



G CONSELLERIA
O HISENDA I RELACIONS
I EXTERIORS
B JUNTA CONSULTIVA
/ CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 29 de enero de 2020

Informe 1/2019, de 29 de enero de 2020, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Contratos de servicios de carácter intelectual

Antecedentes

1. El 10 de junio de 2019, tuvo entrada una solicitud de informe del Presidente del Consejo Insular de Mallorca en relación a los contratos de servicios de carácter intelectual. En la solicitud se plantean las siguientes cuestiones:
 1. Si las prestaciones de carácter intelectual, a los efectos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector público (en adelante LCSP), son solo los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo; es decir, si la lista de las prestaciones intelectuales es tasada.
 2. En relación con los servicios de arquitectura e ingeniería:
 - 2.1 Si todas las prestaciones que se detallan en los CPV 71000000-8, Servicios de arquitectura, construcción, ingeniería e inspección, hay que considerarlas prestaciones intelectuales a todos los efectos previstos en la LCSP.
 - 2.2 Si en los casos que la prestación de estos servicios "esté perfectamente definida técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato", como por ejemplo, CPV 71317200-5 Servicios de salud y seguridad (Coordinación de seguridad y salud) se puede aplicar solo el criterio de adjudicación del precio; si se puede aplicar el procedimiento ordinario sumario o supersimplificado previsto en el artículo 159.6 de la LCSP.
 - 2.3 Para que una prestación tenga carácter intelectual a efectos de la LCSP, si es necesario que implique (según se contempla en las resoluciones del TACRC 544/2018, 111/2018 y 141/2018) un cierto grado de innovación o de creatividad generando un producto susceptible de ser amparado por el derecho de propiedad intelectual.
 3. Si todas las prestaciones que se detallan en los CPV 72000000-5 Servicios TI: consultoría, desarrollo de software, internet y apoyo y CPV 73000000-2 Servicios de investigación y desarrollo y servicio de consultoría conexos, hay que considerarlos prestaciones de consultoría a todos los efectos previstos en la LCSP.



2. El 4 de septiembre de 2019, se requirió la subsanación de la solicitud al Consejo Insular, para incorporar al expediente el informe jurídico preceptivo exigido en el artículo 16.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.
3. El 24 de septiembre de 2019, tuvo entrada el informe jurídico requerido, el cual concretó que la consulta tenía por finalidad obtener un pronunciamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación al carácter intelectual de determinadas prestaciones objeto de una parte importante de los contratos de servicios que tramita el Departamento de Movilidad e Infraestructuras, concretamente, de los siguientes contratos:
 1. Asistencia técnica a la dirección de obra.
 2. Coordinación de seguridad y salud en la ejecución de un contrato de obras o servicios.
 3. Vigilancia ambiental en la ejecución de un contrato de obras.

El informe jurídico del Departamento de Movilidad e Infraestructuras concluye que es contrario al reconocimiento del carácter intelectual de estas prestaciones y considera adecuado que en la contratación de éstas se utilice el procedimiento abierto simplificado abreviado y se establezca como único criterio de adjudicación el precio.

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 crean 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 el Decreto 26/2017), la Junta emite los informes que le soliciten, entre otros, los presidentes de los consejos insulares, los alcaldes o presidentes de los ayuntamientos del ámbito territorial de las Illes Balears y los presidentes de las organizaciones empresariales de las Illes Balears afectadas por la contratación pública.

2. El informe lo solicita el presidente del Consejo Insular de Mallorca, que se encuentra legitimado de conformidad con el mencionado artículo 12.2 del Decreto 3/2016, de 29 de enero.



3. La solicitud cumple con los requisitos que exige el artículo 16 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 10 de octubre de 1997, puesto que viene acompañada de un informe jurídico y de la documentación necesaria para emitir el informe solicitado.
4. El Consejo Insular de Mallorca tiene la consideración de Administración Pública y le es de aplicación 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), de acuerdo con lo que dispone su artículo 3.
5. Para resolver las dudas planteadas, resulta conveniente analizar antes la regulación de las prestaciones de carácter intelectual que realiza la LCSP.

La contratación de prestaciones intelectuales no es una cuestión exenta de debate, puesto que la LCSP no contiene ninguna definición de lo que debe entenderse por prestación de carácter intelectual, sino que se limita a reconocer tal naturaleza a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo en la Disposición adicional cuarenta y una (en adelante, DA 41ª). Y, cuando la LCSP hace referencia a las prestaciones intelectuales en otros artículos, lo hace a manera de ejemplo, mencionando en algunos casos los servicios de ingeniería y de arquitectura; añadiendo en otros casos los servicios de consultoría; y nombrando a los servicios de urbanismo solo en la DA 41ª. Por otro lado, la LCSP tampoco señala qué códigos CPV estarían incluidos en la DA 41ª.

