

Calificación jurídica y contratación de los contratos de prestación de servicios en la nube

Javier Vázquez Matilla

En un momento en que **la digitalización es una inexcusable prioridad y, además, en el que la toma de decisiones basadas en datos debe ser, necesariamente, un pilar en que las decisiones de gobierno público (govtech)** deben apoyarse surgen preguntas sobre cómo llevar a cabo su contratación.

En medio de este debate entre contrato de suministros y servicios, que no afecta tanto a la forma de contratar sino a la no menor consideración de la partida con la que abonarse (inversión, gasto corriente) se ha publicado un **informe por parte de la JCCA**.

Con buen criterio, el **informe 13/2021** –[accede pinchando aquí](#)– concluye que:

JCCA. Informe 13/2021

1.

***Los contratos por los que las entidades públicas adquieren el derecho de uso de activos de software en la nube son contratos de suministro conforme a lo dispuesto en el artículo 16.3 b) de la LCSP, a menos que se trate del desarrollo de programas de ordenador a medida del órgano de contratación en la nube, que serán contratos de servicios.***

2.

*Los contratos por los que una entidad pública adquiere el derecho de uso de activos informáticos situados en la nube del proveedor, siendo los titulares o cesionarios de los derechos de uso de tales activos las entidades públicas, son contratos de suministro por aplicación del mismo precepto antes mencionado. De nuevo la excepción viene constituida por los supuestos de desarrollo a medida de programas o soluciones informáticas para la entidad contratante, supuesto en que el contrato debe calificarse como de servicios.*

3.

*Los contratos por los que una entidad pública adquiere el derecho de uso de activos informáticos situados en la nube del proveedor, siendo los titulares o cesionarios de los derechos de uso de tales activos las entidades públicas, son contratos de suministro por aplicación del mismo precepto antes mencionado. De nuevo la excepción viene constituida por los supuestos de desarrollo a medida de programas o soluciones informáticas para la entidad contratante, supuesto en que el contrato debe calificarse como de servicios.*

Ello, a mi entender, no requería de mayor interpretación por la claridad que se desprendía del propio proceso legislativo.

Así, la **Enmienda 451 del Partido Socialista** se decía lo siguiente:

*El avance de los procesos tecnológicos permite en la actualidad el acceso a los programas de ordenador en las formas tradicionales, pero también, y cada vez de forma más habitual y extendida, el acceso a los programas de forma remota, en la nube (Cloud).*

*En la práctica, algunos órganos de contratación han mostrado sus dudas sobre si, conforme a la redacción actual del precepto, la calificación como contrato de suministro puede extenderse también a la cesión del derecho de uso de programas de ordenador cuyo acceso es remoto; esto es, cuando el programa está instalado y se ejecuta en la nube (Cloud).*

*La calificación como contrato de suministro o no de los contratos de cesión del derecho de uso de los programas de ordenador no viene determinada por la modalidad de acceso o puesta a disposición del producto que se contrata, sino que deriva conceptualmente de la «cesión del derecho de uso». En definitiva, la autorización a un tercero del titular de los derechos de propiedad intelectual para el uso de dichos productos.*

*Por ello, para evitar dudas e interpretaciones erróneas se sugiere incluir en el artículo 16.3.b) del borrador de anteproyecto un inciso que aclare que estaremos ante un contrato de suministro con independencia de la modalidad de puesta a disposición que se utilice”.*

*Dicho de otro modo, no podemos olvidar que las bases de datos tradicionales constituían programas de ordenador que se entregaban en soporte material (antes en formato papel, muy típicas en la esfera jurídica). Ahora la tradición ha sido sustituida por el acceso a través de claves a sitios web a esa información antes en soporte físico.*

*En definitiva, siempre que no haya un desarrollo a medida vamos a estar ante un contrato de suministros.*

**Dicho de otro modo, cuando estemos ante software desarrollado a medida el contrato será de servicios, pero si se trata de la puesta a disposición .sea en modalidad SAAS, CLOUD, o con adquisición del código fuente...– estaremos ante un contrato de suministros por más que la puesta a disposición sea en la nube.**

Una vuelta de tuerca a esta calificación es valorar la extensión de la adjudicación, cuando proceda, directamente –aplicando la vía del contrato menor– hasta el importe de los contratos SARA (valor estimado de 214.000 euros) de un tipo de aplicaciones informáticas: las que tengan por objeto el acceso a bases de datos.

