



Expediente: 13/2021

Materia: Calificación jurídica de los contratos de prestación de servicios en la nube.

ANTECEDENTES

La Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“La Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación solicita a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que informe sobre la calificación jurídica de ciertos contratos que tienen por objeto la adquisición de software, infraestructura y plataformas de sistemas de desarrollo en la denominada modalidad de “cloud computing” o servicios en la nube.

Esta cuestión se plantea por esta Dirección General, ya que en virtud de lo establecido en el artículo 323 apartado 3 de la LCSP corresponden al Ministerio de Hacienda, a través de la Junta de Contratación Centralizada, las funciones de órgano de contratación del sistema estatal de contratación centralizada regulado en los artículos 229 y 230 de la citada Ley.

Interesa exponer, como punto de partida, la definición más aceptada para la modalidad de computación en la nube que es la ofrecida por el NIST (Instituto Nacional de Estándares y Tecnología), en virtud del cual “Cloud Computing es un modelo para habilitar acceso conveniente por demanda a un conjunto compartido de recursos computacionales configurables, por ejemplo, redes, servidores, almacenamiento, aplicaciones y servicios, que pueden ser rápidamente aprovisionados y liberados con un esfuerzo mínimo de administración o de interacción con el proveedor de servicios”.

Como primer paso para aclarar la calificación de estos contratos, se solicitó a la Secretaría General de Administración Digital (en adelante, SGAD) que emitiese un informe técnico (se adjunta a la consulta) sobre las prestaciones comercializadas con el nombre de servicios en la nube.

Como indica el informe de referencia de la SGAD, los organismos públicos mediante este tipo de contrataciones adquieren “como servicio” software (modalidad comúnmente denominada SaaS), infraestructuras para sistemas de información o comunicación (modalidad que recibe el nombre de IaaS) o plataformas para el desarrollo y ejecución de aplicaciones (modalidad PaaS), que en síntesis, se refieren a la “utilización de instrumentos de tecnología y, especialmente, a un modelo de negocio que proporcionan diferentes empresas en el



que el fin principal es ofrecer el uso de recursos informáticos (software y hardware principalmente) asentados en la red.”

Por otra parte, el informe SGAD también señala que “La peculiaridad de estos servicios en la nube es que los recursos que se utilizan están sujetos a un sistema de pago por uso, que incluye tanto la licencia de software asociada como la infraestructura como el soporte de la misma”. Estos contratos pueden referirse a “recursos que pueden estar ubicados en las instalaciones de un organismo o conjunto de organismos que utilizan estos servicios en la nube de forma privada (“nubes privadas) o a otras, que se denominan nubes públicas en las que los recursos se ubican en las infraestructuras del proveedor. Cuando conviven recursos privados con públicos se denomina nube híbrida.”

Como ejemplos de contrataciones de esta naturaleza que están intentando llevar a cabo los organismos indica la SGAD los siguientes:

1) Contrato por el que se adquiere el derecho de uso de activos de software que permiten, de manera indistinta, la utilización de estos activos en la infraestructura de los organismos y añaden la posibilidad de uso en modo “nube pública”.

2) Contrato por el que se adquiere el derecho de uso de activos provistos en la infraestructura del proveedor (nube pública):

a. Plataforma software y hardware en el que el coste va en función del uso de la misma.

b. Plataforma de almacenamiento en la que el coste va en función del espacio ocupado recibido.

En ambos casos se adquiere la “suscripción al uso de activos en la nube”, como el derecho de uso, por un tiempo determinado, ya sean elementos hardware o licencias software, que pueden ser ubicados en la nube pública (infraestructura del proveedor) o privada (infraestructura de la Administración).

La Subdirección General de Contratación Centralizada de Tecnologías de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, al analizar contrataciones de activos en modalidad de nube, ha identificado expedientes que, aunque tienen objeto contractual y prestaciones de similar naturaleza, se han calificado unas veces como contratos de suministro y otras veces como contratos de servicios. Se adjunta una nota con algunos ejemplos.

Habida cuenta de que la LCSP define, en su artículo 17, como contratos de servicios, 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, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por



precio unitario” y que el artículo 16 apartado 3 b) establece que “en todo caso se considerarán contratos de suministro los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento 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” la cuestión que se plantea se concreta en cuál es la calificación adecuada de los contratos que tienen por objeto las prestaciones comercializadas como servicios en la nube en los siguientes supuestos:

1) Contrato por el que los organismos públicos adquieren el derecho de uso de activos de software.

En este caso el cesionario del derecho es un organismo o entidad pública en todo caso, pudiendo la licencia instalarse en la infraestructura del organismo público cesionario, en las infraestructuras de otros organismos públicos o en las infraestructuras de terceros en modalidad de cloud computing.

2) Contrato por el que se adquiere el derecho de uso de activos provistos en la infraestructura del proveedor (nube pública o privada), siendo los titulares o cesionarios de los derechos de uso de los activos los organismos públicos. Estos activos pueden ser:

a. Plataforma software y hardware en el que el coste va en función del uso de la misma.

b. Plataforma de almacenamiento en la que el coste va en función del espacio ocupado recibido.

