



Expediente 129/18

**Materia: Contratos privados de interpretación artística y espectáculos.
Régimen jurídico aplicable.**

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Ferrol ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“El Ayuntamiento de Ferrol perfecciona regularmente contratos privados de creación e interpretación artística y de espectáculos en los que la retribución del contratista consiste en el derecho a percibir un precio del público asistente (taquilla), de conformidad con las tarifas fijadas en el contrato (acompañado o no de caché).

En el año 2014, el Ayuntamiento de Ferrol aprobó una ordenanza reguladora de precios públicos por la utilización de los servicios e instalaciones culturales en cuya disposición adicional segunda se recoge un régimen económico especial de aquellos contratos de creación e interpretación artística y de espectáculos en los que se traslada la totalidad del riesgo de la actividad al adjudicatario.

El texto de la disposición es el siguiente:

"DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. Régimen económico de los contratos de creación e interpretación artística y de espectáculos en los que se traslada la totalidad del riesgo de la actividad al adjudicatario.

No tendrán la naturaleza de precios públicos las contraprestaciones onerosas abonadas por los usuarios a los adjudicatarios de contratos de creación e



interpretación artística y de espectáculos (recaudación de taquilla) en aquellos supuestos en los que la contraprestación del contrato de creación o interpretación artística o de espectáculos adjudicado por la Administración consista, bien en el derecho a explotar la actividad o espectáculo, bien en dicho derecho acompañado de un precio (caché).

A tal fin, mediante la resolución motivada del concejal delegado de Cultura en la que se acuerde el inicio del expediente de contratación, podrá establecerse que la contraprestación de la actividad contratada dentro de la programación que desarrolle el Ayuntamiento de Ferrol consista, bien en el derecho a explotar la actividad mediante la percepción de la totalidad de los ingresos derivados de la misma, bien en dicho derecho acompañado de un precio cierto (caché).

En el supuesto contractual regulado en la presente disposición se tendrán en cuenta las siguientes peculiaridades:

- a) Las cantidades percibidas en concepto de derechos de taquilla tendrán la consideración de precio privado totalmente ajeno al presupuesto y contabilidad municipal, y no se tendrán en cuenta a los efectos de calcular el precio del contrato constituido en estos casos únicamente por el importe del caché, (en el supuesto de existir este).*
- b) Tanto el precio de las entradas como el número de entradas de protocolo quedan supeditadas a la libertad de pactos. Estas cuestiones quedarán reflejadas en el pliego contractual, en el acuerdo de adjudicación del contrato o en el contrato que se firme al efecto. En el supuesto de que no se establezca precio alguno en los documentos anteriormente citados, serán de aplicación supletoria las cuantías establecidas en la ordenanza de precios públicos para este tipo de actividades.*
- c) El adjudicatario del contrato tendrá la condición de prestador de servicio al consumidor final (usuario o asistente al espectáculo) a todos los efectos fiscales. Consecuentemente, y con independencia del sistema de recaudación*



empleado de los derechos de taquilla, figurará como tal en las entradas, en las que constará su CIF, razón social y demás información identificativa legalmente exigida.

- d) La modalidad, medios de gestión y recaudación de la taquilla serán de libre elección y contratación por parte de la entidad contratada y totalmente ajenas al Ayuntamiento, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente.*

En los supuestos en los que se acuerde que el cauce de venta de las entradas sea a través del servicio de pasarela de pagos o terminal punto de venta virtual propio de este Ayuntamiento y, en su caso, mediante despacho de entradas, la gestión y recaudación de la taquilla se realizará por el Ayuntamiento por cuenta del contratista.

El Ayuntamiento, después de la comprobación de la cuantía recaudada, ingresará su importe en la cuenta bancaria que el contratista designe a estos efectos.

En el supuesto de que la colaboración municipal en la venta de entradas se realice exclusivamente en dependencias municipales (despacho de entradas), se articulará mediante relación contractual entre el adjudicatario del servicio de taquilla física y el adjudicatario del contrato de creación e interpretación artística y de espectáculos, siendo esta relación totalmente ajena al Ayuntamiento."

