

 <p>DIPUTACIÓN DE BADAJOZ</p>	<p>CRITERIO OFICIALÍA MAYOR</p>	<p>OFICIALÍA MAYOR</p>
<p>VICEPRESIDENCIA PRIMERA COOPERACIÓN MUNICIPAL</p>	<p><u>CANCELACIÓN DE ACTUACIONES MUSICALES CON MOTIVO DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA PARA LA GESTIÓN DE CRISIS SANITARIA OCACIONADA POR EL COVID-19. REAL DECRETO 463/2020, DE 14 DE MARZO.</u></p>	

DESCRIPCIÓN DEL ASUNTO

CRITERIO DE LA OFICIALIA MAYOR ADSCRITA AL AREA DE COOPERACIÓN MUNICIPAL DE LA VICEPRESIDENCIA PRIMERA DE LA DIPUTACION DE BADAJOZ A PROPOSITO DE LA CANCELACIÓN DE ACTUACIONES MUSICALES CON MOTIVO DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA PARA LA GESTIÓN DE CRISIS SANITARIA OCACIONADA POR EL COVID-19. REAL DECRETO 463/2020, DE 14 DE MARZO.

I. ANTECEDENTES

Se solicita nuestro parecer sobre las consecuencias que el estado de alarma declarado por el RD 463/2020, de 14 de marzo, provoca en contratos suscritos con anterioridad por las Corporaciones locales con empresas de eventos para la celebración de conciertos, teatros...etc

En concreto se adjunta clausulado tipo que contiene cláusula del siguiente tenor literal:

“En caso de suspensión por cualquier causa ajena al artista, éste percibirá el total de las retribuciones pactadas en la cláusula cuarta”, obligando ésta al abono íntegro de la actuación.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La cuestión se centra en determinar si la declaración del estado de alarma por el Gobierno al amparo del artículo 116 de la Constitución, es causa habilitante para exonerar a los ayuntamientos a abonar el importe de las actuaciones contratadas antes de esa declaración y que, lógicamente no podrán celebrarse en las fechas convenidas. Habrá que determinar en primer lugar si es posible calificar la situación como de fuerza mayor. Este

concepto ha sido definido como aquel suceso imprevisible y que incluso siendo previsible, resulta inevitable.

Nuestro Tribunal Supremo ha venido exigiendo como requisitos que han de concurrir para apreciar fuerza mayor que el hecho sea, además de imprevisible, inevitable o irresistible (Sentencia de 7 de abril de 1965).

A juicio de la doctrina, el artículo 1105 del Código Civil, aunque no la mencione expresamente, y juntamente con el caso fortuito, se refiere a la fuerza mayor cuando establece que: *"Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables."* (v.gr. Coronavirus. COVIP.19)

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 18.12.2006, refiere que esa imprevisibilidad e inevitabilidad exigen una prueba cumplida y satisfactoria (Sentencias de 28.12.1997 y 02.03.2001), incumbiendo la carga de la prueba a quien alega la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor.

En el concepto de fuerza mayor resulta necesario la concurrencia de ausencia de voluntariedad. Y es evidente que la existencia de una situación de emergencia sanitaria derivada de una pandemia que provoca la declaración del estado de alarma por el Gobierno, es una situación ajena a las partes contratantes, empresa y corporación local. La necesidad de contener la propagación del COVID-19 es una responsabilidad y obligación impuesta por la declaración del estado de alarma que obliga al confinamiento de las personas y que provoca la imposibilidad de que se celebren los eventos contratados. Y esta circunstancia no pudo ser prevista, ni evitada por ninguna de las partes contratantes. Y es más por declaración del estado de alarma y las consecuencias que del mismo se derivan - prohibiciones y limitaciones a los desplazamientos, lugares de concurrencia, etc- lleva necesariamente a que la imposibilidad de cumplir el contrato no recae solo en la Administración que contrató la actuación del conjunto musical o del espectáculo, sino que alcanza igualmente a este último, so pena de incurrir este, en infracción de la normativa que regula dicha situación de alarma y de contribuir a la expansión de la pandemia, con un comportamiento tan incívico e insolidario.

