

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE CATALUNYA (COMISIÓN PERMANENTE)

INFORME 13/2014

Asunto: Calificación de un contrato que tiene por objeto la producción y la organización de un festival de música.

ANTECEDENTES

I. El alcalde del Ayuntamiento de Banyoles ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la naturaleza jurídica de un contrato para la prestación de un servicio de producción y organización de un festival de música en el municipio. El escrito de consulta plantea literalmente lo siguiente:

El Ayuntamiento quiere licitar la gestión del mencionado servicio, asumiendo el riesgo el contratista, en el sentido que sus retribuciones serían los ingresos de taquilla, bar y patrocinios, y satisfaría los gastos de contratación de los artistas y espectáculos. Si hubiera diferencial económico por déficit de explotación la Corporación mediante subvención lo asumiría para equilibrar el presupuesto.

Asimismo el Ayuntamiento cedería el uso del espacio público y las gradas para celebrar el festival.

Qué naturaleza jurídica tiene este contrato:

- ¿administrativo de servicios?,
- ¿administrativo de gestión de servicios públicos?,
- ¿administrativo especial?,

¿Se podría articular como un convenio de colaboración con un privado?

II. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan las entidades que integran la Administración local. Por otra parte, el artículo 11.4 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. El alcalde del Ayuntamiento de Banyoles formula consulta sobre cuál es la tipología contractual procedente para producir y organizar un festival de música en el municipio. En concreto, plantea la posibilidad de articular esta relación jurídica mediante un contrato de servicios, de gestión de servicios públicos o administrativo especial; o bien, por la vía de un convenio.

Los contratos de servicios se definen en 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 (de ahora en adelante, TRLCSP), como 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 y, a efectos de aplicación del TRLCSP, prevé su división en las categorías enumeradas en el Anexo II. Entre las categorías enumeradas en este Anexo, a efectos de este Informe, debe hacerse referencia a la categoría 26, en la cual se incluyen los servicios de esparcimiento, culturales y deportivos (1).

Los servicios "de esparcimiento, culturales y deportivos", de acuerdo con el Anexo II del TRLCSP en relación con el Reglamento 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, en el cual se encuentra recogido actualmente el vocabulario común de contratos públicos (CPV), comprenden, entre otros servicios, los servicios de organización de eventos culturales; los servicios de esparcimiento, culturales y deportivos; los servicios de entretenimiento; los servicios artísticos de productores de teatro, grupos de cantantes, bandas y orquestas; los servicios proporcionados por autores, compositores, escultores, artistas del espectáculo y otros artistas, y también los servicios de explotación de instalaciones artísticas.

Por su parte, la reciente Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (2)(de ahora en adelante, Directiva 2014/24/UE), define los contratos públicos de servicios como los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios distintos a aquéllos de los contratos públicos de obras. Entre los servicios que se incluyen en su ámbito de aplicación se encuentran los denominados "servicios específicos" que se enumeran en su Anexo XIV, entre los cuales, dentro del grupo general de servicios administrativos, sociales, educativos, sanitarios y culturales, se incluyen los servicios de organización de eventos culturales y los servicios de organización de festivales, entre otros.

Por lo tanto, los contratos que tienen por objeto la organización de un festival de música se pueden calificar como contratos de servicios. Ahora bien, se trata de contratos de servicios que tienen la consideración de contratos privados, de acuerdo con los artículos 19.1.a y 20.1 del TRLCSP, aunque sean suscritos por entes, organismos o entidades que tengan la consideración de administración pública a efectos del TRLCSP. Esto implica que su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, se regirán, principalmente, por el TRLCSP y por sus disposiciones de desarrollo, con la particularidad que no es exigible la clasificación empresarial como medio de acreditación de la solvencia -a pesar de que su valor estimado sea igual o superior a 200.000 €- (artículo 65). Con respecto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado, aunque también les serán de aplicación las normas contenidas en el título V del libro I de este TRLCSP, sobre modificación de los contratos.

II. El hecho de que el contrato de producción y organización de un festival de música se pueda calificar como contrato de servicios no excluye la posibilidad de que también pueda tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos (3), si concurren los requisitos propios de este tipo de contrato.

De hecho, la reciente Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (de ahora en adelante, Directiva 2014/23/UE), incluye dentro de su ámbito de aplicación, como también lo hace la Directiva 2014/24/UE, como ya se ha señalado en la consideración jurídica anterior, determinados servicios relacionados con el esparcimiento y la cultura, entre los cuales se encuentran los servicios de organización de eventos culturales y los servicios de organización de festivales.

