

#### **/ AUTOR**

Juan Antonio Estrada López.

#### **/ CORREO-E**

juananestrada@gmail.com

#### **/ ADSCRIPCIÓN PROFESIONAL**

Secretaría General de la Diputación Provincial de Huelva. Técnico superior.

#### **/ TÍTULO**

**La contratación artística en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público: la necesidad del cambio para poder avanzar.**

#### **/ RESUMEN**

La Ley de Contratos del Sector Público del 2017 ha supuesto una modificación importante de las condiciones de contratación de espectáculos en España. El sector público, el mayor organizador de espectáculos en nuestro estado, debe cumplir unas normas que no se ajustan a las peculiaridades del sector artístico. Para el avance del sector se impone

afrontar una serie de modificaciones y superar las constantes trabas administrativas existentes.

#### **/ PALABRAS CLAVE**

Contratación pública, artística, espectáculos, Ley Contratos.

**/ Artículo recibido:** 15/09/2020 **/ Artículo aceptado:** 01/10/2020

#### **/ AUTHOR**

Juan Antonio Estrada López.

#### **/ E-MAIL**

juananestrada@gmail.com

#### **/ PROFESSIONAL AFFILIATION**

General Secretariat of the Provincial Council of Huelva. Advanced technician.

#### **/ TITLE**

***Artistic contracting in Ley 9/2017 de Contratos del Sector Pública: the need for change to move forward.***

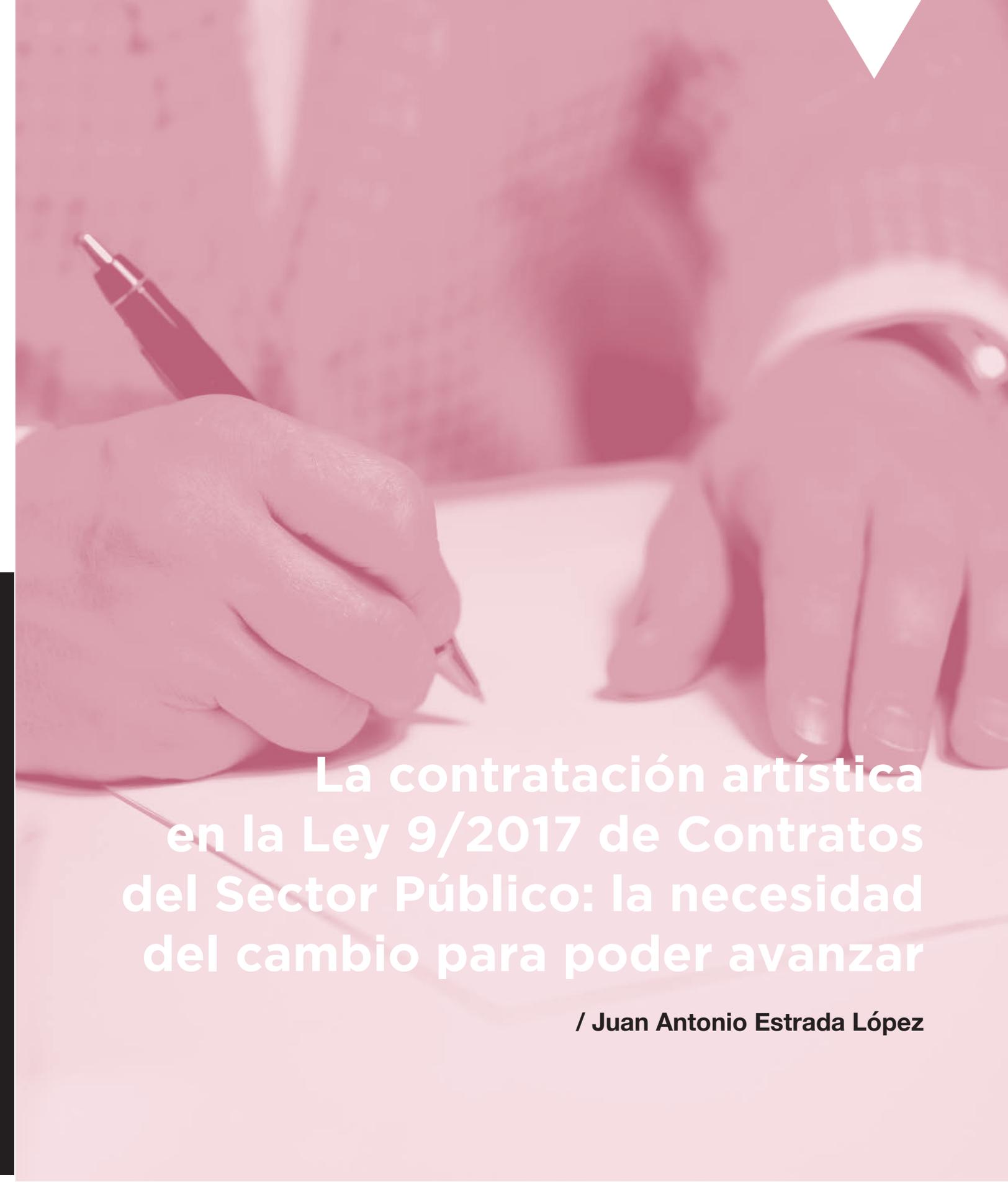
#### **/ ABSTRACT**

*The Ley de Contratos del Sector Público from 2017 has meant a significant modification of the conditions for contracting shows in Spain. The public sector, the largest organizer of shows in our state, must comply with rules that do not conform to the peculiarities of the artistic sector. For the advancement of the sector, it is necessary to face a*

*series of modifications and overcome the constant existing administrative obstacles.*

#### **/ KEYWORDS**

*Public Contracts, artistic, Performances, Law Public Sector Contracts.*



**La contratación artística  
en la Ley 9/2017 de Contratos  
del Sector Público: la necesidad  
del cambio para poder avanzar**

**/ Juan Antonio Estrada López**

# La contratación artística en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público: la necesidad del cambio para poder avanzar

Juan Antonio Estrada López

98

