

FV

INFORME 3/2012 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE SI UN DETERMINADO PROYECTO INFORMÁTICO PUEDE TIPIFICARSE COMO UN CONTRATO DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO PREVISTO EN EL ART. 4.1.r) DEL TRLCSP, A LOS EFECTOS DE EXCLUSIÓN DE SU ÁMBITO DE APLICACIÓN.

[Grupo 02.3]

El Director Gerente de la sociedad mercantil pública Gestión Recaudatoria de Canarias, S.A. (GRECASA), mediante escrito de fecha 1 de marzo pasado, formula consulta a la Junta Consultiva sobre si un determinado proyecto de servicios informáticos puede tipificarse como un contrato de investigación y desarrollo previsto en el art. 4.1.r) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), a los efectos de exclusión de su ámbito de aplicación.

Planteada la consulta en los términos expuestos, resulta necesario dejar bien sentado previamente que la función consultiva encomendada a esta Junta en ningún caso puede suplir, ni debe interferir, las funciones de asesoramiento jurídico que, para la resolución de procedimientos concretos, han de prestar, preceptiva o facultativamente, los órganos que tienen atribuida tal competencia en el ámbito de la entidad consultante. No obstante, dado que la cuestión que se plantea puede incidir de forma general en la interpretación y correcta aplicación de preceptos relativos al ámbito de aplicación del TRLCSP, esta Junta Consultiva considera oportuno emitir su parecer sobre dichos aspectos.

En la exposición de los antecedentes y argumentos que motivan la consulta, se formulan las siguientes consideraciones, que, en resumen, y a los efectos de dar adecuada respuesta a la cuestión que se plantea, se considera conveniente sistematizar en dos apartados:

1. Contenido y alcance del proyecto:

“El sistema informático de recaudación de GRECASA, desarrollado a partir de las necesidades de hace más de 15 años, ha llegado a alcanzar excesiva complejidad debido a los constantes parches que, si bien se han realizado sin afectar a la coherencia y robustez del sistema, dificulta muchísimo la gestión de los nuevos procesos, la obtención de datos de forma dinámica por el usuario, el control sobre esta gestión, y la correcta atención al contribuyente. Por otro lado, las aplicaciones de escritorio que atacan la base de datos necesitan un traspaso a otro lenguaje, pues comienzan a aparecer algunos problemas de incompatibilidad con los nuevos sistemas operativos de los ordenadores donde están instaladas.

Por todo esto, se plantea la necesidad de iniciar un proyecto de análisis, diseño e

FV

implantación de un sistema informático de recaudación completamente nuevo, que, partiendo de las necesidades actuales y de los previsibles requerimientos futuros, lleve a la creación de un nuevo sistema de información para la recaudación en ejecutiva que realiza GRECASA, implicando, al menos, los siguientes puntos:

- *Cambio en el diseño del modelo de datos, para poder granular la información al máximo, y obtener con ello la deseable flexibilidad en la gestión de importes.*
- *Cambio en la arquitectura de las aplicaciones, para adaptación a las nuevas tecnologías y metodologías de desarrollo con el objetivo de optimizar y controlar el acceso desde cualquier punto, interno o externo a GRECASA, a cualquier operación del sistema. Esto facilitaría el poder ofrecer al contribuyente servicios telemáticos como portal web y plataforma de pagos bajo acceso controlado mediante certificación digital.*
- *Formación del personal de GRECASA en modernas metodologías y herramientas de desarrollo, para estar preparados ante futuras ampliaciones.*

La naturaleza y complejidad de las nuevas tecnologías y metodologías de desarrollo, así como la gran dimensión funcional del proyecto, exige el planteamiento de trabajo en equipo entre un grupo de expertos en dichas tecnologías, y otro grupo de expertos en los procedimientos y negocios de GRECASA. De esta colaboración nacerá un nuevo sistema de recaudación capaz de relacionarse con los actuales entornos y sistemas satélites que van apareciendo.”

2. Forma de realizar el proyecto:

“Debido a la imposibilidad de acometer el proyecto con recursos propios, porque afectaría seriamente al mantenimiento diario de los sistemas actuales, la mejor opción es la de contratar el proyecto de investigación y desarrollo con empresas externas que sean capaces de hacer lo siguiente:

- *Servicio de asesoramiento, soporte, formación y colaboración en el proceso de investigación y desarrollo para la creación e instalación del prototipo del nuevo sistema, para lo cual se debería de contar con experiencia en el desarrollo de aplicaciones web en java, y ofrecer todos los servicios requeridos por GRECASA.*
- *Teniendo en cuenta que las empresas colaboradoras podrán ver el producto a suministrar como una inversión en su propia investigación y desarrollo, deberán aceptar su responsabilidad en la consecución del objetivo de GRECASA, ya que hay probabilidades de que este proyecto no concluya con éxito, debiendo en tal caso asumir que parte del pago no se les abonará.*

Se considerará que este proyecto ha concluido con éxito si al menos se consigue tener un módulo troncal operativo básico que pueda arrancar con total garantía y mínimos perjuicios a la gestión, en un plazo inferior a un año, y que pueda comunicarse con los sistemas actuales, manteniendo la coherencia de datos de ambos sistemas.”

