

EL CONTRATO DE GESTION O EXPOSICION DE PLAZA DE TOROS. REFLEXIONES SOBRE SU NATURALEZA. (COMENTARIOS SOBRE LOS PLIEGOS DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES QUE SE RIGEN LA CONTRATACION DE LA EXPLOTACION DE LAS PLAZAS DE TOROS DE ALBACETE, MADRID, VALENCIA Y ZARAGOZA).

PEDRO LUIS MARTINEZ PALLARÉS

I. INTRODUCCIÓN

De un somero análisis comparado de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen la contratación de la explotación de las plazas de toros de las ciudades de Albacete, Madrid, Valencia y Zaragoza, cuya titularidad ostentan Administraciones Públicas de distinta naturaleza (Entidades Locales y Comunidad Autónoma), se desprende una cierta disparidad de criterios a la hora de denominar dichos contratos, y por lo tanto, de definir las técnicas de gestión que se trata de utilizar. La diversidad de calificaciones que reciben los distintos pliegos de cláusulas administrativas, y por ello mismo, los distintos modos de gestión que dicen utilizarse, se desprende de los meros enunciados que encabezan los correspondientes pliegos: “Pliego de condiciones para el concurso de arrendamiento de la plaza de toros de Albacete”, “Pliego de condiciones Económico-Administrativas particulares para la cesión de la explotación de la plaza de toros de las Ventas de Madrid”, “Pliego de condiciones para el concurso de arrendamiento de la plaza de toros de Valencia”, y “Pliego de cláusulas administrativas particulares relativas a la contratación, mediante concurso, (Procedimiento abierto), de la explotación de la plaza de toros de La Misericordia de Zaragoza”.

En Albacete y Valencia se define en el enunciado con claridad que el objeto del contrato se refiere al arrendamiento de la plaza de toros. No obstante, más adelante, observaremos que existe una clara divergencia en el régimen jurídico de ambos “arrendamientos”, puesto que el de la plaza de toros de Valencia se configura como un arrendamiento civil y el de la plaza de toros de Albacete parece reconducirse a la figura del “arrendamiento administrativo”. Por su parte, Madrid y Zaragoza no definen en su enunciado el

modo de gestión de la plaza de toros que va a ser objeto del contrato. En su momento, analizaremos el régimen jurídico de ambos, tal y como se establece en el correspondiente clausulado de los mismos.

II. LA FIESTA DE LOS TOROS: "INICIATIVA ECONÓMICA PÚBLICA" *VERSUS* "SERVICIO PÚBLICO"

La Fiesta de los Toros es una actividad que, con independencia de la personalidad jurídica pública o privada de sus titulares, goza de una especial regulación por parte de los poderes públicos y de una intensa intervención administrativa. La Ley 10/ 1991 de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos y su Reglamento de desarrollo, establecen un específico y particular régimen jurídico, que dota a la Administración de una intervención especialmente significativa.

La efectiva realización de la Fiesta de los Toros por parte de las Administraciones Públicas, especialmente por Entidades Locales (Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales), debe ser encuadrada entre las actividades de mera realización de la iniciativa económica o entre las de prestación de servicios públicos (1). Su incardinación en uno u otro tipo tiene evidentes consecuencias sobre la naturaleza de los modos de gestión o explotación, y sobre el régimen jurídico de las relaciones contractuales que puedan establecerse para su efectiva realización.

El artículo 128.2 de la CE reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, apartándose del anterior orden político en el que primaba el principio de subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada (Sts. 10 octubre de 1989). El artículo 86.1 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, concreta el alcance del precepto constitucional en el ámbito de las Administraciones Locales, al establecer que éstas "podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al art. 128.2 de la Constitución", complementado por el artículo 96 del Texto Refundido de Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local,

(1) Excede de los modestos objetivos de este trabajo la exposición del alcance y contenido del artículo 128.2 de la Constitución Española. Por todos, Sebastian Martín Retortillo "Derecho Administrativo Económico". Madrid, 1988, y R. Gómez Ferrer "La reserva al sector público de servicios o recursos esenciales", (Homenaje a García de Enterría, Tomo V). Para la concreción de dicho precepto constitucional en el ámbito local, Francisco Sosa Wagner, "La gestión de los servicios públicos locales". Madrid, 1995, y Javier Salas Hernández, "Provincialización de servicios (iniciativa pública en la actividad económica y reserva al sector público en el ámbito provincial)" en "La provincia en el sistema constitucional", Barcelona, 1991.

que dispone que "la iniciativa de las entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre competencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes".

