



INFORME 22/2023, DE 12 DE DICIEMBRE, SOBRE LOS CONTRATOS PRIVADOS DE INTERPRETACIÓN ARTÍSTICA Y ESPECTÁCULOS.

I - ANTECEDENTES

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Córdoba solicita informe a esta Comisión Consultiva en los siguientes términos:

“El Instituto Municipal de Artes Escénicas Gran Teatro de Córdoba, Organismo Autónomo del Ayuntamiento de Córdoba, está planteando la posibilidad de realizar un concierto musical de un artista de primer nivel internacional, estando aún por determinar si se realizará en un espacio del propio Instituto, como el Teatro de la Axarquía o el Gran Teatro de Córdoba (dominio público en ambos casos) o bien en otro espacio propiedad de un tercero si las necesidades de aforo así lo aconsejaran.

En concreto, esta actuación se enmarca en el objeto social del Organismo Autónomo de difusión cultural en el sentido más amplio, así como en el desarrollo de sus competencias, de acuerdo a lo establecido en sus estatutos:

“En el ejercicio de estas potestades administrativas y en cumplimiento de sus fines, el Instituto será competente para la gestión y promoción de toda clase de instalaciones susceptibles de acoger espectáculos escénicos, y de organizar y realizar todo tipo de actos culturales, bien por propia y exclusiva iniciativa o en colaboración con otras entidades públicas o privadas“.

Para la realización del concierto, se plantea la posibilidad de celebrar un contrato de carácter privado de servicios, mediante un procedimiento negociado sin publicidad, en el que la recaudación por taquilla sea realizada por la entidad adjudicataria, que tiene los derechos exclusivos del artista para la celebración del concierto. Adicionalmente, se prevé abonar al adjudicatario un precio determinable, consistente en una cantidad fija menos un tanto por ciento de la recaudación, con objeto de eliminar el riesgo operacional (por ejemplo, estableciendo como fórmula el abono de la cantidad de 100.000 euros - 20% recaudación por taquilla). A efectos fiscales, es el adjudicatario el prestador del servicio, declarando los ingresos obtenidos e ingresando los impuestos devengados en la Administración Tributaria.

En esta fórmula se estaría atenuando en gran medida el riesgo operacional del adjudicatario, ya que en caso de que la recaudación por taquilla fuera inferior a una determinada cantidad, la Administración Pública abonaría al adjudicatario la cantidad establecida.

El Ayuntamiento se reservaría la facultad de control, que se ejercitaría en la forma definida en el pliego del contrato (por ejemplo mediante un acceso completo al sistema de ticketing que centraliza toda la venta de entradas realizada por el adjudicatario).

Alternativamente, otra forma de retribución planteada sería establecer un precio cerrado del contrato, abonando el Ayuntamiento al adjudicatario la diferencia entre el precio total establecido y la recaudación obtenida por el adjudicatario por la celebración del evento, hasta un límite previamente establecido (ej.: 100.000 euros). En esta fórmula se estaría eliminando la totalidad del riesgo operacional, ya que el Ayuntamiento cubriría las pérdidas razonables que podrían darse en el evento por motivos como la fluctuación de la demanda.

En este sentido, los contratos privados se rigen por el derecho privado en lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, con las excepciones determinadas en la LCSP cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.

Esta modalidad contractual, y en concreto la posibilidad de que la recaudación sea realizada directamente por el adjudicatario, formando parte del precio a cobrar por el mismo, ha sido analizada minuciosamente por la consulta El Derecho EDE 2020/62577 en un supuesto similar, concluyendo:

“1º. Es posible la celebración de un contrato artístico en el que parte del precio se reciba mediante el cobro de la taquilla.





2º. *No existe riesgo operacional, por lo que se califica como contrato de servicios, a efecto de su preparación y adjudicación, por lo que se puede tramitar un procedimiento negociado sin publicidad.*

3º. *No existe inconveniente en la contratación de empresa especializada en venta de entradas, si bien el Ayuntamiento debe conservar el control de las mismas, al ser un contrato celebrado a precio cerrado.”*

Esta fórmula contractual ha sido regulada en Ordenanza Municipal de Ferrol, que dirigió consulta a la Junta Consultiva del Estado en Expediente 129/18. Dicha Junta Consultiva no pone en duda la legalidad de la fórmula contractual utilizada (contrato privado de servicios, en el que los ingresos son ajenos al presupuesto municipal) indicando que la taquilla recaudada por el contratista formaba parte del valor estimado del contrato.

