

QDL48

II.
Informe

Estudio jurídico sobre la condición de bienes incorporales de la producción en televisión (derechos intelectuales) a efectos de la aplicación de la normativa de contratos públicos. Procedimientos de adjudicación

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

Catedrático de Derecho Administrativo.

Universidad de Zaragoza

Con fecha de 21 de febrero de 2018, la sociedad mercantil XARXA AUDIOVISUAL LOCAL, SL (XAL) —es una sociedad limitada creada por la Diputación de Barcelona— ha requerido a don José María GIMENO FELIU, catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, la realización de un *Estudio Jurídico sobre la posibilidad de considerar ciertas actividades de producción en el ámbito de la radiotelevisión como propiedad incorporal y su significado desde la perspectiva de la aplicación de la legislación de contratos públicos*. Solicita, igualmente, criterio sobre la utilización de los distintos procedimientos de contratación, con especial atención al contrato menor.

ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

Primero.— El objeto social de la XAL se define en el artículo 2 de sus estatutos, que establece que la sociedad tiene por objeto la prestación y gestión del servicio público de carácter económico, de desarrollo de las actividades vinculadas al fomento y la promoción de la comunicación local, y, en concreto, las siguientes:

La adquisición, realización, producción, distribución y explotación, bajo cualquier forma, de programas de radio, televisión y noticias, así como, en general, de derechos de propiedad intelectual y contenidos de carácter audiovisual, interactivos y/o multimedia, por satélite, cable e internet o en cualquier otro soporte de difusión.

La prestación de servicios de agencia de noticias y servicios de comunicación a las Administraciones locales u otras, y en general a los entes públicos y privados.

La prestación de servicios de formación y asesoramiento a terceros en relación con las actividades anteriores.

Y, en general, todas las actividades relativas al ámbito de la comunicación local.

Segundo.— La consulta solicitada responde con carácter concreto, al siguiente objetivo: «*Significado y alcance de los negocios de propiedad incorporal en el ámbito de la radiotelevisión a efectos de aplicación de la legislación de contratos públicos. Procedimientos de adjudicación*».

Tercero.— Sobre dicha consulta, a la vista del marco legislativo vigente, se puede anticipar ya que una parte de la actividad analizada, debe ser considerada como transferencia de derechos intelectuales que, en su condición de propiedad incorporal, están formalmente excluidos de la aplicación de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por aplicación del artículo 9 de dicha Ley.

Cuarto.— Se pregunta sobre los procedimientos aplicables en la contratación pública (y, en especial, interpretación del régimen del contrato menor) y la calificación de la relación jurídica con las entidades adheridas al Protocolo General de Servicios de la XAL (televisiones y radios locales).

Este **ESTUDIO JURIDICO**, para dar respuesta a la consulta, se basa en los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.— **Los contratos de contenido audiovisual en el derecho europeo y la explicación de su no sometimiento a las reglas de la contratación pública.**

La Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, contempla este tipo de servicios tanto como servicios culturales cuanto como servicios económicos, y reconoce expresamente, en su considerando 5, que *su importancia cada*

vez mayor para las sociedades y la democracia –sobre todo por garantizar la libertad de la información, la diversidad de opinión y el pluralismo de los medios de comunicación–, así como para la educación y la cultura, justifica que se les apliquen normas específicas.

Esta especificidad sectorial ha sido tradicionalmente tenida en cuenta por las sucesivas directivas europeas de contratos que, reiteradamente, han venido excluyendo de su ámbito de aplicación a los contratos públicos para servicios audiovisuales. Así se recogía tanto en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, como en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Ninguna novedad ha introducido sobre la regulación de este tipo de contratos la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE. De hecho, ha mantenido exactamente el mismo criterio de excluirlos de su ámbito de aplicación. Así, en el considerando 23 de su expositivo reconoce que, *en la adjudicación de contratos públicos para determinados servicios de medios audiovisuales y radiofónicos por proveedores de medios de comunicación deben poder tenerse en cuenta aquellas consideraciones de relevancia cultural y social debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos. Por ello, conviene establecer una excepción para los contratos públicos de servicios, adjudicados por los propios proveedores de servicios de medios de comunicación, destinados a la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas listos para su uso y de otros servicios preparatorios, como los relativos a los guiones o a las actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa.*

Y el artículo 10 de la Directiva 2014/24/UE, bajo la rúbrica *Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios*, establece lo siguiente:

«La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para:

[...]

b) la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, ni a los contratos relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica. A efectos de la presente letra, por “servicio de comu-

nicación audiovisual” y “proveedor del servicio de comunicación” se entenderá, respectivamente, lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letras a) y d), de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (1). Por “programa” se entenderá lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, si bien se incluirán también los programas radiofónicos y los contenidos de los programas radiofónicos. Además, a efectos de la presente disposición, “contenidos del programa” tendrá el mismo significado que “programa”»¹.

La explicación a esta decisión se encuentra de forma clara en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública [COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)], cuyo considerando 23 afirma que «En la adjudicación de contratos públicos para determinados **servicios de medios audiovisuales y radiofónicos** por proveedores de medios de comunicación deben poder tenerse en cuenta aquellas consideraciones de relevancia cultural y social debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos.

Por ello, conviene establecer una excepción para los contratos públicos de servicios, adjudicados por los propios proveedores de servicios de medios de comunicación, destinados a la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas listos para su uso y de otros servicios preparatorios, como los relativos a los guiones o a las actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa. Debe precisarse que dicha excepción se ha de aplicar tanto a los servicios de medios de difusión como a los servicios de comunicación a la carta (servicios no lineales). Sin embargo, esta exclusión no debe aplicarse al suministro del material técnico necesario para la producción, coproducción y radiodifusión de esos programas».

Se excluyen, así, del concepto de contratos de servicios (salvo suministros técnicos) los servicios audiovisuales. Resulta indubitado, por tanto, que estas adquisiciones de «servicios» audiovisuales –donde existe creación y componente artístico– están excluidas de las reglas de la contratación pública.

Y así lo entendió ya la STJUE de 13 de septiembre de 2007, *Bayerischer*, al analizar este supuesto de exclusión en las directivas precedentes de los años 90, donde, además, advierte que «*las disposiciones de esta última Directiva, así como los principios que subyacen a ella, tienen un contenido idéntico al de las disposiciones y principios de las directivas anteriores y la Directiva 2004/18*

1. Esta misma exclusión se encuentra en el artículo 21 de la Directiva 2014/25/UE, de contratación en los sectores del agua, energía, transporte y servicios postales.

constituye una refundición de las disposiciones ya existentes. Así, no hay razón que justifique un enfoque diferente con la regulación de esta nueva Directiva» (lo que justifica que esta doctrina continúe vigente en el contexto de la Directiva de 2014, que mantiene la misma regulación). Y en la citada sentencia se concluye que «de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, según se señala en el apartado 39 de la presente sentencia, a saber, la libre circulación de los servicios y la mayor apertura posible a la competencia, debe ser objeto de interpretación restrictiva. Por tanto, solo están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 los contratos públicos que tienen por objeto los servicios citados en el artículo 1, letra a), inciso iv), de esta Directiva. En cambio, están plenamente sometidos a las normas comunitarias los contratos públicos de servicios sin relación con las actividades que forman parte del cumplimiento de la misión de servicio público propiamente dicha de los organismos públicos de radiodifusión»².

Es decir, **el TJUE entiende que los servicios audiovisuales no forman parte del contenido del contrato de servicios de las directivas de contratación pública**, resultando clara al respecto la voluntad del legislador europeo.

Y dado que **nada ha cambiado en el derecho europeo de la contratación pública y los contratos audiovisuales, la interpretación de la norma nacional de transposición de las directivas de contratación pública debe atender necesariamente a este criterio hermeneúutico** (máxime cuando, como expresamente recuerda en su preámbulo la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, es finalidad de la misma la correcta transposición del derecho europeo). Interesa esta precisión, pues no todo negocio jurídico tiene la consideración de contrato público. Lo afirma el considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública de forma clara: *«Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público»*. Para ello la prestación debe estar incluida entre los distintos tipos contractuales: obras, suministros o servicios³.