El primer escollo que ha encontrado la doctrina ha sido determinar cuál es el alcance de la expresión "iniciativa para el ejercicio de actividades económicas", y si éste tiene un carácter específico y sustantivo o es subsumible en su integridad en la clásica acepción de "servicios públicos locales", tal y como parece deducirse de la dicción del artículo 86.2 de la LRBRL y los artículos 95 y 97 del TRRL, sobre los que planea la vieja y superada técnica de la "municipalización o provincialización". (2)

La postura más claramente sustantivadora de la iniciativa económica local, es sostenida entre nosotros por Javier Salas quien ha manifestado que tras la CE o "hay ejercicio de una actividad económica en régimen de libre concurrencia o hay gestión de un servicio público" (3), considerando que una actividad de índole económica será servicio público si está expresa y formalmente calificada como tal por una Ley, identificando el servicio público local con las actividades reservadas en favor de las entidades locales, previstas en el artículo 86.3 de la LRBRL. Es evidente que de sostenerse esta postura, la opción escogida por la Diputación Provincial de Valencia, de calificar el contrato de arrendamiento de la plaza de toros, como un contrato privado subsumible en un contrato de "arrendamiento de industria", parecería adecuada, ya que entre las materias reservadas por el mencionado artículo 86.3 en favor de las entidades locales (abastecimiento y depuración de aguas; recogida; tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos; mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios) no figuran las actividades relacionadas con los espectáculos taurinos, por lo que nos encontraríamos ante una mera actividad económica, especialmente reglamentada por la Administración por sus connotaciones históricas y culturales, cuya técnica de explotación sería estrictamente privada, alejada de cualquier modo de gestión de servicio público. (4)

(2) La cuestión es planteada por gran parte de la doctrina, pudiendo destacar las posturas críticas con dicha identificación de A. Ballesteros Fernández, "Manual de Administración Local", Granada, 1994, y J. Salas Hernández en "Provincialización...", cit, pags, 206 y ss. La tesis contraria es defendida por F. Sosa Wagner en "Servicios...", cit, pags, 44 y ss.

(3) J. Salas Hernández en "Provincialización...", cit, pag, 202

(4) "Un servicio público se gestiona, una actividad económica se realiza", en J. Salas Hernández, en "Provincialización..." cit. pag. 213.

Otro sector doctrinal, igualmente crítico con la redacción dada por nuestra legislación básica de régimen local, defiende la existencia de actividades económicas desarrolladas por las entidades locales, diferenciadas de la prestación de los servicios públicos y de los servicios reservados. (5) En esta línea se entienden como actividades económicas aquéllas que no están publicadas y que, por lo tanto, entran en el ámbito de las actividades previstas en el artículo 25.1 de la LRBRL, que hace referencia al ámbito de capacidad de la entidad local, y no a sus competencias. Por otra parte, servicios públicos de carácter económico serían aquellas actividades en que la actuación empresarial de la Administración se efectuara en materias publicadas, es decir sobre las que la legislación sectorial del Estado o de las Comunidades Autónomas hubiere atribuido algún tipo de competencia a la entidad local. Para esta postura doctrinal, que no identifica servicio público con actividad o servicio esencial reservado, el artículo 85.1 de la LRBRL, que establece que “son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales”, debe ser interpretado en el sentido de que únicamente serán de competencia local aquellos servicios relacionados en el artículo 26 de dicho texto legal, o aquéllos que expresamente le hubieren atribuido la legislación sectorial en las materias que enumera el artículo 25.2 de la LRBRL. Este tipo de servicios públicos, que denominan no integrales, podrían gestionarse en perfecta concurrencia con la iniciativa privada.

Por último, las actividades o servicios esenciales reservados, son identificados por esta posición doctrinal, como “servicios públicos integrales”, tipificados como servicios públicos cuya titularidad es exclusivamente local y deroga el principio de libertad de empresa, desarrollándose en todo caso en régimen de monopolio.

La posición sostenida por este sector doctrinal, a la hora de subsumir la explotación o gestión de una plaza de toros en uno de los supuestos expuestos, obligaría a analizar minuciosamente si dicha actividad se encuentra o no dentro de las competencias expresamente atribuidas en favor de los entes locales. La especial vinculación de la Fiesta de los Toros con las especificidades culturales de nuestro país (6) la inicial vinculación de este tipo de espectáculos taurinos con la financiación de los servicios asistenciales de titularidad municipal o provincial, y la habilitación para realizar actividades

(5) Ver A. Ballesteros Fernández, “Manual...”, cit, pag, 512.

(6) T. R. Fernández Rodríguez, “La ordenación legal de la Fiesta de los Toros”, RAP número 115

complementarias de las propias de otras Administraciones públicas en materia de cultura, prevista en el artículo 28 de la LRBRL, podrían justificar la categorización de este tipo de actividades como servicios públicos de carácter económico, tal y como parece lo han considerado las Administraciones responsables de las plazas de toros de Albacete y Madrid. No obstante, dicha caracterización no resultaría indubitable desde la perspectiva descrita, puesto que bien podría considerarse que no responde a competencia propia alguna de una entidad local, puesto que no figura en los artículos 25.2 y 26 de la LRBRL, ni ley sectorial alguna lo atribuye expresamente a las entidades locales.

Por último, un tercer sector doctrinal, sostiene que el artículo 25.1 de la LRBRL al disponer 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”, y el artículo 36.1, d) de dicha ley al atribuir como competencia propia de la Diputación Provincial “el fomento y los intereses peculiares de la provincia”, están efectuando no una declaración de capacidad general, sino una atribución general de competencias en favor de los entes locales, llegando a afirmar que configuran “una presunción de competencia en favor del municipio” (7). Con ello se realiza una publicación cuasi-absoluta de todas las actividades que realizan las entidades locales, ampliando el clásico concepto de “giro o tráfico administrativo” (8) a cualquier tipo de actividad que pudiera efectuar un ente local.

