

Julio 2024

Análisis de los últimos pronunciamientos de los Tribunales especiales y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sobre la consideración de los servicios de ingeniería como actividad de carácter intelectual.



Avda. Cardenal Bueno Monreal, 50, 3ª Planta, 1, 2 y 6, Edificio Columbus, 41013, Sevilla

C/Diego de León, 36, 6B, 28006, Madrid

Una de las polémicas que desató la aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, y el posterior Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de contratación en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, fue la consideración de los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo como servicios intelectuales. En los seis primeros años de aplicación de esta previsión se han sucedido pronunciamientos de los Tribunales especiales de recursos contractuales y de los Tribunales de justicia que han interpretado con diverso alcance y sentido dicha previsión, que sigue siendo una cuestión controvertida en algún extremo. El sentido de esta Nota Legal es dar cuenta de dicho recorrido interpretativo y poner el acento en los pronunciamientos más recientes para analizar estado de la cuestión en la actualidad.

Para aproximarnos a la controvertida cuestión de la consideración de los servicios de ingeniería como servicios intelectuales, hemos de detenernos, en primer lugar, en recordar someramente su regulación.

Las **Directivas 24/2014** y **25/2014** establecen que no podrán ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos públicos de servicios y de obras que, al tener por objeto prestaciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras, no pueden clasificarse mediante métodos de evaluación automatizados. Esta interdicción de la subasta electrónica en los contratos públicos que impliquen servicios intelectuales también está recogida la **LCSP**, concretamente, en su **artículo 143 apartado segundo**.

Sin embargo, la **LCSP** va más allá de lo dispuesto en las Directivas que transpone y establece, en su **Disposición Adicional 41ª** que “Se reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo”, del mismo modo que lo hace el **Real Decreto-legislativo 3/2020** en su **Disposición Adicional 17ª**: “Se reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo”.

Junto a ello, el **artículo 145 de la LCSP** establece que en los contratos que impliquen servicios de carácter intelectual el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación, de forma que los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, para cumplir así el objetivo de adjudicar en la mejor relación calidad-precio y obtener obras y servicios de gran calidad.

El hecho de que en nuestra legislación nacional se reconozcan todos los servicios de ingeniería como servicios de carácter intelectual ha de reconocerse como un factor muy positivo y determinante para el incremento de la calidad de las infraestructuras. No obstante, y pese a la dicción literal de la **LCSP**, estas previsiones han provocado un problema jurídico de interpretación de qué haya de considerarse un servicio intelectual.

A la luz de la publicación de la reciente **Sentencia 325/2024, de 28 de mayo, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana**, el objeto de esta Alerta Legal consiste, precisamente, en realizar un breve recorrido sobre la cuestión interpretativa llevada a cabo por los Tribunales de los servicios de carácter intelectual, concretamente, de los servicios de ingeniería, al tratarse de un conflicto interpretativo aún no resuelto.

El problema ha resultado de la aplicación de la referida legislación en la práctica. El primer asunto que llegó a los tribunales de contratos públicos fue resuelto por el Tribunal Central de Recursos Contractuales en 2018, apenas un año después de la entrada en vigor de la LCSP. Fue la **Resolución 544/2018, de 1 de junio, del TACRC**, desestimatoria del recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por FIDEX frente a los Pliegos del contrato de "Asistencia técnica de project management del proyecto de remodelación y ampliación del edificio dique sur del aeropuerto de Barcelona-El Prat", licitado por AENA y adjudicado por subasta electrónica.

El Tribunal resolvió el problema considerando que no todos los servicios intelectuales merecen la consideración de tales a los efectos de la aplicación del régimen jurídico de la LCSP, de tal forma que excluía de la categoría de servicios intelectuales a determinados servicios de consultoría de ingeniería (Project Management). El TACRC se pronunció en los siguientes términos respecto al carácter intelectual de los servicios de ingeniería:

*"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 **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**".*

Esta Resolución, fue recurrida ante la Audiencia Nacional, la cual avaló la interpretación del TACRC, acentuando aún más su interpretación restrictiva de los servicios intelectuales. Así, en la **Sentencia de la Audiencia Nacional 2708/2017, de 25 de junio (rec. 700/2018)**, la AN expresa en los siguientes términos que no todos los servicios intelectuales de ingeniería o arquitectura lo son a los efectos de la Ley:

*"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 es 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 nos 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** (pag. 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 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 a hotel, presupone esa creatividad. No todo proyecto arquitectónico ni toda edificación es una obra original, protegida por la propiedad intelectual."*

Añadiendo que "De lo expuesto resulta que en este procedimiento litigioso es conforme a derecho la utilización de la subasta electrónica, debiendo confirmarse el acto administrativo impugnado".

