

NOTA JURÍDICA SOBRE EL CARÁCTER
INTELECTUAL DE LOS SERVICIOS DE
CONSULTORÍA DE INGENIERÍA EN EL
ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA





I. INTRODUCCIÓN

La LCSP recoge de manera asistemática una serie de previsiones específicas para la adjudicación de los contratos de servicios que tienen por objeto prestaciones de carácter intelectual, entre las que se encuentran las relativas a los requisitos y clases de criterios de adjudicación contenidos en el **art. 145 de la LCSP**.

En este orden de cuestiones, la LCSP –en línea con las Directivas europeas que transpone- ha supuesto una importante apuesta por la contratación de obras, servicios y suministros de “gran calidad”, tal y como se desprende de la propia Exposición de Motivos de la Ley.

Las prestaciones de carácter intelectual se prevén en la **DA41ª de la LCSP** que reconoce esta naturaleza a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo –el subrayado es nuestro-.

“Se reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en esta Ley”.

Con este precepto, la LCSP transpone lo contemplado en el **Considerando 43 de la Directiva 2014/24/UE** que se refiere expresamente a los “*servicios intelectuales*”, tales como los “*servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería, o grandes proyectos relacionados con las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC)*”.

En el articulado de la LCSP se recogen varias previsiones sobre este tipo de prestaciones, destacando a los efectos que interesan el **art. 145.3.g) de la LCSP** que regulando los requisitos y clases de criterios de adjudicación dispone lo siguiente –el subrayado es nuestro-:

“En los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, y en los contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación. Igualmente, en el caso de los contratos de servicios de seguridad privada deberá aplicarse más de un criterio de adjudicación”.

El precepto impide que en las licitaciones de los contratos de servicios de carácter intelectual se establezca el criterio precio como “único factor determinante de la adjudicación”. Y ello por cuanto se trata de prestaciones que deben ser valoradas con arreglo a criterios que permitan obtener servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades, como prevé el **art. 145.4 de la LCSP**.

“Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.

En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146”.

En consonancia con lo anterior, el **art. 145.4 de la LCSP** establece que la adjudicación de los servicios intelectuales se rija por criterios de los cuales, al menos, el 51% se refieran a la calidad del servicio. Con este límite porcentual la norma pretende garantizar que la adjudicación de estos servicios no se realice únicamente mediante el precio, obligando al órgano de contratación a establecer criterios distintos del precio que valoren la calidad en al menos el 51% de la ponderación total.

Por otra parte, la norma excluye a los servicios intelectuales del ámbito de aplicación del procedimiento abierto simplificado abreviado o súper simplificado (**art. 159.6 de la LCSP**), así como de la subasta electrónica (**art. 143.2 de la LCSP**) por tratarse de procedimientos de adjudicación que únicamente utilizan criterios cuantificables

mediante la aplicación de fórmulas, como el precio.

II. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA LEGAL SOBRE EL CONCEPTO DE PRESTACIÓN DE CARÁCTER INTELECTUAL.

Una vez analizado el marco normativo de los servicios intelectuales, es de reseñar el debate interpretativo derivado del concepto de *“prestaciones de carácter intelectual”* recogido en la meritada **DA41ª de la LCSP** referida a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo. Se han dado pronunciamientos judiciales y doctrinales contradictorios sobre la interpretación de los servicios intelectuales y, más concretamente sobre la consideración o no como servicio intelectual de los servicios de ingeniería y arquitectura consistentes en la elaboración y redacción de proyectos y estudios, la dirección de obras, la asistencia técnica, project management y la coordinación de seguridad y salud, entre otros.

Inicialmente, el concepto de prestación de carácter intelectual ha sido objeto de una interpretación restrictiva por la jurisprudencia y los Tribunales Contractuales reconociendo que no todos los servicios de ingeniería, arquitectura y consultoría pueden considerarse como servicios intelectuales, acogiéndose a la naturaleza intelectual de los servicios en función de su carácter protegible desde la perspectiva que ofrece la legislación de propiedad intelectual.

En esta línea se pronuncia la **Sentencia de 26 de abril de 2017 del Tribunal Supremo** que analiza las características de las prestaciones intelectuales en base a la creatividad, innovación y originalidad que requiere la protección del derecho a la propiedad intelectual, afirmando que; *“la protección intelectual tiene como objeto el producto generado por la actividad intelectual, y no la simple actividad intelectual. Lo contrario nos llevaría a proteger cualquier actividad intelectual, con independencia de que genere una creación innovadora”*. Así, la Sentencia referenciada reconoce que un servicio de redacción de un proyecto no contendría per se una prestación intelectual ya que *“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 a hotel, presupone esa creatividad. No todo proyecto arquitectónico ni toda edificación es una obra original, protegida por la propiedad intelectual”*.