En fechas recientes, la Intervención municipal emitió diversos informes en los que, tras recordar que los contratos de espectáculos son contratos privados (art. 25 LCSP) que se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo (art. 26 LCSP) concluye que, en la medida en la que la Ordenanza municipal de precios públicos prevé un procedimiento específico de contratación (adjudicación directa por el Concejal delegado), dichos contratos, con independencia de su valor, no se rigen por los procedimientos regulados en la LCSP.



El tenor literal del argumento es el siguiente:

"Pues bien, aunque la LCSP remite al Libro primero de la LCSP para la preparación y adjudicación de los contratos privados, también es cierto que en primer lugar rige la norma específica de este contrato de espectáculos, pudiéndose y debiéndose considerar como tal la que el Ayuntamiento de Ferrol se dio a sí mismo en el ejercicio de su potestad normativa y reglamentaria, y se plasma en la DA segunda de la Ordenanza n° 5 de precios públicos." (...)

"Descartada la figura del contrato menor (...) y el procedimiento de adjudicación por la modalidad de contrato menor, tanto por su régimen específico contenido en la Ordenanza n° 5 como por las bases de ejecución del presupuesto, queda por señalar que el contenido de este contrato privado "sui géneris" (que podría denominarse contrato de espectáculos al amparo de la DA 2ª de la Ordenanza de precios públicos n° 5o) es el de la DA 2ª, es decir, el espectáculo que corresponde (objeto), en la fecha prevista y por el precio de taquilla, que no tiene naturaleza de ingreso municipal porque asume el riesgo el prestador, identificando en las entradas sus datos fiscales, y que abona directamente la empresa que presta el servicio de taquilla; en cuanto a su procedimiento es el señalado en la repetida DA 2ª (...)"

Ante tal informe surgen criterios opuestos acerca de si la disposición administrativa de carácter general aprobada por el Ayuntamiento de Ferrol (ordenanza reguladora de precio público), se considera norma específica a los efectos de lo dispuesto en el art. 26.2 LCSP y, en consecuencia, si el Ayuntamiento de Ferrol puede disponer la adjudicación directa de contratos de creación e interpretación artística y de espectáculos cualquiera que sea su valor siempre que concurra el supuesto de hecho previsto en la ordenanza (cesión del derecho de percibir del público el precio de las entradas).

De no ser así y, consecuentemente, de ser necesario aplicar los procedimientos regulados en la LCSP en función del valor del contrato, surge la duda sobre de la



posibilidad de aplicar analógicamente la regla de cálculo establecida en el artículo 101.b) LCSP, para los contratos de concesión de servicios, según la cual el valor del contrato se correspondería con el "importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, que según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato".

Finalmente, el reciente informe de la JCCA 57/2018 (Relación entre los contratos privados y las reglas de preparación de los contratos menores), en el que se concluye la aplicación del artículo 118 a los contratos privados, plantea igualmente la cuestión de si tal artículo 118 sería de aplicación a aquellos contratos de creación e interpretación artística y de espectáculos en los que la contraprestación del contratista consista única y exclusivamente en el derecho de percibir del público el precio de las entradas, siempre que el valor estimado de la recaudación sea inferior al umbral de los contratos menores. Por todo lo cual, solicito la emisión de informe acerca de las siguientes cuestiones:

¿Se considera norma específica a los efectos de lo dispuesto en el artículo 26 LCSP la disposición administrativa de carácter general aprobada por la Entidad Local? ¿Tal disposición administrativa prevalece sobre la LCSP y puede disponer la adjudicación directa de los contratos de creación e interpretación artística y de espectáculos con independencia del valor del contrato?