3) Contrato por el que los organismos contratan las prestaciones a las que se refieren los apartados 2.a) y 2.b) no siendo titulares de ningún contrato o licencia que se suscribe en todos los casos por el adjudicatario.”

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. La Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación nos ha planteado consulta acerca de la calificación jurídica de los contratos de prestación de servicios informáticos “en la nube”.

2. La legislación de contratos públicos ha regulado en diferentes ocasiones los contratos cuyo objeto era la realización de prestaciones de carácter informático. El artículo 173 de la



Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) regulaba determinados supuestos que se consideraban siempre contratos de suministro, incluyendo entre ellos la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión del derecho de uso de estos últimos, y también el mantenimiento de todos aquellos cuando se contrataba conjuntamente con la adquisición o el arrendamiento. Por el contrario, el apartado 2 del propio artículo 173 de la LCAP indicaba que la adquisición de programas de ordenador hechos a medida se consideraba como un contrato de servicios.

El contenido de este artículo era 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.”

Una regulación muy similar se contenía en el artículo 9 del 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 y también en el artículo 16.3 de 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 (LCSP). Este precepto señala lo siguiente:

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

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.”



En la citada regla se diferencian los siguientes tipos de contratos:

- Los que tienen como objeto la compra de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, de sus dispositivos o de programas informáticos.
- Los que tienen como objeto el arrendamiento de los mismos.
- Los que tienen como objeto la cesión del derecho de uso de los dispositivos informáticos o programas a favor de la entidad contratante. Esta última norma presenta la novedad de aludir expresamente a cualquiera de las modalidades de puesta a disposición del uso de los dispositivos y programas informáticos que el contratista aporte como objeto de la prestación. Posteriormente veremos que esta circunstancia es relevante a la hora de calificar los contratos que se analizan en el presente informe.

3. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación general de esta norma. En efecto, en nuestro Informe 58/2018, de 15 de julio de 2019 ya señalamos que *“los contratos que tienen por objeto la adquisición de programas de ordenador son contratos de suministro con una excepción, que se trate de programas de ordenador confeccionados a medida, en cuyo caso constituyen contratos de servicios, sujetos ambos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.”* La regla general es, por tanto, que este tipo de contratos son usualmente contratos de suministro. Sólo cuando la actividad conlleve la realización personalizada de una actividad compleja que implique la ejecución a medida de un programa informático para el órgano de contratación podremos decir que estamos en presencia de un contrato de servicios. Esta conclusión coincide con la naturaleza de la prestación contractual: cuando estemos en presencia de un contrato en que predomine la obligación de entrega su naturaleza será la de un suministro; cuando lo que predomine sea una obligación de hacer, el contrato será un servicio.

El mismo informe que estábamos analizando señalaba a este respecto que *“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 haber 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.”

Nuestro Informe 4/16, de 30 de junio de 2016 señaló que “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.”

Por tanto, siguiendo nuestros anteriores pronunciamientos sobre esta cuestión, podemos concluir que la diferencia sustancial entre los contratos de suministros y los de servicios, en lo que atañe a los contratos de tipo informático, radica precisamente en la confección a medida de servicios que, como tales, presentan una notable complejidad, funcionalidades específicas y únicas para el órgano de contratación o una personalización que excede de las prestaciones que de forma ordinaria, masiva o general se ponen a disposición del público por parte del contratista. Sólo si se producen estas circunstancias podremos calificar un contrato de este tipo como un servicio. Por el contrario, en los casos en que falten estas condiciones deberá aplicarse la regla general que califica a estos contratos como suministros. En este mismo sentido se pronunció nuestro Informe 28/96, de 5 de junio.

4. El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua contempla una acepción del término “*nube*” que se refiere expresamente a los contratos de que estamos tratando. En este sentido la nube, según la acepción 8 del término, sería el “*espacio de almacenamiento y procesamiento de datos y archivos ubicado en internet, al que puede acceder el usuario desde cualquier dispositivo.*”

Sentada la anterior premisa, el análisis de las cuestiones sometidas a consulta depende de las condiciones específicas en que se ejecuta cada una de las prestaciones a las que aquélla se refiere. A estos efectos, la Secretaría General de Administración Digital (SGAD) del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital emitió un informe el 10 de noviembre de 2020 a instancia de la entidad consultante en el que señalaba lo siguiente:

“El presente informe describe los contratos que se engloban en la denominación de “servicios en la nube”. De modo introductorio en este tipo de contratos, los organismos públicos tienen como objeto la adquisición del uso de:

- Software de aplicaciones tales como correo electrónico, sistemas de videoconferencia, o paquetes ofimáticos que incluyen determinadas prestaciones en la nube.*



- *Infraestructuras para sistemas de información o comunicación como pueden ser servidores, máquinas virtuales, sistemas de almacenamiento, balanceadores de carga, en la nube.*

- *Plataformas para el desarrollo y ejecución de aplicaciones con diferentes elementos de software y hardware que permiten el despliegue de aplicaciones como aplicaciones móviles, aplicaciones web, bases de datos, Inteligencia Artificial en la nube.*

La peculiaridad de estos “servicios en la nube” es que los recursos que se utilizan están sujetos a un sistema de pago por uso, que incluye tanto la licencia de software asociada como la infraestructura y el soporte de la misma.”

