

Nº 20
Cuarto trimestre 2019

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 20. Diciembre 2019

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a Belén López Donaire
Castilla-La Mancha

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

EDITORIAL	
El Consejo de Redacción.....	11

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

ACCESO A INFORMACIÓN CONFIDENCIAL Y SECRETOS
COMERCIALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA.

D^a Concepción Campos Acuña 19

LA TRIBUTACIÓN EN EL IMPUESTO DE
TRANSMISIONES PATRIMONIALES ONEROSAS POR LA
ADQUISICIÓN DE ORO U OTROS OBJETOS PRECIOSOS
POR PARTE DE LAS EMPRESAS O PROFESIONALES DE
"COMPRO ORO" A LOS PARTICULARES: EXIGIBILIDAD
O INEXIGIBILIDAD.

D. Víctor Ernesto Alonso Prada y D. Leopoldo Javier
Gómez Zamora.....51

EL PROCEDIMIENTO DEL RECURSO ESPECIAL Y SUS
CONSECUENCIAS.

D. José Enrique Candela Talavero.....101

LOS CONTRATOS "PÚBLICOS" ARTÍSTICOS EN LAS
ARTES ESCÉNICAS.

D^a Nuria Mombiela181

**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD
D^a Sonia Sena Prieto237

PREMIOS REVISTA GABILEX285

BASES DE PUBLICACIÓN.....295

EDITORIAL

Con este número de la Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (Gabilex) se concluye un año y se da comienzo a un nuevo periodo de trabajo y esfuerzo para promover el estudio y la difusión del Derecho. La Dirección, el Consejo de Redacción y todos los que hacen posible que se publique un nuevo número deseamos que esta aportación resulte útil y provechosa por lo que nos complace presentar el número vigésimo de la revista Gabilex.

En la sección nacional de este número se incluyen cuatro artículos doctrinales que se suman a un trabajo de la sección internacional, consideramos que todos ellos revisten el máximo interés:

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de Dña. Concepción Campos Acuña que bajo el sugerente título de "*Acceso a información confidencial y secretos comerciales. Especial referencia a la contratación pública*" se adentra en los vericuetos del acceso a la información tratando con acierto antecedentes, regulación actual y sus límites en la contratación pública, considerando la relevancia de los principios de publicidad y transparencia.

Como segundo trabajo publicado se incluye en este número una interesante y curiosa reflexión sobre un aspecto muy concreto de la tributación: *“La tributación en el impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas por la adquisición de oro u otros objetos preciosos por parte de las empresas o profesionales de “compro oro” a los particulares: exigibilidad o inexigibilidad”*. Nuestros compañeros D. Victor E. Alonso Prada y D. Leopoldo J. Gómez Zamora analizan aquí si debe exigirse o no el impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas a las empresas o profesionales popularmente conocidos como de “compro oro” por las adquisiciones de determinados materiales de joyería o metales preciosos de particulares. Aunque la lógica señala que los poderes públicos no desean que dicha transmisión escape a la tributación, existían diversas resoluciones judiciales que se orientaban en sentido contrario. El trabajo expone la cuestión y antecedentes de manera amplia para finalizar la exposición explicando la solución jurisprudencial dada por la reciente sentencia nº 1749/2019 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2019 que zanja la cuestión de una forma coincidente con la opinión de los autores.

En tercer lugar, regresamos a la contratación pública, de la mano de un trabajo presentado por D. José Enrique Candela Talavero que trata diversos aspectos del recurso especial en materia de contratación pública y más concretamente analiza las fases procedimentales del recurso especial en materia de contratación pública, que como el propio autor afirma en sus conclusiones

persiguen la rapidez y eficacia de este mecanismo que hace efectivo el principio de la seguridad jurídica, la confianza de los licitadores y la reducción de la litigiosidad en sede de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre este sector contractual. El artículo se titula "El procedimiento del recurso especial y sus consecuencias".

En cuarto lugar, sin abandonar los aspectos de la contratación pública, D^a Nuria Mombiola Lobato, analiza el impacto de la Ley de Contratos del Sector Público en aquellos sectores donde no se gestionan habitualmente procedimientos administrativos, concretamente cómo se puede aplicar esta nueva legislación en el sector artístico, especialmente en las artes escénicas.

En la sección internacional de la revista Gabilex se publica el trabajo de D^a. Sonia Sena Prieto. La autora realiza un interesante estudio analizando, comparando y determinando la existencia de diferencias o similitudes en la consagración de los principios de transparencia e integridad en la contratación pública, tanto en el ordenamiento español como en el uruguayo, teniendo en cuenta las realidades diferentes que presenta cada uno.

Todos los trabajos integran interesantes reflexiones que esperamos que el lector disfrute.

Desde este editorial también queremos mencionar la novedosa iniciativa que está desarrollando la revista Gabilex en colaboración con el Consejo Superior de Letrados y Abogados de Comunidades Autónomas y el

Banco Santander, convocando los primeros Premios Gabilex en dos categorías: "Categoría General" y "Categoría Másteres, TFG y similares". Las bases de estos premios se publican en este número, así como en la página web. Desde la Revista Gabilex deseamos la máxima difusión, participación y calidad de los trabajos que finalmente resulten premiados. Desde Gabilex queremos invitaros a darle a la convocatoria de estos premios la máxima publicidad y difusión posible y a participar en las distintas categorías.

No podemos dejar de mencionar en este editorial el evento jurídico del que la propia revista ha sido partícipe en colaboración con el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. La revista Gabilex quiere hacerse eco de la jornada de formación celebrada el pasado día 12 de diciembre de 2019 en Albacete y organizada por el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en colaboración con el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Se concibió como jornada de encuentro y reflexión entre Magistrados/as del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha y Letrados/as del Gabinete Jurídico. En dicha jornada intervinieron como ponentes: la Presidenta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la Ilma Sra. D^a Raquel Irazo Prades, que trató con brillantez diversos aspectos de la actualidad tributaria, la prejudicialidad penal, la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la suspensión cautelar; también intervino la Presidenta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha,

Ilma, Sra. D^a Luisa María Gómez Garrido, con una magnífica ponencia que con el título "*Modelo de división de poderes y diseños institucionales*" expuso muchos aspectos y propuestas sobre el modelo jurídico-político, pasando por principios fundamentales del Derecho y elementos de la Filosofía del Derecho, demostrando una magnífica oratoria y extensos conocimientos académicos y prácticos.

La jornada fue inaugurada por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el Excmo Sr. D. Vicente Rouco Rodríguez, y por la Directora de los servicios jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, D^a María Belén López Donaire.

Por último, desde el Consejo de Redacción les deseamos un próspero año 2020 y, como siempre, les invitamos a disfrutar de la lectura de este número.

El Consejo de Redacción

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Gabilex
Nº 20
Diciembre 2019
<http://gabilex.castillalamancha.es>



PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA Y URUGUAYA

Dra. Sonia Sena Prieto

República Oriental del Uruguay

Resumen: El presente artículo tiene por objeto analizar, comparar y determinar la existencia de diferencias o similitudes en la consagración de los principios de transparencia e integridad en la contratación pública, tanto en el ordenamiento español como en el uruguayo, teniendo en cuenta las realidades diferentes que presenta cada uno.

Se analizará en primer término los principios generales de derecho y su importancia en la contratación pública, para luego abordar los principios de transparencia e integridad, examinando la consagración de éstos tanto en las Directivas Europeas como en el Derecho español.

Continuando con el análisis de los mencionados principios en el Derecho uruguayo, el cual no cuenta con Directivas similares a las europeas, pero a pesar de

ello los principios de transparencia e integridad -éste último no a texto expreso- resultan recogidos en la normativa nacional en lo que refiere a la contratación pública.

Palabras clave: Principios Generales de Derecho/ Transparencia/ Integridad/ Contratación Pública/ Directivas Europeas/ Derecho Español/ Derecho Uruguayo.

Summary: The purpose of this article is to analyze, compare and determine the existence of differences or similarities in the establishment of the principles of transparency and integrity in public procurement, both in the Spanish and Uruguayan legal systems, considering the different realities each one presents.

The general principles of law and their importance in public procurement will be analyzed in first place, to later address the principles of transparency and integrity, examining their establishment both in the European Directives as well as in Spanish Law.

Continuing with the analysis of the mentioned principles in Uruguayan Law, which does not have similar Directives as the European ones, but nevertheless, the principles of transparency and integrity are included in the national regulations in what refers to public procurement, even if the latter is not specifically expressed in text.

Keywords: General Principles of Law / Transparency / Integrity / Public Procurement / European Directives / Spanish Law / Uruguayan Law.

SUMARIO: 1.- Introducción.- 2.- Principios Generales de Derecho 2.1.- Transparencia.- 2.2.- Transparencia en el Derecho español.- 2.3.- Integridad en el Derecho español.- 3.1.- Transparencia en el Derecho uruguayo.- 4.- Conclusión.

1.- INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo es examinar la normativa española y la normativa uruguaya, analizando en ambas la forma en que se contemplan los principios generales de derecho, haciendo especial hincapié en el principio de transparencia y el de integridad.

La elección del tema se debe fundamentalmente a que la transparencia en la contratación pública se presenta como de total actualidad, además de ser uno de los principios que ha tenido mayor evolución a nivel legislativo.

La transparencia tiene y ha tenido repercusiones en diferentes ámbitos, así como su directa vinculación con la corrupción, la que sacude día a día todos los gobiernos de todos los países, pertenezcan éstos al continente europeo como al americano.

Por su parte el principio de integridad también presenta interés por configurarse como un principio "novedoso" de reciente incorporación, tanto en las Directivas Europeas como en la Ley española.

En el trabajo se pretende determinar si existen y cuáles son las diferencias o similitudes -si es que las hay- en la consagración de los principios de transparencia e integridad en la contratación pública tanto en el ordenamiento español como en el uruguayo.

Con el objetivo de dotar al trabajo de la mayor claridad y coherencia posible, se trata de precisar para comenzar el concepto de principios generales de derecho, así como su importancia en la contratación pública, para luego precisar el concepto de transparencia e integridad y la consagración de los mismos en las Directivas Europeas y en el Derecho español.

Continuando luego con el mismo análisis en el derecho uruguayo.

"La transparencia constituye una consecuencia de la muy elemental presunción de que el gobierno pertenece al pueblo, quien tiene derecho a saber qué hacen los servidores públicos, por qué y cómo lo hacen"// Richard Werksman y Carlos Mamfroni.

2.- PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO

La contratación pública representa una parte muy importante en la actividad administrativa, ya que tiene un gran significado económico, ocupando porcentajes elocuentes en el PIB de los diferentes países.

Y al ser la contratación una parte de la actividad administrativa, ésta se va a regir por los principios que informan a la misma.

Pero a su vez, como la contratación administrativa es una actividad jurídica, le serán aplicables los Principios Generales de Derecho.¹

¹ DURÁN MARTÍNEZ, A., "Principios de la Contratación Administrativa", en AAVV, Estudios de Derecho Administrativo, (coord. SCHIAVI, P., BERCHESE, B), La Ley

Ahora bien, aunque sea brevemente merece la pena realizar una somera referencia a los Principios Generales de Derecho: son principios, porque son lo primero.²

Principio hace referencia a inicio, a comienzo, como sostiene el Dr. Carlos Delpiazzo los principios "constituyen los soportes primarios estructurales del sistema jurídico todo, al que prestan su contenido.

Y estos principios son generales y son de Derecho, porque pertenecen al mundo jurídico, es decir no son criterios morales, ni regidos por "buenas intenciones", ni vagas directivas.³

Los principios generales del derecho constituyen la causa y la base del ordenamiento, porque son los soportes centrales de todo el sistema al cual prestan su sentido. Por ese motivo no puede concebirse que una norma legal los contravenga existiendo con independencia de su reconocimiento legal o jurisprudencial. A su vez, funcionan como orientadores e informadores del ordenamiento permitiendo, a través de su interpretación, realizar una labor correctiva o extensiva de las normas.⁴

(Montevideo), 2018, págs. 49 a 81.

² CAGNONI, J.A, "La primacía de la persona: el principio personalista", Revista de Derecho Público, 24 (2003), pág. 135.

³ DELPIAZZO, C., "Recepción de los Principios Generales de Derecho en el Derecho Positivo Uruguayo," en AAVV, Los principios en el Derecho Administrativo Uruguayo, AMF (Montevideo), 2009, págs. 31 a 33.

⁴ CASAGNE, J.C, El derecho administrativo hoy, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires (Argentina), 1996, p. 24

Son soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento, son generales porque trascienden de un precepto concreto y de Derecho porque son fórmulas técnicas del mundo jurídico y no simples criterios morales o imprecisas directivas.⁵

En un pronunciamiento relativamente reciente, en la Sentencia Nª 84/2015, de 30 de abril de 2015, el Tribunal Constitucional español ha reconocido la importancia de los principios generales de la contratación pública, ya que consideró de aplicación los principios a un contrato de gestión de servicios públicos que no estaba sujeto a las directivas.

En la actualidad –no siempre fue así– los principios generales de Derecho han adquirido gran relevancia, al punto que se aplican a todo el derecho administrativo y, por supuesto también en la contratación pública, siendo los principios de igualdad, transparencia, publicidad, concurrencia, no discriminación los más característicos. Debiendo señalarse que estos principios generales de derecho atraviesan todas las fases de los contratos, es decir desde la etapa preparatoria hasta la etapa de ejecución.

La contratación pública atraviesa un momento de grandes transformaciones, por lo que resulta necesario revalorizar los principios generales de derecho como cimientos del ordenamiento jurídico y como herramientas interpretativas e integradoras frente a la “insuficiencia de soluciones positivas ante un mundo diferente”.⁶

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 4ª ed. Madrid (España) 1983. p. 74.

⁶ DELPIAZZO, C., “Triple dimensión del principio de transparencia en la contratación administrativa”, consultado

2.- PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.

2.1 Trasporencia

Si nos atenemos al sentido natural y obvio de las palabras podemos entender por transparencia o transparente todo aquello que es evidente, claro, traslúcido, es decir que nos permite ver a través de él. El término transparencia es utilizado generalmente para denominar lo opuesto a corrupción, se la considera como arma eficaz no solo en la lucha contra la corrupción, sino también como forma de evitar todo tipo de fraudes, especialmente respecto a los fondos públicos.

La contratación pública deviene importante tanto desde el punto de vista económico como político, dado que encontramos en ella –contratación- múltiples intereses en juego. Es por ello, que se presenta como un ámbito especialmente propicio y expuesto a prácticas deshonestas, o corruptas.

En el apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, se señala que “el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de la gestión irregular, fraude y corrupción”.

en <https://www.google.com/url? -dimensi%25C3%25B3n-del-principio-de-transparencia-en-la-con...&usg=AOvVaw2cY5q29fK5Q9xWQF3Ajr1> [3 junio 2018].

En esta línea se expresa también por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)⁷, que la corrupción es un fenómeno de consecuencias altamente negativas en casi todas las esferas del quehacer humano. Ya que ésta erosiona la confianza de las personas en los actores políticos y en las instituciones, generando descrédito y apatía, en el terreno político debilita la base de los sistemas democráticos.

La contratación pública se presenta entonces como un terreno especialmente fértil para el desarrollo de la corrupción principalmente por el volumen de recursos que se manejan.

Como puede apreciarse parece imposible hablar de transparencia sin hacer mención a corrupción, ya que a priori resultan términos inescindibles.

Hay autores que sostienen que la corrupción es tan antigua como la existencia de los gobiernos, inclusive hay autores que señalan que en un texto indio escrito hace más de 2.300 años se hacía referencia a por lo menos cuarenta maneras diversas de malversar los fondos de gobierno⁸.

