

Informe 1/2019, de 25 de Enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Asunto: Carácter privado de los contratos en el ámbito artístico y utilización del procedimiento negociado sin publicidad.

ANTECEDENTES

La Directora Gerente de la Fundación Extremeña de la Cultura, con fecha 29 de junio de 2018, solicita informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y plantea varias cuestiones relacionadas con la contratación en el ámbito artístico, como son la contratación de actuaciones teatrales, musicales y literarias, así como la celebración de exposiciones, incluyendo la contratación de comisariados. En primer lugar pregunta si es correcta la calificación como contratos privados. La segunda cuestión se refiere al procedimiento de adjudicación más adecuado cuando se superan las cuantías del contrato menor. Y por último, en caso de que pudiera acudir al procedimiento negociado sin publicidad, plantea la duda interpretativa sobre cuándo se entiende que concurre la causa de creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español, pudiendo incluirse toda actuación artística, musical o literaria, o en la contratación de comisariados de exposiciones.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 25 de Enero de 2019, acuerda informar lo siguiente:

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1º.- Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura y legitimación para solicitarle informe.

De conformidad con el artículo 3.2 del Decreto 16/2016, de 1 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como del Registro Oficial de Licitadores y del Registro de Contratos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa.

El artículo 17 del mencionado Decreto 16/2016, recoge los órganos competentes para formular la solicitud de informe, y en concreto en el apartado f) se citan a los Presidentes, Directores o Gerentes de los Entes Públicos u Organismos Autónomos dependientes de la Junta de Extremadura. La solicitud de informe a esta Junta Consultiva viene firmada por la Directora Gerente de la Fundación Extremeña de la Cultura.

El artículo 1 de los Estatutos de la Fundación Extremeña de la Cultura establece que es una fundación del sector público fundacional de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de carácter permanente, resultado de la fusión entre la Fundación Extremeña de la Cultura, la Fundación Jesús Delgado Valhondo y la Fundación Extremadura de Cine, que se regirá por sus estatutos, la Ley 50/2002, de 26 de

diciembre, de Fundaciones, la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura y la Ley 2/2008, de 16 de junio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura y demás disposiciones que le sean de obligada aplicación. Asimismo establece que la Fundación tiene personalidad jurídica independiente y patrimonio autónomo, gozando de plena capacidad jurídica y de obrar, pudiendo realizar, en consecuencia, todos aquellos actos que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines, con sujeción a lo establecido en el ordenamiento jurídico.

El artículo 2.1 g), de la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura, establece que a los efectos de dicha Ley forman parte del sector público autonómico, *“las fundaciones del sector público autonómico entendiéndose por tales aquellas en que concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos o demás entidades del sector público autonómico.

- Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.”

El sector público autonómico se divide en administrativo, empresarial y fundacional de conformidad con el artículo 3 de la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura, quedando integradas las fundaciones del sector público autonómico en el sector público fundacional.

Teniendo en cuenta los preceptos analizados se concluye que la Directora Gerente de la Fundación Extremeña de la Cultura, está legitimada para formular solicitud de informe a esta Junta Consultiva, de conformidad con el artículo 17.1 f) del Decreto 16/2016, de 1 de marzo.

2º.- **Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público**

Antes de analizar las cuestiones planteadas hemos de dilucidar la aplicabilidad de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público a las fundaciones públicas y a los consorcios: El artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP 9/17), dedicado al ámbito subjetivo de la LCSP 9/17, tras hacer la relación de entidades que integran el sector público a efectos de la LCSP 9/17 en el apartado primero, distingue dentro del sector público, qué entidades tienen la consideración de Administraciones Públicas, y además quienes son poderes adjudicadores. Estos conceptos tienen como consecuencia que el grado de intensidad de aplicación de la LCSP 9/17 varía en función de la naturaleza jurídica del sujeto contratante y determinará el procedimiento de adjudicación de los contratos.

La Fundación Extremeña de la Cultura es una fundación del sector público fundacional de la Comunidad Autónoma de Extremadura, según establece el artículo 1 de sus Estatutos. El artículo 3.1 e) de la LCSP 9/17 establece que **a efectos de dicha Ley, las fundaciones públicas forman parte del sector público**. Según este artículo se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos: *que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución; que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente; que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.*

El artículo 3.3 de la LCSP 9/17 determina las entidades que se **consideran poderes adjudicadores**, incluyendo entre éstos a las fundaciones públicas. Ahora bien, para considerarlas administración pública deberán cumplir con los requisitos determinados por el artículo 3.2.b):

“Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil , siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 , bien financien mayoritariamente su actividad ; bien controlen su gestión ; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración , dirección o vigilancia “.