En relación con los ingresos obtenidos en concepto de derechos de taquilla, tendrían la consideración de precio privado o tarifa, al ser una actividad de recepción totalmente libre y voluntaria para los usuarios, no es prestada en régimen de monopolio por la Administración Pública y, además, es realizada por la entidad adjudicataria en virtud del contrato privado celebrado por la Administración Pública. Para esta consideración se ha estado a lo dispuesto por el Tribunal Supremo en la sentencia STS 856/2020, 23 de junio de 2020, sala de lo Contencioso-Administrativo. Como se ha indicado anteriormente, los ingresos no forman parte del presupuesto municipal, ya que son recaudados directamente por la entidad adjudicataria del contrato.

Por otro lado, la propia LCSP regula en su artículo 312 un tipo especial de contratos de servicios: contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, que viene a sustituir al suprimido contrato de gestión de servicios públicos. Sin embargo, el hecho de que la actividad sea ocasional, alejada de los servicios públicos tradicionalmente regulados por el contrato de gestión de servicios públicos, el hecho de que ningún Organismo Público haya utilizado esta fórmula específica, ni haya sido sugerido por ningún órgano consultivo nos hace albergar dudas razonables sobre la idoneidad de encuadrar el contrato en esta modalidad específica.

En ese sentido, se plantea a la Comisión Consultiva:

PRIMERO

Si en los supuestos planteados se considera ajustada a derecho la fórmula elegida de contrato privado de servicios o, por el contrario, se considera más idónea la clasificación del contrato como un contrato que conlleve prestaciones directas a la ciudadanía (art.312 LCSP).

SEGUNDO

Si se considera ajustado a derecho el hecho de, con independencia del lugar donde se celebre el evento, la recaudación sea realizada por la entidad adjudicataria, formando parte de la retribución del adjudicatario, reservándose la Administración Pública la facultad de control, que se ejercitaría en la forma definida en el pliego del contrato.”

INFORME

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública.

Además, debe resaltarse que no le compete a este órgano consultivo asesorar jurídicamente a la entidad solicitante para la toma de decisiones en sus expedientes contractuales concretos con respecto a las relaciones



jurídicas que mantenga con terceros. No obstante, en el presente caso realizaremos algunas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas.

El Ayuntamiento de Córdoba solicita que esta Comisión Consultiva se pronuncie sobre diferentes cuestiones en relación con la contratación de un concierto musical de un artista de primer nivel internacional.

Para la realización del concierto, se plantea la posibilidad de celebrar un contrato de carácter privado de servicios, mediante un procedimiento negociado sin publicidad, en el que la recaudación por taquilla sea realizada por la entidad adjudicataria, que tiene los derechos exclusivos del artista para la celebración del concierto. Adicionalmente, se prevé abonar al adjudicatario un precio determinable, consistente en una cantidad fija menos un tanto por ciento de la recaudación, con objeto de eliminar el riesgo operacional (por ejemplo, estableciendo como fórmula el abono de la cantidad de 100.000 euros – 20% recaudación por taquilla). A efectos fiscales, es el adjudicatario el prestador del servicio, declarando los ingresos obtenidos e ingresando los impuestos devengados en la Administración Tributaria.

Alternativamente, otra forma de retribución planteada sería establecer un precio cerrado del contrato, abonando el Ayuntamiento al adjudicatario la diferencia entre el precio total establecido y la recaudación obtenida por el adjudicatario por la celebración del evento, hasta un límite previamente establecido (ej.: 100.000 euros). En esta fórmula se estaría eliminando la totalidad del riesgo operacional, ya que el Ayuntamiento cubriría las pérdidas razonables que podrían darse en el evento por motivos como la fluctuación de la demanda.

