

**NOTA SOBRE LA SENTENCIA 1362/2024, DE 18 DE JULIO, SECCIÓN 3ª,
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL
SUPREMO.**

Emitimos la presente nota tras analizar la sentencia n° 1362/2024, de 18 de julio, dictada por la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, recurso de casación n° 4379/2021.

Para analizar la trascendencia e importancia de la Sentencia partimos de la regulación normativa y de la interpretación realizada por los órganos administrativos y judiciales.

La Disposición adicional cuadragésimo primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, bajo la rúbrica: "*Normas específicas de contratación pública de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo*", establece:

"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".

La naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura en todos los casos y sin excepción fue declarada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, resolución n° 1300/2021, de 29 de septiembre, señalando en el fundamento jurídico tercero:

"Pues bien, a juicio de este Tribunal, la doctrina establecida bajo la vigencia de la normativa anterior a la actual LCSP no puede mantenerse en la actualidad.

En efecto, establece la Disposición adicional cuadragésima primera de la LCSP que: "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". Esta regla es novedosa, pues no existía en la

anterior ley de contratos de 2011 (Decreto Legislativo 3/2011), vigente cuando se resolvieron los recursos anteriores aludidos.

La Ley 9/2017, de contratos del sector público, al igual que el Real Decreto Ley 3/2020, no contiene ninguna definición de lo que debe entenderse por prestación de carácter intelectual, pero sí reconocen expresamente tal naturaleza a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo. Es más, insiste el legislador en su decisión en otros lugares del articulado, utilizando este tipo de servicios como ejemplo de prestaciones intelectuales a los efectos correspondientes contemplados en diversos artículos (143, 145, 159, y 97.2 LCSP). Es decir, el legislador no solamente señala expresamente que son prestaciones de carácter intelectual las propias de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, sino que insiste en su decisión, al utilizar dichos servicios a título ejemplificativo en otros lugares del articulado. Igualmente, ya desde la exposición de motivos de la ley se señala lo mismo: “En la parte correspondiente a los procedimientos de adjudicación, además de los procedimientos existentes hasta la actualidad, como el abierto, el negociado, el dialogo competitivo y el restringido, que es un procedimiento, este último, especialmente apto para la adjudicación de los contratos prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura”.

A la vista de lo anterior, pocas dudas pueden haber y pocos matices o interpretaciones resulta necesario hacer: son prestaciones de carácter intelectual los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo. Y lo son por decisión legislativa, lo son ex lege.

Las consideraciones anteriores vienen además respaldadas si se analizan los antecedentes legislativos, pues el texto de la actual Disposición adicional cuadragésima primera de la ley de contratos fue introducido expresamente durante la tramitación parlamentaria. Concretamente mediante una enmienda transaccional procedente de las enmiendas 425 del Grupo de Ciudadanos, 794 del Grupo Socialista y 963 del Grupo Mixto-PDeCat (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 2-4, de 02/08/2017)”.

Esta doctrina fue reiterada en posteriores resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, pudiendo citarse las siguientes: resolución nº 1366/2021, de 14 de octubre; resolución 1595/2021, de 12 de noviembre; resolución 1768/2021, de 2 de diciembre; y la más reciente resolución nº 612/2022, de 26 de mayo.

Igualmente, este reconocimiento, es decir, el carácter intelectual de los servicios de arquitectura en todos los casos, se vio reforzado en la Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura -BOE de 15 de junio de 2022-, cuya exposición de motivos establece: *“Apostar por la calidad arquitectónica, tanto en el entorno urbano como rural, supone reconocer, en primer término, la dimensión cultural, como prestación intelectual, artística y profesional, de una disciplina que incide transversalmente en múltiples aspectos de la sostenibilidad”*.

A pesar de la claridad legislativa, algunos órganos administrativos y judiciales han venido considerando que no siempre los servicios de arquitectura tenían la consideración de prestaciones de naturaleza intelectual, negándose, por ejemplo, a las asistencias técnicas.

En este escenario controvertido se dicta la sentencia nº 1362/2024, de 18 de julio, Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, recurso de casación nº 4379/2021.

La sentencia casa y anula la dictada previamente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, con sede en Cáceres, nº 181/2021 de 26 de abril (rec. 558/2020). En dicha sentencia, la actuación administrativa impugnada fue: la Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, que hacía público el anuncio de Licitación, el Pliego de Cláusulas y Programa de Necesidades del Concurso publicado por la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Junta de Extremadura, de

"Dirección Facultativa y Coordinación de Seguridad y Salud de la Obra de Reforma y Mejoras del Centro Residencial "El Prado" de Mérida (Badajoz)".