En tal caso, la LCSP se aplicaría en toda su extensión, dentro del ámbito objetivo que concierne a los contratos privados.

En caso contrario nos encontraríamos ante poderes adjudicadores no Administración pública (PANAPs) y en tal supuesto, debemos acudir a la aplicabilidad de la LCSP a estos sujetos. En el mismo preámbulo de la LCSP se indica que una de las principales novedades de la ley es *“la supresión de las instrucciones de contratación para los contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública (PANAP), así como del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para las Administraciones Públicas”.*

El Título I del Libro III (arts. 316 a 320), de la ley está dedicado a los contratos de los PANAP. Así, el artículo 317 (Preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada), en adelante SARA, establece que la preparación y adjudicación de los contratos SARA que concierten los PANAP se regirán por las normas establecidas en las Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro II

de esta Ley” (artículos 115 a 187). A su vez, el artículo 318 (adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada), en adelante NO SARA) establece que, para este tipo de contratos: Los de valor estimado inferior a 40.000 euros (obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios), o inferiores a 15.000 euros (servicios y suministros), *“podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato”*.

Por el contrario, los de valor igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.225.000 euros (obras, concesiones de obras y concesiones de servicios) y los de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 209.000 euros (servicios y suministros), se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I (artículos 131 a 187).

Por tanto, tal como podemos apreciar, la ley establece, para los PANAP, la sujeción a las normas establecidas en las secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II, respecto a los contratos SARA y no SARA. En el artículo 318 permite la utilización de los procedimientos establecidos en la sección 2ª para los no SARA, si bien, en este caso no indicando la sujeción a la sección 1ª para este tipo de contrato. Ahora bien, siguiendo la interpretación efectuada por la Abogacía del Estado 2/2018 (R-32/2018) y por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su recomendación de 28 de febrero de 2018, hemos de concluir junto con la misma: *“que los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios de valor estimado inferior a 40.000 euros, y los contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15.000 euros, a los que se refiere el artículo 318.a) de la LCSP, coinciden conceptualmente con los contratos menores del artículo 118 de dicho texto legal, y quedan sujetos a las previsiones contenidas en este último precepto.”*

Y que *“Se concede a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública la posibilidad de optar por cualquiera de los procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones Públicas y ello debe entenderse como una remisión íntegra a la regulación aplicable a cada uno de estos*

procedimientos. Tal remisión no puede entenderse ajustada a derecho si no alianza también el cumplimiento de los requisitos de acceso a cada uno de ellos, tal como ocurre, por ejemplo, en el caso del procedimiento abierto simplificado del artículo 159 en sus dos modalidades, los cuales se podrán emplear siempre y cuando se cumplan los requisitos sustantivos que permiten su uso, esto es, el relativo al valor estimado del contrato en cuestión, la limitación de la utilización de los criterios sujetos a un juicio de valor y los procedimentales que les son propios (como la inscripción de los licitadores en el ROLECE).”

Lo que nos lleva a la aplicabilidad de la LCSP en toda su extensión indistintamente en ambos casos.

También hay que hacer mención a los Consorcios, a los que igualmente se refiere la consulta, dado que tienen firmados convenios de asesoramiento con la Fundación Extremeña de la Cultura. Según el artículo 2.1 h) de la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura, los consorcios forman parte del sector público autonómico, integrándose en el sector público administrativo según establece el artículo 3.1 c) de la Ley 5/2007, de 19 de abril, de General de Hacienda Pública de Extremadura.

El artículo 3.1 d) de la LCSP 9/17 establece que los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, forman parte del sector público. No obstante, los Consorcios tendrán la consideración de Administraciones Públicas a los efectos de la LCSP 9/17 cuando cumplan los requisitos establecidos en el apartado b) del artículo 2 de la LCSP 9/17, es decir, aquellas entidades con personalidad jurídica propia que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Además de estas condiciones para ser consideradas poderes adjudicadores, deben estar vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado.

La aplicabilidad de la LCSP es, por tanto, la misma que la dilucidada para las fundaciones públicas.

