



Informe 6/2019, de 29 de octubre de 2019, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Concepto de prestación de carácter intelectual a los efectos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

I. ANTECEDENTES

El Subdirector Gerente del Instituto Aragonés de Fomento se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 8 de octubre de 2019, del siguiente tenor literal:

“Asunto: Alcance material del concepto de prestación de carácter intelectual a los efectos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

El Instituto Aragonés de Fomento (en adelante IAF) es una entidad de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio y plena capacidad jurídica de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrita al Departamento de Industria, Competitividad y Desarrollo Empresarial del Gobierno de Aragón. Está regulado por el Decreto Legislativo 4/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Instituto Aragonés de Fomento, y modificado por la Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón y por el Decreto-Ley 8/2019, de 24 de septiembre, del Gobierno de Aragón.

A efectos de contratación, el IAF tiene consideración de Administración Pública, y se rige por la normativa de contratos del sector público, 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), entre otras que le resulten de aplicación.

Para el desarrollo de sus funciones, el IAF tiene un volumen importante de licitaciones de contratos de servicios cuyas prestaciones han venido siendo consideradas hasta la fecha, de carácter "intelectual" por el tipo de objeto y actividad a desarrollar por los adjudicatarios.



Algunas de ellas, con un valor estimado inferior a 35.000 euros. La consecuencia de ello es la no utilización del Procedimiento Abierto Simplificado Abreviado regulado en el artículo 159.6 de la LCSP, pese a que por su importe habría tenido encaje legal y las ventajas derivadas de la tramitación de este tipo de procedimiento en relación con la agilidad y eficacia en el proceso y, por otra parte, conlleva la aplicación de lo establecido en el artículo 145.3 y 4 de la LCSP en cuanto a los criterios de adjudicación.

A grandes rasgos y a título meramente enunciativo se citan las licitaciones realizadas de: contratación de formadores para la impartición de los planes de formación en el ámbito del emprendimiento y de la empresa, las de consultores para prestar asistencias técnicas tanto en el ámbito del emprendimiento como en el de los planes de excelencia empresarial y responsabilidad social, la de apoyo a los servicios jurídicos, la contratación de auditores para temas tecnológicos, la contratación de prestación de servicios para la gestión de recursos y dinamización de varios centros de emprendimiento del IAF, la contratación de servicios de empresas de prensa escrita, digital y comunicaciones en general, relacionados con la edición de noticias en prensa para divulgar las actividades que se realizan en el IAF,...

Prácticamente en todas ellas la experiencia del equipo de trabajo ha tenido una importante consideración tanto en la solvencia técnica como en el plus añadido como criterio de adjudicación en las ofertas.

Para ello, el IAF se ha basado en que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP) no define de forma expresa qué son y qué se entiende por prestaciones de carácter intelectual, y en que la Disposición Adicional 41ª reconoce esta cualidad en los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo; si bien, no realiza una lista tasada de servicios. Por otra parte, están las consideraciones de la Directiva 2014/24/UE y la Sentencia del TJUE-601/13.

Lo anterior entra en contradicción con la postura mantenida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resoluciones 946/2017, 544/2018, 111/2018 y 1141/2018) cuyo tenor literal expresa: "Por lo que se refiere a la calificación de la prestación del contrato como de carácter intelectual, ...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 impliquen 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'. Concluye que el carácter intelectual del artículo 145.4 de la LCSP, se refiere sólo a trabajos que impliquen creatividad amparada por propiedad intelectual en los ámbitos de la arquitectura, ingeniería, consultoría técnica y urbanismo.

Teniendo en cuenta lo expuesto sobre el volumen de licitaciones de contratos de servicios por parte del IAF donde el componente intelectual está presente aunque no protegido ni vinculado a propiedad intelectual como tal, y la previsible necesidad de seguir licitándolos, se genera la incertidumbre -con base en las citadas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales- en cuanto a la naturaleza que tienen las prestaciones de los servicios que integran buena parte de la contratación que se lleva a cabo desde este Organismo, y concretamente, si los mismos deben ser calificados como prestaciones de carácter intelectual o no, reiterando la repercusión que la respuesta a esta cuestión conlleva tanto en relación al tipo de procedimiento de licitación a elegir de entre los legalmente previstos y, en particular, a la posibilidad o no de acoger la prevista en el artículo 159 de la LCSP en los supuestos que se dieran el resto de los requisitos, como en cuanto a la aplicación de lo establecido en el artículo 145 de la LCSP en relación a los criterios de adjudicación (...).”