2. El abogado general, en sus conclusiones generales, ya había manifestado lo siguiente: El texto del precepto es tan nítido que bastaría acudir al adagio *in claris non fit interpretatio*. La norma libera de la obligación de someterse a los procedimientos de licitación a los contratos íntimamente vinculados con el contenido de los programas de radio y de televisión (compra, desarrollo, producción, coproducción y los relativos a la adquisición de tiempo de radiodifusión). Y advierte que, «Al tratarse de una salvedad a la regla general, requiere una exégesis restrictiva, por lo que cualquier otra actividad gregaria de las expresamente enunciadas ha de formalizarse en un negocio jurídico, tras una licitación pública».

3. Así, son posibles, en prestación de servicios a las personas en los ámbitos sociosanitarios, técnicas jurídicas de carácter no contractual (como ejemplo, la acción concertada). La

SEGUNDO.– La propiedad intelectual como bien incorporal excluido del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

Los negocios jurídicos de adquisición de servicios audiovisuales son de distintas clases y por ello no tienen la misma consideración jurídica. Algunos, en tanto creación, serán negocios de resultado de contenido de propiedad incorporal y no un mero o simple servicio técnico en régimen de mercado. Interesa, pues, la delimitación objetiva de la causa del negocio jurídico que se celebre para la adquisición de servicios audiovisuales. Para lo que es necesario acudir a las previsiones del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI).

El artículo 10 LPI dice:

«1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

- a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.*
- b) Las composiciones musicales, con o sin letra.*
- c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.*
- d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.*
- e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.*
- f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.*
- g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.*

Directiva 2014/24 de contratación pública advierte que los poderes públicos siguen *teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales 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 [Considerando 114].* Me remito a lo expuesto en GIMENO FELIU, «Servicios de salud y reservas de participación. ¿Una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 26, núm. 2 de 2015, pp. 65-85.

h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.

i) Los programas de ordenador.

2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella».

De la lectura de este precepto se deduce que el objeto de los derechos de autor es la *Obra artística, literaria o científica*. **El listado del artículo 10 LPI no es exhaustivo; sin embargo, de su redacción parece claro que gran número de los servicios audiovisuales que se adquieren** entran dentro del concepto de obra [letra a), apdo. 1]. Esta interpretación resulta avalada, además, por el carácter abierto del listado, dentro del carácter ya de por sí abierto de todo el apartado 1 [de hecho, la LPI dedica específicamente a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales el Título VI de su Libro I (arts. 86 a 94)].

Como puede apreciarse de la definición expuesta, el medio o soporte en el que se plasma es indiferente, pues la propiedad intelectual, por esencia, se caracteriza por su inmaterialidad (obra versus soporte material). En el caso de las obras impresas o susceptibles de serlo, así como de las obras en soporte digital, puede haber múltiples ejemplares de la obra, incluso múltiples ejemplares «originales». Lo relevante es que la actividad intelectual o de creación se plasme en algún tipo de soporte que permita su comunicación o divulgación a terceros (sin que sea necesaria la divulgación de la obra para su protección, como tampoco lo es su registro).

De lo expuesto se constata que los negocios jurídicos de adquisición de servicios audiovisuales que cumplan los requisitos para su protección como obra con derechos de autor, tendrán la consideración de propiedad intelectual⁴. Estos requisitos son, en primer lugar, su originalidad, en un sentido *objetivo* (entendida como novedad en la forma de expresión de la idea y singularidad/reconocibilidad/diferenciación de la Obra), ya sea en la concepción y/o en la ejecución de la obra. El extremo de esta característica implica que la obra no puede ser un plagio. Sin embargo, la originalidad de la obra tiene asimismo un sentido *subjetivo*, como reflejo del espíritu o de la personalidad del autor; lo que significa que la obra está marcada por la individualidad de su autor. Y el segundo requisito para la protección de una obra con derechos de autor es su creatividad, en la medida en que es el resultado de la actividad humana.

Únicamente quedan como obras excluidas, es decir, «*no son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus corres-*

4. Téngase además en cuenta que las obras derivadas (traducciones, adaptaciones, revisiones, actualizaciones, anotaciones, compendios, resúmenes, extractos, o cualesquiera transformaciones de una obra) son también obra en el sentido del art. 10 LPI (art. 11 LPI).

pondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores» (art. 10 LPI).

Está claro que, **cuando la actividad de adquisición de «servicios» de producción audiovisual es un resultado que encaja en el concepto de «obra original» establecido en el artículo 10 LPI, dicho resultado se rige por lo dispuesto en la LPI** (la causa del negocio, insistimos, la constituyen las propias obras, que no son sino un conglomerado de derechos de explotación de propiedad intelectual y que, en sentido estricto, son propiedades incorpóreas. No son tanto obligaciones de hacer como de resultado). Es más, en este caso, para la entidad solicitante no es indiferente quién va a ser el equipo que desarrolle la actividad, por lo que la nota de la originalidad viene reforzada por el carácter único y personal de la obra en la que consiste el resultado solicitado. En estos casos, al ser la propiedad intelectual un bien incorpóreo, el negocio jurídico está normalmente excluido de las previsiones de la LCSP, al no tener consideración de contrato público (art. 9 LCSP)⁵.

Del artículo 7 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), se infiere que los derechos de propiedad industrial o los derechos de explotación de propiedad intelectual son de naturaleza patrimonial tanto por su definición negativa (no son demaniales) como por su encaje en la relación de bienes patrimoniales. Los contratos derivados de esta explotación tienen la consideración de contratos privados (art. 107.3 LPAP) y se regirán por las normas de derecho privado correspondientes a su naturaleza (no puede tener nunca consideración de contrato público). Lo que significa que se regulan por sus propias normas, no siendo de aplicación la previsión del artículo 26 LCSP, pues se refiere a contratos públicos con régimen jurídico privado.

Sobre esta cuestión conviene recordar el Informe 4/2012, de 31 de enero de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, con relación al ámbito de aplicación objetivo del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y los contratos que tienen por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la

5. Debe advertirse, como ha destacado E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN («El contrato de servicios», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1541-1543), la deficiente definición del contrato de servicios en la LCSP, lo que genera importantes problemas interpretativos prácticos, al existir cierta tendencia, errónea, a incluir en este tipo toda prestación que no sea obra o suministro. El Informe 41/96, de 22 de julio de 1996, «Consulta sobre diversos tipos de contratos», de la JCCA del Estado, ya había informado que «*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*».

radiodifusión, para su difusión por parte de los organismos de radiodifusión, y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión. En este Informe, sobre la base del Informe 11/2009, de 3 de diciembre de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Valencia, se explica cómo esta exclusión encuentra su justificación en que en estos supuestos no nos encontramos ante contratos de servicios, sino actividad de transferencia artística. Y así lo argumenta al analizar el significado del proceso de creación de un programa:

«Lo que comúnmente denominamos “programas” de radio o de televisión no son ni más ni menos que obras o creaciones audiovisuales difundidas por organismos de radiodifusión y poco o nada importa a nuestros efectos que tales obras residan originalmente en una película cinematográfica, en una videocinta o en otro soporte, ni tampoco que se trate de uno u otro género. En consecuencia, la producción de televisión o de radio o la producción de programas, a las que se refieren las normas comunitarias, no son más que formas distintas de referirse a la producción de obras audiovisuales susceptibles de ser difundidas y puestas a disposición del público por medio de la radiodifusión televisiva o radiofónica. En el caso de la televisión, la producción (y la coproducción) denomina al conjunto de procesos de realización del programa (un audiovisual). De esta manera, la producción engloba a todo el personal, medios técnicos y recursos necesarios para la realización de un programa, organizados en torno a las figuras del realizador o director y del productor. Esta realización comprende normalmente dos etapas: la de preproducción, que abarca las fases de guión, contratación del equipo técnico y artístico y, en su caso, adquisición de derechos sobre la música u otras creaciones artísticas, creación del grafismo del programa, sus créditos, títulos, etc., y finalmente la postproducción: terminada la grabación, se procederá a dotarla de unidad en la edición técnica de las imágenes y en la sonorización. Una vez obtenida la versión definitiva, se procederá a duplicarla tanto para su emisión como para su catalogación y conservación en el archivo.