Teniendo en cuenta estas dos consideraciones, podemos ya responder diferenciadamente a cada una de las cuestiones planteadas.

5. En primer lugar, por lo que se refiere a los contratos por los que los organismos públicos adquieren el derecho de uso de activos de software, es decir, de programas o aplicaciones informáticas, nos recuerda la entidad consultante que el cesionario del derecho es una entidad pública y que la licencia puede instalarse en la infraestructura de la propia entidad cesionaria, en las infraestructuras de otras entidades públicas o en las infraestructuras de terceros en modalidad de *cloud computing*. Pues bien, en este caso, expresamente señala la consulta que el derecho que se transfiere al órgano de contratación es el uso del programa o aplicación, característica propia de los contratos informáticos en la nube según el informe de la SGAD antes citado, de modo que, sin lugar a dudas, el supuesto se subsume en la regla que califica como contratos de suministro a aquellos que tengan por objeto la cesión del derecho de uso de los programas en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición. Esta última referencia no es baladí ni inocua a estos efectos. Cuando el legislador ha querido hacer referencia *ex novo* a las diferentes modalidades de puesta a disposición de cualquier activo de software es porque pretende, de modo congruente con la constante evolución tecnológica en este campo, que se incluyan como contratos de suministro también todos aquellos en que la forma de puesta a disposición del producto pueda diferir de la clásica compraventa o arrendamiento del producto físico. De este modo, aunque el software que se va a emplear por la entidad contratante esté alojado en la nube, y siempre que no se trate de un programa hecho a medida, -cuestión que sin duda deberá conocer el órgano de contratación- el contrato deberá ser calificado jurídicamente como un contrato de suministro y así se deberá hacer constar expresamente el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato.

6. Se nos consulta, en segundo lugar, por la calificación jurídica del contrato por el que se adquiere el derecho de uso de activos informáticos situados en la infraestructura del proveedor, siendo los titulares o cesionarios de los derechos de uso de los activos los organismos públicos. Recordemos que, conforme a la consulta, estos activos pueden consistir en:



- Una plataforma software y hardware en el que el coste va en función del uso de la misma.
- Una plataforma de almacenamiento en la que el coste va en función del espacio ocupado recibido.

En ambos supuestos la prestación objeto del contrato consiste, de nuevo, en el uso de productos o recursos informáticos que son propiedad del contratista y que, por tanto, si no han sido desarrollados a medida para la entidad contratante, deben ser calificados como contratos de suministro. Tal conclusión es lógica pues la propia SGAD señalaba que estos contratos tienen como objeto la cesión del uso de recursos informáticos alojados en la nube.

A esta conclusión no obsta el hecho de que el artículo 16.3 de la LCSP aluda a la cesión del derecho de uso con la expresión “*de estos últimos*” porque, por un lado, dicha expresión alude no sólo a los programas sino también a los dispositivos necesarios para que esos programas puedan ejecutarse y tengan una utilidad para la entidad contratante y, por otro, porque carecería de sentido cambiar la calificación jurídica del contrato por el mero hecho de que la prestación incluya el uso remoto de las infraestructuras físicas del contratista cuando, como hemos visto, tal uso es imprescindible para que los programas empleados en la nube puedan ejecutarse y, además, el contrato seguiría siendo un suministro si se produjera el arrendamiento de los equipos físicos.

7. En último lugar se nos cuestiona por la calificación jurídica de los contratos por los que las entidades públicas contratan las mismas prestaciones a las que se refiere la consideración jurídica 6 antes tratada, no siendo titulares de ningún contrato o licencia que se suscribe en todos los casos por el adjudicatario.

En este supuesto, de difícil intelección, la respuesta debe ser la misma que en el caso anterior. Si las prestaciones consisten en el uso de una plataforma de software y hardware o en el de una plataforma de almacenamiento de datos, resulta indiferente a los efectos de la calificación del contrato público que las entidades públicas resulten titulares o no de las licencias informáticas. Se trata de una prestación realizada por un contratista en favor de la entidad pública contratante, prestación que consiste precisamente en la cesión del derecho de uso de una serie de activos informáticos. Por ello, de nuevo, la única circunstancia que puede impedir la calificación como un contrato de suministro es que estemos ante una prestación consistente en el desarrollo de programas de ordenador a medida, es decir, con las características descritas en la consideración jurídica 3 de este informe.



En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

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 las entidades públicas contratan las mismas prestaciones a las que se refiere la conclusión anterior, pero en los que tales entidades no son titulares de ningún contrato o licencia, que se suscribe en todos los casos por el adjudicatario, siguen la misma regla conforme a la cual deben ser calificados como contratos de suministro y con la misma excepción de los programas a medida.