

Informe 8/2017, de 21 de junio de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Procedimiento de contratación de los espectáculos taurinos y musicales.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Alagón (Zaragoza), se dirige con fecha 19 de mayo de 2017, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«1. Dada la proximidad de las fiestas patronales en el municipio, surgen dudas en relación a la forma más adecuada para la contratación de los espectáculos taurinos a organizar en la plaza de toros municipal (de carácter fijo) así como para la gestión del bar de dicha instalación durante los citados espectáculos.

Se plantean dos opciones:

Su contratación como contrato menor de cuantía inferior a 6.000 euros, sin solicitud de ofertas, quedando a favor de la empresa la recaudación obtenida.

Licitación un procedimiento abierto para ambos servicios teniendo como valor estimado las ganancias a obtener por la venta de localidades y los ingresos del bar, añadidas a un presupuesto base (canon) a satisfacer por parte del Ayuntamiento, mejorable a la baja por los licitadores.

CUESTIONES: ¿Cuál es el procedimiento más adecuado?; En caso de optar por la segunda opción, ¿cuál es la forma de determinar el precio a satisfacer por el Ayuntamiento?

Por otra parte, en relación a la organización de los festejos taurinos populares (en la vía pública y de carácter gratuito), se plantean igualmente, dos opciones:

Que el Ayuntamiento, actuando como empresario organizador, contrate de forma independiente y directa, como contratos menores, los diferentes servicios de dirección de lidia, ganadería, ambulancias, seguros, etc.

Que se tramite un procedimiento abierto, incluyendo en el objeto del contrato la totalidad de las prestaciones necesarias para la organización de este tipo de festejos, determinando un presupuesto base de licitación mejorable a la baja por los licitadores, que se retribuirán únicamente del precio del contrato.

CUESTIONES: ¿Cuál sería el procedimiento a seguir?, ¿Puede hablarse de fraccionamiento del objeto de contratación en el primer caso?

2. Asimismo, en el marco de las fiestas patronales (junio y septiembre), se plantean dudas en relación a la forma más adecuada para la contratación de espectáculos musicales a organizar en dichas fechas.

Se indican tres opciones:

Contratar de manera directa e independiente cada orquesta, como contrato menor, solicitando tres ofertas cuando lo exija la normativa.

Considerar que concurre el requisito relativo a "razones artísticas" contenido en el artículo 170 d) del TRLCSP, para acudir al procedimiento negociado, con o sin publicidad.

Tramitar un procedimiento abierto, para la contratación del servicio de espectáculos musicales para la duración total de las fiestas patronales anuales.

CUESTIONES: ¿Cuál sería el procedimiento a seguir?; ¿Puede hablarse de fraccionamiento del objeto de contratación en la primera opción?, en esa primera opción, ¿qué requisitos deben concurrir para entender que el servicio solo puede prestarse por un único empresario, limitando así la concurrencia?; ¿Puede apreciarse la existencia de razones artísticas para que el contrato pueda encomendarse a un empresario determinado, en el caso de orquestas musicales?.»

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 21 de junio de 2017, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, no es

menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva, no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación, en el ámbito de la contratación pública, atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo del asunto que plantea el Sr. Alcalde de Alagón de contratar el conjunto de actividades (espectáculos taurinos y musicales) que realizan los Ayuntamientos con ocasión de sus Fiestas Patronales, para que esta Junta se pronuncie sobre las cuestiones planteadas con carácter general.

La petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, g) del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón.

II. Tipología y régimen jurídico de los contratos de espectáculos.

Los contratos de espectáculos, sea cual sea su objeto, tienen la consideración, a efectos de la normativa sobre contratos del sector público, de contratos de servicios. Se considera pacífica su inclusión en la categoría 26 del anexo II del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), enmarcándolos dentro de la categoría de «servicios de esparcimiento, culturales y deportivos». En la Directiva 2014/24 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en adelante Directiva 2014/24/UE) se clasifican estos contratos como servicios específicos del Anexo XIV y el umbral para considerarlos sujetos a regulación armonizada es de 750.000€ (con efecto directo).

Los contratos de espectáculos que tienen por objeto la realización de espectáculos taurinos o los de carácter musical no escapan a tal consideración,

tal y como ya han señalado tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en informe 9/2015 de 15 de diciembre, como el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) en su Acuerdo 13/2014, de 4 de marzo (en ambos casos referidos a espectáculos taurinos) y también el Informe 13/2014, de 22 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (respecto de los contratos de servicios musicales –organización de un festival de música-, si bien la Junta catalana concluye la posibilidad asimismo de calificarlos como contratos de gestión de servicios públicos si concurren ciertos requisitos que guardan relación con la transferencia al contratista de los riesgos de explotación del servicio).

Ahora bien, se trata de contratos de servicios que tienen la consideración de contratos privados, de acuerdo con los artículos 19.1.a y 20.1 del TRLCSP, aunque sean suscritos por entes, organismos o entidades que tengan la consideración de administración pública a efectos del TRLCSP. Esto implica que su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, se regirán por el TRLCSP 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. Con respecto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado, aunque también les serán de aplicación las normas contenidas en el título V del libro I del TRLCSP, sobre modificación de los contratos.

