

Informe 41/96, de 22 de julio de 1996. "Consulta sobre diversos tipos de contratos".

8.13. Otros informes. Otros contratos.

ANTECEDENTES

1. Por el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Educación y Cultura, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música (en adelante INAEM) lleva a cabo, para realizar sus espectáculos, varios tipos de contratos cuya calificación y formas de adjudicación han suscitado una serie de dudas cuya consulta a esa Junta ha sugerido la Mesa de Contratación del, hasta ahora, Ministerio de Cultura.

Nos referimos por lo tanto, a continuación, a ese tipo de contratos, con el ruego de que la Junta Consultiva emita su parecer en relación con las cuestiones que se plantean en torno a los mismos.

1.- TIPO DE CONTRATOS EN LA REALIZACION DE ESPECTÁCULOS.

En primer lugar, señalamos que, a la hora de montar un espectáculo, el INAEM, entre otras, tiene que llevar a cabo una serie de contrataciones que podemos agrupar de la siguiente manera:

GRUPO 1. Contratos no artísticos.

Son aquellos en los que se adquieren o alquilan elementos de una producción o se realizan trabajos que no son únicos ni originales, aunque sí lo sea el producto final. Son típicos los de construcción de una escenografía, o confección de un vestuario, que se ejecutan siguiendo las instrucciones dadas por el Instituto en un proyecto elaborado por un escenógrafo o figurinista. Lo más característico es que no aportan elementos significativos que individualicen la realización frente a otras que pudieran hacerse con las mismas instrucciones. Podemos conceptuarlos también como adquisiciones de elementos o ejecución de trabajos no esencialmente creativos.

GRUPO 2. Contratos de contenido creativo o artísticos..

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

GRUPO 3. Contratos de contenido creativo por los que se adquieren derechos de propiedad intelectual.

En puridad podrían incluirse en el grupo 2, pero se añaden aquí por considerar que deben tener, como veremos, un tratamiento especial.

2. CUESTIONES QUE SE PLANTEA.

Con carácter previo, señalemos que no se incluyen en la consulta los contratos que la Ley define como "menores", sino únicamente los que se llevan a cabo por cuantías superiores.

Básicamente, las cuestiones que se plantean respecto a estos tres grupos de contratos son:

- Su naturaleza. Esto es, si son públicos o privados y, en el caso de tener naturaleza jurídica pública si se trata de contratos nominados o contratos administrativos atípicos o innominados.
- El procedimiento de adjudicación. Si deben ser adjudicados mediante concurso o mediante procedimiento negociado sin concurrencia (a través de la Mesa de Contratación o directamente por el Organo de Contratación, es decir, el INAEM).

A continuación trataremos de plantear ambas cuestiones en relación con los tres grupos de contratos que hemos definido.

2.1. En el grupo 1 hemos incluido básicamente contratos de suministro, sobre todo de fabricación, consistentes en adquisiciones de elementos no singulares ni originales y, especialmente en la construcción de escenografías, confección de vestuarios y similares.

La principal duda que se plantea es si, cuando se trate de suministros, deben ser considerados como contratos privados o administrativos, esto es, si concurren en ellos las circunstancias que se contemplan en el artículo 3.1.f. de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), o bien deben recibir el tratamiento que para los contratos de suministro se contempla en el Título III del Libro II de la mencionada Ley.

El INAEM es un Organismo autónomo de carácter comercial, al que, de acuerdo con el art. 14 del RD. 565/1985, de 24 de abril (BOE del 30) que regula básicamente su estructura, corresponde realizar, entre otras acciones específicas, la ejecución de actividades musicales, teatrales y escénicas. Para el desarrollo de estas actividades, que efectúa directamente, adquiere una serie de suministros que integra en sus espectáculos. Dichos espectáculos constituyen el producto final que ofrece al público, que los "consume" tras pagar el precio de las correspondientes entradas. Por lo tanto cabría incluir este tipo de suministros dentro del supuesto que se regula en el citado art. 3 apdo. f. de la LCAP.

Esta interpretación, sin embargo, contrasta con la doctrina reiterada por el Tribunal Supremo (SS 5 octubre 1983, 3-octubre-1983, 16-noviembre-1983, 30-abril-1985, 14-marzo-1986, 9-octubre-1987, etc.), que afirma que, "prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común, hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendido este concepto en la acepción más amplia, para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia...". El párrafo entrecomillado forma parte de un informe de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Cultura, en relación con la naturaleza de un contrato firmado por el INAEM. Se acompaña

fotocopia del mismo, con la salvedad de que fue redactado estando vigente la anterior Ley de Contratos del Estado.

