



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, de 28 de novembre de 2008

Informe 2/08, de 28 de novembre de 2008. Qualificació d'un contracte per a la gestió d'un teatre municipal

Antecedents

1. El batle de l'Ajuntament de Lloseta ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

“És voluntat d'aquesta Batlia —seguint el procediment d'adjudicació que legalment correspongui— contractar la gestió integral de les instal·lacions del Teatre municipal de Lloseta (bé de domini públic, de servei públic cultural).

Cal assenyalar que la voluntat de l'equip de govern és que un tercer adjudicatari — explotador del teatre municipal— assumeixi les despeses de personal, neteja, conservació i manteniment de les instal·lacions, electricitat, aigua, telèfon, etc.; executi la programació anual establerta en els plec de condicions: activitats de representació teatral i concerts musicals.

Actualment, el teatre municipal grosso modo es gestiona així: a) L'Ajuntament disposa d'un director del teatre que organitza i programa les activitats teatrals; els preus de les entrades es fixen segons la representació contractada; b) Una empresa privada gestiona les activitats musicals, organitza (posant personal i altres mitjans) i programa les activitats musicals; dita empresa fixa un preu de l'entrada segons el concret espectacle musical ofert, percep el 90% de la taquilla (el 10% correspon a l'Ajuntament); endemés, aquesta empresa és retribuïda per l'Ajuntament amb la suma anual de 60.000,00 euros.

Hem analitzat les diferents possibilitats, i sorgeixen dificultats legals per incardinar dit contracte en aquelles figures típiques de contractació:

1. *Contracte de gestió de serveis públics. La dificultat d'aplicació d'aquesta figura sorgeix perquè l'adjudicatari ha de percebre uns preus privats (el preu de les entrades als espectacles teatrals o musicals són preus privats i no tarifes pròpies d'un servei*



públic, que segons la nova LGT de 2003 serien taxes); endemés, en aquest cas, les tarifes o preus privats, són de difícil predeterminació —a priori— en el “projecte d’exploració del servei”; doncs, la tarifa o preu privat està en funció de l’actuació que en concret s’efectui (no és el mateix organitzar un espectacle de la Fura dels Baus o dels Rolling Stones, per exemple, que una representació d’un grup de teatre o musical aficionat; la diferència de preu, evidentment, seria molt important).

2. Contracte d’arrendament. Sembla que aquesta figura ha estat considerada derogada per la Junta Consultiva de Contractació; això no obstant, part de la doctrina —Vide, La gestión de los servicios públicos locales— de Fco. Sosa Wagner, edició de 2008, adaptada a la LCSP de 2007, considera que està vigent a l’Administració Local; així mateix, la Llei municipal de les Illes Balears de 2006 manté la figura de l’arrendament.

3. Contracte de serveis especials. L’annex II de la LCSP de 2007, estableix com a categoria 26 el contracte de “servicios de esparcimiento, culturales y recreativos”; però aquest és un tipus de contracte en el qual l’adjudicatari presta un servei a l’administració, que s’aparta del contracte de serveis especials —per exemple de menjadors escolars— que si bé es presta un servei als usuaris, l’adjudicatari ha de pagar un cànon a l’Administració contractant, però la conservació i manteniment de les instal·lacions del menjador (sigui IES o una escola de primària) és a càrrec de la Conselleria d’Educació o de l’Administració municipal.

En definitiva, la consulta que formulem a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB, és ¿quina és la figura contractual aplicable al teatre municipal de Lloseta, en els termes i condicions abans expressats?”

2. El batle de l’Ajuntament de Lloseta està legitimat per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de conformitat amb la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

A l’escrit no s’adjunta l’informe jurídic preceptiu que s’exigeix en l’article 16.3 del Reglament d’organització i funcionament d’aquesta Junta Consultiva, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d’octubre de 1997, ni cap altre document que permeti l’anàlisi i estudi del cas concret. Per tant, no es reuneixen els requisits previs d’admissió per poder emetre l’informe sol·licitat.

No obstant això, cal fer algunes consideracions sobre les qüestions plantejades a causa del seu possible interès general per a supòsits similars que puguin presentar-se.



Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja la qüestió relativa a quin seria el tipus de contracte adequat per dur a terme la gestió del Teatre Municipal de Lloseta, bé de domini públic, de servei públic cultural, en les condicions que s'expressen en l'escrit de consulta.

Amb caràcter previ, cal assenyalar que la qualificació dels contractes als efectes de la legislació de contractes del sector públic és una qüestió complexa que no es pot resoldre amb la simple denominació del contracte, sinó que requereix un examen complet i detallat del seu objecte i del contingut de les obligacions de les parts.