Las cuestiones suscitadas se concretan en las siguientes:

- Si en los supuestos planteados se considera ajustada a derecho la fórmula elegida de contrato privado de servicios o, por el contrario, se considera más idónea la clasificación del contrato como un contrato que conlleve prestaciones directas a la ciudadanía (art.312 LCSP).
- Si se considera ajustado a derecho el hecho de, con independencia del lugar donde se celebre el evento, la recaudación sea realizada por la entidad adjudicataria, formando parte de la retribución del adjudicatario, reservándose la Administración Pública la facultad de control, que se ejercitaría en la forma definida en el pliego del contrato

1.- Pasando a analizar la primera de las cuestiones formuladas, “*Si en los supuestos planteados se considera ajustada a derecho la fórmula elegida de contrato privado de servicios o, por el contrario, se considera más idónea la clasificación del contrato como un contrato que conlleve prestaciones directas a la ciudadanía (art.312 LCSP)*”, surge la necesidad de delimitar el concepto “contratos de servicios directos a la ciudadanía”, que ha sido introducido por la LCSP. En su exposición de motivos, la LCSP desarrolla los argumentos que justifican que se haya creado tal figura:

“Este criterio delimitador [quién asume el riesgo operacional] del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios ha sido asumido por la presente Ley. Por ello, determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico hasta ahora vigente se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios. Ahora bien, este cambio de calificación no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato: mediante el mismo el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario del servicio.”

Por esta razón, en la medida que la diferencia entre el contrato al que se refiere el párrafo anterior y el contrato de concesión de servicios es la asunción o no del riesgo operacional por el empresario, es preciso que todo lo relativo al régimen de la prestación del servicio sea similar. Por ello, se ha introducido un artículo, el 312, donde se recogen las normas específicas del antiguo contrato de



gestión de servicios públicos relativas al régimen sustantivo del servicio público que se contrata y que en la nueva regulación son comunes tanto al contrato de concesión de servicios cuando estos son servicios públicos, lo que será el caso más general, como al contrato de servicios, cuando se refiera a un servicio público que presta directamente el empresario al usuario del servicio.

Para identificar a estos contratos que con arreglo a la legislación anterior eran contratos de gestión de servicios públicos y en esta Ley pasan a ser contratos de servicios, se ha acudido a una de las características de los mismos: que la relación se establece directamente entre el empresario y el usuario del servicio, por ello se denominan contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos.”

Por tanto, ha venido a sustituir a los que en la anterior normativa eran denominados como contratos de gestión de servicios público, cuyo rasgo identificador consistía en que se prestaba un servicio público con relaciones directas entre el empresario y el usuario del servicio. Consecuentemente debemos examinar si en el caso de un contrato para celebrar una actividad artística, en el que la retribución sea al menos en parte proveniente de los ingresos en taquilla, sería predicable tal condición.

El artículo 312 LCSP establece que:

“En los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se deberán cumplir las siguientes prescripciones:

a) Antes de proceder a la contratación de un servicio de esta naturaleza 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, 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.

*b) El adjudicatario de un contrato de servicios de este tipo estará sujeto a las obligaciones de prestar el servicio **con la continuidad convenida** y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada; de cuidar del buen orden del servicio; de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración; y de entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.*

c) Los bienes afectos a los servicios regulados en el presente artículo no podrán ser objeto de embargo.

d) Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar el secuestro o intervención del mismo hasta que aquella desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.

e) La Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía de que se trate.

f) Con carácter general, la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se efectuará en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante. Si ello no fuera posible, se harán constar las razones objetivas que lo motivan. En estos casos, a efectos de evitar la confusión de plantillas, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el



personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones.

g) Además de las causas de resolución del contrato establecidas en el artículo 313, serán causas de resolución de los contratos de servicios tratados en el presente artículo, las señaladas en las letras c), d), y f) del artículo 294.