*En consecuencia, hay que concluir que la excepción de la Directiva viene referida a un objeto contractual que, además de prestaciones de hacer que puedan considerarse servicios, **contiene otras prestaciones o negocios que no tienen tal consideración, ya que la Directiva no pretende ni puede redefinir el carácter patrimonial o no de los negocios jurídicos que celebran los organismos de radiodifusión sobre propiedades incorporales o activos inmateriales**, como son los derechos de autor o los derechos de explotación de obras audiovisuales, sino que lo verdaderamente relevante de la disposición de la Directiva analizada, es*

que esta no se aplicará cuando sea un organismo de radiodifusión quien celebre los contratos cuyo objeto sea la producción o la adquisición de los derechos necesarios para la difusión de un audiovisual por los servicios de radio o de televisión de dicho organismo» (negrita nuestra).

En definitiva, los dos informes referidos concluyen que los servicios relativos a la producción audiovisual, a la producción artística de todo tipo y a la radiodifusión televisiva o radiofónica, no incluyen la compra ni la coproducción de programas, como tampoco los aspectos relativos al tiempo de radiodifusión, dado que estos últimos negocios jurídicos no son servicios, sino que tienen carácter patrimonial, y, en el caso de las coproducciones, son contratos privados de colaboración.

Resulta, pues, indubitado que los negocios que consistan en la adquisición de obras originales de servicios audiovisuales, en tanto tengan por finalidad la creación de propiedad intelectual, son contratos privados (y nunca un contrato público), ya que tienen la consideración de propiedad incorporal y, por ello, ex artículo 9, negocio excluido de las previsiones de la LCSP, lo que permite la adquisición directa de los servicios adicionales referidos.

Y no puede argumentarse una tensión «indebida» de la competencia, pues los contratos sobre bienes incorporales no encajan en la idea u objetivo de libre mercado, ya que, en sí misma, no hay una competencia entre servicios profesionales (y en esos casos no hay que someter nada a la libre concurrencia, tal y como se advierte por el TJUE en su sentencia de 2 de junio de 2016, asunto C-410/14).

El artículo 9 LCSP, al igual que el artículo 4.1 p) TLCSP 2011, incluye de forma expresa como negocio excluido las propiedades incorporales. Y en el artículo 16.2 LCSP se excluyen expresamente del concepto de contrato de suministro los relativos a propiedades incorporales o valores negociables. Así, como se ha explicado, en tanto los servicios audiovisuales son propiedad incorporal, resulta incuestionable que son contratos privados donde no se aplica la LCSP.

En todo caso, al ser contratos excluidos de naturaleza privada se aplicarán las reglas del artículo 4 LCSP: *«Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse».*

Obviamente, estos contratos de adquisición de servicios audiovisuales son susceptibles de incluir prestaciones propias de los contratos típicos que regula la LCSP, las cuales deben ser objeto de contratación independiente de conformidad a las previsiones de esa Ley: a) Cuando el valor estimado de

estas prestaciones sea superior al 50 por ciento del importe total del negocio.

b) Cuando estas prestaciones no mantengan con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad que permitan considerarlas como una unidad funcional dirigida a satisfacer una necesidad o a conseguir una finalidad institucional propia del organismo o la entidad contratante. En estos casos, cuando las prestaciones no sean separables, hay que entender que debe aplicarse el régimen de la prestación principal (art. 18.2 LCSP).

En nada se altera esta conclusión por la circunstancia de que no haya una previsión expresa en la LCSP 2017, a diferencia del TRLCSP 2011, que incorpore la exclusión. Y ello porque, **estando excluidas de la LCSP 2017 las propiedades incorporeales y siendo los servicios audiovisuales una categoría de estas, resulta innecesaria una concreción singular para estos**. Basta recordar al adagio *in claris non fit interpretatio*. O lo que es lo mismo, excluido el «género», no hay que hacer referencia a la exclusión de la «especie».

Tampoco se altera porque figuren en el artículo 19.2a) este tipo de contratos audiovisuales como contratos no sujetos a regulación armonizada, y delimita objetivamente estos contratos como los que tengan por objeto *la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, o los relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica*.

La consideración como contratos no armonizados reproduce la previsión de la Directiva, que se refiere a estos como a contratos excluidos del ámbito de la referida Directiva. Es decir, la inclusión de esta previsión no supone que estos contratos estén incluidos en el ámbito de la LCSP, pues la misma LCSP (*ex art. 9*) los ha excluido. Por lo demás, ese artículo 19 se refiere también a los contratos incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que se concluyan en el sector de la defensa (que se excluyen en el artículo 5 LCSP), o los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público (que son negocios excluidos en tanto los notarios son funcionarios públicos especiales). Es decir, **la consideración como servicios no armonizados en este precepto legal no implica, en modo alguno, su sometimiento a las previsiones de la LCSP**.

Además, si el legislador español hubiera querido incluir estas actividades de servicios audiovisuales dentro del ámbito de la LCSP debería haber explicitado tal decisión (y justificarla, pues se trata de negocios expresamente

excluidos tradicionalmente de las directivas de contratación pública). Y nada en la tramitación parlamentaria sugiere tal posibilidad, lo que, por sí mismo, dado que se trata de ajustar la legislación de 2011 a las nuevas directivas de 2014, conduce como única interpretación posible a que la LCSP 2017 mantenga la misma consideración hacia la adquisición de servicios audiovisuales que sus normas predecesoras.

Por último, conviene referir los supuestos en que **se quieran adquirir unos derechos exclusivos sobre servicios donde existen derechos intelectuales que pueden ser objeto de explotación y no tienen carácter de propiedad incorporal**. El artículo 168 LCSP habilita un procedimiento negociado sin publicidad 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*». El elemento de derechos de propiedad intelectual es evidente siempre que se pretenda la relación en la que se ponga como valor para la decisión de adquisición un elemento diferenciador «personalísimo» (obviamente, solo sería aplicable cuando el objeto del contrato fuera una prestación de servicios que conllevara el uso de derechos de propiedad intelectual).

En determinados servicios «técnicos y no de creación» que, al margen de la propiedad incorporal, pueda ofrecer en un servicio audiovisual, el poder adjudicador podrá utilizar este procedimiento *intuitus personae* (avalado en la contratación pública en varias sentencias TJUE)⁶.

TERCERO.– Las previsiones de la LCSP aplicables a XAL y su incidencia práctica.

XAL tiene la consideración de poder adjudicador no Administración pública, al cumplir los requisitos exigidos por el artículo 3 LCSP (en su interpretación conforme a la jurisprudencia del TJUE)⁷. Y a los efectos del régimen jurídico aplicable resulta indiferente que XAL no sea prestador, en tanto pro-

6. AURÉLIEN, A., «L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique», *Revue Française de Droit Administratif*, 2011, pp. 879 y ss., con interesantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales del derecho francés de todas las épocas, así como de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

7. Sobre el ámbito subjetivo de la LCSP 2017 me remito a B. NOGUERA DE LA MUELA («El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Compra conjunta y centrales de compras», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 233-280) y S. DIEZ SASTRE («El ámbito subjetivo de la LCSP. La contratación de los poderes adjudicadores

duce y adquiere por cuenta de y para prestadores. El concepto principal sobre el que pivota el régimen jurídico aplicable es solo el de poder adjudicador (categoría indiscutible para XAL al tener personalidad jurídica, estar controlado por un poder público y realizar actividad de interés general, aunque pueda ser también mercantil)⁸.

La LCSP de 2017, en su texto definitivo, ha incorporado decisiones radicalmente distintas frente a la regulación precedente. Lo que es muy evidente en la contratación de los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública. Así, frente a la opción del texto que se remitió a las Cortes Generales de diferenciar el régimen jurídico de los contratos no armonizados en función de su consideración o no de Administración pública (se mantenía así el modelo del artículo 191 TRLCSP relativo a las instrucciones de los entes no Administración pública para los contratos no armonizados)⁹, **se decide la uniformidad de régimen jurídico, siendo indiferente el carácter o no de Administración pública del poder adjudicador para la aplicación de las reglas de contratación pública en los contratos de importe no armonizado (artículo 318 LCSP/2017).**

no Administración pública», en el libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 519-549).

