

INFORME JURÍDICO RELATIVO AL ANEXO III DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES, PARA LA CONTRATACIÓN DEL CONCIERTO GIRA DESPEDIDA “CON CARÍÑO Y CON CUIDADO”, DE VALERIA CASTRO, EN EL TEATRO ROMANO DE SAGUNTO, EN EL MARCO DE LA 41ª EDICIÓN DEL FESTIVAL “SAGUNT A ESCENA”.

Mediante comunicación interna con fecha de registro de 17 de junio de 2024, la Ilma. Sra. Subsecretaria de la Vicepresidencia Primera y Conselleria de Cultura y Deporte, a instancia del Instituto Valenciano de Cultura, solicita informe jurídico sobre el Anexo indicado. Atendiendo dicha solicitud, de conformidad con el artículo 5.2. de la Ley 10/2005 de 9 de diciembre, de Asistencia Jurídica a la Generalitat Valenciana, en relación con el artículo 122.7 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, se emite el siguiente,

INFORME

A la petición de informe jurídico, se acompaña la siguiente documentación:

Solicitud de informe jurídico de 12 de junio de 2024 suscrita por el Director General del Instituto Valenciano de Cultura; Memoria justificativa, informe de necesidad y memoria económica, de la misma fecha y procedencia; acuerdo de 12 de junio de 2024 de inicio del expediente de contratación, suscrito por el Director General del Instituto Valenciano de Cultura; propuesta de pliego de prescripciones técnicas suscrita por la Directora Adjunta de Artes Escénicas del Instituto Valenciano de Cultura; certificado de retención de crédito; Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares; Anexo III del PCAP;

PRIMERA.- Carácter del informe.

El presente informe tiene carácter preceptivo, de conformidad con el artículo 5.2.c) de la Ley 10/2005, de Asistencia Jurídica a la Generalitat, en relación con el artículo 122.7 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, si bien carece de carácter vinculante; no obstante, los actos y resoluciones que se aparten del mismo deberán ser motivados (art.6 Ley 10/2005).

SEGUNDA.- Objeto del informe y legislación aplicable.

Es objeto de informe el Anexo III del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), para la contratación del concierto gira despedida “Con cariño y con cuidado”, de Valeria Castro, interpretado por Nacho Duato, a realizar el 10 de agosto de 2024 en el Teatro Romano de Sagunto, en el



marco de la programación de la 41ª edición del “Festival Sagunt a Escena”, con un total de una (1) representación.

La contratación se realizará mediante procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia, de acuerdo con el artículo 168.a) 2º de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, atendiendo a la originalidad y valor artístico de la representación, y la exclusividad de los derechos de representación que ostenta la entidad “MADAME VODEVIL, S.L.”. El presupuesto del contrato asciende a 24.500€ más 5.145€ en concepto de IVA (21%), que suman un total de 29.645€, condicionado a la existencia de crédito suficiente.

Según el Informe JCCPE 72/2018, de 15 de julio, “...*existen mecanismos que permiten atemperar la exigencia de concurrencia en ciertos casos y con respeto a cierto tipo de prestaciones singularizadas que constituyen una representación artística única a los efectos de la aplicación del supuesto recogido en el artículo 168 a) 2º de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, que alude a los supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad. Tal procedimiento podrá emplearse cuando los servicios sólo puedan ser encomendados a un empresario determinado porque el contrato tenga por objeto la creación, adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español (...). Cuando la Ley autoriza a emplear el procedimiento negociado sin publicidad en estos casos, es porque ese alto grado de originalidad y especialidad de una obra o interpretación artística individualiza la prestación, de modo que no es posible encomendarla a otro contratista (...)*”.

La contratación constituye un contrato privado de servicios, de acuerdo con el artículo 25.1.a) 1º, y concordantes de la Ley 9/2017, mediante procedimiento negociado sin publicidad, que se suscribirá con la entidad mercantil “MADAME VODEVIL, S.L.” que ostenta la exclusividad de los derechos de representación.

El presente informe tiene por objeto el Anexo III Cuadro de Características del PCAP², informado por la Abogacía de la Generalitat según figura en el encabezamiento del citado Anexo. El artículo 122.7 LCSP, dispone, “...*la aprobación de los pliegos y de los modelos requerirá el informe del Servicio Jurídico respectivo. Este informe no será necesario cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares se ajuste a un modelo de pliego que haya sido previamente objeto de este informe*”.