Delimitados de esta forma el contenido y características del proyecto, así como la forma que se propone para llevarlo a cabo, la cuestión que plantea la entidad consultante es si la contratación de la ejecución de tal proyecto puede tener encaje en los contratos de investigación y desarrollo previstos en el art. 4.1.r) del TRLCSP, y, en consecuencia, quedar excluida del ámbito de aplicación de éste.

La tipificación literal que el citado artículo 4.1.r) hace de estos contratos excluidos es

FV

la siguiente: *“contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado”.*

A juicio de esta Junta Consultiva, los términos utilizados en el artículo reseñado para tipificar esta modalidad de contratos resultan ambiguos e insuficientes, pues, por una parte, se exige que sean remunerados íntegramente por el órgano de contratación, y, sin embargo, al propio tiempo, se obliga a compartir unos hipotéticos riesgos y beneficios, sin mencionar cómo se determinan éstos; y por otra parte, no queda suficientemente delimitada esta figura contractual de lo que sería un contrato de servicios ordinario que tuviese por objeto la prestación de servicios informáticos cuya retribución adopte la modalidad de precio variable en función del cumplimiento de determinados rendimientos, según prevé el artículo 87.4 del TRLCSP.

A fin de superar esta ambigüedad en la delimitación de estos contratos excluidos, resulta necesario tener presente también las otras referencias que el TRLCSP hace a esta modalidad de contratos.

En el artículo 13 del TRLCSP, tras establecer en el apartado 1 la delimitación general de los contratos sujetos a regulación armonizada, el apartado 2.b) excluye expresamente de la regulación armonizada a los contratos de investigación y desarrollo en los siguientes términos: *“los de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste en el ejercicio de su actividad propia.”* Es decir, en este precepto se añade un nuevo elemento caracterizador de los contratos de investigación y desarrollo a que se refiere el artículo 4.1.r): que los resultados del trabajo realizado no sean de explotación exclusiva en la actividad propia del órgano de contratación, sino que, por el contrario, deben ser susceptibles de ser explotados también por el contratista con otros clientes.

Este mismo requisito lo encontramos en la relación de las modalidades de contratos de servicios que se inserta en el anexo II del TRLCSP, en la que, tras incluir en la categoría 8 a los contratos de investigación y desarrollo como contratos de servicios de los tipificados en el artículo 10 del TRLCSP, sin embargo, en la nota 4 añadida a dicha categoría, se excluye expresamente de la consideración de contrato tipificado a la siguiente modalidad de contratos

FV

de investigación y desarrollo: *“Exceptuando los servicios de investigación y desarrollo distintos de aquellos cuyos resultados corresponden al poder adjudicador y/o a la entidad adjudicadora para su uso exclusivo, siempre que este remunere íntegramente la prestación del servicio”.*

Interpretando conjuntamente los preceptos comentados, hay que entender que los riesgos y beneficios de la investigación a que alude el artículo 4.1.r), no son referibles a posibles variaciones en el importe de la remuneración del contrato, que puedan quedar a expensas del resultado satisfactorio de los trabajos realizados, puesto que, tal y como establecen las normas citadas, la remuneración en esta modalidad de contrato ha de correr íntegramente por cuenta del órgano de contratación, con independencia de la rentabilidad que éste obtenga del resultado del trabajo contratado; por el contrario, esta Junta Consultiva interpreta que las expectativas de tales riesgos y beneficios han de referirse a la posibilidad de explotar o comercializar con terceros el resultado de los trabajos realizados, posibilidad que, habiendo provocado el efecto de minorar el importe pactado para remunerar el trabajo del contratista, introduce para éste, tanto un factor de riesgo, en la medida en que los resultados de la explotación posterior con otros clientes pueden no alcanzar sus iniciales expectativas, como un factor de posibles beneficios, en la medida en que esa comercialización posterior alcance o supere tales expectativas.

Por último, completando los elementos que nos permitan calificar un contrato como de investigación y desarrollo excluido del ámbito de aplicación del TRLCSP, es necesario mencionar el requerimiento también exigido en el artículo 4.1.r), respecto a que ha de tener por objeto una “investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado”. En definitiva, se trataría de contratar unos trabajos de investigación y desarrollo en una determinada materia, dirigidos a conseguir unos resultados innovadores respecto a lo existente en ese momento en el mercado, de forma que, pasando una etapa previa de prueba precomercial, que es la que se realiza con el llamado contrato de investigación y desarrollo, posteriormente, con su comercialización generalizada, consiga innovar el mercado de que se trate, beneficiando tanto a la empresa comercializadora, como a la Administración que contrató la investigación y financió su desarrollo.

