



Informe 9/15, de 15 de diciembre de 2015. Calificación de contrato de festejos taurinos (Ayto. de Moraleja)

Clasificación del informe: 2. Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. 2.1.2. Contrato de gestión de servicios públicos. 2.1.5. Contratos de servicios.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Moraleja dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe en los siguientes términos:

“El Ayuntamiento de Moraleja (Cáceres) con motivo de las Fiestas de San Buenaventura, lícita anualmente fa gestión y celebración de espectáculos taurinos que se celebran tanto en las vías públicas de la localidad como en una plaza de toros portátil propiedad del Ayuntamiento y que se instala en el centro del pueblo.

Los festejos que se licitan son tanto festejos mayores (novilladas y rejones) por los que el adjudicatario cobra a los usuarios la correspondiente entrada; como festejos populares gratuitos que se desarrollan en las vías públicas habilitadas para ello.

El municipio de Moraleja destaca por su tradición taurina desde tiempos inmemoriales, pastando en este municipio varias ganaderías de destacado reconocimiento como la de Victorino Martín, existiendo así mismo, multitud de información sobre la celebración por parte de este Ayuntamiento de dichos festejos, los cuales en el año 2014 han sido declarados por el Gobierno de Extremadura como Festejos Taurinos Populares (DOE NO 133 de 11 de julio de 2014).

Por ello y dada esta tradición taurina, el Ayuntamiento considerándolo como un servicio público de destacada importancia para el municipio y economía local ha licitado desde siempre la celebración de estos festejos como Gestión de Servicio Público mediante concesión a riesgo y ventura del licitador, por la cual se abona al adjudicatario un canon (exento de iva según el art.7.9 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido) que se licita a la baja por la celebración de estos festejos. (Se adjunta varios pliegos de años anteriores).

Sin embargo, el último año el adjudicatario ha recibido una comunicación de la Agencia Tributaria que le requiere el abono del iva correspondiente a la adjudicación de los festejos, entendiéndose la Agencia Tributaria que no puede considerarse gestión de servicio público sino que es una prestación de servicio.

Por todo lo cual y ante la próxima licitación de los festejos para el año 2015, les ruego nos informen si el Ayuntamiento puede licitarlos como gestión de servicio público o debe licitarlos como prestación de servicios.”



CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. En la presente solicitud de Informe, el Ayuntamiento de Moraleja (Cáceres) solicita que la Junta Consultiva se pronuncie acerca de cuál es la naturaleza jurídica del contrato que plantea en su escrito, relativo a la celebración de espectáculos taurinos, tanto en las vías públicas de la ciudad, como en una plaza de toros portátil.
2. En relación con su petición de informe, les informamos que a la cuestión que plantean se le pueden aplicar las conclusiones que se contienen en otros Informes anteriores de esta Junta Consultiva, se encuentra ya resuelta por lo dispuesto en Informes anteriores de esta Junta Consultiva, como son los Informes 2/11 o 42/11 y más recientemente, el Informe 52/13, cuyo régimen jurídico y, consecuentemente, conclusiones, se encuentran plenamente vigentes en la actualidad. En este informe se exponen las características y requisitos que ha de tener un contrato de gestión de servicio público para esta calificación, por lo que resulta necesario analizar si en el caso concreto concurren o no. De esta manera, en el presente contrato siempre que se acredite que el contratista asume con carácter exclusivo la asunción del riesgo derivado de la explotación del contrato, estaremos ante un contrato de gestión de servicio público, en su modalidad de concesión.
3. La actividad objeto del contrato es la celebración del festejo taurino, en los términos de la Orden de 9 de julio de 2014, del DOE, que acompaña su petición de consulta, cuyo Fundamento de Derecho Quinto, señala al efecto lo siguiente: “De la documentación presentada, resulta acreditada la celebración continuada de “Los festejos Taurinos Populares de San Buenaventura” de la localidad de Moraleja (Cáceres) desde tiempos inmemoriales puesto que hay constancia documental de la celebración de dichos festejos, en sus inicios, con una configuración y un desarrollo similar al recogido en la reciente Ordenanza Municipal reguladora de “Los Festejos Taurinos Populares de San Buenaventura” de la localidad de Moraleja”, destacando la importancia de estos festejos en el Informe de 19 de febrero de 2014, del Excmo. Alcalde de Moraleja. Todo ello, hace que se pueda incardinar esta actividad en el art. 25, 2, m) de la LRRL, relativa a “actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre y turismo”, por lo que, en principio, ello es un indicio de que nos encontramos ante un contrato de gestión de servicio público y no ante un contrato de servicios.
4. No obstante lo anterior, lo relevante es la forma de gestión y explotación del servicio por parte del contratista. En este sentido, consta en la documentación aportada, -en el Pliego de Condiciones económico-administrativas-, que el abono del precio se hará por el Ayuntamiento al adjudicatario a plazos, de forma fija y predeterminada de antemano, de tal modo que el contratista no se retribuye con las ganancias que pueda obtener del público, sino con el precio que le pague directamente a él la Administración, teniendo en cuenta que es irrelevante en este contrato, que a los Festejos acuda mucho o poco público para que el contratista se retribuya, puesto que siempre va a cobrar el precio que le pague el Ayuntamiento. Ello significa que el contratista no asume el riesgo operacional de la actividad, lo que hace que el contrato no se pueda calificar como gestión de servicio público, en su modalidad de concesión, sino como contrato de servicios.



