



LA LEY 9/2017 Y EL SECTOR CULTURAL

Aproximación general y problemas concretos



1. La Ley de Contratos: una declaración de intenciones desde el título

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014
 - 347 artículos, 53 Disposiciones Adicionales, 5 Disposiciones Transitorias, 1 Disposición Derogatoria, 16 Disposiciones Finales



- Otras directivas sectoriales (por ejemplo, en materia aeronáutica)
 - ¿Cabe pensar en una regulación europea en materia de contratos para la cultura?

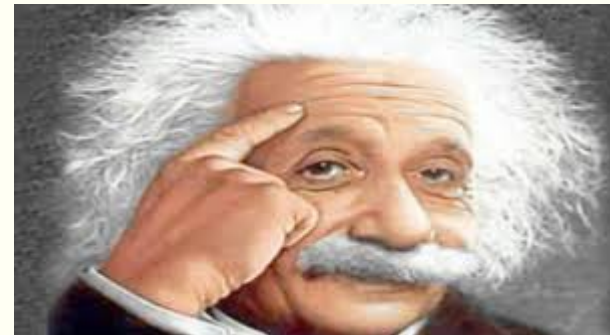
2. Principios y objetivos de la nueva Ley de Contratos

- Profundizar en el principio de legalidad, en los controles y en el fomento de la competencia
- Extender el control a la ejecución de los contratos y no sólo a la adjudicación
- Favorecer el tejido empresarial local (PYMES)
- Introducir elementos no económicos: cláusulas sociales
- Potenciar la Administración electrónica
- Estrategia y planificación

3. Algunas novedades

- Modificación de cuantías: p. ej. en contratos menores
- Modificación de algunos conceptos
 - Por ejemplo, supresión del concepto “oferta económicamente más ventajosa” y sustitución por “oferta con mejor relación calidad-precio”
- (Muchos) conceptos económicos indeterminados
- Contratos incluidos y excluidos (desaparición de determinados tipos de contratos)
- Reforzamiento de las cláusulas sociales

➤ Ahora todo es Smart... : “Smart procurement”



4. Principales aciertos (Fuente: Práctica de contratación administrativa núm. 153)

- Visión estratégica de los contratos públicos
- Unificación del régimen contractual público
- Apuesta por la contratación pública electrónica
- Procedimiento abierto simplificado
- Eliminación del procedimiento negociado por cuantía
- Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación
- Publicidad unificada > Plataforma de Contratación del Sector Público
- Ampliación del recurso especial
- Aplicación de la regulación de los modificados a los poderes adjudicadores y publicidad

5. Principales debilidades (Fuente: Práctica de contratación administrativa núm. 153)

- Aprobación tardía y *vacatio legis*
- Extensión y complejidad del texto
- Disposiciones Adicionales numerosas y reguladoras de aspectos importantes
- (Continúa) el triple ámbito subjetivo
- Recurso especial no extensible a todos los contratos
- Falta de coordinación con las Leyes 39 y 40/2015
- Contratos menores

6. Una aproximación a la contratación en el sector cultural

- “La” preocupación: los menores
- Sujetos sometidos y no sometidos a la Ley de Contratos
 - Proliferación de sociedades mercantiles, fundaciones públicas y otros entes instrumentales
 - Las entidades locales como principales agentes
- Actividad sometida y no sometida a la Ley de Contratos
 - Cuestión antigua, pero recurrente y ahora agudizada: más controles, más finura jurídica
- Actividad no encorsetable en estrictos parámetros objetivos, mucho menos económicos
- ¿Es siempre posible planificar? ¿Cabe en este ámbito la contratación estratégica?

7. La heterogeneidad material del sector cultural

- En ocasiones, se justifica que la prestación la tenga que realizar alguien en concreto (compañías de danza, teatro, música, etc.)
- En otras ocasiones, sin embargo, tal exigencia no se justifica: actividad amateur vs actividad profesional
- Tipos de actividad:
 - Espectáculo (realización de la actividad / empresario promotor)
 - Redacción de un libro (sobre la Historia de la ciudad, por ejemplo)
 - Traducción
 - Organización de festivales
 - Organización directamente por la entidad pública
 - Contratación con una entidad privada que gestiona el festival
 - Fiestas populares
 - Actividades de formación para niños/as
 - Particularidades de la propiedad intelectual
 - Programación de cine: festivales y filmotecas

8. Diversos escenarios jurídicos

- Diferencia entre la actividad principal (por ejemplo, el espectáculo musical) y las prestaciones accesorias (por ejemplo, servicio de bar)
- La actividad cultural, por lo general, comprende diversas prestaciones: cuándo concurre y cuándo no concurre el fraccionamiento del contrato
- La dimensión económica de la actividad cultural es muy variable: grandes conciertos musicales, ópera, danza vs. pequeños festivales locales de acercamiento del público a obras teatrales, circo, artes fantásticas, siendo así que en estos últimos casos la política cultura entronca en ocasiones con la política educativa
- Conclusión: heterogeneidad jurídica > Es dudoso que quepa aludir a un régimen jurídico uniforme en materia de contratos para el sector cultural

9. Pinceladas técnicas de la Ley de Contratos

- Contratos administrativos
- Contratos privados
- Contratos mixtos

10. Contratos administrativos: los contratos menores

Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

* Se reduce el umbral: 50.000 y 18.000, respectivamente

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

* ¿Arquitectura?