Este es el criterio asumido por la **Audiencia Nacional** en la **Sentencia nº 700/2018, de 25 de junio de 2019** al considerar que un contrato de servicio de asistencia técnica de project management no tiene naturaleza de prestación intelectual, afirmando que *“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”.

La doctrina de los Tribunales Contractuales también ha compartido el criterio restrictivo del concepto de prestación intelectual entendiendo que no todos los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo tiene carácter intelectual, sino sólo aquellos en los que concurren los elementos de creatividad, innovación y originalidad de la propiedad intelectual y, por ende, sean susceptible de registro y protección en dicho marco legal.

Entre otras, la **Resolución n° 544/2018, de 1 de junio** (confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional, antes referida) y la **Resolución n° 964/2017 de 19 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)** analizan el concepto de prestación intelectual a los efectos de lo previsto en la ya derogada Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, declarando que no tienen carácter intelectual los servicios relacionados con la ingeniería y la consultoría como la dirección técnica de los proyectos, la asistencia técnica, el control y la vigilancia, incluyendo la dirección de obras, la coordinación de seguridad y salud.

Esta Resolución entiende que el servicio analizado en dicho caso “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. Podría aducirse que el mismo se da en las diversas actividades de planificación (diseño de una estructura de funciones y responsabilidades, definición de una Matriz de Responsabilidades, de un Plan Ejecutivo o de un Programa General, la elaboración del Plan de Gestión de Riesgos, etc.), pero estas vienen justificadas por razón de tal coordinación de la ejecución de un proyecto”.

Frente a ello se posiciona otra parte de la doctrina legal que, acogiendo una interpretación conjunta de la LCSP, reconoce que estos servicios de ingeniería y arquitectura como la elaboración y redacción de proyectos y estudios, la dirección de obras, la asistencia técnica y project management y la coordinación de seguridad y salud, tienen naturaleza de prestaciones de carácter intelectual de conformidad con lo establecido en la **DA41^a** de la norma.

En concreto, se señalan los siguientes pronunciamientos;

- El **Informe nº 21/2018, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón** que afirma que un contrato de servicios de dirección de obras contiene prestaciones de carácter intelectual de los previstos en la meritada **DA41ª de la LCSP** al declarar que *“Se trata de un contrato de servicios de dirección de obra recogido de forma expresa en la Disposición adicional cuadragésimo primera de la LCSP que reconoce la “naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo”.*
- Las **Resoluciones nº 122/2018 y 124/2018 de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi** que reconocen, de forma implícita, el carácter de prestación intelectual de los contratos de servicios de redacción de proyecto, trabajos complementarios y dirección facultativa de las obras.
- La **Resolución nº 71/2019, de 1 de abril, Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias** que analiza el carácter de prestación intelectual de un contrato de servicios de asistencia técnica para la dirección de unas obras, concluyendo que el mismo se incluye dentro de los servicios intelectuales de la **DA41ª de la LCSP** *“En consecuencia, no cabe duda alguna de que, constituyendo la prestación objeto del contrato licitado, un servicio de ingeniería, el mismo tiene la naturaleza de prestación intelectual, en virtud de lo dispuesto en la antedicha disposición adicional cuadragésimo primera de la LCSP, sin que quepa realizar otra consideración sobre la misma, pues donde la ley no distingue, no es posible hacer diferenciación alguna entre prestaciones de la misma naturaleza, como pretende el órgano de contratación”.*

Continúa la expresada Resolución señalando que la citada Resolución nº 544/2018 del TACRC no es trasladable al supuesto que le ocupa ya que dicha Resolución tiene por objeto las prestaciones de carácter intelectual desde la óptica de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Por último, cabe hacer una mención especial al reciente y trascendental **Acuerdo de 9 de septiembre de 2020 del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Vizcaya** que resume los últimos pronunciamientos –antes descritos– sobre la interpretación de la prestación intelectual. El Acuerdo aborda un supuesto de contrato de servicio de redacción de un proyecto de urbanización respecto del cual reconoce que ostenta el carácter de prestación intelectual a los efectos de la **DA41ª de**

la LCSP en base a cuatro razones fundamentales:

- 1) La jurisprudencia y la doctrina que acogen el criterio restrictivo del concepto de prestación intelectual no son de aplicación al no tener por objeto la DA41^a de la LCSP.