8. La STJUE de 5 de octubre de 2017, *LitSpecMet y Vilniaus*, as. C-567/15, recuerda que una entidad adquiere la condición de Poder Adjudicador cuando se cumplen tres condiciones acumulativas, a saber: a) que dicha entidad haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; b) que esté dotada de personalidad jurídica; y c) que su actividad esté mayoritariamente financiada por los poderes públicos o que su gestión esté controlada por parte de estos últimos, o que más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia sean nombrados por los poderes públicos. Estas tres condiciones son acumulativas, siendo, en cambio, alternativos los requisitos a los que se refiere la condición expresada en la letra c). Y esta interpretación funcional se ha tenido en cuenta y aplicado, por ejemplo, por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 104/2015, al calificar a MERCAZARAGOZA como poder adjudicador. Conviene, en todo caso, recordar que la importancia de la jurisprudencia del TJUE es advertida en el considerando 10 de la Directiva de contratación pública de 2014: «El concepto de “poderes adjudicadores”, y en particular el de “organismos de derecho público”, han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación *ratione personae* de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un “organismo de derecho público”, ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil».

9. No es esa la opción de la Ley 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, de Navarra, que ha uniformizado las reglas de la contratación pública en todas las fases con independencia de la naturaleza de Administración pública, o no, del poder adjudicador.

La redacción del precepto es indubitada: desaparece, pues, la posibilidad de regulación mediante Instrucciones internas propias en los procedimientos de importe no armonizado (estas solo quedan para entes del sector público que no sean poder adjudicador –artículo 321 LCSP/2017– o los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales –*ex* artículo 3 LCSP/2017–).

Se pone fin a una «deslegalización procedimental» que, como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, ha resultado claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para los operadores económicos, a la vez que introducía innecesarias dosis de inseguridad jurídica que favorecían una fragmentación del mercado, la cual, a su vez, favorecía la aparición de prácticas de naturaleza clientelar, que impedían el efectivo funcionamiento –por inadecuada concurrencia– de las economías de escala. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el «caos» regulatorio de los distintos procedimientos de licitación¹⁰. No puede olvidarse que en el «océano proceloso» de entes diversos la confusión jurídica derivada de la multiplicidad de Instrucciones internas ha permitido, quizá sin pretenderlo, la proliferación de redes clientelares y de prácticas que han podido facilitar la captación de financiación ilegal que se ha derivado, directa o indirectamente, a las organizaciones políticas.

De ahí que se pueda considerar esta uniformidad jurídica en las reglas procedimentales como la principal novedad del nuevo texto de contratos públicos.

No es que desaparezcan las instrucciones internas, sino que estas tendrán una función «ad intra» para regular los aspectos organizativos de la contratación (competencias, mesas, contenido del expediente, tramitación urgente, etc.). De ahí que exista una disposición transitoria obligando a su adaptación.

Esta uniformidad no se ha extendido, sin embargo (a diferencia de la Ley 2/2018, de Contratos Públicos de Navarra), al régimen jurídico de los contratos, cuando la causa de interés público que justifica un régimen exorbitante se encuentra en todos ellos, al margen de la naturaleza, pública o privada, del ente contratante.

10. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad, por cuanto el número de entes existentes considerados poderes adjudicadores no Administración pública (más de diez mil), *per se*, conlleva tal dispersión de reglas distintas (de difícil localización, por lo demás) que hace inviable que los licitadores puedan conocer los distintos procedimientos, lo que conduce a un mercado «cerrado» claramente ineficiente y alejado del objetivo de efectiva transparencia.

Pese a la claridad del precepto, por comparación con la regulación inicial del Proyecto que se remite a las Cortes Generales, que mantenía el sistema (obligatorio) de Instrucciones, han surgido ciertas dudas interpretativas que son objeto de aclaración en el muy interesante Informe 2/2018, de 17 de enero, de la Abogacía del Estado¹¹. Con relación a la posible «supervivencia» de las Instrucciones, niega con rotundidad dicha posibilidad:

«Como ya se ha indicado, es clara la voluntad del legislador de suprimir, con la LCSP, las Instrucciones Internas de contratación previstas en el artículo 191.b) del TRLCSP para la contratación no armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración pública, tal y como se desprende del artículo 318.b de la LCSP y como, con toda rotundidad, declara el Preámbulo de dicha Ley (“En el Libro III se recoge la regulación de los contratos de poderes adjudicadores no Administración pública, en donde la principal novedad es la supresión de las instrucciones de contratación...”. “En efecto, como se ha dicho antes, se suprimen para los contratos no sujetos a regulación armonizada las instrucciones en el caso de los poderes adjudicadores no Administraciones públicas, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones...”).

Resulta, pues, clara la voluntad del legislador de poner fin, en aras de la claridad y la seguridad jurídica, a la diversidad de regímenes de contratación aplicables a los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores que no sean Administración pública, procedimientos que, bajo la vigencia del TRLCSP, han llegado a ser tantos y tan diversos como cuantos se regulan en las Instrucciones Internas que han ido aprobando este tipo de entidades. Siendo claro el mandato del legislador, también ha de ser clara la consecuencia: desde la entrada en vigor de la LCSP los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración pública han de adjudicar sus contratos no armonizados conforme al artículo 318.b) de dicho texto legal, quedando suprimidas desde ese momento las Instrucciones internas de contratación del artículo 191.b) del TRLCSP.

11. Así lo he defendido en mi opinión publicada en www.obcp.es: «A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no Administración pública en la Ley 9/2017, de contratos del sector público. A propósito del debate sobre la desaparición de las instrucciones de contratación y de los procedimientos de adjudicación aplicables». En este mismo sentido: Instrucción 3/2018 de la Abogacía del Estado y Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 28 de febrero en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público. Opinión contraria mantiene Alejandro BLÁZQUEZ, «Los poderes adjudicadores no Administración pública ante la Ley de contratos del sector público (Ley 9/2017): contratos menores y libertad de elección en los procedimientos de adjudicación», Revista *CEFLegal*, núm. 208, mayo de 2018.

La posibilidad de que, pese a no estar previstas ni contempladas en la nueva LCSP, los poderes adjudicadores aprueben voluntariamente instrucciones internas para aclarar el régimen de contratación no armonizada que les resulta aplicable solo puede admitirse a efectos meramente internos, explicativos y, especialmente, organizativos, sin que tales instrucciones o documentos internos puedan sustituir el régimen jurídico que declara aplicable el artículo 318.b) de la LCSP ni evitar la sujeción de estas entidades a los procedimientos que elijan aplicar de los regulados en la Sección 2.^a del capítulo I del Título I del Libro Segundo de la nueva Ley.

En caso de aprobarse instrucciones (lo que, se insiste, ya no contempla ni regula la LCSP), las propias instrucciones deberían declarar expresamente su eficacia meramente interna, reproducir el mandato del artículo 318.b), y explicitar que su aprobación no desplaza la aplicación obligatoria de los correspondientes preceptos legales; por lo demás, tales instrucciones o documentos internos, de eficacia, se insiste, meramente interna, no serían oponibles frente a los terceros licitadores, ni deben ser objeto de publicación en el perfil del contratante, ni requieren tampoco el informe de la Abogacía del Estado, informe que, en caso de llegar a solicitarse y emitirse al amparo de los convenios de asistencia jurídica suscritos, debería aclarar esta eficacia meramente interna y organizativa» (negrita nuestra).

Es decir, **los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública deben aplicar los mismos procedimientos de contratación de las Administraciones** (lo que es coherente con un modelo funcional de poder adjudicador).

Nada altera, ni puede alterar, el que exista una Disposición Transitoria Quinta que hable de la adaptación de las Instrucciones existentes. En primer lugar, porque esta Disposición Transitoria ya existía en el texto del Proyecto cuando se preveían las Instrucciones (lo que justificaba su existencia). En segundo lugar, en modo alguno una norma transitoria puede servir para reinterpretar una norma de carácter sustantivo tan clara en su redacción, como lo es el artículo 319 LCSP, y en su verdadera finalidad. Una interpretación tanto literal como teleológica, *ex art. 3 del Código Civil*, conduce de forma ineludible a la interpretación «auténtica» relativa a la desaparición de las Instrucciones como técnica de regulación de procedimientos de contratación para estos entes no Administración pública en los importes no armonizados. Así lo entiende también el referido Informe 2/2018, de la Abogacía del Estado, al afirmar lo siguiente:

«La disposición transitoria quinta de la LCSP, con una redacción ciertamente desafortunada y descoordinada con el articulado de la Ley, establece que “Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán

*adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 y 321 en el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos”. La alusión en dicha disposición transitoria a “los entes a los que se refiere el Título Tercero” resulta ciertamente equívoca, pues no aclara a qué Libro de la LCSP se entiende referido ese Título Tercero. Solo los Libros Primero y Cuarto de la LCSP cuentan con sendos Títulos terceros, aunque ninguno de los mismos resultaría aplicable al caso, si se atiende a su contenido (el Título III del Libro Primero se refiere al “Objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión”, y el Título III del Libro Cuarto regula la “Gestión de la publicidad contractual por medios electrónicos, informáticos y telemáticos”). Por su contenido (relativo a las instrucciones internas de contratación), y de acuerdo a un criterio sistemático (dada la cita de los artículos 318 y 321 de la Ley), dicha disposición transitoria parece querer aludir, pese a su literalidad, al “Libro” Tercero de la LCSP. **Pero, para ser coherente con la regulación del artículo 318, no debería referirse a los entes regulados en dicho “Título” (Libro), sino tan solo a los poderes no adjudicadores (Título II del Libro Tercero), que son los únicos que mantienen las instrucciones internas de contratación (artículo 321.1), y los únicos a los que, en consecuencia, puede resultar aplicable el mandato de adaptación de las instrucciones internas recogido en esa norma de derecho transitorio.***

*Sea como fuere, **una norma de derecho transitorio como la que se examina no define el derecho sustantivo aplicable, sino que regula los efectos temporales del propio derecho sustantivo.** Toda norma transitoria parte necesariamente de una norma sustantiva cuyo régimen intertemporal pretende disciplinar. De ahí que la disposición transitoria quinta de la LCSP (que regula el plazo de adaptación de las instrucciones de contratación a las previsiones de la nueva Ley) no pueda desvirtuar ni prevalecer sobre el mandato sustantivo de dicho texto legal, plasmado en los artículos 318 y 321 de la LCSP, y reforzado con los pronunciamientos categóricos del Preámbulo, con arreglo a los cuales las Instrucciones Internas de contratación desaparecen respecto de los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores y solo subsisten respecto de los poderes no adjudicadores que, en consecuencia, son los únicos que deben adaptar el contenido de sus instrucciones a la nueva Ley en el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de su entrada*

en vigor, quedando sin efecto las Instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores no Administración pública desde la entrada en vigor de la LCSP» (negrita nuestra).

Por otra parte, como argumento sistemático, conviene advertir que el artículo 319 LCSP/2017 establece la obligación de extender las obligaciones sobre modificación, pagos, subcontratación y extinción a estos poderes adjudicadores no Administración pública, en aras de una uniformidad también en la ejecución del contrato. Por lo que no sería coherente con esta decisión la supervivencia de regulación dispersa mediante instrucciones de estos poderes adjudicadores. Además, la extensión del recurso especial a importes no armonizados es un argumento adicional sobre esta uniformidad procedimental, pues no parece lógico (ni lo pretende el legislador) obligar a los distintos órganos de recursos contractuales a realizar su función jurisdiccional con criterios diversos en función de la existencia de Instrucciones para los PANAPS en estos importes (conviene advertir que, para los PANAPS, el legislador, mediante art. 44.6 LCSP/2017, ha querido residenciar la impugnación de aquellos actos que no sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación en la Administración de adscripción o tutela, acudiendo para ello a la figura del recurso de alzada impropio).

En conclusión, **los poderes adjudicadores no Administración pública (como es el caso de la XAL), en los contratos no armonizados no pueden regular** (salvo en el caso de la controvertida previsión al respecto para partidos políticos, sindicatos y organizaciones sindicales) **procedimientos mediante la técnica de instrucciones internas** que, como indica su nombre, solo pueden tener una función organizativa *ad intra* (criterio ya aplicado en el **Informe 11/2017, de 2 de noviembre de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón**)¹².

Desde esta lógica, la previsión del artículo 318 LCSP es de aplicación a todo PANAP. Y sobre cómo se interpreta su contenido es muy clara (y compartimos) la interpretación de la Abogacía del Estado y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado:

«A juicio de este Centro Directivo, del artículo 318.b) y del fragmento del Preámbulo de la LCSP que se ha transcrito resulta con claridad que lo que se reconoce a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración pública, para los contratos que celebren con un

12. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 47-132.

valor estimado superior al de los contratos menores e inferior al de los contratos sujetos a regulación armonizada, es la opción de elegir entre “los mismos” procedimientos de contratación aplicables a las Administraciones públicas (a excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que solo será aplicable en los supuestos previstos en el artículo 168 de la LCSP). **Ello implica una remisión in totum a la regulación aplicable a cada uno de dichos procedimientos**, algunos de los cuales (procedimiento abierto, restringido, diálogo competitivo, asociación para la innovación) serán, en principio, intercambiables o susceptibles de aplicación indistinta a elección del órgano de contratación, mientras que otros (el procedimiento negociado, el procedimiento abierto simplificado del artículo 159, y el procedimiento abierto más simplificado del apartado 6 del citado artículo 159) habrán de entenderse aplicables siempre y cuando lo permita el valor estimado del contrato en cuestión (que ha de ser igual o inferior a 2 000 000 de euros en el caso de contratos de obras, y a 100 000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicios, en el procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1, e inferior a 80 000 euros en el caso de obras, y a 35 000 euros en suministros y servicios, para el procedimiento abierto más simplificado del artículo 159.6 de la LCSP), así como su caracterización y objeto.

De los artículos 317 y 318 de la LCSP se desprende la voluntad del legislador de aproximar al máximo la contratación de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas al régimen de contratación propio de estas, lo que se manifiesta en:

- 1.– La aplicación en bloque de las normas de la LCSP (secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro 11) a la adjudicación de sus contratos armonizados, con desaparición de las excepciones y matizaciones que recoge el artículo 190 del todavía vigente TRLCSP;
- 2.– La supresión de las Instrucciones Internas de contratación para los contratos de estas entidades de valor estimado inferior a los umbrales que definen los contratos sujetos a regulación armonizada, “estableciéndose claramente la regulación que les resulta aplicable” en el artículo 318.b de la LCSP, lo que se concreta en que “deben adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que solo podrá hacerse uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones”.
- 3.– La admisión expresa de la posibilidad de adjudicar los contratos de obras, concesiones de obras y servicios de valor estimado inferior a 40 000

euros, y los de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15 000 euros, como contratos menores.

No parece que sea el designio del legislador que contratos de los poderes adjudicadores de un valor estimado muy próximo al de los contratos sujetos a regulación armonizada terminen, a la postre, adjudicándose por un procedimiento (el del artículo 159.6 de la LCSP) legalmente concebido para ser tramitado con extrema agilidad por razón, precisamente, del reducido valor estimado de los contratos que pueden acogerse a él, ni que se termine generalizando la aplicación de reglas especiales (eximir a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera, técnica o profesional, no exigencia de garantía definitiva...), que solo se han previsto y admitido el legislador en atención a la escasa cuantía del contrato» (negrita nuestra).

Por ello, **con relación a los contratos menores (que es un procedimiento simplificado de contratación), a la vista del tenor del artículo 318 LCSP, los PANAPS deben estar a las mismas exigencias generales.** Conforme a lo que hemos venido explicando, puede afirmarse que los contratos a los que se refiere el artículo 318.a) LCSP/2017 son conceptualmente coincidentes con los contratos menores, no se advierte razón legal que excluya la aplicación a estos contratos del artículo 318.a) de los requisitos que, con carácter general, establece para los contratos menores el artículo 118 de la LCSP.

Y así lo argumenta el referido Informe 2/2018, de la Abogacía del Estado, que recuerda que *«El artículo 318.a) no emplea, nominatim, el término “contratos menores”, y tampoco contiene una remisión expresa a los artículos 118 y 131.3, que son los que contienen la regulación general de dichos contratos menores. Sin embargo, se aprecia fundamento jurídico para concluir que la concreta mención del artículo 318.a) a los contratos de valor estimado inferior a 40 000, en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, y a 15 000 euros, en caso de contratos de servicios y de suministros (importes plenamente coincidentes con los previstos para los contratos menores en el artículo 118.1 de la LCSP), unida a la previsión de que los mismos “podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato” (expresión idéntica a la empleada por el legislador en el artículo 131.3 de la LCSP para aludir a los contratos menores), no es una mera casualidad o coincidencia, sino una decisión deliberada del legislador, que está configurando un supuesto conceptualmente coincidente con los contratos menores».* Y, por ello, concluye lo siguiente:

«El artículo 118 de la LCSP contiene, en aras de la seguridad jurídica, las reglas aplicables a la tramitación del expediente de contratación en los contratos menores, e incorpora ciertas cautelas tendentes a evitar su uso abusivo y fraudulento, previsiones, todas ellas, que parece lógico considerar aplicables a los contratos menores que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones públicas, habida cuenta de que el objetivo de la Ley es, como declara su Preámbulo, “diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro”, “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”.

