

Informe 24/05, de 29 de junio de 2005. "Contratos para la prestación de servicios de cafetería y comedor. Exclusión por derogación del arrendamiento como modalidad de contratación de la gestión de los de servicios públicos municipales".

Clasificación de los informes: 2.1.6. Contratos administrativos especiales. 22.9 Contratos de gestión de servicios públicos. Otras cuestiones. 25 Contratos administrativos especiales.

ANTECEDENTES

Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Canals (Valencia), se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito redactado en los siguientes términos:

"Como indica entre otros el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 67/1999 de 6 de julio de 2000, los contratos referidos a cafetería y comedor sobre edificios administrativos tienen la consideración de contratos administrativos especiales. De estos establecimientos se ocupa el artículo 89 de la nueva Ley 33/2003 de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que remite en cuanto a la ocupación de edificios administrativos con estos fines al Real Decreto 2/2000 de 16 de junio, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 156 enumera las modalidades de gestión indirecta de servicios públicos, entre las que no incluye el arrendamiento.

Por otra parte, la nueva redacción dada al artículo 85 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local por la Ley 57/2003 de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, ha eliminado la referencia al arrendamiento como forma de gestión indirecta de servicios públicos, limitándose actualmente a una remisión al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a la gestión indirecta de servicios públicos (artículo 85.2.B). La regulación del arrendamiento se contiene en los artículos 138 a 142 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (vigente en cuanto no se oponga a la Ley de Contratos y su Reglamento, según la Disposición Derogatoria única de éste, aprobado por Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre).

Cabría también plantearse si persiste el arrendamiento en el Reglamento de Servicios pero no como forma de gestión de servicios públicos locales, sino como contrato administrativo especial que tiene como regulación propia de aplicación preferente (artículo 7.1 in fine del Texto Refundido de la Ley de Contratos) los artículos 138 a 142 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, incluyendo asimismo la concesión en lo que no se oponga al arrendamiento (artículo 140.2).

De todo ello surgen las siguientes cuestiones:

1) Tras la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, ¿se siguen considerando los contratos referidos a cafetería y comedor sobre edificios administrativos como contratos especiales o deben tratarse como contratos típicos a través de una de las formas de gestión indirecta de servicios públicos del artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas?

2) ¿Subsiste el arrendamiento como una de las formas de gestión de servicios públicos locales o debe entenderse actualmente derogado?

3) En caso de entenderse derogado, ¿cómo debemos calificar los contratos que con la regulación del Reglamento de Servicios se entendían como arrendamiento?

4) ¿Puede entenderse persistente el arrendamiento en el Reglamento de Servicios pero no como forma de gestión de servicios públicos locales, sino como regulación específica y propia de aplicación preferente (artículo 7.1 in fine del Texto Refundido de la Ley de Contratos) para los contratos de cafetería y comedor sobre edificios de entidades locales de seguir considerando éstos como especiales?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Para tratar de responder de una manera sistemática a las cuestiones planteadas en el escrito de consulta es necesario separar, aunque en el mismo se confunden, la cuestión de la naturaleza jurídica de los servicios de cafetería y comedor y la cuestión relativa al arrendamiento como forma de gestión de los servicios públicos locales.

2. Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de los contratos por los que el contratista presta los servicios de cafetería y comedor hay que remitirse a los informes de esta Junta de 10 de julio de 1991 (expediente 14/91), de 7 de marzo de 1996 (expediente 5/96) y de 6 de julio de 2000 (expediente 67/99), el primero anterior y los últimos posteriores a la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, procediendo reproducir, por su carácter más actual, los argumentos del informe de 6 de julio de 2000, en el que, además, se reiteran los de los informes anteriores.

Esta Junta Consultiva después de señalar que los contratos relativos a servicios de cafetería y comedor no podían considerarse contratos regulados en el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, y que, conforme a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dichos servicios y actividades podrán articularse a través de verdaderos contratos que, independientemente de su naturaleza jurídica, habrán de regirse por las normas relativas a los restantes contratos administrativos en cuanto a su preparación y adjudicación, trataban de perfilar la verdadera naturaleza de los mismos con las siguientes palabras:

“Expuesto lo anterior, hay que entrar en el examen del alcance que, respecto a la legislación anterior, tiene la nueva caracterización de los contratos administrativos especiales, ya que si bien el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado y el artículo 7 del Reglamento General de Contratación del Estado consideraban contratos administrativos especiales áquellos declarados de tal carácter por una Ley, los directamente vinculados al desenvolvimiento regular de un servicio público o los que revistiesen características intrínsecas que hiciesen precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato y el artículo 5.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera de tal carácter -administrativo especial- los declarados por una Ley, los vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante y los que satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración, la diferencia entre los diferentes textos, si existe, es para ampliar el campo de los contratos administrativos especiales, pues la "vinculación" al giro o tráfico de la Administración contratante, al tratarse de una mera vinculación y no de una pertenencia estricta, permite incluir en esta categoría aquellos contratos que afectan al concreto interés público perseguido por la Administración de que se trate.