“la mayoría de esas resoluciones y la propia sentencia del Tribunal Supremo dictada en el año 2017 no se han dictado al amparo o en interpretación de lo dispuesto en la Disposición adicional cuadragésima primera de la LSCP, ya sea por no ser aplicable ratione temporis al supuesto enjuiciado, o ser aplicable legislación especial específica, o por abordar la cuestión desde la perspectiva de la protección del derecho a la propiedad intelectual, y las respuestas ofrecidas, a su vez, han venido condicionadas de forma determinante por el objeto concreto del contrato que se examinaba, refiriéndose a contratos de dirección o asistencia técnica y no para la redacción de un proyecto de urbanización”.

- 2) La claridad en la previsión contenida en la DA41^a de la LCSP que establece, sin eventuales distinciones, ni excepciones, que los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo tienen naturaleza de prestación intelectual.

Es por ello que considera este Tribunal que la nueva regulación contenida en la LCSP precisamente lo que permite es superar el debate interpretativo del concepto de prestación de carácter intelectual a los efectos contemplados en la propia LCSP cuando se trata de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, evitando así la necesidad de entrar a examinar de forma casuística si se dan o no en ese tipo de contratos las notas de creatividad, innovación y originalidad, que si se requieren a los efectos de la protección el derecho a la propiedad intelectual.

Si el poder legislativo no ha establecido ninguna limitación ni requisito y el tenor literal del precepto es claro y no ofrece oscuridad ni existe laguna alguna, entiende este Tribunal que no puede establecerse en los pliegos que ha de regir el contrato condicionantes o limitaciones añadidas que no tienen amparo legal, siendo la LCSP, la lex specialis a estos concretos efectos.

- 3) La interpretación literal e histórica de la meritada disposición, junto con el espíritu y finalidad de la LCSP y la realidad social en la que se desenvuelve conducen a considerar que estos servicios revisten carácter intelectual.

“Y si bien el principio de no distinguir donde lo 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, es precisamente la finalidad perseguida por el legislador, premiar la calidad sobre el precio, la que conduce a este Tribunal a la conclusión alcanzada y sostener que en este tipo de contratos los criterios relacionados con la calidad deberán representar al menos el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, de conformidad al artículo 145.4 LCSP”.

- 4) La concurrencia de la originalidad, innovación y creatividad requiere de un análisis pormenorizado de las prestaciones del contrato, sin que de partida quepa excluir estas características de los servicios en cuestión.

“Pero inclusive si se examina el fondo del asunto en base a la interpretación del concepto de prestación intelectual sostenida por el Órgano de contratación aplicada al objeto del contrato aquí recurrido, en opinión de este Tribunal tampoco conduciría al resultado pretendido por cuanto la redacción de un proyecto de urbanización implica que su objeto no se limita simplemente a la realización de un mero análisis técnico del anteproyecto y la fijación de la metodología y enfoque, de manera que la alta definición del anteproyecto y la exigencia de atenerse al mismo excluya ya de partida que la originalidad, innovación y creatividad pueda predicarse del proyecto en su conjunto, y quede reducida a aspectos puntuales”.

Aunque el mencionado Acuerdo se refiere a los servicios de redacción de proyecto de urbanización, las razones que le llevan a considerar que este servicio tiene carácter intelectual son igualmente trasladables al resto de los servicios relacionados con los previstos en la **DA41ª de la LCSP**, tales como la redacción y elaboración de proyectos y estudios, la dirección de obras, la asistencia técnica o project management, la coordinación de la seguridad y salud, etc.

En suma, a la vista de la jurisprudencia y doctrina analizada, se evidencia la contradicción en la interpretación del concepto de prestación de carácter intelectual de la **DA41ª de la LCSP**. Esta contradicción genera una considerable confusión en los sectores de la ingeniería, consultoría, arquitectura y urbanismo que requieren de la adopción de un criterio pacífico, claro y general sobre la consideración como prestaciones intelectuales de los servicios de elaboración y redacción proyectos y

estudios, la dirección de obras, la asistencia técnica, project management, la coordinación de seguridad y salud, entre otros.

En Sevilla, el 3 de diciembre de 2020