*Por lo expuesto, **procede concluir en este primer punto que los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios de valor estimado inferior a 40 000 euros, y los contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15 000 euros, a los que se refiere el artículo 318.a) de la LCSP, coinciden conceptualmente con los contratos menores del artículo 118 de dicho texto legal, y quedan sujetos a las previsiones contenidas en este último precepto»** (negrita nuestra).*

En definitiva, la uniformidad jurídica es, sin duda, una de las principales medidas de transparencia, de seguridad jurídica y de simplificación normativa (y facilita la necesaria transición electrónica), que exige una interpretación de la LCSP alineada con este objetivo. La diferenciación entre poder adjudicador Administración pública/no Administración pública y contrato armonizado/no armonizado pierde relevancia jurídica, y avanza hacia una nueva cultura de la contratación pública más íntegra y eficiente.

En todo caso, siendo aplicables, en nuestra opinión, las reglas del artículo 118 LCSP del contrato menor, conviene recordar la doctrina fijada por la JCCA del Estado en sus informes recientes sobre esta cuestión del contrato menor (informes JCCAE 41/2017, 42/2017 y 5/2018):

a) El artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar, en el expediente de contratación de los contratos menores, que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor.

b) Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca.

c) La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por

ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma¹³. Desde esa perspectiva, con CPV distintos se podría adjudicar mediante contrato menor a un mismo contratista¹⁴.

d) Cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediando más de un año, contado desde la incorporación al expediente de la primera factura, no será necesario proceder a esta justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor (en este punto creo más correcta la interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón de referir el cómputo del año al ejercicio presupuestario).

e) La ley no establece un modo concreto de comprobación del cumplimiento de los límites del contrato menor ni tampoco un sistema de constancia documental en el expediente, si bien la misma es recomendable.

f) El informe de necesidad del contrato debe ir firmado por el titular del órgano de contratación sin que pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio.

Por otra parte, hay que recordar las previsiones, de carácter básico, del artículo 63.4 LCSP/2017, que establece que la publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente, y 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 dicha publicación 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); y del

13. En la adecuada tramitación de un contrato menor resulta muy apropiada la Instrucción conjunta de la Secretaría General y de la Intervención General en relación con la interpretación, el asesoramiento y la fiscalización de los contratos menores a partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017), 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 (https://gobiernolocal.org/docs/publicaciones/06_Instruccion_Secretaria_Intervencion_DIBA.pdf).

14. No es ese, por contra, el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 3/2018, de 13 de febrero, que entiende que es el concepto objeto lo que determina los límites del contrato menor (en ese mismo sentido, Informe 1/2018, de 11 de abril, de la JCCA de Madrid, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público).

artículo 29.8, que regula el plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, advirtiendo que no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

En definitiva, **XAL, con los criterios expuestos, cuando celebre un contrato público, deberá respetar los procedimientos de la LCSP en una interpretación conforme a los principios que se recogen en el artículo 1 de la citada Ley.**

CUARTO.– Calificación jurídica de la relación de XAL con las televisiones y radios locales, a las que se denomina entidades adheridas al Protocolo General de Servicios de la XAL como supuesto de cooperación horizontal.

La cooperación horizontal del artículo 6.1 LCSP/2017 (que complementa el artículo 47 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público) regula los convenios atendiendo a los parámetros europeos fijados por la Directiva 2014/24/UE y la jurisprudencia TJUE¹⁵. Así, se indica que quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales, cuando se den tres requisitos¹⁶:

15. La justificación de la cooperación vertical quedó avalada en la STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant SA* (apdos. 48 y 49). La STJUE de 9 de junio de 2009, *Comisión vs. República Federal de Alemania* (apdo. 47), admite la posibilidad de articular una colaboración entre poderes públicos a través de vínculos convencionales, al considerar que no existe un contrato público, sino una fórmula organizativa y no contractual, en tanto se acreditaba la concurrencia de una serie de circunstancias que permitían tal consideración: a) objetivo común de interés público; b) prestación que no tiene naturaleza comercial, por carecer de vocación de mercado; y c) existencia de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución. La STJUE de 13 de junio de 2013, asunto C-386/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania), mediante resolución de 6 de julio de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de julio de 2011, perfila claramente los supuestos de cooperación horizontal, afirmando que no se aplicará la normativa de la Unión en materia de contratos públicos y existirá cooperación siempre que tales contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas, sin la participación de una empresa privada, no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores, y la cooperación que establezcan solo se rija por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público (Sentencia *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*, apartado 35). El TJUE ha plasmado estas mismas consideraciones, por ejemplo, en la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-215/09, *Mehiläinen Oy* (FJ 31), en la Sentencia de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento* (FJ 34-35), o en la Sentencia de 13 de junio de 2013, asunto C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. Kg* (FJ. 34). *Vid.* M. Á. BERNAL BLAY, «La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del derecho de los contratos públicos», *Organización Local. Nuevas Tendencias*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 361-376.

16. *Vid.* el estudio de A. HUERGO LORAS, «Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos», *REALA*, núm. 8, Nueva Época, 2017.

a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 % de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.

b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público¹⁷.

Como bien explica M. Á. BERNAL BLAY, tanto la opinión del Parlamento como la doctrina del Tribunal de Justicia parecen caminar en una misma dirección: la necesidad de distinguir, a efectos de aplicar o no la normativa sobre contratos públicos, entre formas modernas de organización de la ejecución (conjunta) de las tareas públicas por los poderes adjudicadores, guiadas exclusivamente por consideraciones de interés público, por una parte (es decir, no reguladas por las normas de contratación pública), y la pura compraventa (comercial) de bienes y servicios en el mercado, por otra (sujeta a la normativa sobre contratos públicos)¹⁸.

17. La STJUE de 13 de junio de 2014 (asunto C-386/11), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania), mediante resolución de 6 de julio de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de julio de 2011, perfila más claramente los supuestos de cooperación horizontal, afirmando que no se aplicará la normativa de la Unión en materia de contratos públicos y existirá cooperación siempre que tales contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas, sin la participación de una empresa privada, no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores, y la cooperación que establezcan solo se rija por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público (Sentencia *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*, antes citada, apartado 35).

18. M. Á. BERNAL BLAY, «La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del derecho de los contratos públicos», *Organización Local. Nuevas Tendencias*, ob. cit., pp. 366-367. El *Libro Verde so-*

Obviamente, la interpretación de la opción de la cooperación horizontal debe ajustarse a la finalidad europea y a su carácter excepcional (el concepto de contrato es materia propia del derecho comunitario y debe recibir un tratamiento uniforme en todos los países miembros) y no puede amparar una interpretación extensiva de la figura del convenio si lo que se oculta es una relación contractual típica, tal y como se advirtió en la STJUE de 13 de enero de 2005 que condenaba al Reino de España por esta práctica, y prevé la no aplicación de esta Ley a los convenios, que en ningún caso podrán versar sobre prestaciones onerosas reguladas por esta norma¹⁹.

Pues bien, desde esta lógica, conviene analizar la relación jurídica del Protocolo citado. En el mismo se determina que XAL proporciona servicios y fomenta la colaboración en forma de coproducción e intercambio de experiencias a aquellas estructuras, públicas o privadas, que tengan como finalidad la comunicación en el ámbito de proximidad en Cataluña mediante todas las plataformas existentes (televisiones en TDT, IPTV, cable WebTV o agregadores audiovisuales; radios por ondas y por Internet, sincrónicas y asincrónicas, y medios de comunicación digitales) y contenidos con especialización en el ámbito local difundidos mediante cualquier tipo de soporte tecnológico existente (teléfonos inteligentes, tabletas, pantallas físicas o domótica) o que pueda existir. El objetivo de la XAL, por tanto, es dotar de recursos y servicios a los medios de comunicación locales, fomentando la optimización de los mismos mediante la concertación y el intercambio para garantizar la solidez, la proyección y la sostenibilidad del sistema de comunicación local catalán²⁰. Así, como ha señalado el Acuerdo 34/2008, de 18 de marzo, del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, la XAL está al servicio y a disposi-

bre la modernización de la política de contratación pública de la UE – Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente [COM(2011) 15 final, pág. 24] ha manifestado que «podría ser útil explorar si tiene cabida un concepto con algunos criterios comunes para las formas de cooperación dentro del sector público que quedan exentas». Sobre el mismo, y las respuestas, me remito al libro *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, pp. 475-479.

