

Informe 4/2016, de 25 de febrero, sobre la calificación jurídica de un contrato que tiene por objeto la celebración de un festejo taurino.

I – ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Alcalá del Río (Sevilla) solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“Con motivo de la celebración del día de Andalucía, el próximo 28 de febrero, este Ayuntamiento quiere contratar la organización de un festejo taurino en la plaza de toros del municipio por un importe que oscila los 18.000 euros. Dicho festejo consiste en la celebración de una corrida de toros sin picadores, encargándose el adjudicatario de la contratación de las reses, personal sanitario, toreros, etc.

La duda que surge es la calificación jurídica que ha de darse a este tipo de contratos, pues hay Ayuntamientos que lo tramitan como contrato administrativo de gestión de servicios públicos y otros como contratos administrativos de servicios.

Otra que surge es la posibilidad de arrendar, conforme marca la Ley de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, la plaza de toros municipal, la cual aparece en el Inventario municipal como Bien Inmueble de naturaleza patrimonial.

Ante las distintas opciones existentes solicito informe en el que nos aclare la naturaleza jurídica de este tipo de contratos celebrados por las Entidades Locales, y el procedimiento a seguir”.

II – INFORME

El Ayuntamiento de Alcalá del Río (Sevilla) solicita informe sobre la naturaleza jurídica de un contrato cuyo objeto es la organización de un festejo taurino, en concreto una corrida de toros, siendo el adjudicatario el encargado de la contratación de reses, personal sanitario, toreros, etc. con motivo de la celebración del día de Andalucía. Se plantea la duda de si el contrato en cuestión puede ser calificado como de servicios o como de gestión de servicios públicos.

Pues bien, respecto a la calificación del contrato como de servicios o de gestión de servicios públicos, resulta necesario comprobar si concurren los requisitos para ser calificado de un tipo de contrato o de otro.

De acuerdo con el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), 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”.*



El contrato de gestión de servicios públicos se define en el artículo 8 del TRLCSP como *“aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante”*. Asimismo, el artículo 275.1 del TRLCSP dispone que *“la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”*.

Además, el artículo 132 del TRLCSP dispone que *“antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio”*.

Con respecto a la diferenciación entre el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de servicios, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en varios informes. Así, en el Informe 04/2008, de 28 de julio, señalaba que:

“Los artículos 251 y 255 de la Ley de Contratos del Sector Público aportan nuevos elementos que sirven para determinar qué servicios de los prestados por las Administraciones Públicas son susceptibles de gestionarse indirectamente. A tal respecto será preciso:

- 1º) Que se trate de servicios susceptibles de ser explotados por los particulares.*
- 2º) Que no implique ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.*
- 3º) Que el contratista que lo explote tenga encomendada la organización y prestación del servicio conjuntamente.*

Pues bien, cuando concurren estos tres requisitos junto con la creación de una relación jurídica de carácter contractual de la que nace el derecho del particular a la explotación del servicio en sustitución de la entidad titular del mismo, y en la que dicha gestión se realiza a riesgo y ventura del contratista, nos encontramos ante la figura de una concesión de servicios públicos.

Por el contrario, en aquellos casos en que se encomiende al contratista el desempeño de las actividades precisas para la prestación del servicio sin asumir la organización ni el riesgo derivado de ello, estaremos ante un contrato de servicios, meramente”.

Y en el Informe 12/2010, de 23 de julio, indicaba que:

“Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en el asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a la tantas veces mencionada Directiva a definirla como “un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad



de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio” (art.1.4).

Esta definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia:

- a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.*
- b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.*
- c) La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues, esta última requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa (...).*

De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.

De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios.

En tales casos, la configuración que deba atribuirse podrá ser la propia de un contrato de servicios cuando el objeto del mismo sean “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” (art.10 LCSP), de las incluidas en alguno de los epígrafes que contiene el Anexo II de la misma.