En la consulta, al hilo de las fórmulas de contratación de los tipos contractuales citados, se alude a prestaciones que serían objeto de contratos de servicios igualmente, si bien de categoría distinta a la 26 del Anexo II del TRLCSP. Se trata de los servicios de «gestión de bar», que encajaría mejor en la categoría 17 del mismo anexo II del TRLCSP que comprende los «servicios de hostelería y restaurante». No obstante, parece deducirse de la consulta que la inclusión de esa prestación dentro de un contrato de espectáculos no lo sería a título

principal, sino con el ánimo de facilitar al contratista una fuente de ingresos principal o complementaria con el pago de un precio. Tal circunstancia será relevante a la hora de calcular el valor estimado del contrato, como luego se analizará.

III. La contratación de espectáculos taurinos.

Los espectáculos taurinos son una categoría de espectáculos públicos sujetos en su organización a una normativa especial. En el caso de Aragón, se trata, fundamentalmente, del Decreto 223/2004, de 19 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Espectáculos Taurinos, así como el Decreto 226/2001, de 18 de septiembre, que aprueba el Reglamento de los Festejos Taurinos Populares. Esta normativa no incluye disposición alguna sobre el modo en que dichos espectáculos deban ser contratados, pero de ella cabe deducir el conjunto de prestaciones de las que, como mínimo, habría de disponer el organizador de un espectáculo de esa categoría, y que cabría identificar como: obtención de la preceptiva autorización administrativa, alquiler del ganado, servicios profesionales médicos y veterinarios, servicio de transporte sanitario, seguros obligatorios, y contratación del Director de lidia o de los profesionales taurinos.

En el caso de que fuese una entidad sometida a las disposiciones de la Ley de contratos del sector público quien, actuando como organizador del espectáculo, hubiera de contratar estas prestaciones, de objeto variado y completamente distinto, podría tramitar tantos procedimientos individuales como prestaciones fuese necesario contratar para organizar el espectáculo, aplicando el procedimiento que corresponda en cada caso. Podría utilizarse el contrato menor para la contratación de cada una de esas prestaciones si el valor estimado de las mismas no superase los 18.000 euros. Hay que recordar que la normativa aragonesa en materia de contratos impone –también a las entidades locales- la necesidad de consulta al menos a tres empresas, siempre que ello sea posible, utilizando para ello preferentemente medios telemáticos, cuando su cuantía antes de IVA sea superior 6.000 euros en el caso de los

contratos de servicios (artículo 4 Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público). Pero también cabría, aunque no superase los 18.000 euros, licitar cada una de esas prestaciones a través de un procedimiento abierto.

No debe considerarse que esta forma de contratar «individualizada» constituye fraccionamiento del contrato, puesto que el objeto de las diferentes prestaciones necesarias para organizar un espectáculo taurino es sustancialmente distinto, siendo igualmente diferentes los profesionales que las prestan.

Pero es cierto que también cabe agrupar esas prestaciones para someter a licitación, bajo la denominación de «servicios de espectáculos taurinos», no tanto su prestación directa cuanto la asunción de la función de organizador de los mismos. Y ese rol de organizador del contratista conlleva, de ordinario, la subcontratación de las diferentes prestaciones con los profesionales que las han de prestar. Existe de hecho un mercado en el que participan diversas empresas de «gestoría taurina» especializadas en la organización de este tipo de espectáculos.

En este segundo caso, el valor estimado del contrato resultaría del valor agregado de cada una de las prestaciones, incluida la comisión que percibiría el contratista-organizador del espectáculo, y en su caso –con el mismo límite de los 18.000 euros antes apuntado- cabría utilizar para su contratación el procedimiento de contrato menor, con la obligación de consulta a al menos tres empresas que también se mencionaba en el caso anterior, cuando ese valor estimado superase los 6.000 euros. La diferencia con respecto al supuesto anterior es que en el caso de esa licitación «agrupada», el importe de los 18.000 euros habría que considerarse en relación al conjunto de prestaciones que integrarían el contrato. Y también, como en el caso anterior, cabría la tramitación de un procedimiento abierto.

Puesto que el organizador de estos espectáculos muy probablemente deberá subcontratar varias de las prestaciones que integran el objeto del contrato, conviene desactivar el límite fijado en el art. 227.2.e TRLCSP, que establece un porcentaje máximo de subcontratación del 60 por ciento del importe de adjudicación, salvo que se fije otro porcentaje distinto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Ambas opciones (contratación individualizada o selección de un organizador del espectáculo) serían viables jurídicamente al margen de que los espectáculos taurinos se hayan de desarrollar en una instalación cerrada habilitada para ello o en la vía pública. En ambos casos, si el organizador del espectáculo es distinto del titular del recinto o de la vía pública, deberá contar asimismo con la preceptiva autorización administrativa (distinta de la necesaria para organizar el espectáculo) para la utilización de ese recinto o de la vía pública.

