



Informe 4/16, de 30 de junio de 2016. “Calificación jurídica de un contrato de actualización de software (Mº Hacienda y Función Pública)”

Clasificación de informes. 2. Calificación jurídica y régimen jurídico de los contratos. 2.1.3. Contratos de suministros. 2.1.5. Contratos de servicios.

ANTECEDENTES

“Como Vicepresidenta de la Junta de Contratación de los Servicios Centrales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y de conformidad con el artículo 17 del Real Decreto 3011991, de 18 de enero, de régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicito informe sobre el siguiente asunto:

Este órgano de contratación tiene prevista la celebración de un contrato que tiene por objeto la actualización (nuevas versiones de productos ya adquiridos) y soporte técnico de software estandarizado.

Este órgano de contratación, junto con otras entidades (UNED, CCAA Madrid, Bomberos del Consorcio Provincial de Valencia, etc.) considera que se trata de un contrato de servicios, pero se ha podido comprobar que la calificación de este tipo de contratos no es pacífica.

En el informe de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía 10/2009, de 15 de junio, sobre la naturaleza jurídica de un contrato cuyo objeto es la adquisición de una actualización informática y su soporte, se afirma que la adquisición del derecho de actualizaciones y soporte software de las licencias del producto y la entrega y el acceso a los parches y correcciones de errores relativas a dicho software y el acceso a las nuevas versiones liberadas, entran dentro del concepto de suministro, mientras que la atención y resolución de incidencias vía telefónica y por correo electrónico son prestaciones propias de un contrato de servicios. Criterio que se sostiene además en numerosos contratos gestionados por los diferentes órganos de contratación de la Administración que han considerado la actualización de programas informáticos (software) como contrato de suministros, mientras que su mantenimiento-excluida la actualización del software- y soporte técnico se ha considerado contrato de servicios.

En el citado informe 10/2009, se señala que este objeto contractual estaría incluido dentro del artículo 9.3.b) del TRLCSP -Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios-, lo que presupone su inclusión como cesión de derecho de uso.

Este informe carece de un desarrollo que justifique la postura adoptada por este órgano consultivo. Además, esta conclusión no se ajusta, en nuestra opinión, al concepto de cesión de derecho de uso como se desarrolla a continuación:

Si se acude a la literatura técnica sobre el concepto de cesión de uso de licencias se considera estrictamente a éste como derechos de explotación de un software, consistente en aquel contrato en virtud del cual, el titular del derecho de



explotación de un programa de ordenador autoriza a otro, a utilizar el programa, conservando el cedente la propiedad del mismo.

El cesionario o licenciataria, simplemente adquiere un derecho de uso en los términos que se hayan pactado en la licencia. La cesión quedará limitada al derecho o derechos expresamente cedidos, y a las modalidades de explotación expresamente previstas. Si no se expresan específicamente y de un modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo.

Normalmente en estos contratos se restringe la posibilidad de explotación de la referida licencia más allá del simple uso de éstas, motivo por el cual el cedente suministrará servicios de "mantenimiento y soporte técnico" a cambio de una póliza de servicio.

Estos servicios son denominados en el medio como "releases" (actualizaciones y asistencia técnica) que incluso se puede brindar a través de Internet o vía telefónica, y que constituyen un servicio destinado al mejor funcionamiento del software.

En línea con este argumento, el artículo 99 del 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, dentro del Título VII dedicado a los programas de ordenador, establece el contenido expreso de los derechos de explotación:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 100 de esta Ley (que regula los límites a los derechos de explotación) los derechos exclusivos de la explotación de un programa de ordenador por parte de quien sea su titular con arreglo al artículo 97, incluirán el derecho de realizar o de autorizar:

a) La reproducción total o parcial, incluso para uso personal, de un programa de ordenador, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa necesiten tal reproducción deberá disponerse de autorización para ello, que otorgará el titular del derecho.

b) La traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos, sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador.

c) Cualquier forma de distribución pública incluido el alquiler del programa de ordenador original o de sus copias.

A tales efectos, cuando se produzca cesión del derecho de uso de un programa de ordenador, se entenderá, salvo prueba en contrario, que dicha cesión tiene carácter no exclusivo e intransferible, presumiéndose, asimismo, que lo es para satisfacer únicamente las necesidades del usuario. La primera venta en la Unión Europea de una copia de un programa por el titular de los derechos o con su consentimiento, agotará el derecho de distribución de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler del programa o de una copia del mismo J".



Por tanto, la actualización del software no se encuentra integrada entre los derechos de explotación o uso que se ceden.

