dará trámite a la solicitud. De igual forma, en caso de existir “*discrepancias*” en la información o de que la “aplicación telemática” determine la *imposibilidad de realizar dicha comprobación* la solicitud será rechazada por el COR e informará de forma expresa al solicitante la razón de la negativa.

Esta terminología ambigua genera un grado de incertidumbre al no saber cuál es la información que finalmente se ingresa en la aplicación y sobre todo, desconocer cómo dicha información es *valorada* en la aplicación para concluir que es *imposible realizar la comprobación*.

En este sentido tenemos a los artículos 5 y 6 que disponen:

1. El artículo 5, establece que el “acceso del COR a la aplicación del artículo 6, se realizará con certificado electrónico a través de la sede electrónica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital.”
2. En el artículo 6 se encuentra el proceso de comprobación de los requisitos que llevará a cabo el COR en la aplicación telemática, para admitir o rechazar la solicitud:

*1. Una vez recibida la solicitud completa del consumidor acompañada de la documentación acreditativa según lo dispuesto en el artículo 2.7, el COR, en el plazo máximo de 5 días hábiles, **introducirá en la aplicación telemática disponible en la sede electrónica del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, los datos correspondientes al consumidor y, en su caso, a los miembros de la unidad familiar declarados por el mismo.***

En el caso de que la solicitud fuera incompleta el comercializador en el plazo máximo de 15 días hábiles desde la recepción se dirigirá al consumidor indicando la documentación acreditativa que le falta.

*En el caso de **que no exista un consentimiento expreso por parte del titular o, en su caso, de todos los miembros de la unidad familiar mayores de 14 años y con capacidad de obrar declarados por el solicitante, no se podrá tramitar dicha solicitud.***

En el caso de que existan discrepancias entre la información declarada en la solicitud y los datos que figuran en el libro de familia aportado por el solicitante o, en su caso, en la certificación de la hoja individual del Registro Civil del titular o de cada uno de los

integrantes de la unidad familiar a la que pertenece, y en el certificado de empadronamiento, el COR rechazará la solicitud e indicará expresamente en su comunicación al interesado el motivo de dicho rechazo.

En caso de que existan discrepancias, los consumidores podrán reclamar ante los servicios de consumo correspondientes, en los términos que establezca la normativa de defensa de los consumidores.

2. Para el caso de las familias numerosas, lo dispuesto en el apartado 1 se llevará a cabo solo en el caso de comprobación de los requisitos para ser vulnerable severo.

*3. Asimismo, en el caso de que se haya declarado en la solicitud y, en su caso, aportado el certificado u otro documento válido que así lo acredite, que se cumple alguna de las circunstancias especiales que se determinan en el artículo 3.3 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, el COR indicará este hecho **en los espacios habilitados en la aplicación a tal efecto.***

4. A través de la aplicación telemática implementada, en el plazo máximo de 5 días hábiles, el COR visualizará el resultado de las comprobaciones realizadas por la misma, tanto para la condición de consumidor vulnerable como para la de vulnerable severo, que se materializará en un campo que indique «CUMPLE LOS REQUISITOS PARA SER CONSIDERADO CONSUMIDOR VULNERABLE/VULNERABLE SEVERO» o «NO CUMPLE LOS REQUISITOS PARA SER CONSIDERADO CONSUMIDOR VULNERABLE/ VULNERABLE SEVERO».

La aplicación indicará, en su caso, la imposibilidad de realizar dicha comprobación. En este caso, el COR rechazará la solicitud e indicará expresamente en su comunicación al interesado el motivo de dicho rechazo.

5. Una vez comprobado por el COR que el consumidor cumple los requisitos para la aplicación del bono social, lo comunicará al interesado indicando la fecha a partir de la cual procederá a su aplicación.

d) Orden ETU/361/2018, de 6 de abril, por la que se modifican los formularios de solicitud del bono social previstos en el anexo I de la Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre, por la que se desarrolla el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.³¹

Hacemos referencia a esta Orden, con la única finalidad de mostrar que los posibles errores en la redacción de leyes, así como en su traslado a una aplicación informática que la aplique, son una realidad a la orden del día. Por consiguiente, no es excesivo o ilógico pretender en cualquier caso el acceso a la información o datos que han sido

³¹ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-4750>

vertidos en la aplicación telemática, por el contrario, es un procedimiento necesario para corroborar que los conceptos o supuestos de hecho planteados por la normativa se han trasladado de forma fehaciente y precisa a la aplicación telemática, y que con ello se respeta lo establecido por la norma que le da sentido a la utilización de dicha herramienta tecnológica.

Es así que en el texto de la Orden referida tenemos un ejemplo de mala redacción, que puede generar **problemas interpretativos**. Se debe considerar que un error de esta naturaleza, plasmado en un algoritmo puede generar no solo criterios interpretativos discordantes, sino una aplicación diferenciada de la ley, y con ello la denegación y vulneración de derechos, que de otra forma, es decir, sin la aplicación informática, habrían sido respetados.

*... Por otro lado, se ha detectado que, en la determinación de los requisitos necesarios para ser consumidor vulnerable, la redacción de los formularios contenidos en el anexo I citado no se correspondía con la dicción literal del artículo 3.2.b del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre. En efecto, si bien el citado artículo 3.2.b señala como requisito para ser consumidor vulnerable «estar en posesión del título de familia numerosa», en los formularios se fijaba como requisito «estar en disposición del título de familia numerosa». Esta disparidad en la redacción del requisito ha suscitado **problemas interpretativos** que vienen a solucionarse en la presente orden mediante la modificación de los formularios en los que se incluye la dicción literal del artículo 3.2.b del Real Decreto...*

- e) **Resolución de 15 de noviembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Energía**, por la que se pone en marcha la aplicación telemática que permita al comercializador de referencia comprobar que el solicitante del bono social cumple los requisitos para ser considerado consumidor vulnerable.³²

RESOLUCIONES EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN.

El derecho de acceso a los algoritmos como tal, no se encuentra reconocido de forma literal en la legislación que hemos referido. De ello resulta necesario acudir a los criterios interpretativos recogidos por tribunales especializados, que bajo una pormenorizada fundamentación nos explican por qué el acceso a los algoritmos utilizados por la administración pública es una de las posibilidades del derecho de acceso a la información en su configuración como *un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo*, por lo que, a continuación se presentan algunas sentencias que servirán de guía al momento de configurar una reclamación en la materia.

³² Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-13266>

- **Sentencia nº 60/2016, de 18 de mayo de 2016, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Madrid, dictada en el PO 57/2015“(...), sobre los límites al derecho de acceso a la información pública**

*“Este derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información –derivado de lo dispuesto en la Constitución Española– o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos. En todo caso, **los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño** (del interés que se salvaguarda con el límite) **y de interés público en la divulgación** (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de **forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad**”.*

De manera similar, en la Sentencia de 7 de noviembre de 2016, dictada en el Recurso de Apelación presentado frente a la Sentencia de instancia indicada previamente, la Audiencia Nacional expresamente señaló que *“Y si concurre alguno de los límites del art. 14 reseñado deberá de acreditarlo”*

- **Sentencia nº 85/2016, de 14 de junio de 2016, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Madrid, dictada en el PO 43/2015,** sobre la configuración del derecho de acceso a la información pública, como un derecho de configuración amplia.