Estamos por tanto, ante una imposibilidad sobrevenida, la situación de emergencia sanitaria y el consiguiente estado de alarma, hecho

anormal, imprevisible, inevitable y ajeno a las partes contratantes y que a ambas afecta y de igual modo, lo que provoca que éstas queden desligadas de la obligación de tener que cumplir sus prestaciones según tenían inicialmente previsto (de modo análogo al efecto extintivo previsto en los artículos 1182 y 1184 del C Civil). La concurrencia de esta circunstancia desvirtúa y priva de eficacia la cláusula genérica contenida en el contrato referido a que la posible suspensión del contrato por causa ajena al artista, le habilita para percibir el total de las retribuciones pactadas, pues como queda dicho tal causa es tan ajena al artista como a la Administración contratante. Porque la causa que imposibilita tanto a uno como otro a mantener lo pactado le es ajena y deriva de una situación de excepcionalidad, el estado de alarma.

SEGUNDO.- Es necesario además considerar la fecha en la que se firma el contrato, 7 de febrero de 2020, fecha en la que si bien se había procedido por la OMS, Organización Mundial de la Salud a la declaración de Emergencia de Salud Pública (30.1.2020), no resultaba posible prever lo que iba a suceder y, por tanto, establecer una previsión al respecto. Porque de haber sido así, de seguro que no se hubiera celebrado el contrato a que el presente se contrae, pues su ejecución de todo punto de vista era improbable cuando no de imposible cumplimiento.

Se ha de considerar además el hecho de que los espectáculos, teatros o actuaciones que en su caso, se hubieran contratado, es obvio que no se van a realizar por lo que no se producirán costes y/ o gastos a las compañías por esta circunstancia. Pero incluso aunque se produzcan, y como venimos sosteniendo, no ha de soportarlos la Corporación local a la que la situación le ha venido dada. Consecuencia de lo anterior y ciñéndonos al caso que nos ocupa, el Ayuntamiento no habrá de abonar el precio pactado, ni hacerse cargo de los costes que pudieran reclamar las compañías en virtud del artículo 1.106 del CC, precepto que faculta a exigir indemnizaciones por los daños y perjuicios causados a consecuencia del incumplimiento de lo acordado e incluso la pérdida de la ganancia que se haya dejado de obtener. Mencionar a mayor abundamiento que incluso los seguros médicos, que cubren ante una eventual enfermedad, presentan como excepciones la pandemia y la epidemia por tratarse de un riesgo imprevisible, circunstancia que dificultaría el cálculo de la prima. Además de

epidemias y pandemias, las aseguradoras también presentan otras excepciones para las pólizas de seguros de salud como son los hechos de guerra, los daños ocasionados por radiación nuclear, contaminación radioactiva, terremotos e inundaciones. Así como las toxicomanías, el alcoholismo crónico, los intentos de suicidio, autolesiones y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida VIH. Obviamente si un seguro médico no cubre una situación de enfermedad derivada de una epidemia/pandemia si no se ha pactado expresamente, con menos justificación ha de asumir un Ayuntamiento la cancelación de un evento por una circunstancia derivada de una emergencia sanitaria que le es totalmente ajena y le viene impuesta.

TERCERO.- Conforme a lo anterior y al margen de las prohibiciones contenidas en el propio RD 463/2020 que impiden la celebración de este tipo de actos durante la situación del estado de alarma, hemos de atender a qué sucede con los mismos incluso cuando cese su vigencia, pues el artículo 261 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), entre las prerrogativas que otorga a los órganos de contratación, establece la de *“Modificar unilateralmente los contratos por razones de interés público debidamente justificadas, de acuerdo con lo previsto en esta Ley”*. Ya con carácter específico, el artículo 205.2 b) de la propia LCSP, entre los supuestos habilitantes para modificar los contratos cuando tal previsión no esté contemplada en los pliegos, incluye el siguiente:

“b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras

modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido "

Mayor imprevisión para una Administración inteligente que la situación excepcional ante la que nos encontramos no puede haber y, por tanto, en este específico supuesto el órgano de contratación, el Alcalde, al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.1.m) de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, con ratificación posterior por el Pleno si éste último fuese el órgano de contratación, deberá acordar la modificación (retrasándola) de la fecha de celebración hasta que las circunstancias de contagio del COVID-19 lo permitan, y así, sea específicamente declarado y autorizado por el Gobierno de la Nación.