Junto a ello, sostienen que las actividades o servicios esenciales reservados por el art. 86.3 de la LRBRL o por la legislación sectorial correspondiente incluyen o pueden incluir tanto servicios públicos como otras actividades que ostenten la condición de esenciales para la comunidad, siendo definitorio de la “esencialidad” no tanto la naturaleza de la actividad como la naturaleza de los bienes o intereses satisfechos, (9)

Desde esta última perspectiva la consideración de la actividad taurina como un servicio público es indudable, y por lo tanto, el modo de gestión del mismo será escogido por la Administración titular de entre los establecidos en el artículo 85.2 y 3 y 4 de la LRBRL.

(7) F. Sosa Wagner “La gestión...”, cit, pag. 40

(8) Vid. E. García de Enterría y T.R. Fernández Rodríguez “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid, 1990, que lo configuran como concepto definidor del servicio público.

(9) F. Sosa Wagner “La gestión...”, cit., pag. 3; S. Martín Retortillo “Derecho...”, cit., páginas. 253 y ss.

De lo expuesto se desprende la importancia de la definición de la organización y realización de espectáculos taurinos, como un servicio público o no, puesto que el régimen jurídico de su ejecución va a depender directamente de la misma.

A nuestro juicio, la perspectiva adoptada por el segundo sector doctrinal expuesto es la más adecuada, puesto que no conlleva una publicación indeterminada de la actuación de los entes locales, y aleja al concepto "servicio público" de su tradicional definición como cualquier tipo de actuación administrativa, que podríamos considerar superada, a la par que facilita la visualización de una actividad genuinamente económica que nuestra Constitución reconoce a los poderes públicos, y entre ellos a las entidades locales (10). La adopción de esta posición doctrinal problematiza la adscripción de la gestión o explotación de una plaza de toros en una u otra categoría, y se adecúa más plenamente al carácter controvertido de su naturaleza, tal y como se desprende de las distintas opciones adoptadas que analizaremos a continuación.

III. ANÁLISIS PARTICULARIZADO DE LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

A.- Plaza de toros de Albacete

Tal y como ya hemos hecho referencia con anterioridad, el Ayuntamiento de Albacete, califica la relación contractual que ha de regir la explotación o gestión de la plaza de toros de su titularidad, como "arrendamiento". Si bien a lo largo del clausulado del pliego no se observa una específica definición de dicho "arrendamiento", del contenido del mismo se desprende que nos encontramos ante un arrendamiento de naturaleza administrativa. Así, con independencia de los derechos y obligaciones del Ayuntamiento y del denominado "concesionario", en la base tercera se establecen una serie de sanciones por incumplimiento del contrato, salvaguardando expresamente la facultad resolutoria del mismo en favor del Ayuntamiento, y en la base cuarta se atribuye a la Comisión de Gobierno "las facultades de interpretación del contrato

(10) Sin perjuicio de considerar como más idónea la interpretación que de las actividades o servicios esenciales realiza la tercera de las posiciones expuestas.

Junto al clásico debate sobre el alcance del concepto "servicio público" en nuestra doctrina, me remito a L. Parejo Alfonso "Manual de Derecho Administrativo", Ariel, Barcelona, 1992.

y de resolución de las incidencias que en la ejecución se originen", constituyendo todas ellas prerrogativas propias de la Administración en los contratos denominados "administrativos", tal y como dispone expresamente el artículo 60 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

No obstante, debemos resaltar que el pliego de cláusulas administrativas particulares reiteradamente denomina al beneficiario de la relación contractual como "concesionario", lo que podría inducirnos a pensar que el modo de gestión escogido fuera la concesión y no el arrendamiento administrativo.

Lo que constituye un hecho cierto es que el Ayuntamiento de Albacete ha optado por considerar la explotación de su plaza de toros como un servicio público, ya sea por encuadrar a la Fiesta de los Toros dentro de la cláusula general de competencia del artículo 25.1 de la LRBRL, o por creer que es subsumible dentro de las materias sobre las que, en todo caso, han de ostentar algún tipo de competencia los municipios (art. 25.2.m) de LRBRL), o en la cláusula de competencias complementarias establecida en el artículo 28 del texto básico.

El modo de gestión del servicio elegido es el arrendamiento administrativo, cuya dificultad técnica de deslinde de la figura de la "concesión", reiteradas veces reconocida por nuestra doctrina (11), parece reflejarse en la reiterada denominación del gestor como concesionario. Así se habla de obligaciones y derechos del concesionario (Base Primera), de canon del concesionario (Base Primera), de contrato de concesión, entre otros ejemplos.