*“Pues bien, a la hora de interpretar tal precepto - 14.1 h-, hemos de tener presente que, la citada Ley, en su Preámbulo, expresamente afirma que la misma **configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública** y que dicho derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos”.*

...

*“Así, la finalidad, principio y filosofía que impregna la reseñada Ley, **es un acceso amplio a la información pública**; y los límites a tal acceso han de motivarse, interpretarse y aplicarse de modo razonado, restrictivo y aquilatado a tenor del llamado, test de daño; a la luz de la determinación del perjuicio que el acceso a determinada información puede producir sobre el interés que se pretende salvaguardar con la limitación”.*

- **Sentencia nº 46/2017, de 22 de junio de 2017, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Madrid, dictada en el PO 38/2016,** como derecho esencial para promover la democracia y transparencia en el actuar de las instituciones públicas.

"El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional como tal, debido a la naturaleza representativa de los gobiernos democráticos; es un derecho esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas y para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones. Además las Administraciones Públicas se financian con fondos procedentes de los contribuyentes y su misión principal consiste en servir a los ciudadanos por lo que toda la información que generan y poseen pertenece a la ciudadanía. Pueden distinguirse dos aspectos en cuanto al derecho al acceso a la información: Transparencia proactiva, como aquella obligación de los organismos públicos de publicar y dar a conocer la información sobre sus actividades, presupuestos y políticas y la Transparencia reactiva: Es el derecho de los ciudadanos de solicitar a los funcionarios públicos cualquier tipo de información de y el derecho a recibir una respuesta documentada y satisfactoria".

...

*"Las diferentes y numerosas menciones a este derecho coinciden en resaltar la creciente importancia que está cobrando, ya que el mismo supone una herramienta indispensable para adquirir aquellos conocimientos que permiten controlar la actuación de los gobiernos y prevenir y luchar contra la corrupción así como contrarrestar la violación de derechos. De estos preceptos se desprende que **el derecho de acceso a la información debe ser destacado como un valor intrínseco al concepto de democracia.**"*

- **Sentencia nº 98/2017, de 22 de junio de 2017, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Madrid, dictada en el PO 49/2016,** dictada también en materia de los límites aplicables al derecho de acceso a la información.

"La ley consagra pues la prevalencia del derecho subjetivo a obtener la información y correlativamente el deber de entregarla, salvo que concurran causas justificadas que limiten tal derecho, a las que se refiere el art. 14, causas que constituyen conceptos jurídicos indeterminados cuya relevancia y trascendencia han de ser concretadas en cada caso, ponderando los intereses en conflicto (...)".

- Finalmente, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 2017, dictada en procedimiento de casación, que razona, sobre la interpretación estricta -restrictiva - de los límites al derecho de acceso.

*"Esa formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información **obliga a interpretar de forma***

estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1.”(...)

En particular, son especialmente relevantes para este trabajo, las siguientes resoluciones, que hace referencia en concreto al tema de los **algoritmos**:

- **Resolución de 21 de septiembre de 2016, de estimación de las Reclamaciones 123/2016 y 124/2016 (acumuladas)** sobre el algoritmo matemático que determina la selección de los miembros de los tribunales correctores de las pruebas de acceso a la universidad (PAU) y DNI de los candidatos presentados.

Esta Resolución que deriva de la decisión de la “Comissió de Garantia del Dret D’Acces á la Informació Pública de Catalunya (GAIP)”, hace especial énfasis entre lo que debe entenderse por “información pública”, define algoritmo y lo distingue del código fuente. A continuación referimos los apartados que nos resultan más relevantes para la cuestión que planteamos:

“En la reclamación, el solicitante (profesor que ha participado en varias convocatorias, sin haber sido nunca seleccionado, y que quiere comprobar que la selección se hace realmente por sorteo entre los diversos aspirantes, tal como ha establecido el Consejo Interuniversitario de Cataluña.) requería el acceso a “el algoritmo matemático que condiciona el orden de posiciones en los tribunales correctores de las PAU a partir de la semilla extraída por sorteo”, para comprobar que este cumple con los supuestos de hechos establecidos en la normativa aplicable, y a fin de descartar que se seleccionen siempre las mismas personas, es decir, “proporción de hombres y mujeres y de profesores universitarios y de bachillerato”.

En primer término, la información fue negada por el sujeto obligado de conformidad con el “artículo 14.k de la Ley 19/2013...que establece que el derecho de acceso a la información pública se puede limitar cuando acceder a la información suponga un perjuicio para la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.”

En la misma resolución, la GAIP establece que el algoritmo puede considerarse información pública, porque la información pública es independiente de la forma o soporte en la que se encuentre o elabora:

*“Un algoritmo o algoritmo, como "procedimiento de cálculo que consiste en cumplir una serie ordenado y finito de instrucciones con unos datos especificadas para llegar a la solución del problema planteado" o "conjunto finito de reglas que, aplicadas de manera ordenada, permiten la resolución sistemática de un problema, el cual se utiliza como punto de partida en programación informática "(en las dos definiciones que da el Termcat aplicables a este caso), **no deja de ser un tipo de información, expresado habitualmente en lenguaje matemático o informático** (aunque los algoritmos también se pueden expresar de muchas maneras, incluyendo los diagramas de flujo, el pseudocódigo y el propio lenguaje natural), **que, en la medida que se encuentre en poder de la Administración, constituye información pública** a los efectos del artículo 2.b LTAIPBG. El artículo 19. 1 LTAIPBG confirma esta **noción amplia de información pública cuando dispone que "el derecho de acceso a la información pública incluye cualquier forma o soporte en que esta información haya sido elaborada o en que se conserve"**. El mismo se desprende del artículo 13 del LTAIPBGE, cuando establece que "se entiende por información pública los contenidos o documentos, **cualquiera que sea su formato o soporte**, que estén en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones “."*

Finalmente, la GAIP determinó que “el **algoritmo matemático** que determina la selección de los candidatos **es información pública** a la que deben poder acceder los diversos candidatos. El límite del artículo 14.1.k LTAIPBGE sólo es aplicable, en Cataluña, cuando el secreto o la confidencialidad en el procedimiento en cuestión tramitado por la Administración sea establecido por una norma con rango de ley.”

Asimismo, es de suma importancia, la diferenciación que establece entre **algoritmo matemático y código fuente**:

*“...el algoritmo, como conjunto de pasos que se deben seguir para resolver adecuadamente el problema planteado, puede ser expresado en palabras (lenguaje natural)... o, para mayor precisión (para evitar las ambigüedades del lenguaje natural), en lenguaje matemático. En los casos en que, como sucede en la designación de los tribunales correctores de las PAU, la aplicación del algoritmo es compleja **dado el gran número de variables existentes** (miles de candidatos presentados, gran número de materias y de sus, porcentajes mínimos requeridos de hombres, mujeres, de profesores universitarios y de bachillerato...)... y donde resulta necesario utilizar la potencia de cálculo de una computadora, **hay que traducir este algoritmo matemático a lenguaje informático para que la computadora (mediante el programa informático correspondiente) el pueda entender e implementar debidamente...**”*

“El código fuente sería el conjunto de instrucciones escritas -en el lenguaje de programación que corresponda- del programa informático utilizado para implementar el algoritmo.”