Ello dado el tenor de la **Disposición Adicional 9 LCSP:**

Disposición Adicional 9 LCSP

**Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones.**

1.

*La suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente, podrán efectuarse, cualquiera que sea su*

*cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las formulas de pago. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.*

2.

*Cuando los contratos a que se refiere el apartado anterior se celebren por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, las entidades del sector público contratantes tendrán la consideración de consumidores, a los efectos previstos en la legislación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico*

A mi entender, en estos contratos, no regirá la duración máxima de un año prevista en el **art. 29 LCSP** para el contrato menor. Sin embargo, ello no es pacífico.

Considero que a falta de previsión expresa carece de sentido imponer esta limitación. Si no se entiende que la contratación menor tenga un límite temporal (ya tiene límite su escasa cuantía..y no pocos problemas genera ello a quien licita contratos de 100 euros al año por 5 años...por aquello de que el menor ni puede tener prórrogas ni durar más de un año L) aunque la LCSP lo imponga, menos aún atraer para sí un régimen de duración del contrato que expresamente no se limita.

Sin embargo, es menester decir, respetuosamente, que la JCCA no opina igual, en su **informe de la JCCA de 10 de diciembre de 2018 (Expediente 90/18)**:

Informe de la JCCA de 10/12/2018 (Expediente 90/18)

*“Ante todo, como premisa y en respuesta a la primera pregunta, cabe afirmar, en primer lugar, que estos contratos sí están sujetos al límite temporal de un año que establece la ley para los contratos menores”*

En otras ocasiones, las Juntas Consultivas se han pronunciado en el sentido de no vinculación al límite temporal de un año para este tipo de contratos. Un ejemplo reciente de ello es la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias -en adelante JCCA Canarias-

En su **Informe 3/2019 de 25 de septiembre sobre la duración de los contratos de acceso a base de datos y la suscripción a publicaciones**, ante la consulta planteada sobre si el contrato menor que se realiza en virtud de la DA 9ª LCSP cuando no tenga el carácter de contrato sujeto a regulación armonizada, **puede tener una duración superior a un año.**

La JCCA de Canarias, llegaba a la conclusión de que **no es de aplicación a este tipo de contratos de la DA 9ª LCSP, de manera que pueden tener una duración superior al año y ser objeto de prórroga.**

Es interesante, a modo de resumen, señalar los fundamentos que utiliza para llegar a esta conclusión, que, sin duda, tendrá gran repercusión en la celebración de este tipo de contratos.

*“La LCSP en su art. 25.1 a) califica como contratos de carácter privado los que tengan como objeto la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos y el artículo 26.2 recoge que los **contratos privados** que celebre la administración pública se registrarán, **en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las secciones 1ª y 2ª del capítulo I del título I del libro II de la presente ley en la que se encuentra el artículo 118.**No obstante, **el precepto referido al plazo y la prórroga, el artículo 29.8 están incluido en el Título I del libro I”.***

Por tanto, y de acuerdo a lo expuesto por esta Junta Consultiva, a estos contratos tan solo se les debe aplicar las consideraciones procedimentales señaladas en el art. 118, contenido dentro de la Sección primera, Capítulo I, Título I del Libro segundo, referida a la preparación de los contratos, es decir, le será de aplicación lo referente a la tramitación del expediente.

Por lo que, todo lo referido al **plazo y la prórroga (duración de un año e improrrogable)**, limitación contenida en el art.29.8 LCSP, incluido en el Título I del libro I, **se considera inaplicable**. Es un precepto que no responde a una regla de procedimiento, tal como indica la Junta Consultiva de Aragón (en adelante, JCCAA) en su informe 3/2018.

Continúa esta Junta Consultiva en su informe motivando la no aplicabilidad del plazo de un año del contrato menor de la siguiente forma:

*“Debe tenerse en cuenta que la disposición adicional novena señala además que **la tramitación de este tipo de contratos se realice con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago, dándose el supuesto de que entre esas condiciones se encuentra una duración del contrato por un período mayor de un año, así como prorrogas obligatorias”.***

**En definitiva, consideramos un avance que se solventen las dudas de contratación de este tipo de suministros/servicios y, muy positivo, que se avance en fórmulas que permitan llevar a cabo contrataciones ágiles de los mismos.**