El TSJ de Extremadura desestima el recurso interpuesto sobre la base de las siguientes consideraciones:

"TERCERO.- Pese a que esta Sala no se ha pronunciado sobre ningún asunto similar al debatido en el presente pleito, sí que comparte el criterio seguido tanto por otros Tribunales Superiores de Justicia como por la Audiencia Nacional. A estos efectos, procede destacar lo manifestado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su Sentencia nº 187/2020 de 18 de septiembre, Rec. 7415/2019, cuyos Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto establecen:

"CUARTO.- El argumento principal, PUES, sobre el que gira la demanda reside en la dicción de la disposición adicional 41ª de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público , según la cual "Se reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, con los efectos que se deriven de las previsiones contenidas en esta Ley".

Atendiendo al tenor literal de esta norma, cabría pensar que lo querido por el legislador es calificar todos los servicios que se presten en el ámbito de la arquitectura, la ingeniería, la consultoría técnica y el urbanismo como prestaciones de carácter intelectual a todos los efectos prevenidos en la Ley.

Y entre estos efectos se encuentra la exclusión del procedimiento sumario de adjudicación conforme al artículo 159.6º de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

Sin embargo, esta disposición no ofrece una definición de estas prestaciones ni acota el tipo de servicios que reúnen estas características a los efectos de la aplicación de las previsiones legales, por lo que, como sostiene con lógica la Administración

demandada, no puede emplearse en exclusiva como elemento para integrar con vocación de generalidad este concepto jurídico indeterminado.

A la hora de integrar este concepto jurídico indeterminado de "prestaciones de carácter intelectual" tampoco resulta de utilidad el texto de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, pues si bien las prestaciones de carácter intelectual aparecen varias veces referenciadas a lo largo del mismo, incluso desde su exposición de motivos, sin embargo esta norma no contiene ninguna definición expresa de qué ha de entenderse por prestaciones de carácter intelectual.

De hecho, sólo se refiere a ellas de una manera asistemática o no formal, de la misma manera que ocurre con la Directiva europea 2014/24/UE, la cual 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).

Ante este vacío se impone analizar cuál era la intención del legislador. A la sazón la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su sentencia de 25 de junio de 2019, dictada en el recurso nº 700/2018, donde analiza al amparo tanto de la directiva 2004/17/CE como de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público la prohibición de uso de la subasta electrónica respecto de determinados contratos de servicios de prestaciones de carácter intelectual, entre otras cosas, expone lo siguiente:

"Procede resolver en primer lugar la alegación relativa al carácter intelectual de la prestación, si el objeto del contrato litigioso tiene por objeto prestaciones intelectuales.

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".

*En contra de lo sostenido por la parte actora, que en el escrito de demanda alega que "no toda prestación de carácter intelectual se ampara en un derecho de propiedad intelectual -como por otro lado reconoce el propio TRLPI-, definiéndose en la propia normativa de contratación pública a qué prestaciones se reconoce este carácter; y siendo ésta, la LCSP, la lex specialis a estos concretos efectos" (página 9) **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 (RCL 1996, 1382) regula en su artículo 10 las "Obras y títulos originales".

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

1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.

b) Las composiciones musicales, con o sin letra.

c) *Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.*

d) *Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.*

e) *Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.*

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

g) *Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.*

h) *Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.*

i) *Los programas de ordenador.*

2. *El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella".*

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 conceptualización 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 autores, 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.

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 en 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.

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 (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 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".

QUINTO.- Desde esa perspectiva jurisdiccional, aunque la disposición adicional 41ª de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, en ausencia de definición específica en la propia Ley y en la Directiva 2014/24/UE, reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, a los efectos de elección del procedimiento de adjudicación sólo pueden considerarse con este carácter aquellos trabajos que cuenten con un elemento creativo susceptible de producir productos amparados por el derecho a la propiedad intelectual.

Por ello no puede considerarse que exista impedimento para licitar contratos cuyo objeto sea la coordinación de seguridad y salud siguiendo el cauce sumario previsto en el artículo 159.6º de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público , pues aunque

los servicios deban ser prestados por titulados en ingeniería no revisten la condición de prestaciones de carácter intelectual a estos efectos.

La interpretación que patrocina la asociación aquí recurrente se aparta pues de la tesis sostenida de manera reiterada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de la que son exponente sus resoluciones n° 946/2017, 544/2018, 111/2018 y 1141/2018, a cuyo tenor:

"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".