El arrendamiento como modo de gestión indirecta de un servicio público aparece regulado en el artículo 85.4 de la LRBRL, estableciéndose en el artículo 95.2 del TRRL que "sólo podrán ser objeto de arrendamiento los servicios cuya instalación se haga directamente por la Corporación, o que sean propiedad de ésta". Fernando Albi, en la obra más acabada y profunda sobre servicios públicos locales escrita hasta la fecha, fundamentaba la distinción en el hecho de que el servicio se realizaba en instalaciones preexistentes propiedad de las Corporaciones Locales. Francisco Sosa Wagner, en el especial "haz de facultades y derechos" del concesionario en relación con el arrendatario y en el sistema de retribución, tarifa en la concesión y precio en el arrendamiento, y J.F. Mestre Delgado en la "radical y profunda colaboración que

(11) F. Albi, "Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales", Madrid, 1960, págs. 701 y ss; Fco. Sosa Wagner, "La gestión...", cit., pag. 141 y ss; F. Mestre Delgado, "Las formas de prestación de servicios públicos locales, en particular la concesión", en Tratado de Derecho Municipal, dirección Santiago Muñoz Machado, Madrid, 1988, pags. 1243 y ss

el concesionario presta en la gestión del servicio”, que le coloca en una situación supraordenada en el régimen económico, personal y de gestión de aquél.

La realidad es que, con independencia del juicio negativo que en su día expresara Albi (12), y de coincidir en su criterio de considerar que el artículo 138.3 del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales “se basa en el absurdo supuesto de que en determinados modos de gestión de servicios públicos pudieran ser primordiales los intereses económicos, es decir, la posibilidad de un beneficio dinerario, sobre los de carácter general, que constituye la finalidad suprema de la competencia de las entidades locales”, este precepto viene a ser el determinante en la distinción entre un modo u otro de gestión. “Será utilizable esta forma de gestión indirecta cuando se hubieren de tener primordialmente en cuenta los intereses económicos de la Corporación contratante en orden a la disminución de los costos o al aumento de los ingresos”, constituyendo de esta forma más una técnica financiera de explotación que un verdadero modo de gestión propiamente dicho.

El pliego de cláusulas regulador del arrendamiento de la plaza de toros de Albacete constituye un claro exponente de la tenue y difícil delimitación de la figura contractual del arrendamiento administrativo, pues por un lado llega a indentificarlo con la “concesión” y por otro su evidente carácter de técnica financiera, sin desdoro del específico contenido cultural de la Fiesta de los Toros, finalmente se asemeja a una mera iniciativa económica pública.

B.- Plaza de toros de Las Ventas de Madrid

De la mera lectura del enunciado del Pliego de cláusulas administrativas particulares que rige su contratación no se desprende la naturaleza de la misma, ni su régimen jurídico: “Pliego de cláusulas administrativas particulares para la cesión de la explotación de la Plaza de Toros de Las Ventas de Madrid”. No obstante, la Comunidad Autónoma de Madrid, propietaria de la Plaza como consecuencia de la extinción de la Diputación Provincial de Madrid y la constitución de una Comunidad Autónoma uniprovincial, opta claramente por considerar que la explotación de dicha plaza consiste en un “servicio público”, y no en una mera iniciativa económica de la Comunidad. Así lo establece en la cláusula vigésimo segunda del pliego de cláusulas, justificando dicha calificación en el carácter público de la Entidad propietaria, la naturaleza singular del inmueble, así como en la actividad pública cultural,

(12) F. Albi, “Tratado...”, cit., pag. 705

artística, de ocio, social que tienen lugar en el mismo, y en “el hecho de que sus beneficios se destinan, entre otros, al cumplimiento de fines hospitalarios de carácter público y benéfico. (13) Y en coherencia con la calificación, el pliego establece un modo de gestión del servicio público, mediante la técnica específica de la “gestión interesada”.

Un asunto de interés consiste en determinar si la fórmula de gestión interesada establecida en los pliegos es subsumible en el contenido de dicho modo de gestión.

La naturaleza administrativa de la contratación, en este caso, está fuera de toda duda y así se desprende no sólo de la calificación del contrato y de la técnica de gestión, sino de todo el clausulado que la regula.

La gestión interesada, como modalidad indirecta de gestión de un servicio público, fue recibida en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley de Contratos del Estado de 1.965, que en su artículo 66 establecía que la “contratación de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades:...gestión interesada, en cuya virtud el Estado y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato”. En idéntico sentido se manifestaba el artículo 201 del Reglamento General de Contratación del Estado. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 157.b), de carácter básico a tenor de la Disposición Final primera, mantiene dicha modalidad de contratación de la gestión de servicios públicos, en idénticos términos que la legislación anterior.

El problema que se ha planteado nuestra doctrina ha sido definir el contenido concreto de dicha modalidad de contratación, puesto que nuestro derecho positivo no ha realizado una regulación de mayor alcance y detalle que la reseñada. (14) Es así como mayoritariamente se ha optado por importar de nuestro país vecino, Francia, las doctrinas justificativas de un modo especí-

(13) Más adelante haremos alguna referencia sobre la adecuación a la realidad de dicha afectación.