Sin embargo, como ha señalado el TACRC “...*la existencia de pliegos tipo no puede sustraer al informe del servicio jurídico aspectos esenciales del contrato, como serían los criterios de adjudicación (Res. TACRC 1220/2019, de 28 de octubre). En consecuencia, informado el Pliego tipo, también el Anexo III debe ser informado preceptivamente por la Abogacía General de la Generalitat, y aprobado por el órgano de contratación.*”

El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), en principio, no es objeto de informe por parte de la Abogacía, pero su contenido debe ajustarse a la LCPS y al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), en concordancia con el pliego tipo. El artículo 124 de LCPS dispone, “*El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley (...).*”

¹ Informes JCCPE 31/1996, 35/1996, 41/1996

² Informe de 26 de febrero de 2020, Abogacía General de la Generalitat



Sobre el PPT, el artículo 63 del RGLCAP dispone, *“en ningún caso contendrán estos pliegos declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas particulares [...] debe recoger aspectos técnicos que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades. Introducir en este documento una condición jurídica, o las consecuencias jurídicas de un eventual incumplimiento del contrato en su estado inicial no resulta apropiado para su contenido”*, según la Res. TACRC 227/2012, de 7 de noviembre.

Normativa aplicable

El Anexo III objeto de informe está sujeto fundamentalmente a las siguientes disposiciones: Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, y su Reglamento aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; Decreto 5/2013, de 4 de enero, del Consell, Reglamento de Organización y Funcionamiento del IVC; Resolución de 1 de marzo de 2024, del Instituto Valenciano de Cultura, sobre delegación de competencias³; Ley 18/2018, de la Generalitat, de Fomento de la Responsabilidad Social; Decreto 118/2022, del Consell, de inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública, y en la convocatoria de ayudas y subvenciones⁴. En todo caso, resultan de aplicación las modificaciones introducidas en la LCSP⁵ con posterioridad a la aprobación del pliego tipo del procedimiento negociado sin publicidad.

Tratándose de un contrato privado, la preparación y adjudicación se rigen por la LCSP (art. 115 a 187 LCSP), en defecto de normas administrativas especiales, mientras que el cumplimiento, modificación, los efectos y la extinción se regirán por normas de derecho privado en todo lo que no esté específicamente regulado en la LCSP (art.26.2 LCSP).

³ DOGV núm.9804 de 7 de marzo de 2024

⁴ **Art. 4.2 Decreto 118/2022, del Consell**, *“El órgano de contratación deberá tener en cuenta las peculiaridades de las PYMES en la aplicación de este decreto. A tal efecto, y en particular cuando por las condiciones del mercado pueda preverse que las ofertas vayan a formularse mayoritaria o exclusivamente por pequeñas y medianas empresas, podrán “modular” la aplicación a las mismas de sus previsiones, en especial las relativas a las condiciones especiales de ejecución y a los criterios sociales de valoración de las ofertas, con la finalidad de permitir el acceso efectivo de las PYMES a la contratación pública. Para ello, deberá ponderarse el número de personas trabajadoras y el volumen de negocio de las empresas, de forma que se respeten los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad (...)”*

⁵ Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de Creación y Crecimiento de Empresas, modifica los art.216 y 217 LCSP;

Ley 6/2022, de 5 de diciembre, del Cambio Climático y Transición Ecológica de la CV, modifica Art.90 regula el establecimiento de criterios de sostenibilidad y eficiencia energética en los pliegos en línea con lo establecido en la Ley 18/2022;

Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023, modifica determinados preceptos de la Ley 9/2017, añade la DA 56ª y la DT 6ª;

Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y lucha contra la corrupción, modifica el art.71.1.b) LCPS;

Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, modifica la DA 31 de LCPS;

Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para garantía de los derechos de las personas LGTBI, modifica los art. 71 y 122 LCSP;

Decreto Ley 4/2023, de 10 de marzo, del Consell, de modificación del Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que se aprueba el TR de la Ley de Cooperativas de la Comunitat Valenciana, añade el art.99 bis e introduce el art.111.2.f) sobre contratos reservados



TERCERA.- Expediente de contratación.

La eficiente utilización de los fondos públicos es un principio que inspira la contratación pública, mediante la definición previa de las necesidades públicas, de modo que la relación entre las necesidades a satisfacer, el objeto y el contenido del contrato debe ser directa, clara y proporcional.