Por lo dicho parece lógico concluir que la corrupción no es un triste privilegio de nuestro tiempo, sino que

⁷ UNODC, "Transparencia, Objetividad y Competencia en las Contrataciones Públicas": Evaluación legal en el Gobierno Federal, en el Distrito Federal y en el Estado de Puebla sobre cumplimiento del art. 9ª de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

⁸ CAIROLI, M., "La corrupción como mal social, su avance en las empresas", La corrupción y la empresa, AAVV, Fundación Konrad Adenauer (Montevideo) 1999.

evidentemente obedece a una característica de los hombres, y se encuentra latente siempre que se manejen dineros públicos.

No podemos soslayar el papel que el factor cultural tiene respecto a la corrupción, en algunas culturas es habitual que se acepten actos de corrupción. En algunos países las relaciones personales tienen suma importancia al punto de que funcionarios públicos vulneran determinadas reglas para dar cumplimiento a una solicitud de un familiar o de un amigo, es decir presentan más lealtad a la familia o a los amigos, que con el gobierno o con la entidad administrativa al cual pertenece el servidor público.⁹

Por ello la transparencia constituye un elemento preventivo de la corrupción, además de permitir que las personas ejerzan un control democrático de las gestiones estatales, en el sentido que puedan indagar, evaluar cómo se adjudican y ejecutan los contratos públicos.¹⁰

La normativa relativa a contratación pública contiene disposiciones referidas a transparencia y a publicidad, y esto es así ya que en el ámbito de la contratación pública no puede concebirse transparencia sin publicidad.

⁹ GREENBERG, M.H.y, BUREAUCRAC y and DEVELOPMENT, H.L., 1970, citado por Tordarello, Guillermo, en *Corrupción Administrativa y Enriquecimiento*. Ed. Editores Argentinos, (Bs. As) 2008

¹⁰ DICKSON, R., "La Transparencia en la Contratación Pública", en *AAVV Contrataciones Públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales* (cord. Morandini, F., Fernández, A.) INAP, (Madrid) 2017.

Publicidad y transparencia son conceptos que están íntimamente ligados, tan es así que hay autores que sostienen que el principio de transparencia es una extensión del principio de publicidad.

Pero en puridad podemos delimitarlos, ya que la publicidad requiere de la Administración una posición activa, es decir requiere un hacer de ésta, en cambio la transparencia, significa que la Administración debe dejar ver su accionar al poder público.¹¹

La publicidad y la transparencia en la contratación pública si bien están íntimamente relacionadas y comparten finalidades, poseen objetivos distintos.

La publicidad persigue dar a conocer la actividad que lleva a cabo la Administración pública en un determinado procedimiento de contratación, mientras que la transparencia busca permitir a los ciudadanos conocer qué sucede en el seno de las Administraciones públicas en relación con la contratación pública.¹² La transparencia debe estar contenida en todo el actuar de la administración y por supuesto que debe guiar el accionar de ésta también en todo el procedimiento de contratación, los ciudadanos deben poder conocer por ejemplo a quién o quiénes se adjudican los contratos, los métodos por los cuales se evaluaron las ofertas, cómo se ponderaron las mismas, etc.

¹¹ MATA, C., "Presentación de las modificaciones de la Ley Nº18.834, en AAVV, Renovación de la Contratación Pública (coord. DELPIAZZO, C.), FCU (Montevideo), 2013, págs. 379 a 384.

¹² CERRILLO MARTÍNEZ, A., El principio de integridad en la contratación pública. Thomson-Reuters- Aranzadi, (Navarra) 2014 (Cap.3).

La transparencia es un principio muy importante de la contratación pública, y su importancia se desprende ya desde el preámbulo de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

En la Sentencia del Tribunal de Justicia Unión Europea (en adelante TJUE), asunto C-410/04, apartado 21, se sostiene que “La transparencia como principio de la contratación pública persigue garantizar a cualquier licitador información adecuada para poder participar en un procedimiento de contratación y, en su caso, conocer al adjudicatario y poder controlar la imparcialidad de las adjudicaciones”¹³.

Por otro lado también debe señalarse que la transparencia necesariamente debe estar complementada con el acceso a la información de los ciudadanos, ya que no basta con que se pueda ver como a través de un cristal de forma diáfana el actuar de la administración, sino que resulta imprescindible que las administraciones respondan a los requerimientos de información que puedan ser objeto por parte de los ciudadanos.

2.2.- Transparencia en el Derecho español

El principio de transparencia está reconocido como uno de los principios generales de actuación de las Administraciones públicas en el artículo 103 de la Constitución.

En relación a la transparencia en la contratación pública se hizo mención a este principio por primera vez en la Ley 13/1995, de mayo de 1995- Ley de Contratos de

¹³ Sentencia de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 21.

las Administraciones Públicas- y fue justamente en la exposición de motivos de dicha norma que se expresara:

“Una de las más importantes enseñanzas de esa experiencia es la de la necesidad de garantizar plenamente la *transparencia* de la contratación administrativa...”

Posteriormente en la ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, -Ley de Contratos del Sector Público (LCSP)-, se le otorga por vez primera importancia a la transparencia como un principio independiente, igualándolo al resto de los principios que deben regir la contratación pública y la actuación de la administración.

En el artículo primero de la citada ley se expresaba: “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y *transparencia* de los procedimientos...”.

El artículo 123 disponía: “Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al *principio de transparencia*”.

Vinculada a la transparencia también se otorgó en la ley relevancia a la publicidad realizada por internet, referente a la publicación de pliegos, el régimen de adjudicación de los contratos, además de aparecer el perfil del contratante, donde se les otorgaba relevancia a las tecnologías de la información con relación a la contratación pública.

Evidentemente tanto lo relativo a la publicidad como a las tecnologías de la información dicen relación directa con la transparencia en la contratación.

Por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011, se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

En esta norma se trata de recoger e incorporar las numerosas modificaciones que se le habían introducido a la Ley 30/2007, así como recoger la normativa comunitaria en materia de contratación, ya que ésta pretendía brindar unidad a la contratación pública de los diferentes Estados de la Comunidad.

En su artículo primero se disponía: “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y *transparencia* de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos...”

También el artículo 139 se disponía:

“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de *transparencia*”.

Se hace mención al principio de transparencia además de en los artículos citados en el artículo 4, literal r (contratos excluidos); 53 (perfil del contratante); 191 (adjudicación de los contratos no armonizados); 192 (adjudicación de contratos armonizados); 333 (registro de contratos); Disposición Adicional décimo sexta (empleo de medios electrónicos informáticos).

La aprobación de la Ley 19/ 2013, de 9 de diciembre de 2013 -Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno- también tuvo trascendencia ya que en la misma se regula la transparencia de

manera concreta, así como también el acceso a la información pública, y las obligaciones de buen gobierno de los trabajadores de las Administración Pública.

En esta ley se hizo hincapié en la transparencia en la contratación pública. Pudiéndose destacar que en la exposición de motivos II se señala que:

“En el ordenamiento jurídico español ya existen normas sectoriales que contienen obligaciones concretas de publicidad activa para determinados sujetos. Así, por ejemplo, en materia de contratos, subvenciones, prepuestos o actividades de altos cargos nuestro país cuenta con un destacado nivel de *transparencia*. Y en la Exposición de motivos III se establece: “...las personas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas también están obligadas a suministrar a la Administración a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquélla de las obligaciones de esta Ley. Esta obligación es igualmente aplicable a los adjudicatarios de contratos del sector público”.

La nueva LCSP recoge lo previsto en las Directivas Europeas e incluye al principio de transparencia como uno de los principios “vertebradores” de la misma.

Por ello amerita antes de ingresar en la nueva LCSP hacer mención a las Directivas europeas referidas a la contratación pública, siendo éstas la Directiva 2014/23 UE, del 26 de febrero de 2014 -adjudicación de contratos de concesión-; 2014/24 UE, del 26 de febrero de 2014, -contratación pública-; y la Directiva 2014/25 UE, de 26 de febrero de 2014 -contratación por entidades en el sector del agua, energía, transportes y servicios postales-.

Los lineamientos de las nuevas Directivas de la Unión Europea referentes a la contratación pública versan sobre la flexibilización de los procedimientos al uso estratégico de la contratación pública, la reducción de la documentación exigible a los licitadores, el impulso del acceso a las pymes, la contratación electrónica y la consolidación de los principios generales de la contratación pública.

Es menester señalar que el principio de transparencia se encuentra omnipresente a lo largo de las Directivas, se produce al decir del Dr. Pintos, una consolidación de los principios generales de la contratación pública, y dentro de esta consolidación se destaca "...sobre manera el principio vertebral de transparencia, vertebral porque está íntimamente ligado a todos los demás"¹⁴.

En la Directiva 2014/24 UE, en el Considerando 1 se establece que la adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular "..., la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y *transparencia*"

¹⁴ PINTOS SANTIAGO, J., "El Transversal Principio de Transparencia en las Administraciones Públicas", en AAVV, Calidad, transparencia y ética pública, en AAVV (Coord. Pintos, Jaime), Colección Monografías-, 1ª Ed, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2017.

En el Considerando 52 dedicado a los medios de información y comunicación electrónicos como formas de aumentar la transparencia, expresa: "Los medios de información y comunicación electrónicos pueden simplificar enormemente la publicación de los contratos y aumentar la eficiencia y la *transparencia* de los procedimientos de contratación".

En el Considerando 58, se especifica que es necesario garantizar cierto nivel de transparencia, vinculado a la igualdad de trato: "Aunque algunos elementos esenciales de un procedimiento de contratación, como los pliegos relativos a la misma, las solicitudes de participación, la confirmación del interés y las ofertas deben presentarse siempre por escrito, debe seguir siendo posible la comunicación oral con los operadores económicos, siempre que su contenido esté suficientemente documentado. Es necesario garantizar un nivel adecuado de transparencia que tenga en cuenta la verificación del cumplimiento o no del principio de igualdad de trato".

En el Considerando 61, se establece como garantizar la *transparencia* e igualdad de trato en los acuerdos marco para ello, en los pliegos deben establecerse los criterios objetivos de selección.

En el Considerando 68 se hace referencia a las técnicas nuevas de compras como lo son los catálogos electrónicos, siempre que se cumpla con los principios de igualdad de trato, no discriminación y *transparencia*.

En el Considerando 73 se establece que no se debe utilizar las posibilidades de contratación conjunta transfronteriza para eludir normas de Derecho Público obligatorias, estas normas pueden comprender, por ejemplo, disposiciones sobre la *transparencia* y el

acceso a documentos, o requisitos específicos para la trazabilidad de suministros sensibles.

También el Considerando 80 refiere a que la utilización de medios de información y comunicación electrónicos conlleva una mayor *transparencia* y ahorro de tiempo.

El Considerando 82 refiere a que para garantizar la *transparencia* en procedimientos que lleven negociación y diálogos con los licitadores cuando se haya hecho una oferta admisible se debe excepto cuando existan motivos graves para no hacerlo, estar autorizados a solicitar información sobre la ejecución y el avance del procedimiento.

Considerando 90: refiere a que la adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto al principio de transparencia entre otros.

Y en Considerando 105, se hace referencia a que debe existir cierta transparencia en la cadena de subcontratación para facilitar a los poderes adjudicadores información sobre quienes realizan las obras.

El Considerando 110, refiere a que el licitador adjudicatario no debe ser sustituido por otro operador económico conforme a los principios de transparencia e igualdad de trato.

Se establece en el Considerando 114, que en los contratos de servicios a las personas -cuándo se encuentren dentro de determinado monto- deben estar sujetos a las normas de *transparencia*.

El Considerando 126, dispone la necesidad de *la transparencia* en la toma de decisiones en los procedimientos de contratación:

A lo largo del articulado de la Directiva 2014/24 UE se continúa con la explicitación del principio de transparencia como eje central de la contratación pública.

Es así que en el artículo 40 en sede de Desarrollo del Procedimiento se establece que antes iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación, para ello podrán, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y *transparencia*.

El artículo 56, relativa a la selección de los participantes y la adjudicación de los contratos dispone que cuando la información o documentación que deben presentar los operadores sea o parezca ser incompleta o errónea, podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y *transparencia*.

Con relación a la adjudicación de los contratos -el artículo 76, se establece que los Estados miembros

establecerán normas nacionales para la adjudicación de los contratos sujetos a lo dispuesto en a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de *transparencia* y de igualdad de trato de los operadores económicos.

En el Capítulo 3 de la Sección II, denominado "Publicación y Transparencia" –artículos 48 a 55-, contempla lo relativo a los anuncios de información previa; anuncios de Licitación; anuncios de adjudicación de contratos; redacción y modalidades de publicación de anuncios; publicación a nivel nacional; disponibilidad electrónica de los pliegos de la contratación, y la invitación a los candidatos.

El principio de transparencia no solo está recogido en la Directiva 2014/24 UE, sino que también está presente en las Directivas 2014/25 UE –Contratación por entidades que operan los sectores del agua, energía, transporte y los servicios postales, y 2014/23 UE - adjudicación de contratos de concesión-.

De la misma forma que los principios han sido recogidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), pasan luego a las Directivas Europeas de contratación, y con posterioridad son recogidas en Derecho español.

La nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de 2017 - LCSP- ya en el preámbulo anuncia que los objetivos que inspiran la regulación de la ley son lograr una mayor transparencia en la contratación pública.

"Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor *transparencia* en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio". Continúa "...persiguiéndose en todo momento

la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, *transparencia*, proporcionalidad e integridad”.

Se especifica que “... los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de *transparencia* y no discriminación”.

“Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la *transparencia* en los contratos”.

Se menciona que, en el Procedimiento Abierto Simplificado, al aludirse a los procedimientos de adjudicación en el que el proceso de contratación, está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, la necesaria publicidad y *transparencia* en el procedimiento de licitación del contrato.

Ya en el cuerpo de la norma se establece en artículo 1ª que los objetivos de la ley son regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las

licitaciones, publicidad y *transparencia* de los procedimientos...”

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación –Artículo 3– se enumeran todas las entidades que quedan contenidas en la ley, haciéndose referencia que en la financiación de los Partidos Políticos; así como las organizaciones sindicales, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con la letra d) del apartado 3 del presente artículo, y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, *transparencia*, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente.

En el artículo 11, se dispone que en los contratos excluidos de la ley, la prestación de servicios sociales por entidades privadas siempre que estas se realicen sin necesidad de celebrar contratos públicos, cuando se cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de *transparencia* y no discriminación.

Artículo 63. Perfil del contratante -- se establece que los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la *transparencia* y el acceso público a los mismos.

La regulación contenida en el artículo citado es bien importante en primer lugar porque incrementa la obligación de publicidad activa prevista en la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen

gobierno; en segundo lugar porque el acceso al perfil del contratante es libre y que no se requerirá identificación previa excepto para el acceso a servicios personalizados asociados al contenido del perfil del contratante; además toda aquella información contenida en los perfiles de contratantes se deben publicar en formatos abiertos y reutilizables y la misma estará accesible al público durante cinco años; asimismo en el perfil del contratante se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados; la información que se debe publicar es un piso mínimo de información nada obsta a que se pueda publicar más información que la señalada.

La transparencia como ya se ha expresado es sumamente importante para luchar contra la corrupción, ya que ésta halla en los contratos públicos un campo fértil para desarrollarse, por ellos en el artículo 64.1 - se dispone que los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la *transparencia* en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

El artículo 115, hace referencia a las consultas preliminares del mercado, cuando estas consultas se realicen valiéndose del asesoramiento de terceros, se dispone que ese asesoramiento será utilizado por el órgano de contratación para planificar el procedimiento de licitación y, también, durante la sustanciación del mismo, siempre y cuando ello no tenga el efecto de falsear la competencia o de vulnerar los principios de no discriminación y *transparencia*.

En el artículo 132 se desarrollan tres principios básicos en especial para la contratación pública, como son los principios de igualdad, transparencia y libre competencia.

El artículo 134. Establece la obligación de difundir información de los contratos públicos por medio de anuncios que se publiquen en boletines y en diarios oficiales, como ser la publicación de anuncios de información previa con que los órganos de contratación tienen previsto licitar en los doce meses siguientes a su publicación.