No parece que pueda entenderse que la actividad planteada pueda encajar en este tipo de contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía, principalmente porque su objeto no es la gestión de un servicio público. No cabe considerar que el Ayuntamiento persiga articular la titularidad del servicio de actuaciones musicales, dotándolo de un régimen llamado a permanecer, pues se consume con esta única prestación, la realización del concierto. No existe, tampoco, una continuidad en el servicio, ni va destinada a atender a la ciudadanía en general, más bien sólo a aquéllos que decidieran sacar una entrada e ir al espectáculo. Entendemos así que no es equiparable la contratación de una actuación artística, que no deja de ser un evento puntual como bien se dice en la propia consulta, con la gestión de un servicio público, que implica cuanto menos una cierta continuidad, así como la administración de los recursos conducentes a que la ejecución sea satisfactoria. En definitiva, contratar una actuación artística concreta, que además se ejecutará gracias a la infraestructura que sirve el poder adjudicador, no puede catalogarse como uno de los servicios de prestación directa a la ciudadanía recogidos en el artículo 312 de la LCSP.

Más bien cabe considerar que se está en presencia de un contrato de servicios. Así, el artículo 17 LCSP establece que:

“Son contratos de servicios aquellos 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 suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.”

Y en relación con el carácter privado de este contrato de servicios, debe acudir al artículo 25 LCSP en el que se determina el carácter privado del mismo con claridad. Así:

“1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

*a) Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. **No obstante, tendrán carácter privado los siguientes contratos:***

*1.º Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 **y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos** con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.*

2.º Aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

b) Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, 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 aquella.

2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se



aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.”

El artículo 26 LCSP establece por su parte que:

“1. Tendrán la consideración de contratos privados:

a) Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo anterior.

b) Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

c) Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

2. Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado.

*No obstante lo establecido en el párrafo anterior, **a los contratos mencionados en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.(...)”***

En relación a los contratos privados de interpretación artística y espectáculos, y su régimen jurídico aplicable, señala la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 129/18, que *“(…)También los Informes 31/96, 35/96 y 41/96 de este órgano se ocupan de distintos aspectos de la cuestión que se somete a consulta, legándose en ellos a la conclusión de que los contratos de contenido creativo o artístico deben ser calificados como contratos privados (como ya hace expresamente la ley actual) y, en cuanto a su régimen jurídico, en la preparación y adjudicación, se aplicarán, en defecto de normas administrativas especiales que se declaran inexistentes a los efectos de la licitación del contrato, las de la propia Ley. (...)*

En cuanto a la forma de adjudicación de este tipo de contratos, la propia **Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado**, en su **Informe 08/2023, de 18 de julio de 2023** sobre la contratación de eventos musicales con artistas, dando respuesta a diversas cuestiones respecto a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad y del procedimiento abierto para la contratación de eventos musicales que incluyan la actuación de un artista o un conjunto musical concreto, realiza una serie de consideraciones de las cuales destacamos las siguientes:

“(…) Antes de nada, y con carácter previo a responder a las cuestiones que se plantean al final del escrito de consulta, conviene realizar una breve recapitulación sobre la doctrina general aplicable al caso que gira en torno a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad previsto en el artículo 168.a).2º de la LCSP y que contempla la utilización de este procedimiento “Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o



adquisición de una obra de arte única no integrante del Patrimonio Histórico español o actuación artística única; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial”.

A este respecto, la primera consideración a formular es el carácter excepcional del procedimiento negociado sin publicidad lo que exige, de acuerdo con la doctrina expresada reiteradamente por esta Junta Consultiva, por la quiebra que supone a los principios generales de la contratación pública, una interpretación restrictiva de los supuestos en los que se permite su utilización (...) y que ha de justificarse adecuadamente en el expediente.