La celebración de contratos por las Administraciones Públicas requiere la tramitación previa de un expediente, en el que deben justificarse los extremos exigidos en el artículo 116 LCSP. El expediente se iniciará mediante acuerdo del órgano de contratación, motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28.1 LCPS:

“Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.”

El artículo 116.4 de LCSP exige justificar la necesidad e idoneidad del contrato; el procedimiento de licitación; clasificación; criterios de solvencia y de valoración; condiciones especiales de ejecución; valor estimado del contrato, con indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen; no división en lotes; insuficiencia de medios en el contrato de servicios;

Mediante acuerdo de 12 de junio de 2024 del Director General del Instituto Valenciano de Cultura se inicia el expediente de contratación. Mediante informe de la misma fecha y procedencia se justifican distintos aspectos de la contratación: el procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia, basado en la originalidad y el valor artístico del contratista, y la exclusividad de los derechos de representación que ostenta la compañía mercantil “MADAME VODEVIL, S.L.”; la insuficiencia de medios del IVC; los criterios de solvencia, la duración del contrato; la indivisibilidad del contrato; la condición especial de ejecución. La indivisibilidad del contrato resulta de la naturaleza del espectáculo.

Competencia del Instituto Valenciano de Cultura (IVC)

La competencia material del IVC para la contratación resulta del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la entidad, aprobado mediante Decreto 5/2013, de 4 de enero, del Consell. En su artículo 1, declara “...el Instituto Valenciano de Cultura tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar par el cumplimiento de sus fines...”. Entre los fines del Instituto Valenciano de Cultura, “...el desarrollo y la ejecución de la política cultural de la Generalitat...”, según el artículo 2.1.

Mediante Resolución de 1 de marzo de 2024 del Director General del IVC, se delegan determinadas competencias en las personas titulares de las direcciones adjuntas, dentro del respectivo ámbito funcional.

Las competencias de la Dirección Artística de Artes Escénicas están previstas en el art.10.4 del Decreto 5/2013, del Consell.



CUARTA.- Contenido del Anexo.

El Anexo III tiene por objeto contratar el concierto gira-despedida “Con cariño y con cuidado”, que tendrá lugar el 10 de agosto de 2024 en Teatro Romano de Sagunto en el marco de la programación de la 41ª edición del “Festival Sagunt a Escena”. El contrato se suscribirá con la entidad mercantil “MADAME VODEVIL, S.L.” que ostenta la exclusividad de los derechos de representación de la compañía. El carácter artístico y la exclusividad de los derechos de representación, justifica la contratación mediante procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia (art.25.1.a); art. 168.a) 2º, de LCPS).

Estamos ante un contrato privado de servicios, según los artículos 17, 25.1 a) 1º, 26, 308 y 309 de LCSP, que se rige por lo dispuesto en los Libros I y II de la Ley 9/2017, en cuanto a la preparación y adjudicación; los efectos, modificación, cumplimiento y extinción se regirán por normas de derecho privado. Por razón de su importe, el contrato no está sujeto a regulación armonizada ni puede ser objeto de un contrato menor. La indivisibilidad del contrato resulta de su naturaleza, como resulta del apartado “D” de la memoria justificativa.

Según el Anexo III, el presupuesto base de licitación (PBL) asciende a 24.500€, más 5.145€ en concepto de IVA (21%) -apartado 3.1 del Anexo- lo que hace un total de 29.645€. Su valor estimado coincide con la base del presupuesto de licitación (sin IVA) -apartado 3.3 del Anexo-, cfr. al artículo 101 de LCSP, al no haber previsto prórrogas ni modificaciones. Su financiación corresponde al presupuesto de 2024 del Instituto Valenciano de Cultura -apartado 3.2 del Anexo-, una vez aprobada la programación artística.

Visto el Anexo III, cabe realizar las siguientes **observaciones**:

De carácter general

Con carácter previo a la firma del contrato, debe incorporarse al expediente administrativo:

- Documento que acredite que la entidad mercantil “MADAME VODEVIL, S.L.” ostenta la exclusividad y la titularidad de los derechos de representación de la compañía que representará el espectáculo.
- Declaración de ausencia de conflicto de intereses suscrita por el personal del IVC que participa en la elaboración de los pliegos (art. 64 LCSP).