## Introducción

*Señora: Autorizado competentemente por V.M., previo acuerdo del Consejo de Ministros, presentó el de Hacienda a las Cortes en 29 de diciembre de 1850 un proyecto de ley de contratos sobre servicios públicos, con el fin de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos, y de garantizar la Administración contra los tiros de la maledicencia<sup>1</sup>*

Mucha literatura, análisis y comentarios ha generado la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), norma que encuentra su justificación de aprobación en la necesidad de transposición a nuestro sistema jurídico de las directivas comunitarias en materia de contratación pública<sup>2</sup> y que entró en vigor dos años después del plazo máximo que tenía el Estado español para realizar esta incorporación.

En la exposición de motivos se van desgranando los objetivos que inspiran esta ley, centrándolos el legislador en dos: lograr una mayor transparencia en la contratación pública y conseguir una mejor relación calidad-precio. Para su

logro se establecen la planificación y racionalización de la contratación como ejes primordiales del sistema. Con esos principios se realiza una remodelación de procedimientos y trámites, apostándose por la administración electrónica como forma de agilizar la contratación.

Paradójicamente la norma que pretendía aumentar la transparencia, simplificar los trámites y dar celeridad a los procedimientos provocó en un primer momento una situación de desconcierto y hasta de cierto bloqueo. Situación que, si bien todos los sectores la han sufrido, para el cultural ha sido demoledor. La penalización del uso del contrato menor, y la restricción de los procedimientos negociados, figuras esenciales en la contratación en la cultura y en particular de las artes escénicas, ha conllevado a un aumento significativo de las trabas burocráticas para contratar con las Administraciones Públicas.

Este artículo pretende analizar las características de la contratación en el ámbito de la cultura en general, con una mirada más concreta en las artes escénicas, detectando los problemas y sus posibles soluciones.

## Claves para entender la ley

La LCSP mantiene el carácter instrumental de la contratación como herramienta para satisfacer el mandato

legal al que se someten los poderes públicos. Entre los cambios más significativos de esta norma están:

La ampliación de su ámbito subjetivo. La ley va a aplicarse a entidades e instituciones que quedaban fuera de la anterior norma o, estando incluidas, la aplicación de esta era parcial.