2. L'article 8.1 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP) defineix el contracte de gestió de serveis públics en els termes següents:

El contracte de gestió de serveis públics és aquell en virtut del qual una Administració pública encomana a una persona, natural o jurídica, la gestió d'un servei la prestació del qual ha estat assumida com a pròpia de la seva competència per l'Administració que l'encomana.

La regulació d'aquest tipus de contracte es troba en els articles 116 i 117 pel que fa a les actuacions preparatòries, i en els articles 251 a 265 de la Llei esmentada.

D'acord amb els articles 251 i 255, per determinar quins serveis de les administracions públiques es poden gestionar indirectament, és necessari:

- Que el servei sigui susceptible d'explotació per particulars.
- Que no impliqui exercici d'autoritat inherent als poders públics.
- Que el contractista que l'exploti tingui encarregada l'organització i la prestació dels serveis conjuntament.

Les modalitats que pot adoptar la gestió dels serveis públics són les que enumera l'article 253: la concessió, la gestió interessada, el concert i la societat d'economia mixta.

D'altra banda, l'article 116 de la LCSP disposa el següent:

Abans de procedir a la contractació d'un servei públic, se n'ha d'haver establert el règim



jurídic, que declari expressament que l'activitat de què es tracta queda assumida per l'Administració respectiva com a pròpia seva, atribueixi les competències administratives, determini l'abast de les prestacions a favor dels administrats i reguli els aspectes de caràcter jurídic, econòmic i administratiu relatius a la prestació del servei.

En conseqüència, si no es compleix aquest requisit no es pot utilitzar aquesta modalitat contractual.

Per considerar si el contracte per a la gestió d'un teatre municipal pot ser qualificat com a contracte de gestió de serveis públics s'ha de determinar si la prestació a què fa referència és un servei públic. Aquest concepte, en l'accepció més àmplia, abraça qualsevol activitat que l'Administració desenvolupi per satisfer l'interès general atribuït a l'esfera específica de les seves competències. En aquest sentit s'ha expressat la sentència del Tribunal Suprem de 5 de març de 2007 i la sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia de 29 de juliol de 2004, entre d'altres. La primera es pronuncia en els termes següents: "Con carácter general, una actividad constituye servicio público, en sentido amplio, cuando se trata de la satisfacción de necesidades generales mediante una actividad prestacional que pertenece a la esfera de la competencia de la Administración otorgante. Y son, desde luego, servicios públicos, por antonomasia, los recogidos en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (...)."

Així doncs, l'existència d'un servei públic requereix que la titularitat del servei correspongui per llei a una administració, i que es tracti d'una prestació destinada a satisfer les necessitats dels administrats.

En l'àmbit municipal, els serveis públics per excel·lència són els que recull la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (en endavant, LBRL). L'article 85.1 disposa que són serveis públics locals els que presten les entitats locals en l'àmbit de les seves competències, i l'article 25.2.m enumera, com a competència del municipi, les activitats o instal·lacions culturals, i l'ocupació del temps lliure.

D'acord amb el text de la consulta, la dificultat per qualificar el contracte per a la gestió d'un teatre municipal com a contracte de gestió de serveis públics resideix en la dificultat de fixar *a priori* els preus de les entrades als espectacles teatrals i concerts musicals i, per tant, de fer un projecte d'explotació del servei, si bé aquest obstacle es podria salvar fixant un preu o un rang de preus en funció del cost de l'artista contractat.



La LCSP només dedica un article al règim econòmic del contracte de gestió de serveis públics, el 257, d'acord amb el qual:

El contractista té dret a les contraprestacions econòmiques previstes en el contracte, entre les quals s'ha d'incloure, per fer efectiu el seu dret a l'explotació del servei, una retribució fixada en funció de la seva utilització que es percep directament dels usuaris o de la mateixa Administració.

El fet que l'Ajuntament trobi dificultats per elaborar un projecte d'explotació del servei no impedeix la qualificació del contracte com a gestió de serveis públics.

3. La segona figura contractual a què es fa menció en la consulta és l'arrendament, i es fa com a figura diferenciada del contracte de gestió de serveis públics analitzat en el paràgraf anterior, si bé del text de la consulta es dedueix que es fa referència a l'arrendament com a forma de gestió indirecta de serveis públics.

En relació amb aquesta qüestió, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Economia i Hisenda, en l'Informe 24/05, de 29 de juny de 2005, considerarà que l'arrendament com a forma de gestió de serveis públics locals s'ha d'entendre derogat, atès que n'havia desaparegut la menció en la Llei de contractes de les administracions públiques i en la LBRL.