Sobre esta sentencia de la Audiencia Nacional influyó el precedente la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017**, dictada bajo la aplicación del régimen de contratos del sector público anterior, -pero bajo la vigencia de las Directivas de 2014- que introdujeron el concepto de “servicios intelectuales” por vez primera. Esta STS 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, el Alto Tribunal reconocía, respecto del servicio de redacción de un proyecto de arquitectura que se analizaba en aquel caso, que un contrato de redacción de proyecto no conllevaría ‘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”**.

La interpretación del TACRC y de la Audiencia Nacional fue la que se impuso en un principio, siendo acogida por algunos órganos consultivos, como se desprende del **Informe 1/2019, de 29 de enero de 2020, de la Junta Consultiva de Contratación de Baleares**.

No obstante, esta interpretación restrictiva fue poco a poco descartada por algunos informes de Juntas Consultivas y resoluciones de tribunales de contratos autonómicos que adoptaron una interpretación literal de las Disposiciones Adicionales 41ª y 17ª de la LCSP y del RD-L 3/2020, que afirman el carácter intelectual de todos los servicios de ingeniería, arquitectura y urbanismo sin excepción. Son ejemplos de esta otra postura, entre otros pronunciamientos: **Informe nº 21/2018, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Aragón; Resoluciones nº 122/2018 y 124/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi; Resolución nº 71/2019, de 1 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos de Canarias; o el Acuerdo de 9 de septiembre de 2020 del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Vizcaya**.

A tenor de estos precedentes, el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales** cambió su criterio inicial en la importante **Resolución 1300/2021, de 29 de septiembre**, que resuelve el recurso frente a los pliegos del contrato de los “servicios consistentes en la ATRP (Asistencia Técnica para la Redacción del Proyecto) y ATDOCV (Asistencia Técnica de Control y Vigilancia de las Obras y la Dirección de Obra) para actuaciones descentralizadas en aeropuertos de AENA en Fase IV. Zona Este y Sur”, licitado por AENA. La resolución fue comentada por nosotros en el Observatorio de Contratación Pública: <https://www.obcp.es/opiniones/reves-al-subasteo-de-servicios-intelectuales-proposito-de-la-reciente-resolucion-del>

El Tribunal asume el modo genérico, indiferenciado y sin excepción, que tanto **la Disposición Adicional 41ª de la LCSP como la Disposición Adicional 17ª del RD-L 3/2020 reconocen el carácter intelectual de “todos” los servicios de ingeniería, arquitectura y urbanismo, sin distinguir sobre su objeto ni su protección en el ámbito de la propiedad intelectual**.

La conclusión del Tribunal Central es contundente: **“Son prestaciones de carácter intelectual los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo. Y lo son por decisión legislativa, lo son ex lege”**.

Esta Resolución del TACRC fue un gran éxito para el sector y su interpretación fue seguida, entre otros, por la **Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña** en su **Informe 8/2022**. El propio Tribunal Central ha reiterado esta doctrina en diversas resoluciones posteriores, de tal forma que, tras este cambio de criterio, para el TACRC no cabe hacer un test sobre el carácter intelectual o no de las prestaciones, pues los servicios de arquitectura, ingeniería y urbanismo son de carácter intelectual 'ex lege'. Considera el Tribunal que basta el CPV para que sean considerados como servicios intelectuales, pues es una presunción '*iure et de iure*'.

Dicho lo anterior, el criterio seguido por el TACRC no está asentado de forma unívoca y universal, porque otros tribunales especiales de contratos, como el de Andalucía o el de la Comunidad de Madrid, lo han matizado para determinadas prestaciones de servicios de ingeniería, mediante **resoluciones que ponen en duda el carácter intelectual de los servicios de ingeniería** que han revivido de algún modo aquella interpretación según la cual hay que acudir a la naturaleza misma de la prestación para poder calificar de intelectual un servicio, destacando, en concreto, las dos siguientes:

En primer lugar, la **Resolución 646/2023, de 29 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía**, que resuelve el recurso interpuesto por la Asociación Profesional de Ingenierías de Seguridad y Salud en la Construcción (ISSCO) contra los pliegos del contrato "*Asistencia técnica para el ejercicio de las funciones de coordinación en materia de seguridad y salud en los servicios de conservación y mantenimiento de la red viaria y mejoras en la movilidad en la provincia de Sevilla*", licitado por la Diputación de Sevilla.