Establece mecanismos para una mayor transparencia en la contratación pública. Se realiza la difusión generalizada de las licitaciones a través de los perfiles de contratante, que en la mayoría de supuestos estarán vinculados a la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Apuesta por las adjudicaciones que sopesen una mejor relación calidad-precio en los bienes y servicios adquiridos.

Hace posible que la contratación pública sea un instrumento eficaz para implementar políticas nacionales y comunitarias en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las pymes y de defensa de la competencia. La nueva ley introduce medidas tendentes a salvaguardar los derechos de los trabajadores y la normativa vigente en materia de igualdad e integración social y facilita el acceso a las PYMES a la contratación al establecerse como regla general la contratación por lotes.

Apuesta por la digitalización a través de la contratación electrónica, simplificándose al tiempo las exigencias documentales y reduciendo los supuestos en que será necesario disponer de clasificación.

Antes de entrar en el análisis concreto de la aplicación de esta ley en las artes escénicas es conveniente describir, aunque sea brevemente, cómo se configura el sistema de contratación de nuestro estado. Para hacerlo de forma estructurada vamos a distinguir entre los diferentes tipos de contratos, los procedimientos que se establecen y los criterios de adjudicación.

### **Tipos de contratos**

La LCSP estructura los contratos en dos grandes bloques, los contratos administrativos y los contratos privados. El artículo 25 define como contratos administrativos los de:

- a) obras
- b) concesión de obras
- c) servicios
- d) concesión de servicios
- e) suministro
- f) y los llamados contratos mixtos —que contienen características de varios de los tipos anteriores—.

A este primer bloque se le denomina los contratos típicos. Junto a ellos los contratos administrativos especiales

—con objeto diferente a los anteriores pero que están vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública— conforman los contratos administrativos.

Como indica ese artículo estos contratos se registrarán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. A los contratos administrativos especiales les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

Frente a este bloque se configuraría otro que se denominan contratos privados, compuesto por:

- a) Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto a los contratos típicos.
- b) Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas.
- c) Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.
- d) Y el cerca del centenar de contratos cuyo CPV<sup>3</sup> esté dentro del listado enunciado por el artículo 25.1.a) 1º, entre ellos muchos vinculados a la gestión cultural y a los contratos artísticos.

Estos contratos denominados privados se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la Ley de Contratos del Sector Público y sus disposiciones de desarrollo; aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado. En lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado.

### **Procedimientos**

Son siete los procedimientos fijados por la ley. Se mantienen con importantes modificaciones los seis existentes en la norma anterior<sup>4</sup>, y se añade el procedimiento de asociación para la innovación.

De todos ellos se potencia el procedimiento abierto —en cualquiera de sus tres nuevas modalidades, normal, simplificado y simplificado abreviado— y por lotes. Queda como residual —y para casos muy limitados— el procedimiento negociado.

Los principios de publicidad y planificación relegan a los contratos menores a supuestos excepcionales, intentando frenar el abuso —en opinión del Tribunal de Cuentas— de esta figura<sup>5</sup>. La nueva regulación prevé que solo

deben usarse estrictamente para necesidades puntuales, no previsibles y no repetitivas.

Se reducen también los supuestos del procedimiento negociado, aunque se mantiene abierta la posibilidad de usar esta vía, entre otros supuestos, para contrataciones que se encomiendan a una sola empresa por estar los derechos de propiedad intelectual reservados, caso de las contrataciones artísticas.

### **Criterios de adjudicación**

La norma prevé que los contratos se adjudiquen como regla general aplicando criterios que ponderen la calidad-precio de las ofertas presentadas. Se contempla como novedad la posibilidad de considerar el coste del ciclo de vida como uno de los medios de selección de la oferta más ventajosa<sup>6</sup>.