3º. Carácter privado de la contratación:

En primer término hemos de apuntar que todo contrato suscrito por un Poder Adjudicador no Administración Pública tiene el carácter de privado. A ello ha de añadirse que, aun cuando pudiese considerarse que se suscribe por Administración Pública, la calificación como contrato que tenga por objeto “la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000 - 5 a 79995200 - 7 , y de 92000000 - 1 a 92700000 - 8 , excepto 92230000 - 2 , 92231000 - 9 y 92232000 – 6” será también la de contrato privado. (Artículo 25 de la LCSP)

El artículo 26.1 de la LCSP 9/17 considera también como contratos privados aquellos que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 25 de la LCSP 9/17; los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas; y en último lugar, los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

Por tanto, en la definición del contrato privado se toman en consideración dos elementos, por un lado la naturaleza jurídica del sujeto contratante, y en unos supuestos específicos, los del artículo 25.1 a) de la LCSP 9/17, el objeto del contrato. Dentro de los contratos que tienen por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6, están los servicios de creación e interpretación de obras

artísticas y literarias, servicios artísticos de productores de teatro, grupos de cantantes, bandas y orquestas, servicios proporcionados por autores, compositores, escultores, artistas del espectáculo y otros artistas que trabajan individualmente, que son a los que se refiere la consulta planteada.

Teniendo en cuenta lo anterior, se considera que la contratación de actuaciones teatrales, musicales y literarias, la celebración de exposiciones, y la contratación de comisariados, cuando sean contratados por una fundación pública o consorcio cuando sean PANAPS, tienen, en todo caso, la consideración de contrato privado, de conformidad con el artículo 26.1 de la LCSP 9/17. Mientras que en el caso de las fundaciones y los consorcios que tengan la consideración Administración Pública según lo establecido por el artículo 3.2 b) de la LCSP 9/17, tienen carácter privado los contratos cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del artículo 25.1 de la LCSP 9/17. Y en el caso de los contratos en el ámbito artístico, tendrán el carácter de contrato privado siempre que el objeto de los contratos coincida con los números de referencia del Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV), que expresamente menciona el apartado primero del artículo 25.1 a) de la LCSP 9/17,

4º.- Procedimiento de adjudicación de los contratos en el ámbito artístico.

El carácter privado de un contrato determina el régimen jurídico aplicable al mismo, en este sentido, los apartados segundo y tercero del artículo 26 de la LCSP 9/17, consagran la doctrina de los actos separables, distinguiendo si el sujeto suscriptor es calificable como Administración Pública o Poder Adjudicador no Administración Pública:

“2 . Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se registrarán , en cuanto a su preparación y adjudicación , en defecto de normas específicas , por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general , y por sus disposiciones de desarrollo,aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o , en su caso , las

*normas de derecho privado , según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante . En lo que respecta a su **efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado***

*No obstante lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior , les resultarán de aplicación , además del Libro Primero de la presente Ley , el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación . En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las **condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada .***

*3. Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas mencionados en la letra b) del apartado primero del presente artículo , cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley , se regirán por lo dispuesto en el **Título I del Libro Tercero de la misma , en cuanto a su preparación y adjudicación .***

*En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado , y aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medioambiental , social o laboral , de condiciones especiales de ejecución , de modificación del contrato , de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación ; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, **cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205.***

A partir de aquí podemos dar respuesta a la segunda cuestión planteada, referente al procedimiento de adjudicación de los contratos en el ámbito artístico y que ya

hemos anticipado al analizar el ámbito objetivo de aplicación de la LCSP: la preparación y adjudicación de los mismos se acogerá a las disposiciones del Título I del Libro Tercero de la LCSP, así mismo sujetará a la misma su régimen de modificaciones.

El Título I del Libro Tercero de la LCSP 9/17, comprende los artículos 316 a 320. El artículo 317 de la LCSP 9/17 establece que la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada se regirán por las normas establecidas en las Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro II de la LCSP 9/17.

Según el artículo 318 de la LCSP 9/17, en la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada se aplicarán las siguientes disposiciones:

- *Los contratos de servicios de valor estimado inferior a 15.000 euros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.*
- *Los contratos de servicios de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 209.000 euros, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP 9/17, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168.*

Por lo tanto, desde la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública han de adjudicar sus contratos no armonizados conforme al artículo 318.b) de dicho texto legal, quedando suprimidas desde ese momento las Instrucciones internas de contratación del artículo 191. b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Tal conclusión veda la posibilidad de que los poderes adjudicadores aprueben voluntariamente instrucciones internas para aclarar el régimen de contratación no armonizada que les resulta aplicable, prohibición que debe alcanzar a cualquier efecto jurídico frente a terceros –en este caso los