De considerarse contratos privados ¿deben éstos adjudicarse mediante concurso público o sería suficiente con promover la debida concurrencia en el sector correspondiente, mediante la petición de ofertas?. En ambos casos ¿deberían llevarse a cabo las actuaciones a través de la Mesa de Contratación del Ministerio de Cultura (no existe Mesa en este Instituto), o bien podría realizarlas el propio Organismo como órgano de contratación?.

2.2. En el grupo 2 hemos descrito los contratos de contenido creativo o artístico.

Se trata, generalmente, de contratos de suministro o de trabajos artísticos.

2.2.1 En los de suministro se adquieren elementos para un espectáculo que son concretos y determinados, y de los que no existe una pluralidad de ejemplares disponibles. A veces se trata del alquiler o compra de una escenografía entera que ya ha sido diseñada y construida por otro teatro y que el director de la Unidad del INAEM considera, dentro de la esfera de su necesaria autonomía artística, que se acomoda a la programación por él prevista. Estos contratos de suministros, en cuanto a su naturaleza, podrían ser considerados como los enunciados aquí en el apartado 1, pero en lo relativo al procedimiento para su adjudicación queda claro que no puede haber concurrencia, pues se plantean en relación con la adquisición de un objeto cuyas características lo configuran como único. La duda, pues, que se plantea en este caso es si deben ser considerados contratos privados o bien administrativos, de suministro, a los que resultaría de aplicación el art. 183.c de la LCAP.

2.2.2 Pero también en este grupo 2 nos hemos referido a los contratos de trabajos artísticos. Un ejemplo muy ilustrativo es la contratación de una orquesta o una compañía de teatro. Al no ser un contrato de suministro, la cuestión no puede plantearse como en el caso anterior; entendemos que no tiene cabida en el citado artículo 3.f de la LCAP sino por analogía. Cuando no se adquieren derechos de propiedad intelectual (se adquieren normalmente al contratar un grupo para llevar a cabo una grabación, por ejemplo), creemos que deben ser calificados como contratos administrativos, si bien resulta dudosa su inclusión en el Título IV del Libro II de la LCAP pues es difícil identificarlo con ninguno de los supuestos a que se hace referencia en el art. 197 de la LCAP y sólo indirectamente se pueden vincular al 207 apdo. 26 y al 211.b) de la citada Ley. Además, serían inviables en algunos caso, al aplicarse los artículos 25 y 20.k de la LCAP a Orquestas o compañías de carácter no estable, o de carácter público que son la mayoría. Entendemos que podrían ser considerados como contratos administrativos atípicos o innominados que se regirían por sus propias normas o bien como contratos de consultoría y asistencia o de servicios con todas las dificultades que esto comportaría. De todos modo, como en el caso anterior, pensamos que no cabe la concurrencia en el procedimiento que se siga para su adjudicación.

Este último aserto, la no concurrencia, es el que más dudas ha suscitado a la Mesa de Contratación del Ministerio de Cultura. Ultimamente estos contratos artísticos se están tramitando, en general, como contratos de consultoría y asistencia o de servicios y por el Instituto se entiende que cabe aplicarle el artículo 211 apdo. b, debido a su carácter artístico.

Para el Instituto, el artículo 211.b, debe ser interpretado en el sentido de que la Ley reconoce que las razones artísticas son suficientes para considerar que sólo puede encomendarse el objeto del contrato a un único empresario. La Mesa entiende que cabría otra interpretación, aunque la formula con reservas; indica que no bastaría con que el objeto del contrato fuera artístico, pues además debería haber un único empresario capaz de llevarlo a cabo. Para el Instituto esta última afirmación, si se enuncia en muy amplios términos, dejaría vacío de sentido el precepto. Entendemos que todo lo artístico es único. Consustancial a la esencia de lo artístico es precisamente la originalidad e individualidad y creemos que así lo ha entendido la Ley.

Se trataría en realidad de dilucidar aquí qué quiere decir que haya "un único empresario capaz de llevarlo a cabo". Es opinión de este Instituto que todos los trabajos artísticos son únicos y, lógicamente, el artista que los realiza es único en relación con su propia obra. Y eso es lo que viene a decir la Ley.

