

Informe 57/07, de 24 de enero de 2008. «Calificación jurídica de un contrato por el que Ayuntamiento cede al contratista el uso de determinadas casetas instaladas en la vía pública, a fin de que éste organice mercadillos temáticos, seleccionando los usuarios que hayan de desarrollar en ellas las actividades de venta especificadas, y promueva las actividades de animación que hayan de tener lugar».

Clasificación de los informes: 2.1.6. Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. Contratos administrativos. Contratos administrativos especiales.

ANTECEDENTES:

Por la Dirección General de Tributos se formula la siguiente consulta:

«Con fecha 11 de octubre de 2007, ha tenido entrada en esta Dirección General un escrito por el que se formula una consulta sobre la calificación de un determinado contrato suscrito con un Ente Público, a efectos de su tributación en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Dado que para poder resolver esta consulta, es necesario delimitar previamente la naturaleza de dicho contrato, con el fin de determinar si se está ante un contrato de gestión de Servicio Público, que adopta la modalidad de concesión Administrativa, o se trata de un contrato administrativo especial, o de cualquier otra fórmula prevista en la legislación reguladora, en virtud de lo previsto en el artículo 10 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, se solicita informe de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Se acompañan fotocopia de la consulta y demás documentación anexa.

AGENCIA TRIBUTARIA MADRID, Organismo Autónomo adscrito al Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid, con NIF P2800065A y domicilio a efectos de notificaciones en la calle del Sacramento número 5 -28071 de Madrid, y en su nombre y representación Doña Rosa Ana Navarro Heras, en calidad de Gerente de dicha entidad:

EXPONE:

El Ayuntamiento quiere celebrar contratos administrativos especiales para la organización y gestión global de Mercadillos Temáticos en vía pública con utilización de casetas municipales, que comprenderá tanto el ejercicio de la actividad de venta en las casetas dispuestas a tal fin, como la realización de actividades de amenización (de carácter cultural, lúdico o recreativo) y los servicios complementarios (limpieza, seguridad, etc.) necesarios para el correcto desarrollo de tales actividades (se adjunta modelo de contrato y pliego de cláusulas administrativas).

Este modelo contractual se define en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como aquellos que resulten vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata a una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley.

A la vista de lo anterior, y teniendo en cuenta el nuevo contenido del objeto contractual, que va más allá de la mera ocupación del dominio público con la instalación de las casetas, el Ayuntamiento de Madrid optó por modificar el régimen jurídico de la explotación de estos mercadillos, sustituyendo la figura de la autorización privativa de un bien de dominio público regulada en la Ley de Patrimonio, por la de un contrato administrativo especial.

Las características de servicio, sucintamente, son las siguientes:

1ª. El Ayuntamiento de Madrid llevará a cabo el montaje y desmontaje de las casetas, así como su mantenimiento, y cede su uso al contratista para que, a su vez, las asigne a los participantes que hayan sido seleccionados durante el periodo de funcionamiento del correspondiente mercadillo.

2ª. Al adjudicatario del contrato le corresponderá, además del pago del precio del contrato, la organización y gestión integral del mercadillo, que comprende:

Programar y coordinar las actividades.

Seleccionar a los participantes y asignarles las casetas correspondientes.

Seleccionar a las empresas y/o profesionales que realizarán las actividades de animación.

3ª. Corresponderá al contratista, entre otras, las siguientes obligaciones:

Garantizar el cumplimiento del contrato y de la normativa aplicable por parte de los vendedores y los encargados de otras instalaciones o actividades del mercadillo, respondiendo ante el Ayuntamiento de cualesquiera incumplimientos, daños o desperfectos ocasionados en la vía pública o en las casetas

Ejecutar las acometidas de servicios (electricidad, telefonía, etc.) necesarias para el funcionamiento del mercadillo, así como asumir el coste de los consumos y otros gastos que generen. En ningún caso supondrán alteración o deterioro de la vía pública.

Contratar un servicio de vigilancia o seguridad durante el horario nocturno en que permanezcan cerradas las casetas

Mantener, en todo momento, la limpieza de las casetas y de la zona ocupada por el recinto y su entorno.

Suscribir un seguro de responsabilidad civil a terceros. La póliza describirá las condiciones generales de la actividad y/o instalaciones amparadas de forma que pueda constatarse su adecuación a este mercadillo».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

La consulta plantea una cuestión cuyo objeto consiste en calificar jurídicamente un contrato por el que Ayuntamiento cede al contratista el uso de determinadas casetas instaladas en la vía pública, a fin de que éste organice mercadillos temáticos, seleccionando los usuarios que hayan de desarrollar en ellas las actividades de venta especificadas, y promueva las actividades de animación que hayan de tener lugar.

En primer lugar, tal como hace la consulta de la Dirección General de Tributos, debe plantearse si se trata de un contrato de gestión de servicio público. A tal respecto cabe señalar que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 154.1 define estos contratos como aquéllos “mediante los que las Administraciones Públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público”, de lo cual se deduce que para considerar si el contrato en cuestión puede ser calificado de tal es preciso determinar si la prestación a que se refiere tiene o no la consideración de servicio público.

La existencia de un servicio público precisa que la titularidad del mismo corresponda por Ley a una Administración, y, en segundo lugar, que se trate de una prestación destinada a satisfacer necesidades de los administrados.