De carácter particular

Primera.- Apartado 3º.- Presupuesto de licitación

Se advierten discrepancias en relación al importe del presupuesto base de licitación, en cuanto a la cantidad que figura en el apartado 3.1 del Anexo III y la que figura en el apartado C) Memoria económica del acuerdo de inicio del expediente de contratación, en particular en cuanto a la cuantificación del importe del IVA. La misma discrepancia se advierte entre el apartado A) del informe de justificación y la cantidad que figura en los apartados 3.1 y 3.2 del Anexo III, debiendo subsanar las discrepancias indicadas.



Segunda.- Apartado 5º.- Criterios de Solvencia.- Adscripción de medios.

1.- El Anexo III exige al licitador de acreditar los criterios de solvencia económica y profesional, atendiendo al valor estimado del contrato inferior a 35.000€, de acuerdo con el art.11.5 RD 1098/2001. No obstante, el Anexo III debe indicar que el licitador debe aportar una declaración responsable manifestando que cumple los criterios de solvencia exigidos en el pliego.

El establecimiento de los criterios de solvencia económica y profesional (cláusula 8.2.3 PCAP), permite considerar la capacidad de la entidad contratista, aunque el licitador está exento de su acreditación (art. 11.5 RD 1098/2001), siendo suficiente incorporar al expediente la declaración responsable expresiva del cumplimiento de los criterios de solvencia establecidos. El establecimiento de una solvencia determinada, y su cumplimiento por el contratista, permiten considerar la aptitud del empresario para contratar con la Administración (arts.28 y 65 LCSP)⁶.

2.- El compromiso de adscripción de medios personales se configura en el Anexo III como una obligación esencial, cuyo incumplimiento dará lugar a la resolución del contrato (art.211.1 f) LCSP).

Esta configuración atiende a la originalidad de la representación y el valor artístico de los intérpretes. No obstante, el TACRC viene admitiendo el carácter fungible de los medios personales adscritos a la ejecución de un contrato, siendo posible su sustitución siempre que los medios personales que se adscriban en sustitución de los anteriores tengan la misma cualificación profesional y artística que los anteriores y cumplan los requisitos del pliego, comunicándolo previamente al órgano de contratación (Res. TACRC 439/2023, de 13 de abril).

QUINTA.- Régimen de publicidad activa.

La Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana, regula la “Publicidad activa” en el Capítulo II del Título I. El artículo 16.2 dispone:

“Además, la administración de la Generalitat y su sector público instrumental tienen que publicar la información siguiente, adaptada a sus particularidades organizativas: a) Aquellos informes jurídicos de la Abogacía General de la Generalitat que den respuesta a consultas planteadas, en la medida que suponen una interpretación del derecho, es decir, que tengan incidencia sobre la interpretación y la aplicación de las normas. Tiene que ser necesaria consulta previa a la Abogacía General de la Generalitat con carácter preceptivo.”

Finalmente, el apartado 2 de la Disposición Final Segunda de la Ley 1/2022, señala:

“Permanecerán en vigor, en todo lo que no se oponga a esta ley y hasta que no se deroguen expresamente, el Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell, de desarrollo de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, en materia de transparencia y de regulación del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, y el Decreto 56/2016, del Consell, de 6 de mayo, por el cual se aprueba el Código de buen gobierno de la Generalitat. El Consell tendrá que realizar, si procede, las modificaciones normativas necesarias para adaptar el contenido de estos decretos a lo que establece esta ley.”

Por su parte, el artículo 27.2 del Decreto 105/2017, de desarrollo de la Ley 2/2015, ubicado sistemáticamente en el Capítulo I del Título II, dedicado a la publicidad activa, dispone:

⁶ Res. TACRC 798/2015; 319/2016



Asimismo, las subsecretarías publicarán, previa consulta preceptiva a la Abogacía General de Generalitat, aquellos informes jurídicos de la misma que den respuesta a consultas planteadas en la medida que supongan una interpretación del derecho, de los derechos garantizados en la normativa vigente en materia de transparencia o que tengan efectos jurídicos, con los límites establecidos en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente en los artículos 14.1.º, letras f) y k) y 18.1.b).

Expuesto cuanto antecede, no apreciando la concurrencia de alguno de los límites previstos en la Ley 19/2013, y en la normativa de desarrollo, el presente informe jurídico debe ser objeto de publicidad activa en los términos previstos en la normativa de aplicación.

Es cuanto procede informar,

En Valencia, el día de la firma

Fdo.- Abogado de la Generalitat

ILMA. SRA. SUBSECRETARIA DE LA VICEPRESIDENCIA PRIMERA Y CONSELLERIA DE CULTURA Y DEPORTE.