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 29 de octubre de 2019, 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.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, es pues, un informe de carácter facultativo.



El Subdirector Gerente del Instituto Aragonés de Fomento es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta ante la ausencia de Director Gerente (vacante) como órgano de dirección de la entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 letra d) del citado Decreto 81/2006.

II. Cuestiones consultadas y contenido del presente informe

Se plantea por el órgano solicitante si los contratos de servicios licitados donde el componente intelectual está presente aunque no protegido expresamente por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, deben ser calificados como prestaciones de carácter intelectual a los efectos de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, o no, con las consecuencias tanto en relación al tipo de procedimiento de licitación a elegir de entre los legalmente previstos y, en particular, a la posibilidad o no de acoger el procedimiento simplificado del artículo 159 de la LCSP, como en cuanto a la aplicación de lo establecido en el artículo 145 de la LCSP en relación a los criterios de adjudicación.

A lo largo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, empezando por su propia exposición de motivos, aparecen varias veces referenciadas las prestaciones de carácter intelectual dentro de la contratación. Sin embargo, al igual que la Directiva europea 2014/24/UE, que hace mención a los servicios intelectuales a lo largo de su texto, refiriendo con respecto a los mismos la conveniencia de establecer procesos con negociación (considerando 43), la inadecuación de las subastas electrónicas (considerando 67) o la autorización para que los poderes adjudicadores utilicen la *“organización, la cualificación y la*



experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta” (considerando 94), la norma legal no contiene ninguna definición expresa de que ha de entenderse como prestaciones de carácter intelectual, que se han recogido de manera asistemática o no formal.

En efecto, la Disposición adicional cuadragésima primera reconoce expresamente esta condición a los contratos de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, pero sin que con ello quede acotado el tipo de servicios que reúnen estas características a los efectos de la aplicación de las previsiones legales. Se trata, por lo tanto, de un concepto jurídico indeterminado que exige una valoración circunstanciada de cada supuesto para alcanzar una conclusión.

Así, la LCSP incluye a las prestaciones intelectuales dentro de una serie de excepciones y habilitaciones a lo largo de todo su articulado, sobre todo en lo relativo al peso de los criterios de adjudicación y los procedimientos a utilizar e incluso recomienda que para las prestaciones de especial complejidad se use el procedimiento restringido, si bien esta redacción se recogía ya en la Ley de Contratos de 2007.

De manera más concreta, y relativo a los criterios de adjudicación a utilizar en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura, el artículo 143 de la LCSP prohíbe la subasta electrónica para contratos con este tipo de objetos, en una clara manifestación de rebajar la importancia del criterio precio. Tal intención queda apoyada por el artículo 145 que establece, primero, la obligación de que se use más de un criterio de adjudicación (que el criterio precio), para posteriormente afirmar: *“se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”*, como criterios relacionados con la calidad del servicio contratado.



Además, y siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores están autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta.

Los poderes adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad.

Parece, además, en función del artículo 145.3 g) LCSP que los contratos de servicios serían exclusivamente los que tienen sólo prestaciones de carácter intelectual, pero podríamos tener otros contratos, por ejemplo, un contrato de suministro de bienes novedosos realizado a través del procedimiento de "Asociación para la Innovación" en el que en la fase de diseño se ha realizado una clara labor intelectual y científica de investigación.