(14) De particular importancia resulta la ya clásica aportación que realizó L. Martín-Retortillo Baquer en “De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento” en R.A.P. número 36, págs. 67 y ss., en la que con carácter previo a su regulación positiva, se opone a la consideración de dicha modalidad como una forma de gestión de servicio público sustantiva y diferenciada, y defiende la existencia de cláusulas de interesamiento concurrentes con las clásicas modalidades gestoras. El paso del tiempo parece haber dado la razón a los criterios allí expuestos, pero el legislador no se ha dado por enterado. A. Ballesteros Fernández, en “Manual...”, cit., defiende su inclusión entre los modos de gestión directa de un servicio público.

fico de gestión denominado allí “regie interesée”, en la que el gestor no actúa a “riesgo y ventura” sino como un simple mandatario de la Administración, percibiendo de ésta por su prestación una remuneración constituida por una cantidad fija más el resultado de las cláusulas de interesamiento, en función de los rendimientos obtenidos en su gestión. (15)

El profesor L. Martín-Retortillo argumentó en su momento que detrás del concepto “gestión interesada” no existía una realidad común y general, sino que al contrario, englobaba realidades que presentaban entre sí grandes diferencias, coincidentes exclusivamente a la hora de articular la retribución del gestor. Hoy, prácticamente treinta años después, sustantivizada la gestión interesada como una forma de gestión por nuestra legislación de contratos de las Administraciones Públicas, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el diagnóstico del profesor era correcto. Es más, de la dicción de la LCAP, que como ya hemos visto reproduce la regulación de la derogada Ley de Contratos del Estado, se observa que las dos características de la “regie interesée”, basadas en la variabilidad de la remuneración del gestor y el reconocimiento de la Administración como responsable de las pérdidas, tampoco es de aplicación automática en nuestro ordenamiento, ya que se establece expresamente “ que la Administración y el empresario participarán en los resultados del servicio en la proporción que se establezca en el contrato”, abriéndose con ello la posibilidad de un sistema de remuneración diferente al establecimiento, en todo caso, de una cláusula de garantía de interés y de una cláusula de interesamiento en favor del gestor, propio de la versión francesa de esta modalidad de gestión.

El pliego de cláusulas de la Plaza de Toros de Las Ventas de Madrid, en su apartado decimonoveno (Participación de resultados), establece en todo caso, que la Comunidad Autónoma de Madrid, percibirá en concepto de beneficio mínimo “o piso de plaza”, la cantidad de 200.000.000 de ptas., de manera que la cláusula de garantía de interés (retribución mínima) en favor del gestor, propia de la “regie interesée”, en este supuesto, se invierte y se fija en favor de la Administración titular. Por otra parte, el apartado vigésimo establece una cláusula de interesamiento, en este caso en favor del gestor, de manera que del resto de los ingresos que ha de percibir la Comunidad titular (20% de ingresos de venta de localidades y abonos para espectáculos taurinos; 30% en concepto de derechos de retransmisiones audiovisuales; 10% de ingresos netos por publicidad; 20% del canon de cesión de la plaza a terceros), podrá deducirse las cantidades pagadas por el adjudicatario en concepto

(15) F.J. Mestre Delgado “Las formas...”, cit., pag. 1239

de “piso”, siempre y cuando los restantes ingresos superen la cantidad de 200.000.000 de ptas. Es evidente que suficiente interés tendrá el gestor en que los ingresos que obtenga de la explotación superen dicha cantidad, puesto que con ello minorará su remuneración en favor de la Comunidad Autónoma.

El supuesto de la Comunidad Autónoma de Madrid, con independencia de la positivización normativa de la figura de la gestión interesada, demuestra, a nuestro entender, la imposibilidad de reconducir dicha modalidad a unos supuestos de carácter general, así como la certera apreciación de aquellos que en su momento sostuvieron que, en realidad, las cláusulas de interesamiento eran compatibles con la concesión, el arrendamiento de servicios o con la gestión directa. A nadie se le escapa que tras la gestión interesada estudiada se encuentra un arrendamiento administrativo con una renta mínima en favor de la Comunidad Autónoma de Madrid y una cláusula de interesamiento en favor del gestor.

C.- Plaza de toros de Valencia

La Diputación Provincial de Valencia, titular de la plaza de toros de la localidad del mismo nombre, opta por considerar que la explotación de la plaza no constituye gestión de servicio público alguno y lo encuadra de forma nítida entre las actividades propias de la iniciativa económica provincial. En coherencia con ello, califica el contrato como de “arrendamiento de la Plaza de Toros, con todas sus dependencias e instalaciones, para la celebración de corridas de toros y demás espectáculos taurinos, así como cualesquiera otros espectáculos de carácter recreativo” (Cláusula primera del pliego), y establece el carácter privado del mismo (Cláusula vigésimo octava), rigiéndose en cuanto a la preparación y adjudicación por lo dispuesto en el Pliego, que se remite reiteradamente a los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas relativos a “la ejecución de los contratos” (Arts. 74 y ss. de dicho texto legal), y en cuanto a su ejecución y cumplimiento, en lo no previsto por aquél, por las normas de derecho privado. En la misma línea considera al orden jurisdiccional civil como competente para resolver las controversias que surjan entre las partes, sin perjuicio de la competencia contencioso-administrativa sobre los litigios relacionados con la preparación y adjudicación del contrato.