En nuestro derecho interno, la definición de los contratos de gestión de servicios públicos se encuentra en el artículo 8 del TRLCSP, según el cual estos contratos son aquéllos 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 del contrato de gestión de servicios públicos se completa con las previsiones contenidas en los artículos 132 y 133 y 275 y siguientes del TRLCSP. De acuerdo con estos preceptos para poder calificar un contrato como gestión de servicios públicos es necesario que se den los requisitos siguientes: que la prestación de los servicios haya sido asumida como propia de su competencia por la Administración; que estos servicios sean susceptibles de explotación por particulares; que no impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos y respecto de los cuales se haya establecido el régimen jurídico que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

En relación con los requisitos expuestos, debe observarse que el artículo 25.2./y m de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local y el artículo 66.3.n del Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, reconocen como competencias propias de los municipios las actividades y las instalaciones culturales y deportivas y la ocupación del ocio, como también la promoción de ocupación del tiempo libre y la promoción de la cultura y los equipamientos culturales.

Por otra parte, debe destacarse que, en el ámbito de Cataluña, el régimen jurídico en materia de espectáculos públicos y de actividades recreativas se encuentra recogido, actualmente, en la Ley 11/2009, de 6 de julio. Según establece el artículo 13.1.e de esta Ley, los ayuntamientos tienen atribuidas competencias en materia de organización de espectáculos públicos (4) o de actividades recreativas (5), entre otras materias.

Asimismo, hay que afirmar que la producción y la organización de un festival de música, por sus características, se trata de un servicio que no implica ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, pero sí que, en cambio, es susceptible de explotación por particulares. Además, por lo que respecta al caso que nos ocupa, es importante que el contrato en cuestión lo lleve a cabo una Administración Pública.

Por lo tanto, se puede concluir que la producción y la organización de un festival de música cumplirían los requisitos establecidos en el TRLCSP, anteriormente citados, para poder ser objeto de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos. Sin embargo, estos requisitos deben interpretarse a la vista del derecho y la jurisprudencia comunitarios y, especialmente el requisito adicional relativo al riesgo de explotación del servicio.

Ciertamente, cuando una determinada prestación puede ser objeto tanto de un contrato de servicios como de un contrato de gestión de servicios públicos, si concurren los requisitos propios de este último tipo de contrato, el elemento que determina la tipología contractual procedente es la existencia o no de riesgo en la explotación del servicio. Así lo puso ya de manifiesto esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el Informe 14/2013, de 28 de noviembre, en el cual se afirma que "la calificación jurídica del contrato como uno u otro tipo está determinada por la asunción del riesgo de la explotación del servicio por parte del contratista de manera que si la gestión del servicio se efectúa a riesgo y ventura del contratista, el contrato recibe la calificación de contrato de gestión de servicios públicos y si no se da esta asunción del riesgo de explotación por parte del contratista, el contrato tiene que recibir la calificación de servicios".(6)

En estos momentos, para resolver la cuestión planteada, se puede tener en cuenta, también, la Directiva 2014/23/UE, ya citada, en la cual, por primera vez, se establece una regulación armonizada y específica para los contratos de concesión. En esta Directiva, recogiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (7) en materia de concesiones y la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 12 de abril de 2000 (2000/C 121/02), sobre las concesiones en derecho comunitario, las concesiones se definen, en su artículo 5.1, como aquellos contratos a título oneroso en virtud de los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadoras confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o los servicios, o en este derecho acompañado de la percepción de un precio. Este mismo artículo añade, tanto para las concesiones de servicios como para las de obras, que su adjudicación implica la transferencia a la empresa concesionaria de un riesgo operacional en la explotación de las obras o de los servicios que abarca el riesgo de demanda o el riesgo de suministro, o ambos.

El riesgo operacional, según se establece en el mismo artículo 5.1 de la Directiva, se considera que se produce cuando no está garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, la empresa concesionaria recupere las inversiones realizadas o cubra los costes satisfechos por la explotación de las obras o los servicios adjudicados, es decir, supone que el contrato queda expuesto, particularmente, a las incertidumbres del mercado. Según se afirma en el considerando 20 de la Directiva, este riesgo operacional se produce cuando inciden factores que escapan del control de las partes, concretando que éste no sería el caso de los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, porque según se afirma estos riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. En cambio, sí que califica como riesgos operacionales todos aquellos riesgos que derivan de la exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir, en terminología de la Directiva, tanto en un riesgo de demanda como en un riesgo de suministro o en una conjunción de ambos. A continuación, en el mismo considerando, se establece que se entiende por riesgo de demanda aquél que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato; mientras que por riesgo de oferta se entiende el relativo al suministro de las obras o de los servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de servicios no se ajuste a la demanda.

Por otra parte, se tiene que destacar que, según se expone en el considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE, no existe riesgo operacional o de explotación en caso que el poder o entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a las inversiones y a los costes que el operador deba asumir por la ejecución del contrato.