Si no, y por reducción al absurdo podría llegarse a conclusiones tales como que no se puede adquirir, por ejemplo, un cuadro de Picasso, sin haber convocado un concurso previo, porque "un cuadro" es algo de lo que hay más de uno y puede pintar más de una persona. Debería parecer igual de absurdo el no poder contratar una orquesta determinada sin convocar previamente un concurso mundial o nacional de orquestas porque orquestas hay más de una. A nuestro modo de ver, la Ley va precisamente contra esta última interpretación y en la línea de que toda producción artística es única. Esto es, las razones artísticas determinan que el empresario sea único.

Por otra parte, cuando se promueve concurrencia en el sentido y de la forma que la trata la Ley debe resolverse la adjudicación de acuerdo con criterios objetivos. Y no hay criterios objetivos que se puedan utilizar a la hora de valorar lo artístico. No se trata de seleccionar una orquesta frente a otra por el precio, o el número de veces que ha interpretado a tal o cual compositor, sino que lo que se valora es su cabida en el espectáculo que trata de ofrecerse al público. Y esa decisión está, y creemos que debe estar, dentro del ámbito de la autonomía artística de las personas designadas para llevar a cabo la programación del INAEM. Insistiendo en lo anterior, se contrata a una orquesta por ser ella misma, no por ser una de tantas que tocan música.

Por eso existen en el mercado versiones distintas de una misma composición y consideramos que cada una de ellas es única y no intercambiable con las demás.

3. En el grupo 3 nos hemos referido a contratos cuyo contenido es de carácter creativo y sobre el cual el INAEM adquiere derechos de propiedad intelectual.

Parece bastante claro que se aplica aquí lo preceptuado en el art. 5.3 de la LCAP, por lo que no nos detendremos más en ellos. Baste decir que se rigen básicamente, por las prescripciones contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual, cuyo texto refundido se ha publicado recientemente.

3. CUESTIONES CONCRETAS.

Hasta ahora hemos venido exponiendo las dificultades que se le plantean a este Organismo a la hora de calificar determinadas contrataciones que debe llevar a cabo para la realización de sus espectáculos. Parece oportuno, en este momento, concretar la consulta en una serie de cuestiones, para mayor claridad:

3.1 Respecto a los contratos de suministro o fabricación no artísticos que realiza el Instituto para sus espectáculos:

3.1.1 *¿Son públicos o privados?*

3.1.2 *Si son privados:*

3.1.2.1 *¿Pueden adjudicarse por procedimiento negociado?*

3.1.2.2 *¿Deben llevarse a cabo las actuaciones para seleccionar al contratista a través de la Mesa de Contratación del Ministerio o puede realizarlas el Organismo sin intervención de la Mesa?*

3.2 *En relación con los contratos para la realización de trabajos artísticos:*

3.2.1 *¿Pueden ser administrativos especiales, o deben ser necesariamente de consultoría y asistencia o de servicios?. En el segundo caso, el requisito de la clasificación, sea en España o en otro país de la Unión europea, haría inviables muchos de estos contratos con formaciones orquestales, teatrales o coreográficas, pues en estos ámbitos no suelen realizarse trámites para la clasificación ni existe tradición en este sentido, entre otras razones porque muy a menudo, como sucede con las que dependen de este Organismo, se trata de formaciones de carácter público.*

3.2.2 *Por último, ¿es correcta la interpretación del Organismo que entiende que los contratos con formaciones orquestales, teatrales y coreográficas son artísticos y por lo tanto se adjudican mediante procedimiento negociado sin concurrencia?*

3.2.3 *Es obligatorio en este último caso que realice la propuesta correspondiente la Mesa de Contratación.*

3.3. *En relación con los contratos privados, en virtud de los cuales se adquieren propiedades incorpóreas, ¿deben tramitarse a través de la Mesa de Contratación, que realizaría la propuesta de adjudicación, o pueden concertarse directamente por el Organo de Contratación?."*