5. 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. Esta ha sido la postura tradicional de la Junta Consultiva, que se mantiene incluso en los casos en los que el riesgo del concesionario aparece limitado de alguna manera, como es el caso del Informe de esta misma Junta Consultiva, Informe 69/09, de 23 de julio de 2010. 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”. La relación concesionario-concedente es mucho más compleja que cualquier otra relación contractual pública al tratarse generalmente de contratos de larga duración que, por su objeto, requieren mayor flexibilidad en su ejecución. Esta diferencia entre contratos públicos y concesiones parece ser la justificación de que se haya producido un tratamiento normativo diferenciado entre ambas instituciones contractuales. No obstante, el régimen previsto para las concesiones no alcanza la extensión ni el nivel de detalle que la regulación comunitaria de los contratos públicos de obras, servicio y suministros.

En la actualidad, recogiendo toda la doctrina existente sobre el elemento del riesgo en las concesiones, se publica la nueva Directiva comunitaria, Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, cuyo Considerando 18 establece al efecto lo siguiente: *“Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por lo tanto, debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora alivia al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el*



operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios”.

6. Si bien no es un elemento que cualifique el concepto de concesión administrativa, no obstante no podemos concluir este Informe sin hacer una breve referencia a la cuestión relativa a la forma de realizar este contrato en el tiempo. Así, según resulta de la documentación recibida, parece que este contrato se adjudica de forma anual, -en concreto, la consulta indica que: “El Ayuntamiento de Moraleja (Cáceres) con motivo de las fiestas de San Buenaventura, licita anualmente la gestión y celebración de espectáculos taurinos (...)”-, esto es, se adjudica un contrato cada año y no un contrato para varios años. Esta circunstancia, la falta de periodicidad, es un elemento más para que pueda calificarse como contrato de servicios y no de gestión de servicio público. No es óbice para llegar a esta conclusión, el hecho de que los festejos taurinos que constituyen su objeto se celebren con una periodicidad anual, (“desde tiempo inmemorial”, según la Orden de 9 de julio de 2014), sino que la misma se basa en que el contrato que tenga por objeto la gestión y explotación de estos festejos se hace solo para una vez, para un año concreto y no para varios sucesivos. Por todo lo expuesto, consideramos que la calificación del contrato ante el que nos encontramos es la de contrato de servicios.

CONCLUSION:

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que el contrato que tiene por objeto la gestión y celebración de espectáculos taurinos que se celebran tanto en las vías públicas de la localidad como en una plaza de toros portátil propiedad del Ayuntamiento y que se instala en el centro del pueblo, se puede calificar como contrato de servicios.