La «gestión del bar», cuando el espectáculo se celebra en un recinto cerrado, tendría una doble naturaleza. Por una parte, sería una prestación adicional del contrato, y por otra, la recaudación que obtuviera el contratista que gestionase ese bar constituiría una forma de pago del precio del contrato. El artículo 25 del TRLCSP exige para que puedan fusionarse prestaciones de distintos tipos contractuales que exista vinculación entre ellas y mantengan relaciones de complementariedad. Estos mismos requisitos se exigen por los tribunales administrativos de recurso especial en los supuestos de prestaciones que forman parte del mismo tipo contractual. De la consulta parece deducirse que dicha vinculación existe, al tratarse de actividades que se dan en el mismo espacio físico, pues como ha manifestado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 780/2014 *«las prestaciones vinculadas deben ser aquellas que tengan una relación material directa, porque las materias a las que afecten versen sobre cuestiones muy próximas»*. Por lo tanto, para el caso de incluirse en el contrato, a los efectos de calcular el valor estimado del contrato y determinar el procedimiento de adjudicación aplicable,

habría que añadir una estimación de esa recaudación que va a obtener el contratista por la gestión de ese bar. Precisamente sobre esta cuestión, en nuestro Informe 13/2014 ya establecimos las pautas a seguir para la determinación del valor estimado de los contratos de gestión de bares y cafeterías, señalando en aquella ocasión que:

«... a efectos de publicidad, procedimientos de adjudicación, solvencia del empresario y recursos contractuales, debe computarse, para el cálculo del valor estimado del contrato, como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 25/2012, de 20 de noviembre, «el valor total del negocio de cafetería objeto de explotación de acuerdo con el contrato (para lo cual puede utilizarse la estimación de ingresos a obtener de acuerdo con los precios previstos), por el período de tiempo de que es objeto, incluyendo las aportaciones que pueda hacer la Administración contratante en forma de asunción de gastos de funcionamiento (agua y luz) e incluyendo las modificaciones previstas de acuerdo con el pliego».

Solo con esta interpretación de cómo se calcula el valor estimado en este contrato se cumplen los principios recogidos en el artículo 1 TRLCSP, libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, que deben presidir toda licitación pública.»

IV. La contratación de espectáculos musicales.

Respecto de la contratación de los espectáculos musicales, que comparten con los taurinos la misma calificación y régimen jurídico, la consulta plantea la posibilidad de su contratación con arreglo al procedimiento de contrato menor, procedimiento negociado con o sin publicidad, o bien conforme a un procedimiento abierto.

Lo cierto es que la única de las tres opciones que podría plantear alguna duda sería la segunda, puesto que la primera (contrato menor, siempre que cada contrato no supere los 18.000 euros) y la tercera (procedimiento abierto) son perfectamente viables para la contratación de servicios de espectáculos musicales.

Por cuanto respecta a la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado, el art. 170.1.d TRLCSP habilita tal posibilidad:

«d) Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado.»

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, señala que la circunstancia esencial que permite la utilización de este procedimiento es que no exista la posibilidad de promover la concurrencia. 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»

Podemos entender que a pesar del tiempo transcurrido sus conclusiones siguen vigentes y procede concluir, por tanto, que el procedimiento negociado por razones artísticas también podrá ser utilizado para la contratación de los espectáculos musicales.

No puede hablarse de fraccionamiento del contrato cuando los espectáculos se contraten uno a uno, siguiendo, motivadamente, en cada caso los trámites de los procedimientos de contrato menor, negociado –o incluso abierto-, pues aunque todos ellos comparten el mismo objeto «en abstracto», la forma de ejecutar las prestaciones, imbuida de una componente artística singular y diferenciadora, permitiría concluir que no nos encontramos ante las mismas prestaciones «en concreto».

III. CONCLUSIONES

I. Los contratos que tienen por objeto la organización de espectáculos taurinos o actuaciones musicales son contratos de servicios, si bien de naturaleza privada, circunstancia que condiciona su régimen jurídico.

II. Las formas de contratación de los espectáculos taurinos aparecen condicionadas en función de que la entidad contratante asuma la condición de organizador de los mismos, o no. En el caso de que el Ayuntamiento actúe como empresario organizador de los festejos taurinos populares, ya sea en la plaza de toros o en la vía pública, no existe inconveniente legal para que pueda contratar de forma individualizada las distintas prestaciones que resultan

necesarias para celebrar el espectáculo cumpliendo con las exigencias que impone la normativa reguladora de este tipo de espectáculos. Si por el contrario, el propio objeto del contrato fuese la selección del «organizador» de los espectáculos, en ese caso, el valor estimado del contrato –que condicionaría en algunos supuestos el procedimiento a utilizar- resultará del valor agregado del conjunto de prestaciones que el contratista debe proveer, asegurando además su conformidad con lo dispuesto en la normativa propia reguladora de los espectáculos taurinos.

III. 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.

Informe 8/2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 21 de junio de 2017.