En cuanto a los procedimientos de contratación a utilizar, la LCSP establece una excepción para el procedimiento abierto simplificado, aumentando hasta el 45 % el peso de los criterios evaluables mediante juicio de valor para los contratos con este tipo de objeto, Artículo 159.1.b), "*Que entre los criterios de adjudicación previstos en el pliego no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor o, de haberlos, su ponderación no supere el veinticinco por ciento del total, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, en que su ponderación no podrá superar el cuarenta y cinco por ciento del total*", y prohibiendo la utilización del procedimiento sumario del Artículo 159.6º. de la LCSP para los mismos.



La intención del legislador parece ser el impulsar el procedimiento restringido para este tipo de objetos contractuales, pues tal como dispone el Artículo 160.4º de la LCSP este procedimiento es especialmente adecuado cuando se trata de servicios intelectuales de “*especial complejidad*”, como es el caso de algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería, siendo competencia de los órganos de contratación definir que es la “*especial complejidad*” a la que se hace alusión en el citado precepto legal.

No obstante, la referencia a las prestaciones de carácter intelectual no es nueva ni exclusiva de la LCSP. Ya la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas recogía una referencia explícita a “*los contratos de consultoría y asistencia, de los servicios y de los de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración*”, y los definía de manera extensiva.

Durante la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, los contratos de consultoría y asistencia y los contratos de servicios aparecían diferenciados como parte de dos tipologías contractuales diferentes.

Con la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, los contratos de consultoría y asistencia quedaron subsumidos dentro de la categoría de los servicios, habiéndose mantenido este criterio en la actual LCSP. Si bien el TRLCAP está derogado, a meros efectos indiciarios, la definición que daba su artículo 196.2 de la consultoría y asistencia puede ser de interés de cara a delimitar el ámbito objetivo de la consultoría dentro de la LCSP. De acuerdo con este precepto, la consultoría y asistencia abarca: el estudio y elaboración de informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos; el asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter; el estudio y la asistencia en la redacción de proyectos,



anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos; la investigación y el estudio para la realización; y cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica, así como los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las Administraciones públicas, lo cual nos permite abordar la cuestión del concepto material de prestación de carácter intelectual a los efectos de la LCSP.

III. EL CONCEPTO DE LAS PRESTACIONES DE CARÁCTER INTELECTUAL EN LA LCSP

Como se ha puesto de manifiesto en el punto anterior, no existe en la LCSP una definición concreta sobre qué caracteriza a las prestaciones de carácter intelectual más allá de englobar dentro de ellas a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo. Esta falta de concreción, unida a los requerimientos especiales para la licitación de este tipo de objetos contractuales han provocado que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC en adelante) y diversos tribunales autonómicos hayan debido resolver una serie de recursos que versaban, precisamente, sobre qué puede considerarse o no una prestación de carácter intelectual.

Según el TACRC la base para delimitar si una prestación es o no de carácter intelectual se encuentra en las resoluciones 946/2017 y 544/2018 del TACRC en las cuales se afirma 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 impliquen 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”.

Es precisamente la última parte, la innovación y cierto grado de creatividad, en la que el TACRC se apoya para desestimar la naturaleza como prestación intelectual de un Servicio de asistencia técnica y colaboración en materia de gestión, recaudación e inspección de tributos y demás ingresos de derecho público (en su resolución 1111/2018 de 30 de noviembre de 2018) y de los servicios de representación y defensa jurídica en los diversos órdenes jurisdiccionales (en su resolución 1141/2018, de 7 de diciembre de 2018), “(...) *Sobre el sentido de “servicios jurídicos” se ha pronunciado este Tribunal en la ponencia del Rec. 1.080, ya aprobada por este Tribunal, que es el siguiente: “Por lo que se refiere a la calificación de la prestación del contrato como de carácter intelectual, ya señalamos en nuestras resoluciones 946/2017 y 544/2018 que... (transcrito ut supra). En este caso, se prevé la prestación de actividades complejas que son un apoyo a los funcionarios, pero en las que no predomina su carácter innovativo u original, por lo que cabe concluir que el objeto del contrato no tiene el carácter “intelectual al que se refiere el artículo 145.4 de la LCSP”. No es que los servicios jurídicos no impliquen trabajo intelectual profesional, sino que a los que se refiere el precepto son los que implican creatividad amparada por propiedad intelectual en los ámbitos de la arquitectura, ingeniería, consultoría técnica y urbanismo”.*

Especialmente discutible pudiera ser la argumentación con respecto a este último caso, dado que el TACRC se apoya en que los preceptos legales de la Directiva 24/2014 (y por ende de la LCSP) afectan a aquellas prestaciones que implican creatividad amparada por propiedad intelectual en los ámbitos de la arquitectura, ingeniería, consultoría técnica y urbanismo.