* **DA 41^a. Normas específicas de contratación pública de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo.-** Se reconoce la naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, con los efectos que se derivan de las previsiones contenidas en esta Ley.

3. En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º

* Interpretación de la Junta Consultiva de Contratación

-
- 4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4:

<<La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.

Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.>>

* **Publicación trimestral en el perfil del contratante**

Procedimiento negociado sin publicidad (art. 168.a) 2)

- Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.
 - Se amplía el número de razones o supuestos
 - Concepto de “obra de arte”
 - Concepto de “representación artística única”
 - Concepto de exclusividad
- La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.

-
- (Correo Marcos)
 - *Podrán adjudicarse directamente y con independencia de su cuantía a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, los contratos que, según lo establecido en el Artículo 170 d) de la LCSP, por razones técnicas, artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, sólo puedan encomendarse a un empresario determinado. Se incluyen en esta categoría aquellos contratos relativos a la actividad cultural, así como los de creación e interpretación artística, de festivales o espectáculos*

(Anterior art. 170.d) LCSP 2011): Procedimiento negociado

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

11. Contratos privados

-
- **Disposición Adicional séptima. Bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español.-** La adquisición de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español se regulará por su normativa específica
 - **Disposición Adicional 42ª.- En relación con la actividad comercial del Museo Nacional del Prado y del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía.-** En los contratos relacionados con la actividad comercial, a los que se refieren el artículo 16.2 de la Ley 46/2003, de 25 de noviembre, reguladora del Museo Nacional del Prado, y el artículo 18.2 de la Ley 34/2011, de 4 de octubre, reguladora del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, estas entidades seguirán aplicando las normas previstas para los contratos de poderes adjudicadores que no tengan la naturaleza de Administraciones Públicas. Estos contratos no tendrán carácter de contratos administrativos.

8. Las particularidades del Derecho de la Cultura

- Mandatos constitucionales: art. 9.2 CE, art. 44 CE, art. 46 CE
- Marco competencial: la relevancia del art. 149.2 CE
- La autonomía local: la cultura como elemento esencial de la autonomía política
- La comunicación cultural y las consecuencias en las dinámicas de contratación
- La diversidad cultural: Derecho de la UE y la UNESCO
- La instrumentalización de la cultura
- Impacto de todo lo anterior en la regulación y la práctica de la contratación pública

Una reflexión sobre la relación entre las subvenciones y los contratos

- Materias ambas reguladas por el Derecho Europeo, debido a su incidencia en la competencia y a la lucha contra el fraude
- Son dos cuerpos jurídicos distintos, pero que han de observarse mutuamente
- En el ámbito subvencional, la cultura disfruta de un régimen jurídico privilegiado: Reglamento de exención por categorías y Comunicación Cine

La planificación

- Los planes estratégicos y la contratación
- Aspectos positivos y negativos de los planes en la experiencia reciente
- La vinculación del plan al presupuesto

La adjudicación de recursos escasos por las Administraciones

- La adjudicación de recursos económicos clásicos
- La adjudicación de espacios públicos
- En general, casi ninguna Administración dispone de una normativa específica de adjudicación de espacios y de condiciones para hacerlo
 - Concurrencia
 - Contraprestación, en su caso
- ¿Qué régimen jurídico se aplica?
 - Ley de Contratos
 - Ley de Patrimonio
 - Ley de Subvenciones
- Bienes de interés cultural

La colaboración público-privada en el sector cultural

- La política cultural en manos de entes instrumentales: realidad y límites
 - Algunos ejemplos. El caso de “Madrid Destino”
- Una reflexión sobre el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Contratos
- Límites al abuso de la instrumentalización

Control administrativo y judicial

- Recurso especial (arts. 44 – 60 LCSP)
 - Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
 - Tribunales autonómicos y locales
 - Poderes adjudicadores
 - Algunos actos y decisiones
 - Carácter potestativo y gratuito

Decálogo tentativo de conclusiones

- 1. Heterogeneidad del denominado sector cultural
- 2. Régimen jurídico acorde a tal heterogeneidad
- 3. Nuevos principios, objetivos e instrumentos de la Ley de Contratos: necesidad de adaptación
- 4. Peculiaridades del sector cultural: licitación y adjudicación
- 5. Peculiaridades del sector cultural: ejecución del contrato
- 6. Administraciones Públicas: entes instrumentales
- 7. Relación con otros ámbitos del ordenamiento jurídico: subvenciones y Ley del Patrimonio
- 8. Marco jurídico constitucional y europeo
- 9. Cláusulas sociales y culturales
- 10. Control judicial