(...) de acuerdo con la doctrina de este Junta Consultiva, resulta posible emplear el procedimiento negociado sin publicidad tipificado en el art. 168.a).2º de la LCSP para la contratación de artistas cuando el alto grado de originalidad y especialidad de una obra o interpretación artística individualiza así lo justifique. Justificada por el órgano de contratación la procedencia de contratar a un artista determinado en una fecha concreta, si los contratos privados del artista para comercializar sus actuaciones determinan que la titularidad de los derechos sobre las mismas en el momento elegido es de un determinado empresario en exclusividad, ello justifica que proceda la utilización del procedimiento negociado sin publicidad con el citado empresario. Como se ha señalado, lo decisivo para la utilización del procedimiento negociado por esta causa es que exista un solo empresario al que pueda encomendarse la ejecución de la obra, siendo motivo indirecto y remoto el que ello sea debido a su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, siendo los pactos y acuerdos a que haya alcanzado el artista para ejecutar su prestación con representantes y promotores, en principio, un aspecto del ámbito privado de la comercialización de los derechos del artista. Ahora bien, y como vamos a analizar a continuación, para que pueda justificarse esta contratación ha de darse una verdadera exclusividad en los derechos del artista, que deberá acreditarse en el expediente; y el ámbito de la exclusividad debe ceñirse al ámbito de la actuación artística única que justifica la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, sin poder añadir otras prestaciones conexas. En este sentido, el contrato que proporciona exclusividad a un agente sobre un artista en un día y lugar determinado puede considerarse a los efectos que aquí estamos examinando, pero circunscrito al ámbito al que se refiere. Esto es, si no queda suficientemente justificado que, además del carácter exclusivo de la actuación, esta deba realizarse necesariamente en el día y en el ámbito concreto para el que se dispone la exclusiva, no podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad de acuerdo con lo previsto en el artículo. 168.a).2º de la LCSP (...).”

Por tanto, una de las conclusiones que se alcanzan en el informe citado es que *“resulta posible acudir al procedimiento negociado sin publicidad por la causa prevista en el artículo 168.a).2º de la LCSP con cualquier operador económico al que se le haya cedido la exclusividad del artista o conjunto musical en cuestión para un lugar y la fecha concretos de celebración del evento artístico o musical (aunque no sea otorgada de forma directa y se trate de una concatenación de exclusividades) siempre que se justifique, además de la exclusividad artística, que la actuación debe realizarse necesariamente en la fecha y lugar para la que goza de exclusividad y se acredite la misma”.*

Se trae también a colación el Informe 84/2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sobre la naturaleza jurídica de los contratos de festejos taurinos, a los que considera en función de su CPV como contratos privados, y del que destacamos alguna de sus consideraciones:

“(..) este tipo de prestaciones pueden encajar en la figura del contrato de servicios o incluso en la de las concesiones de servicios. Como indicamos entonces “el elemento diferenciador entre las concesiones y los contratos de servicios estriba en muchos casos en su peculiar sistema de retribución, consistente en el derecho a explotar el servicio o en dicho derecho acompañado de un pago, unido a la asunción por el contratista del riesgo operacional en la prestación del servicio. De



este modo, en la actualidad, tras la aprobación y entrada en vigor de la nueva Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, estos tipos de contratos son susceptibles de configurarse, en una buena parte de los casos, como contratos de concesión de servicios de acuerdo con el tipo contractual regulado en la citada Directiva y que ha sido incorporado a nuestro ordenamiento por la LCSP. Por contra, cuando no se cumpla la condición de la transferencia del riesgo operacional estaríamos en presencia de contratos de servicios...” También resulta del citado informe que aunque las prestaciones que constituyen el objeto de estos contratos no encajan en la categoría de servicios públicos, lo que, conforme a la legislación anterior los excluía automáticamente de su consideración como contratos de gestión de servicios públicos y los incluía como contratos administrativos especiales, en la vigente LCSP encajan sin dificultad en el concepto de las concesiones de servicios, ya que en la legislación actualmente vigente, como novedad con respecto de la anterior, estos contratos no tienen por qué tener por objeto la prestación de servicios públicos conforme al tenor literal del artículo 15 de la ley

Teniendo en cuenta la amplia delimitación del objeto contractual del contrato de servicios, la prestación consistente en la organización de espectáculos taurinos tampoco debe ser calificada a día de hoy como contrato administrativo especial, sino que, a pesar de que pueden aparentemente seguirse cumpliendo las condiciones que tradicionalmente hemos predicado de la categoría de contratos administrativos especiales, deben calificarse como un contrato de servicios o como un contrato de concesión de servicios. Será la definición de los términos del contrato la que permita al exégeta optar por una u otra solución en cada caso, sin que sea posible dar una solución general y única. Esta conclusión es, por demás, congruente con la evolución de la legislación española sobre contratos públicos, en la cual se observa una pérdida de importancia de los contratos administrativos especiales, que si bien se han mantenido en el vigente texto legal, aparentan ser ahora una categoría cuasi residual en la práctica cuya definición tiene una peculiaridad característica que impide que califiquemos de contrato administrativo especial a aquel que pueda incardinarse en un contrato administrativo típico, como es el caso que se nos plantea. Finalmente conviene recordar que el artículo 25 de la LCSP califica como contratos privados de servicios, aunque los celebre una Administración Pública como es el Ayuntamiento consultante, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, entre los cuales debe incluirse a los espectáculos taurinos. Obviamente esta conclusión no es admisible si estamos en presencia de concesiones, a las que, por definición, no se aplican las reglas propias de los contratos privados(...)

