



## **Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 28 de noviembre de 2008**

### **Informe 2/08, de 28 de noviembre de 2008. Calificación de un contrato para la gestión de un teatro municipal**

#### **Antecedentes**

1. El alcalde del Ayuntamiento de Lloseta ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

*“Es voluntad de este Ayuntamiento —siguiendo el procedimiento de adjudicación que corresponda legalmente — contratar la gestión integral de las instalaciones del Teatro municipal de Lloseta (bien de dominio público, de servicio público cultural).*

*Hay que señalar que la voluntad del equipo de gobierno es que un tercer adjudicatario —explotador del teatro municipal— asuma los gastos de personal, limpieza, conservación y mantenimiento de las instalaciones, electricidad, agua, teléfono, etc.; ejecute la programación anual establecida en los pliegos de condiciones: actividades de representación teatral y conciertos musicales.*

*Actualmente, el teatro municipal grosso modo se gestiona así: a) EL Ayuntamiento dispone de un director del teatro que organiza y programa las actividades teatrales; los precios de las entradas se fijan según la representación contratada; b) Una empresa privada gestiona las actividades musicales, organiza (poniendo personal y otros medios) y programa las actividades musicales; dicha empresa fija un precio de la entrada según el concreto espectáculo musical ofrecido, percibe el 90% de la taquilla (el 10% corresponde al Ayuntamiento); además, esta empresa es retribuida por el Ayuntamiento con la suma anual de 60.000,00 euros.*

*Hemos analizado las diferentes posibilidades y surgen dificultades legales para incardinar dicho contrato en aquellas figuras típicas de contratación:*

1. *Contrato de gestión de servicios públicos. La dificultad de aplicación de esta figura surge porque el adjudicatario tiene que percibir unos precios privados (el precio de las entradas en los espectáculos teatrales o musicales son precios privados y no tarifas*



*propias de un servicio público, que según la nueva LGT de 2003 serían tasas); además, en este caso, las tarifas o precios privados, son de difícil predeterminación —a priori— en el “proyecto de explotación del servicio”; pues la tarifa o precio privado está en función de la actuación que en concreto se efectúe (no es lo mismo organizar un espectáculo de la Fura dels Baus o de los Rolling Stones, por ejemplo, que una representación de un grupo de teatro o musical aficionado; la diferencia de precio, evidentemente, sería muy importante).*

*2. Contrato de arrendamiento. Parece que esta figura ha sido considerada derogada por la Junta Consultiva de Contratación; sin embargo, parte de la doctrina —Vide, La gestión de los servicios públicos locales— de Fco. Sosa Wagner, edición de 2008, adaptada a la LCSP de 2007, considera que está vigente en la Administración Local; asimismo, la Ley Municipal de las Illes Balears de 2006 mantiene la figura del arrendamiento.*

*3. Contrato de servicios especiales. El anexo II de la LCSP de 2007 establece como categoría 26 el contrato de “servicios de esparcimiento, culturales y recreativos”; pero este es un tipo de contrato en el cual el adjudicatario presta un servicio a la Administración, que se aparta del contrato de servicios especiales —por ejemplo de comedores escolares— en que si bien se presta un servicio a los usuarios, el adjudicatario tiene que pagar un canon a la Administración contratante, pero la conservación y mantenimiento de las instalaciones del comedor (sea IES o una escuela de primaria) es a cargo de la Consejería de Educación o de la Administración municipal.*

*En definitiva, la consulta que formulamos a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB, es ¿cuál es la figura contractual aplicable al teatro municipal de Lloseta, en los términos y condiciones antes expresados?”*

2. El alcalde del Ayuntamiento de Lloseta está legitimado para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación, de conformidad con la disposición adicional segunda del Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, sobre Contratación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

Al escrito no se adjunta el informe jurídico preceptivo que se exige en el artículo 16.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de esta Junta Consultiva, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997, ni ningún otro documento que permita el análisis y estudio del caso concreto. Por tanto, no se reúnen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Sin embargo, es necesario hacer algunas consideraciones sobre las cuestiones



planteadas a causa de su posible interés general para supuestos similares que puedan presentarse .

### **Consideraciones jurídicas**

1. El escrito de consulta plantea la cuestión relativa a cuál sería el tipo de contrato adecuado para llevar a cabo la gestión del Teatro Municipal de Lloseta, bien de dominio público, de servicio público cultural, en las condiciones que se expresan en el escrito de consulta.

Con carácter previo hay que señalar que la calificación de los contratos a los efectos de la legislación de contratos del sector público es una cuestión compleja que no puede resolverse con la simple denominación del contrato, sino que requiere un examen completo y detallado de su objeto y del contenido de las obligaciones de las partes.

2. El artículo 8.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP) define el contrato de gestión de servicios públicos en los términos siguientes:

*El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública 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 encomendante.*

La regulación de este tipo de contrato se encuentra en los artículos 116 y 117 en cuanto a las actuaciones preparatorias, y en los artículos 251 a 265 de la Ley mencionada.

De acuerdo con los artículos 251 y 255, para determinar qué servicios de las administraciones públicas pueden gestionarse indirectamente, es necesario:

- Que el servicio sea susceptible de explotación por particulares.
- Que no implique ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.
- Que el contratista que lo explote tenga encargada la organización y la prestación de los servicios conjuntamente.

Las modalidades que puede adoptar la gestión de los servicios públicos son las que enumera el artículo 253: la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta.