Respecto al límite referido en el artículo 14.1.k LTAIPBGE sobre el secreto o la confidencialidad en el procedimiento en cuestión, determina que al ser el algoritmo un mecanismo para aplicar las variables regladas y tasadas en la ley, no existe motivo para mantenerlo en la opacidad, debido a que la ley no confiere ningún margen de discrecionalidad al momento de aplicar los supuestos de hecho establecidos en la norma referida.

“...no se entiende como el acceso al algoritmo matemático que sirve de punto de partida del programa informático que implementa el proceso puede afectar negativamente el funcionamiento de este...”... “El algoritmo, como se ha visto, se limitará y se limita a recoger y aplicar estas variables (y las otras antes mencionadas), que son regladas y no confieren ningún margen de discrecionalidad, por lo que no se ve qué interés puede haber en ocultarlo y mantenerlo confidencial.”

Aunque en este caso, no se alegó como límite al derecho de acceso al algoritmo el límite de la **propiedad intelectual**, la GAIP hace una precisión respecto a este tema:

“El Consejo Interuniversitario no ha alegado otros posibles límites eventualmente invocables, como el relativo a los derechos de propiedad intelectual o industrial (artículo 21.1.g LTAIPBG). Sin embargo, dada la finalidad de control de la petición de acceso, parece prudente restringir el acceso a este fin y no permitir la difusión o utilización del algoritmo sin la autorización expresa del Consejo Interuniversitario o de quien, eventualmente, ostente la titularidad del derecho de propiedad inmaterial en cuestión.”

Es decir, por una parte se determina que es procedente el acceso al algoritmo matemático por parte del reclamante como parte del derecho de acceso a la información, pero por otra, en caso de encontrarnos ante el límite determinado por derechos de propiedad intelectual, es posible **restringir** (no negar) el derecho de acceso.

Finalmente se resuelve:

“... se declara el derecho del reclamante a que le sea facilitado el algoritmo matemático solicitado, en formato PDF y por correo electrónico, tal como pidió. En caso de que el Consejo Interuniversitario no disponga del algoritmo en lenguaje matemático, es necesario que entregue a la persona reclamante la descripción del algoritmo en lenguaje natural que ha sido enviada a esta Comisión durante la tramitación de la reclamación.”

“... No se permite la difusión o utilización del algoritmo sin la autorización expresa del Consejo Interuniversitario o de quien, eventualmente, ostente la titularidad de algún derecho de propiedad inmaterial sobre el algoritmo.”

En resumidas cuentas, se plantea la opción de dar el acceso parcial a la información, y establecer determinadas restricciones en caso de propiedad intelectual, como la prohibición al solicitante de difundir o utilizar el algoritmo. Parece una medida ajustada a una sociedad democrática.

- **Resolución 200/2017, de 21 de junio³³ en el expediente 171/2017 de la GAIP**

Esta reclamación podríamos considerarla complementaria a Resolución de 21 de septiembre de 2016, de estimación de las Reclamaciones 123/2016 y 124/2016 (acumuladas) que revisamos en el punto anterior.

En esta ocasión, el mismo reclamante de las solicitudes anteriores, requiere que le sea entregado también el **“código fuente** del programa informático empleado por el Consejo Interuniversitario en la designación de los miembros de los tribunales correctores de las PAU”.

En este sentido la GAIP establece:

“El código fuente de un programa informático empleado por la Administración en la designación de los miembros de tribunales evaluadores constituye información pública a los efectos del artículo 2.b de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG)....”

“Teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad del programa informático solicitado, destinado a determinar la composición de los tribunales correctores de las PAU, no parece que la entrega de su código fuente pueda representar un peligro para la seguridad pública. Este código fuente se limitará a recoger y aplicar correctamente las variables antes mencionadas (requerimientos de paridad entre hombres y mujeres y de porcentajes mínimos de profesores universitarios y de bachillerato, etc.), de forma reglada, sin que el su conocimiento por terceros ponga en peligro la población ni ningún colectivo en particular. Si lo que se trata es evitar que el código fuente pueda ser manipulado

³⁴ Disponible en http://www.gaip.cat/web/content/pdf/Resoluciones_2017pdf/20170621_Resolucio_200_2017_estimacio_171_2017.pdf

por terceros, esto no se garantiza impidiendo su conocimiento, sino adoptando las medidas de seguridad necesarias para evitar que terceras personas puedan acceder -Presencialmente o de forma remota- a los ordenadores y sistemas informáticos que lo utilizan.”

No obstante que la GAIP se limita a reconocer los principios planteados en la Resolución anterior, pero esta vez aplicables al código fuente, énfasis en lo que plantea respecto a la inaplicación del límite de la propiedad intelectual a esta caso, al tratarse de aplicaciones “titularidad de la Generalitat”.

“Tampoco se ha invocado el límite relativo a los derechos de propiedad intelectual o industrial (artículo 21.1.g LTAIPBG), seguramente porque, como se ha señalado en el fundamento jurídico anterior, el programa informático en cuestión es de titularidad de la Generalitat”.

No obstante, se confirma que *“dada la finalidad de control de la petición de acceso, se restringe el acceso a este fin y no se permite la difusión o la utilización del código fuente para otros fines sin la autorización expresa de la Administración de la Generalidad”*.

Aunque de manera expresa no se determina que es un límite aplicable únicamente cuando la propiedad intelectual recae sobre terceros (entidades privadas) podemos interpretar que es así. Es decir, no es un límite que deba prevalecer cuando se trata de aplicaciones propiedad de la administración pública, en cuyo caso prevalecerá el derecho de acceso, en algunas ocasiones, con limitaciones.

Finalmente contempla que subsiste un interés público y privado de los interesados para acceder al código fuente, porque esto les permite *“poder comprobar que el programa informático está correctamente diseñado para garantizar la igualdad de todos los participantes y que la designación de los miembros de los tribunales ajusta a los criterios establecidos por la normativa que los regula”*.

Por todo lo expuesto, se declarará el derecho del reclamante a que le sea facilitado el **código fuente** solicitado, por correo electrónico, tal como pidió, sin embargo *se restringe el acceso a este fin y no se permite la difusión o la utilización del código fuente para otros fines sin la autorización expresa de la Administración de la Generalidad*.

- **Resolución 93/2019, de 22 de febrero³⁴ de la GAIP.**

³⁴ Disponible en <http://www.gaip.cat/es/detall/normativa/2019-0093>

En esta Resolución la GAIP reafirma el criterio de que el concepto de información pública trasciende a los documentos públicos en estricto sentido. Por lo cual el acceso a la información incluye a todo el *conocimiento* en poder de la administración, sin importar su formato o soporte.

“...El concepto de información trasciende el tradicional de documentos y es sustancialmente equivalente al de conocimiento, por lo que el derecho de acceso se proyecta, ciertamente, sobre los documentos en poder de la Administración, pero también sobre el otro conocimiento que esté en poder de la Administración municipal, tales como bases de datos informáticas, algoritmos o conocimiento material no formalizado en ningún documento o registro determinado, como podría ser el caso de facilitar el número total de determinadas actuaciones municipales dentro de un período dado, aunque que no se lleve por el Ayuntamiento un registro específico de ellas; hay que asumir que el derecho de acceso a la información pública abarca no únicamente la información expresada o elaborada formalmente (documentos, registros informáticos), sino también información que, para poder ser facilitada en los términos solicitados, puede requerir incluso una cierta tarea de elaboración por parte de la Administración.”