A pesar de no haberlas definido, para la contratación de prestaciones intelectuales, la LCSP prevé una serie de especialidades que contempla de manera dispersa y sin ninguna estructura lógica, pero que tienen gran relevancia práctica, porque se refieren a los procedimientos y a los criterios de adjudicación, concretamente:

a) Especialidades relativas a los procedimientos de adjudicación:

En la contratación de prestaciones intelectuales la LCSP considera especialmente adecuada la utilización del procedimiento restringido (artículo 160.4 y Exposición de motivos); en cambio, cuando se trate de contratos de redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y de urbanismo especialmente complejos, o cuando se contraten conjuntamente la redacción del proyecto y la dirección de obras, la LCSP prevé que los órganos de contratación tendrán que utilizar el concurso de proyectos (artículo 183.3). Debe tenerse en cuenta que estas dos previsiones no se basan en la Directiva 2014/24/UE que la LCSP



transpone, que se decanta más por la utilización del procedimiento de licitación con negociación o el diálogo competitivo cuando se trata de servicios intelectuales, en especial para servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería.

Por otro lado, la LCSP también prevé que en la adjudicación no se utilice la subasta electrónica (artículo 143.2) ni el procedimiento abierto simplificado abreviado previsto en el artículo 159.6.

b) Especialidades relativas a los criterios de adjudicación:

Para la contratación de prestaciones intelectuales, se establecen unas reglas específicas que pretenden obtener prestaciones de gran calidad que respondan lo mejor posible a las necesidades planteadas, por lo que el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación. Por ello, la LCSP exige la utilización de varios criterios de adjudicación (artículo 145.3), y que los criterios relacionados con la calidad representen, al menos, el 51 % de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas (artículo 145.4).

Dado que los criterios relacionados con la calidad a veces son difíciles de valorar mediante fórmulas, se prevé una regla especial para el procedimiento abierto simplificado: a pesar de que, a todos los efectos, si se incluyen criterios evaluables mediante juicio de valor, la ponderación no puede superar el 25% del total, cuando se contraten prestaciones intelectuales, la ponderación de los criterios evaluables mediante juicio de valor puede llegar al 45% (artículo 159.1.b). Sin embargo, debe mencionarse la conveniencia de objetivar la valoración de los criterios vinculados con la calidad y tener en cuenta que el artículo 145.2 LCSP incluye, en el apartado 2, la posibilidad de valorar «la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que lo tenga que ejecutar, siempre y cuando la calidad de este personal pueda afectar de manera significativa a una mejor ejecución. De hecho, según la Directiva 2014/24/UE, este criterio es especialmente adecuado para la adjudicación de los contratos de servicios de carácter intelectual.

6. Una vez revisado lo que la LCSP prevé en relación a las prestaciones de carácter intelectual, no puede decirse que la norma sea muy clara. Por ello, para poder dar respuesta a las preguntas planteadas en la solicitud de informe, la norma española debe interpretarse a la luz de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública que deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, la Directiva 2014/24), y completarse con lo que haya establecido la jurisprudencia y la doctrina en relación a las prestaciones de carácter intelectual, puesto que el artículo 1.6 del Código Civil dispone que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina, que de manera reiterada, establezca el Tri-



bunal Supremo en la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Igual que nuestra LCSP, la Directiva 2014/24 no concreta cuáles son las prestaciones que pueden considerarse intelectuales y al hacer referencia a ellas lo hace también poniendo ejemplos. Entre otros, el Considerando 43 menciona las obras en edificios no convencionales, que incluyan diseño o soluciones innovadoras, los servicios o suministros que exigen un esfuerzo de adaptación o de diseño, o algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería, o grandes proyectos relacionados con las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC).

De una lectura detallada de la Directiva, se desprende que en la contratación de prestaciones intelectuales, el legislador europeo también prevé especialidades y ofrece a los poderes adjudicadores flexibilidad para poder elegir los procedimientos negociados o de diálogo competitivo, y considera que, por regla general, las subastas electrónicas no serían adecuadas (Considerando 67 o artículo 35), esencialmente porque solo son útiles para evaluar elementos automáticos mediante cifras o porcentajes y porque en la contratación de estas prestaciones la calidad de la ejecución puede verse afectada por la calidad del personal empleado, la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato (Considerando 94).

Por otro lado, en cuanto a doctrina y a la jurisprudencia, hablar de prestaciones intelectuales nos lleva a tener en cuenta principalmente, los criterios del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), que la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional (AN) ha confirmado recientemente, en relación con los recursos que algunas Asociaciones y Colegios Profesionales del sector de la ingeniería y la arquitectura interpusieron contra los pliegos de cláusulas administrativas (PCAP) de la Sociedad Mercantil Estatal Aena SME, SA (en adelante, AENA), para la contratación de servicios de dirección de obra o *project management* de algunos proyectos de considerable envergadura en los aeropuertos de Barcelona, Madrid o Palma. En todas aquellas licitaciones, AENA consideró que el servicio de dirección de obra no tenía el carácter de prestación intelectual y aprobó los PCAP sin tener en cuenta algunas de las especialidades que la LCSP prevé para la contratación de prestaciones intelectuales.