En el artículo 145 se dispone cuáles son los requisitos y clases de criterios para la adjudicación de los contratos, determinándose que la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios en base a la mejor relación calidad-precio, y en el numeral 5) se enumeran los requisitos que deben servir de base para la adjudicación del contrato, indicándose en el literal b) que estos requisitos deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, *transparencia* y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

En el artículo 154 se establece la forma en que se realizará el anuncio de formalización de los contratos. En su numeral 7, se dispone que podrán *no* publicarse determinados datos relativos a la celebración del contrato cuando se justifique debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya

ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en la letra c) del apartado 2 del artículo 19 se establece que cuando se tome la decisión de no publicar determinados datos relativos a la celebración del contrato, los órganos de contratación deberán solicitar la emisión de informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a que se refiere la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el que se aprecie si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con su no publicación, que será evacuado en un plazo máximo de diez días, salvo que ya se hubiese efectuado por el órgano de contratación consulta sobre una materia idéntica o análoga, sin perjuicio de la justificación debida de su exclusión en el expediente en los términos establecidos en este apartado.

Artículo 166. Refiere a los procedimientos con negociación, establece que la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos. Pero se establece que el procedimiento que se seguirá para negociar, que en todo momento garantizará la máxima *transparencia* de la negociación, la publicidad de la misma y la no discriminación entre los licitadores que participen.

Artículo 321. Se establece que las adjudicaciones de contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores se ajustarán a determinadas reglas, entre ellas, que los órganos competentes de estas entidades deberán aprobar instrucciones en las que se regulen los

procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, *transparencia*, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

También se dispone que para los contratos cuyo valor estimado sea inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación que, en su caso, sea necesaria para realizar la prestación objeto del contrato. Pero, estos contratos o acuerdos, o aquellos que se concierten para la selección de proveedores se sujetarán, como mínimo, a las reglas detalladas y deberá respetarse en todo caso los principios de igualdad, no discriminación, *transparencia*, publicidad y libre concurrencia:

En el artículo 328. Se dispone que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado entre otras cosas, elaborará un informe que lo remitirá a Comisión Europea cada tres años, y los harán públicos al mes de ser remitidos a la Comisión Europea, publicándolos en los correspondientes portales de transparencia y en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Por el Artículo 332. Se crea la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación teniendo la misma entre otros cometidos la de verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés, y detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación.

Se dispone en el artículo 346 que deberá mantenerse un Registro de Contratos, en el que se inscribirán los datos básicos de los contratos adjudicados por las distintas Administraciones Públicas y demás entidades del sector público sujetas a la Ley. Se establece que respetando lo previsto en la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de 2013, ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, se facilitará el acceso público a los datos que no tengan el carácter de confidenciales y que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de Internet.

Asimismo, se establece también el carácter público del Registro Oficial de Licitadores y Empresas clasificadas del Sector Público que puede contener información de las empresas, para acceder las personas deberán previamente identificarse –artículo 344-.

De la misma forma se prevé la creación de un Registro dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, así como otros que podrán crear las Comunidades Autónomas -artículos 337.2 y 340-.

Dentro del principio de transparencia, merece mencionarse, siguiendo a Cerrillo I Martínez, la obligación de motivar las decisiones adoptadas en el marco del procedimiento de licitación, ya que por medio de la motivación se les facilita a los licitadores información sobre las decisiones que se toman a lo largo de la licitación. Debe destacarse que, a pesar de la importancia de la motivación de la adjudicación de un contrato, ésta no se contempla con carácter general, sino solamente a los licitadores participantes.¹⁵

¹⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

2.3 Integridad en el Derecho español.

En la Directiva 2014/24 UE de 26 de febrero de 2014, en su primer considerando se destaca la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de los contratos públicos por parte de los Estados Miembros, como viene de verse el principio de transparencia se relaciona con otros principios de la contratación pública, como son entre otros los principios de igualdad, concurrencia, no discriminación, publicidad.

En los últimos años se ha reconocido el impacto del principio de *transparencia* para fomentar la *integridad pública*, así en el preámbulo de la LCSP se establece que "Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos

¿Pero, qué debemos entender por integridad?

Para Cerrillo I Martínez la integridad es la actuación de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento por parte de los altos cargos y empleados públicos, sin que prevalezcan otros intereses, motivaciones o fines particulares por encima del interés general. La integridad se refiere a completitud, la coherencia y la congruencia entre los valores, principios y normas que guían la actuación de los altos cargos y empleados públicos y su actuación real y efectiva debido a la inexistencia de conflictos de intereses.¹⁶

En la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003, -ratificada por la Unión Europea y España-, se establece en el artículo

¹⁶ CERRILLO I MARTÍNEZ, A., Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo I, "ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

9, que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia, y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces entre otras cosas para prevenir la corrupción, donde se deberán abordar valores mínimos apropiados, como por ejemplo, difusión pública de información referente a procesos de contratación pública y contratos, licitaciones y procedimientos de adjudicación de contratos, condiciones de participación, criterios de selección, publicación, mecanismo eficaz de examen interno, sistema de apelación para garantizar recursos.

La Directiva 2014/24 UE también establece medidas para garantizar la integridad en la contratación pública, debiéndose respetar los principios de igualdad, no discriminación, publicidad, transparencia y libre concurrencia.

Señala Moreno Molina que en la Directiva se prevén medidas para evitar conflicto de intereses reales, posibles o percibidos que aunque no conduzcan necesariamente a comportamientos corruptos, tienen un elevado potencial para influir indebidamente en las decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en riesgo la igualdad de trato de los licitadores¹⁷.

En la Directiva se establece que Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar

¹⁷ Moreno Molina, J., "Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina, Consultado en: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/14387/15002 [3 de junio de 2018]

de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación para evitar cualquier falseamiento de la competencia, así como garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.

Se entiende por conflicto de intereses aquellas situaciones en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación. - artículo 24-.

Se prevé también los motivos que pueden llevar a la exclusión de un licitador de un procedimiento de contratación, como ser cuando éste haya sido condenado por sentencia firme por delitos vinculados a la corrupción, -artículo 57-.

Se hace mención a la presentación de ofertas anormalmente bajas, estableciéndose que los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes en la oferta, cuando éstas parezcan anormalmente bajas -artículo 69-.

Se dispone que Los Estados miembros velarán para que la aplicación de las normas de contratación pública sea supervisada. Y cuando se detecten incumplimientos específicos o problemas sistémicos, estarán facultadas - las autoridades o estructuras de supervisión- para señalar estos problemas a las autoridades de auditoría, órganos jurisdiccionales u otras autoridades,

organismos o estructuras nacionales adecuados, como el defensor del pueblo, los Parlamentos nacionales o las comisiones parlamentarias -artículo 83.2-.

Asimismo, se prevé que los resultados de las actividades de supervisión se pondrán a disposición del público por los medios de información adecuados. Estos resultados se comunicarán también a la Comisión. Cada tres años, los Estados miembros presentarán a la Comisión un informe de supervisión que comprenda -si procede- información sobre las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta o de la inseguridad jurídica, por ejemplo, los posibles problemas estructurales o recurrentes en la aplicación de las normas, sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación.

En la contratación pública el principio de integridad constituye un principio básico, así se desprende de la exposición de motivos de la LCSP, y está presente también a lo largo del articulado de la misma.

Pudiéndose señalar el artículo 64 que contiene disposiciones que versan sobre la lucha contra la corrupción y la prevención de los conflictos de intereses, como el artículo 70, que contiene previsiones referentes a las condiciones especiales de competitividad, en el artículo 71 se establecen las prohibiciones para contratar, en el artículo 115 se hace referencia a las consultas preliminares de mercado.

A su vez conviene resaltar que -artículo 326- se han reforzado las medidas de integridad con relación a la Mesa de contratación, se introdujeron precisiones en cuanto a la integración de la Mesa: "En ningún caso podrán formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos

públicos representativos ni el personal eventual. Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. Tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda”.

Se exige que se publique en el perfil de contratante “... el cargo de los miembros de las mesas de contratación y de los comités de expertos, no permitiéndose alusiones genéricas o indeterminadas o que se refieran únicamente a la Administración, organismo o entidad a la que representen o en la que prestasen sus servicios” -artículo 63-.

El principio de la integridad constituye por tanto un verdadero principio jurídico, no una mera norma ética o moral.

3.- TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD EN EL DERECHO URUGUAYO

3.1.- Transparencia en el Derecho Uruguayo

En el Derecho Uruguayo la *transparencia* ha sido incorporada como principio de la contratación pública por primera vez en el artículo 149 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera – en adelante TOCAF- en la última reforma realizada en el año 2012.

Debemos señalar que, aunque el concepto de transparencia no estuviera recogido explícitamente en la norma de contratación, esto no significaba que la misma no existiera, ya que el principio de *transparencia* tiene raigambre constitucional. En efecto, el mismo se encuentra contenido en los artículos 72 y 82 de la Carta Magna, por tanto, es un Derecho que deriva de la forma Republicana de Gobierno, del sistema democrático republicano de gobierno, por tanto, constituye un elemento intrínseco a la democracia.

También puede señalarse que en el artículo 22 de la Constitución se prohíben las pesquisas secretas; en el artículo 29 se reconoce el derecho a la libertad de expresión y la libertad de información, en el artículo 191 se dispone que los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y todas las administraciones autónomas con patrimonio propio, publicarán los estados que reflejen su actividad financiera; contiene disposiciones referentes a la competencia del Tribunal de Cuentas que tienen como presupuesto la obligación de permitir inspeccionar la gestión; se referencia directamente al principio de publicidad; disposiciones relacionadas con la publicación de las leyes, los decretos departamentales y los actos administrativos (artículos.136, 141, 168. 4, 275.2, 299, 300, 317), el juicio político (artículo 102) y la actuación de la Suprema Corte de Justicia (artículo 239.1).

Por lo expuesto, podemos sostener que del sistema constitucional uruguayo se deriva el principio de transparencia, siendo el secreto y la reserva excepciones que deberán estar fundadas.

También la transparencia ha sido recogida legislativamente.

Se sanciona la Ley 17.008, 25 de septiembre de 1998, en la cual se ratifica la Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas 1996) por la que el Estado uruguayo asume la obligación de contar con normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas.

Posteriormente, se aprueba la Ley 17.060, de 23 de diciembre de 1998, -Ley Anti Corrupción-, donde se introdujeron algunas soluciones innovadoras en el ordenamiento jurídico uruguayo, no siendo la primera al respecto sobre el tema, pero sí la de mayor profundidad.

En el artículo 5 de la ley, se dispone que "...los organismos públicos darán amplia publicidad a sus adquisiciones de bienes y contrataciones de servicios...".

Se establece en el artículo 6 que el Poder Ejecutivo, a propuesta de la Junta, llevará a cabo periódicamente campañas de difusión en materia de transparencia pública y responsabilidad de los funcionarios públicos, así como sobre los delitos contra la Administración Pública y los mecanismos de control ciudadano.

Se aprueba la Ley 17.296, de 23 de febrero de 2001, donde en su artículo 22 se establece que los órganos y organismos comprendidos en el artículo 451 de la Ley Nº15.903, de 10 de noviembre de 1987, se regirán por los principios de transparencia e información...".

Luego, por Decreto 30/2003, de 23 de enero de 2003, se aprueban normas de conducta en la Función Pública, donde se compila en forma ordenada las principales normas constitucionales y legales que regulan la actuación de los funcionarios públicos. Se describen las conductas de un buen administrador público, arregladas

a la probidad, imparcialidad, transparencia, publicidad e se incorpora la temática de las implicancias.

Posteriormente en junio 27 y 28 de 2003, se suscribe por los Estados Iberoamericanos la Carta Iberoamericana de la Función Pública; por ley Nº 18.056 de 20 de noviembre de 2006, se ratifica la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -de fecha 30 de octubre de 2003-; y en la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, los Estados Iberoamericanos suscribieron el Código Iberoamericano del Buen Gobierno, en 22 y 23 Junio de 2006, donde se aprueban normas referidas a la ética gubernamental, y a la gestión pública.

Se aprueba el 17 noviembre de 2008, la Ley de Acceso a la Información Pública -Ley 18.381-, la citada ley significó un avance sumamente importante en la transformación democrática del estado, ya que el concepto prevalente es que el gobierno pertenece a los gobernados, y que el buen gobierno está basado en tres pilares fundamentales como son la transparencia, el acceso a la información pública y la rendición de cuentas.

En su artículo 1º) se dispone que "... ley tiene por objeto promover la *transparencia* de la función administrativa de todo organismo público, sea o no estatal, y garantizar el derecho fundamental de las personas al acceso a la información pública".

La transparencia tiene como elemento intrínseco el derecho fundamental de acceso a la información pública, estableciéndose además que este derecho se ejerce, sin necesidad de justificar las razones por las cuales se solicita la información. Estableciéndose, además, -art 8- que las excepciones a la información pública serán de interpretación estricta y comprenderán

aquellas definidas como secretas por la ley, o aquellas que tengan carácter reservado o confidencial.

Ahora bien, con referencia al principio la transparencia en la contratación pública como se expresara supra, el artículo 149 del TOCAF enumera los principios que regirán la contratación pública, siendo éstos los siguientes: Flexibilidad; Publicidad; Igualdad de los oferentes y concurrencia en los procedimientos competitivos para el llamado y la selección de las ofertas; Razonabilidad; Delegación; Ausencia de ritualismo; Materialidad frente al formalismo; Veracidad salvo prueba en contrario; *Transparencia* y Buena fe.

Se establece también que estos principios mencionados servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes.

El artículo 1, dispone que la Contabilidad y Administración Financiera del Estado se regirá por determinadas disposiciones, las cuales deberán aplicarse de acuerdo con las prácticas de *transparencia*, celeridad y eficiencia, en base a las normas vigentes.

Artículo 44. Se amplía para los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado, el tope del monto, tanto para la licitación abreviada, como para la compra directa, siempre que se "Publiquen todo lo relativo a sus contrataciones superiores al límite de su procedimiento de compra directa en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales contribuyendo a la transparencia de su sistema".

Artículo 150. Se crea la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado, como órgano desconcentrado, disponiéndose que la misma tendrá como finalidad promover y proponer acciones tendientes a la mejora de la gestión y la *transparencia* de las compras y, en general, de las contrataciones del sector público.

Artículo 151. En este artículo se establecen los cometidos de la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado, especificándose en literal F) que deberá desarrollar y mantener el sitio web de compras y contrataciones estatales donde las Administraciones Públicas Estatales publiquen la información referida a contrataciones de obras, bienes y servicios, de forma tal que constituya una herramienta de *transparencia* puesta a disposición de la ciudadanía.

Como ya se ha expresado el principio de transparencia está íntimamente vinculado al principio de publicidad por ello es menester señalar que también hay varios artículos contenidos en el TOCAF que hacen referencia a ésta, en esa línea podemos señalar:

Artículo 50. Se dispone que será obligatoria la publicación en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales, por parte de las administraciones públicas estatales, la convocatoria a procedimientos competitivos correspondientes a contrataciones de obras, bienes y servicios, incluyendo la publicación del pliego de condiciones particulares, así como sus posteriores modificaciones o aclaraciones, como que se deberá publicar el acto de adjudicación, la declaración de desierta o de rechazo de ofertas, de todos sus procedimientos de contratación cuando los montos alcancen los topes estipulados. Se prevé también que la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado podrá facilitar a las empresas interesadas la

información de la convocatoria a licitaciones en forma electrónica y en tiempo real.

Artículo 51. Dispone que los llamados a licitaciones públicas deberán publicarse en el Diario Oficial y en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales, sin perjuicio de otros medios que se consideren convenientes para asegurar la publicidad del acto. Y cuando se trate del procedimiento de subasta o remate, deberá conferirse amplia publicidad al mismo y se efectuarán publicaciones en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales y en un diario de circulación nacional con una antelación no menor a quince días de la fecha fijada para la subasta.