Conclusiones: 1. Los contratos que tengan por objeto la gestión y celebración de espectáculos taurinos podrán considerarse como contratos privados de servicios si no implican la traslación del riesgo operacional de la actividad al contratista o como concesiones de servicios en caso contrario (...).

Por consiguiente, dicho factor, la presencia del riesgo operacional, es el criterio que servirá para deslindar si nos hallamos ante un contrato de servicios (art. 17 LCSP), y por tanto de carácter privado en el caso que nos ocupa, o bien una concesión de servicios (art. 15 LCSP). Dicho riesgo deberá ser apreciado atendiendo a las circunstancias caso a caso.

A la vista de todo ello, puede concluirse, en relación con la primera de las cuestiones que plantea la entidad local, que en estos supuestos de contratos privados de interpretación artística la opción de calificarlos como contrato privado de servicios es la más idónea para este tipo de contratación.

2.- En relación con la segunda de las cuestiones, “*Si se considera ajustado a derecho el hecho de, con independencia del lugar donde se celebre el evento, la recaudación sea realizada por la entidad adjudicataria,*



formando parte de la retribución del adjudicatario, reservándose la Administración Pública la facultad de control, que se ejercitaría en la forma definida en el pliego del contrato”, debe indicarse que la realización de la prestación contractual y el precio en contrapartida, son el efecto nuclear de cualquier contrato. En los contratos administrativos, los efectos, como bien se sabe, se regirían por la propia LCSP, y por las restantes normas de derecho administrativo (art. 25.2 LCSP).

La LCSP en su artículo 198.1 que pertenece al Libro II “De los contratos de las Administraciones Públicas”, recoge que para los contratos administrativos el contratista tendrá derecho al abono del precio convenido por la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato. La regla general que establece para este tipo de contratos, los administrativos, no es otra que para el abono del precio la prestación ha debido ser ejecutada. Por tanto rige el sistema de pago “a servicios prestados”.

Como la Junta Consultiva de Contratación del Estado declara en su Informe 129/18, de 21 de octubre de 2019, citado anteriormente, y que el Ayuntamiento solicitante cita al plantear la consulta:

“Los contratos de servicios que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos que celebre un Ayuntamiento se consideran contratos privados de la Administración, quedando sometidos al derecho privado en cuanto a los efectos, modificación y extinción, y a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), Libros Primero y Segundo, en lo relativo a preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas.”

Por tanto, poca duda cabe que el contrato para la celebración de un concierto por una artista de nivel internacional, es un contrato privado con el régimen jurídico consiguiente. La consecuencia es que en virtud de la autonomía de las partes del artículo 1255 del Código Civil, pueden establecer los pactos que estimen oportunos sin más límites que la ley, la moral y el orden público. La retribución del contratista, que es efecto del vínculo contractual como contrapartida a la obligación de prestar la actividad, es objeto idóneo para que las partes dispongan lo que de común acuerdo convengan, sin perjuicio de la legislación tributaria sobre la que no podemos pronunciarnos.

La consecuencia es que las partes de los contratos privados pueden acordar la retribución, y que las cantidades pagadas por los consumidores, aunque la Administración cuente con facultades de supervisión, se ingresen directamente en el patrimonio de la contratista, que podrá pues disponer de las mismas de forma inmediata.