A pesar de que para dar respuesta a las preguntas planteadas en la solicitud de informe, debe hacerse referencia también a otras líneas jurisprudenciales o doctrinales, puede avanzarse que, en opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el criterio actual del TACRC y del AN resulta ser el más adecuado. Y, para aclararlo mejor, a continuación se irá dando respuesta a todas las preguntas desarrollando los detalles del criterio mencionado:



6.1 En primer lugar, el escrito de consulta plantea si las prestaciones de carácter intelectual, a los efectos de LCSP son solo los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo; es decir, si la lista de las prestaciones intelectuales es tasada.

En la Resolución 964/2017, de 19 de octubre de 2017, del TACRC, dictada en relación al recurso especial en materia de contratación contra el PCAP del contrato del *Servicio de asistencia técnica del proyecto management del proyecto de desarrollo de actuaciones del Aeropuerto de Palma*, el Tribunal administrativo desestimó el recurso y confirmó la adecuación del pliego de AENA, en el siguiente sentido:

[...] “a priori”, el elemento distintivo de una prestación intelectual está ligado a la existencia de elementos no cuantificables, como sujetos a criterios subjetivos por la propia naturaleza de la prestación.

Ahora bien, por una parte, la Directiva no se refiere en esta exclusión a todos los contratos de servicios que implican prestaciones intelectuales (“normalmente”...“determinados”...); y, por otra, tiene que otorgársele alguna eficacia al ejemplo utilizado por la propia Directiva, referido al proyecto de obras. Este, como destaca el órgano de contratación, coincide con un producto del intelecto que, según el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), puede ser objeto de propiedad intelectual (arte. 10).

Debemos recordar, a estos efectos, que la Jurisprudencia civil (como recuerda la STS de 26-4-2017, caso. 2012/2014) , considera presupuesto del concepto de obra susceptible de esta propiedad intelectual que esté dotada de originalidad (ya que el art. 10 de tal norma exige que se trate de una “creación original”), desde “una conceptualización objetiva de la originalidad, que conlleva la exigencia de una actividad creativa que, con independencia de la opinión que cada uno pueda tener sobre los logros estéticos y prácticos del autor, dote a la obra de un carácter novedoso y permita diferenciarla de otras preexistentes.”

Quiere ello decir que, **siendo que en toda prestación de servicios intervienen en mayor o menor medida funciones humanas intelectivas, debe interpretarse que la Directiva se refiere a aquellos contratos con prestaciones análogas al proyecto de obras; es decir, que implican una actividad en que predomina el elemento inmaterial no cuantificable asociado a los procesos mentales propiamente humanos, y, además, implique el uso de las más altas facultades intelectivas humanas; destacadamente, aquellas que suponen innovación o un cierto grado de creatividad.**

[...]

Esta interpretación es la que, a día de hoy, mantiene el TACRC y que ha venido confirmando en resoluciones posteriores en relación a recursos similares: entre otras, cabe mencionar la Resolución 544/2018, de 1 de junio de 2018, la Resolución 111/2018, de 30 de noviembre de 2018 y la Resolución 1141/2018, de 7 de diciembre.

Sin embargo, los sectores de la arquitectura y la ingeniería, descontentos con la desestimación en cadena de sus recursos ante el TACRC por los mismos motivos, interpusieron un Recurso Contencioso-Administrativo contra la Resolución 544/2018 del TACRC, en relación al contrato de *Asistencia técnica de project mana-*



gement del projecte de remodelació i ampliació del edifici sur del aeroport de Barcelona-El Prat; en este contencioso, resuelto recientemente mediante Sentencia de 25 de junio de 2019¹, la Audiencia Nacional viene a confirmar el criterio del Tribunal administrativo y se acoge al concepto de prestación intelectual del Tribunal Supremo, en el siguiente sentido:

La Sala considera que para determinar si este concreto contrato tiene o no por objeto prestaciones intelectuales, y para concluir si es o no procedente la aplicación del sistema de subasta electrónica, es preciso previamente concretar cuáles son los elementos que identifican a las "prestaciones intelectuales". [... **Este Tribunal considera que lo establecido por la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo interpretando ese concepto de prestación de carácter intelectual, puede servir de orientación** para valorar las conclusiones extraídas por el acto administrativo impugnado.

El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual regula en su artículo 10 las "Obras y títulos originales".

En este precepto se identifica como "creaciones originales":
"Artículo 10. Obras y títulos originales.

[...

f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada en interpretación de los distintos apartados de este precepto **ha señalado que debe prevalecer una concepción objetiva de la originalidad, que conlleva la exigencia de una actividad creativa que dé al producto examinado un carácter novedoso y que permita diferenciarla de otras preexistentes.**

En la sentencia de 26 de abril de 2017 se señala, en un debate sobre obras arquitectónicas, lo siguiente: "**Otorgar la protección que la normativa sobre propiedad intelectual concede a los autoras, tanto en los derechos morales como en los derechos de explotación económica, a quienes proyectan edificios ordinarios, sin una mínima singularidad o distintividad, no solo no responde al sentido y finalidad de las normas que regulan la propiedad intelectual sino que además traería consigo consecuencias perturbadoras para el propietario del edificio, por su carácter de obra funcional, destinada a satisfacer las necesidades que en cada momento tenga su propietario, cuyos derechos deben coexistir con los derechos del autor, como por ejemplo el derecho moral a la integridad de su obra**".