- **Sentencia de 5 de febrero de 2020 del Tribunal de Distrito de La Haya (ECLI:NL:RBDHA:2020:1878).**

Es la primera sentencia europea que declara ilegal un algoritmo de evaluación de características personales y versa sobre el Sistema de Indicación de Riesgos (*Systeem Risico Indicatie*, SyRI), instrumento legal que es usado por el gobierno neerlandés para prevenir y combatir el fraude en la seguridad social las contribuciones fiscales y las leyes laborales.

En este caso *“El tribunal distrito de La Haya declara que el sistema establecido por el gobierno holandés para valorar el nivel de riesgo de defraudación de los ciudadanos, no cumple las exigencias de proporcionalidad, carece de transparencia y vulnera las previsiones sobre respeto a la vida privada que reconoce el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.”*

DOCTRINA DE REFERENCIA

Pese a no ser una fuente de derecho en este aspecto la doctrina es un punto de partida importante para hacer visible las consideraciones que deben tomar las administraciones públicas al utilizar herramientas como los algoritmos en sus actuaciones, por lo que se recomienda ver:

1. Recomendación 2/2018, de la Defensora Universitaria de la Universidad de Oviedo, en la que se concluye que “los parámetros de la aplicación informática no pueden determinar la vulneración de aspectos ordenados en una norma, sino todo lo contrario, deben adaptarse para dar cumplimiento a esas disposiciones normativas”

2. “Hacer frente a los desafíos que se plantean en relación con los macrodatos: llamamiento a la transparencia, el control por parte de los usuarios, la protección de datos desde el diseño y la rendición de cuentas.” Resumen ejecutivo del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre³⁵ Considera la importancia de facilitar a las personas información clara sobre los datos que se procesan, “incluidos los datos que se observan o que puedan deducirse”, así como las finalidades, incluida la “lógica empleada en algoritmos para determinar los supuestos y las predicciones que se realizan sobre ellas”. Si el interesado conoce esta información, eso le permite mantener el control sobre sus datos, y con ello “detectar interpretaciones injustas y denunciar los errores.”

3. Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción de la Agencia Española de Protección de Datos.³⁶ En la toma de decisiones automatizadas o en la elaboración de perfiles el interesado ha de “disponer de información significativa sobre la lógica aplicada” y “la importancia y las consecuencias previstas”. Esta previsión no se cumple al dar información demasiado técnica al interesado, que puede resultarle confusa e incluso llevarlo a la fatiga informativa. “Debe facilitarse información que permita entender el comportamiento del tratamiento. Propone la utilización de técnicas conocidas como Algorithmic Impact Assessment (AIA), orientadas a examinar la posible existencia de sesgos algorítmicos.

4. Inteligencia Artificial e Innovación en la Administración Pública: (in)necesarias regulaciones para la garantía del servicio público de M^a Concepción Campos Acuña³⁷ Plantea que el derecho administrativo “se ha visto forzado a asimilar nuevos conceptos, muy ajenos a la tradicional regulación administrativa ante la aparición de nuevas tecnologías. No obstante, ni la Ley 39/2015, ni la Ley 40/2015 contienen aún prescripciones específicas sobre los procedimientos administrativos en los que se utilizan algoritmos ni sobre el código fuente de las Actuaciones Administrativas Automatizadas, por lo que tendremos que remitirnos para tratar este temas a las actuaciones administrativas automatizadas o a la toma de decisiones automatizadas contempladas en el RGPD.

5. Inteligencia artificial para Europa, Bruselas, 25.4.2018 COM(2018) 237 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo,

³⁵ Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XX0220\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XX0220(01)&from=ES)

³⁶ Disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>

³⁷ Disponible en: https://www.ivap.euskadi.eus/contenidos/informacion/rvgp_ultimo_numero/es_def/Campos%2074_91.pdf

al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.³⁸

Sobre el “entrenamiento de los algoritmos” y la necesidad de garantizar el establecimiento de un marco ético y jurídico apropiado, basado en los valores de la Unión y en consonancia con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE aplicables a la IA. Hace referencia a la opacidad que rodea a los algoritmos que generan diversas cajas negras.

6. Implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley (2016/2225(INI)). Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017³⁹

Los macrodatos son una oportunidad que debe ser aprovechada por la Unión Europea como impulso de la economía digital. Sin embargo, esta finalidad debe poner sobre la mesa la importancia de la responsabilidad y la transparencia sobre los algoritmos utilizados para el procesamiento de toda esta información. Para ello, se deben implementar medidas técnicas y operativas que garanticen “la transparencia, la no discriminación de la toma de decisiones automatizadas y el cálculo de probabilidades de comportamiento individual; que la transparencia debe facilitar a las personas información fiable sobre la lógica aplicada, el significado y las consecuencias previstas; y que debe incluir información sobre los datos utilizados para la formación en materia de análisis de macrodatos y permitir a las personas comprender y controlar las decisiones que los afectan”

7. Algoritmos, ética y transparencia de Rafael Jiménez Asensio.⁴⁰ Nos habla sobre la tendencia de los algoritmos a convertirse en “cajas negras”, que sumado a fenómenos como big data o Internet de las Cosas (IoT) los convierten en inescrutables, lo que de permitirse “conllevaría desapoderar a la transparencia como instrumento central de control del ejercicio del poder y dejar sin protección los derechos de la ciudadanía.”

8. Datanomics, todos los datos personales que das sin darte cuenta y todo lo que las empresas hacen con ellos de Paloma Llana. Realiza un análisis exhaustivo sobre todos los datos que dejamos en la red y que se convierten en moneda de pago por los servicios supuestamente gratuitos que obtenemos al descargar una aplicación, acceder a una red social, consultar información en cualquier página de internet, etc. También considera que los modelos matemáticos sobre los que se sustentan los algoritmos que analizan la información que dejamos en la red, por regla general, no son neutros, por lo que tienden a tratar a unas y otras personas de forma asimétrica.

9. Armas de destrucción matemática de Cathy O’neil. Ofrece una serie de ejemplos en los que se ha detectado sesgos discriminatorios en la aplicación de algoritmos basados en el aprendizaje “automatizado” y los datos que generamos en cada interacción con la red. La autora deduce que nos encontramos de nuevo ante verdaderas

³⁸ Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-237-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

³⁹ Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0076_ES.html

⁴⁰ Disponible en: <https://rafaeljimenezasensio.com/2019/10/06/algoritmos-etica-y-transparencia/>

“cajas negras”, en los que en muchos casos se niega el acceso a su contenido, basado en temas como el secreto empresarial o la propiedad intelectual.

