



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 28 de julio de 2020

Informe 1/2020, de 28 de julio de 2020, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Calificación jurídica de los contratos de renovación y actualización de licencias informáticas

Antecedentes

1. En fecha 25 de mayo de 2020 tuvo entrada una solicitud de informe del interventor general de la Comunidad Autónoma en relación con la calificación jurídica de los contratos de renovación y actualización de licencias informáticas.

En la solicitud se expone que resulta bastante habitual que se presenten a fiscalizar expedientes que tienen por objeto la renovación de licencias de productos informáticos que comportan una garantía de soporte ya incluida en el coste de renovación. Esta garantía de soporte tiene por finalidad mantener actualizados dichos productos o recibir parches que resuelvan posibles errores. En los pliegos se prevé el pago del 100% del precio de adjudicación una vez renovada la licencia y los expedientes suelen ser calificados de contratos de suministro. En la mayoría de los casos, el precio ofrecido por las empresas incluye el suministro y el mantenimiento, y el pago del precio se solicita en su totalidad en el momento de la entrega del suministro.

A la Intervención General le preocupa la correcta calificación del objeto del contrato, principalmente en la fase de ejecución y pago, ya que si la calificación correcta de estos contratos es la de contratos mixtos, por contener suministros y servicios, el régimen jurídico de sus efectos y extinción deberá establecerse en los pliegos ateniéndose a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas y el pago del servicio deberá tramitarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 198 de la LCSP y en el 199 del RGLCAP, a la vista de las tareas realmente ejecutadas y en los vencimientos estipulados. Esto implica la obligatoriedad de presupuestar las distintas prestaciones y desglosar las diferentes anualidades, presente y futuras, a las



que deberá imputarse el gasto derivado del contrato, dado que el periodo de garantía de apoyo abarca más de una anualidad.

Por todo ello, la Intervención General plantea las siguientes cuestiones:

1. Cómo determinar si la inclusión de las tareas del servicio de garantía de soporte en el objeto del contrato implica la calificación como de suministro simple o como contrato mixto de suministro y servicios?
 2. En caso de que nos encontremos ante un contrato mixto, como puede resolverse el pago del precio que exige el mercado? Es posible entender que el servicio de garantía de soportes es a precio cero?
 3. Si la respuesta que se dé a las preguntas anteriores puede extenderse a los supuestos en los que el objeto del contrato sea la adquisición de licencias y no la actualización, pero se incluya igualmente el servicio de garantía de soporte.
2. El día 12 de mayo de 2020 se emitió el informe jurídico preceptivo exigido en el artículo 16.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. En este informe, el jefe del Servicio del Sector Público Instrumental, adscrito al Departamento Jurídico y Administrativo de la Consejería de Hacienda y Relaciones Exteriores, realizó un estudio detallado de los conceptos y de las prestaciones propias de los contratos de software y concluye, en resumen, que las pautas a tener en cuenta para determinar la calificación jurídica de los contratos objeto de consulta están relacionadas con si la garantía de soporte tiene o no suficiente autonomía como prestación de servicios y si es o no intrínseca a la renovación de licencia.

Consideraciones jurídicas

1. El artículo 65 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, dispone que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es el órgano consultivo específico de la Administración de la Comunidad Autónoma y de su Administración instrumental en materia de contratación.

Según el artículo 12 del texto consolidado del Decreto 3/2016, de 29 de enero, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas (modificado por Decreto 26/2017), la Junta emitirá los informes a petición, entre otros, de los secretarios generales de las diferentes consejerías, del interventor general, del tesorero general y de la Dirección de la Abogacía de la Comunidad Autónoma.



2. El informe lo solicita el interventor general, que se encuentra legitimado de conformidad con el artículo 12.1 del Decreto 3/2016, de 29 de enero ya mencionado.
3. La solicitud cumple los requisitos que exige el artículo 16 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 10 de octubre de 1997, ya que viene acompañada de un informe jurídico y de la documentación necesaria para emitirlo.
4. Para poder dar respuesta a las preguntas concretas que plantea la solicitud de informe, hay que revisar, en primer lugar, los tipos contractuales previstos en la legislación de contratos en los que encajarían las renovaciones y actualizaciones de licencias.

La 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 (en adelante, LCSP), delimita los tipos contractuales en la Sección 1ª del Capítulo II (artículos 12 a 18).

En el artículo 16 de la LCSP se definen como contratos de suministro aquellos que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con opción a compra o sin ella, de productos o bienes muebles. Y más concretamente, en relación con los productos informáticos, la letra b) del apartado 3 considera que, en todo caso, son contratos de suministro:

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, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

El artículo 17 de la LCSP, define los contratos de servicios como aquellos 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 suministro, incluidos aquellos en los que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

El artículo 18 LCPS, define los contratos mixtos como aquellos que contengan prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase, y establece que podrán suscribirse, únicamente y de acuerdo con el artículo 34.2 LCSP, cuando puedan fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos, cuando estas prestaciones estén vinculadas directamente entre sí y



mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y el tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una necesidad determinada o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante.