Ahora bien, si bien es cierto que conforme a lo establecido en la propia LCSP este tipo de contrato tiene el carácter de privado (ex artículo 25.1 a) 1º)) y que conforme a lo determinado en el artículo 26.2 de la LCSP, su modificación, salvo que estén sujetos a regulación armonizada, se regirán por las normas de derecho privado, no es menos cierto que tal determinación no supone un obstáculo para la modificación respecto a la fecha de celebración del contrato, ya que es un principio general del derecho el llamado *rebus sic stantibus*. Recordemos que por aplicación del principio "*pacta sunt servanda*", consagrado en nuestro Código Civil en su artículo 1258, '**Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.**'. No obstante, el influjo de circunstancias sobrevenidas e imprevistas en la vida del contrato no ha dejado de ser considerado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, además de su aceptación de la doctrina, de la cláusula "*rebus sic stantibus*". Se ha considerado ejercitable la facultad de resolución, o la posibilidad de modificación del contrato cuando exista un hecho que de modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento o modifica el resultado de su ejecución (Sentencia de 22 de octubre de 1985) o cuando la prestación pactada no responde a la finalidad para cuya consecución se concertó el contrato, frustrándose la misma.

En definitiva, consideramos que podrían buscarse fórmulas

alternativas que conciliasen los intereses de ambas partes como por ejemplo suspender el contrato y la consiguiente actuación hasta el momento en que las circunstancias sanitarias se modifiquen/desaparezcan y posibiliten su celebración de tal suerte que ambas partes puedan ver satisfechas sus prestaciones.

III. CONCLUSIÓN

Es nuestro parecer que, dado que la imposibilidad de cumplir con lo pactado contractualmente por artistas y/o empresas y las distintas Corporaciones locales para la celebración de actuaciones, obras de teatro o similar, deriva de una causa de fuerza mayor, con motivo de la declaración de alarma provocada por una emergencia sanitaria de gran envergadura, y que afecta por igual a todos los intervinientes en el contrato, las partes quedan exoneradas de cumplir las obligaciones a las que se obligaron, esto es, el ayuntamiento a abonar el precio pactado y la empresa y/o artista a realizar la actuación.

Todo ello sin perjuicio de que pudiera acordarse posponer la ejecución de lo pactado al momento en que, por la alteración de las circunstancias, ello resulte posible.

Marzo 2020.

ANEXO

Debido a que las medidas adoptadas por el Real Decreto 463/2020 DE 14 de marzo impedían la celebración de las actuaciones culturales, artísticas y de espectáculo contratadas por las Entidades Locales durante el estado de alarma declarado debido a la crisis sanitaria por el COVID 19 es por lo que se han tenido que declarar bien la modificación, bien la suspensión o bien la resolución de los contratos de interpretación artística y de espectáculo.

Y sabiendo de la necesidad de protección del tejido empresarial, asociativo y artístico para el retorno a la actividad cultural habitual; es por lo que se aprueba el Real Decreto Ley 17/2020.

El Real Decreto Ley 17/2020 de 5 de mayo permite en su artículo 4 bien una indemnización bien un anticipo en los Contratos de interpretación artística y espectáculo en los siguientes términos:

"1. Cuando, como consecuencia del COVID-19 o de las medidas sanitarias o de contención adoptadas al respecto, se acuerde la modificación o suspensión, para ser ejecutados en una fecha posterior, de contratos de interpretación artística y de espectáculos de cuantía no superior a 50.000 euros, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, el órgano de contratación podrá acordar que se abone al contratista hasta un 30 por ciento del precio del contrato, como anticipo a cuenta de dicho precio.

El pago del anticipo a cuenta no estará supeditado a la prestación de garantía por parte del contratista.

2. Cuando, como consecuencia del COVID-19, o de las medidas sanitarias o de contención adoptadas al respecto, tenga lugar la resolución de contratos de interpretación artística y de espectáculos de cuantía no superior a 50.000 euros, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por la causa prevista en la letra g) del apartado 1 del artículo 210 de la misma, el órgano de contratación podrá acordar una indemnización a favor del contratista que no podrá ser inferior al 3, ni superior al 6 por ciento del precio del contrato.

En estos supuestos, no será de aplicación lo previsto en el artículo 213.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre."

Es decir, si debido al COVID 19 la Entidad Local ha decidido la modificación o suspensión de un contrato de interpretación artística y de espectáculo de cuantía inferior a 50.000 euros, el órgano de contratación podrá acordar el abono al contratista de hasta un 30% del precio del contrato siendo este considerado como anticipo.

Mientras que, si debido al COVID 19 la Entidad Local decidió la resolución de un contrato de interpretación artística y de espectáculo de cuantía inferior a 50.000 euros, el órgano de contratación podrá acordar una indemnización entre el 3 y el 6 % del precio del contrato.

Mayo 2020.

Marzo 2020