Obviamente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales centra esa cuestión partiendo de la base de que en toda prestación de servicios interviene el intelecto humano para considerar que el concepto de prestaciones de carácter intelectual que contempla el artículo 145.4° de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público integra una categoría más cualificada, de la que sólo forman parte aquellas prestaciones en cuyo desarrollo no sólo intervienen funciones intelectivas sin más, sino que se refieren a trabajos que impliquen creatividad amparada por el derecho de propiedad intelectual en los ámbitos de la arquitectura, la ingeniería, la consultoría técnica y el urbanismo.

Este aspecto clave de la innovación y la creatividad fue precisamente el que la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil tuvo en cuenta a la hora de optar por el procedimiento de licitación previsto en el artículo 159.6° de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público , considerando que era perfectamente aplicable

atendido el objeto del contrato que pretendía licitar; en aplicación del concepto de lo que es a tales efectos una "prestación de carácter intelectual" según el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la jurisprudencia a la que se hizo referencia".

A la vista de la mentada Sentencia, esta Sala también considera que un contrato de Dirección Facultativa y Coordinación de Seguridad y Salud de la Obra de Reforma y Mejoras de un centro residencial, no puede considerarse incluido dentro de la categoría de contratos con prestaciones intelectuales y que, pese a que exista una labor innovativa e intelectual en la que participen arquitectos, no constituyen el elemento esencial del mismo. En caso contrario, cualquier contrato en el que participe un arquitecto o haya participado con carácter previo a su ejecución, daría lugar a entender que es una prestación intelectual y que deben cumplirse los criterios de adjudicación propios de este tipo de contrato". .

Frente a esta sentencia, el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España interpuso recurso de casación, siendo admitido por auto de 3 de marzo de 2022, que fijó como cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia:

“[...] se determine el alcance de la disposición adicional 41ª de la Ley de Contratos del Sector Público, donde se asigna a las prestaciones de arquitectura la naturaleza de actividad intelectual, y en concreto, en relación con el artículo 145.4 de la cita Ley cuándo los pliegos deben contener criterios relacionados con la calidad que representen, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas”.

Pronunciamiento de la Sentencia nº 1362/2024.

El fundamento jurídico tercero de la sentencia, tras el análisis de las posiciones de todas las partes en litigio, da respuesta a la pregunta formulada en el auto de admisión en los siguientes términos:

“TERCERO. Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

*En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada **ha de afirmarse que la Disposición Adicional 41ª de la Ley de Contratos del Sector Público** ("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") **implica que la contratación de los servicios de arquitectura tiene la consideración de una prestación de carácter intelectual a los efectos de aplicar las especialidades contenidas en dicha norma sobre criterios de adjudicación como la contenida en el art. 145.4 párrafo segundo de dicha norma en la que se establece que "en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar "al menos el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas [...]"**.*

Y ello, en base a las siguientes consideraciones:

“El legislador hace referencia a estas "prestaciones intelectuales" en diversos artículos de la Ley de contratos (arts. 143, 145, 159, y 97.2 LCSP). Es decir, el legislador no solamente afirma expresamente que son prestaciones de carácter intelectual las propias de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, sino que toda en consideración esta consideración para establecer un régimen jurídico en algunos aspectos diferente al general a lo largo del articulado de la ley. Ya desde la exposición de motivos de la ley se hace referencia a las especialidades que se contemplan en la norma en relación con la adjudicación de lo que considera "prestaciones intelectuales" afirmando "En la parte correspondiente a los procedimientos de adjudicación, además de los procedimientos existentes hasta la

actualidad, como el abierto, el negociado, el dialogo competitivo y el restringido, que es un procedimiento, este último, especialmente apto para la adjudicación de los contratos cuyo objeto tenga prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura".

...

El hecho de que la Ley Propiedad Intelectual y la interpretación que la Sala Primera del Tribunal Supremo haya vinculado las prestaciones de carácter intelectual a la "originalidad" de la creación que genere un producto novedoso que permita diferenciarlo de los preexistentes, tiene un alcance y ámbito de aplicación completamente distinto al que nos ocupa y no puede extrapolarse ni servir como elemento de interpretación de la Ley de contratos en la que expresamente vincula las prestaciones intelectuales con los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo "con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en esta Ley".

Conclusión

La Sentencia nº 1362/2024, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha venido a interpretar la Disposición Adicional 41º de la Ley de Contratos del Sector Público declarando, que a los efectos establecidos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, los servicios de arquitectura tienen la consideración de prestaciones de carácter intelectual, con las consecuencias que de ello se derivan en el articulado de la Ley.

Esta es nuestra nota que representa una opinión jurídica y que sometemos a cualquier otra mejor fundada en derecho.

Asesoría Jurídica

Colegio Oficial de Arquitectos de Málaga