



Expediente 20/19.

Materia: Campañas publicitarias y contratos de contenido intelectual.

ANTECEDENTES

El Consejero de Obras Públicas y Vivienda del Gobierno de Cantabria ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“1° Con fecha 13 de septiembre de 2018 el Consejero de Obras Públicas y Vivienda ordenó el inicio de los trámites conducentes a la contratación del servicio denominado "CAMPAÑA DE PUBLICIDAD INSTITUCIONAL DE LA CONSEJERÍA DE OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA", con un valor estimado del contrato de 34.900,00 € y un presupuesto base de licitación de 42.229,00 €, IVA incluido.

El desglose económico del presupuesto base de licitación, excluido IVA, de las prestaciones previstas en el contrato ascienden a los siguientes importes:

- Acción publicitaria (compra de espacios) en los medios relacionados en el Anexo 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas del cual se adjunta copia, conforme a las tarifas establecidas por los distintos medios, que representa el 91% del importe del valor estimado del contrato: Periódicos y revistas en formato papel: 21.500,00 € Periódicos en formato digital: 10.300,00 €*
- Estrategia de comunicación, diseño de la creatividad y asesoramiento*



técnico: 3.100,00 €, que representa el 9% del importe del valor estimado del contrato.

2º El objeto del citado contrato, de acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas particulares, es el desarrollo, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo de las siguientes acciones de la campaña de publicidad institucional:

- a) Vivienda: Ayudas para alquiler, para rehabilitación de viviendas y para jóvenes en el medio rural; informar sobre el acceso a la vivienda.*
- b) Carreteras: Seguridad vial; conservación y mantenimiento de las carreteras; informar sobre el Plan de Gestión de Infraestructuras de Cantabria.*
- c) Puertos: Promoción de los puertos de Cantabria. Informar sobre el plan de puertos de la región, así como sobre la conservación y mantenimiento de las instalaciones autonómicas.*
- d) Vías y obras: informar sobre la eficiencia energética en la región; urbanización de espacios públicos y parques infantiles.*

3º El procedimiento de licitación del citado contrato propuesto por la Consejería es el abierto simplificado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 159.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

4º El objeto del contrato, consta de dos apartados claramente diferenciados correspondientes a las siguientes prestaciones:



- De un lado la creatividad (la estrategia de comunicación, el diseño de la creatividad y el asesoramiento técnico), que contiene una posible tarea de ideación, como de hecho contienen la mayoría de los contratos de servicios.

- De otro lado, la compra de los medios planificados (ver Anexo 1 del pliego de prescripciones técnicas particulares), se considera una prestación de carácter comercial como es la compra de los espacios en los medios de difusión previstos en el Anexo 1 del pliego de prescripciones técnicas particulares.

En el mencionado contrato, la compra de los medios planificados es, en este caso, la prestación principal del contrato en función del mayor valor estimado del contrato, mientras que la estrategia de comunicación y el diseño de la creatividad, es la prestación accesoria del contrato.

FUNDAMENTOS:

1º La Ley de Contratos del Sector público (LCSP) recoge una serie de previsiones específicas para la adjudicación de los contratos de servicios que tienen por objeto prestaciones de carácter intelectual. Lo hace de manera asistemática, de forma que estas reglas se encuentran desperdigadas a lo largo del extenso articulado de la Ley. Debemos partir, concretamente, de la Disposición Adicional Cuadragésimo Primera de la LCSP, la cual indica literalmente que:

"Disposición adicional cuadragésima primera. Normas específicas de contratación pública de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo. 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".

El artículo 145.4 de la LCSP, establece que 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.

El artículo 159.6 de la LCSP señala que, en los contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 euros, y en contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 35.000 euros, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual a los que no será de aplicación este apartado, el procedimiento abierto simplificado podrá seguir la siguiente tramitación.

2º La mayor parte de estos preceptos se incluyeron durante el debate parlamentario del Proyecto en el Congreso de los Diputados, a instancia de colegios, asociaciones y foros profesionales como los que firmaron en 2015 la "Declaración para la calidad en los servicios de la arquitectura y de la ingeniería", entre los que cabe destacar al Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España (CSCAE).

El objetivo fundamental de esta declaración fue que en la nueva LCSP en tramitación, se incluyeran normas que permitiesen la obtención de prestaciones de gran calidad, no asignando al precio el factor determinante de una licitación pública de una serie de servicios.