Artículo 53. Se dispone que cuando se utilice el procedimiento de subasta o remate, deberá conferirse amplia publicidad al mismo y se efectuarán publicaciones en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales y en un diario de circulación nacional con una antelación no menor a quince días de la fecha fijada para la subasta.

Artículo 54. Cuando se utilice el procedimiento de pregón o puja a la baja, deberá conferirse amplia publicidad al mismo a través de la publicación en el sitio web de Compras y Contrataciones Estatales y otros medios idóneos de publicidad, con una antelación no menor a diez días de la fecha fijada para la puja.

Artículo 56. Se dispone que, en los casos de adquisición o arrendamiento de inmuebles por parte del Estado, bastará una publicación en un diario de circulación nacional, la que podrá sustituirse por cualquier medio idóneo de publicidad.

3.2 Integridad en el Derecho Uruguayo.

Con relación al principio de integridad debe señalarse que como tal no está previsto explícitamente en la normativa nacional. Cuando se enumeran los principios que rigen la contratación pública en el artículo 149 del TOCAF, la integridad no está contemplada como principio.

No obstante ello, conforme al artículo 72 de la Constitución de la República la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye otros que son inherentes a la personalidad humana o que deriven de la forma republicana de gobierno.

Por ello, debemos analizar si de la diferente normativa del país se puede concluir que el principio de integridad está contemplado.

Para ello, en primer término, es menester mencionar el artículo 76 del TOCAF, donde se dispone que la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado es responsable del funcionamiento del Registro Único de Proveedores del Estado, sin perjuicio de ello los demás organismos podrán llevar sus propios Registros, complementarios del Registro Único, intercambiando con éste la información común en forma electrónica y en tiempo real.

Además, se prevé que el Registro Único incorporará información sobre sanciones a proveedores que resuelvan las Administraciones públicas estatales una vez que se encuentren firmes, las que se considerarán como antecedentes de los mismos para futuras contrataciones que se realicen.

Asimismo, se dispone que cada proveedor tendrá derecho a conocer la información que el Registro tenga sobre el mismo, ya sea en forma directa o en forma electrónica en tiempo real, sin más trámite que su identificación.

Los interesados en contratar con el Estado, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación, deberán inscribirse en dicho Registro Unico excepto los que realicen contrataciones de monto inferior al límite fijado en la misma.

En el caso de que se resuelva por parte de la Agencia, la suspensión o eliminación de un licitador, ésta podrá hacerla extensiva para todos los organismos contratantes, previa vista a los proveedores involucrados.

En el artículo 46, se establece quienes tienen capacidad para contratar con el Estado, excluyéndose -entre otras- a aquellas personas físicas o jurídicas que integren o que estén vinculadas, ya sea por representación, dirección, asesoramiento o dependencia con la administración contratante.

No obstante, se prevé que en los casos de dependencia podrá darse curso a las ofertas presentadas, siempre que no exista conflicto de intereses y la persona no tenga participación en el proceso de adquisición.

En los artículos 125 y 126, se establece que cuando el Tribunal de Cuentas caratule como de urgente consideración podrá comunicar a la Asamblea General o, a las Juntas Departamentales –según corresponda- aquellas resoluciones, con observaciones en los casos que refieran a alguna de las siguientes situaciones y montos que se enumeran en la norma.

Se establece también que cuando las observaciones, al caratularse de urgente consideración deberán ser publicadas de inmediato en el sitio web del Tribunal de Cuentas en un apartado exclusivo.

Se establece que la Presidencia de la Asamblea General o de la Junta Departamental, en su caso, al recibir estas observaciones caratuladas de urgente consideración, podrá solicitar a la Junta de Transparencia y Ética Pública asesoramiento especializado sobre las mismas, debiendo emitir un dictamen técnico en un plazo máximo de cuarenta días hábiles, el mismo será remitido a la Asamblea General para su consideración y, de corresponder, al Poder Judicial -artículo 126.1-.

Por otro lado, también deben considerarse las normas contempladas en el Decreto 30/2003 de 23 de enero de 2003 -Normas de conducta en la Función Pública.

En el mismo se describen las conductas de un buen administrador público, como ser la probidad, imparcialidad, transparencia, publicidad e incorpora la temática de las implicancias.

En artículo 11, se consagra la probidad, se prevé que el funcionario público debe observar una conducta honesta, recta e íntegra y desechar todo provecho o ventaja de cualquier naturaleza, obtenido por sí o por interpuesta persona, para sí o para terceros, en el desempeño de su función, con preeminencia del interés público sobre cualquier otro. También debe evitar cualquier acción en el ejercicio de la función pública que exteriorice la apariencia de violar las Normas de Conducta en la Función Pública.

En el artículo 16 se prevé que los funcionarios públicos deberán excusarse de intervenir o podrán ser recusados

cuando medie cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad.

En el artículo 17 se dispone que el funcionario público debe distinguir y separar radicalmente los intereses personales del interés público, deberá adoptar todas las medidas a su alcance para prevenir o evitar todo conflicto o conjunción de esos intereses en el desempeño de sus funciones.

Por lo expresado podemos concluir que a pesar de no estar explícitamente contemplado el principio de integridad, el mismo tiene cabida por lo dispuesto en el artículo 72 de la Constitución y las demás normas mencionadas.

4.- CONCLUSIÓN

Nadie puede dudar que la corrupción es hoy un problema en todos los países a lo largo del mundo, convirtiéndose en una patología que impacta no solamente a quienes son protagonistas de los actos que se llevan a cabo, sino que termina afectando a toda la sociedad.

Como es sabido, la contratación pública tiene gran importancia desde el punto de vista económico, social y político, entre otras cosas por los intereses que están en juego y que hacen justamente que la misma sea un ámbito propicio para que se desarrolle la corrupción y las prácticas deshonestas. Muchos de los países que han sancionado en estos últimos años leyes de transparencia o de acceso a la información pública, lo han hecho como una forma de combatir, o paliar la corrupción reinante. Del análisis realizado en el presente trabajo se desprende que tanto en la normativa española como en la uruguaya existe una

preocupación real por la corrupción y el principio de transparencia se encuentra omnipresente en ambas legislaciones, no solamente como forma de combatir la corrupción sino lo que es más importante como una forma de disuasión de la misma.

En la legislación española como se ha señalado por algunos autores el principio de transparencia “vertebra” toda la contratación pública. Estando así mandado en múltiples sentencias, tanto en los Tribunales de Justicia Europeos como en los españoles.

Además, como se puede observar en el análisis de este trabajo las Directivas de la Unión Europea han colocado al principio de transparencia como uno de los principios más trascendentales. Algo similar sucede con el principio de integridad, aunque es de recepción más reciente. Es de esperar que vaya tomando relevancia ya que es un principio “abarcativo”, que forma un bloque de principios, al cual no le es ajeno la transparencia.

En el derecho uruguayo si bien el principio de transparencia ha tenido reciente consagración como principio de la contratación pública, el mismo ya contaba con consagración constitucional, además de estar recogido en diferentes normas del derecho vernáculo. Con relación con el principio de integridad, éste no tiene consagración expresa en la normativa, pero a partir de nuestro análisis podemos sostener que el mismo tiene cabida por medio del artículo 72 de la Constitución Nacional además de desprenderse de varias normas, aunque éstas no estén formando parte de un solo texto normativo.

BIBLIOGRAFÍA:

- DURÁN MARTÍNEZ, A., "*Principios de la Contratación Administrativa*", en AAVV, *Estudios de Derecho Administrativo*, (coord. SCHIAVI, P., BERCHESI, B), La Ley (Montevideo), 2018, págs. 49 a 81.
- CAGNONI, J.A, "La primacía de la persona: el principio personalista", *Revista de Derecho Público*, 24 (2003), pág. 135.
- DELPIAZZO, C., "Recepción de los Principios Generales de Derecho en el Derecho Positivo Uruguayo," en AAVV, *Los principios en el Derecho Administrativo Uruguayo*, AMF (Montevideo), 2009, págs. 31 a 33.
- CASSAGNE, J.C., *El derecho administrativo hoy*, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires (Argentina), 1996, p. 24.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.F., T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ª ed. Madrid (España) 1983. p. 74.
- DELPIAZZO, C., "Triple dimensión del principio de transparencia en la contratación administrativa", consultado en <https://www.google.com/url? -dimensi%25C3%25B3n-del-principio-de-transparencia-en-la-con...&usg=AOvVaw2cY5q29fK5Q9xWQF3AjIr1> [3 junio 2018].
- UNODC, "Transparencia, Objetividad y Competencia en las Contrataciones Públicas": Evaluación legal en el Gobierno Federal, en el Distrito Federal y en el Estado de Puebla sobre cumplimiento del art. 9ª de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

- CAIROLI, M., "La corrupción como mal social, su avance en las empresas", La corrupción y la empresa, AAVV, Fundación Konrad Adenauer (Montevideo) 1999.
- GREENBERG, M., BUREAUCRACY and DEVELOPMENT, H., Lexington, 1970, citado por TORDARELLO, G., en Corrupción Administrativa y Enriquecimiento. Ed. Editores Argentinos, (Bs. As) 2008
- DICKSON, R., "La Transparencia en la Contratación Pública", en AAVV Contrataciones Públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales (coord. Morandini, F., Fernández, A.) INAP, (Madrid) 2017.
- MATA, C., "Presentación de las modificaciones de la Ley Nº18.834, en AAVV, Renovación de la Contratación Pública (coord. DELPIAZZO, C.), FCU (Montevideo), 2013, págs. 379 a 384.
- CERRILLO MARTÍNEZ, A., El principio de integridad en la contratación pública. Thomson-Reuters- Aranzadi, (Navarra) 2014 (Cap.3).
- Sentencia de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 21.
- PINTOS SANTIAGO, J., "El Transversal Principio de Transparencia en las Administraciones Públicas", en AAVV, Calidad, transparencia y ética pública, en AAVV (Coord. Pintos, Jaime), Colección Monografías-, 1ª Ed, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2017.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., Tratado de Contratos del Sector Público, Tomo I, "ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- MORENO MOLINA, J., "Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina, Consultado en: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/14387/15002 [3 de junio de 2018]

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



LOS CONTRATOS “PÚBLICOS” ARTÍSTICOS EN LAS ARTES ESCÉNICAS

“Public” *Artistic* contracts in the performing arts

Núria Mombiela Lobato

Servicios Jurídicos del Teatre Nacional de Catalunya, SA
(TNC)

RESUMEN: El 9 de marzo de 2018 entró en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Se trata de una norma básica y, por tanto, aplicable a todo el Estado, sin perjuicio del

desarrollo que puedan hacer las Comunidades Autónomas (CCAA).

En este trabajo se pretende analizar su impacto en aquellos sectores donde no se gestionan habitualmente procedimientos administrativos, concretamente cómo se puede aplicar esta nueva legislación en el sector artístico, especialmente en las artes escénicas, sin llegar a morir en el intento.

¿Qué hay que hacer para contratar a un/a escenógrafo/a o a un/a figurinista, con la nueva ley en la mano? ¿El teatro tiene la consideración de administración pública? ¿Es un poder adjudicador no administración pública? ¿Cómo contrato un músico o un/a coreógrafo/a para mi espectáculo? ¿Y si quiero contratar a una compañía teatral en el teatro del municipio? ¿Y si la compañía es extranjera?

La casuística es muy amplia, y las preguntas casi infinitas. No pretendo dar respuesta a todas, tan sólo intentar incardinar estas necesidades en la nueva Ley y dar algunas respuestas y/o propuestas, desde mi experiencia e interpretación para que puedan aportar alguna luz a los **actores** en estos procedimientos.

PALABRAS CLAVE: artes escénicas, contratos *artísticos*, contratos *no artísticos*, contratos públicos, contratos privados, expediente de contratación artístico, equipos artísticos, compañías.

ABSTRACT: On March 9, 2018, Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts (LCSP) entered into force. It is a basic norm and, therefore, applicable to the whole State, without prejudice to the development that the Autonomous Communities (CCAA) can do.

This paper aims to analyze its impact in those sectors where administrative procedures are not usually managed, specifically how this new legislation can be applied in the artistic sector, especially in the performing arts.

What needs to be done to hire a set designer or figurine, with the new law in hand? Is the theater considered public administration? Is a contracting authority not public administration? How do I hire a musician or choreographer for my show? What if I want to hire a theater company in the theater of the municipality? And if the company is foreign?

The casuistry is very broad, and the questions almost endless. I do not intend to respond to all, just try to incardinate these needs in the new Law and give some answers and/or proposals, from my experience and interpretation so that they can bring some light to the **actors** in these procedures.

KEY WORDS: performing arts, artistic contracts, non-artistic contracts, public contracts, private contracts, artistic contracting file, artistic teams, companies.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1.1. Las artes escénicas en España. Definición. 1.2. Problemas planteados con relación a la LCSP. **II. REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS ARTÍSTICOS.** 2.1. LA 4ª GENERACIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: encaje del contrato "público" *artístico* en el derecho europeo. 2.2. LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: encaje del contrato "público" *artístico* en el derecho español. 2.3. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. Informes de las JCCA y de los Tribunales Contractuales. **III. EL**

EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN EN EL CONTRATO ARTÍSTICO. 3.1. TIPOLOGÍA DE CONTRATOS. 3.1.1 *Contratos artísticos.* 3.1.2 *Contratos de contenido creativo.* 3.1.3. *Contratos no artísticos.* 3.2. ADECUACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN A LA LCSP. 3.2.1 *Preparación del expediente.* 3.2.2 *Tramitación electrónica del expediente.* 3.2.3 *Licitación, adjudicación y formalización del contrato artístico.* **IV. CONCLUSIONES.**

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Las artes escénicas en España. Definición

Las artes escénicas son todas aquellas manifestaciones artísticas creadas para ser representadas sobre un escenario. Son, en definitiva, las artes destinadas al estudio y práctica de cualquier tipo de obra escénica o escenificación, toda forma de expresión capaz de inscribirse en la escena: el teatro, la danza, la música y, en general, cualquier manifestación que se lleve a cabo en algún tipo de espacio escénico, tanto en salas como en cualquier espacio destinado a realizar cualquier tipo de espectáculo en vivo, como ocurre con los espectáculos ambulantes (por ejemplo, el circo o el teatro callejero). Las artes escénicas son creadas directamente para un público que asiste a la representación: teatro hablado, cantado, bailado o gestual. No tiene ninguna importancia la forma del escenario-sala, lo que cuenta es la inmediatez de la comunicación al público a través de los actores, bailarines, mimos, cantantes...).

En España la gestión del sector cultural, especialmente el de las artes escénicas, se caracteriza por su alta dependencia política y económica de los poderes

públicos y por el papel que desarrollan los espacios teatrales –mayoritariamente de titularidad pública– como intermediarios entre la producción privada y el consumidor final.

El “sistema escénico”¹⁸ se compone de dos mercados diferenciados, el de la producción y el de la difusión o exhibición. En el primero de ellos, las compañías o artistas financian su actividad fundamentalmente sobre la base del caché¹⁹ recibido por la venta de sus funciones a los teatros y de las subvenciones otorgadas por distintas administraciones públicas (AAPP). En el segundo, los festivales y los espacios escénicos demandan producciones para a su vez, difundirlas o exhibirlas.

El problema es que para mantener esa cadena (artistas-obras-teatros-espectadores), la mayoría de los recursos aportados, directa o indirectamente, provienen de las AAPP. Los ingresos de taquilla o por patrocinio cubren parcialmente la difusión, pero no cubren la facturación total por caché.