10. Inteligencia artificial y transparencia algorítmica: "It's complicated" de Ramón Sangüesa⁴¹ En principio el análisis de datos a través de algoritmos solo se hacía con la finalidad de “entender qué dicen los datos”. Actualmente eso va más allá: se utilizan con fines predictivos, es decir, con la intención de anticiparnos a lo que va a suceder, y con base en ello, “orientar la conducta de millones de personas mediante lo que se ha averiguado de ellas y de su contexto...”. Esta nueva funcionalidad trae consigo la posible “clasificación” de las personas, lo que puede propagar mecanismos de sesgo y discriminación, así como un trata desigual entre “categorías”.

11. Algoritmos y transparencia de Elisa de la Nuez Sánchez Sánchez-Cascado⁴². Hace una breve referencia al caso del bono social eléctrico y a la reclamación presentada por CIVIO y sobre la necesidad de no permitir que se tomen decisiones desestimatorias con base en un algoritmo que no conocemos, sobre todo cuando se trata de los colectivos más vulnerables, como es el caso que se somete a discusión en el bono social eléctrico. “Lo contrario supondría una enorme indefensión y a la par un enorme riesgo de arbitrariedad dado que el usuario tendría derechos en teoría que, en la práctica, no puede ejercitar porque un algoritmo de una empresa privada no le deja.” “Lo mínimo que debemos exigir es conocer cómo funciona y como adopta decisiones que, insistimos, son de enorme relevancia para personas en situación o riesgo de pobreza energética.”

12. Explaining decisions made with AI en el mismo sentido del RGPD. Guía de la autoridad británica de protección de datos (Information Commissioner Office, ICO) Recoge los principios a seguir al momento de “explicar” cómo funciona la IA aplicada a un caso, por ejemplo, informar de forma clara sobre la lógica aplicada, los datos utilizados, el porqué de la decisión, la ausencia de sesgos, proporcionar información accesible y no técnica, las personas responsables de dicha decisión, etc.

13. SyRI, ¿a quién sanciono? Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020 de Lorenzo Cotino Hueso. Aproximación a la sentencia de febrero de 2020 el Tribunal de Distrito de la Haya sobre el sistema SyRI contra el fraude, en la que considera que el Tribunal es especialmente exigente, pero que fija un alto estándar de garantías en materia de transparencia versus la opacidad de los algoritmos que reina hasta ahora.

14. Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones de Andrés Boix Palop. Nos ofrece una explicación sobre porqué los algoritmos utilizados por la administración públicas para la adopción de decisiones deben ser considerados como reglamentos. Bajo su

⁴¹ Disponible en <http://dx.doi.org/10.1344/BiD2018.41.12>

⁴² Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/02/19/algoritmos-y-transparencia-2/>

consideración, los algoritmos de la administración pública cumplen “una función material estrictamente equivalente a la de las normas jurídicas, al reglar y predeterminar la actuación de los poderes públicos.” Bajo esta tesis, el proceso de aprobación de aplicaciones, deberá seguir el mismo procedimiento de elaboración y aprobación que cualquier norma jurídica.

15. Algoritmos y reglamentos de Luis Arroyo Jiménez.⁴³ En sentido contrario, el autor nos explica que los algoritmos no son reglamentos, porque no es suficiente “que la utilización de algoritmos por las Administraciones públicas en la adopción de decisiones administrativas” esté sometida “a ciertas garantías tradicionalmente asociadas a los reglamentos”, para igualarnos a estos. “Se logra así, en fin, el mismo resultado, sin necesidad de deformar una categoría como la del reglamento, cuyo régimen jurídico no sólo resulta de su función (reguladora), sino también del modo concreto en el que la despliega (carácter vinculante y determinaciones abstractas).”

16. Inteligencia artificial y derecho: principios y propuestas para una gobernanza eficaz. Revista iberoamericana de derecho informático. Segunda época, ISSS 2530-4496-AÑO 1, NO. 5, 2018⁴⁴ En el artículo se reconoce que la discriminación por algoritmos es un desafío clave de la legislación de la Unión Europea. “Las categorías existentes de la Derecho de la UE contra la discriminación no proporcionan un ajuste fácil para la toma de decisiones algorítmicas, y la base estadística del aprendizaje automático generalmente ofrece a las empresas una vía rápida para la justificación.” Bajo esta tesis el desafío que plantean los algoritmos y con ello la toma de decisiones basadas en estos, sobre todo aplicados a los sistemas de justicia, requieren de un análisis interdisciplinario y sobre todo humanístico.

17. Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico de Juli Ponce Solé. Un artículo muy completo sobre el impacto de la IA en la administración, y cómo aprovechar sus beneficios, así como la legislación en materia de protección de datos y sobre la actuación administrativa automatizada. De igual forma, se plantea que no todos los algoritmos son fuente del derecho, por lo que deberá estudiarse en el caso concreto, el tipo de algoritmo que se está utilizando. Las fuentes del derecho, en su opinión, son la norma jurídica, que se pueden ejecutar mediante algoritmos, pero eso no los convierte en norma, sino en una herramienta de ejecución.

18. Fundamentos de programación. Algoritmos, estructura de datos y objetos de Luis Jayanes Aguilar. Ofrece una explicación detallada y de “fácil acceso” para los principiantes en programación sobre los algoritmos. Dentro de sus aportaciones relevantes para este caso, determina qué debe entenderse por algoritmo, las características fundamentales que debe cumplir y cómo hacer un algoritmo para resolver un problema. Sumamente gráfico y con explicaciones básicas sobre programación en general.

⁴³ Disponible en: <https://almacendederecho.org/algoritmos-y-reglamentos>

⁴⁴ Disponible en https://docs.wixstatic.com/ugd/fe8db5_7781fc969f9d40a6893d9b9f38fefa25.pdf

VII. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

En este apartado realizaremos un análisis jurídico de las consideraciones más importantes que derivan de la normativa que hemos estudiado. En principio, hacemos una breve referencia a los algoritmos como concepto, lo que nos permite precisar en qué consiste el derecho de acceso a los mismos, y las cuestiones a tener en cuenta durante su ejercicio. Posteriormente, se incluyen algunas reflexiones en materia del derecho de acceso a los algoritmos en estricto sentido, así como las posibles aplicaciones al caso del bono social eléctrico del derecho a conocer el algoritmo que toma decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado

En nuestra opinión estas son las cuestiones más relevantes a tener en cuenta en este caso:

LOS ALGORITMOS EN GENERAL

Partiendo de las definiciones aportadas por la jurisprudencia y la doctrina podemos concluir que un algoritmo es una serie de instrucciones o de pasos, que nos permiten llegar a un resultado. Existen distintos tipos de algoritmos. Sobre los algoritmos utilizados en materia jurídica se deberá considerar en cada caso, si se trata de un algoritmo predictivos (machine learning, deep learning) o no, si el algoritmo se encuentra previsto en una ley o es solo una herramienta de apoyo para realizar un trámite, si el algoritmo tiene la capacidad de adoptar decisiones con autonomía o simplemente se imita a emitir un informe que será evaluado por una persona, si el algoritmo es propio de la administración o de un tercero, entre otras varias consideraciones. Todo dependerá de la finalidad y características del algoritmo en particular.

Por ejemplo, con base en la información que tenemos, BOSCO es un algoritmo propiedad de la administración, que su finalidad conforme a la legislación que le da vida es únicamente trasladar los supuestos de hecho de la ley a una aplicación informática, es decir, no tiene carácter predictivo, pero sí que puede tomar una decisión automatizada conforme a las hipótesis que fue configurado, que como hemos mencionado, pueden contener disparidad con los supuestos de hecho de la ley.