A diferencia de la legislación anterior, la actual LCSP regula el régimen jurídico de los contratos mixtos de manera más detallada y completa, distinguiendo, en el artículo 18 el régimen jurídico de aplicación en función de la naturaleza del contrato predominante en cada caso.

Concretamente, el apartado 1 del artículo 18 dispone que cuando se trate de contratos compuestos en parte por servicios, -que en el caso consultado correspondería a la garantía de apoyo-, y en parte por suministros, -que en el caso consultado correspondería a la renovación de la licencia-, el régimen jurídico aplicable es el siguiente:

- Para determinar el régimen jurídico de la preparación y adjudicación, se estará al carácter de la prestación principal, que se determinará en función de cuál sea el más alto de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros.
- El régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción se determinará en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), que deberán detallarlo, teniendo en cuenta las normas aplicables a las diferentes prestaciones que se funden, tal como dispone el artículo 122.2 LCSP.

5. Si se analizan con detalle las referencias contenidas en el artículo 16.3 b) LCSP en relación con los productos informáticos, se desprende, por un lado, que los suministros informáticos pueden tener por objeto diferente tipo de productos: ya sean equipos, sistemas, dispositivos o programas; y por otro, que estos productos pueden transmitirse o enajenarse de diferentes maneras: ya sea mediante adquisición, arrendamiento o cesión del derecho de uso, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición.

Dado que la solicitud de informe hace referencia a las licencias informáticas, más concretamente a las renovaciones y actualizaciones de éstas, resulta adecuado, en este punto, aclarar los conceptos de licencia y de programa informático.

El Diccionario de la Real Academia Española (RAE) no recoge el concepto de programa informático, pero sí incluye la voz inglesa software que se define como el "*conjunto de programas, más indicaciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas Tareas en una computadora*". Este concepto se diferencia del hardware, que es el equipo o "*conjunto de aparatos de una computadora*",



según el mismo Diccionario. Por tanto, el software hace referencia al conjunto de programas de una computadora o de un ordenador, de tal forma que los conceptos de software y programa informático son sinónimos, y a efectos de este informe, se utilizan de manera indistinta.

El diccionario de la RAE tampoco recoge el concepto de licencia informática, pero según la "*Guía para la redacción y negociaciones de Contratos de software*" del año 2018 de la Asociación Española de Derecho del Entretenimiento (DENAE), los contratos de software que pueden suscribirse entre un proveedor y un cliente son de tres tipos:

- Contrato de licencia de uso de software, por medio del cual se autoriza el uso de un programa de ordenador, protegido por derechos de autor, de acuerdo con el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, a favor de un tercero a cambio de un precio determinado.
- Contrato de desarrollo de software, por medio del cual el proveedor, a cambio de un precio pactado con el cliente, elabora un programa de ordenador que se ajusta a las características funcionales y técnicas acordadas con el cliente.
- Contrato de mantenimiento de software, dentro del cual pueden diferenciarse tres formas habituales de mantenimiento:
 - Mantenimiento preventivo, que comprende las operaciones destinadas a mantener el correcto funcionamiento del software y que se hace antes de que puedan surgir errores en el sistema. Por tanto, este mantenimiento está destinado a prevenir errores o incidencias.
 - Mantenimiento correctivo, que incluye operaciones para corregir o reparar los errores del software.
 - Mantenimiento evolutivo, que comprende operaciones para actualizar y adaptar el software a las necesidades del cliente, a nuevas tecnologías o cambios legislativos. Así, este mantenimiento evolutivo sirve para dotar de continuidad al software mediante mejoras y nuevas versiones.

Dados los tipos contractuales de software y lo previsto en el artículo 16 de la LCSP, puede afirmarse que la adquisición, el arrendamiento o la cesión del derecho de uso, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, de una licencia de software se registrará por el régimen jurídico aplicable a los contratos de suministro; mientras que la adquisición, el arrendamiento o la cesión del derecho de uso, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, de un desarrollo de software se registrarán por el régimen jurídico aplicable a los contratos de servicios.

De hecho, así lo ha entendido tradicionalmente la doctrina; por ejemplo, la



Junta Consultiva de Contratación Pública del Ministerio de Hacienda y Función Pública (en adelante, JCCAMEH) en su Informe 58/2018, dispone que:

Por tanto, no cabe ninguna duda de que conforme a la Ley de Contratos del Sector Público la adquisición, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, de programas necesarios para el uso de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información e incluso la cesión del derecho de uso de los mismos debe considerarse como un contrato de suministro, sujeto a las prescripciones de la normativa contractual pública referentes a este tipo de contrato.