2. Conforme se indica en el anterior escrito al mismo se acompaña fotocopia de un informe del Servicio Jurídico del Estado en el entonces Ministerio de Cultura, en el que respecto a la naturaleza jurídica del contrato suscrito entre el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música y la Orquesta Sinfónica de Madrid (Orquesta Arbós)) se inclina, después de expresar las dudas doctrinales y jurisprudenciales existentes en orden al deslinde entre contratos privados y administrativos, a atribuir al contrato el carácter de administrativo, por entender que "la cultura" es un servicio público y que el Instituto presta el mismo a través de sus actuaciones musicales.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Siguiendo la misma ordenación sistemática del escrito de consulta procede examinar la naturaleza jurídica privada o administrativa de los tres grupos de contratos a que se refiere -contratos no artísticos, contratos de contenido creativo o artísticos y contratos por los que se adquieren derechos de propiedad intelectual- para, a continuación, examinar el problema suscitado común a los tres grupos de la intervención de la Mesa de Contratación en el procedimiento de adjudicación.

2. El primer grupo de contratos a que hace referencia el escrito de consulta, es el de los que califica de contratos no artísticos o de adquisiciones de elementos o ejecución de trabajos no esencialmente creativos, citando como ejemplo de los mismos los de construcción de una escenografía o confección de un vestuario que se ejecutan siguiendo las instrucciones dadas por el Instituto en un proyecto elaborado por un escenógrafo o figurinista.

La duda que se plantea al Organismo consultante es la de si estos contratos, cuando se trate de suministros, deben considerarse privados o administrativos y si resulta de aplicación a los mismos el artículo 3.1.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Ante todo, respecto a esta última cuestión esta Junta entiende que la aplicación del artículo 3.1.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto excluye de la aplicación de la misma a los contratos de suministro relativos a actividades directas de los Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial de acuerdo con sus fines peculiares y siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la Ley, debe ser resuelta con anterioridad y con independencia del carácter público o privado del respectivo contrato y, en este sentido, considera que el artículo 3.1.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no resulta aplicable a los elementos de escenografía o vestuario adquiridos por el Instituto pues, aparte de otras razones, resulta imposible entender que dichos elementos se devuelven al tráfico jurídico patrimonial con la respectiva representación, dado que incorporarlos al tráfico jurídico patrimonial, en sentido estricto que es el que debe prevalecer, significa que dichos elementos podrían ser objeto de sucesivas transmisiones, después de adquiridos por el Instituto, cosa que no sucede en el presente caso.

Descartada la aplicación del artículo 3.1.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, queda por resolver la cuestión básica de si estos contratos deben considerarse privados o administrativos, debiéndose tener en cuenta, al respecto que el artículo 5.2.a) de la misma Ley considera contratos administrativos típicos aquellos cuyo objeto directo sea la realización de suministros, por lo que ya no puede entrar en juego la prescripción del apartado 3 del propio artículo 5 que con carácter residual, para calificar a los contratos como privados se refiere a los "restantes contratos" es decir, en el caso presente a los que no merezcan el calificativo de contratos administrativos de suministro, ni de los restantes contratos administrativos típicos a que se refiere el artículo 5.2.a) o administrativos especiales incluidos en el artículo 5.2.b).

Calificados como administrativos, estos contratos deberán adjudicarse mediante aplicación de las normas generales de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debiendo recordarse que constituyen procedimientos normales de adjudicación el abierto y el restringido, ambos mediante subasta y concurso y que el procedimiento negociado solo procede en los casos y por las causas determinadas en la Ley (artículo 76 de la Ley), sin que por tanto, con carácter general, pueda darse contestación a la pregunta formulada, en realidad para el supuesto de contratos privados, de si procede el concurso público o sería suficiente con formular petición de ofertas, es decir, utilizar el procedimiento negociado, pues será en cada caso concreto y según las circunstancias concurrentes, cuando deberá determinarse la aplicación posible del procedimiento negociado por las causas que, para el suministro establecen los artículos 182 y 183 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. En el segundo grupo de contratos -los que el escrito de consulta califica de contenido creativo o artístico, poniendo como ejemplo característico el de la contratación de artistas o grupos artísticos- esta Junta considera oportuno remitirse a sus recientes informes de 30 de mayo de 1996 (Expedientes 31/96 y 35/96) en los que se sienta la conclusión de que los contratos con artistas, orquestas y grupos para actuaciones musicales o teatrales tienen que ser calificados como contratos privados de la Administración conforme al artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que atribuye tal carácter a todos los contratos que no puedan configurarse como contratos administrativos típicos (artículo 5.2.a)) ni como contratos administrativos especiales (artículo 5.2.b), por no reunir los requisitos y características establecidos en dicho artículo y apartados. La consideración de contratos privados viene a resolver el problema suscitado de la exigencia de clasificación, que debe ser resuelto en sentido negativo, dado que la aplicación resultante del artículo 9

de la aplicación, en cuanto a su preparación y adjudicación de las normas de la Ley, es simplemente analógica y no puede extenderse a extremos incompatibles con la naturaleza de estos contratos como son las normas de clasificación, como ha mantenido esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes de 28 de febrero de 1985 (Expediente 10/1985) y de 10 de julio de 1991 (Expediente 14/91) entre otras razones por inexistencia de grupos y subgrupos concretos de clasificación para los contratos privados.