¹⁸BONET, Lluís y VILLARROYA, Anna. “La estructura de mercado del sector de las artes escénicas en España” en Estudios de economía aplicada vol. 27-1, 2009 Págs. 197-222. Departamento de Economía Política y Hacienda Pública. Universidad de Barcelona. (Fecha de consulta: 25/01/2019)

¹⁹ Tarifa que cobran los autores, directores o compañías por categoría artística. Se puede consultar las tarifas de los actores y actrices y personal de audiovisual de la Comunidad de Madrid para 2019 en www.guiadeactores.com

Asociaciones culturales²⁰ como la Red Española de Teatros, Auditorios, Circuitos y Festivales de Titularidad Pública (RED DE TEATROS), la Asociación de Representantes Técnicos del Espectáculo (ARTE), los TEATRES en XARXA o el Sistema Público de Equipamientos Escénicos y Musicales (SPEEM) en Catalunya o la Red Aragonesa de Espacios Escénicos, entre otras, son las encargadas de que esa "cadena" no se rompa. El objetivo fundamental de este tipo de organizaciones en red es el aprovechamiento de los recursos técnicos y económicos que se destinan, tanto por parte de las AAPP como de los agentes privados, y consolidar la actividad cultural en los municipios y distribuirla homogéneamente, a fin de garantizar el derecho de la ciudadanía a acceder en condiciones de igualdad a la cultura.

1.2. Problemas planteados con relación a la ley 9/2017, de 8 de noviembre

La nueva LCSP ha irrumpido en el sector, y no ha sido bien recibida. La Junta Directiva de A.R.T.E, en una carta abierta en su revista *ESCENARIOS*²¹, denuncia que existe una gran dispersión de criterio de las Corporaciones Locales y una falta de interpretación unívoca del texto legal. En concreto se cita la falta de criterio unificado en la formulación de pliegos en los concursos públicos, falta de claridad y objetividad, y esto influye directamente en la actividad de los

²⁰ Como la Asociación de actores y actrices (estatal y la catalana), Asociación de autores de teatro, Asociación de directores de escena de España (ADE), Asociación española de productores de espectáculos teatrales, y muchas más en sus ámbitos territoriales y algunas de proyección internacional.

²¹ Carta Abierta, apartado Editorial de la *Revista Portavoz de la Asociación de Representantes Técnicos del Espectáculo* (A.R.T.E), núm. 218 (enero-febrero 2019), página 10.

programadores y productores. Necesitan, y, por tanto, reclaman a las autoridades una aplicación razonable y acomodada a las necesidades y características del sector.

Diversos artistas, como Àlex Mañas²², autor y director de teatro, denuncian que pedir una subvención (o ser "contratista" público) es tan complicado que casi se tiene que disponer de otra persona contratada para realizar las gestiones. E incluso en Europa, donde se disputan las vacantes para ocupar los cargos directivos de festivales y teatros de responsabilidad pública, se tratan de manera opaca estas contrataciones.²³

Ciertamente, no es fácil, la dispersión es muy amplia. Las restricciones económicas y la poca inversión en cultura tampoco ayudan. El poco presupuesto que hay para las producciones, y los repartos del taquillaje entre la compañía y el teatro no les permiten "sobrevivir".

En particular, la gestión contractual de los teatros se ve muy afectada puesto que la naturaleza jurídica de los espacios escénicos es muy diversa, ya sean privados, constituidos como asociaciones, fundaciones u otras formas, ya sean públicos, adscritos o dependientes de cualquiera de los niveles de administración estatal, autonómica o local; además de la diversidad subjetiva de los artistas-contratistas (personas físicas, sociedades civiles, personas jurídicas, en sus diferentes formas). Hay que conducir esta contratación a su gestión y

²² *Revista EntreActe*, www.entreacte.cat, núm. de 31 de enero de 2019

²³ Se trata de centros controlados, en más o en menos por la Administración, que prefieren mandatos largos, de 4 o 5 años y son muy opacos con los honorarios. Artículo muy interesante de Juan Carlos Olivares Padilla, "La desfilada europea dels directors artístics" en el número de 31 de enero de 2019 de la revista *EntreActe*. www.entreacte.cat

tramitación a través de los diferentes procedimientos que ofrece la nueva LCSP, sin olvidarnos de la transformación digital de trasfondo.

En el documento de síntesis de la Consulta abierta al sector público y al sector privado realizada por la Comisión Europea en 2011 ya se reflejaron tres demandas: la necesidad de simplificar los procedimientos y hacerlos más flexibles, que fuese a través de menores cargas administrativas relacionadas con la elección del licitador y permitir un mayor uso del procedimiento de licitación con negociación. La intención es acercarse y contribuir positivamente con este trabajo.

II. REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS ARTÍSTICOS EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. LA 4ª GENERACIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: encaje del contrato "público" *artístico* en el derecho europeo.

La única vez que se menciona "**artístico**" en el texto de la Directiva 2014/24/UE es en el Considerando 50, al hacer referencia a la utilización del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación, de manera excepcional, *"cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo, porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto **artístico**. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las*

situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación”.

Si seguimos analizando, la palabra **“intelectual”** sale 10 veces, y teniendo en cuenta la propia definición de propiedad intelectual como conjunto de derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley (artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual- TRLPI), podemos encontrar:

a) *Considerando 43*: el procedimiento a utilizar para contratar servicios intelectuales es la licitación con negociación o el diálogo competitivo. Hay que destacar que estas previsiones son novedosas respecto de la Directiva 2014/24/UE que propone la utilización del procedimiento de licitación con negociación o el diálogo competitivo cuando se trata de servicios intelectuales, en especial para servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería, pero también utilizables en la contratación de la construcción de las escenografías o la confección del vestuario²⁴.

²⁴ Considerando 43: «Para los servicios o suministros que exijan un esfuerzo de adaptación o de diseño, el recurso al procedimiento de licitación con negociación o al diálogo competitivo puede resultar valioso. Este esfuerzo de adaptación o de diseño resulta especialmente necesario en los casos de adquisiciones complejas, por ejemplo, cuando se trata de productos sofisticados, servicios intelectuales, por ejemplo, algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería, o grandes proyectos relacionados con las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC).»

b) *Considerando 67 y artículo 35*: que establecen la no adecuación del uso de la subasta electrónica para la contratación de servicios que impliquen funciones de carácter intelectual, aplicable a los servicios de carácter artístico, ya que “no pueden clasificarse mediante métodos de evaluación automatizados”.

c) *Artículo 32.2.b i)* reserva del procedimiento negociado sin publicidad cuando se trate de contratar actuaciones artísticas únicas y proteger derechos de propiedad intelectual.

d) *Considerando 94*: que admite como criterio de adjudicación la experiencia del personal encargado de la ejecución del contrato cuando se trata de servicios de carácter intelectual.

Y, por último, buscando la palabra “**cultural**”, hay que destacar el *Considerando 23* que establece que en la adjudicación de los contratos de relevancia cultural puede que no sea adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos. (...) como las actuaciones artísticas.

De todo lo anterior, podemos concluir que los contratos *artísticos* no se regulan como tales, no son contratos específicos por su objeto cultural, intelectual o artístico, pero sí que se pueden incardinar en la legislación de contratación pública. Tal y como indica la Directiva 2014/24/UE, conviene establecer una excepción para los contratos públicos de servicios destinados a las producciones o coproducciones de programas culturales o artísticos, y también de los servicios preparatorios como los relativos a los guiones, obras o las actuaciones artísticas necesarias para la realización del programa. Esta exclusión, sin embargo, no debe aplicarse al suministro de material técnico para la producción, como la compra de *attrezzo*, confección de

vestuario o construcción de una escenografía y que analizaré como contratos *no artísticos* más adelante.

Breve referencia a la regulación de los contratos artísticos fuera del derecho europeo

Como referencia a la regulación de los contratos artísticos en otras legislaciones, cabe mencionar a título de ejemplo (o curiosidad), el *Acuerdo de la Asociación entre UE y Chile* (18/12/2002) reconoce en su artículo 145 el procedimiento de licitación diferente al abierto o restringido por causa de razones técnicas o *artísticas* o por cualquiera otra razón relacionada con la protección de derechos exclusivos, el contrato sólo pueda ser ejecutado por un determinado proveedor y no haya una alternativa o un sustituto razonable, y el *Protocolo de Contratos Artísticos del Ministerio de Cultura de Uruguay*, donde se establecen las normas para la contratación de artistas. Es requisito *sine qua non* que los artistas deben estar inscritos en el Registro Nacional de Artistas y Actividades Conexas²⁵ y su contratación se realizará fuera de la relación de dependencia, en forma individual como trabajador no dependiente (por ejemplo, una empresa unipersonal, sociedad de hecho, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, etc.); o a través de las Cooperativas de Artistas y Oficios Conexos.

En cualquiera de los casos (cooperativa o empresa, no la persona física), se deben registrar en el Registro de Proveedores del Estado (RUPE). Para el caso de artistas no residentes en Uruguay no es necesario cumplir con lo anterior, y se retendrá el 12% del Impuesto a la Renta de No Residentes (IRNR).

²⁵ en el marco de la Comisión Certificadora creada por el Artículo 5º de la Ley 18.384

Los artistas²⁶ se podrán contratar a través de dos vías o procedimientos: el de compra directa por excepción con cooperativas (hasta el umbral establecido para la licitación abreviada), o procedimiento de compra directa por empresa (hasta el límite de la compra directa).

2.2. LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: encaje del contrato "público" artístico en el derecho español

La nueva Ley de contratos del sector público (LCSP) en España ha provocado un cambio de paradigma: la contratación pública garantizaba los intereses públicos dentro de los contratos celebrados por las AAPP a través de establecer prerrogativas, ahora, se basa en el derecho comunitario europeo de contratación pública y antepone todos los principios generales (PG) -no discriminación, publicidad, igualdad, transparencia...- para garantizar el establecimiento del mercado interior en la UE. Seguimos teniendo reguladas las prerrogativas en los artículos 188 y 189 de la LCSP para las AAPP.

²⁶ Ley 18.384 Artículo 1 (Alcance subjetivo). - La actividad de los artistas intérpretes o ejecutantes y las actividades u oficios conexos a dicha profesión se regirán por las disposiciones de la presente ley. Se entiende por artista intérprete o ejecutante a todo aquel que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra artística, la dirija o realice cualquier actividad similar a las mencionadas, sea en vivo o registrada en cualquier tipo de soporte para su exhibición pública o privada. Se entiende por oficios conexos, aquellas actividades derivadas de las definidas en el inciso anterior y que impliquen un proceso creativo. Decreto reglamentario 266/09 del 3 de Junio de 2009 de la ley 18384

La nueva Ley mantiene la clásica distinción entre “contratos administrativos”, es decir, los contratos sujetos en todas sus fases a la legislación contractual pública, y los “contratos privados”, aquellos a los que les es de aplicación únicamente en las fases de preparación y adjudicación²⁷. Los contratos *artísticos* son considerados administrativos de carácter privado cuando los gestione una AAPP (artículo 25.1.a) y son privados cuando los gestione cualquier otro ente u organismo del sector público (artículo 26).

La LCSP no recoge una serie de previsiones específicas para la adjudicación de los contratos de servicios *artísticos*, pero como novedad, sí que los recoge para los que tienen por objeto prestaciones de carácter intelectual, aunque ni las define de manera expresa ni da dictado alguno para interpretar qué se entiende por prestaciones de carácter intelectual, encontrando referencias a lo largo del articulado de la Ley.²⁸

Alguna de estas reglas especiales aplicables a los servicios que comprenden prestaciones de carácter intelectual son las siguientes:

- a) Se reconoce expresamente «la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios

²⁷ Sin perjuicio que sea de aplicación a más fases del procedimiento contractual dependiendo del ámbito subjetivo de la entidad contratante. Por ejemplo, el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música (INAEM), Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Educación y Cultura o el Teatre Nacional de Catalunya (TNC), sociedad anónima participada en su totalidad por la Generalitat de Catalunya, tiene la consideración de poder adjudicador no administración pública, y de acuerdo con el artículo 26 de la LCSP, los contratos que promueva han de ser calificados como privados.

²⁸ Artículos 160.4, 183.3, 168.d, 143.2, 159.6. LCSP

de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo» en la Disposición Adicional cuadragésima primera. No se considera que realice una lista tasada de servicios. Así, otros contratos pueden ser considerados como tales como, por ejemplo, la impartición de formación, los servicios jurídicos, tecnológicos, de consultoría, y en general, científicos²⁹.

- b) Para la adjudicación de servicios intelectuales de especial complejidad, la LCSP considera especialmente adecuada la utilización del procedimiento restringido, y un procedimiento negociado sin publicidad con el ganador o ganadores de un concurso de proyectos. No podrá utilizarse la subasta electrónica (artículo 143.2) ni resulta aplicable el procedimiento abierto simplificado abreviado que regula el artículo 159.6.

Trasladadas estas consideraciones al ámbito artístico, el procedimiento más adecuado sería el procedimiento negociado sin publicidad, y sin concurrencia, constituyéndose, de todas todas, un procedimiento excepcional en todos los casos, que encuentra su encaje perfecto en el artículo 168.a. apartado 2º de la LCSP. Razones como "representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español", "protección de derechos exclusivos, incluidos los de propiedad intelectual", "no exista una alternativa o sustituto razonable" o "la ausencia de competencia no

²⁹SANMARTÍN MORA, M. A. (2018): "La contratación de prestaciones de carácter intelectual en la Ley 9/2017 de contratos del sector público". *Observatorio de Contratación Pública*.
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.342/relcategoria.121/relmenu.3/chk.22526a1a262b201d1ee7b78e398eb1e7> (Fecha consulta 22-01-2019).

sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”, son de aplicación intrínseca en los contratos *artísticos*.

Por otro lado, igual que en los contratos de prestaciones de carácter intelectual, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación; existe obligación de utilizar varios criterios (artículo 145.3); en concreto, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 % de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas (artículo 145.4). En el ámbito artístico, la subjetividad es casi total del/la director/a artístico/a, ya que es su competencia y función la programación artística de cada temporada, basándose pues en criterios artísticos, perfectamente incardinables en la posibilidad establecida en el artículo 145.2 de la LCSP³⁰.

Otras vicisitudes que afectan en especial a la contratación de prestaciones intelectuales, y por ende a los contratos *artísticos*, sería la justificación de la necesidad del contrato y el informe de insuficiencia de medios.³¹ Esta justificación es especialmente relevante

³⁰ el artículo 145.2 LCSP incluye en el apartado 2.º la posibilidad de valorar «la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución».

³¹ El artículo 30.3 LCSP dispone que: «La prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios. No obstante, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar de conformidad con lo establecido en el Capítulo V del Título II del Libro II de la presente Ley».

En concordancia, el artículo 116 exige que se incluya en la preparación del expediente para la adjudicación de los

en la contratación de servicios de carácter intelectual, pues habrá que justificar la imposibilidad de acometerlos con empleados públicos, y además tener en cuenta que estos contratos no pueden encubrir relaciones laborales. A este respecto el artículo 308.2 LCSP advierte de que en ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores.

Un caso reciente en el ámbito artístico teatral lo tenemos en la fundación pública "Teatro Real" de Madrid. La Inspección del Trabajo ha considerado ilegal la cesión de los trabajadores del Coro del Teatro, gestionado por la empresa Intermezzo, concesionaria del servicio, ya que los coristas y pianistas no están contratados por el propio teatro.³²

Entre los temas de mayor impacto y más complejos de tratar en el ámbito artístico, está la obligación de gestionar íntegramente el proceso de contratación de forma electrónica. La LCSP obliga a la tramitación exclusivamente electrónica de todos los procedimientos, de extremo a extremo³³. Esto conlleva que los pliegos, los anuncios, las ofertas, las comunicaciones, las notificaciones, las facturas, han de tramitarse en formato electrónico, sin perjuicio de la

contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios que deberá ser objeto de publicidad en el perfil de contratante a tenor del artículo 63.3 LCSP.