Resulta así que como se indica por la Administración, **es innegable que en toda prestación de servicios intervienen en mayor o menor medida funciones humanas intelectivas, por lo que la interpretación de la Directiva objeto de debate debe ser, como señala el TACRC, referida a contratos en los que haya una actividad en que predomina el elemento inmaterial no cuantificable asociado a los procesos mentales propiamente humanos. A esto debe sumarse la concurrencia de los elementos señalados de innovación y creatividad.**

Esta Junta Consultiva de Contratación, que comparte la interpretación del TACRC y de la Audiencia Nacional, entiende que la lista de las prestaciones intelectuales no puede considerarse una lista tasada, porque entre otras cosas, no es posible acotar ninguna lista; tienen que considerarse de naturaleza intelectual las prestacio-

¹ SAN 2708/2019 Id Cendoj: 28079230082019100383 Audiencia Nacional. Sala Contencioso



nes que impliquen una actividad en la que predomine el elemento inmaterial no cuantificable asociado a los procesos mentales propiamente humanos y, además, comporten el uso de las más altas facultades intelectivas humanas, destacando las que supongan innovación o un cierto grado de creatividad, que dé al producto un carácter nuevo y que permita diferenciarlo de otros preexistentes.

Por ello, para poder determinar si un contrato tiene o no por objeto prestaciones intelectuales y concluir si deben aplicarse las especialidades previstas en la LCSP para este tipo de prestaciones, deberá comprobarse que se den efectivamente los elementos mencionados que ha establecido la jurisprudencia, lo cual requerirá atender, en cada caso, al objeto concreto del contrato.

Y dado que, sin duda, estos requisitos pueden darse en otros sectores más allá de la arquitectura, la ingeniería, la consultoría y el urbanismo, puede afirmarse que la lista de la DA 41ª de la LCSP no es tasada. De hecho, resulta difícil de justificar que la voluntad del legislador fuese la de considerar intelectuales únicamente las prestaciones relacionadas con los sectores mencionados, olvidándose de otros (por ejemplo, el jurídico, el del diseño, de las tecnologías etc...), en que también intervienen capacidades o procesos mentales propiamente humanos, que comportan el uso de facultades intelectivas. Así, cierta razón deben de tener algunos expertos² en materia de contratación, cuando sostienen que la inseguridad existente actualmente en torno a las prestaciones de carácter intelectual está relacionada, en parte, con la participación de los colegios y de las asociaciones profesionales de los sectores de la arquitectura y la ingeniería en la redacción de la LCSP, puesto que la mayor parte de aquellos preceptos se incluyeron en el texto durante el debate parlamentario del Proyecto de ley.

Por todo ello, entendemos que debe hacerse una interpretación amplia de la lista que contiene la DA 41ª para poder abrazar otros sectores profesionales, sin olvidar que lo que determina el carácter intelectual de una prestación no es tanto el sector profesional que lo tenga que ejecutar, sino el carácter original, creativo o innovador de la prestación, tal como ha interpretado la jurisprudencia.

6.2 En segundo lugar, el escrito de consulta plantea, en relación con los servicios de arquitectura y de ingeniería si todas las prestaciones que se detallan en los CPV 71000000-8, Servicios de arquitectura, construcción, ingeniería e inspección, deben considerarse prestaciones intelectuales a todos los efectos previstos en la LCSP:

Partiendo de la conclusión anterior, y dado su carácter didáctico, se considera necesario profundizar en el concepto de originalidad de una obra arquitectónica,

² Javier Vázquez Matilla: *La inseguridad en las prestaciones intelectuales* www.javiervazquezmatilla.com; Maria Asunción Sanmatín Mora: *La contratación de prestaciones de carácter intelectual en la Ley 9/2017 de contratos del sector público (Observatorio de Contratación Pública 22-01-2018)*.



que el Tribunal Supremo ha establecido en la Sentencia 1644/2017³, 26 de abril de 2017:

Para decidir si una obra arquitectónica es original y, por tanto, está protegida por las normas de la propiedad intelectual, debe tenerse presente que el carácter funcional de la mayoría de las obras arquitectónicas condiciona muchos de sus elementos y restringe en alguna medida la libertad creativa del arquitecto y sus posibilidades de originalidad.

Los términos en que está redactado un proyecto arquitectónico responden en buena medida a las exigencias técnicas o funcionales y al cumplimiento de la normativa urbanística. Cuando esto es así, el proyecto o la obra arquitectónica edificada no quedan protegidos por el derecho de autor en la parte impuesta por esas exigencias técnicas, funcionales o normativas (en este sentido, sentencia de esta sala 12/1995, de 28 de enero), salvo que la originalidad se consiga justamente por la singularidad y novedad de las soluciones adoptadas para cumplir esas exigencias funcionales, técnicas o normativas. Pero, **con carácter general, las obras arquitectónicas se prestan a una menor originalidad que otros tipos de obras plásticas y se requiere en ellas, para ser encuadradas en el art. 10 TRLPI, un grado de singularidad superior al exigible en otras categorías de obras protegidas por la propiedad intelectual.**

Por esa razón, la afirmación de la sentencia recurrida de que «un proyecto, máxime de esa envergadura, está dotado *per se* de una creatividad, creatividad que cumple lo dispuesto en los arts. 5.1 y 10 [TRLPI]» no es correcta. Ni todo proyecto arquitectónico está dotado *per se* de creatividad, ni el hecho de que el edificio sea de mayor o menor tamaño, o esté destinado en hotel, presupone esa creatividad. No todo proyecto arquitectónico ni toda edificación es una obra original, protegida por la propiedad intelectual.