3º Desde un punto de vista contractual y terminológico, entendemos que cuando el objeto de estos contratos esté constituido por servicios de carácter intelectual, por un lado, y de servicios comerciales, por otro, habrá que aplicar el régimen jurídico de la prestación económicamente más importante, ya que de otra forma la mayoría de los contratos de servicios, atendiendo al vocabulario común de Contratación Pública (CPVs), puede considerarse que tienen prestaciones intelectuales (Ver informe 36/98, de 16 de diciembre de 1998 de la JCCA del Estado).

En este sentido, el artículo 3.6 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, establece que "Cuando las diferentes prestaciones de un determinado contrato no sean objetivamente separables, el régimen jurídico aplicable se determinará en función del objeto principal de ese contrato".

La CPV del contrato que motiva la presente consulta es la nº 79341400-0, "servicios de campaña de publicidad", atendiendo, por una parte, al contenido del servicio a contratar, y considerando, por otro lado, que el objeto principal del contrato es la compra de los medios planificados, por resultar económicamente más relevante que las prestaciones relativas a la estrategia de comunicación, al diseño de la creatividad y al asesoramiento técnico.

4º Las resoluciones nº 968/2017 y 544/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fechas 19 de octubre de 2017 y 1 de junio de 2018, sobre la utilización de la subasta electrónica en los contratos que implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, en relación con el Considerando 76 de la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación



por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que es el mismo que el 67 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, definen el elemento distintivo de una prestación intelectual, de la siguiente forma:

"Por tanto, 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 impliquen prestaciones intelectuales y, por otra, ha de 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 (art. 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 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".

La Resolución 1111/2018 analiza un contrato que tiene por objeto un Servicio de asistencia técnica y colaboración en materia de gestión, recaudación e inspección de tributos y demás ingresos de derecho público en un municipio, y se pronuncia sobre si se trata de una prestación de carácter intelectual, a la vez que revisa si la codificación CPV ha sido adecuada.

Sobre la primera cuestión, señala:

«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 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. 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.»

Por lo que respecta al Servicio de representación y defensa jurídica en los diversos órdenes jurisdiccionales, el Tribunal la califica como prestación no intelectual en la Resolución (1141)/2018 argumentando lo siguiente:

«No es que los servicios jurídicos no impliquen trabajo intelectual profesional, sino que a los que se refiere el precepto (el artículo 145.4 de la LCSP) son los que implican creatividad amparada por propiedad intelectual en los ámbitos de la arquitectura, ingeniería, consultoría técnica y urbanismo.»

5º Por lo anteriormente expuesto, entendemos que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales, la calificación de la prestación de un contrato como de carácter intelectual, debe referenciarse a aquellos que impliquen una actividad en la que predomina el elemento inmaterial no más altas facultades intelectivas humanas, surgiendo la duda que se concreta en las siguientes:

PREGUNTAS:

1) ¿Deben considerarse los servicios de campañas de publicidad (CPV 793414000) que integren la creación de la campaña, pero cuya prestación económicamente más relevante sea la consistente en la compra de los medios planificados para la difusión de la campaña en medios de comunicación, como "prestaciones de carácter intelectual", a los efectos de la exigencia de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios relacionados con la calidad que representen, al menos, el 51 por ciento de la puntuación



asignable en la valoración de las ofertas (art. 145.4 segundo párrafo de la LCSP)?

2) De ser negativa la respuesta a la primera pregunta, es decir, si tales servicios no tuvieran la consideración de "prestaciones de carácter intelectual", ¿Sería posible su licitación tomando como único criterio de adjudicación el precio del contrato si se dieran los requisitos del art. 145.3.g) de la ley 9/2017, y por lo tanto, sería lícito utilizar el procedimiento simplificado en su modalidad del artículo 159.6 de la LCSP para adjudicar el contrato?"

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El Consejero de Obras Públicas y Vivienda del Gobierno de Cantabria nos consulta si ciertos contratos de servicios de campañas de publicidad deben calificarse como prestaciones de carácter intelectual de acuerdo con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Alude en su consulta concretamente a contratos que incluyen entre sus prestaciones la creación intelectual de la campaña publicitaria pero cuya prestación económicamente más relevante es la consistente en la compra de espacios en los medios de comunicación.

La consulta se plantea a los efectos de determinar si resultan de aplicación, por una parte, la exigencia de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios relacionados con la calidad que representen, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas y, por otra, si cabe la posibilidad de utilizar el



procedimiento abierto simplificado en su modalidad del artículo 159.6 de la LCSP por concurrir los requisitos del artículo 145.3.g) del mismo texto legal.

2. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, incluye un conjunto diverso de previsiones referidas a los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, pero no define con total precisión cuáles son estas prestaciones. 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.

Tampoco las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE nos ofrecen una definición completa de lo que cabe llamar prestaciones de carácter intelectual, limitándose a citar como ejemplo la elaboración de proyectos de obras y a dictar alguna regla o recordatorio respecto de este tipo de prestaciones, como por ejemplo las siguientes:

- El establecimiento de limitaciones en la utilización de las subastas electrónicas para los contratos que tengan por objeto estas prestaciones de carácter intelectual (Considerando 67 y artículo 35).
- Pone en valor el procedimiento de licitación con negociación o el diálogo competitivo en estos contratos (Considerando 43).



- Alude a lo apropiado de utilizar en estos casos como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato (Considerando 94).

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha ido más lejos que las Directivas citadas y ha incorporado diversas previsiones cuyo común denominador es la necesidad de tener en cuenta con carácter preferente los criterios cualitativos en las licitaciones de estos contratos.

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. Esta labor ha sido desarrollada en más de una ocasión por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resoluciones 968/2017, de 16 de octubre, 544/2018, de 1 de junio, 1111/2018, de 30 de noviembre, y 1141/2018, de 7 de diciembre) en las que ha manifestado lo siguiente:

“... es cierto que una de las prestaciones es la elaboración de un proyecto de arquitectura, pero hay que tener en cuenta que esta prestación, en función de lo establecido en el Anexo del PPTP donde se reflejan las partidas del presupuesto base de licitación, representa un 1,21 % del importe total del contrato (212.000 €, frente a un total de 17.511.302,28 €), por lo que no procede aplicar la previsión establecida en el artículo 145.4 de la LCSP. No se puede afirmar que el presente contrato pueda calificarse mayoritariamente como «de prestaciones intelectuales», por lo que se desestima el motivo de recurso.”



(Fundamento jurídico quinto de la Resolución 625/2019, de 6 de junio).

Por tanto, para el Tribunal el contenido de cada prestación debe valorarse por su importancia en relación con el todo unitario que constituye el contrato, de manera 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 en 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.

4. Teniendo en cuenta lo expuesto en el numeral anterior podemos analizar el contrato sobre el que se nos consulta. El artículo 18.1 LCSP estatuye que a la preparación y adjudicación de los contratos serán de aplicación las normas que correspondan a la tipología de contrato propio de la prestación principal. En este caso ambas prestaciones están incluidas en el contrato de servicios, por lo que no se puede cuestionar si las reglas del contrato de servicios son las aplicables.

Pero, descendiendo más a lo concreto, de lo que se trata realmente es de saber cuál es la prestación predominante a los efectos de valorar si cabe aplicar a este contrato las reglas propias de las prestaciones de carácter intelectual y, particularmente, el artículo 145.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que obliga a incluir en los pliegos criterios relacionados con la calidad que deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas.



La Junta Consultiva ya señaló en su informe de 2 de julio de 2018 (expediente 28/2018) que para determinar cuál es la prestación principal en los contratos públicos *“el elemento fundamental al que hay que atender son las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, y a él se añaden otros tales como la finalidad básica y general de la contratación que derive de los trabajos de preparación del contrato, la forma de retribución del contratista y, claro está, la importancia económica de las prestaciones, elemento que a pesar de no ser el decisivo por sí sólo, no se puede desdeñar para la determinación de la prestación principal”*.

En este sentido, si de la finalidad del contrato y de la cuantía de cada una de las prestaciones se deduce que lo principal del contrato es la compra de espacios en medios de difusión (respondiendo así al concepto de campaña institucional contenido en el artículo 2 de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional), cabría concluir, en línea con los pronunciamientos del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que no concurre en este caso el predominio de actividades que suponen el ejercicio de facultades intelectivas humanas que impliquen un cierto grado de innovación y creatividad exigido para que el objeto del contrato pueda calificarse como prestación de carácter intelectual. Esta conclusión debe ser válida aún cuando parcialmente integre el objeto del contrato una prestación destinada al diseño y creación de la campaña, siempre que esta prestación se constituya como auxiliar o instrumental del objeto principal, tal como ocurre en el presente caso.

Como consecuencia de lo anterior, no tendría sentido que a los contratos que no incluyen una prestación predominantemente intelectual les resultara aplicable la exigencia prevista en el artículo 145.4 segundo párrafo de la Ley



9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Tal conclusión podría resultar incompatible con el objeto del contrato y sería, por ende, desproporcionada si se impone como una obligación terminante.