Coherente con el criterio de la calidad-precio la norma establece que en los contratos de servicios del Anexo IV, en el que aparecen muchos servicios relacionados con la cultura, 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. Estos criterios pueden ser objetivables o depender de un juicio de valor. En este segundo caso cuando se les atribuya una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, deberán ser valorados por un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, uno de ellos un técnico jurista especializado en contratación pública si se trata de una contratación realizada por una entidad local. Se mantiene con carácter excepcional la posibilidad de la adjudicación directa, reservada para los contratos menores y los procedimientos negociados sin publicidad.

### **El concepto de contratación artística**

Los artículos 25 y 168 de la LCSP hacen referencia a los contratos que tienen por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, todos ellos considerados comúnmente como contratos artísticos. Una de las mejores definiciones de estos contratos la encontramos en la parte expositiva que realiza el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y la Música (INAEM) en un informe de 1996<sup>7</sup> de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda. En el mismo este organismo del Ministerio de Cultura explicaba:

Son aquellos en los que se contrata algo que aporta algún aspecto original al conjunto y que, por lo tan-

to, contribuyen a individualizar la obra o realización frente a las demás. Puede tratarse de la adquisición o alquiler de elementos únicos y originales de una producción o de la contratación de un artista o grupo artístico que aporta su labor creativa al espectáculo. Es el caso, por ejemplo, de una orquesta; como es sabido, cada versión de un mismo concierto por una orquesta distinta constituye una obra artística diferente. Otro ejemplo es el alquiler de una escenografía ya construida o de un vestuario ya confeccionado, pues ambos llevan incorporada la idea de su creador y, normalmente, son únicos pues no se realizan casi nunca más de una vez.

Esta definición, dada como válida por la Junta Consultiva estatal y utilizada por la misma en multitud de ocasiones, explicita el carácter singular, único e irrepetible de cada creación artística, circunstancias que van a tener un efecto determinante en los procesos de contratación al no permitir la concurrencia en muchos casos. No cabe confundir la singularidad de la creación con los procesos de gestión y producción vinculados a la cultura —por ejemplo, los contratos de servicios para realizar la programación de un espacio—, en los que sí cabe concurrencia al poder darse diferentes caminos para la consecución de un mismo objetivo.

### **Los procedimientos de contratación en la gestión cultural**

Habitualmente en la programación y gestión de proyectos artísticos se suelen dar cuatro situaciones diferentes:

- a) Se quiere contratar una creación artística en concreto, por ejemplo, un espectáculo de teatro, y solo se puede contratar con una empresa al ser esta la titular de los derechos de propiedad intelectual o ser el representante único del titular de esos derechos.
- b) Se quiere contratar una creación artística en concreto, pero existen varios representantes del titular de los derechos de propiedad intelectual del creador, situación habitual en determinada clase de música.
- c) Se quiere contratar la ejecución de un proyecto cultural ya diseñado desde la administración.
- d) Se desea que se presenten proyectos culturales sobre un diseño básico previsto por la administración, para proceder a seleccionar uno de ellos.

Lo más probable es que el objeto de estos contratos se encuentre incluido en el listado de CPV que contempla el artículo 25 de la ley, por ejemplo, los contratos de exhibición

artística, siendo por tanto contratos privados. En este supuesto, tal como se indicó anteriormente, aunque su preparación y adjudicación se regirán por el derecho administrativo, y en concreto por lo establecido en la LCSP, sus efectos y extinción se regirán por el derecho privado. Esto incluye aspectos como la forma del pago del precio, las causas de suspensión y sus consecuencias, la fuerza mayor o rescisión de este e incluso la interpretación del contrato, que debe ser consensuado entre las partes y no es capacidad unilateral de la administración, extremos todos ellos frecuentemente olvidados desde las Administraciones Públicas contratantes.

#### **Contratación de una creación artística en concreto y un único adjudicador posible**

Se daría esta circunstancia cuando el firmante es el titular de los derechos de propiedad intelectual de la creación artística o su representante exclusivo. Como regla general se debe utilizar el procedimiento negociado sin publicidad al darse las circunstancias del 168 2 a) de la LCSP —un solo adjudicador posible por razones de exclusividad de los derechos de propiedad, siempre y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato—. Hay que tener en cuenta que superando el contrato el valor económico de los 750.000,00 € se aplicarían las reglas para los contratos sujetos a regulación armonizada.