En cuanto al procedimiento de adjudicación de estos contratos, dado que según el artículo 9 de la Ley, en cuanto a su preparación y adjudicación, se rigen por la presente Ley y normas de desarrollo, en defecto de normas especiales inexistentes en el presente caso, también se ponía de relieve por esta Junta en los citados informes de 30 de mayo de 1996 la frecuencia con que, dada la naturaleza específica de estos contratos, podrá ser utilizado el procedimiento negociado sin publicidad, aplicando por analogía las normas del artículo 141.b); 160.2.a); 183.c), y 211.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en los que se alude a razones artísticas, en particular, o, en general, a supuestos en que no resulte posible promover la concurrencia como causas justificativas de la utilización de dicho procedimiento de adjudicación.

Desarrollando más concretamente aquella conclusión la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se manifiesta conforme con el criterio manifestado por el Instituto consultante 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 cuando una obra artística puede ser llevada a cabo o no por otro artista o empresario, introduciendo un elevado grado de inseguridad jurídica.

4. El último grupo de contratos -el relativo a los de adquisición de propiedades incorpóreas, concretamente derechos de la propiedad intelectual-, o suscita dificultad alguna ya que el artículo 9.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas determina que los contratos de adquisición de propiedades incorpóreas se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable en cada caso, lo que en último término determinará, en lo procedente, la aplicación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por resultar así de los artículo 96 a 99 de la Ley de Patrimonio del Estado.

5. A lo largo del escrito de consulta se hace una serie de referencias a la Mesa de Contratación cuestionando si su intervención es preceptiva y si debe actuar la Mesa del Instituto o la Mesa del Ministerio.

En este punto únicamente cabe destacar que el artículo 82 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como innovación en relación con la legislación anterior, ha considerado preceptiva la intervención de la Mesa de Contratación en los procedimientos negociados y dado que el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música es un Organismo autónomo sujeto a la Ley según su artículo 1, habrá de adjudicar los contratos, incluso por procedimiento negociado, con intervención de la Mesa de Contratación, siendo aspectos organizativos internos del Ministerio y del Instituto, ajenos a la competencia de esta Junta, al determinar si el Instituto ha de crear su propia Mesa, lo que, por otra parte, parece una solución lógica o se puede disponer la actuación de la Mesa del Ministerio en los contratos celebrados por el Instituto.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

- 1.** Que los contratos de suministro que celebre el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música a que se refiere el escrito de consulta como contratos no artísticos, no pueden quedar excluidos de la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al amparo de su artículo 3.1.f) y deben adjudicarse con arreglo a las normas generales de la Ley y, por tanto, con utilización del procedimiento negociado en los casos taxativamente señalados en la misma.
- 2.** Los contratos de contenido creativo o artístico a que se refiere el propio escrito de consulta deben ser calificados como contratos privados y, en cuanto a su régimen jurídico, en la preparación y adjudicación, se aplicarán, en defecto de normas especiales inexistentes, las de la propia Ley que, sin embargo, no comprenden, por incompatibilidad con su naturaleza, la relativas a la clasificación.
- 3.** En los contratos a que se refiere la conclusión anterior, será utilizable frecuentemente, por razones artísticas, el procedimiento negociado sin publicidad, por aplicación analógica de las normas de la Ley que lo regulan.
- 4.** Los contratos de adquisición de propiedad intelectual, se rigen por la legislación patrimonial del Estado, sin perjuicio de la posible aplicación de la legislación específica de propiedad intelectual.
- 5.** Conforme al artículo 82 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas la intervención de la Mesa de Contratación resulta preceptiva en los procedimientos negociados, sin que a esta Junta corresponda pronunciarse en cuanto a los aspectos organizativos relacionados con la constitución de la referida Mesa.