19. Criterio uniforme del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Así, en la STJUE de 18 de enero de 2007, *Auroux/Commune de Roanne*, en la que se analiza la técnica de convenio entre un ayuntamiento y una sociedad mixta para la realización de un centro de ocio, se indica que este es un caso de contrato de obra que debe ser objeto de licitación. Y en esta línea debe recordarse la STJUE de 18 de diciembre de 2007, *Correos España*, por la que se declara ilegal el convenio suscrito por el Ministerio de Educación y Ciencia con la entidad Correos, por acordar cuestiones que son objeto de aplicación de la Directiva Servicios. Y es que, cuando hay onerosidad en una actividad incluida en el ámbito de la Directiva, deben aplicarse las reglas de publicidad y concurrencia.

20. En consecuencia, el papel de la XAL como estructura de apoyo a los medios locales resulta clave para poner a su disposición una oferta de contenidos que garantice el acceso de todos los ciudadanos a una información veraz, objetiva y equilibrada que sea capaz de satisfacer sus necesidades democráticas, sociales, educativas y culturales, como se fija en la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña.

ción de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual local, y no a la inversa, por lo que serán las entidades adheridas las responsables últimas de su línea editorial²¹.

Desde estas premisas, la calificación jurídica de las relaciones del referido Protocolo es la de cooperación horizontal (a instrumentar mediante convenio), dado que se cumplen los tres requisitos citados: a) no existe en las relaciones una vocación de mercado; b) se desarrolla una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común; c) el desarrollo de la cooperación se guía únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público²².

La existencia de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución no altera esta consideración de cooperación horizontal²³.

21. La XAL, como estructura de apoyo, tiene su razón de ser en la aportación de valor añadido a los recursos que gestiona mediante la colaboración con los medios audiovisuales de proximidad. A través de estos, se trabaja generando economías de escala, compartiendo información y buenas prácticas, aportando conocimiento y soporte técnico y fomentando la coproducción y los intercambios entre los propios medios locales. Se produce así un efecto multiplicador de los recursos, y la XAL es el agente que garantiza la prestación equilibrada de los servicios de calidad en todo el territorio. El objetivo es implantar una cultura de la concertación para garantizar la máxima eficiencia en la prestación de los servicios, y que esta se adapte a las nuevas y complejas realidades del sector. Esto comporta la implicación de los recursos de las diferentes partes involucradas en un mismo proyecto, un aspecto fundamental que diferencia a la XAL de los sistemas basados en el reparto unidireccional de recursos de una institución hacia un medio. La XAL, a través de la marca *La Xarxa de Comunicació Local*, fundamenta su actuación en el trabajo en red, poniendo en común sus recursos y las aportaciones de las entidades adheridas y tomando las decisiones estratégicas de forma concertada, consolidando, así, una verdadera relación en red. El trabajo en red propicia la coresponsabilidad, la reciprocidad y el reconocimiento mutuo de las entidades con las que se colabora y de todas las partes que se adhieren al Protocolo citado.

22. En esto se diferencia del supuesto analizado en el Auto del TJUE de 16 de mayo de 2013, asunto C-564/11, relativo a una cuestión prejudicial que plantea el Tribunal Supremo italiano sobre los encargos que la ciudad de Pavía realizó mediante una serie de estudios interdisciplinarios a la Universidad de Pavía, afirmando que «El derecho de la Unión en materia de contratos públicos se opone a una normativa nacional que autoriza la celebración, sin licitación, de un contrato mediante el cual se establece una cooperación entre entidades públicas cuando —aspecto que corresponde verificar al tribunal remitente— tal contrato no tenga por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a dichas entidades, no se rija exclusivamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público, o pueda favorecer a un prestador privado respecto a sus competidores».

23. La STJUE de 9 de junio de 2009, *Comisión vs. República Federal de Alemania*, se refiere a un acuerdo de cooperación entre cuatro *Landkreise* de Baja Sajonia [Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. y Stade] y los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, para la eliminación de sus residuos en la nueva instalación de valorización térmica de Rugenberger Damm, construida a instancias de la ciudad de Hamburgo. En tal supuesto no se articuló la cooperación a través de una organización distinta de los *Landkreise* y la ciudad de Hamburgo, sino a través de un «contrato de colaboración» entre

En consecuencia, **la relación a la que se da cobertura en el Protocolo analizado en este Estudio no tiene carácter de contrato público y puede ser considerada de naturaleza de convenio de cooperación**, en tanto se ejercitan competencias propias que tienen por finalidad no el recibir una concreta prestación de mercado, sino la colaboración pública para cumplir fines públicos en que la eventual contribución financiera tiene por causa específica la cooperación y no la celebración de un contrato²⁴. Convenio que, lógicamente, debe tener reflejo dentro de la actividad específica que desarrollan las personas jurídicas que lo suscriben²⁵.

A la vista de lo expuesto, conforme al requerimiento que se ha formulado, y sin perjuicio de cualquier otra consideración mejor fundada en derecho, pueden formularse las siguientes:

CONCLUSIONES

Primera.— La adquisición de servicios audiovisuales, en tanto creación original (inherente a la idea de transferencia de conocimiento científico), será un negocio de resultado de contenido de propiedad incorporeal y no un mero o simple servicio en régimen de mercado. Y, en ese caso, un poder adjudicador que adquiera estos servicios audiovisuales no deberá aplicar las disposiciones de la LCSP.

Los servicios audiovisuales que cumplan los requisitos del artículo 10 LPI para su protección como obra con derechos de autor, tendrán la conside-

todos ellos. Sobre los requisitos que deben concurrir para que sea técnica organizativa y no contrato me remito a la comunicación de M. A. BERNAL BLAY, «La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del derecho de los contratos públicos», *Organización Local. Nuevas Tendencias*, ob. cit., pp. 361-376.

24. Sirvan de ejemplo los convenios de financiación como técnica de colaboración interadministrativa. Así se ha admitido, por ejemplo, por informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón de 21 de julio de 2008, en el caso concreto de financiación autonómica a la explotación de servicios sociales municipales, al entender que la prestación que se define no es en sí una relación propia de contrato, ya que básicamente lo que se realiza es una técnica de colaboración vía financiación entre dos Administraciones públicas, en el ejercicio de una competencia concurrente como es la de servicios sociales: «Lo que pretende el Gobierno de Aragón con esta práctica es una coordinación efectiva de competencias que permita la mejor eficiencia de los recursos materiales y financieros sin que pueda pensarse que la naturaleza de esta relación es de carácter contractual. Nos encontramos ante la figura de convenios de financiación al no poder ser calificados de contratos ya que la causa del negocio jurídico no es la de recibir una prestación mediante precio como es la propia de un contrato». En consecuencia, por imperativo normativo, muchas relaciones jurídicas calificadas como convenio hasta la fecha no pueden acogerse a esta categoría, al tratarse de auténticos contratos de servicios.

25. Vid. FRÍAS LÓPEZ, A., «Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público», en el libro colectivo *La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Comares, Granada, 2009, p. 63.

ración de propiedad intelectual y serán, por ello, contratos privados (y nunca un contrato público), ya que tienen la consideración de propiedad incorporal y, por ello, *ex* artículo 9, se tratará de un negocio excluido de las previsiones de la LCSP.

Segunda.— La LCSP 2017 mantiene el mismo régimen que su predecesora: el TRLCSP 2011. Y ello porque, estando excluidas de la LCSP 2017 las propiedades incorporales y siendo los servicios audiovisuales una categoría de estas, resulta innecesaria una concreción singular para estos. Basta recordar el adagio *in claris non fit interpretatio*. O lo que es lo mismo, excluido el «género», no hay que hacer referencia a la exclusión de la «especie».

Que el artículo 19.2a) considere este tipo de contratos audiovisuales como contratos no sujetos a regulación armonizada y delimite objetivamente estos contratos como los que tengan por objeto *la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, o los relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica*, no implica en modo alguno su sometimiento a la LCSP.