Este es precisamente el objetivo que persigue la Comunicación de la Comisión Europea de 14 de diciembre de 2007 [COM(2007) 799 final], al promover la utilización de lo

FV

que denomina “contratación precomercial”, como medio de impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles, y es precisamente ese carácter precomercial el que, afectando a uno de los elementos esenciales del contrato, la causa contractual, introduce un factor determinante de su exclusión del ámbito de aplicación del TRLCSP: en los contratos de investigación y desarrollo a que se refiere el artículo 4.1.r), la causa o finalidad del contrato no es tanto atender la satisfacción inmediata de unas necesidades concretas del órgano de contratación, sino innovar el mercado buscando nuevas y mejores soluciones, con la consiguiente aportación de beneficios para la sociedad y la economía en general.

En consecuencia con lo expuesto, los elementos que, en resumen, han de caracterizar a estos contratos para que se produzca su exclusión del TRLCSP son los siguientes:

- a) Han de tener por objeto la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado.
- b) Han de incluir la posibilidad de explotar con terceros el resultado de los trabajos realizados.
- c) Han de ser remunerados íntegramente por el órgano de contratación.

Si trasladamos estos requisitos a los términos expuestos por la entidad consultante respecto al contenido y alcance del proyecto, y a la forma de llevarlo a cabo, obtenemos las siguientes conclusiones:

1.- El resultado que se persigue con los trabajos a realizar consiste, fundamentalmente, en adaptar las aplicaciones que actualmente utiliza GRECASA a las nuevas tecnologías y metodologías existentes en el mercado, obtener las ventajas funcionales de esas tecnologías, y formar al personal de GRECASA para su utilización. Por tanto, no parece cumplirse el requisito de que el contrato vaya dirigido a investigar el desarrollo de soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado. Dicho de otra forma, aunque del resultado de los trabajos del proyecto surja un sistema informático nuevo en comparación con el actual, sin embargo las tecnologías que se utilizarán para obtener tal resultado son las que actualmente existen y se utilizan en el mercado. Así pues, de la exposición que se hace del proyecto en el escrito de consulta, no se deduce que su objeto sea obtener soluciones nuevas aún no disponibles en el mercado, sino más bien realizar una actualización de un sistema informático que ha quedado obsoleto, adaptándolo e integrándolo

FV

en las tecnologías actualmente existentes, e incorporándole nuevas funcionalidades disponibles en el mercado.

2.- En la exposición de la forma en que se va a realizar el proyecto, no se contempla expresamente la posibilidad de que el contratista explote con terceros el resultado de los trabajos realizados, pues, si bien se manifiesta que “las empresas colaboradoras podrán ver el producto a suministrar como una inversión en su propia investigación y desarrollo”, sin embargo sólo se establece, como única consecuencia expresa de tal manifestación, que “deberán aceptar su responsabilidad en la consecución del objetivo de GRECASA, ya que hay probabilidades de que este proyecto no concluya con éxito, debiendo en tal caso asumir que parte del pago no se les abonará”. Si tenemos en cuenta, además, que el éxito del que depende el pago del precio íntegro del contrato, y, por tanto, el riesgo que de éste deriva para el contratista, se hace depender únicamente del correcto funcionamiento del nuevo sistema informático y del cumplimiento de un plazo, esta Junta Consultiva considera que, los términos que se contienen en el escrito de consulta respecto a la forma de realizar el contrato, no se adecuan a los requisitos de posibilidad de comercialización y régimen de remuneración a que se refieren los apartados b) y c) enumerados anteriormente; por el contrario, las condiciones de ejecución descritas parecen apuntar a un contrato de servicios de los tipificados en el artículo 10 del TRLCSP (encuadrado en la categoría 7 del Anexo II, “servicios de informática y servicios anexos”), en el que se incluiría la previsión de posibles variaciones en el precio a abonar, en función de que no se cumplan determinados rendimientos, según prevé el artículo 87.4 del TRLCSP, o bien la previsión de penalizaciones económicas por deficiencias en el resultado de los trabajos realizados, o por incumplimiento de las prestaciones o plazos contratados.

CONCLUSIÓN

1º.- Los contratos de investigación y desarrollo a que se refiere el artículo 4.1.r) del TRLCSP, han de reunir los siguientes requisitos para que se produzca su exclusión del ámbito de aplicación del TRLCSP:

- a) Han de tener por objeto la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado.
- b) Han de incluir la posibilidad de explotar con terceros el resultado de los trabajos realizados.

FV

c) Han de ser remunerados íntegramente por el órgano de contratación.

2º.- El contenido, el alcance, y la forma de llevar a cabo el proyecto sobre el que se solicita informe, en los términos expuestos en el escrito en que se formula la consulta, no se adecuan a los requisitos enumerados en la conclusión anterior.

Las Palmas de Gran Canaria, a 10 de abril de 2012.