Este mismo sentido se pronuncia el citado Informe 129/18 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado señala, con respecto al régimen de retribución lo siguiente:

“(…) La segunda de las cuestiones que se somete a consulta de este órgano es la relativa al cálculo del valor del contrato de creación e interpretación artística y de espectáculos, en aquellos supuestos en que la retribución del contratista consista en el derecho a cobrar al público asistente un precio (taquilla), vaya o no acompañado de un caché, esto es, de la cotización de un artista del espectáculo o de ciertos profesionales que actúan en público. En nuestro Informe 72/18, de 15 de julio de 2019, señalamos que en este tipo de contratos resulta de aplicación el artículo 101 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que alude al importe de la prestación sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. Es decir, habrá de tenerse en cuenta el valor de las distintas cantidades que se abonen al contratista como contraprestación por sus servicios para determinar el valor del contrato. Por tanto, si el contratista es retribuido de modo exclusivo con un precio fijo que pagará la Administración será esa la cantidad que habrá de tomarse en cuenta a los efectos del valor estimado. Si, por el contrario, además de esa cantidad se incluye el derecho del contratista a percibir la totalidad o una parte de la recaudación obtenida en la taquilla, es decir, de las cantidades que se obtengan por la venta de las entradas a los posibles espectadores, dicha cantidad también debe integrar el valor del contrato.



Como ya señalamos en nuestro Informe 44/2012, el valor estimado es un concepto que tiene su origen directo en el artículo 9 de la Directiva 2004/18/CE que tiene por objeto establecer el método para el cálculo del valor estimado de los contratos públicos, de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición, a efectos de determinar los que se encuentran por encima de los umbrales que determinan la aplicación de sus normas (informe 28/09). Su cálculo debe hacerse de acuerdo con lo la ley y, a diferencia del precio, viene determinado por el importe total pagadero sin incluir el IVA. Por eso, el valor estimado no alude a cuánto ha de pagar de modo efectivo la Administración contratante, sino a cuál es el valor del contrato a los efectos de calibrar su importancia económica y la necesidad de aplicar las reglas de la Directiva o, en el derecho interno, las de la regulación armonizada. Esta conclusión es congruente con lo que ya expusimos en nuestro informe 25/12, de 20 de noviembre de 2012, en el que señalamos lo siguiente:

“3. Sentado lo anterior, cabe plantearse cuál debe ser el método de cálculo del valor del contrato a los efectos que procedan de acuerdo con el TRLCSP. Siendo de aplicación, como ya se ha dicho, las reglas establecidas en el TRLCSP, y no existiendo disposición especial aplicable a estos contratos, resulta de aplicación lo dispuesto con carácter general en el artículo 88, apartados 1 y 2, del mismo. La aplicación de los citados artículos debe realizarse atendiendo al peculiar sistema de retribución previsto para este contrato, consistente, no en un pago por parte de la Administración contratante, sino en la asignación de un derecho de explotación de un servicio, obteniendo el contratista los ingresos de los usuarios del servicio. En su virtud, para el cálculo del valor, debería computarse el valor total del negocio de cafetería objeto de explotación de acuerdo con el contrato (para lo cual puede utilizarse la estimación de ingresos a obtener de acuerdo con los precios previstos), por el período de tiempo de que es objeto, incluyendo las aportaciones que pueda hacer la Administración contratante en forma de asunción de gastos de funcionamiento (agua y luz) e incluyendo las modificaciones previstas de acuerdo con el pliego.”

Esto no quiere decir que haya de acudirse analógicamente a las normas establecidas para las concesiones, sino que el importe total pagadero al contratista por quien corresponda es un parámetro correcto para valorar este tipo de contratos, incluso cuando la retribución del contratista provenga en todo o en parte, de los usuarios del servicio.

A tenor de lo expuesto en el punto 1 del presente informe, y tal como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Junta Consultiva en reiteradas ocasiones (Informes 4/98, 50/06, y más recientemente 7/18 y 57/18, entre otros), ante dichas premisas, ubicado el artículo 118 relativo a los contratos menores en la Sección 1ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP, por la expresa remisión prevista en el artículo 26.2 de la Ley, procede su aplicación a los contratos de servicio que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos –objeto de la presente consulta- cuyo valor estimado sea inferior a 15.000 euros, como lo es al resto de contratos cuyo valor no supere dicho umbral, siempre que concurran los demás requisitos establecidos en él.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES:

- Los contratos de servicios que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos que celebre un Ayuntamiento se consideran contratos privados de la Administración, quedando sometidos al derecho privado en cuanto a los efectos, modificación y extinción, y a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), Libros Primero y Segundo, en lo relativo a preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas.