La consideración como contratos no armonizados reproduce la previsión de la Directiva, que se refiere a estos como a contratos excluidos del ámbito de la referida Directiva. Es decir, la inclusión de esta previsión no supone que estos contratos estén incluidos en el ámbito de la LCSP, pues la misma LCSP (*ex* art. 9) los ha excluido. Por lo demás, ese artículo 19 se refiere también a los contratos incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que se concluyan en el sector de la defensa (que se excluyen en el artículo 5 LCSP), o los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público (que son negocios excluidos en tanto los notarios son funcionarios públicos especiales).

Además, si el legislador español hubiera querido incluir estas actividades de servicios audiovisuales dentro del ámbito de la LCSP debería haber explicitado tal decisión (y justificarla, pues se trata de negocios expresamente excluidos tradicionalmente de las directivas de contratación pública). Y nada en la tramitación parlamentaria sugiere tal posibilidad, lo que, por sí mismo, dado que se trata de ajustar la legislación de 2011 a las nuevas directivas de 2014, conduce como única interpretación posible a que la LCSP 2017 mantenga la misma consideración hacia la adquisición de servicios audiovisuales que sus normas predecesoras.

Tercera.— Por último, quedan por mencionar los supuestos en que se quieran adquirir unos derechos exclusivos sobre servicios donde existen derechos intelectuales que pueden ser objeto de explotación y no tienen carácter de propiedad incorporal. El artículo 168 LCSP habilita un procedimiento negociado sin publicidad 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»*. El elemento de derechos de propiedad intelectual es evidente siempre que se pretenda la relación con una Universidad pública en la que se ponga como valor para la decisión de adquisición un elemento diferenciador «personalísimo».

En determinados servicios audiovisuales, al margen de la propiedad incorporal, el poder adjudicador podrá utilizar este procedimiento. Y, aunque las cuantías fueran de un contrato menor, en una interpretación sistemática, resulta evidente que no funcionaría el límite cuantitativo global del artículo 118 LCSP, ya que no se aplica en los casos donde el «contratista» tiene derechos exclusivos, o razones técnicas o económicas (así lo indica el propio 118.3 al señalar, con relación a ese límite, que «quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a)2.º».

Cuarta.— La LCSP de 2017, en su texto definitivo, ha incorporado decisiones radicalmente distintas frente a la regulación precedente. Lo que es muy evidente en la contratación de los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración pública. Así, frente a la opción del texto que se remitió a las Cortes Generales de diferenciar el régimen jurídico de los contratos no armonizados en función de su consideración o no de Administración pública (se mantenía así el modelo del artículo 191 TRLCSP relativo a las instrucciones de los entes no Administración pública para los contratos no armonizados), se decide la uniformidad de régimen jurídico, siendo indiferente el carácter o no de Administración pública del poder adjudicador para la aplicación de las reglas de contratación pública en los contratos de importe no armonizado (artículo 318 LCSP/2017).

La redacción del precepto es indubitada: desaparece, pues, la posibilidad de regulación mediante Instrucciones internas propias en los procedimientos de importe no armonizado (estas solo quedan para entes del sector público que no sean poder adjudicador –artículo 321 LCSP/2017 – o los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales –*ex* artículo 3 LCSP/2017–). *La posibilidad de que, pese a no estar previstas ni contempladas en la nueva*

LCSP, los poderes adjudicadores aprueben voluntariamente instrucciones internas para aclarar el régimen de contratación no armonizada que les resulta aplicable solo puede admitirse a efectos meramente internos, explicativos y, especialmente, organizativos, sin que tales instrucciones o documentos internos puedan sustituir el régimen jurídico que declara aplicable el artículo 318.b) de la LCSP ni evitar la sujeción de estas entidades a los procedimientos que elijan aplicar de los regulados en las Sección 2.ª del capítulo I del Título I del Libro Segundo de la nueva Ley.

Los poderes adjudicadores no Administración pública (como es el caso de la XAL), en los contratos no armonizados no pueden regular (salvo en el caso de la controvertida previsión al respecto para partidos políticos, sindicatos y organizaciones sindicales) procedimientos mediante la técnica de instrucciones internas que, como indica su nombre, solo pueden tener una función organizativa *ad intra* (criterio ya aplicado en el Informe 11/2017, de 2 de noviembre de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).

Quinta.— *Como han advertido la JCCA del Estado y la Abogacía del Estado, los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios de valor estimado inferior a 40 000 euros, y los contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15 000 euros, a los que se refiere el artículo 318.a) de la LCSP, coinciden conceptualmente con los contratos menores del artículo 118 de dicho texto legal, y quedan sujetos a las previsiones contenidas en este último precepto.*

En todo caso, siendo aplicables, en nuestra opinión, las reglas del artículo 118 LCSP del contrato menor, conviene recordar la doctrina fijada por la JCCA del Estado en sus informes recientes sobre esta cuestión del contrato menor (informes JCCAE 41/2017, 42/2017 y 5/2018):

a) El artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar, en el expediente de contratación de los contratos menores, que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor.

b) Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca.

c) La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, si es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en

este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma²⁶. Desde esa perspectiva, con CPV distintos se podría adjudicar mediante contrato menor a un mismo contratista²⁷.

d) Cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediado más de un año, contado desde la incorporación al expediente de la primera factura, no será necesario proceder a esta justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor (en este punto creo más correcta la interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón de referir el cómputo del año al ejercicio presupuestario).

e) La ley no establece un modo concreto de comprobación del cumplimiento de los límites del contrato menor ni tampoco un sistema de constancia documental en el expediente, si bien la misma es recomendable.

f) El informe de necesidad del contrato debe ir firmado por el titular del órgano de contratación sin que pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio.

Por otra parte, hay que recordar las previsiones, de carácter básico, del artículo 63.4 LCSP/2017, que establece que la publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente, y 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 dicha publicación 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); y del artículo 29.8, que regula el plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, advirtiendo que no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

26. En la adecuada tramitación de un contrato menor resulta muy apropiada la Instrucción conjunta de la Secretaría General y de la Intervención General en relación con la interpretación, el asesoramiento y la fiscalización de los contratos menores a partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017), 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 (https://gobiernolocal.org/docs/publicaciones/06_Instruccion_Secretaria_Intervencion_DIBA.pdf).

27. No es ese, por contra, el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 3/2018, de 13 de febrero, que entiende que es el concepto objeto lo que determina los límites del contrato menor (en ese mismo sentido, Informe 1/2018, de 11 de abril, de la JCCA de Madrid, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público).

Sexta.– La calificación jurídica de las relaciones del referido Protocolo entre la XAL y radios y televisiones locales, es la de cooperación horizontal (a instrumentar mediante convenio), dado que se cumplen los tres requisitos citados: a) no existe en las relaciones una vocación de mercado; b) se desarrolla una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común; c) el desarrollo de la cooperación se guía únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público. La existencia de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución no altera esta consideración de cooperación horizontal.

En consecuencia, la relación a la que se da cobertura en el Protocolo analizado en este Estudio no tiene carácter de contrato público y puede ser considerada de naturaleza de convenio de cooperación, en tanto se ejercitan competencias propias que tienen por finalidad no el recibir una concreta prestación de mercado, sino la colaboración pública para cumplir fines públicos en que la eventual contribución financiera tiene por causa específica la cooperación y no la celebración de un contrato.

A modo de conclusión final, dando respuesta a la cuestión solicitada, podemos afirmar que la adquisición de servicios audiovisuales mantiene y consolida el régimen jurídico de las normas legales anteriores (dado que esa es la intención del derecho europeo sobre esta cuestión) y que se trata de una actividad ajena a las reglas de contratación y los procedimientos de la LCSP, al tratarse, en tanto bienes incorporales, de contratos privados excluidos del ámbito de la normativa contractual pública.

Asimismo la naturaleza jurídica de XAL con los entes locales que forman parte del Protocolo analizado es de cooperación horizontal, instrumentada mediante convenio (artículo 6 LCSP).

Por último, XAL, como poder adjudicador no Administración pública, debe aplicar los mismos procedimientos de contratación que las Administraciones públicas (ex artículos 318 y 319 LCSP).

Esta es nuestra opinión, que, como es costumbre, sometemos a cualquier otra mejor fundada en derecho. En Zaragoza, a 25 de abril de 2018.

Fdo.: José María Gimeno Feliu.

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