Dado que el TS vincula la originalidad con la singularidad y la novedad, en la Resolución 964/2017, de 19 de octubre de 2017, del TACRC en relación al *Servicio de asistencia técnica de project management del proyecto de desarrollo de actuaciones del Aeropuerto de Palma*, ya mencionada, consta que:

[...] entendemos que la prestación compleja objeto del contrato, tal y como se describe en nuestros antecedentes (Dirección técnica de los proyectos, asistencia técnica y control y vigilancia, incluyendo dirección de obras, coordinación de seguridad y salud, vigilancia de obras, etc), constituye la coordinación de un conjunto de proyectos constructivos dentro del proyecto principal; y, por tanto, trata de coadyuvar a la correcta ejecución de un proyecto no diseñado por el propio contratista. En tal caso, **si bien no pueden negarse los aspectos intelectuales de la prestación, no predomina su carácter innovativo u original.** [...]

Y en este mismo sentido lo ha confirmado el Audiencia Nacional, en la reciente Sentencia de 25 de junio de 2019, también mencionada⁴, que ha añadido que:

A la vista del expediente administrativo se comprueba que el contrato es, en primer lugar, de asistencia técnica, y el objeto de la asistencia es un proyecto de remodelación y ampliación de un edificio del aeropuerto del Prat. En la cláusula primera objeto del contrato, se establece una remisión al apartado a) del cuadro de características que lo encabeza. La lectura del Pliego de Prescripciones técnicas y concreto del apartado correspondiente a lo que se denomina " *Alcance del servicio* " (4.3) permite comprobar que comprende hasta treinta tareas diferentes, unas de organización, otras de información, otras de garantía de puesta en explotación, otras de coordinación, planificación etc.

³ STS 1644/2017 Id Cendoj: 28079110012017100253, Tribunal Supremo, Sala de lo civil.

⁴ SAN 2708/2019 Id Cendoj: 28079230082019100383 Audiencia Nacional. Sala Contencioso.



Como se señala por la Administración **es claramente objeto del contrato una prestación compleja** que tiene el objetivo de coadyuvar a la correcta ejecución de un proyecto no diseñado por el propio contratista, **en el que hay aspectos intelectuales, pero en estos no predomina el carácter de obra original en los términos entendidos por la jurisprudencia.** Y como igualmente alega la codemandada, **no cabe confundir creación intelectual, que se objeto de protección, con mera actividad intelectual: "la protección intelectual tiene como objeto el producto generado por la actividad intelectual, y no la simple actividad intelectual. Lo contrario nosotros llevaría a proteger cualquier actividad intelectual, con independencia de que genere una creación innovadora".** No puede concluirse como se pretende por la parte actora **que los servicios de ingeniería, arquitectura y consultoría de cualquier tipo son siempre prestaciones de carácter intelectual** (pág. 16 de la demanda in fine) y así lo ha señalado el Tribunal Supremo por ejemplo en la citada sentencia de 26 de abril de 2017 indicando que *"la afirmación de la sentencia recurrida de que "un proyecto, máxime de esa envergadura, está dotado per se de una creatividad, creatividad que cumple lo dispuesto en los arts. 5.1 y 10 [TRLPI "no se correcta. Ni todo proyecto arquitectónico está dotado per se de creatividad, ni el hecho de que el edificio sea de mayor o menor tamaño, o esté destinado en hotel, presupone esa creatividad. No todo proyecto arquitectónico ni toda edificación es una obra original, protegida por la propiedad intelectual ."*

En conclusión, la Junta Consultiva de Contratación, de acuerdo con esta jurisprudencia, entiende que no todas las prestaciones que se detallan en la DA 41ª ni en el CPV 71000000-8 (*servicios de arquitectura, construcción, ingeniería e inspección*) deben considerarse intelectuales a todos los efectos previstos en la LCSP. Lo que determina tal carácter son los componentes de originalidad, creatividad e innovación de la prestación. No todos los proyectos arquitectónicos ni todas las edificaciones son obras originales, creativas e innovadoras, del mismo modo que no todas las prestaciones que se contraten a profesionales liberales, ya sean arquitectos, ingenieros o abogados, deberán considerarse intelectuales. Es innegable que en estas profesiones se llevan a cabo actividades asociadas a procesos mentales propiamente humanos, pero no en todos los casos tendrán como resultado obras originales, creativas o innovadoras. De hecho, según el TS, una gran mayoría de obras de arquitectura tienen carácter funcional y se limitan a dar respuesta al cumplimiento de exigencias técnicas y normativas, por lo que la libertad creativa e innovadora del arquitecto está bastante limitada. Las obras arquitectónicas se prestan a una menor originalidad que otros tipos de obras plásticas, por lo cual, para ser encuadradas en el art. 10 TRLPI, se requiere un grado de singularidad superior al exigible en otras categorías de obras protegidas por la propiedad intelectual. En este sentido, puede afirmarse que una gran mayoría de los contratos públicos relacionados con la arquitectura o la ingeniería no deberán considerarse intelectuales.