Este mismo criterio se puede encontrar en la Resolución 504/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuando afirma que "una actualización de elementos concretos, básicamente software, que todos conocemos que es obsoleto en escaso tiempo respecto de su compra, manteniendo nominal y también materialmente, el equipo original, no deja de ser una reparación, cualificada, si, si se quiere, pero no abandona la naturaleza específica de contrato de servicios" (...)"Todo ello supone, en suma, que, a la luz de la documentación obrante en el expediente, que incluye, de forma clara elementos típicos de esta prestación de mantenimiento junto con la de actualización, no cabe concluir otra cosa diferente, en relación con la naturaleza de la prestación que es objeto del contrato cuya adjudicación se recurre en el presente caso, que la misma es la de un contrato de servicios de mantenimiento integral".

Con base en esta justificación y dadas las diferencias que implica la calificación de un contrato como de servicio o suministros, se solicita de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, como órgano consultivo en materia de contratación, que determine la calificación adecuada para este tipo de objetos contractuales, es decir, si la actualización de los programas de ordenador (software) es un contrato de servicios al ser esta actividad no incluida en el concepto de cesión de derechos de uso de la licencias."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La Junta de Contratación de los Servicios Centrales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, plantea consulta a esta Junta Consultiva con motivo de la realización de un contrato que tiene por objeto la actualización (nuevas versiones de productos ya adquiridos) y soporte técnico de software estandarizado.

El problema que se plantea es la duda sobre la calificación jurídica de este tipo de contratos que, a juicio del consultante y de otras entidades, se configura como de servicios pero que se considera como contrato de suministros por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía conforme al contenido de su Dictamen10/2009, de 15 de junio.

2. Para poder responder a la consulta planteada, en primer lugar resulta necesario señalar que esta Junta Consultiva se configura como el órgano consultivo en materia de contratación pública del Estado, tal y como establece el artículo 324, apartado 1, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), cuando determina:

"La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado es el órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos, Agencias y demás entidades públicas estatales, en materia de contratación administrativa. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado estará adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, y su composición y régimen jurídico se establecerán reglamentariamente."



De la misma manera, el artículo primero, apartado 1, del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, de régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa también establece una definición de este órgano que lo vincula con la Administración del Estado:

“La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, tiene el carácter de órgano consultivo de la Administración del Estado de sus Organismos autónomos y demás Entes públicos estatales, en materia de contratación administrativa y ejerce, además, las funciones que la legislación vigente le atribuye en orden a la clasificación de los contratistas, a la elaboración de los índices oficiales a efectos de la revisión de precios en los contratos y respecto del Registro de Contratos.”

Su misión no es, por tanto, valorar los Dictámenes emitidos por las Juntas Consultivas de las Comunidades Autónomas ni determinar su corrección o su ajuste a la legislación contractual, entre otras razones porque las Comunidades Autónomas gozan de autonomía para emitir su propia normativa en materia de contratación pública siempre que ésta respete el carácter básico de la legislación del Estado en esta materia de conformidad con el artículo 149.1.18 de la Constitución Española.

Por este motivo, esta Junta Consultiva únicamente puede pronunciarse sobre la calificación jurídica del contrato por el que se consulta tomando en consideración la normativa aplicable que le corresponde conocer en función de su competencia de ámbito estatal.

3. El primer paso para poder dar respuesta a la consulta planteada es recordar que el propio TRLCSP contiene una definición de los distintos tipos contractuales. Así, tanto el contrato de suministro como el contrato de servicios se encuentran definidos legalmente. El artículo 9 del mismo define los contratos de suministros estableciendo:

“1. Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del apartado 3 de este artículo respecto de los contratos que tengan por objeto programas de ordenador, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables.

3. En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:

a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario.

b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.



c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.”

Por su parte, el contrato de servicios aparece definido en el artículo 10 del TRLCSP, de forma negativa respecto al contrato de obra y al contrato de suministro:

“Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II.”

4. No parece necesario recurrir a un análisis pormenorizado para excluir la actualización de software de los restantes tipos de contratos a los que se refiere el TRLCSP en los que por definición no tendría encaje. Así, ni el contrato de obras ni los de concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos o el contrato de colaboración pública-privada pueden dar cobertura a este objeto contractual, ni por la actividad a realizar ni por la distribución del riesgo entre las partes contractuales.

5. En cuanto al contenido del contrato de suministro, el artículo 9 del TRLCSP se refiere en sus apartados primero y segundo a productos y bienes muebles así como propiedades incorpóreas o valores negociables, por lo que no encajarían con un contrato que tenga por objeto la actualización de software.