³² Artículo de eldiario.es de fecha 23 de abril de 2019 en: https://www.eldiario.es/economia/Inspeccion-Trabajo-considera-Teatro-Real_0_891711187.html

³³ MORENO MOLINA, JA y otros: "Informe Jurídico sobre el uso obligatorio de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la LCSP", disponible en <http://informelcsp.es> (fecha consulta 29/12/2018)

utilización de las diferentes plataformas de contratación (la del Estado, las de las CCAA, las de entidades locales). Así se recoge en la LCSP y en especial en la Disposición Adicional (DDAA) 15ª sobre las normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos de contratación, la DDAA 16ª sobre el uso de medios electrónicos en los procedimientos y la DDAA 17ª sobre los requisitos específicos de las herramientas de recepción electrónica de documentos.

Otro de los temas a mencionar, siempre controvertido, es el de los derechos de propiedad intelectual. El artículo 308 LCSP establece que salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la AAPP contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público. Este tipo de contratos son los que más adelante analizaré como "*contratos de contenido creativo*".

Hay que estar a cada tipo de contrato para regular los derechos correspondientes.

2.3. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. Informes de las JCCA y de los Tribunales Contractuales

Antes de la entrada en vigor de la LCSP este tipo de contratos, independientemente de su importe, se trataban todos, en general, por el procedimiento negociado sin publicidad. Pero ahora, si el importe no supera el límite de los 15.000 euros cabría la

posibilidad de su tramitación a través del contrato menor, regulado en el artículo 118 LCSP, haciéndose constar en la memoria justificativa del expediente alguna o algunas de las causas y en los términos que figuran en el artículo 168 a 2º) de la misma Ley.

La Junta de Contratación del Estado se ha pronunciado recientemente en su informe 7/2018³⁴, permitiendo el contrato menor cuando no supere la cuantía y así dice: *“...a la luz de la nueva Ley 9/2017 podemos apreciar que el artículo 168 a) 2º alude a esta causa nuevamente, por lo que podemos llegar a la conclusión de que resulta posible seguir recurriendo al procedimiento negociado sin publicidad para contratos de carácter artístico en que la prestación tenga la peculiaridad de su carácter único, sin perjuicio de que cuando resulte procedente en función del valor estimado del contrato también se pueda utilizar el contrato menor.”*

En los últimos años, España ha cometido muchas irregularidades en materia de contratación que han sido denunciadas ante la UE, entre ellas, el abuso del procedimiento de adjudicación directa y del procedimiento negociado sin publicidad, y que se han traducido en sanciones y multas económicas muy elevadas. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 13 de enero de 2005 en el asunto C-84/03, es fruto de la aplicación del procedimiento de incumplimiento por parte de la CE ante España y como consecuencia de la incorrecta transposición de las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE a su ordenamiento jurídico interno.

³⁴ Informe completo:

<http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2018/07-18.%20Admisibilidad%20cto%20menor%20para%20ciertos%20contr.pdf>

La utilización del procedimiento negociado sin publicidad es excepcional, como ya ha argumentado la doctrina y la jurisprudencia. Veamos cómo lo han analizado las Juntas Consultivas de Contratación Pública, del Estado y de las CCAA, así como los Tribunales Contractuales en relación con la contratación *artística*.

En cuanto a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCAE):

- *Informe 41/96, de 22 de julio de 1996*, 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 cuándo una obra artística puede ser llevada a cabo o no por otro artista o empresario, introduciendo un elevado grado de inseguridad jurídica."*

- *Informe 11/04, de 7 de junio de 2004*. Aplicación de este procedimiento para la contratación de la redacción de un proyecto arquitectónico con un sólo profesional en la consideración de que se está encargando un trabajo "artístico": La JCCAE argumenta que *"La utilización del procedimiento negociado tiene carácter excepcional y solo procede cuando concurren las causas taxativamente previstas en la ley, que son de interpretación estricta y han de justificarse "debidamente" en el expediente. (...) Resulta evidente, por tanto, que esta causa justificadora del procedimiento negociado no reside en el carácter artístico del trabajo, sino en que únicamente haya un empresario o profesional al que pueda encargársele el*

trabajo, sea por razones técnicas, artísticas o de exclusividad de derechos."

-Informe 35/06, de 30 de octubre de 2006, que argumenta el uso de este procedimiento cuando se hayan de proteger derechos exclusivos: "(...) habrá de afirmarse que el ámbito territorial de la exclusividad dependerá del objeto del contrato y lo mismo puede afirmarse respecto a la referencia a la fabricación y/o distribución, sin que puedan darse criterios orientativos en cuanto al órgano que expide certificados de exclusividad, pues -insistimos- lo decisivo es que, por el conducto que sea adecuada y suficientemente, se justifique la existencia de un solo empresario que pueda realizar el objeto del contrato sin restricción del ámbito territorial de la exclusividad."

-Informe 52/06, de 11 de diciembre de 2006, referido también a la posible utilización de este procedimiento en cuanto a la protección de derechos de exclusiva, pero matizando el concepto de "único empresario": Por lo expuesto (...) procede cuando exista un solo empresario al que pueda encomendarse la ejecución del contrato y no por simples alegaciones indeterminadas de necesidad o conveniencia por razones artísticas, técnicas o por derechos de exclusividad."

-Informe 45/09, de 1 de febrero de 2010, donde la Junta concreta que la adquisición de una obra artística (ya existente), debe considerarse como un contrato de suministro sujeto a la legislación de contratos públicos, si bien por su carácter puede ser objeto de adquisición por procedimiento negociado sin publicidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 154.d) antes citado en relación con el 161.1 ambos de la Ley de Contratos del Sector Público (LCAP de 2007).

Fijados los conceptos por la JCCAE para la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, el término “exclusividad” o “derechos exclusivos”, obra artística existente o por realizar, apunto dos informes más recientes y que tienen relevancia especial para los gestores y órganos de contratación artística:

-Expediente 36/2018 , en el que concluye que la contratación por las AAPP de actividades que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con el número de referencia del Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV) de 79995000-5 a 79995200-7 y de 92000000-1 a 92700000-8, calificados como contratos privados con arreglo al artículo 25.1.a).1º LCSP, puede efectuarse a través del procedimiento establecido para los contratos menores en el artículo 118 LCSP, siempre y cuando su valor no rebase los umbrales y se cumplan los demás requisitos que el mencionado precepto establece.

Los contratos que tienen por objeto representaciones artísticas y espectáculos tienen la calificación de contratos privados (artículo 26.2 LCSP). Y la Ley dispone expresamente que los contratos privados que realicen las AAPP se rigen por las normas que regulan la preparación y adjudicación de los contratos administrativos. Por tanto, podrán adjudicarse directamente por el procedimiento previsto para los gastos menores, cumpliendo los requisitos del artículo 118 LCSP. Y, en caso de que el valor estimado de la representación artística o cultural supere los 15.000 euros para su contratación podrán recurrir al procedimiento negociado sin publicidad siempre y cuando se justifique que tiene un carácter artístico “único”³⁵.

³⁵ 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

-Informe 1/2019, de 25 de Enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura, donde la Directora Gerente de la Fundación Extremeña de la Cultura, plantea varias cuestiones relacionadas con el carácter privado de 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 y la utilización del procedimiento negociado sin publicidad. En la primera cuestión, se considera que la contratación de las actuaciones mencionadas, cuando sean contratados por una fundación pública o consorcio que sean poderes adjudicadores que no tengan la consideración de administración pública, tienen, en todo caso, la consideración de contrato privado, de conformidad con el artículo 26.1 de la LCSP, siempre que el objeto de los contratos coincida con los números de referencia, CPV que expresamente menciona el apartado primero del artículo 25.1 a) de la LCSP, estos son de 79995000-5 a 79995200-7, referentes a la gestión de bibliotecas, archivo y catalogación y, de 92000000-1 a 92700000-8, Servicios artísticos, y otros, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6 (referidos a Servicios de televisión por cable).

En cuanto a la jurisprudencia, mencionar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y La Mancha, de 4 de febrero de 2013, Sala Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, recurso 187/2011, ponente doña María Belén Castelló Checa, donde se considera indiferente que para poder apreciar la exclusividad que

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.

permitiría utilizar el procedimiento negociado sin publicidad, la obra se adquiriera ya realizada o se trate de contratar a un artista determinado para su realización.³⁶

Otra sentencia destacable es la plasmada en el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (ATACP) 193/2018, de 27 de junio de 2018, (Recurso especial núm. 195/2018)³⁷, referente a contratos de artistas y cumplimiento de prescripciones técnicas, en concreto, la consideración jurídica de los certificados de exclusividad de actuaciones artísticas, donde establece: *"Hay que entender en este tipo de contratos, que dichos certificados son jurídicamente, más que de exclusividad, compromisos de reserva de actuación, y por tanto son admisibles para comprobar el cumplimiento del PPT, aunque varios licitadores hayan presentado dicha "exclusividad" respecto del mismo artista. Un certificado de exclusividad es un documento expedido por persona especialmente habilitada profesionalmente para que el contenido por ella plasmado y suscrito, se convierta en indubitado, por su parte el término exclusividad hace referencia a único. Difícilmente, en este campo, pueden expedirse "certificados de exclusividad" por persona distinta que el propio artista o su representante.*

³⁶ *Contratación Administrativa Práctica, Revista La Ley* núm. 127, septiembre-octubre de 2013. En: <http://contratacionadministrativa-laley.es>

³⁷ Consulta del texto: <http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/02TribunalesContractuales/TACP%20Madrid/TACP%20Madrid%20193-2018.pdf>

III. EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN EN EL CONTRATO ARTÍSTICO

3.1. TIPOLOGÍA DE CONTRATOS

Después del análisis normativo realizado en torno a los *contratos artísticos* a nivel nacional y europeo, paso a concretar qué tipos de contratos se utilizan por las entidades contratantes.

Tenemos, en primer lugar, los contratos propiamente "*artísticos*"³⁸. Son aquellos en los que se contratan elementos materiales y personales que aportan 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 obra teatral concreta versionada o adaptada por una compañía teatral, o de una orquesta; cada versión de una misma obra o concierto por una compañía u 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.³⁹

³⁸ Esta clasificación está basada en la establecida por el Instituto Nacional de Artes Escénicas y de la Música (INAEM), en su "Consulta sobre diversos tipos de contratos" a la JCCA del Estado que dio lugar a la emisión de su Informe 41/96, de 22 de julio de 1996.

³⁹ Diferente es la construcción de la escenografía o la confección de vestuario nuevos, a partir de la creación del/la escenógrafo/a o el/la figurinista, que como veremos en el

Los *contratos de contenido creativo* son los referidos a los que mediante ellos se adquieren derechos de propiedad intelectual. Basta decir que se rigen básicamente, por la legislación de Propiedad Intelectual, aunque como veremos en el apartado sobre preparación del expediente de contratación, en los contratos propiamente *artísticos* descritos en el párrafo anterior, es necesario añadir las cláusulas contractuales que sean necesarias en cada caso concreto.

Por último, los 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/la escenógrafo/a o el/la figurinista según su proyecto. Lo más característico es que no aportan elementos significativos que individualicen la realización frente a otras que pudieran hacerse con las mismas instrucciones. Se trata de adquisiciones de elementos o ejecución de trabajos no esencialmente creativos.

Una vez que el/la Director/a Artístico/a ha cerrado los compromisos para la programación de la temporada teatral, que suele hacerse mínimo con un año de antelación⁴⁰, empieza la gestión de todas las contrataciones necesarias, tanto artísticas, con las

siguiente apartado no tienen la consideración de contratos *artísticos*.

⁴⁰ Depende del espacio escénico del que trate, de su tamaño y del tipo de funciones que exhiba. Por ejemplo, en el Teatre del Liceu, para preparar una ópera necesitan de mucho más tiempo de antelación para efectuar todas las contrataciones necesarias para su producción y exhibición.

personas que formen los equipos artísticos en cada caso, compañías (propias o externas), como las que conllevan derechos de propiedad intelectual, y como las no artísticas (material atrezzo, campañas publicitarias, impresión de programas de mano, construcción de escenografías, confección de vestuario, montajes y desmontajes).

Los equipos artísticos pueden tener diferente ámbito subjetivo para poder contratar bajo el prisma de la LCSP: pueden contratarse personas físicas, que son los que actúan como profesionales; pueden ser personas jurídicas, bajo las formas de Sociedad Limitada, Sociedad Cooperativa, Sociedad Anónima, asociaciones, fundaciones (públicas o privadas) e incluso Sociedades Civiles.⁴¹

3.1.1 Contratos artísticos

a) Contratos de equipos artísticos: personas físicas o personas jurídicas.

Los equipos artísticos lo conforman el grupo de personas que participan en un mismo espectáculo u obra teatral concreta. Sin ánimo de exhaustividad, el equipo artístico lo pueden formar las siguientes personas:

⁴¹ Las Sociedades Civiles son personas jurídicas y, según el artículo 66 LCSP, "sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios". El punto de controversia con esta figura es la determinación de su capacidad de contratar. Véase Informe 8/2012, de 7 de marzo, de la JCCA de Aragón (capacidad de las sociedades civiles para contratar con las AAPP).

Adaptador/a	Diseñador/a de audiovisuales	Cantante
Dramaturgo/a	Iluminador/a	Bailarín/a
Traductor/a	Músico	Coreógrafo/a
Actor/actriz	Banda musical	Diseñador/a de movimiento
Director/a de escena	Director/a musical	Asesor/a de movimiento
Escenógrafo/a	Compositor/a musical	Profesor/a de dicción
Figurista	Repetidor	Caracterizador/a
Diseñador/a de sonido	Adaptador/a musical	Sastre/modista

Cuando un artista actúa en público puede hacerlo bajo diferentes relaciones laborales: relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos; relación laboral común; como autónomo o empresario propio. Las condiciones de trabajo del artista serán diferentes según el tipo de relación laboral aplicable, puesto que la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos tiene carácter especial según el artículo 2.1 e) del Estatuto de los Trabajadores.

El artista como trabajador tendrá una relación laboral con un empleador-empresario bajo la figura del organizador de espectáculos públicos. Esta relación laboral de artistas se encuentra regulada por el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos. Esta norma realiza regulación no exhaustiva del contenido de la relación laboral, entrando sólo en aquellos aspectos del contrato laboral para artistas susceptibles de un tratamiento unitario en todos los sectores artísticos. Están excluidos del régimen especial de artistas todo el personal técnico y auxiliar que colabore en la producción de espectáculos, aunque hay alguna excepción, como el doblaje.

b) Contratos de compañías: invitadas, coproducciones (internas y externas)

A demás de los equipos artísticos, se pueden contratar también compañías teatrales. Puede darse el caso que se quiera exhibir un espectáculo producido en su totalidad fuera del teatro. En este caso, el teatro (parte contratante) contrata a una compañía (la denominaremos "invitada", que es la contratista) para que la exhiba en el teatro. Es decir, se trata de "comprar" un espectáculo completo y el teatro es solamente el local de exhibición o difusión de éste.

Otra forma de contratación es mediante la coproducción, que puede proponerse en proyectos artísticos de otros⁴² (externos al teatro) o en proyectos propios (internos del teatro). En coproducciones internas, el propio teatro contrata equipo artístico formando la compañía más adecuada para llevarla a cabo y la produce, pero la obra es cofinanciada en algún aspecto (gira, adaptación, traducción). En el caso de las coproducciones externas el equipo lo contrata la coproductora y el teatro pone sala de exhibición y la producción ejecutiva. Aún sus diferentes naturalezas jurídicas, suelen constituirse como personas jurídicas y se contratan como empresas utilizando el procedimiento negociado sin publicidad, por motivos artísticos, regulados en el artículo 168.2 LCSP.

Cuando se quiere contratar a una compañía extranjera, hemos de tener en cuenta, para las compañías comunitarias, que podrán acceder a la licitación y presentar su oferta mediante certificado electrónico, puesto que las plataformas de contratación (la del

⁴² Por ejemplo, las coproducciones entre diferentes teatros y el Festival GREC de Barcelona. Los espectáculos se estrenan en el Festival y luego se exhiben en diferentes teatros a cargo de éstos su producción ejecutiva en su teatro.