licitadores de los procedimientos de contratación-. Únicamente cabría admitir la existencia de instrucciones a los efectos meramente internos y organizativos. Por el contrario, el régimen procedimental y sustantivo de la selección del contratista será exclusivamente el definido por la norma legal respecto del procedimiento escogido para la licitación, siendo estos aspectos a los que cualquier instrucción interna no puede alcanzar eficazmente. Desde luego esta circunstancia debe entenderse sin perjuicio de la aplicación del régimen de derecho transitorio que contiene la ley (DT 1ª) respecto de los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Se concede a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública la posibilidad de optar por cualquiera de los procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones Públicas y ello debe entenderse como una remisión íntegra a la regulación aplicable a cada uno de estos procedimientos. Tal remisión no puede entenderse ajustada a derecho si no conlleva también el cumplimiento de los requisitos de acceso a cada uno de ellos, tal como ocurre, por ejemplo, en el caso del procedimiento abierto simplificado del artículo 159 en sus dos modalidades, los cuales se podrán emplear siempre y cuando se cumplan los requisitos sustantivos que permiten su uso, esto es, el relativo al valor estimado del contrato en cuestión, la limitación de la utilización de los criterios sujetos a un juicio de valor y los procedimentales que les son propios (como la inscripción de los licitadores en el ROLECE).

En cuanto a la posibilidad de aplicación de contratación directa bajo la figura del contrato menor que prevé el artículo 318 habrá que tener en cuentas exigencias introducidas por la Ley 12/2018, de 26 de diciembre de contratación pública socialmente responsable de Extremadura que exige en su artículo 20:

“1 . En los contratos menores de obras de la Junta de Extremadura y su sector público autonómico que tengan la consideración de poder adjudicador de valor estimado igual o superior a 15 . 000 euros , y en los de servicios y suministros de valor estimado igual o superior a 3 . 000 euros , salvo que solo pueda ser prestado por un único empresario , en cuyo caso se justificará dicho extremo en informe motivado que se incorporará el expediente , se necesitará consultar al menos a tres empresas que puedan ejecutar el contrato, utilizando para ello medios telemáticos .

2 . Los contratos menores cuyo precio sea inferior a 5.000 euros, IVA incluido , podrán ser satisfechos mediante anticipos de caja fija, siempre y cuando se apliquen a conceptos presupuestarios susceptibles de ser pagados por este sistema .”

En la tramitación del expediente de estos contratos menores que se abonen por caja fija se exigirá únicamente la incorporación al mismo de la factura correspondiente , que deberá reunir los requisitos que establezcan las disposiciones que le resulten aplicables. Asimismo, estarán exceptuados de inscripción en el Registro de Contratos de la Comunidad Autónoma de Extremadura .

En cuanto a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad del artículo 168 de la LCSP 9/17 se exige que concurran una serie de circunstancias excepcionales para su aplicación por las Administraciones Públicas, y, tal y como indica el artículo 318 reproducido, han de concurrir también para que pueda aplicarse por los PANAPs.

Una de esas circunstancias excepcionales contempladas es que los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones : **que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español** ; que no exista competencia por razones técnicas ; o que proceda la protección de derechos exclusivos , incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial .

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

La Fundación Extremeña de la Cultura solicita una interpretación de la causa de creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español, para saber si se puede incluir en este supuesto **toda actuación artística, musical o literaria, o en la contratación de comisariados de exposiciones.**

A este respecto procede remitirse al Informe 41/96, de 22 de julio de 1996, emitido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que se pronunció concretamente sobre contratos de contenido creativo o artístico, como por ejemplo, la contratación de una orquesta o una compañía de teatro, manifestó que: *“las razones artísticas son suficientes para considerar que sólo puede encomendarse el objeto del contrato a un único empresario, pues una interpretación contraria dejaría vacío de sentido el precepto u obligaría a una labor ímproba de determinar cuando una obra artística puede ser llevada a cabo o no por otro artista o empresario, introduciendo un elevado grado de inseguridad jurídica.”*

De igual modo, Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe nº 8/2017, de 21 de junio, manifestó:

“Hay que recordar que el previsto en dicho precepto es un procedimiento excepcional que solo puede utilizarse en los supuestos taxativamente previstos en la ley, debiendo ser objeto de interpretación restrictiva. En este sentido en un reciente Informe 2/2016, de 6 de abril, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, señal que la circunstancia esencial que permite la utilización de este procedimiento es que no exista la posibilidad de promover la

conurrencia. Y en nuestra Recomendación 1/2016, de 20 de abril, relativa a la utilización del procedimiento negociado ya señalábamos que la utilización de este supuesto exige la constatación y acreditación clara e irrefutable, de que concurre una situación de exclusividad. Tal exclusividad, como precisa la Directiva 2014/24/UE en su considerando 50, debe de ser una exclusividad objetiva, que no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación. Actualmente, el artículo 32.2 b de la Directiva 2014/24/UE precisa que resultará posible acudir a este supuesto cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto por alguna de las siguientes razones:

« i) que el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única,... »