- *Una ordenanza municipal como la descrita en la consulta no puede vulnerar los principios básicos de la legislación estatal en materia de contratación. Por tanto, tal norma no puede considerarse como una norma específica en los términos del artículo 26.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que se anteponga a la aplicación de la ley.*
- *Para el cálculo del valor del contrato de creación e interpretación artística y de espectáculos, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.*
- *A los contratos privados de creación e interpretación artística y de espectáculos les serán de aplicación las normas de procedimiento relativas al contrato menor, de conformidad con lo previsto en el artículo 26.2 de la LCSP, en la medida en que se encuentran ubicadas en el Libro Segundo de la misma, siempre que respete el umbral económico y demás requisitos previstos para ellos”.*

Con respecto a la tipología del contrato, servicio o concesión de servicios, procede analizar como las distintas formas de retribución están íntimamente vinculadas para determinar el mismo.

a) Retribución determinada al margen de los ingresos de taquilla.

En tal supuesto, el riesgo operacional se difumina porque hay garantizado un precio que no queda afectado por las vicisitudes de la demanda de entradas. Respecto a la tipología del contrato, **debería necesariamente calificarse de servicios** (art. 17 LCSP).

b) Retribución consistente en que *“la recaudación por taquilla sea realizada por la entidad adjudicataria, que tiene los derechos exclusivos del artista para la celebración del concierto. Adicionalmente, se prevé abonar al adjudicatario un precio determinable, consistente en una cantidad fija menos un tanto por ciento de la recaudación, con objeto de eliminar el riesgo operacional.”* En esta fórmula, se estaría eliminando también riesgo operacional, ya que el Ayuntamiento cubriría las pérdidas razonables que podrían darse en el evento.

No obstante, debemos traer a colación la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión en cuyo artículo 5, encontramos la interpretación auténtica del concepto riesgo operacional:

“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable (...)”

Por tanto, en relación con la segunda de las cuestiones planteadas, puede considerarse viable la posibilidad de que, con independencia del lugar donde se celebre el evento, la recaudación sea realizada por la entidad adjudicataria, formando parte de la retribución del adjudicatario, reservándose la Administración Pública la facultad de control, que se ejercitaría en la forma definida en el pliego del contrato.

CONCLUSIONES

1. Los contratos cuyo objeto sea la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, **tienen naturaleza privada** con independencia de que el órgano de contratación sea una Administración Pública, por lo que se rigen por lo dispuesto en el artículo 26.2 de la LCSP.



- 2.** Un contrato para una actuación artística en el que adicionalmente el órgano de contratación proporciona parte indispensable de la infraestructura **no se puede calificar como contrato de servicio directo a la ciudadanía del artículo 312 de la LCSP.**
- 3.** Los contratos cuyo objeto sea la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos serán calificados normalmente como contrato privado de servicios aunque cabe la posibilidad de que se traten de una concesión de servicios, dependiendo de si el contratista asume o no el riesgo operacional. Para determinar cuál de las dos tipologías de contrato es la acertada habrá que examinar caso a caso para deducir si hay transferencia del mencionado riesgo.
- 4.** En los contratos privados, en virtud del artículo 26.2 de la LCSP, los efectos, entre ellos, el sistema de retribución, será el que las partes dispongan en función del principio de libertad de pactos del artículo 1255 del Código Civil.
- 5.** Para determinar el valor del contrato, habrá de tenerse en cuenta el valor de las distintas cantidades que se abonen al contratista como contraprestación por sus servicios. Por tanto, si el contratista es retribuido de modo exclusivo con un precio fijo que pagará la Administración, será esa la cantidad que habrá de tomarse en cuenta a los efectos del valor estimado. Si, por el contrario, además de esa cantidad se incluye el derecho del contratista a percibir la totalidad o una parte de la recaudación obtenida en la taquilla, es decir, de las cantidades que se obtengan por la venta de las entradas a los posibles espectadores, dicha cantidad también debe integrar el valor del contrato.

Es todo cuanto se ha de informar.