La excepción a la anterior regla viene representada por el supuesto de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios al tener un componente que los cualifica por causa de su carácter individualizado y exclusivo para el cliente público y, en consecuencia, no susceptible de venta masiva. Lógicamente, en este caso también estamos en presencia de contratos públicos y la normativa propia del contrato de servicios será la aplicable a estos Contratos. No puede caber duda de la consideración de estas actividades como Contratos de servicios ya que incluso cuentan con su propia codificación CPV bajo los epígrafes 84210-84250, 84990 y 84240.

También hay que hacer referencia al Informe 4/16, de 30 de junio de 2016, de la misma JCCAMEH, que diferenció los programas de ordenador a medida, de los programas estandarizados en el sentido siguiente:

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 este precepto — haciendo referencia al artículo 9.3 b del anterior Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), que equivale a la actual 16.3 b LCSP —, 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.

De este modo, en un contrato de licencia de software lo que se pone a disposición es un programa estandarizado, mientras que en un contrato de desarrollo de software, lo que se pone a disposición es un programa hecho a medida.

No obstante, la LCSP no prevé expresamente el régimen jurídico aplicable a los mantenimientos de software. Estos mantenimientos conllevan, necesariamente, la realización, por parte de las empresas de informática, de una actividad sucesiva dirigida a la obtención de un resultado distinto de una obra o de un suministro, que encaja perfectamente en la definición y características propias de un servicio.



Ahora bien, resulta muy habitual en la práctica, que el mantenimiento de software lo ofrezcan las empresas a través de una garantía de soporte y lo hagan como servicio adicional al suministro de una licencia informática estandarizada. La garantía de soporte suele tener por finalidad mantener actualizados los productos a los últimos avances o recibir parches de seguridad que resuelvan posibles errores y problemas de la aplicación. Esta manera de actuar, complica a los poderes adjudicadores la decisión del régimen jurídico aplicable al contrato, ya que podría encajar en lo previsto en el artículo 18 para los contratos mixtos, por contener prestaciones de ambos tipos.

La doctrina, en este caso, no ha resuelto la cuestión porque nos encontramos opiniones dispares:

Por un lado, la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía en su informe 10/2009, consideró que:

“La adquisición del derecho de actualizaciones y soporte software de las licencias del producto, y la entrega y acceso a los parches y correcciones de errores relativas a dicho software así como el acceso a las nuevas versiones liberadas, entrarían dentro del concepto de suministro, mientras que, por otro lado, la atención y resolución de incidencias vía telefónica y por correo electrónico constituirían prestaciones propias de un contrato de servicios (...)”

Por otro lado, la JCCAMEH, en su informe 4/16, haciendo referencia a las prestaciones que se suelen incluir en el servicio de garantía de soporte consideró lo siguiente:

(...) 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.

(...)

6. Por todo ello, en contestación a las preguntas planteadas, esta Junta Consultiva de Contratación es de la siguiente opinión:



6.1. En relación con la primera pregunta, que plantea como determinar si la inclusión de las tareas del servicio de garantía de soporte al objeto del contrato no desvirtúa la calificación como de suministro simple o, si por el contrario, el contrato debe calificarse de contrato mixto de suministro y servicios, resulta evidente que la actualización o el mantenimiento de un programa informático comporta, como regla general, la prestación de un servicio por parte de la empresa, ahora bien, cuando se presenta junto con el suministro de un programa estandarizado, será necesario realizar un ejercicio interpretativo del objeto del contrato para determinar su calificación jurídica y no en todos los casos se tratará de un suministro.

Esta Junta Consultiva comparte la opinión de la JCCAMEH (Informe 4/16), y considera que cuando los servicios que se incluyan en el suministro no conlleven actuaciones complejas o sean necesarias para el desarrollo normal del programa, el contrato conservará la calificación de suministros; en cambio, cuando la actualización o el mantenimiento impliquen actuaciones complejas que excedan del desarrollo normal del programa suministrado, el servicio podría tener autonomía suficiente como para poder calificar el contrato como contrato mixto.

Pero lo que desde el punto de vista de esta Junta Consultiva resulta más significativo para poder determinar si la inclusión del servicio de mantenimiento en el suministro de un software, conlleva la calificación del contrato como mixto, es cuál de las dos partes contratantes tiene la iniciativa de incluir la prestación del servicio en el contrato. Es decir, la iniciativa permite considerar que:

- El contrato conservará la calificación de suministro cuando los servicios que se incluyan (mejoras, parches o corrección de errores) sean a iniciativa del proveedor y esta se corresponda con la forma habitual de actuar en el mercado.
- El contrato deberá calificar de contrato mixto, cuando la iniciativa de incluir servicios sea del poder adjudicador. En este caso, en el expediente de contratación deberán concretarse con claridad el suministros y los servicios a contratar y es necesario, igualmente, que los pliegos especifiquen el importe o precio que corresponda para cada una de las prestaciones integradas en el contrato, tal como se exige en el artículo 2.1 Reglamento General de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (RD 1998/2011) que dispone que:

"Podrán celebrarse Contratos con pluralidad de Objeto, pero cada una de las prestaciones deberá ser definida con independencia de las demás."

