



ASUNTO: /

Incumplimiento contractual.

227/11

F

INFORME

I. HECHOS. ANTECEDENTES

Con fecha 18 de marzo de 2011 el Ayuntamiento firma contrato con empresa privada para la actuación de tres orquestas durante las Ferias y Fiestas de 2011.

En una de las cláusulas de dicho contrato se establecía la posibilidad de su rescisión de mutuo acuerdo como consecuencia de un posible cambio de equipo de gobierno resultante de las elecciones de mayo de 2011. A tales efectos nuevo equipo de gobierno se mantuvo reunión con el organizador, llegándose a un acuerdo "verbal" de resolución del contrato.

Cada uno de los días de las Ferias y Fiestas se personó en el municipio quien decía pertenecer en cada caso a las respectivas orquestas. En los tres supuestos por la policía local se instó a su identificación y a la exhibición de documentos que acreditaran tanto la contratación como el



alta en Seguridad Social por el organizador para esos días en el municipio de XXXXXXX.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público
- Código Civil

III. FONDO DEL ASUNTO

No nos planteamos la validez o trascendencia jurídica de la resolución verbal del contrato dada la imposibilidad jurídica de la misma en el ámbito de la Administración pública, salvo los supuestos concretos en que pudiera derivarse un enriquecimiento injusto para la Administración, en cuyo caso retirada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a prohibir.

En todo caso, de los hechos relatados parece derivarse una actitud de la mala fe del organizador por cuanto en los días inicialmente convenidos "destacó" a supuestos integrantes de las orquestas inicialmente contratadas pero no a las orquestas.

1.Tipo de Contrato.-El artículo 19.1 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP) establece que *"los (contratos) que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo."* A continuación, en su artículo 20 considera a estos tipos de contratos como *"privados"*, disponiendo en su párrafo segundo lo siguiente: *"Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo,*



aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado." Por consiguiente, y conforme al anterior precepto citado, el cumplimiento o incumplimiento de estos contratos no puede analizarse a la luz de la LCSP, sino conforme a las normas de derecho privado.

Sin embargo, por los datos aportados como antecedentes, el Ayuntamiento no ha contratado directamente con las orquestas, sino que a lo ha hecho a través de un organizador de espectáculos, "EMPRESA XXXX SL", con el que con fecha 18 de marzo de 2011 suscribió un mal denominado contrato privado y que no obstante la literalidad errónea del mismo, puesto que en diversas cláusulas se ha mención al "artista" como parte contratante, lo cierto es que "EMPRESA XXXX SL" proporcionaría al Ayuntamiento la actuación de, según el texto del contrato, "ARTISTA:VARIAS 2011", y que se concretaban, según manifestaciones realizadas por el Ayuntamiento, en tres orquestas: XXXXX, YYYYY, ZZZZZ.

En su consecuencia nos encontramos ante un contrato administrativo de servicios según el concepto del mismo contenido en el artículo 10 de la LCSP:

"Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II."

Estando por tanto en presencia de un contrato administrativo de servicios, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19.2 de la LCSP, se regirá "en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y



sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. " Por consiguiente, respecto a su cumplimiento o incumplimiento se estará a lo que determine la propia LCSP.

2. Comprobación de datos .-Con arreglo a lo determinado en el artículo 3 de la Ley 42/1997, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, corresponde a ésta la *vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias en materia de Seguridad Social*, la cual se extiende al campo de aplicación, inscripción, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización, etc. Así mismo, el artículo 9.1 de la citada Ley 42/1997 establece que "**Las Administraciones públicas y cuantas personas ejerzan funciones públicas vienen obligadas a prestar colaboración a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuando les sea solicitada como necesaria para el ejercicio de la función inspectora y a facilitarle la información de que dispongan.**"

En ejercicio de las arriba mencionadas competencias y por el deber de colaboración a que hace mención el citado artículo 9.1, la Inspección provincial de Trabajo y Seguridad Social, ha remitido a los Ayuntamientos de la provincia escrito de requerimiento de colaboración en el que, entre otras cosas se les indica:

"En el caso de que el Ayuntamiento hubiera concertado con un organizador de espectáculos públicos todos o algunos de ellos eventos incluidos en el programa de fiestas, sin perjuicio de las responsabilidades de este organizador en materia de Seguridad Social, el Ayuntamiento deberá comprobar, con carácter previo a la prestación de servicios, el cumplimiento por parte de dicho organizador de las obligaciones anteriores"