La disposició final primera de la LCSP ha modificat l'apartat 2 de l'article 85 de la LBRL, que ha quedat redactat així:

2. Els serveis públics de la competència local es poden gestionar mitjançant alguna de les formes següents:

A. Gestió directa:

a) Gestió per la mateixa entitat local.

b) Organisme autònom local.

c) Entitat pública empresarial local.

d) Societat mercantil local, el capital social de la qual sigui de titularitat pública.

B. Gestió indirecta, mitjançant les diferents formes previstes per al contracte de gestió de serveis públics a la Llei de contractes del sector públic.

La LCSP deroga també l'apartat 2 de l'article 95 del Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local. Aquest article fa referència als serveis públics locals i l'apartat 2, ara derogat, establia que només es podien arrendar els serveis la instal·lació dels quals hagués fet directament la Corporació o que fossin de la seva propietat.

No obstant això, la LCSP no ha derogat expressament els articles 138 a 142 del



Reglament de serveis de les corporacions locals, aprovat pel Decret de 17 de juny de 1955, que regulen la figura de l'arrendament en l'àmbit local. Aquesta figura, d'altra banda, es recull en l'article 170 de la Llei 20/2006, de 15 de desembre, municipal i de règim local de les Illes Balears.

4. Quant a la tercera figura contractual que apareix en la consulta, el contracte de serveis especials, s'ha de dir que sembla que es confonen dues figures: per una banda el contracte de serveis, i per una altra, el contracte administratiu especial.

L'article 10 de la LCSP defineix el contracte de serveis en els termes següents:

Són contractes de serveis els que tenen per objecte prestacions de fer consistents en el desenvolupament d'una activitat o dirigides a obtenir un resultat diferent d'una obra o un subministrament. Als efectes de l'aplicació d'aquesta Llei, els contractes de serveis es divideixen en les categories enumerades a l'annex II.

Per altra banda, el contractes administratius especials es defineixen en l'article 19.1.b de la LCSP en els termes següents:

Els contractes d'objecte diferent dels anteriorment expressats [d'obra, concessió d'obra pública, gestió de serveis públics, subministrament, serveis, i de col·laboració entre el sector públic i el sector privat], però que tinguin naturalesa administrativa especial perquè estan vinculats al gir o tràfic específic de l'Administració contractant o perquè satisfan de forma directa o immediata una finalitat pública de l'específica competència d'aquella, sempre que no tinguin expressament atribuït el caràcter de contractes privats conforme al paràgraf segon de l'article 20.1, o perquè ho declari una llei.

Per tant, aquesta figura només es pot utilitzar quan la prestació objecte del contracte no es pot incardinar en les definicions dels contractes administratius típics.

L'informe 3/2000 d'aquesta Junta Consultiva ja es va pronunciar sobre aquesta categoria de contractes i va manifestar que *en línia amb aquesta tesi, el Tribunal Suprem, en sentències de 21 de desembre de 1993 i de 17 de juliol de 1995, diu que el criteri delimitatiu dels contractes administratius dels privats és la condició administrativa respecte dels contractes distints dels típics (obres, subministraments, serveis, gestió de serveis públics i consultoria i assistència) per la seva vinculació al desenvolupament d'un servei públic, expressió legal aquesta darrera unànimement interpretada per la més autoritzada doctrina en l'ampli sentit del gir o tràfic específic de l'òrgan administratiu que formalitzi el contracte o de l'activitat concreta que aquest òrgan desenvolupi a l'àmbit de la seva competència funcional (...).*



La delimitació de totes aquestes figures contractuals ha estat tractada àmpliament, entre molts d'altres, en els informes 27/02, de 23 d'octubre, 27/07, de 29 d'octubre, 57/07, de 24 de gener de 2008 i 4/08, de 28 de juliol, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Economia i Hisenda, i en l'Informe 1/05, de 5 de maig, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Catalunya.

Conclusions

Malgrat que la informació aportada pel sol·licitant d'aquesta consulta no és suficient per poder qualificar el contracte per a la gestió d'un teatre municipal, cal dir que el contracte es podria qualificar com a contracte de gestió de serveis públics o com a contracte administratiu especial en funció que l'objecte i les característiques de les obligacions de les parts permetin incardinar-lo en la figura del contracte de gestió de serveis públics o no, tenint en compte que, si no és possible, el contracte es podria qualificar com a contracte administratiu especial, atès que el seu objecte satisfà una finalitat pública de competència municipal.