Sería posible acudir al procedimiento para los contratos menores si el valor del contrato no superase los 15.000,00 € (excluido el IVA). La ventaja es que este procedimiento es, al menos teóricamente, más ágil que el resto de procedimientos. En cualquier caso, la adjudicación del contrato será directa, sin concurrencia ni publicidad previa de la licitación.

#### **Contratación de una creación artística en concreto y varios posibles adjudicadores**

Se daría esta circunstancia cuando existen varios representantes no exclusivos del titular de los derechos de propiedad intelectual de la creación artística. En este supuesto el contrato debe seguir el procedimiento abierto o el abierto simplificado. La adjudicación se realizaría mediante la combinación de criterios de precio y/o calidad, en la proporción que los pliegos fijen y con los límites establecidos por la LCSP según cada procedimiento. Si está perfectamente definido el objeto del contrato, no permitiéndose ninguna mejora y la adjudicación se realizará teniendo en cuenta exclusivamente el precio, se podría usar el abierto simplificado abreviado.

#### **Ejecución de un proyecto cultural ya diseñado desde la administración y proyectos culturales sobre un diseño básico previsto por la administración**

En estos supuestos es necesario que haya concurrencia debiéndose acudir al procedimiento abierto. En los diseños ya realizados por la administración pueden licitarse exclusivamente por precio, si no se permiten mejoras o variables por parte de los licitadores. No es el caso del segundo, presentación de

proyectos culturales, que debido a su carácter intelectual será necesario aplicar criterios de calidad junto a los del precio.

#### **Las restricciones de la competencia en los procedimientos negociados sin publicidad**

La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se

La norma prevé que los contratos se adjudiquen como regla general aplicando criterios que ponderen la calidad-precio de las ofertas presentadas.

aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato<sup>8</sup>.

Es una de las quejas más importantes de las empresas de distribución de espectáculos, especialmente de cantantes. El artista —o la sociedad que lo representa— concede los derechos de representación para un espectáculo a varias empresas de distribución y el reparto entre ellas se realiza en ocasiones por zonas o por fechas. En este último supuesto la concreción del día de actuación puede determinar que sea una u otra la empresa que resulte adjudicadora. La selección de una fecha en concreto por parte de la administración contratante supone la eliminación del resto de la competencia. En estos supuestos salvo que la fecha sea significativa —fiestas mayores, apertura de temporada, acto singular...— en el expediente de contratación debe quedar muy bien justificado por qué se ha seleccionado la misma, dando lugar a un procedimiento negociado sin publicidad y adjudicación directa de la empresa que para ese día tiene la representación, y no se ha promovido un procedimiento abierto dando opción al resto de empresas representantes del artista para licitar y proponer fechas y precio de la actuación.

### **La maldición de los contratos menores**

Como ya se indicó la contratación menor es el procedimiento más empleado por las Administraciones Públicas y esa premisa se cumple también en la contratación de actuaciones artísticas. La LCSP considera contratos menores aquellos que tengan cuyo valor estimado sea inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios. Su uso está vetado para los contratos administrativos especiales y en los de concesión de obras o servicios.

Estos contratos no pueden tener una duración superior a un año, ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios. El único criterio de adjudicación es el precio, y si se desea adjudicar conforme a otros criterios se ha de recurrir al cualquiera de las variables del procedimiento abierto. Su uso se reserva para necesidades puntuales, no previsibles y no repetitivas, y he aquí uno de los grandes problemas en el sector de artes escénicas. Nuestras contrataciones son previsibles, nos son puntuales y son repetitivas. Dado el importe de los contratos y cierta agilidad en la tramitación hace que se incumpla sistemáticamente estas previsiones legales, usando contratación tras contratación este procedimiento. Lo lógico

sería disponer de un procedimiento negociado sin publicidad que no requiriera tantos trámites administrativos, o exceptuar de esas premisas generales de los contratos menores a la contratación artística.