El Tribunal de Andalucía considera que "*los trabajos relacionados en el PPT corresponden básicamente a labores de coordinación o tareas meramente administrativas. Por otro lado y en cuanto al informe del **plan de seguridad y salud, así como de sus modificaciones y labores de seguimiento**, se trata de prestaciones que tienen el objetivo de coadyuvar a la correcta ejecución de los estudios de seguridad y salud, diseñados por otro contratista, en el que **hay aspectos intelectuales, pero en estos no predomina el carácter inmaterial así como de producción original en los términos entendidos por la jurisprudencia, y por tanto carecen de entidad para concluir con el carácter intelectual del presente servicio** (...) no debe confundirse creación intelectual, que es objeto de protección, con mera actividad intelectual. En definitiva, no existiendo en el contrato que se licita prestaciones de carácter intelectual, en el sentido analizado anteriormente, **no es necesario aplicar lo previsto en el segundo párrafo del artículo 145.4 de la LCSP***".

Y, en segundo lugar, la **Resolución 136/2024, de 4 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid**, que resuelve el recurso interpuesto por Tecniberia contra el PCAP del contrato de "*Asistencia Técnica para la Redacción de Proyecto y Posterior Control, Vigilancia y Coordinación de Seguridad y Salud de las Obras de Renovación de Colector*", licitado por el Canal de Isabel II.

Este Tribunal se ha posicionado en contra del carácter intelectual del servicio de coordinación de Seguridad y Salud, entendiendo que no es un trabajo creativo, sino mecánico, pues el RD 1627/1997, que los regula, no exige ninguna titulación específica, siendo dudosa la clasificación de los mismos dentro de los "servicios de ingeniería o arquitectura".

No obstante, el Tribunal estima el recurso porque **entra en el análisis concreto de las prestaciones para analizar su contenido "intelectual"**.

Esto es, en el contexto en el que nos encontramos en la actualidad existen son interpretaciones divergentes sobre el alcance del concepto legal de servicios intelectuales. Por un lado, la interpretación maximalista seguida por el TACRC desde su cambio de criterio en 2021 y, por el otro, la interpretación seguida por algunos tribunales de contratos públicos regionales que cuestionan dicha interpretación y consideran que no se puede presuponer que los servicios de ingeniería sean en todo caso prestaciones intelectuales, sino que hay que entrar a valorar el fondo de las prestaciones objeto de cada contrato para afirmar o descartar su intelectualidad a efectos de la Ley en razón de su mayor o menor carácter "creativo".

Así, mientras estamos a la espera de la próxima doctrina jurisprudencial que deberán sentar la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en los próximos meses (pues ambos Tribunales están concernidos en vía de recurso en procedimientos en curso), resulta de especial relevancia lo sostenido por la reciente **Sentencia 325/2024, de 28 de mayo, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana**, que resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos contra el anuncio de licitación y los pliegos del "Servicio de equipo facultativo para la dirección de las obras incluidas en la actuación de mejora de la movilidad peatonal y ciclista de la Avda. Lidón de la Ciudad de Castellón de la Plana, financiado por el Programa Operativo Feder de Crecimiento Sostenible 2014-2020", licitado por el Ayuntamiento de Castellón de la Plana. El Tribunal se "apunta" a la interpretación literal de la norma, estima el recurso y concluye que "sobre todo por la redacción de la Disposición adicional cuadragésima primera que es una norma cuyo objeto es fijar una interpretación por ministerio de la Ley sobre el hecho de que **cualquier prestación de los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo deben considerarse como actividad de carácter intelectual**".

Esperando que el contenido de la esta Alerta legal sea de su interés, quedamos a su disposición para comentar o aclarar el contenido expuesto; para mayor información no dude en ponerse en contacto con nosotros.

Un cordial saludo.



Juan Antonio Carrillo Donaire
Consejero-Asesor de SdP Estudio Legal



Laura Álvarez Medina
Asociada de SdP Estudio Legal



Jesús Tarancón Babío
Asociado de SdP Estudio Legal



Avda. Cardenal Bueno Monreal, 50, 3ª Planta, 1-2-6 Edificio Columbus,
41013 – Sevilla

C/Diego de León, 36, 6B, 28006, Madrid
Tlf: 954 53 13 77