Estado, la catalana, y otras plataformas autonómicas) aceptan los certificados cualificados de cualquier país de la Unión Europea (UE) de acuerdo del artículo 25.3 del Reglamento 910/2014/UE, sobre Identificación Electrónica y Servicios de Confianza⁴³.

Por otro lado, la capacidad de obrar de las empresas extranjeras, la LCSP distingue entre las no españolas de Estados miembros de la UE o signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), que tienen que acreditarla mediante la inscripción en los registros profesionales o mercantiles adecuados de su Estado miembro de establecimiento o la presentación de una declaración jurada o una de las certificaciones que se indican en el anexo XI de la Directiva 2014/24/UE; y las extranjeras de Estados no miembros de la UE ni signatarios del Acuerdo sobre EEE, que se acredita con la aportación de un informe emitido per la misión diplomática permanente o por la oficina consular de España del lugar del domicilio de la empresa, en el cual conste, previa acreditación por la empresa, que figuran inscritas en el registro local profesional, comercial o análogo, o, en su defecto, que actúan habitualmente en el tráfico local dentro del ámbito de las actividades que abasta el objeto del contrato. También han de aportar el informe de reciprocidad establecido en el artículo 68 de la LCSP.

⁴³ Este artículo dispone que una firma electrónica cualificada basada en un certificado electrónico emitido por un Estado Miembro será reconocida como firma electrónica cualificada en el resto de los Estados Miembros. En el artículo 22 del Reglamento eIDAS, la Comisión pone a disposición del público, mediante un canal seguro, la información relativa a las listas de confianza de cada Estado Miembro, donde se publican los servicios de certificación cualificados a admitir. Se puede consultar aquí: https://sede.fomento.gob.es/SEDE_ELECTRONICA/LANG_CASTELLANO/DOCS_INFO_SEDE/firma_certif_admitidos.htm

En el pliego administrativo es recomendable incluir una cláusula con la previsión del artículo 23 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), para que las empresas presenten su documentación traducida de forma oficial al español, y recomendable también incluir una cláusula en la Declaración Responsable conforme se someten a los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden para todas aquellas incidencias que puedan surgir del contrato, con renuncia expresa de su fuero propio.

3.1.2 Contratos de contenido creativo.

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.⁴⁴

El artículo 308 de la LCSP establece que salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público.

En la contratación artística, se ceden los derechos en exclusiva, (con posibilidad o no de cesión a terceros según los casos), de exhibición, de explotación de la

⁴⁴El Informe 41/96 de 22 de julio de 1996 de la JCCA del Estado lo concluye citando el artículo 9.1 de la LCAP de 1995. Actualmente se recoge en el artículo 9.2 de la LCSP

producción, concretamente los derechos de fijación, reproducción, de edición, comunicación públicos y distribución, estipulados en la Ley de Propiedad Intelectual vigente, en cualquier soporte y/o formato conocido, por el territorio nacional y extranjero y durante un período de 5 años. Hay que estar a cada tipo de contrato *artístico* para regular los derechos correspondientes.

3.1.3 Contratos no artísticos: La construcción de escenografías, confección de vestuario y similares.

La escenografía es el conjunto de elementos visuales que conforman una escenificación. Es habitual la contratación de las escenografías de las piezas teatrales de cada temporada, incluyendo las construcciones de los decorados. Se ejecutan siguiendo las instrucciones dadas por el/la escenógrafo/a según su proyecto.

La confección del vestuario en una obra teatral forma parte de la escenografía de ésta.

Hay que tener en cuenta que estos trabajos no se puedan definir en su totalidad por los equipos técnicos, y se requiera que sean los propios constructores y talleres de confección los que aporten soluciones técnicas innovadoras que permitan la realización de la escenografía y la adecuación de la confección del vestuario a ésta.

Es por ello que se hace imprescindible que los constructores y los talleres intervengan en el proceso de definición de las escenografías y de la confección, proceso que debe permitir establecer los elementos del contenido definitivos que deberán ser suministrados, tanto en cuanto a los materiales, a las estructuras y a las piezas de vestuario. Esta intervención de los talleres

de construcción y de confección (en definitiva, los licitadores) puede suponer un trabajo previo de diseño y adaptación y/o incluir soluciones innovadoras.

No son considerados como contratos artísticos, puesto 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.

Estas características o peculiaridades de la construcción de las escenografías y la confección de vestuario, las hacen encuadrar en el procedimiento de licitación con negociación, tal y como se establece en el artículo 167 de la LCSP, cuando enumera los supuestos de aplicación de este procedimiento:

"a) Cuando para dar satisfacción a las necesidades del órgano de contratación resulte imprescindible que la prestación, tal y como se encuentra disponible en el mercado, sea objeto de un trabajo previo de diseño o de adaptación por parte de los licitadores.

b) Cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras.

c) Cuando el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas debido a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la prestación que constituya su objeto, o por los riesgos inherentes a la misma. (...)"

En el Informe 41/1996 de 22 de julio de 1996, de la JCCA, se concluye que los contratos que tienen por objeto la construcción de una escenografía se califican como contratos de suministro y deben tramitarse mediante procedimiento negociado únicamente si se

cumplen los requisitos establecidos en el artículo 167 LCSP actual.

Se puede dar el caso que estos trabajos, en su conjunto, necesiten ser protegidos como secretos técnicos y comerciales, en el sentido definido en el artículo 2.1 de la Directiva (UE) 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas⁴⁵, puesto que su valor comercial se basa en este carácter secreto que se mantiene hasta el acto público de presentación de la temporada teatral. Es el secreto mejor guardado.

Otros contratos complementarios que giran en torno a la contratación de un espectáculo son los servicios de peluquería, maquillaje, lavandería, arreglos de vestuario, en el caso que el propio teatro no tenga medios personales propios y disponga en plantilla de estos trabajadores. Si se contratan externamente, su tramitación seguirá los procedimientos de contratación pública o de contratación mercantil, dependiendo de la naturaleza jurídica del teatro. En caso de teatros

⁴⁵ La definición de "secreto comercial" viene regulada en el artículo 2.1, indicando que la información que reúna todos los requisitos será considerada como secreto comercial. Estos requisitos son:

- a) ser información secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas que pertenecen a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas;
- b) tener un valor comercial por su carácter secreto;
- c) haber sido objeto de medidas razonables, según las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control.

públicos, ya dependientes o adscritos a administraciones estatales, autonómicas o locales, se aplicará la LCSP y, por tanto, se seguirán los procedimientos adecuados que correspondan.

De igual modo, los suministros de materiales de ferretería, o utillaje en general, material de *attrezzo*, campañas publicitarias, impresión de programas de mano, montajes, desmontajes, transportes, etc., se adquirirán bajo estos preceptos de la LCSP, si bien cabe apuntar la posibilidad de utilizar sistemas de racionalización de la contratación, a través de concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos, o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados, conforme a las normas establecidas en el Capítulo II del Libro II de la LCSP.

3.2. ADECUACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN A LA LCSP

3.2.1 Preparación del expediente

La celebración de contratos por parte del sector público requiere de la tramitación previa de un expediente (artículo 116 y siguientes de la LCSP). Este expediente contendrá:

- a) *Memoria justificativa e informe justificativo artístico*

Solamente se pueden suscribir los contratos que sean necesarios para cumplir y llevar a cabo sus objetivos y fines institucionales. Estas necesidades se tienen que determinar con precisión y se ha de dejar constancia en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento de adjudicación.

En un teatro, se planifica con bastante antelación su programa de temporada. Es en este momento cuando la Dirección Artística toma las decisiones: contratar compañías externas, realizar la coproducción de ciertos espectáculos, la duración, el presupuesto económico, la posibilidad de contratar determinados equipos artísticos, etc. Esto se puede plasmar en otro documento que llamaremos "informe justificativo artístico".

Es importante tener en cuenta que cada memoria justificativa del contrato donde se plasma esta necesidad se ha de publicar en el perfil del contratante (artículo 63.3.a), por ello hay que tener en cuenta también, si no se ha presentado a los medios públicos el contenido de la temporada teatral, que se trata de un secreto comercial, de acuerdo su definición regulada en la Directiva UE 2016/943, mencionada en el apartado anterior.

b) Elección del procedimiento de licitación

También se ha de justificar la elección del procedimiento de licitación que se utilice. En los contratos *artísticos* esta elección tiene una relevancia especial ya que la tramitación se efectuará, mediante procedimiento negociado sin publicidad, en la mayoría de casos, y además deberá justificarse que concurren los requisitos legales para acudir a este procedimiento excepcional⁴⁶. Por último, y tal como se ha expuesto anteriormente, apuntar la posible utilización de la figura del contrato menor (o adjudicación directa), de acuerdo con los Informes de las Juntas Consultivas autonómicas y del Estado.

⁴⁶ Artículos 26.32 de la Directiva 2014/24/CE y artículo 168.2 de la LCSP

c) La decisión de no dividir en lotes el objeto artístico⁴⁷

La norma general de la LCSP establece como regla general la disposición de la realización independiente de cada una de las partes del contrato mediante la división en lotes, y añade, siempre que su naturaleza u objeto lo permitan. La contratación artística es una de estas excepciones por "su naturaleza".

Efectivamente, el artículo 99.3.b LCSP así lo establece. Al tratarse de una representación artística única, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificulta la ejecución correcta desde el punto de vista técnico, porque los elementos materiales y personales aportan originalidad al conjunto y contribuyen a su individualidad, siendo cada versión de una misma obra, una obra artística diferente.

d) El valor estimado del contrato

La LCSP establece que es necesario indicar todos los conceptos que lo integran, incluyendo costes salariales.

⁴⁷ Destacar el último pronunciamiento del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (Resolución 181/2018, de 20 de septiembre de 2018) que destaca que la regla general de la lotización de los contratos se extiende también respecto a la configuración de los lotes mismos, "[...] dado que el legislador comunitario no limita la obligación de motivar la no división del contrato por el hecho de que se haya efectuado una determinada lotización. En efecto, el mandato del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE debe interpretarse de una manera funcional, de conformidad con el fin de que las nuevas directivas de cuarta generación pretendan alcanzar: favorecer la máxima concurrencia intensificando la participación de los licitadores y facilitar la participación de las pymes. Por ello, la obligación de motivar la no división del contrato en lotes debe abarcar no sólo el contrato en sí, sino también los propios lotes del contrato".

En los contratos de artistas (actores, figurinistas, directores de escena, escenógrafos...) el precio del contrato es su caché, que será negociado previamente a través de los productores.

En caso de compañías y coproducciones externas, se deben incluir los gastos de realización (escenografía, mobiliario, attrezzo, vestuario, complementos, alquileres, seguros, efectos especiales, transportes, montajes y desmontajes) los gastos de dietas y viajes, desplazamientos, de equipo artístico y de equipo técnico, gastos de publicidad y promoción de la obra o espectáculo, los gastos de reparto, los derechos y comisiones, los gastos de la realización de la gira de la obra, sin perjuicio de incluir otros que se puedan producir. En las coproducciones internas, es una buena práctica elaborar una memoria de cada espectáculo con detalle de todos los conceptos de gasto, a efectos de transparencia y de control económico y financiero. Siempre irá desglosado en partida independiente el IVA que corresponda, recientemente modificado a finales de 2018⁴⁸.

e) El informe de insuficiencia de medios.

Ya se ha apuntado anteriormente que, dependiendo de los organismos, se puede disponer de compañía teatral propia, o contratar la coproducción poniendo medios materiales, etc. Esto ha de quedar reflejado en la memoria justificativa⁴⁹.

⁴⁸ Real Decreto 1512/2018, de 28 de diciembre, BOE del 29/12/2018

⁴⁹ En el expediente de los contratos de servicios, se debe incorporar el informe de insuficiencia de medios en que se justifique la carencia de medios personales y/o materiales para el desarrollo del contrato, so pretexto de nulidad del contrato como acredita la jurisprudencia del Tribunal

*f) Duración de los contratos. Tramitación anticipada.
Prórrogas.*

La duración de los contratos se calcula desde la previsión de fecha del contrato aproximada y que el equipo artístico tenga que entrar en el teatro para comenzar los ensayos, hasta la última representación. Suelen ser contratos de poca duración, en espectáculos pequeños, pero pueden durar más cuando el espectáculo es de gran envergadura (óperas, musicales). El punto controvertido es el de la tramitación anticipada, ya que se suelen tramitar con mucha antelación, y se convierten en expedientes plurianuales, cosa que ya complica un poco más la gestión económica del contrato⁵⁰.

Normalmente no suele establecerse la posibilidad prórrogas. Aun en el caso que la obra tenga un gran éxito en su exhibición, el teatro, la compañía y el equipo artístico, podrían acordar la representación de un número determinado más de funciones, siempre según las disponibilidades de todas las partes. Podría gestionarse como una prórroga contractual, pero bajo mi punto de vista, creo que es más adecuado tramitar un expediente de modificación contractual, puesto que se encuadra mejor en el supuesto del artículo 205.2. de la LCSP sobre modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas en tanto en cuanto el devenir del espectáculo es incierto y no se puede prever.

Supremo en la Sentencia de 3 de noviembre de 2011 (RJ 2012,1853)

⁵⁰ Es necesaria la autorización del gasto plurianual aprobado por el órgano de gobierno, la determinación de las anualidades y la inclusión de la cláusula de condición suspensiva de existencia de crédito en los ejercicios presupuestarios siguientes.

g) Admisión de variantes. Modificaciones contractuales.

Igual que las prórrogas, las modificaciones contractuales en el ámbito artístico tampoco son tan habituales ni recurrentes. El caso anterior es un ejemplo en caso de compañía y equipo artístico. Puede darse con más facilidad en los contratos *no artísticos*, como en la construcción de las escenografías o en la confección de vestuario. Cuando se gestionan este tipo de objetos contractuales se puede prever (tanto técnica como económicamente) la posibilidad de modificación y se incluye en el redactado del pliego de cláusulas administrativas, con las limitaciones que se establecen en la LCSP. Ahora bien, las necesidades artísticas de la puesta en escena pueden comportar alguna variación (en los materiales, en el vestuario, en la realización de la dirección de escena, etc.) que no impliquen modificar el precio de adjudicación.

h) Solvencia de los licitadores (artistas y compañías).

La LCSP obliga a justificar la solvencia económica y financiera y la técnica o profesional que se exige a los licitadores en aquella contratación (artículo 74).

El órgano de contratación ha de ser cuidadoso con su exigencia, necesaria y suficiente, para garantizar una correcta ejecución del contrato. Tanto los requisitos como su acreditación han de estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales.⁵¹

⁵¹ A tal efecto, cabe destacar, entre otras muchas, la Sentencia de 26 de marzo de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que estima el recurso interpuesto ya que considera que "[...] los niveles mínimos de solvencia que pueden ser establecidos por el órgano de contratación, deben tener un respeto absoluto por el principio de proporcionalidad, por lo que no se exigirán niveles mínimos

Ahora bien, en el artículo 11.5 del RGLCAP, aún vigente, establece que: "*(...)los licitadores o candidatos estarán exentos de los requisitos de acreditación de la solvencia económica y financiera y de acreditación de la solvencia técnica y profesional para los contratos de obras cuyo valor estimado no exceda de 80.000 euros y para los contratos de los demás tipos cuyo valor estimado no exceda de 35.000 euros.*"

El órgano de contratación puede optar por dar prioridad al criterio artístico de exclusividad, de representación o espectáculo único, y en los casos de contrataciones artísticas a miembros o profesionales de equipos artísticos, artistas y/o profesionales autónomos, empresas (invitadas o coproductoras) personas físicas, exigirles acreditación de solvencia económica mediante certificado bancario y exigirles la solvencia técnica o profesional para acreditar fehacientemente su exclusividad artística que se justifica en el informe artístico previo de la Dirección Artística del teatro. En los casos de contrataciones artísticas a empresas (personas jurídicas), invitadas o coproductoras, se les exigirá la solvencia económica y financiera y la técnica y profesional, aunque el valor estimado de la contratación no supere el umbral establecido en el RGLCAP.