La configuración del expediente administrativo es, al menos teóricamente, bastante simple y no se necesitan la aprobación ni publicación de pliegos. Sí será publicitada la contratación una vez realizada, conforme a las normas de publicidad de los contratos menores (al menos cada tres meses se publicará el listado de contratos menores suscritos en formato abierto y reutilizable)<sup>9</sup>. En palabras de la Junta Consultiva de Contratación del Ministerio de Hacienda este es un «procedimiento caracterizado por el propio legislador como un sistema muy sencillo de contratar, carente de otros trámites imprescindibles que los que establece la Ley de Contratos»<sup>10</sup>. Sin embargo, la realidad en muchas administraciones locales nos muestra que no hay nada más alejado de la realidad.

Todo empezó con una pésima redacción inicial del artículo 118 de la LCSP que regulaba este procedimiento, en la que se indicaba que el contratista no debía haber suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superaran la cifra de 15.000,00 € (más IVA), salvo los contratos en los que solo pudiese haber un adjudicatario —entre otras razones por estar protegidos los derechos de propiedad industrial o intelectual del bien o servicio a contratar, supuesto de los contratos artísticos—. Tras una rocambolesca situación en la que las diferentes juntas consultivas de contratación administrativa, autonómicas y estatal, se lanzaron a interpretar este apartado con hasta tres versiones diferentes, el culmen del desconcierto lo supuso la primera instrucción que la recién creada Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación hizo pública a finales del mes de febrero<sup>11</sup>, que aunque zanjó parte de la controversia por la interpretación de este apartado generó otras y debió ser objeto de una aclaración posterior. El 3 de febrero del 2020 el Gobierno eliminó ese límite de la norma general, pero ya era tarde, muchas regulaciones de ámbito local habían establecido este límite de facturación anual y lo continúan aplicando.

Por otro lado, una interpretación conjunta de la LCSP hace que administraciones estén exigiendo en los expedientes que se acrediten más extremos de los requeridos por la Ley, por ejemplo la acreditación de que el precio que se paga está ajustado al mercado, cuestión difícil en ocasiones de realizar en las actuaciones artísticas, máxime cuando la propia Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en su considerando 50 aprecia la singularidad de las creaciones artísticas: «Este es el caso de las obras de arte en

las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico».

En esta situación de paroxismo legal podremos llegar a ver la exigencia de que, al principio de planificación de la contratación, recogido en la ley, los servicios de cultura deban indicar antes de que empiece el año los contratos menores que van a suscribir y su importe, sin posibilidad de alteración o la aplicación de cláusulas medioambientales en las actuaciones artísticas.

### **La reforma necesaria de la Ley de Contratos**

Si se desea que las artes escénicas y la cultura en general tengan un desarrollo adecuado en nuestro estado y no sufra constantes trabas administrativas causadas por esta norma, o por la interpretación que se hace de la misma, sería conveniente estudiar la posibilidad de modificar el texto legal en seis temas:

1°. Se debiera dar una nueva redacción del artículo 168. a) 2° más acorde con la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 que permita clarificar que el término representación artística se refiere a actuaciones artísticas en vivo, evitando que al estar al lado de la expresión «obra de arte» se pueda entender que este supuesto solo se refiere a obras de arte sustanciadas en soportes físicos —pictóricas, escultóricas...—. Se proponen dos cambios, la sustitución de la palabra «representación» por «actuación» y cambiar la colocación de la excepción de pertenecer al Patrimonio Histórico Español tras la expresión mencionada.

2°. En aras de la simplificación administrativa sería conveniente la sustitución de los pliegos administrativos y técnicos en los contratos artísticos que se tramitan por el procedimiento negociado sin publicidad por un documento descriptivo. Sería aplicar el mismo sistema previsto para el procedimiento de diálogo competitivo, sustituyendo estos por un documento descriptivo que incluiría tanto las necesidades a satisfacer como los requisitos de la licitación. Este documento tendría los contenidos establecidos en la ley.

3°. En relación con los contratos menores, la creación de un nuevo artículo que recoja para la contratación artística la misma excepcionalidad en el importe que se da en los contratos de ciencia, aumentando el límite de los contratos menores artísticos a 50.000,00 €.