Estas obligaciones anteriores a las que se refiere el mencionado oficio de la Inspección son las siguientes:

- *Inscripción como empresario, con código de cuenta de cotización (del organizador).*
- *Formalización de contrato entre organizador y trabajadores individuales (miembros de ella orquesta), en el que deberá constar tanto su completa identificación como la retribución percibida (individualmente o por grupo).*
- *Comunicación del alta previa de dichos trabajadores a la Seguridad Social y posterior cotización por los mismos de acuerdo con la normativa específica existente en la materia.*

En cumplimiento de este deber de colaboración con la Inspección de Trabajo, el Ayuntamiento, a través de la policía local vino exigiendo los respectivos días señalados para las actuaciones, a quienes decían ser miembros de cada una de las orquestas, la documentación a que se hace mención en el Oficio de la Inspección de trabajo, con resultado negativo en cada uno de los tres casos.

3. Incumplimiento del contrato.-De los datos expuestos en el punto anterior se infiere un incumplimiento contractual por parte del organizador. Pero es más, dado el objeto del contratado, actuación musical durante las fiestas de la localidad de 2011 (18, 19 y 20 de agosto), tal incumplimiento imposibilita un cumplimiento en momento distinto y posterior a las indicadas fechas.

Si bien no existe una causa específica de resolución en el artículo 206 de la LCSP como la que aquí se contempla, lo cierto es que no hay mayor causa



de resolución que el incumplimiento total del contrato. A tales efectos conviene recordar lo que el artículo 1124 del Código Civil (CC) establece:

“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.”

Por otro lado, aún, como hemos dicho, no contemplarse esta causa específica de resolución, incumplimiento total del contrato, podemos inferirla de dos preceptos de la misma:

Artículo 205.1: **“El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación.”**

Artículo 208.3 :**“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.”**



4. Contrato menor.-El contrato suscrito entre el Ayuntamiento y el organizados tiene un precio de 16.880 € y un IVA de 3.038,40 € (18%). En su consecuencia, y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 122.3 de la LCSP, tiene la consideración de contrato menor al ser inferior a los 18.000 € que el citado artículo determina como límite para la utilización de este procedimiento de adjudicación. Así parece haberse configurado por el propio Ayuntamiento al no haberse tramitado un procedimiento de licitación pública, ya que el citado artículo 122 de la LCSP determina que *“Los contratos menores **podrán adjudicarse directamente** a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 95.”*

Como tal contrato menor le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 95.1 de la LCSP *“En los contratos menores definidos en el artículo 122.3, **la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente**, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.”*

Ahora bien, como ha quedado de manifiesto, el organizador no ha cumplido el contrato ni existe posibilidad material de cumplimiento. Consecuentemente con ello no es posible que el mismo emita factura ni por el Ayuntamiento podrá realizarse ni este trámite de incorporación de la misma al expediente, ni, obviamente, su conformación y pago. Ya que como ha reiterado la Junta Consultiva de Contaminación Administrativa en alguno de sus Informes, la conformidad de la factura por la Administración equivale al acto formal de recepción exigido por el artículo 205 de la LCSP: *“En todo caso, su constatación (del cumplimiento del contratista) exigirá por*



parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad"

Resumen de todo lo anterior es que nos encontramos ante un contrato menor de servicios, el cual ha sido incumplido por el organizador y que tal incumplimiento imposibilita el pago convenido.

Por tanto, lo adecuado y conveniente es estar a la espera de una posible presentación de factura por el organizador; que de producirse deberá ser rechazada "por incumplimiento de contrato".

En todo caso, ante una hipotética reclamación de pago por vía judicial, será determinante la acreditación por el organizador, no sólo del cumplimiento del contrato, cosa que ya hemos dicho que no se produjo ni puede producirse, sino de su intención de cumplirlo. Cuestión ésta que deberá acreditarse, entre otros, mediante la aportación de los documentos a los que hemos hecho mención en número 3 de nuestro informe.

Este es el informe de la Oficialía Mayor-Departamento de Asesoramiento y Asistencia Jurídica a las EE.LL- en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para el Ayuntamiento de **XXXXX**, que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

En Badajoz, a 5 de septiembre de 2011
