

Informe 2/2016, de 25 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Posibilidad de considerar un negocio jurídico excluido de la legislación de contratos públicos.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Presidente del Ayuntamiento de Tauste se dirige, con fecha 31 de diciembre de 2015, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y solicita informe sobre:

«Solicitar de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón la emisión de informe sobre si la adquisición de la licencia corporativa y los servicios referidos a la herramienta Gestiona puede considerarse un negocio excluido del ámbito de aplicación 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, adjuntando, informe de implantación, informe de secretaría, condiciones generales y particulares enviadas por la empresa».

Al escrito de solicitud de informe, se acompaña un informe de la Secretaría-Intervención y una extensa documentación sobre el contenido de la denominada herramienta «Gestiona».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 25 de febrero de 2016, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva, no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación, en el ámbito de la contratación pública, atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Sr. Presidente del Ayuntamiento de Tauste, para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de la aplicación de la normativa contractual a un supuesto de adquisición de una licencia corporativa —que constituye el objeto principal—, y si los servicios que le son inherentes pueden constituir un negocio excluido del ámbito de la Ley, atendiendo a su consideración como patrimonio inmaterial.

El Sr. Presidente del Ayuntamiento de Tauste es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Negocios excluidos y contratos públicos. La prevalencia del objeto y causa en la calificación de la prestación.

Como ya se ha indicado en anteriores Informes de esta Junta (por ejemplo, Informe 5/2015, de 12 de mayo), los negocios excluidos 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), no pueden justificar que una concreta prestación quede excluida del ámbito de aplicación si, por objeto o causa, se trata de un contrato público regulado en los artículos 5 y concordantes del TRLCSP. No existe posibilidad de acudir a las figuras de negocios excluidos en los casos de relaciones de carácter y contenido contractual. En consecuencia, conforme al artículo 4 TRLCSP, la posibilidad de acudir a la figura de negocios excluidos en los casos de relaciones de carácter y contenido contractual en que existan intereses patrimoniales (en sus distintas modalidades), no puede ser utilizada para inaplicar las reglas de contratación si el objeto responde a uno de los contratos públicos típicos.

Es necesaria, en definitiva, una interpretación funcional de la prestación, tal y como ha advertido el TJUE en numerosas sentencias (por todas, Sentencias de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania y de 10 de julio de 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA*), con el objetivo de corregir prácticas que eludan la aplicación de la norma vía «artificios jurídicos» que disfrazan la verdadera causa del contrato.

Desde esta perspectiva, conviene analizar el objeto de la herramienta sobre la que se solicita informe. «*Gestiona*» es un servicio que proporciona una determinada mercantil, destinado a la gestión por medios electrónicos de los procesos administrativos y sus correspondientes expedientes. Quien lo contrata, accede al mismo mediante una licencia corporativa. Es decir, esta licencia no es el objeto de la prestación y, por ello, no puede justificar en sí misma la presencia de un negocio excluido por cuanto no se trata, en modo alguno, de una propiedad incorporeal, ya que esta categoría se refiere a derechos intelectuales sin soporte material, (lo que no concurre en el supuesto objeto de consulta). Son incorporeales las cosas no tangibles (*quae tangi non possunt*), y resulta evidente que la herramienta de gestión electrónica de expedientes, en un sistema que se ofrece con alcance general a distintos

clientes y donde, examinando la causa del negocio, no hay transferencia de derechos intelectuales (tal y como se define por la Ley de Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril), no encaja en modo alguno en la categoría de propiedad incorporeal.

La prestación es bien tangible y no consiste en la adquisición de una licencia (ni derechos intelectuales), sino en la adquisición de los permisos necesarios para utilizar la aplicación de gestión electrónica de documentos, lo que encaja en los códigos CPV (Reglamento (CE) nº 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV), en la categoría servicios relativos a «*Paquetes de software de gestión de documentos*» (48311000-1).

Se trata, por tanto, de una prestación típica de servicios, donde existe evidente onerosidad que obliga a la calificación de la actividad objeto de consulta como contrato público y no como negocio jurídico excluido (en la STJUE 12 de julio de 2001, *Ordine Degli Architetti*, se afirma que el carácter oneroso de un contrato se refiere a la prestación que se ofrece al contratista por la realización del objeto del contrato —apartado 77—; o, en términos parecidos, en la Sentencia de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller GmbH*, el TJUE considera que, para que pueda hablarse de la existencia de un contrato público de obras, es necesario que el poder adjudicador reciba una prestación a cambio de una contraprestación —apartado 45—). El hecho de que para el acceso sea necesaria una licencia corporativa (que viene a establecer las condiciones de uso), no altera la naturaleza de la prestación, que es claramente un servicio. Y, por ello, deben aplicarse las normas de la contratación pública para poder contratar el mismo.

Nada altera esta conclusión el que exista esa denominada licencia corporativa, que no es sino el resultado del procedimiento de contratación, por el cual se autoriza el uso de un programa sin que el usuario sea el dueño del mismo (por eso sólo puede usarlo y no modificarlo o venderlo). Pero el objeto no es la licencia (ni la adquisición de derechos incorporales), sino la prestación del servicio, y, desde esa perspectiva, insistimos, la gestión electrónica de expedientes es un genuino contrato de servicios.

Finalmente hay que advertir que, aunque el objeto del contrato fuera la adquisición de un software a medida, tampoco estaríamos ante un negocio excluido del TRLCSP, pues el apartado p) de su artículo 4.1, dispone expresamente su inclusión:

«Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios...».

III. CONCLUSIONES

I. No es posible adquirir «licencias corporativas», entendiendo por tales los derechos de uso de un determinado software, sin aplicar el TRLCSP. Las licencias corporativas no son derechos incorporales, sino medio de autorización para la utilización de los servicios contratados.

II. No existe duda alguna, en relación con la consulta del Sr. Presidente del Ayuntamiento de Tauste, acerca de que las funcionalidades de un gestor electrónico de expedientes constituye el objeto de un contrato típico de servicios, cuya adjudicación deber realizarse por los procedimientos, y en la forma, que establece el TRLCSP.

Informe 2/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 25 de febrero de 2016