En este sentido es perfectamente mantenible, después de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, el criterio expresado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1995 que, respecto a un contrato para la prestación del servicio de cafetería en una Residencia sanitaria, descarta su calificación como contrato privado y lo califica como administrativo en base a que la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa se refiere a contratos cualquiera que sea su naturaleza jurídica "cuando tuviesen por finalidad obras y servicios públicos de toda especie, entendido el concepto en la acepción más amplia para abarcar cualquiera actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia" destacando, por otra parte, el Fundamento de Derecho tercero de la Sentencia de la antigua Audiencia de Santa Cruz de Tenerife, que se acepta por el Tribunal Supremo que "es corriente doctrinal y jurisprudencial reciente la que partiendo del fin de interés general del contrato -no de su objeto- afirma el carácter público de todos aquellos en que intervenga la Administración contratante, siempre que no se persiga un fin eminentemente lucrativo.

En definitiva, como conclusión de este apartado puede afirmarse que las nuevas expresiones utilizadas en el artículo 5. 2 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para caracterizar los contratos administrativos especiales, por su amplitud, de conformidad con las tendencias doctrinales y jurisprudenciales más significativas, no permiten por la sola circunstancia de su nueva redacción, excluir del concepto de contrato administrativo especial a los que tengan por objeto los servicios y actividades a que se refiere el escrito de consulta, en particular, los servicios de cafetería y comedor”.

Por ello en el informe de 6 de julio de 2000 se sentaba la conclusión de que “reiterando criterios anteriores los servicios de cafetería y comedor deben configurarse como contratos administrativos especiales cuyo régimen jurídico se establece en los artículos 7 y 8 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

3. La anterior conclusión no puede quedar desvirtuada por la cita que se realiza en el escrito de consulta del artículo 89 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas que no se refiere –no podía referirse- a la naturaleza jurídica de los contratos de cafetería y comedor, sino al supuesto totalmente distinto de ocupación de espacios en los edificios administrativos y basta la lectura del precepto para confirmar dicha conclusión.

En efecto, el artículo 89 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas establece que “la ocupación por terceros de espacios en los edificios administrativos podrá admitirse con carácter excepcional, cuando se efectúe para dar soporte a servicios dirigidos al personal destinado en ellos o al público visitante, como cafeterías, oficinas bancarias, cajeros automáticos, oficinas postales u otros análogos o para la explotación marginal de espacios no necesarios para los servicios administrativos”.

La confusión que, al parecer, se produce en el Ayuntamiento consultante deriva del segundo párrafo del artículo citado en cuanto establece que esta ocupación habrá de estar amparada por la correspondiente autorización, concesión o “por un contrato que permita la ocupación formalizado de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”. Es preciso señalar que este contrato al que hace referencia la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas no puede ser el administrativo especial de prestación de servicios de cafetería y comedor, sino que se trataría, en su caso, por no ser un contrato vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante, satisfacer de manera directa o inmediata una finalidad pública de su específica competencia o haberlo declarado así una Ley, de un contrato patrimonial y, por tanto, privado, como puede ser el de arrendamiento del local al que hace referencia los artículos 5.3 y 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

4. En cuanto a la cuestión planteada de si subsiste el arrendamiento como forma de gestión de servicios públicos y, aunque se desconoce el alcance de la cuestión ya que los servicios de cafetería y comedor nunca pueden ser calificados como servicios públicos de competencia municipal, ha de darse una respuesta negativa a la misma ya que el artículo 156 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas omite la mención del arrendamiento como modalidad de la gestión de servicios públicos a diferencia de lo que sucedía con el artículo 85.4 d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, mención del arrendamiento, hoy derogada por la nueva redacción que al citado artículo 85 ha dado la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de Medidas para la Modernización del Gobierno Local.

Desde el punto de vista reglamentario se llega a idéntica conclusión de la derogación o supresión del arrendamiento como forma de gestión de los servicios públicos locales ya que la disposición derogatoria única del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, deja

subsistente el Título III del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, sólo en cuanto no se opongan a la ley y los artículos 138 a 142 del citado Reglamento que se refieren al arrendamiento, son contrarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto no menciona esta modalidad de gestión de servicio público.

5. En cuanto a las preguntas formuladas en el escrito de consulta con los números 3 y 4 merecen una respuesta sencilla, ya que el arrendamiento no es ningún contrato sino una modalidad de gestión de contratos de servicios públicos y, suprimido el arrendamiento, su régimen jurídico no puede subsistir como regulación específica y propia de aplicación preferente para los contratos de cafetería y comedor sobre edificios de entidades locales y todo ello, porque como se ha indicado, los servicios de cafetería y comedor no son servicios públicos de competencia local y porque el contrato patrimonial de arrendamiento de local no debe confundirse con los indicados servicios que se califican como contratos administrativos especiales.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa intentando dar respuesta a las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento de Canals entiende:

1º Que los contratos para la prestación de servicios de cafetería y comedor, reiterando criterios anteriormente expuestos, son contratos administrativos especiales, sin que esta calificación pueda ser alterada por el artículo 89 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, que se refiere a hipotéticos contratos patrimoniales sobre espacios o locales de edificios administrativos.

2º. Que debe considerarse derogado el arrendamiento como forma de gestión de servicios públicos locales al haber desaparecido su mención en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en la Ley reguladora de Bases del Régimen Local.

3º. Que el arrendamiento era una modalidad de gestión de contratos de servicios públicos, que ya no puede ser aplicada ni convertirse en regulación específica de contratos administrativos especiales.