Es importante precisar en este apartado, que hemos observado tanto a nivel normativo como doctrinal, que se suele utilizar el término algoritmo de forma inexacta, a veces queremos decir “programa”, “sistema de información”, “código fuente”, etc. En este sentido, toma mayor validez la resolución de la GAIP, que en un esfuerzo por dilucidar la reclamación planteada, ofrece una referencia a lo que debemos entender por uno u otro.

No obstante esta confusión conceptual, para el caso del bono social que estudiamos, no tiene importancia la diferenciación si nos apoyamos en la Resolución de 21 de septiembre de 2016, de estimación de las Reclamaciones 123/2016 y 124/2016 (acumuladas) en concatenación de la Resolución 200/2017, de 21 de junio en el expediente 171/2017, ambas de la GAIP, por la que se reconoce **el derecho de acceso tanto al algoritmo, como al código fuente**, al ser considerados ambos como parte de la información pública, y no encontrar límites aplicables para su entrega.

En conclusión, el acceso al algoritmo BOSCO, o en su caso, al código fuente, es totalmente procedente bajo esta consideración.

DERECHO DE ACCESO A LOS ALGORITMOS.

No cabe duda del papel fundamental que representa el derecho a la transparencia y acceso a la información en un Estado constitucional democrático. La transparencia en el ejercicio del poder por parte de los organismos públicos es un presupuesto ineludible del buen actuar de los gobiernos frente a los derechos de la ciudadanía.

No obstante, el avance de la tecnología ha transformado estos conceptos, y a la par, la forma en que nos relacionamos con las administraciones públicas, y mejor aún, ha transformado la forma en que la autoridad toma decisiones respecto a los derechos de las personas. En este sentido, hablar de información pública, como ha quedado demostrado, ya no se ciñe al derecho de acceso a documentos, sino, que adicionalmente, abarca los mecanismos reales por los que se toman las decisiones que nos afectan de manera directa, en este caso, a los algoritmos.

En este contexto, de la normativa y sentencias que hemos referido en el apartado anterior, podemos recoger las siguientes aportaciones:

- Se reconoce un concepto amplio de información pública como “los contenidos o documentos, **cualquiera que sea su formato o soporte**, que obren en poder de las administraciones públicas, lo que incluye, conforme a las atinadas resoluciones de la GAIP, el acceso a los algoritmos y al código fuente.
- Los límites al derecho de acceso se basan en la aplicación de 4 criterios generales de aplicación restrictiva: test del perjuicio (vs interés público), la ponderación, proporcionalidad (**conceder como mínimo acceso parcial**) y el deber de motivación (exteriorizar las razones por las que se considera que no se puede dar esa información).
- Particularmente, en el caso de la propiedad intelectual como límite al derecho de acceso, solo se considera por lo general, aplicable cuando se trata de los derechos antes privados, no cuando la administración pública es la titular de estos derechos. Eso sí, en caso de derechos de propiedad intelectual de la

administración pública, se puede establecer limitaciones al acceso (por ejemplo, acceso a algoritmo, con la prohibición de *difundir o utilizar el código fuente para otros fines sin la autorización expresa de la Administración*)

Bajo estas consideraciones podemos concluir, que la ley reconoce y reafirma el carácter amplio que tiene la información pública, sin importar el formato o soporte en que se encuentra, por lo cual, más que habar sobre acceso a la *información*, tenemos que del acceso al *conocimiento* en manos de la administración.

De manera que, si bien muchos algoritmos pueden tener grandes beneficios cuando son utilizados por las administraciones públicas, en este caso concreto ocurre lo contrario: el algoritmo puede contener un error en las variables ingresadas, y con ello, aplicar la ley de forma discriminatoria, negando una prestación a personas que tienen derecho a ella, por lo cual, será preciso admitir el derecho de acceso a algoritmo, con base en los argumentos vertidos.

Para terminar, consideramos que la transparencia y rendición de cuentas no puede ser contrario al desarrollo tecnológico o a la automatización de procedimientos, por el contrario, debe ser utilizado como una herramienta que mejora la eficacia de las instituciones públicas.

DECISIONES AUTOMATIZADAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

En RGPD reconoce un derecho de información reforzado ante la existencia de decisiones automatizas. Por consiguiente se requiere que el interesado conozca información significativa sobre la lógica aplicada (que el responsable entregue una explicación sencilla pero exhaustiva sobre el funcionamiento del algoritmo, no necesariamente una compleja explicación de los algoritmos utilizados o la revelación de todo el algoritmo) que le permita al interesado en caso de no estar de acuerdo, impugnar la decisión.

En el mismo sentido, que el RGPD recoge en el artículo 22 el **derecho** a no ser objeto de una decisión basada **únicamente** en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca **efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar**. Al respecto “aclara” que más que hablar de un derecho (porque no es necesario que sea ejercido de manera activa por el interesado), a lo que se hace referencia es a una prohibición general de este tipo de decisiones.

Por el contrario, si dicha prohibición no es aplicable de conformidad con alguna de LaIAS excepciones a este “derecho”, el interesado tendrá como mínimo ante la decisión, *el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable*

(entendida como una intervención debe ser por una persona con capacidad de decidir si adoptar la decisión o no), *a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.*

No obstante lo que hemos establecido, el artículo 13 tiene un efecto limitado respecto a la toma de decisiones automatizadas, porque restringe la transparencia a la lógica del tratamiento no del algoritmo, lo que puede generar que se niega el acceso al mismo. Sin embargo, consideramos que las personas sujetas a decisiones algorítmicas tienen derecho a conocerlo para reaccionar a esa decisión, es así que el Considerando 71 refiere el derecho a la explicación algorítmica como un derecho instrumental para ejercer otras acciones posteriores, por considerar que la decisión es “injusta” o equivocada.

Por otro lado habría que plantearse que al ciudadano medio que se ve afectado por una decisión administrativa tomada por un algoritmo o el algoritmo como apoyo a la toma de dicha decisión, poco le aporta acceder al algoritmo o a una traducción a lenguaje comprensible, por lo cual, será mejor tener un control colectivo sobre el uso de algoritmos a modo de auditoría, que en términos de esta normativa. No obstante que el RGPD es un documento que cuesta ser leído, parece ser hasta ahora la única regulación que permite cierta transparencia cuando se tratan de decisiones relevantes para una persona

Asimismo, se debe tener en cuenta que en este tipo de decisiones cuando son tomadas por una AP, quizá el interés en juego no es la privacidad de una persona, sino el buen actuar de un gobierno, que trasciende totalmente la esfera privada de un individuo en particular y afecta a una colectividad.

En consecuencia, podemos determinar, que es nuestra opinión, en el caso que nos ocupa sí se trata de una decisión basada *únicamente* en el resultado de la aplicación BOSCO. En este sentido, es dable concluir que nos encontramos ante una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, que tiene efectos jurídicos en la persona al negar una prestación concedida por ley conforme al RGPD.