Dicho esto, dado que en la solicitud de informe del Consejo Insular de Mallorca se menciona la Resolución 70/2019, de 1 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias (TACP de Canarias), no podemos dejar de hacer referencia a ésta, para dejar constancia de la opinión de esta Junta Consultiva al respecto. En la Resolución citada, el TACP de Canarias, ha considerado intelectual un contrato de dirección de obras porque entiende que la



lista de la DA 41ª de la LCSP es clara y, invocando el Principio de no distinguir donde la ley no distingue, es de la opinión que en la contratación de los servicios relacionados con la arquitectura, la ingeniería, la consultoría y el urbanismo se tendrá que dar cumplimiento en todos los casos al que dispone el artículo 145.4 LCSP, que exige al menos el 51% de puntos relacionados con la calidad.

Partiendo de la doctrina y la jurisprudencia mencionadas, no podemos compartir la opinión del TACP de Canarias, puesto que el Principio de no distinguir donde la ley no distingue, debe modularse con lo previsto en el artículo 3 del Código Civil, según el cual, las normas deben interpretarse de acuerdo con el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que tienen que ser aplicadas, atendiendo, fundamentalmente, a su espíritu y finalidad. En consecuencia, la interpretación de la DA 41ª y del resto de artículos de la LCSP que hacen referencia a las prestaciones intelectuales, tiene que realizarse a la luz de la Directiva 2014/24, que también considera intelectuales otros servicios; a la luz de la jurisprudencia, que nos ofrece un concepto de intelectualidad que, sin duda, hay que tener en cuenta; de acuerdo con el contexto, valorando los efectos de la participación de los Colegios y Asociaciones de arquitectos y de ingenieros en la redacción de la LCSP; y sin olvidar el espíritu y la finalidad de la norma. Por todo ello, en opinión de esta Junta Consultiva, la DA 41ª de la LCSP ni es clara ni puede dar lugar a considerar intelectual cualquier servicio relacionado con los sectores que incluye. Al contrario, existen otros sectores profesionales que también podrán prestar servicios intelectuales, y no todos los servicios del sector de la arquitectura, la ingeniería, la consultoría o el urbanismo serán siempre prestaciones intelectuales a los efectos de la LCSP.

6.3 En tercer lugar, el escrito de consulta plantea, en relación a los servicios de arquitectura y de ingeniería, si en los casos que la prestación de estos servicios "esté perfectamente definida técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato", como por ejemplo, CPV 71317200-5 Servicios de salud y seguridad (Coordinación de seguridad y salud) puede aplicarse solo el criterio de adjudicación del precio; si puede aplicarse el procedimiento ordinario sumario o supersimplificado previsto en el artículo 159.6 de la LCSP).

El TS ha reconocido que una gran mayoría de obras de arquitectura tienen carácter funcional y se limitan a dar respuesta al cumplimiento de exigencias técnicas y normativas, lo cual limita la libertad creativa e innovadora del arquitecto. En este mismo sentido, debe admitirse que en otros muchos servicios relacionados con la arquitectura o la ingeniería (como por ejemplo, la coordinación de seguridad y salud), también predomina el carácter funcional y los profesionales que intervienen en ellos suelen limitarse a dar cumplimiento a exigencias técnicas y normativas que hacen descartar directamente el carácter intelectual de las prestaciones. En consecuencia, en su contratación, no deberán cumplirse las especialidades que



la LCSP prevé para las prestaciones intelectuales, y podrán usarse los procedimientos de contratación que correspondan, incluido el ordinario sumario o super-simplificado del artículo 159.6 de la LCSP.

Ahora bien, en relación a la utilización del precio como único criterio de adjudicación, debe hacerse una reflexión más profunda, teniendo en cuenta varios aspectos:

El artículo 145.3 LCSP establece que la aplicación de más de un criterio de adjudicación es procedente, en todo caso, en la adjudicación de los siguientes contratos:

[...]

g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, y por consiguiente el precio es el único factor determinante de la adjudicación. En los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura (—entre otros—), el precio no puede ser el único factor determinante de la adjudicación. Igualmente, en el caso de los contratos de servicios de seguridad privada se tiene que aplicar más de un criterio de adjudicación.