Esta conclusión, no obstante, puede ser diferente en el caso de contratos diferenciados en lotes en los que, por ejemplo, uno de los lotes abarque una prestación singularmente caracterizable como de carácter intelectual. En este caso parece razonable concluir que el espíritu de la norma sí que aconseja, dentro del amplio margen que la ley concede al órgano de contratación, aplicar a este lote unos criterios de valoración predominantemente dependientes de un juicio de valor, porque la finalidad de la norma es precisamente hacer primar la calidad en la selección del adjudicatario del lote, sin que con ello se altere la valoración de otros lotes de mayor valor económico y que no puedan calificarse como de contenido intelectual. Tal conclusión es especialmente lógica en aquellos casos en que el importe de la prestación de carácter intelectual sea elevado, aunque no sea mayoritario en el conjunto del contrato.

5. La segunda cuestión que se nos plantea exige analizar la posibilidad de utilizar para estos contratos el procedimiento abierto simplificado en su modalidad sumaria del artículo 159.6 de la LCSP.

Como es conocido, la regulación del procedimiento abierto simplificado contiene en el apartado 6 del artículo 159 una especialidad procedimental sumaria y basada en la celeridad. Tal procedimiento será sólo de aplicación cuando concurren los requisitos que allí se prevén, esto es: la no superación de determinadas cuantías de valor estimado (80.000 € en contratos de obras, 35.000 € en los contratos de suministros y servicios), que no tenga



como objeto prestaciones de carácter intelectual y que todos los criterios de adjudicación de las ofertas previstos en el pliego sean cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

Ya hemos visto que el contrato de servicios que tratamos no tiene por objeto prestaciones de carácter intelectual de modo predominante y que, por tanto, no hay un motivo por cuya virtud le estaría vedado el acceso a esta modalidad procedimental. También resulta claro que el valor estimado conforme a la consulta es ligeramente inferior a los 35.000 €. Lo que no queda tan claro es si cabe valorar el precio del contrato como único criterio de adjudicación.

La consulta nos remite en este último punto a los requisitos del artículo 145.3.g) de LCSP que establece como excepción a la obligación de la aplicación de más de un criterio de adjudicación para estos contratos *“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, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación”*. Por lo tanto, *prima facie* sería lógico considerar, atendiendo al tenor del precepto citado, que si en los pliegos del contrato todas las prestaciones que lo integran estuviesen perfectamente definidas técnicamente y no fuera posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase, sería posible utilizar como único criterio de adjudicación el precio del contrato y, en consecuencia, resultaría posible acudir al procedimiento abierto simplificado en su modalidad del artículo 159.6 de la LCSP.



Sin embargo, y aunque esta Junta Consultiva no ha tenido acceso a los documentos rectores de la licitación, no parece que, al menos en la parte referente a la ideación de la campaña, se pueda producir esta perfecta definición de las condiciones de la prestación. De ser así, cabría pensar que en realidad no estamos ante una prestación de carácter intelectual que exija de una actividad de creación original, lo que no parece que sea lo que transmite la propia consulta. Por lo tanto, al menos respecto de esta parte del contrato, aunque sea menor en importancia, parecería lógico que los criterios dependientes de juicios de valor y cualesquiera otros relacionados con la calidad de la prestación fueran relevantes a la hora de valorar las proposiciones de los licitadores. De lo contrario, el órgano de contratación correría el riesgo de adjudicar parte del contrato sin valorarla adecuadamente.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES.

- Los servicios de campañas de publicidad que integren la creación de la campaña, pero cuya prestación económicamente más relevante sea la consistente en la compra de los espacios en los medios de comunicación, no deben calificarse como de prestaciones de carácter intelectual a los efectos de exigir que se incluyan en los pliegos criterios relacionados con la calidad que representen, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas.



- En el supuesto tratado en este informe, si en el pliego todas las prestaciones estuvieran perfectamente definidas técnicamente y no fuera posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, sería posible que el precio fuese el único factor determinante de la adjudicación de acuerdo con el artículo 145.3.g) de LCSP. Si además, su cuantía es inferior a 35.000 € resultaría posible acudir al procedimiento abierto simplificado en su modalidad del artículo 159.6 de la LCSP.
- Sin embargo, en el caso concreto que se nos consulta no parece que todas las prestaciones estén plenamente definidas en el aspecto técnico, atendiendo a la propia naturaleza de las mismas. Por tanto, sería lógico introducir criterios dependientes de un juicio de valor y no cabría emplear el procedimiento establecido en el artículo 159.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.