Por otra parte, el artículo 116 de la LCSP dispone lo siguiente:



*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.*

En consecuencia, si no se cumple este requisito no puede utilizarse esta modalidad contractual.

Para considerar si el contrato para la gestión de un teatro municipal puede ser calificado como contrato de gestión de servicios públicos debe determinarse si la prestación a que hace referencia es un servicio público. Este concepto, en la acepción más amplia, abraza cualquier actividad que la Administración desarrolle para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de sus competencias. En este sentido se ha expresado la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007 y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de julio de 2004, entre otras. La primera se pronuncia en los términos siguientes: “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 (...).”

Así pues, la existencia de un servicio público requiere que la titularidad del servicio corresponda por ley a una Administración, y que se trate de una prestación destinada a satisfacer las necesidades de los administrados.

En el ámbito municipal, los servicios públicos por excelencia son los que recoge la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (en lo sucesivo, LBRL). El artículo 85.1 dispone que son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias, y el artículo 25.2.m enumera, como competencia del municipio, las actividades o instalaciones culturales, y la ocupación del tiempo libre.

De acuerdo con el texto de la consulta, la dificultad para calificar el contrato para la gestión de un teatro municipal como contrato de gestión de servicios públicos reside en la dificultad de fijar *a priori* los precios de las entradas a los espectáculos teatrales y conciertos musicales y, por lo tanto, de hacer un proyecto de explotación del servicio, si bien este obstáculo podría salvarse



fijando un precio o un rango de precios en función del coste del artista contratado.

La LCSP sólo dedica un artículo al régimen económico del contrato de gestión de servicios públicos, el 257, de acuerdo con el cual:

*El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.*

El hecho de que el Ayuntamiento encuentre dificultades para elaborar un proyecto de explotación del servicio no impide la calificación del contrato como gestión de servicios públicos.

3. La segunda figura contractual a que se hace mención en la consulta es el arrendamiento, y se hace como figura diferenciada del contrato de gestión de servicios públicos analizado en el párrafo anterior, si bien del texto de la consulta se deduce que se hace referencia al arrendamiento como forma de gestión indirecta de servicios públicos.

En relación con esta cuestión, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, en el Informe 24/05, de 29 de junio de 2005, consideró que el arrendamiento como forma de gestión de servicios públicos locales debe entenderse derogado, dado que había desaparecido la mención en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en la LBRL.

La disposición final primera de la LCSP ha modificado el apartado 2 del artículo 85 de la LBRL, que ha quedado redactado así:

*2. Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:*

*A. Gestión directa:*

*a) Gestión por la propia entidad local.*

*b) Organismo autónomo local.*

*c) Entidad pública empresarial local.*

*d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.*

*B. Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público.*

La LCSP deroga también el apartado 2 del artículo 95 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido



de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local. Este artículo hace referencia a los servicios públicos locales, y el apartado 2, ahora derogado, establecía que sólo podían arrendarse los servicios cuya instalación hubiera realizado directamente la Corporación o que fueran de su propiedad.

Sin embargo, la LCSP no ha derogado expresamente los artículos 138 a 142 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955, que regulan la figura del arrendamiento en el ámbito local. Esta figura, por otra parte, se recoge en el artículo 170 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y de Régimen Local de las Illes Balears.

4. En cuanto a la tercera figura contractual que aparece en la consulta, el contrato de servicios especiales, debe decirse que parece que se confunden dos figuras: por una parte el contrato de servicios, y por otra, el contrato administrativo especial.

El artículo 10 de la LCSP define el contrato de servicios en los términos siguientes:

*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.*

Por otra parte, los contratos administrativos especiales se definen en el artículo 19.1 .b de la LCSP en los términos siguientes:

*Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados [de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, servicios, y de colaboración entre el sector público y el sector privado], pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una ley.*

Por tanto, esta figura sólo puede utilizarse cuando la prestación objeto del contrato no puede incardinarse en las definiciones de los contratos administrativos típicos.

El informe 3/2000 de esta Junta Consultiva ya se pronunció sobre esta categoría de contratos y manifestó que en *línea con esta tesis, el Tribunal Supremo, en sentencias de 21 de diciembre de 1993 y de 17 de Julio de 1995, viene a decir que el criterio*



*delimitador de los contratos administrativos de los privados es la condición administrativa respecto de los contratos distintos de los típicos (obras, suministro, servicios, gestión de servicios públicos y consultoría y asistencia) por su directa vinculación al desarrollo de un servicio público, expresión legal ésta última unánimemente interpretada por la más autorizada doctrina en el amplio sentido del giro o tráfico específico del órgano administrativo que celebre el contrato o de la actividad concreta que dicho órgano desarrolle en el ámbito de su competencia funcional (...).*

La delimitación de todas estas figuras contractuales ha sido tratada ampliamente, entre muchos otros, en los informes 27/02, de 23 de octubre, 27/07, de 29 de octubre, 57/07, de 24 de enero de 2008 y 4/08, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, y en el Informe 1/05, de 5 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña.

## **Conclusiones**

A pesar de que la información aportada por el solicitante de esta consulta no es suficiente para poder calificar el contrato para la gestión de un teatro municipal, cabe decir que el contrato se podría calificar como contrato de gestión de servicios públicos o como contrato administrativo especial en función de que el objeto y las características de las obligaciones de las partes permitan incardinarlo en la figura del contrato de gestión de servicios públicos o no, teniendo en cuenta que, si no es posible, el contrato se podría calificar como contrato administrativo especial, dado que su objeto satisface una finalidad pública de competencia municipal.