Así, no existiría riesgo operacional en caso de que por parte del poder o entidad adjudicadora se asumiera el diferencial económico por déficit de explotación que se pudiera producir para equilibrar la concesión, como plantea el Ayuntamiento en su escrito. Ahora bien, ello no obsta para que la remuneración procedente de la explotación de la obra o del servicio o el precio a satisfacer se haga efectivo exclusivamente por parte del poder o entidad adjudicadora, siempre que la contraprestación se determine en función de la demanda o de los suministros efectivos de bienes y servicios.

Llegados a este punto, se puede afirmar que si la contrapartida que debe recibir la empresa adjudicataria del contrato deriva de la explotación de prestaciones o actividades relacionadas o complementarias a la producción y la organización del festival de música, asumiendo ésta el riesgo operacional, procederá calificar el contrato como de gestión de servicios públicos. En cambio, en caso de que no exista ningún riesgo operacional inherente a la prestación de las actividades objeto de consulta habría que calificar el contrato como contrato de servicios.

III. Las otras dos opciones planteadas por el Ayuntamiento de Banyoles de articular el servicio de producción y organización de un festival de música en el municipio mediante un contrato administrativo especial o un convenio se tienen que descartar, ya de entrada, sobre la base de las consideraciones jurídicas anteriores.

Con respecto a los contratos administrativos especiales hay que recordar que tienen carácter residual respecto de los contratos tipos o nominativos (8). El artículo 19.1.b del TRLCSP dispone que los contratos administrativos especiales son aquellos contratos que tienen un objeto distinto a los de los contratos de obra, de concesión de obra pública, de gestión de servicios públicos, de suministro, de servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado, pero que tienen 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 de conformidad con el párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una ley. Por lo tanto, en la medida en que el servicio de producción y organización de un festival de música puede ser objeto de un contrato de servicios o de un contrato de gestión de servicios públicos, queda excluida la posibilidad de calificarlo como contrato administrativo especial.

Respecto de la posibilidad de que la relación jurídica entre el Ayuntamiento y una empresa privada para la producción y la organización de un festival de música en el municipio se pueda articular mediante un convenio de colaboración, hay que tener en cuenta lo que prevé el artículo 4.1.d del TRLCSP. Este artículo, literalmente, establece que están excluidos del ámbito de esta Ley "los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales". Por lo tanto, de acuerdo con este artículo y teniendo en cuenta lo que se ha expuesto en las consideraciones jurídicas anteriores, no será posible suscribir un convenio de colaboración, excluido de la normativa sobre contratación pública, para la prestación de un servicio de producción y organización de un festival de música.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Los servicios de producción y de organización de un festival de música pueden ser objeto de un contrato de servicios o de un contrato de gestión de servicios públicos, en función de la concurrencia de los requisitos establecidos en la normativa en materia de contratación pública, así como en la jurisprudencia comunitaria, analizados en la consideración jurídica II de este Informe.

Barcelona, 22 de julio de 2014

(1) Según se establece, se exceptúan los contratos para la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de material de programación por parte de los organismos de radiodifusión y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión.

(2) La Directiva 2004/18/CE está vigente hasta el día 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo de transposición por los estados miembros de la Directiva 2014/24/UE, que la deroga, la cual entró en vigor el pasado día 17 de abril de 2014.

(3) En este sentido, se pronunció esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el Informe 14/2013, de 28 de noviembre, sobre "Contratos de gestión de servicios públicos. Especial referencia a la contratación de gestión de servicios sociales mediante concierto".

(4) Debe entenderse por espectáculo público las representaciones, actuaciones, exhibiciones, proyecciones, competiciones u otras actividades similares orientadas al entretenimiento o al tiempo libre, que se llevan a cabo ante público en establecimientos o espacios abiertos al público (artículo 3.1.a de la Ley 11/2009).

(5) Debe entenderse por actividades recreativas las actividades que ofrecen al público la utilización de juegos, máquinas o aparatos o el consumo de productos o de servicios de ocio, entretenimiento o diversión, así como las actividades que congregan a personas con el objeto principal de implicarlas a participar o de ofrecerles servicios con finalidad de ocio, entretenimiento o diversión (artículo artículo 3.1.b de la Ley 11/2009).

(6) La distinción entre estas dos tipologías contractuales también ha sido objeto de análisis por parte de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros, en el Informe 11/2010, de 26 de noviembre de 2010, sobre la calificación de diversos contratos.

(7) Entre otras, Sentencia de 18 de julio de 2007 (Ass. C-382/05, Comisión contra la República Italiana) y jurisprudencia que se menciona y, más recientemente, Sentencia de 11 de junio de 2009 (Ass. C- 300/07).

(8) En este sentido, la Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, de 27 de junio de 2014, afirma que: (...) *la calificación de los contratos como 'administrativos especiales' tiene carácter particularmente residual, dejándola reservada a contratos que claramente no encajen con ninguno de los tipos contractuales regulados en el TRLCSP (...).*