Para el cálculo del valor del contrato de creación e interpretación artística y de espectáculos en los que la retribución del contratista consista en el derecho a cobrar al público asistente un precio (taquilla), acompañado o no de caché ¿ha de aplicarse analógicamente la regla establecida en el artículo 101. b) LCSP para los contratos de concesión de servicios? Y si esto es así ¿Ha de entenderse que la entrada en vigor de la LCSP ha desplazado la vigencia del apartado a) de la Disposición Adicional Segunda de la Ordenanza (no inclusión de la taquilla a los efectos de calcular el precio del contrato) sin necesidad de su derogación expresa?



¿Es de aplicación el artículo 118 LCSP a aquellos contratos de creación e interpretación artística y de espectáculos en los que la contraprestación del contratista consiste en del derecho de percibir del público el precio de las entradas (acompañada o no de caché), y en los que el valor estimado de la recaudación es inferior al umbral de los contratos menores?”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. Las cuestiones que el Ayuntamiento de Ferrol plantea a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en relación con la celebración de contratos privados cuyo objeto sea la creación e interpretación artística, o la celebración de espectáculos son varias.

Para abordar la primera de ellas, resulta imprescindible acudir a lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En el artículo 25.1 a) 1º, se consagra el carácter privado de los contratos de servicios que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos. Es a este tipo de contratos al que, como hemos visto, se refiere la consulta.

Por su parte, el segundo de los preceptos mencionados dispone, en su apartado 2, lo siguiente:

“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.”

Se cuestiona a este órgano consultivo si una disposición administrativa de carácter general aprobada por una Entidad Local (en este caso, una ordenanza del Ayuntamiento de Ferrol, donde se recoge un régimen económico especial para aquellos contratos de creación e interpretación artística y de espectáculos que se celebren por dicho Ente) se considera una norma específica en los términos del artículo 26.2 de la Ley y, en consecuencia, prevalece sobre la propia LCSP y puede disponer la adjudicación directa de los citados contratos con independencia de su valor.

Las ordenanzas municipales son disposiciones administrativas de carácter general, con rango inferior a la ley, aprobadas por los entes locales en el ámbito de sus competencias y en ejercicio de la potestad reglamentaria que tienen atribuida. En consecuencia, puesto que están subordinadas jerárquicamente a la norma de rango superior, no pueden contener preceptos opuestos o que entren en contradicción con las previsiones contenidas en la misma. Tal como dispone el artículo 25.2 de la Ley



7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, incluso en aquellas competencias que tenga atribuidas el municipio, las ordenanzas que dicte habrán de adecuarse a los términos establecidos en la legislación del Estado y de las Comunidades autónomas, ello sin olvidar -dada su relevancia- que el artículo 149.1.18 de la CE reconoce al Estado la competencia en relación a la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas. De no ser exigible esa coherencia se incurriría en un desconocimiento, cuando no vulneración, del principio de jerarquía normativa consagrado tanto en la Constitución –artículo 9.3- como en los artículos 1 del Código Civil y 7 de la aludida LBRL.

2. Esta Junta Consultiva ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre los contratos privados celebrados por las Administraciones públicas en lo que respecta a su regulación. Así, en el Informe 67/96 se afirma que, desde el punto de vista finalista, resulta evidente que la sumisión de los contratos privados a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en lo relativo a su preparación y adjudicación responde a la idea de que aunque por su naturaleza privada sus efectos y extinción hayan de regirse por el derecho privado, dicha circunstancia no obsta para que el dato fundamental de los fondos públicos con los que se financian estos contratos lleve a que en su adjudicación deban observarse las normas en que se plasman los principios básicos que rigen la contratación administrativa (publicidad, transparencia, libre concurrencia y no discriminación). La sujeción de los contratos privados de la Administración a la Ley que rige la contratación pública es una sujeción de menor grado o menos intensa que la de los contratos administrativos, pero ello en modo alguno puede suponer desconocer por completo las bases mismas de la contratación pública. También los Informes 31/96, 35/96 y 41/96 de este órgano se ocupan de distintos aspectos de la cuestión que se somete a consulta, llegándose en ellos a la conclusión de que los contratos de contenido creativo o artístico deben ser calificados como contratos privados (como ya hace expresamente la ley actual) y, en cuanto a su régimen jurídico, en la preparación y adjudicación, se aplicarán, en defecto de normas



administrativas especiales que se declaran inexistentes a los efectos de la licitación del contrato, las de la propia Ley.