No obstante, este mismo artículo, en el apartado 3.b) se refiere a:

*“b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y **programas**, y la **cesión del derecho de uso de estos últimos**, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.”*

La diferencia fundamental entre un programa a medida y un programa estandarizado es que en el primero se adquiere la propiedad del mismo, lo que implica poder enajenar, ceder y utilizar libremente ese programa así como, en la medida en que se adquiere también el código fuente del mismo, poder modificar ese programa con cualquier finalidad.

Por el contrario, en un programa estandarizado, el órgano de contratación no adquiere la propiedad, sino únicamente la licencia de uso del mismo. Tampoco tiene derecho a modificarlo, incluso en el caso de que pudiera hacerlo sin el código fuente del mismo, ni a enajenarlo.

El inciso final de este precepto, indica claramente que si el programa que se adquiere o arrienda es un programa a medida estaremos ante un contrato de servicios, mientras que si se trata de un programa estandarizado el contrato será de suministros.



El contenido de este artículo es heredero de la regulación que hacía el antiguo Decreto 2572/1973, de 5 de octubre, por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de mantenimiento, arrendamiento y programas, cuyo artículo 6, apartado 2, ya decía que:

*“La ejecución de tales actividades se adjudicará por el procedimiento de concurso, de acuerdo con las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación contenidas en el pliego de cláusulas administrativas generales **con respecto a los contratos de suministro**, previa aprobación del correspondiente proyecto por la Comisión Interministerial de Informática.”*

Y la Cláusula 3, apartado 1, del Pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de mantenimiento, arrendamiento y programas, indicaba:

*“La adquisición de equipos o sistemas para el tratamiento de la información con destino a los Departamentos de la Administración Civil y Organismos Autónomos, **se ajustará a las normas reguladoras del contrato de suministro** contenidas en el Reglamento General de Contratación del Estado, a las prescripciones de los correspondientes pliegos particulares y en lo que no resulte válidamente modificado por éstos, al presente pliego general.”*

6. No obstante, en relación con programas estandarizados, el artículo 9.3.b) se refiere a la adquisición, el arrendamiento y la cesión del derecho de los mismos. Es decir, no se refiere a su actualización. Por este motivo debemos realizar un ejercicio interpretativo para determinar si la actualización de programas ya adquiridos, programas de carácter estandarizado como indica el propio texto de la consulta, se puede equiparar con la adquisición, el arrendamiento y la cesión del derecho de uso de los mismos y calificarse por tanto como contrato de suministros, o bien, en caso de no poder equipararse, calificarse como contrato de servicios.

En primer lugar, podríamos asumir que la actualización de un programa estandarizado no conlleva ningún tipo de actuación compleja sino tan sólo la mejora, el parcheado o la corrección de fallos (*bugs fixing*) en el mismo. Esto forma parte del desarrollo normal de cualquier programa estandarizado del que se venden licencias de uso tales como sistemas operativos, paquetes de procesamiento de textos, tablas de cálculo, etc.

En este supuesto, resulta difícil sostener la calificación como contrato de servicios puesto que el contratista únicamente suministra una nueva versión del programa ya adquirido.

En segundo lugar, encontramos el supuesto en el que la actualización del programa implica tareas complejas como la incorporación de nuevas funcionalidades al mismo, la instalación o adaptación de los equipos o sistemas que emplean los programas o incluso la formación del personal destinado a su utilización. En este caso se podría argumentar la calificación de la actualización como contrato de servicios en la medida en que no solamente se entrega el programa sino que también se desarrollan actividades complejas destinadas a la utilización del mismo. En este supuesto podríamos considerar



que este contrato tiene elementos propios del contrato de servicios ya que no implica únicamente la actualización del software sino también una serie de actuaciones adicionales a la misma.

En este caso, dado que las prestaciones del contrato no incluyen labores de actualización complejas adicionales, propias de un contrato de servicios, cabe concluir que el contrato al que se refiere la consulta es un contrato de suministro del artículo 9.3.b) del TRLCSP

CONCLUSIÓN

Conforme al artículo 9.3.b) del TRLCSP, la adquisición y el arrendamiento de programas y la cesión del derecho de uso de los mismos se califica necesariamente como contrato de suministros.

La normativa en vigor y, en particular, el TRLCSP, no determina expresamente la calificación jurídica de los contratos de actualización de software estandarizado por lo que resulta necesario realizar un ejercicio interpretativo para determinar la calificación jurídica del mismo. En este caso, dado que las prestaciones del contrato no incluyen labores de actualización complejas adicionales, propias de un contrato de servicios, cabe concluir que el contrato al que se refiere la consulta es un contrato de suministro del artículo 9.3.b) del TRLCSP