La Diputación de Valencia ha considerado que el contrato de explotación de la plaza de toros es sustancialmente un contrato de arrendamiento de industria, en el que prima el contenido económico y financiero del mismo, y por lo tanto la posible rentabilidad económica que pueda obtener. Así esta-

blece que el precio del arrendamiento ascenderá al 4% sobre la totalidad de los ingresos brutos, garantizando que en todo caso el arrendatario abonará un mínimo de 35.000.000 de ptas. Todo ello, sin perjuicio del sometimiento de todos los espectáculos taurinos que puedan celebrarse a lo dispuesto en la Ley 10/1991, de 4 de abril, y el Reglamento aprobado por Real Decreto 176/1992, de 28 de octubre, sobre Espectáculos taurinos, y de la imposición de una serie de condiciones sobre el número y tipología de las corridas y espectáculos, precio de las localidades, utilización de bandas de música, reserva de localidades para determinados sectores de población, etc, de difícil y controvertido encaje en un contrato de naturaleza estrictamente privada.

No obstante, a lo largo del clausulado se observan disposiciones de carácter sustantivo que remiten al régimen jurídico de la contratación administrativa, tal y como sucede en la regulación de los supuestos de resolución contractual, que se remite a lo dispuesto en el artículo 112 de la LCAP, en relación con la resolución de los contratos de gestión de servicios públicos.

A pesar de ello, y obviando alguna otra disposición contractual que hace converger en algún supuesto concreto su regulación con la propia de la contratación administrativa, podemos afirmar que la Diputación de Valencia no ha publicado la gestión y ha renunciado a utilizar en la misma las prerrogativas y atribuciones exorbitantes propias de la Administración en la contratación pública (art. 60 LCAP), configurando la relación jurídica como un arrendamiento de un bien patrimonial de la Corporación en el que debe efectuarse de manera prioritaria una determinada actividad de carácter económico.

D.- Plaza de toros de la Misericordia de Zaragoza

La Diputación Provincial de Zaragoza, propietaria de la Plaza de Toros de La Misericordia, no realiza tipificación alguna del contrato de explotación de la misma.

No obstante, se establece de manera inequívoca un régimen jurídico público del mismo en la cláusula vigésima del pliego de cláusulas administrativas particulares, en el que se prevé que "la Diputación ostenta las prerrogativas de interpretar el contrato, resolver las dudas que ofrezcan su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta". Nos encontramos, por lo tanto, ante la clásica panoplia de prerrogativas que ostenta la Administración en el ámbito de la contratación administrativa, por todos conocida. Junto a ello se establece el orden de prelación de las fuentes normativas que han de regir la con-

tratación, remitiéndose expresamente, en lo que no disponga el pliego de cláusulas administrativas, a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y al Reglamento General de Contratación del Estado en cuanto no se oponga a lo establecido por ésta, y, por último, a la restante normativa aplicable en materia de contratación administrativa. Abundando en la misma línea, la cláusula decimovena regula como causas de resolución del contrato las enumeradas en el artículo 112 de la LCAP.

No cabe duda, por lo tanto, de que nos encontramos ante un contrato administrativo. La Diputación Provincial de Zaragoza ha considerado que el objeto del mismo tiene naturaleza administrativa especial, por resultar vinculado al giro o tráfico específico de la misma o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de su competencia específica, tal y como establece el artículo 5 de la LCAP.

Se ha optado por no proceder a una tipificación expresa del contrato, y garantizando su carácter administrativo, establecer su regulación específica. Podríamos denominar por ello el contrato de explotación de la Plaza de Toros de La Misericordia, como un contrato especial de los previstos en los artículos 5 y 8 de la LCAP, que nuestra doctrina más autorizada ha venido denominando como contratos "innominados". La Corporación provincial ha valorado que difícilmente tendría la consideración de servicio público la realización de una actividad que posee un innegable aspecto empresarial y lucrativo, y que resulta de discutible encaje como actividad de ejecución de las competencias establecidas como propias de las Diputaciones Provinciales en el artículo 36 de la LRBRL, y en la legislación sectorial del Estado o de la Comunidad Autónoma de Aragón. Por otra parte, la tradicional vinculación de la explotación de la plaza de toros a la financiación de los establecimientos benéfico-asistenciales de la Diputación, que podría incluir, aunque fuere de manera instrumental, la actividad dentro del concepto de servicio público, se ha visto desdibujada y superada por la realidad. (16) No obstante, junto a ello, no ha optado por su configuración como una actividad económica, al considerar posiblemente que, en la Fiesta de los Toros, concurren elementos que, sin primar sobre su consideración económica, poseen un indudable inte-

(16) Así la legislación sectorial de la D.G. de Aragón en materia de acción social, Servicio Aragonés de la Salud, menores, ha ido desapoderando de competencias ejecutivas a las Diputaciones Provinciales aragonesas: Ley 4/1987, de 25 de mayo, de Ordenación de la Acción Social; Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores; Ley 2/1989, de 21 de abril, del Servicio Aragonés de la Salud. Junto a ello, los principios presupuestarios que rigen igualmente en el ámbito de las entidades locales y que se plasman con claridad en el art. 145 de la LRBRL.

rés cultural, de recreación de ritos y tradiciones inveteradas, que no pueden desconocerse y que justifican que el Estado, a través de su legislación específica imponga, un régimen de fuerte intervención administrativa sobre la misma, imponiendo por ello a la contratación un régimen jurídico público.