En base a este artículo, en la Resolución 333/2018, 17 de octubre de 2018, del Tribunal administrativo de recursos contractuales de la Comunidad de Madrid (TARC de Madrid), se ha reconocido la posibilidad de contratar solo a precio los servicios de coordinación de seguridad y salud de varios edificios del área de Salud, Seguridad y Emergencia del Ayuntamiento de Madrid, en el siguiente sentido:

El servicio objeto del contrato estaría excepcionado del establecimiento de pluralidad de criterios de adjudicación en base a lo estipulado en el mismo artículo 145 en su apartado 3 g), toda vez que este servicio está perfectamente definido técnicamente. De conformidad con la cláusula primera de los Pliegos de Prescripciones Técnicas los trabajos se ajustarán a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, y modificaciones posteriores. En este sentido se ha manifestado anteriormente este Tribunal en la Resolución 79/2018, de fecha 22 de marzo: "De acuerdo con el PPT los trabajos se ajustarán a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, y modificaciones posteriores. También se incluyen las funciones de asesoramiento en relación con las medidas necesarias para hacer efectiva la normativa vigente de prevención de riesgos laborales y todas las prestaciones que sean exigibles sobre Seguridad y Salud de acuerdo con la citada normativa. Esto no obstante a juicio de este Tribunal la citada labor de asesoramiento, en este caso concreto, no tiene entidad suficiente como para considerar que esta prestación es incompatible con su licitación con un único criterio."

Con anterioridad a la mencionada Resolución del TARC de Madrid, el TACRC ya se había pronunciado en este mismo sentido en la Resolución 90/2017, de 27 de enero de 2017, dictada en relación a un contrato de seguridad y salud, en el que hizo constar que:



[...] el establecer otros criterios de valoración además del precio, es una obligación solo en los casos en que la prestación no esté perfectamente delimitada, o se pueda variar el plazo, o introducir modificaciones en el contrato. En los demás supuestos, es una potestad que la Ley otorga al órgano de contratación, siempre que tales criterios (calidad, características estéticas o funcionales...) estén directamente vinculados al objeto del contrato y sean preponderantes los que se valoran mediante la mera aplicación de fórmulas.

[...] este Tribunal entiende que en los pliegos se determinan con precisión las normas aplicables y los requisitos generales del servicio a prestar por lo que tiene que ser el precio el único factor determinante de la adjudicación, de forma que en la licitación impugnada se han seguido fielmente las estipulaciones de la Ley. Además, la utilización del precio como único criterio de valoración de las ofertas es plenamente respetuosa con los principios a que se debe ajustar la contratación del sector público y, como establece el frontispicio de la Ley de Contratos (artículo 1 del TRLCSP), asegura "en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios".

Así, puede afirmarse que es posible contratar servicios no intelectuales (ya sea la seguridad y salud, o cualquier otro) solo con el criterio del precio, siempre que queden justificadas en el expediente las circunstancias previstas en el artículo 145.3.g) de la LCSP, es decir, que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente, que no sea posible variar los plazos de entrega y que no sea posible introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato; estas circunstancias tienen que ser adecuadas al objeto del contrato, garantizar las necesidades a satisfacer y la eficiencia en la utilización de los recursos públicos exigida en el artículo 1.1 LCSP.

En caso contrario, se aplicarán una pluralidad de criterios de adjudicación, puesto que debe tenerse en cuenta que la vigente LCSP, a diferencia del TRLCSP, hace una apuesta significativa en favor de la calidad en la contratación pública, que se ha convertido en un principio casi irrenunciable con el objetivo de conseguir la mejor relación calidad-precio mediante la aplicación de la regla del apartado 1 del artículo 145 LCSP, que prevé que la adjudicación de los contratos debe efectuarse utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. Este paradigma de la calidad — como lo han denominado algunos expertos en materia de contratación, como Gimeno Feliu —, debe interpretarse de acuerdo con la declaración de intenciones del artículo 1.3 de la LCSP, que dispone que en toda contratación pública deben incorporarse de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales, siempre que tengan relación con el objeto del contrato, con la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. También debe facilitarse el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social. Y precisamente en la contratación de servicios profesionales no intelectuales, como los que son objeto de consulta, el



artículo 145. 2 LCSP prevé criterios que permiten valorar la organización, la cualificación y la experiencia del personal adscrito al contrato cuando, a juicio del órgano de contratación, la calidad del personal pueda afectar de manera significativa a una mejor ejecución del mismo.

6.4 El escrito de consulta también plantea si, para que una prestación tenga carácter intelectual a efectos de la LCSP, es necesario que implique (según se contempla en las resoluciones del TACRC 544/2018, 111/2018 y 141/2018) un cierto grado de innovación o de creatividad generando un producto susceptible de ser amparado por el derecho de propiedad intelectual).

Efectivamente, tal como ya se ha argumentado en la primera y segunda pregunta, para que una prestación tenga carácter intelectual a efectos de la LCSP es necesario que implique un cierto grado de innovación o de creatividad generando un producto susceptible de ser amparado por el derecho de propiedad intelectual.

Cabe mencionar también el reciente Informe 20/2019, de 21 de octubre de 2019, de Junta Consultiva del Estado en relación a un contrato de servicios de publicidad institucional. En éste, la parte menos importante del servicio a contratar (9% del valor estimado del contrato) corresponde a la parte creativa, mientras que la parte más importante corresponde a la parte comercial (91% del valor estimado del contrato). Al respecto, la Junta Consultiva del Estado ha concluido que:

3. Partiendo de estas premisas no cabe duda de que **la determinación de si las prestaciones de un contrato de servicios pueden calificarse como prestaciones de carácter intelectual depende del contenido de la prestación o prestaciones que constituyen su objeto.** (...)