3. De todo cuanto antecede, tanto el contenido del texto legal como de la interpretación del mismo realizada por esta Junta Consultiva, puede inferirse que la intención del legislador al referirse a normas especiales en el artículo 26.2 es aludir en realidad a una normativa de general aplicación que regule específicamente el contrato privado de que se trate, no a una norma de aplicación parcial y limitada a cada municipio, y menos si en ella se escoge una forma de adjudicación directa independiente de la cuantía que resulta claramente atentatoria contra los principios generales de la contratación pública, singularmente el de igualdad y el de concurrencia. Otra interpretación implicaría dejar en manos del órgano contratante de cualquiera de las Administraciones Públicas la posibilidad de decidir, bajo el amparo de su potestad reglamentaria y sin sometimiento a ninguno de los principios que rigen la contratación pública, sobre aspectos de tanta trascendencia para el interés público como son los relativos a la preparación y adjudicación de los contratos.

A ello hay que añadir que en la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público existen mecanismos que permiten atemperar la exigencia de concurrencia en ciertos casos y con respecto a cierto tipo de prestaciones singularizadas que constituyen una representación artística única a los efectos de la aplicación del supuesto recogido en el artículo 168 a) 2º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que alude a los supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad. Como señalábamos en nuestro Informe 72/18, de 15 de julio de 2019, tal procedimiento podrá emplearse cuando los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, porque el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español. En el mismo informe añadíamos lo siguiente:



“En el caso del contrato menor la existencia de una representación artística única puede permitir, al menos potencialmente, diferenciar los distintos contratos que se celebren en la medida en que la representación única otorga un alto grado de individualidad y especialidad a la prestación. En efecto, la prestación ofrecida por una orquesta puede tener diferente naturaleza según los casos, pues bien puede pensarse en una actuación investida de un alto grado de originalidad y especialidad en su interpretación o en otros supuestos en que tales circunstancias no concurren. Cuando la ley autoriza a emplear el procedimiento negociado sin publicidad en estos casos es porque ese alto grado de originalidad y especialidad de una obra o interpretación artística individualiza la prestación de tal modo que no es posible encomendarla a otro contratista. Pero obviamente no en todos los casos concurre esta circunstancia. De ahí que nuevamente no nos sea posible dar una respuesta concreta y única a la consulta realizada en este punto, debiendo ser el órgano de contratación el que en cada caso valore las circunstancias de la prestación que quiera contratar.”

Sólo y únicamente en los casos en que se justifique la concurrencia de estas condiciones podremos atemperar o limitar la aplicación de los principios generales de la contratación pública en los supuestos previstos en la ley. Una norma que establezca una limitación general e incondicionada a estos principios no puede considerarse adecuada.

En consecuencia, debemos concluir en relación con la primera cuestión planteada que las disposiciones administrativas de carácter general que se dicten por las Entidades Locales solo podrán aplicarse, en materia de contratación pública, en la medida que no contravengan los criterios establecidos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que es lo que acontece en el caso planteado en la consulta.

4. La segunda de las cuestiones que se somete a consulta de este órgano es la relativa al cálculo del valor del contrato de creación e interpretación artística y de espectáculos, en aquellos supuestos en que la retribución del contratista consista



en el derecho a cobrar al público asistente un precio (taquilla), vaya o no acompañado de un caché, esto es, de la cotización de un artista del espectáculo o de ciertos profesionales que actúan en público.

En nuestro Informe 72/18, de 15 de julio de 2019, señalamos que en este tipo de contratos resulta de aplicación el artículo 101 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que alude al importe de la prestación sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. Es decir, habrá de tenerse en cuenta el valor de las distintas cantidades que se abonen al contratista como contraprestación por sus servicios para determinar el valor del contrato. Por tanto, si el contratista es retribuido de modo exclusivo con un precio fijo que pagará la Administración será esa la cantidad que habrá de tomarse en cuenta a los efectos del valor estimado. Si, por el contrario, además de esa cantidad se incluye el derecho del contratista a percibir la totalidad o una parte de la recaudación obtenida en la taquilla, es decir, de las cantidades que se obtengan por la venta de las entradas a los posibles espectadores, dicha cantidad también debe integrar el valor del contrato.