De la lectura del pliego de cláusulas administrativas particulares se observa que, al igual que en el resto de los supuestos analizados, se intenta compaginar el primordial componente económico y financiero de la actividad, con sus aspectos culturales y de ocio. Así, se establece un canon, a pagar por el adjudicatario en favor de la Diputación de Zaragoza, de un mínimo del 4% de los ingresos brutos que por cualquier concepto se obtengan, fijándose un "piso" de 35.000.000 de ptas, que supone un cláusula de interesamiento en favor de la Diputación de Zaragoza, y como consecuencia de ello un meticuloso control de billeteaje y de ingresos (Cláusula decimosexta). Junto a ello se fija la realización de una serie de festejos taurinos que, en todo caso, deberá realizar el adjudicatario, que intenta garantizar una temporada taurina acorde con la implantación de la Fiesta de los Toros en la Provincia (Cláusula decimoquinta).

IV. CONCLUSIONES

Desde estas líneas hemos sostenido la conveniencia de no identificar el concepto de servicio público con cualquier tipo de actuación de las Administraciones Públicas, y en particular de las entidades locales. A nuestro juicio, la subsunción de cualquier tipo de actividad que desarrollen las corporaciones locales, en ejercicio de una supuesta cláusula general de competencia (art. 25.1 de la LRBRL), bajo el epígrafe de servicio público, aparte de vincularse con una tradición doctrinal ya superada (17), supone no reconocer la existencia de un ámbito de actuación de la Administración en el ámbito estrictamente económico, que el artículo 128.2 de la CE y el artículo 86.1 de la LRBRL consagran específicamente (18). Esta postulación no supone, tal y como hemos visto sostiene un determinado sector doctrinal, que "exista la necesidad de desgajar completamente del ámbito de los servicios públicos todas aquellas actividades económicas que las Administraciones

(17) Sobre la superación del concepto de servicio público como pilar sobre el que se construyó jurídicamente la actividad de la Administración Pública, E. García de Enterría y T.R. Fernández Rodríguez "Curso ...", cit.,

(18) J. Bisbal Méndez "Servicios públicos e iniciativa económica pública" en "Informe sobre el gobierno local", MAP y Fundación Pi i Sunyer, 1992, pagas. 197 y ss., realiza una contundente argumentación en este sentido.

Públicas no realicen en régimen de monopolio, para incluirlas, consiguientemente, dentro de la iniciativa económica pública" (19), sino reconocer que, "junto a actividades económicas que llevan a cabo las Administraciones y que están publicadas por su condición de servicio público, existen otras cuyo único rasgo de publicación procede del sujeto que las desarrolla".

La configuración de ciertas entidades locales, los municipios, como entes de universalidad de fines, no debe conllevar la publicación del régimen jurídico de todas sus actuaciones, antes al contrario, bien pudiera servir para comprender que la "habilitación para el ejercicio de la iniciativa económica puede referirse a un ámbito material no estrictamente sujeto al haz competencial, sino delimitado por el hecho de que los entes locales son entes con fines generales que pueden y deben interpretar las necesidades de la colectividad" (20).

Con todo ello, hemos pretendido resaltar que el régimen jurídico de la realización de espectáculos taurinos por parte de las Administraciones Públicas, esencialmente entidades locales, en plazas de toros permanentes, de su propiedad, no es de forma indubitable e inequívoca de carácter público. Es así como hemos observado que en algún supuesto, el caso de Valencia, se entiende que su naturaleza es privada, y en los restantes, si bien se opta por la publicación de la actividad, no existe un claro consenso sobre su calificación como servicio público.

A nuestro entender, y con independencia de que la opción sea controvertida, el mantenimiento del régimen jurídico público de la realización de dichos espectáculos, si los propietarios de las plazas de toros son Administraciones Públicas, parece más acorde con las peculiaridades de aquéllos. La Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos, en su Exposición de Motivos, a la hora de describir los títulos competenciales que habilitan al Estado para regular la materia, conecta dichos espectáculos con el fomento de la cultura, lo que supondría una cierta publicación de la materia. No obstante, lo que podría resultar definitorio de su naturaleza pública sería la especial intervención administrativa que la ley mencionada y su Reglamento de desarrollo establecen y detallan, con independencia del carácter público o privado de quien realiza la actividad. Así se prevé un Registro de Profesionales Taurinos y de Ganaderos de reses de lidia (art. 5 de la Ley), y una expresa intervención administrativa previa y posterior a la lidia (arts. 6y 9), se regula la designación

(19) J. Bisbal Méndez "Servicios...", cit., pag. 204

(20) J. Méndez Bisbal "Los servicios...", cit.

de la Presidencia de las corridas y sus atribuciones (art. 8), se determinan las características de las Plazas de Toros (art. 3), se clasifican los espectáculos taurinos (arts. 2 y 10), y se establece una específica organización administrativa para el ejercicio de las competencias previstas en la Ley. (art. 11).