4°. Unificación de los documentos que deben conformar el expediente administrativo en los contratos menores, sin posibilidad de que cada administración solicite más documentación.

5°. No obligatoriedad de uso de medios electrónicos cuando los contratos tengan por objeto producciones o creaciones artísticas que se tramiten mediante procedimiento negociado sin publicidad y participen licitadores extranjeros.

6°. Que se indique en el artículo 25 de la LCSP, que establece el régimen jurídico de los contratos artísticos como contratos privados, que se exceptúa de la aplicación de la legislación privada los efectos de los supuestos de suspensión y cancelación por causas de fuerza mayor. Se establecería un nuevo artículo que indicara que se deberá compensar por los costes ya generados en la gestión del contrato estableciéndose un porcentual salvo que la compañía pueda acreditar un importe superior.

### **La resolución de los contratos de exhibición artística por COVID-19**

Para terminar este artículo, aunque es un tema puntual, se procede a analizar por su incidencia en estos momentos la regulación por parte del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo las indemnizaciones por las cancelaciones de espectáculos por COVID-19.

En el artículo 4 de este Real Decreto-Ley de medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 se establecía la posibilidad de acordar una indemnización a favor de las compañías artísticas en los supuestos de la resolución del contrato (cancelación) por la pandemia, siempre que el valor de este sea inferior a 50.000,00 €. En este supuesto la indemnización establecida no podrá ser inferior al 3, ni superior al 6 por ciento del precio del contrato.

Nos plantea dudas el encaje de esta norma dentro del sistema legal que se contempla en la LCSP. Como se ha indicado varias veces en este artículo los contratos de interpretación artística y de espectáculos son privados y se les aplicaría las normas de preparación y adjudicación de la LCSP, y en concreto desde el artículo 28 al 187. A partir de ahí, y en lo referente a sus efectos, modificación y extinción habría que atender a lo establecido en el propio contrato y a la legislación privada, quedando el derecho administrativo como supletorio. Este criterio se ha reiterado en multiplicidad de informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, entre ellos el 129/18. La normativa aplicable a los efectos, modificación y extinción de estos contratos sería:

- 1) El contrato firmado por las partes
- 2) El Código de Comercio (en lo poco que es aplicable)
- 3) El Código Civil

4) Supletoriamente el derecho administrativo, es decir esta Ley de Contratos del Sector Público.

Solo cabría entender la aplicación de este artículo 4 de dos formas:

A) Con carácter supletorio al acuerdo de las partes y al Código Civil. Entendido así de poco serviría pues la mayoría de los contratos fijan las condiciones en caso de fuerza mayor. Esto ocurriría en los contratos que las compañías hubieran firmado dentro del programa PLATEA con el INAEM, dado que en su modelo de contrato se especifica:

SEXTA.- Será causa de ineficacia del presente contrato la no realización de la actuación prevista, por cualquier motivo, ya sea imputable a la Entidad Local como a la Compañía. En estos casos el INAEM no estará obligado al pago de cantidad alguna en concepto de compensación.

O en los contratos dentro de este programa entre los municipios y las compañías<sup>12</sup>:

Cuarta. Régimen jurídico.

Serán causas de ineficacia del presente contrato los casos de fuerza mayor, como guerra, calamidad pública, incendio, inundación o cualquier otra de esta naturaleza que no permitan la apertura al público del local donde hayan de celebrarse la representación. En estos casos, la resolución del contrato se llevará a cabo con la debida buena fe de las partes.

Si las partes no pactan nada entraría en juego el Código Civil que indica en su artículo 1105 que las partes quedarían liberadas sin deberse nada —circunstancia injusta y que pone de manifiesto el desequilibrio extremo en la relación—.

B) Que este artículo sea norma de aplicación preferente (quizás por el principio que norma específica es de aplicación preferente frente a norma general), eso supondría que se estaría modificando el artículo 26 de la Ley de Contratos del Sector Público, que establece que el derecho administrativo, e indudablemente este Decreto-Ley es derecho administrativo, es supletorio al derecho civil en la ejecución de estos contratos.