[...] **El contenido de cada prestación debe valorarse por su importancia en relación con el todo unitario** que constituye el contrato, de forma que aunque exista una prestación basada en una creación intelectual y original, **si tal prestación no es mayoritaria en el conjunto del contrato, no se puede sostener que estemos presencia de un contrato cuyas prestaciones tengan carácter intelectual** a los efectos de la aplicación de las reglas de selección del contratista que establece la ley.

Y en este mismo sentido, en la Resolución 333/2018, 17 de octubre de 2018, del TACP de Madrid, ya mencionada, consta, en relación con las prestaciones objeto del contrato, que:

También se incluyen las funciones de asesoramiento en relación con las medidas necesarias para hacer efectiva la normativa vigente de prevención de riesgos laborales y todas las prestaciones que sean exigibles sobre Seguridad y Salud de acuerdo con la citada normativa. Esto no obstante a juicio de este Tribunal la citada labor de asesoramiento, en este caso concreto, no tiene entidad suficiente como para considerar que esta prestación es incompatible con su licitación con un único criterio.



En conclusión, las prestaciones de carácter intelectual deben valorarse también por su importancia en relación con el todo unitario del contrato y, por tanto, no todos los contratos que incluyan alguna prestación innovadora o creativa deberán contratarse con los requisitos que prevé la LCSP para las prestaciones intelectuales, sino que dependerá del contenido de la prestación o prestaciones que constituyen su objeto y, por tanto, de lo que conste en el expediente de contratación.

6.5 La última de las cuestiones que plantea el escrito de consulta se refiere a si todas las prestaciones que se detallan en los CPV 72000000-5 (Servicios TI: consultoría, desarrollo de software, Internet y apoyo) y CPV 73000000-2 (Servicios de investigación y desarrollo y servicio de consultoría conexos), hay que considerarlos prestaciones de consultoría a todos los efectos previstos en la LCSP.

La LCSP no contiene ninguna definición de lo que debe entenderse por servicio de consultoría y la regulación de los CPV incluye hasta 67 referencias distintas referidas a servicios de consultoría diversos: entre otros, consultoría en infraestructuras, edificios, telecomunicaciones, salud, ingeniería, fontanería, ventilación, geofísica, geología, construcción y suministro de agua — con los códigos que empiezan por los dígitos 71 —; consultoría de tecnologías y sistemas de información, análisis empresarial y gestión de proyectos — con dígitos de comienzo 72 —; consultoría de investigación y desarrollo — CPV 73000000-2 —; consultoría de patentes y derechos de autor, publicidad, consultoría comercial y gestión financiera, gestión de recursos humanos, diseño y seguridad — con dígitos de comienzo 73 —; y consultoría de tratamiento de aguas residuales — CPV 90492000-2.

El Considerando 43 de la Directiva 2014/24/UE hace referencia a las consultorías relacionadas con el desarrollo de software, internet y apoyo TIC, precisamente, como ejemplo de prestación intelectual, cuando se trate de determinados grandes proyectos relacionados con las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC).

En conclusión, la utilización que hace la Directiva del término "*determinados grandes proyectos*" no puede pasar desapercibida y nos lleva a la conclusión, nuevamente, que solo podrán considerarse intelectuales las consultorías que tengan una complejidad especial, que se asocien a procesos mentales propiamente humanos y sean innovadoras y creativas en el sentido exigido por la jurisprudencia. De hecho, podría afirmarse que buena parte de las consultorías que contratan habitualmente las administraciones públicas, repetitivas o periódicas, no reúnen los requisitos de innovación y creatividad necesarios para que puedan considerarse intelectuales.

Conclusiones



De acuerdo con los argumentos expuestos, la opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es la siguiente:

1. Las prestaciones de carácter intelectual no son solo los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo a los que hace referencia la DA 41ª de la LCSP.
2. Las prestaciones que se detallan en el CPV 71000000-8 (servicios de arquitectura, construcción, ingeniería e inspección) no deben considerarse prestaciones intelectuales en todos los casos, a los efectos previstos en la LCSP.
3. En el caso en que una prestación de servicios (cómo por ejemplo, un contrato de coordinación de seguridad y salud) esté perfectamente definida técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ningún tipo, podrá aplicarse solo el criterio de adjudicación del precio y podrá tramitarse el contrato mediante el procedimiento ordinario sumario o supersimplificado previsto en el artículo 159.6 de la LCSP.
4. Para que una prestación tenga carácter intelectual a efectos de la LCSP, es necesario que implique cierto grado de innovación o de creatividad, generando un producto susceptible de ser amparado por el derecho de propiedad intelectual, valorando también las prestaciones por su importancia en relación con el todo unitario del contrato.
5. Todas las prestaciones que se detallan en el CPV 72000000-5 (Servicios TI: consultoría, desarrollo de software, Internet y apoyo) y en el CPV 73000000-2 (Servicios de investigación y desarrollo y servicio de consultaría conexos), tienen que considerarse prestaciones de consultoría, pero no a los efectos de considerarlas intelectuales en todos los casos, puesto que sólo lo serán en los casos en que reúnan los requisitos de originalidad e innovación, tal como exige la jurisprudencia del TS.