Una segunda opción sería seguir el criterio económico que establece la legislación de contratos en tramitar los tipos de procedimiento en base al importe de la licitación y/o valor estimado del contrato, pues frecuentemente se podría recurrir a la contratación

de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica, sin olvidar que estos deben estar vinculados al objeto del contrato, (...). De esta manera se vulneran los principios de libre concurrencia e igualdad, esenciales en toda contratación administrativa [...]"

menor de las compañías o de los profesionales, posibilidad que admite la JCCAЕ en su Dictamen 7/2018, de 9 de julio.

Por otro lado, la acreditación del caché de los artistas que son propuestos en la oferta económica, no se considera un criterio de adjudicación, sino como un requisito de obligado cumplimiento establecido en estos Pliegos. Requisito que además es fácilmente comprobable por cualquier gestor cultural.⁵²

i) El Pliego de Prescripciones Técnicas.

Como tal, este documento en los contratos *artísticos* es de difícil elaboración y/o aportación, sobre todo en los equipos artísticos, y en concreto en la contratación de actores, actrices, músicos o un director de escena, es decir, en artistas personas físicas, donde es un tanto complicado poner en un documento la descripción de su talento personal o la técnica con la que debería desarrollar su actuación artística. Se trata de cualidades personalísimas.

Igualmente pasa con los otros miembros del equipo artístico, por ejemplo, se les puede exigir (y se les exige) la presentación de otros documentos, condicionando su entrega a la facturación. Tal podría ser el caso del/la escenógrafo/a cuando se le exige un proyecto o una maqueta de la escenografía, o la presentación de un diseño de figurines, en el caso del/la figurinista. Estos documentos son el resultado de su creación y posteriores, por tanto, a su propia contratación. Diferente es el caso de la contratación

⁵² Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (ATACP) 193/2018, de 27 de junio de 2018, (Recurso especial núm. 195/2018)

de las compañías, en la que hace las veces de pliego técnico, la ficha técnica o el dossier del espectáculo que se contrata.

3.2.2 Tramitación electrónica del expediente

Tanto la Directiva 2014/24/UE como la LCSP establecen la obligatoriedad de la contratación pública electrónica⁵³.

Las AAPP han modificado sus normativas nacionales para adaptarse a esta nueva realidad, con abundante legislación, con nuevas formas de relación entre AAPP (interoperabilidad, tanto técnica como organizativa), a través de nuevos instrumentos (certificados digitales, acceso páginas web oficiales, tramitación electrónica administrativa, etc.), provocando procesos de implantación para la simplificación y automatización de los procesos administrativos que favorecen la reducción de costes y, por tanto, convierte a las empresas en más competitivas.

Se refuerza el papel del perfil del contratante como garante del principio de transparencia y de acceso público a la información y documentación contractual de todos los órganos de contratación.

También establece el uso de medios de comunicación electrónica, especialmente las notificaciones electrónicas y dejando de lado el correo electrónico, el de los certificados digitales (identificación y firma electrónicas), la presentación telemática de ofertas, la

⁵³ MORENO MOLINA, JA y otros: "Informe Jurídico sobre el uso obligatorio de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la LCSP", disponible en <http://informelcsp.es> (fecha consulta 29/2/2019)

formalización electrónica de los contratos y la remisión de toda la actividad contractual al Registro Público de Contratos.

3.2.3 Licitación, adjudicación y formalización del contrato artístico.

a) Mesa de Contratación

Según el tipo de procedimiento utilizado, en el contrato menor no opera esta figura, y en el procedimiento negociado sin publicidad, de acuerdo con el artículo 326.1 LCSP, la designación de la Mesa de contratación es potestativa.

b) Elementos para la negociación

Ya utilicemos el procedimiento negociado sin publicidad o el contrato menor, en los contratos *artísticos* es muy importante la negociación de los términos del contrato.

En el contrato se pueden reflejar los siguientes pactos:

1. El objeto del contrato
2. El presupuesto de la contratación
3. La vigencia o duración del contrato, pudiendo establecerse el compromiso de hacer gira de la obra.
4. Particularidades de la ejecución de los servicios profesionales contratados como puede ser un pacto de plena dedicación para el artista. A cambio del acuerdo de plena dedicación, el artista normalmente percibe una compensación económica, que puede ser una cantidad adicional a su caché o bien estar incluida en la retribución a percibir por el artista. Este pacto no

puede ser rescindido unilateralmente por el artista durante su vigencia. Si el artista lo rompe, el empresario, el teatro, tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, cuya cuantía es recomendable que esté fijada claramente en el contrato.

5. Los honorarios (según caché de los profesionales, por función efectivamente realizada en las compañías, y negociación como hemos visto anteriormente).

6. Facturación y pago. El artista (contratista) tiene derecho al abono del precio (o caché) acordado en el proceso de negociación. A diferencia de la contratación pública en otros sectores, en el sector artístico es normal pactar los pagos en plazos, distribuyéndose en un porcentaje (%) a abonar a la firma del contrato, un % a la finalización de los ensayos, un % para la fecha del estreno de la obra, un % al final de las representaciones, e incluso % para las representaciones en gira. Se plasma en el contrato, ya que en el pliego administrativo no cabe su concreción al ser un elemento de negociación.

Si el artista se ha contratado laboralmente, no debe emitir ninguna factura al promotor ni aplicar IVA. Cuando el artista cumple con las condiciones para actuar en espectáculos públicos como autónomo la factura de ese artista consignará una retención a cuenta del IRPF del 15% en 2019, ya que estaríamos ante un rendimiento de actividades económicas y no del trabajo. El tratamiento fiscal sería diferente si el artista actúa como empresario o la relación consiste en cesión de derechos de autor o derechos de imagen. Es importante destacar que la facturación por parte del

artista o las compañías ha de realizarse electrónicamente.⁵⁴

Es habitual en los contratos de los artistas que se pacte o negocie un precio alzado y cerrado en base a su caché, por ello no se prevé la revisión del precio contractual separadamente. En cuanto a las compañías, es normal que se produzca algún desajuste a la hora de liquidación del contrato⁵⁵, pero en general, no se dan los supuestos requeridos en el artículo 103 de la LCSP para la revisión de precios.

7. Información al contratista de que el órgano de contratación podrá comprobar el estado de las obligaciones tributarias del contratista, de acuerdo con los artículos 71.1.d) de la LCSP y 13 y siguientes de su RGLCAP, y en relación con el cumplimiento de la obligación de no pedir los documentos a los interesados del artículo 28.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, deberá recabar los documentos o certificados electrónicamente a través de las redes corporativas y plataformas de intermediación de datos⁵⁶.

⁵⁴ Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público. Desde el 15-1-15 todas las facturas remitidas a las administraciones públicas tendrán que ser electrónicas. Estas facturas electrónicas se enviarán a través de los puntos generales de entrada de facturas electrónicas de la administración correspondiente. El de la Administración General del Estado se denomina FACe, y el de la CCAA Catalunya es la plataforma e.FACT

⁵⁵ Artículo 205 permite una alteración de la cuantía de los contratos de hasta un 10 %, para no ser necesario realizar un expediente de modificación contractual.

⁵⁶ Nueva redacción del artículo 28.2 y 3 de la Ley 39/2015, dado por la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre,

8. Derechos de propiedad intelectual. La legislación nacional de varios países concede determinados derechos a los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, incluido el derecho a recibir una remuneración por la reproducción, distribución o radiodifusión de sus obras, pero no se dispone de ningún tratado internacional que otorgue a los artistas intérpretes o ejecutantes el control sobre la manera y el momento en que su obra se utiliza en el extranjero, y en ninguna ley se contempla su derecho a recibir una retribución. Si bien no se cuestiona la necesidad de la cesión de los derechos, cada país tiene su propio sistema.

En los Estados Unidos, los artistas intérpretes y ejecutantes ceden sus derechos automáticamente a los productores, y la remuneración de los actores es negociada por el poderoso sindicato, *Screen Actors Guild*, que es la asociación de actores cinematográficos de los Estados Unidos de América.

En Europa, existen diferentes prácticas. En algunos países europeos, la cesión de los derechos es automática mientras que en otros existe una presunción jurídica de cesión, pero es posible un acuerdo en contrario.

Otros países, Reino Unido, por ejemplo, no tienen una normativa al respecto, y los acuerdos de cesión son objeto de un contrato entre el artista intérprete o ejecutante, y el productor. Además, en algunos países, aun después de haber cedido sus derechos de autorización, los artistas intérpretes o ejecutantes conservan derechos morales para reivindicar la paternidad de su obra y oponerse a cualquier

de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 6.12.2018)

deformación o cualquier atentado que cause perjuicio a su obra⁵⁷.

En España acaba de aprobarse la nueva Ley de propiedad Intelectual (Ley 2/2019, de 1 de marzo, BOE núm. 53, de 2 de marzo de 2019) por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

9. Promoción y difusión de la obra, con contenidos de las campañas de publicidad, reportajes fotográficos, audiovisuales, etc., que el artista o las compañías han de prestarse a realizar.

10. Las causas de resolución específicas de cada perfil artístico.

11. La información sobre la legislación aplicable y jurisdicción, en cada caso.

c) Informe de conformidad y propuesta de adjudicación

La valoración e idoneidad del artista que se contrata se realiza con anterioridad y de acuerdo con criterios estrictamente artísticos y debería quedar plasmada en un informe emitido por la Dirección Artística, que hemos nombrado anteriormente como informe justificativo artístico. En esta fase, en la adjudicación, la unidad promotora del contrato emitirá un informe de conformidad de toda la documentación aportada y

⁵⁷ <https://www.wipo.int/pressroom/es/briefs/performers.html>
OMPI, Organización Mundial de la PI, consulta 15/05/2019

donde proponga su adjudicación al órgano de contratación.

d) Garantía definitiva. Plazo de garantía del contrato.

La garantía definitiva no es exigible en este tipo de contratos, los *artísticos*, recogidos en el artículo 25.1.a.1º, puesto que quedan excluidos a tenor del artículo 107 LCSP.

Tampoco cabe establecer un plazo de garantía, ya que es una prestación que se agota en cuanto se han representado cada una de las funciones.

e) Formalización y perfección del contrato. Ejecución del contrato.

El contrato se formalizará electrónicamente, en documento administrativo o privado, mediante firma electrónica avanzada basada en un certificado cualificado o reconocido de firma electrónica. Este contrato contendrá todos los términos descritos en el apartado 2.3.2. El punto controvertido en este documento es qué fecha es la que se considera adecuada para el inicio de la ejecución del contrato.

Por último, en cuanto a la ejecución del contrato *artístico*, tendremos en cuenta que es obligatorio establecer en los pliegos administrativos, como mínimo, una condición de ejecución de las enumeradas en el artículo 202.2, en los contratos *artísticos* se pueden proponer cláusulas de tipos social.

También es obligatoria la designación del responsable del contrato, y lo adecuado sería que adquiriera tal responsabilidad el productor encargado de aquel espectáculo o función que ha llevado las negociaciones con el artista o con la compañía.

Algunas situaciones como la subrogación del contratista, no es posible que se produzca, por la propia naturaleza artística del objeto del contrato, de tal manera que el contrato se tendrá que resolver.

En cuanto a la cesión, los derechos y obligaciones que dimanen de los contratos *artísticos* no se pueden ceder por parte del contratista a una tercera persona, ya que las cualidades técnicas o personales del primero han sido la razón determinante de la adjudicación del contrato. Asimismo, el órgano de contratación no podrá autorizar la cesión a una tercera persona porque supondría una alteración sustancial de las características del contratista que constituyen un elemento esencial del contrato. En los artistas, en los equipos artísticos, obviamente no es posible la subcontratación. En el caso de las compañías, puede darse pues la parte más material, administrativa se suele subcontratar a otras empresas especializadas.

Se pueden añadir en los pliegos administrativos cláusulas sobre las obligaciones que deban asumir los licitadores y los contratistas en materia de transparencia, sin perjuicio de las que les apliquen directamente por previsión legal. Asimismo, se recomienda la inclusión de cláusulas de arbitraje, siempre que se trate de materias de libre disposición conforme a derecho, y específicamente, sobre los efectos, el cumplimiento y la extinción del contrato, conforme a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y cláusulas de confidencialidad y de protección de datos personales con las previsiones actualizadas según la nueva legislación europea y española.

IV. CONCLUSIONES

Siempre los cambios legislativos provocan alteraciones y adaptaciones que hacen que la gestión diaria sea un tanto dificultosa. La nueva LCSP ha irrumpido en el sector artístico y no ha sido pacífica: ha puesto a todos los órganos de contratación ante la encrucijada de licitar y, además, en electrónico, en un plazo muy breve, pasando de lo potestativo a lo obligatorio en su regulación. El cambio de paradigma hace mella en instituciones de este sector que con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley recurrían sistemáticamente a los contratos menores o adjudicaciones directas, sin necesidad de gestionar ningún otro tipo contractual ni siquiera gestionar expedientes administrativos contractuales, ya que las restricciones económicas y la poca inversión en cultura, tampoco conllevaban sobrepasar los umbrales cuantitativos determinados en la Ley.

Estas instituciones son entes creados por las AAPP (a veces más de una) para servir al interés general, consolidar la actividad cultural y distribuirla homogéneamente, a fin de garantizar el derecho de la ciudadanía a acceder en condiciones de igualdad a la cultura. En particular, la gestión contractual de los teatros se ve muy afectada puesto que la naturaleza jurídica de los espacios escénicos es muy diversa, ya sean privados, ya sean públicos, adscritos o dependientes de cualquiera de los niveles de AAPP (estatal, autonómica o local); además de la diversidad subjetiva de los artistas-contratistas (personas físicas, sociedades civiles, personas jurídicas). Hay que conducir esta contratación a su gestión y tramitación a través de los diferentes procedimientos que ofrece la nueva LCSP. Entiendo que todo lo artístico es único y que la originalidad e individualidad van intrínsecas, y creo que así lo ha entendido la Ley. La contratación no

se debe basar únicamente en la economía o criterios económicos, debe también basarse en la funcionalidad, en los contratos artísticos pesan más los criterios artísticos, el talento, la especialización en su arte.

Existe una gran dispersión de criterio de las AAPP y una falta de interpretación unívoca del texto legal: falta de criterio unificado en la formulación de pliegos, en la demanda de solvencia económica, técnica, profesional, y esto influye directamente en la actividad de los programadores y productores. Se necesita una aplicación razonable y acomodada a las necesidades y características del sector.

Hay que hacer una gran labor de formación en contratación pública en estos entes desde sus AAPP de adscripción. También han de facilitarles las herramientas para realizar o gestionar la contratación electrónica. No es un sector especialmente burocrático ni lo forman grandes empresas con muchos recursos ni humanos ni materiales.

Aún todos los problemas de implantación y cumplimiento de la LCSP en el sector artístico, apunto como nota positiva que estamos en un momento de adaptación tecnológica muy importante y las AAPP ponen a disposición del sector estas herramientas para poder aplicar los nuevos retos de la LCSP (publicidad, transparencia, integridad, etc.) como son las plataformas de servicios de contratación y los perfiles de contratante. Las notificaciones y comunicaciones electrónicas ya son habituales, pensemos en el ámbito tributario, por ejemplo. Los artistas y las compañías pagan sus impuestos y los liquidan electrónicamente, con utilización de certificado electrónico, propiamente o en su nombre a través de representantes (gestorías). Aprovechemos estas gestorías para que les ayuden a tramitar sus contratos con las AAPP y sus respectivos

Gabilex
Nº 20
Diciembre 2019
<http://gabilex.castillalamancha.es>

sectores públicos y podemos cumplir todos con los principios generales de la contratación, y en definitiva con la LCSP.