Este último requisito de la doctrina del TACRC, respaldado por la Audiencia Nacional en reciente Sentencia de 25 de junio de 2019 donde se aplica el límite de la propiedad intelectual incluso a los servicios específicamente nombrados por la



Disposición adicional cuadragésima primera de la LCSP, “(...) *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 (...)*”, resulta excesivamente restrictivo pues no se deduce del tenor literal de la ley ni de las Directivas, que nada dicen de la propiedad intelectual en relación a este tipo de contratos de servicios; asimismo, buena parte los objetos contractuales potenciales que aparecen referenciados en la citada Disposición adicional cuadragésima primera de la LCSP no están protegidos expresamente por derechos de propiedad intelectual, y pese a ello, no hay discusión en la doctrina sobre su naturaleza de prestaciones de carácter intelectual debido a su expreso reconocimiento legal.

Por ello, en la búsqueda de una interpretación equilibrada sobre el discutido concepto, parece más razonable entender esta innovación en un sentido más amplio, ligada a la creatividad frente a los trabajos de tipo rutinario o más rutinario, donde puede haber un proceso humano intelectual, pero es más limitado, no pudiendo compararse con las tareas propias del asesoramiento más complejo e individualizado. Cuando aún existía la división entre los contratos de servicio y los contratos de consultoría y asistencia, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado trazaba la frontera entre las dos categorías en función de la predominancia del elemento intelectual (partiendo como apunta el TACRC de la existencia de un componente intelectual mínimo en toda acción humana) o no. Véase, a este respecto, el Informe 36/98, de 16 de diciembre de 1998, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, "*Calificación, como de consultoría y asistencia o de servicios, de un contrato con objeto constituido por diversas prestaciones. Publicidad comunitaria de licitaciones*".

Pese a que esta distinción ha desaparecido y que en ambos casos nos hallamos ante contratos de servicios, sigue apreciándose una diferencia de contenido entre los antiguos contratos de consultoría y asistencia y los demás servicios, por lo que



no parece desatinado mantener para los servicios de prestaciones intelectual parte de las pautas que se daban con las normas anteriores a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (y que ha mantenido la actual LCSP), mutatis mutandi.

Visto lo anterior, la clave para la designación o no de una prestación como de carácter intelectual debe estar en la creatividad (concepto cuanto menos abstracto) y en el papel que juegue la propiedad intelectual, es decir, si de los trabajos que se realicen en el marco del contrato se derivaran productos o subproductos que pudieran encuadrarse en este ámbito.

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. A este respecto, la primera cuestión que debería abordarse en el plano práctico sería lograr una definición clara y concreta del objeto del contrato.

IV. CONCLUSIONES

- I. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, al igual que la Directiva europea 2014/24/UE, no contiene ninguna definición expresa de que ha de entenderse como prestaciones de carácter intelectual, se han recogido de manera asistemática o no formal.
- II. Aunque la Disposición adicional cuadragésima primera de la LCSP reconoce expresamente la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, el listado es numerus apertus y no numerus clausus, de modo que cabe apreciar el carácter intelectual de otra serie de servicios diferentes a los enumerados.



- III. La base para delimitar si una prestación es o no de carácter intelectual deberá verificarse en cada caso concreto a través de una definición clara del objeto contractual.

Informe 6/2019, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 29 de octubre de 2019.

EL PRESIDENTE

P.S. LA PRESIDENTA SUPLENTE

*(Orden de 16 de septiembre de 2019 del
Consejero de Hacienda y Administración Pública)*

María Josefa Aguado Orta