Lo correcto parece que debiera haber sido cambiar el tenor de este para indicar que los contratos de interpretación artística y de espectáculos son privados salvo en lo referente a las circunstancias de suspensión por fuerza mayor, que se regirán en cuanto a la posibilidad de indemnización por causas

del COVID-19 por las condiciones establecidas en el artículo 4 del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo.

En cualquier caso, la aplicación de esta nueva norma es a todas luces injusta y coloca en peor situación al adjudicatario de un contrato artístico que cualquier otro adjudicatario de un contrato privado. El artículo 239 de la LCSP dedicado a la fuerza mayor, aplicable a los contratos administrativos, indica que el contratista tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido en la ejecución del contrato. Si la suspensión se produce con la compañía ya desplazada —estaríamos ya en la fase de actos preparatorios para la ejecución del contrato— es de suponer que difícilmente el 6% del valor contractual cubriría los costes ya generados, máxime cuando la mayoría de los cachés son inferiores a los 6.000,00 €.

Tal vez una buena práctica para salir de esta situación es que los contratos firmados entre las partes regulen las consecuencias de la resolución por COVID-19 y establezcan un sistema indemnizatorio justo para las compañías. Si así se hiciera es conveniente reflejar estas cuatro situaciones:

a) La no celebración de la/s actuación/es por imposibilidad de uso del espacio por COVID-19.

b) Que alguno de los artistas no pueda viajar por haber contraído el COVID-19 o alguna de sus variantes y no pueda ser sustituido por la compañía.

c) Que existan sospechas fundadas de poder estar padeciéndola alguno de los integrantes del elenco artístico o técnico desplazado al espacio.

d) Que alguno/a de los/las artistas se encuentre en cuarentena por prescripción médica.

Concurriendo alguna de estas circunstancias el contrato podría establecer que la compañía artística reciba una cantidad determinada por los gastos de gestión y administración que haya podido incurrir. Esta cuantía podría incrementarse si las circunstancias que justifican la resolución se producen con menos de 48 horas de antelación a la hora del inicio de la actuación. En todo caso la empresa artística debería recibir también la parte proporcional del precio del contrato por las funciones ya realizadas.

### Notas

1. Murillo, J. (1852). *Exposición de motivos del Real Decreto de 27 febrero de 1852 que regulaba los contratos sobre servicios públicos*, Gaceta de Madrid.

2. En especial de la Directiva 2014/23/UE sobre contratos de concesión y la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública. 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 se incorporó al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero.

3. *CPV* (Common Procurement Vocabulary - Vocabulario Común de Contratación Pública) es un sistema de identificación y categorización de todas las actividades económicas susceptibles de ser contratadas mediante licitación o concurso público en la Unión Europea.

4. Los procedimientos previstos, pero ya existentes en la anterior forma, al menos nominalmente son: el abierto, restringido, negociado, contratos menores, dialogo competitivo y concursos de proyectos.

5. En el Informe de Fiscalización de la contratación menor celebrada por los ayuntamientos de más de 500.000 habitantes, ejercicio 2016 del Tribunal de Cuentas se señala que los contratos menores representa un porcentaje elevado respecto del total de sus contrataciones de estas ciudades, que oscila entre el 77,82 % de Zaragoza y el 96,80 % de Valencia.

6. Transposición de esta figura contemplada en la directiva de la Unión Europea 2014/24/UE sobre contratación pública.

7. Informe 41/96, de 22 de julio de 1996 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa – Ministerio de Hacienda “Consulta sobre diversos tipos de contratos”.

8. Artículo 168 a) 2 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

9. Recomendación de 21 de octubre de 2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

10. Informe 21/16, de 27 de abril de 2017 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Exigibilidad en los contratos menores de la acreditación de capacidad y solvencia del empresario.

11. Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

12. Anexo II de la *Resolución de 9 de abril de 2019, del Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música, por la que se publica el Convenio con la Federación Española de Municipios y Provincias, para el desarrollo de la edición 2019 del Programa estatal de circulación de espectáculos de artes escénicas en espacios de las entidades locales (PLATEA)* (BOE núm. 100, de 26 de abril de 2019).