Así, se puede hablar de servicio público, en el ámbito municipal, cuando nos referimos al transporte urbano, o a la distribución de agua, a la recogida de basura y otros similares. La titularidad de estos servicios se atribuye expresamente a la Administración Local en su legislación reguladora y tienen por objeto de satisfacer necesidades de primer orden para los ciudadanos que son sus destinatarios. Así, el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local dispone que “son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias”. Indicando, por su parte, el 25 que “el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”. En particular se consideran de su competencia, entre otras, las actividades o instalaciones culturales y la ocupación del tiempo libre, dentro de las cuales cabe incluir las mencionadas en el contrato a celebrar.

Sólo la ley determina las competencias municipales en las materias enunciadas en este artículo, de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2º de la Ley de Bases “la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de

acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir **en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias** que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de la gestión de la entidad local”.

Significa ello que son servicios públicos de titularidad municipal todos aquéllos que pudiendo ser prestados efectivamente por la entidad local, vengan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. Definido en términos tan amplios, cualquier actividad del Municipio que tenga por objeto satisfacer una necesidad de los vecinos considerados globalmente tiene la consideración de servicio público, quedando excluidos tan sólo aquellos cuyos destinatarios fuesen un grupo reducido e identificable.

Es precisamente esta nota de la universalidad del servicio público, es decir que su destinatario sea una colectividad indeterminada de administrados, la que debe servirnos para determinar si en el caso presente nos encontramos o no ante un servicio público y, consiguientemente, ante un contrato de gestión de servicios públicos.

Esta nota de universalidad está expresamente contemplada en la Ley de Bases al hablar su artículo 25 de “satisfacer las necesidades y aspiraciones de **la comunidad vecinal**”. Así las cosas, parece obvio que no habrá servicio público allí donde el destinatario de la actuación municipal sea un grupo de vecinos concreto. Esto es precisamente lo que ocurre en el caso presente pues los destinatarios de la prestación objeto del contrato son aquellas personas o grupos de personas que realicen la actividad propia del mercadillo temático, y no la comunidad vecinal en su conjunto. En consecuencia, la conclusión que se desprende obligatoriamente del razonamiento anterior es que la prestación contemplada en los contratos que se propone celebrar el Ayuntamiento de Madrid para la cesión de las instalaciones dedicadas a la celebración de mercadillos temáticos –acompañados o no de actividades de entretenimiento- no tiene la consideración de servicio público y, por consiguiente, tales contratos celebrados no pueden ser considerados contratos de gestión de servicios públicos.

Sentada la anterior conclusión resta determinar si se trata de un contrato de servicios de los mencionados en el artículo 5.2 a) y 196.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, o si, por el contrario, debe calificarse como contrato administrativo especial a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.2 b) de la misma Ley.

A este fin debe traerse a colación la definición de los mismos en el artículo 196.3 de la Ley antes citada: “Son contratos de servicios aquellos en los que la realización de su objeto sea: a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro. b) Complementario para el funcionamiento de la Administración...”.

Dado el amplio ámbito que se utiliza para definir la prestación en los dos apartados que aquí interesan parece en principio que podrían incluirse los contratos que contemplamos entre alguna de las categorías que se contemplan. En especial las actividades descritas en el apartado a) son tan amplias que prácticamente no excluyen ninguna actividad previsible, sobre todo si atendemos a la expresión final “o cualquier otro de naturaleza análoga”. De igual modo, si atendemos a la enumeración que de las categorías en que se pueden encuadrar los contratos de servicios establecidas en el artículo 206, y que pudiera servir de guía a la hora de determinar si una determinada prestación se engloba o no dentro del contrato de servicios, nos encontramos con una última categoría denominada “otros”. Por consiguiente la decisión acerca de si la prestación

prevista en los contratos a que se refiere el presente dictamen puede o no incluirse en el concepto de servicios o no deberá adoptarse tomando como referencia otros parámetros.

En primer lugar, hay que precisar que, por amplia que sea la definición del objeto de estos contratos en la Ley, esto no puede llevarnos a la conclusión de que cualquier prestación de dar, hacer o no hacer que no esté calificada como contratos de obras, gestión de servicios o suministro tiene la consideración de contrato de servicios. Si ello fuera así, el legislador no se habría tomado la molestia de definir los contratos administrativos especiales e incluso los contratos privados de cualquier naturaleza podrían ser incluidos en ellos. Precisamente por ello, es necesario definir los contratos de servicios de una forma más concreta de modo que pueda quedar campo donde tengan juego las restantes figuras contractuales expresamente reconocidas por la Ley.

Del análisis de las diferentes modalidades de contratos que se engloban dentro de la categoría de contratos de servicios puede deducirse la existencia de una circunstancia común: en todos ellos el destinatario directo de la prestación contractual es el propio órgano contratante y no un particular o un grupo de particulares. Poniendo en conexión esta circunstancia con el contenido de la prestación del contrato que analizamos, cuyo destinatario es un grupo de personas y no el Ayuntamiento, es preciso concluir que tampoco estamos ante un contrato de servicios.

Siendo esto así y siendo igualmente claro que el contrato pertenece al giro o tráfico de la Administración contemplándose en él de manera directa la satisfacción de un interés general, entiende la Junta que debe considerarse como un contrato administrativo de carácter especial tal como el Ayuntamiento de Madrid venía entendiendo.

CONCLUSIÓN:

El contrato por el que un órgano de contratación cede a un particular la gestión de determinadas instalaciones con el fin de organizar en ellas actuaciones de carácter promocional y sectorial junto con otras prestaciones accesorias tiene la consideración de contrato administrativo de carácter especial.