Podemos afirmar, por lo tanto, que nos encontramos ante una actividad en la que el legislador observa elementos de interés público (orden público y fomento de la cultura garantizando la pureza de la fiesta), y por ello establece un fortísimo régimen de intervención administrativa sobre la misma (a través de las clásicas técnicas de reglamentación; autorización y limitación), que resulta difícilmente discernible de aquél que la doctrina ha dado en denominar “actividades públicas reglamentadas o servicios públicos virtuales o impropios” (21).

Esta cuasi-publicación de la actividad taurina que efectúa en todo caso nuestra legislación justificaría, a nuestro juicio, su mantenimiento en el ámbito jurídico-administrativo, cuando el titular de la misma fuere una Administración Pública. El pliego de cláusulas administrativas particulares que regula la explotación de la plaza de toros de Zaragoza, en sintonía con esta posición teórica, configura acertadamente este tipo de contratación administrativa como innominada o especial, reteniendo la Administración las potestades y prerrogativas inherentes al tráfico jurídico de la contratación de esta naturaleza y reconociendo un cierto interés público en la actividad objeto del contrato, sin por ello configurarla como una forma de gestión de servicio público. (22)

Las Administraciones titulares de las plazas de toros de Albacete y Madrid, han optado por considerar la organización y realización de los espectáculos taurinos en sus respectivas plazas, como propia del servicio público, y dado que en nuestro Derecho, contra todas las apariencias, no existe un contrato específico de gestión de servicios públicos, sino una pluralidad contractual diferenciada, tal y como se manifiesta en nuestra legislación de régimen local, han escogido dos diferentes formas de gestión del mismo. (23) No obstante, ambas fórmulas, arrendamiento y gestión interesada, están ar-

(21) L. Parejo Alfonso y otros “Manual ...”, cit., pág. 334.

(22) Alejada de esta tesis, la Sts. de 27 de enero de 1992, (Aranzadi 636), sostiene que la “organización y realización de festejos con motivo de las fiestas patronales es actividad que merece la calificación de actividad de servicio público por cuanto que a través de la misma se satisfacen las aspiraciones de la comunidad vecinal” Ya nos hemos manifestado contra esta visión omnicomprensiva del servicio público, y a las argumentaciones realizadas nos remitimos.

(23) Nos remitimos a las consideraciones realizadas sobre la gestión interesada en páginas anteriores.

ticuladas en sus respectivos pliegos como técnicas esencialmente generadoras de ingresos en favor de sus Administraciones titulares, circunstancia que, con independencia del divergente régimen jurídico escogido en los restantes supuestos, asemeja especialmente a todos los casos analizados, constituyendo la obtención de rentas y recursos económicos una finalidad esencial de la explotación de las plazas de toros, por encima de cualquier otra consideración.

Por último quisieramos manifestar nuestras reservas sobre la vigencia en la actualidad del “arrendamiento” como forma de gestión indirecta de un servicio público, tras la aprobación y entrada en vigor de la LCAP. Tradicionalmente, el “arrendamiento administrativo” ha sido una forma gestora de servicio público propia de nuestra Administración Local, sin que tuviera reflejo en la legislación reguladora de la Administración estatal. El artículo 85.4, d) de la LRBRL, manteniendo lo regulado en la anterior Ley de Régimen Local y en el Reglamento de Servicios, lo establece como fórmula de gestión indirecta. Por su parte, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que tiene el carácter de legislación básica en aplicación del artículo 149.1.18 de la CE, comprende en su ámbito de aplicación subjetiva a “las entidades que integran la Administración Local” (art. 1.2) y establece como básico el artículo 157, que regula las modalidades de contratación de los servicios públicos, siendo por lo tanto indisponible para el legislador autonómico, y de directa aplicación en todas las Administraciones Públicas reseñadas en su artículo 1. Por ello, parecería lógico sostener que, ya que en el mencionado precepto no se prevé el arrendamiento como modalidad de contratación, dicha forma de gestión ha desaparecido o, al menos, mantener la duda sobre su vigencia.

En relación con la calificación de contrato privado realizada en el Pliego de Cláusulas para el arrendamiento de la plaza de toros de Valencia, el régimen jurídico privado del mismo convive, no sin cierta perplejidad, con cláusulas y condiciones propias de una actividad en la que existe algún tipo de interés público. Así podemos destacar la reserva de 1276 abonos anuales para ser adquiridos por personas mayores de 65 años o menores de 18, estableciendo un número de festejos obligatorios, y los precios de las localidades, entre otras. Con ello, el arrendamiento patrimonial de las dependencias de la plaza, para la realización de una actividad económica, parece que se vincula, de alguna forma, con la tutela de cierto tipo de interés público.

El carácter fronterizo de los supuestos analizados nos muestra con toda claridad la existencia de actividades cuya naturaleza, cuando menos, puede resultar discutible. Pero, ante todo, debe de servir de llamada de atención sobre el carácter móvil y dinámico de las instituciones jurídicas, especialmente

de las administrativas, que no son en absoluto inmunes al paso del tiempo y a la nueva estructuración de nuestras sociedades y de sus criterios de funcionamiento. El concepto de “servicio público” es paradigmático al efecto, máxime en tiempos como los actuales en que las relaciones entre lo público y lo privado, el Estado y el mercado son objeto de controversia y de redefinición.