En otros términos, es totalmente aplicable la legislación en materia de protección de datos y debería darse a los afectados, la información sobre el funcionamiento del algoritmo, y en su caso, el acceso al contenido del mismo, lo que les permitiría dirimir si el algoritmo recoge a la letra los supuestos de hechos plasmados en la normativa que establece la solicitud del bono social o no, y en su caso, obtener intervención humana e impugnar la resolución.

Cabe referir, que es curioso que para la solicitud del bono social, se requiere a los interesados “consentimiento expreso” para realizar la comprobación por medio de la aplicación. Empero, como hemos visto también, el RGPD determina que independientemente del consentimiento, la persona afectada puede pedir información

sobre la lógica aplicada por el algoritmo, por lo tanto, aun ante el consentimiento la obligación de información prevalece.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como quedó establecido en el apartado normativo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE reconoce el derecho a una buena administración. Asimismo, la LPAC reconoce una serie de derechos a los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones públicas, en particular, el derecho de acceder a la información pública y el derecho a ser tratado con respecto y deferencia.

Por otro lado, en el ámbito de las actuaciones administrativas automatizadas, estas se entienden siempre que se desarrollen en *el marco de un procedimiento administrativo* y se considera que en cualquier actuación de esta naturaleza, deberá establecerse de forma previa el órgano competente, que en su caso será el encargado de velar por el buen funcionamiento y control de calidad de la “aplicación telemática” utilizada. Dichas aplicaciones deberán en su caso, si promueven la transparencia, ser declaradas fuentes abiertas.

Bajo esta tesitura, si bien consideramos que en todo caso es necesario conocer “la cara oculta del algoritmo”, que finalmente es el medio para tomar una decisión y qué consecuencias puede tener en la neutralidad de los procedimientos administrativos, no es aplicable esta normativa al caso que nos ocupa, porque la comprobación de los requisitos para acceder al bono se encuentra en una actuación entre la comercializadora y el solicitante, por lo cual, se puede considerar una “etapa previa” a un procedimiento administrativo.

Pese a ello, teniendo en cuenta que la mayoría de las administraciones públicas deniegan el acceso, al considerar que el algoritmo no es un documento accesible conforme al derecho de acceso o que es aplicable alguno de los límites aplicables en la norma, bien por proteger información confidencial de la misma institución o por secretos comerciales de terceros, es dable exponer estas consideraciones como refuerzo en la argumentación.

Cabe precisar finalmente, que bien muchos de los algoritmos o programas utilizados por la administración pública no tienen la finalidad de remplazar a la norma o la actuación de la administración, sino facilitar su aplicación, aún en esos casos es determinante la fundamentación y motivación dada por la administración pública responsable para utilizar este tipo de herramientas.

Finalmente, la validez de la actuación administrativa vendrá dada por los supuestos de hecho establecidos en la validez jurídica de la norma, no en el algoritmo. Pero en cuyo

caso, si la aplicación contiene errores, es decir, es infiel a las consideraciones de la norma, deberá la administración pública velar por declarar dicha decisión contraria a Derecho y restablecer de manera inmediata a la persona afectada en sus derechos.

Ante la crisis de confianza en las instituciones públicas, que se agrava ante la gran opacidad que opera en la construcción y utilización de este tipo de herramientas, la administración pública tiene el deber de implementar mecanismos de “auditoría” que prevengan este tipo de irregularidades en los algoritmos o en las decisiones administrativas automatizadas, así si el ciudadano considera que el algoritmo aplicable vulnera sus derechos, la administración podrá demostrar su buen actuar con los documentos que acrediten la previa evaluación del mismo, así como las premisas con las que ha sido elaborado.

Por otro lado, si el algoritmo es desarrollado por la propia administración pública, se debe ser sumamente riguroso en la traslación de los supuestos de hecho a la aplicación telemática y aplicar todas las garantías generales y preventivas que regulen cómo tienen que construirse los algoritmos, en el momento de la programación.

Para terminar, coincidimos con la doctrina que establece que los algoritmos no son reglamentos, mucho menos en los casos en que son construidos por entes privados, y principalmente porque no cumplen la misma función: el reglamento crea el derecho, el algoritmo, en el caso que nos ocupa solo lo traduce. En este sentido, lo verdaderamente importante es construir garantías jurídicas, especialmente cuando se tiene en juego el ejercicio de derechos.

PROPIEDAD INTELECTUAL COMO LÍMITE AL DERECHO DE ACCESO A LOS ALGORITMOS

En las resoluciones que hemos referido no se hace mucho énfasis en la propiedad intelectual de las administraciones públicas como límite al derecho de acceso a los algoritmos. Sin embargo, consideramos que de una interpretación a *contrario sensu*, debe entenderse que este límite no es aplicable cuando se trata de derechos de propiedad intelectual de la administración.

Primero, porque abriría la puerta para que todas las aplicaciones utilizadas por la administración (que son muchas y en diversos aspectos) quedaran fuera del escrutinio de la población, lo que representaría un riesgo inminente en el control de la actuación administrativa.

Segundo, la ley de contratos prevé que cuando una administración encarga la elaboración de un programa, este debe ceder la propiedad intelectual a la administración pública, no obstante en muchas ocasiones las empresas, añaden cláusulas de

confidencialidad, que se convierten en un obstáculo en la transparencia, por cuestiones de secretos empresariales, para proteger el *know how* de la empresa creadora (activo intangible de la empresa), que persigue con ello mantener una ventaja competitiva respecto a otras empresas.

Finalmente, las aplicaciones deberán ser de código abierto, lo que permitirá a la población conocer su funcionamiento y con ello evaluar si la administración no “crea” derecho a partir de este tipo de herramientas, es decir, en este caso, la propiedad intelectual como límite no debe considerarse.

VIII. CONCLUSIONES

Conforme al Índice de la Economía y la Sociedad Digitales 2019 (DESI) publicado por la Comisión Europea⁴⁵ España es el segundo país europeo (después de Estonia) con los mejores servicios públicos digitales.⁴⁶ En este sentido, la transformación digital en la Administración, basada en el uso de algoritmos como herramientas de apoyo para la toma de decisiones y para lograr administración pública más eficiente, es una gran iniciativa.

Sin embargo, las decisiones tomadas con estos mecanismos, deben cumplir los mismos principios que las decisiones tomadas sin el apoyo de estos algoritmos: efectivamente, si puede hacerlo *bien* un algoritmo, es preciso que lo haga el algoritmo, pero sin que se vean afectados en el proceso decisorio automatizado los derechos o intereses de los ciudadanos.

Bajo esta tesitura, automatización o algoritmos no debe significar ni opacidad del proceso de toma de decisiones ni vulneración del derecho de defensa, por lo que conocer cómo funciona el sistema de información que sirve para la adopción de la resolución, así como conocer los motivos concretos que le han llevado a ella y acceder en su caso al propio algoritmo o código fuente, deber ser considerado como parte de la información pública a la que se tiene derecho de acceso, sobre todo, cuando se es afectado por un procedimiento sin intervención humana.

De forma complementaria, al utilizar este tipo de herramientas se debe velar por cumplir con el derecho de información como parte del derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado.