La cuestión que se debe resolver es qué se entiende en el caso de espectáculos musicales por “actuación artística única”. Sobre la subsunción de la contratación de servicios de espectáculos musicales en el supuesto al que se refiere el art. 170.1.d TRLCSP la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 41/96, de 22 de julio de 1996, en el que expresamente se le preguntaba por el procedimiento de adjudicación de contratos que tuvieran por objeto «la contratación de un artista o grupo artístico que aporta su labor creativa al espectáculo (orquestas)», se manifestó conforme con el criterio de que «las razones artísticas son suficientes para considerar que sólo puede encomendarse el objeto del contrato a un único empresario, pues una interpretación contraria dejaría vacío de sentido el precepto u obligaría a una labor ímproba de determinar cuándo una obra artística puede ser llevada a cabo o no por otro artista o empresario, introduciendo un elevado grado de inseguridad jurídica»”

No obstante, hay que determinar con precisión la naturaleza y extensión y las razones artísticas de las necesidades que pretenden cubrir mediante el contrato y la determinación de su carácter exclusivo, así como la idoneidad de su objeto y

contenido para satisfacerlas, dejando constancia en la documentación preparatoria, de conformidad con el artículo 28.1 de la LCSP 9/17.

5.º Especial referencia al contrato de comisariado:

Los servicios y funciones de comisariado dependen si hacen para un museo en exclusiva o si se trata de la organización de exposiciones temporales o, incluso itinerantes:

En líneas generales, la práctica profesional del comisario de exposiciones incluye distintas actividades específicas y opcionales que suelen ser objeto de debate y que están relacionadas con la concepción, dirección, supervisión y/o gestión, mediación y divulgación de un proyecto artístico u otros eventos relacionados con el arte y la cultura contemporánea.

Los comisarios de un museo suelen estar a cargo de la colección de objetos expuestos en la exposición permanente o en la temporal, y no sólo en el ámbito del arte, donde parecen, sino también en áreas del conocimiento humano como son la historia, la ciencia e incluso la técnica. Su trabajo, y aquí está el quid de la cuestión, incluye exhibiciones de compra, organización de exposiciones, redacción de catálogos de exposiciones y de folletos explicativos de las exposiciones, organización del personal, respuesta a las consultas públicas y trabajo de investigación. La práctica del comisario independiente, vinculado a exposiciones puntuales y temporales, se inscribe en una compleja red de relaciones multilaterales y multifuncionales. El comisario media entre las instituciones públicas y privadas, los curadores de museos, los artistas, la crítica, los periodistas, los coleccionistas, los galeristas y el propio ciudadano. Sus funciones abarcan desde la investigación y concepción hasta la documentación y materialización del proyecto expositivo. Su trabajo es fundamental para la interpretación, contextualización y la difusión de las obras de arte. Con los conocimientos necesarios y una práctica profesional relacionada siempre con la responsabilidad social y cultural, comunica al ciudadano

conceptos y discursos sobre el saber humano, que elabora sin coacciones de ningún tipo para enriquecer nuestra comprensión sobre el contenido de las exposiciones.

Todo lo expuesto es extrapolable al contrato de comisariado: si se justifica que las funciones requeridas al mismo implican el ejercicio de tareas artísticas como la Investigación y desarrollo de un concepto expositivo, la redacción del proyecto expositivo, la elaboración y formulación de propuestas de colecciones a exponer, (imágenes, listado de objetos, redacción de contenidos, etcétera) o la propuesta inicial para el diseño del proyecto adaptado al espacio físico o virtual donde tendrá lugar, la concepción del nexo narrativo de la exposición....resultará aplicable lo manifestado para la contratación mediante procedimiento negociado sin publicidad de una obra artística única. Sin perjuicio, hemos de insistir de la justificación de las circunstancias concretas en el informe al que se refiere el artículo 28 de la LCSP.

CONCLUSIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto, esta Junta Consultiva concluye que la contratación de actuaciones teatrales, musicales y literarias por parte de entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas, tienen la consideración de contratos privados de conformidad con el artículo 26.1 de la LCSP 9/17. No obstante, en el caso de los consorcios u otros entes que tengan la consideración de Administración Pública, la contratación en el ámbito artístico tendrá carácter privado, si el objeto del contrato coincide con los número de referencia CPV señalados en el apartado primero del artículo 25.1 a) de la LCSP 9/17.

En cuanto al procedimiento de adjudicación de este tipo de contratos, procede la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en los supuestos previstos en el punto segundo del artículo 168 a) de la LCSP 9/17, pues las razones artísticas son suficientes para considerar que sólo se puede encomendar el contrato a un empresario determinado.