Como ya señalamos en nuestro Informe 44/2012, el valor estimado es un concepto que tiene su origen directo en el artículo 9 de la Directiva 2004/18/CE que tiene por objeto establecer el método para el cálculo del valor estimado de los contratos públicos, de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición, a efectos de determinar los que se encuentran por encima de los umbrales que determinan la aplicación de sus normas (informe 28/09). Su cálculo debe hacerse de acuerdo con lo la ley y, a diferencia del precio, viene determinado por el importe total pagadero sin incluir el IVA. Por eso, el valor estimado no alude a cuánto ha de pagar de modo efectivo la Administración contratante, sino a cuál es el valor del contrato a los efectos de calibrar su importancia económica y la necesidad de aplicar las reglas de la Directiva o, en el derecho interno, las de la regulación armonizada. Esta conclusión es congruente con lo que ya expusimos en nuestro informe 25/12, de 20 de noviembre de 2012, en el que señalamos lo siguiente:



“3. Sentado lo anterior, cabe plantearse cuál debe ser el método de cálculo del valor del contrato a los efectos que procedan de acuerdo con el TRLCSP. Siendo de aplicación, como ya se ha dicho, las reglas establecidas en el TRLCSP, y no existiendo disposición especial aplicable a estos contratos, resulta de aplicación lo dispuesto con carácter general en el artículo 88, apartados 1 y 2, del mismo.

La aplicación de los citados artículos debe realizarse atendiendo al peculiar sistema de retribución previsto para este contrato, consistente, no en un pago por parte de la Administración contratante, sino en la asignación de un derecho de explotación de un servicio, obteniendo el contratista los ingresos de los usuarios del servicio.

En su virtud, para el cálculo del valor, debería computarse 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.”

Esto no quiere decir que haya de acudir analógicamente a las normas establecidas para las concesiones, sino que el importe total pagadero al contratista por quien corresponda es un parámetro correcto para valorar este tipo de contratos, incluso cuando la retribución del contratista provenga en todo o en parte, de los usuarios del servicio.

5. A tenor de lo expuesto en el punto 1 del presente informe, y tal como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Junta Consultiva en reiteradas ocasiones (Informes 4/98, 50/06, y más recientemente 7/18 y 57/18, entre otros), ante dichas premisas, ubicado el artículo 118 relativo a los contratos menores en la Sección 1ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP, por la expresa



remisión prevista en el artículo 26.2 de la Ley, procede su aplicación a los contratos de servicio que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos –objeto de la presente consulta- cuyo valor estimado sea inferior a 15.000 euros, como lo es al resto de contratos cuyo valor no supere dicho umbral, siempre que concurren los demás requisitos establecidos en él.

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

CONCLUSIONES

- Los contratos de servicios que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos que celebre un Ayuntamiento se consideran contratos privados de la Administración, quedando sometidos al derecho privado en cuanto a los efectos, modificación y extinción, y a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), Libros Primero y Segundo, en lo relativo a preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas.
- Una ordenanza municipal como la descrita en la consulta no puede vulnerar los principios básicos de la legislación estatal en materia de contratación. Por tanto, tal norma no puede considerarse como una norma específica en los términos del artículo 26.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que se anteponga a la aplicación de la ley.
- Para el cálculo del valor del contrato de creación e interpretación artística y de espectáculos, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.



- A los contratos privados de creación e interpretación artística y de espectáculos les serán de aplicación las normas de procedimiento relativas al contrato menor, de conformidad con lo previsto en el artículo 26.2 de la LCSP, en la medida en que se encuentran ubicadas en el Libro Segundo de la misma, siempre que respete el umbral económico y demás requisitos previstos para ellos.