Finalmente, determinar que la rendición de cuentas y la imputabilidad de responsabilidad a quien utiliza el algoritmo, son requisitos esenciales en la utilización

⁴⁵ Disponible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-public-services-scoreboard>

⁴⁶ Cabe acotar que el parámetro es básicamente el número de trámites o envío de formularios que se puede realizar usando canales en línea versus los trámites basados en papel.

de estas herramientas para garantizar que dichas decisiones no se encuentran afectadas por sesgos o errores en su configuración de forma premeditada o negligente. Conocer al algoritmo para determinar que le ha sido incorporada la norma jurídica de forma precisa, con todos sus preceptos, es una forma de protección del ciudadano en su relación con las administraciones públicas.

Este debate respecto al derecho de acceso a los algoritmos se debe plantear desde los derechos que se ven afectados, en el que debe incluir la visión técnica, jurídica y ética. Los ciudadanos tenemos derecho a la explicación de un algoritmo, en términos comprensibles y claros. Tenemos derecho a que los actos administrativos – automatizados o no- se encuentren fundado y motivados. Tenemos derecho a la transparencia, al acceso al conocimiento en poder de la administración y a la rendición de cuentas.

En estos términos, podemos concluir, que el derecho de acceso a los algoritmos, se trata pues de un tema más amplio, por lo que la aplicación de este tipo de herramientas que afectan derechos y libertades de las personas, debe ser considerado como un tema, de transparencia y acceso la información, de administración pública, rendición de cuentas y protección de datos, todo en conjunto.

En el caso es particular, la denegación de una prestación de esta naturaleza por un mecanismo automatizado, sin que medie intervención humana que evalúe la decisión si es incorrecta y contraria a derecho, representa una situación especialmente grave al tratarse de personas categorías especialmente vulnerables.

Por lo tanto, debe permitirse la mayor de la protección a las personas afectadas, y en su caso autorizar que la Fundación reclamante acceda al algoritmo y código fuente de la aplicación, a fin de evitar que posibles errores en la configuración el mismo, continúen vulnerando el derecho de acceder a esta prestación.

La tecnología es un instrumento no una finalidad y en este caso, la responsabilidad debe ser de la administración pública no del algoritmo, por lo que la finalidad más allá de acceder al algoritmo, deberá ser en último término, vencer la “opacidad” con la que actuar las administraciones públicas en el uso de algoritmos.

El acceso a la información pública y con ello la transparencia son de las pocas garantías que le queden a los ciudadanos frente al uso de algoritmos que deciden sobre nuestros derechos, por lo que es necesario que cualquier decisión basada en estos, particularmente, la que nos ocupa en esta ocasión, sea respetuosa de los derechos de los ciudadanos contemplados en la legislación.

IX. FUENTES DE CONSULTA

LEGISLACIÓN APLICABLE Y JURISPRUDENCIA

Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Constitución Española. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887&tn=2>

Ley 24/2013 de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-13645&tn=2>

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). Disponible en:

Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-19814

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones. (LPAC). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565&tn=2>

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566&tn=2>

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. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902>

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>

Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica. Disponible en: https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-11505

REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

Resolución de 15 de noviembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se pone en marcha la aplicación telemática que permita al comercializador de referencia comprobar que el solicitante del bono social cumple los requisitos para ser

considerado consumidor vulnerable. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-13266>
Resolución de 21 de septiembre de 2016, de estimación de las Reclamaciones 123/2016 y 124/2016 (acumuladas). Disponible en
Resolución 93/2019, de 22 de febrero de la GAIP. Disponible en
<http://www.gaip.cat/es/detall/normativa/2019-0093>
Resolución 200/2017, de 21 de junio en el expediente 171/2017 de la GAIP. Disponible en:
http://www.gaip.cat/web/.content/pdf/Resolucions_2017pdf/20170621_Resolucio_200_2017_estimacio_171_2017.pdf
Sentencia de 5 de febrero de 2020 del Tribunal de Distrito de La Haya (ECLI:NL:RBDHA:2020:1878). Disponible en:
Sentencia nº 46/2017, de 22 de junio de 2017, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Madrid, dictada en el PO 38/2016.
Sentencia nº 60/2016, de 18 de mayo de 2016, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Madrid, dictada en el PO 57/2015. Sentencia nº 85/2016, de 14 de junio de 2016, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Madrid, dictada en el PO 43/2015. Sentencia nº 98/2017, de 22 de junio de 2017, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Madrid, dictada en el PO 49/2016.
Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre, por la que se desarrolla el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-11532>
Tratado de la OMPI -Organización Mundial de la Propiedad Intelectual- sobre Derechos de Autor. Disponible en: <https://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/>

BIBLIOGRAFÍA:

Agencia Española de Protección de Datos. “Guía de Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción”
Disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>
Arroyo Jiménez, Luis, “Algoritmos y reglamentos”. Disponible en:
<https://almacenederecho.org/algoritmos-y-reglamentos>
Boix Palop, Andrés, “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones”
Campos Acuña, María Concepción, “Inteligencia Artificial e Innovación en la Administración Pública: (in)necesarias regulaciones para la garantía del servicio público”. Disponible en:
https://www.ivap.euskadi.eus/contenidos/informacion/rvgp_ultimo_numero/es_def/Campos%2074_91.pdf

Comisión al Parlamento Europeo. “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Inteligencia artificial para Europa, Bruselas, 25.4.2018 COM(2018) 237 final.” Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-237-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

Cotino Hueso, Lorenzo, “SyRI, ¿a quién sanciono?” Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020”

De la Nuez Sánchez Sánchez-Cascado, Elisa, “Algoritmos y transparencia”

Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/02/19/algoritmos-y-transparencia-2/>

Information Commissioner Office, ICO, “Explaining decisions made with AI en el mismo sentido del RGPD. Guía de la autoridad británica de protección de datos”

Jayanes Aguilar, Luis. “Fundamentos de programación. Algoritmos, estructura de datos y objetos”

Jiménez Asensio, Rafael, “Algoritmos, ética y transparencia” Disponible en: <https://rafaeljimenezasensio.com/2019/10/06/algoritmos-etica-y-transparencia/>

O’neil, Cathy, “Armas de destrucción matemática. Cómo el Big Data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia”

Paloma Llana, “Datanomics, todos los datos personales que das sin darte cuenta. Claves, consejos y herramientas para proteger tu privacidad”, editorial DEUSTO, 2019.

Parlamento Europeo. Resolución sobre “Implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley (2016/2225(INI)) de 14 de marzo de 2017”. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0076_ES.html

Ponce Solé, Juli, “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”

Recomendación 2/2018, de la Defensora Universitaria de la Universidad de Oviedo

Sangüesa, Ramón, “ Inteligencia artificial y transparencia algorítmica: "It's complicated"”, Disponible en: <http://bid.ub.edu/es/41/sanguesa.htm>

Supervisor Europeo de Protección de datos. Resumen ejecutivo del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre sobre “Hacer frente a los desafíos que se plantean en relación con los macrodatos: llamamiento a la transparencia, el control por parte de los usuarios, la protección de datos desde el diseño y la rendición de cuentas.” Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XX0220\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XX0220(01)&from=ES)

Revista iberoamericana de derecho informático, “Inteligencia artificial y derecho: principios y propuestas para una gobernanza eficaz”. Disponible en: https://docs.wixstatic.com/ugd/fe8db5_7781fc969f9d40a6893d9b9f38fefa25.pdf