El contenido obligacional que el poder adjudicador detalle en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) y los criterios de adjudicación que se establezcan



en el PCAP determinarán la naturaleza mixta del contrato, y de acuerdo con el artículo 18.1 LCSP, el régimen jurídico de la preparación y adjudicación se determinará atendiendo al carácter de la prestación principal, que se determinará en función de cual sea el más alto de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros.

6.2. En relación con la segunda pregunta, que plantea si nos encontramos ante un contrato mixto, como puede resolverse el pago del precio que exige el mercado y si es posible entender que el servicio de garantía de soporte es a precio cero:

Si nos encontramos ante un contrato mixto que prevé suministros y servicios informáticos complejos e incluidos en el contrato a iniciativa del poder adjudicador, esta Junta Consultiva considera que estos servicios no pueden ser a precio cero. Si los servicios se han incluido en el contrato, es porque son complejos, tienen suficiente importancia económica y autonomía y no pueden quedar subsumidos en el suministro. Y desde el momento en que en la fase de preparación del contrato deberán haberse presupuestado, fijando un precio máximo de licitación ajustados al mercado, en la fase de adjudicación del contrato, quedará fijado el precio en concepto de la contraprestación al contratista por los servicios prestados.

De conformidad con el artículo 18.1 LCSP, el régimen jurídico de los efectos, cumplimiento y extinción se determinará en el PCAP, que deberán detallarlo, teniendo en cuenta las normas aplicables a las diferentes prestaciones que se funden en él, tal como dispone el artículo 122.2. LCSP. Por tanto, la forma de pago del precio de las diferentes prestaciones también deberá encontrarse definida en el PCAP, de acuerdo con el artículo 198, con carácter general, el artículo 301 -específicamente, por la parte del suministro- y los artículos 308.3 y 309 de la LCSP -específicamente, para la prestación del servicio.

6.3. Y finalmente, en relación con la última pregunta, que plantea si el régimen jurídico aplicable a los contratos de adquisición de licencias (no de renovación o la actualización), que incluyan igualmente el servicio de garantía de soporte, será el mismo que el de los contratos de renovación o actualización que incluya igualmente aquel servicio, la opinión de esta Junta Consultiva es que:

Sin duda, la contestación a esta pregunta debe ser afirmativa. Tal como se ha indicado en la consideración jurídica quinta, el artículo 16.3 b) LCSP considera que los productos informáticos pueden transmitirse o enajenarse mediante adquisición, arrendamiento o cesión del derecho de uso, «en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición», por tanto, sea cual sea la manera en que se transmita la licencia, una primera versión o una renovación o actualización de ésta, el régimen jurídico de aplicación será el mismo.



Y desde el momento en que, a iniciativa del poder adjudicador se incluya en el contrato de suministro un servicio de mantenimiento o garantía de soporte complejo, tal como se ha expuesto en la contestación a la primera pregunta, el régimen jurídico aplicable será el que prevé la LCPS por los contratos mixtos.

Conclusiones

Dados los argumentos expuestos, la opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es la siguiente:

1. Los contratos de renovación y actualización de licencias informáticas conservarán la calificación jurídica de suministros, cuando en el contrato se incluyan servicios de mantenimiento o garantía de soporte a iniciativa del proveedor sin que comporten actuaciones complejas o sean necesarias para el desarrollo normal del programa y esta iniciativa sea la forma habitual de actuar en el mercado. En cambio, deberán calificarse como contratos mixtos, cuando la iniciativa de incluir servicios en el contrato sea del poder adjudicador.
2. En los contratos de renovación y actualización de licencias informáticas que incluyan servicios de mantenimiento o garantía de soporte que se hayan considerado mixtos de acuerdo con la conclusión anterior, el pago del precio del servicio no podrá ser cero. En la preparación del contrato deberá haberse presupuestado y fijado el precio máximo de licitación ajustado al mercado; con la adjudicación quedará fijado el precio que corresponda en concepto de contraprestación al contratista.
3. El régimen expuesto en este informe en relación con los contratos de renovación o actualización de licencias también resultará de aplicación a los contratos de adquisición de licencias informáticas, incluyan o no el servicio de mantenimiento o garantía de soporte.