Cuando no sea así, es decir cuando la prestación no pueda incluirse dentro de ninguna de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley, el contrato, si reúne los requisitos del artículo 19.1 b) lo que ocurrirá normalmente si se trata de la asunción de la gestión de una actividad considerada como



propia de la competencia de la Administración contratante, deberá ser calificado como contrato administrativo especial”.

Teniendo en cuenta lo anterior y con los datos que se citan en la consulta, en primer lugar habría que analizar si la actividad en cuestión puede ser calificada de servicio público. El objeto de la contratación es la celebración de un festejo taurino con motivo de un día festivo, pudiendo incluirse dentro de las competencias propias que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local atribuye a los municipios, en concreto, el artículo 25.2 m) *“promoción de la cultura y equipamientos culturales”*, y la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, en particular, el artículo 9.17 *“planificación y gestión de actividades culturales y promoción de la cultura”*.

No obstante, a pesar de que la actividad de festejos taurinos puede incluirse dentro de las competencias municipales, para considerar que se trata de un contrato de gestión de servicios públicos, debe haberse establecido en una norma un régimen jurídico que declare expresamente que tal actividad es tipificada como de servicio público, y no parece que se haya producido.

Por otra parte, el Ayuntamiento no contrata directamente el personal que realizará la actividad sino que es el propio adjudicatario el encargado de contratar las reses, personal sanitario, etc.. En este caso, se trata de una actividad susceptible de explotación por particulares, en la que el adjudicatario presta el servicio en sustitución del Ayuntamiento en cuanto que aquél organiza el festejo pero en la consulta no existen datos concretos sobre si el adjudicatario asumirá con carácter exclusivo el riesgo derivado de la gestión de la actividad, requisito indispensable para que el contrato también sea calificado de gestión de servicios públicos.

Con respecto a este último requisito ponía de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 9/2015, de 15 de diciembre, calificación de contrato de festejos taurinos (Ayuntamiento de Moraleja), que *“en este sentido, hay que señalar que el elemento del riesgo en el concesionario es el elemento fundamental para configurar el concepto de concesión administrativa (...). Para ello, se ha venido distinguiendo entre el contrato público como tal y las concesiones, o, en el caso de que tengan por objeto la gestión y explotación de un servicio público, el contrato de gestión de servicio público. El contrato público como tal se caracteriza por la asunción por parte del concesionario de los riesgos y responsabilidades que tradicionalmente recaen o son competencia de los poderes y entidades adjudicadoras, señalando que la característica fundamental de la concesión es la transferencia al contratista de la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo operacional de carácter económico de la concesión, circunstancia no contemplada o, al menos, no con esa intensidad, en los denominados contratos públicos. El rasgo esencial que caracteriza a la concesión no es solo el objeto del contrato, la explotación del servicio, nota que también posee el contrato de servicios, sino la transferencia económica en la prestación del servicio al concesionario que en el contrato de servicios no existe. Esta transferencia del riesgo viene a ser lo que en nuestro sistema interno conocemos como principio de “riesgo y ventura” del contratista en la ejecución del contrato administrativo, y que la Directiva conceptúa como “riesgo operacional de carácter económico”*”.

En consecuencia, la contratación de esta actividad de organización de un festejo taurino, no puede calificarse como de gestión de servicios públicos puesto que, aunque se trata de una actividad de competencia municipal, susceptible de explotación, siendo el adjudicatario el encargado de



organizar la misma, no se ha establecido en ninguna norma un régimen jurídico que califique como tal servicio público los festejos taurinos, ni consta, en este caso, que se transmita el riesgo de la gestión al adjudicatario. Así, el contrato podrá ser calificado como de servicios de conformidad con el artículo 10 del TRLCSP.

En cuanto al procedimiento de contratación, resultará de aplicación lo dispuesto en el Libro III del TRLCSP.

III – CONCLUSIÓN

El contrato que tiene por objeto la organización de un festejo taurino con motivo del día de Andalucía podrá ser calificado como contrato de servicios de conformidad con el artículo 10 del TRLCSP.

Es todo cuanto se ha de informar.

