



Expediente 87/18. Régimen jurídico del contrato de cafetería y restauración.

Clasificación del Informe: 2.1.5. Contratos de servicios. 2.1.6. Contratos administrativos especiales. 2.1.7. Concesiones de servicios. 2.3. Contratos o convenios excluidos. 14. Procedimiento de adjudicación. 14.3. Contratos menores.

ANTECEDENTES

La Alcaldesa-Presidenta del Excmo. Ayuntamiento de Baeza ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Se solicita a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa la emisión de dictamen sobre:

1º Si el contrato de un bar o restaurante en un bien de dominio público destinado a servicio público de piscina y polideportivo debe ser considerado contrato administrativo especial como en informes anteriores de la junta consultiva de contratación del Estado o con la nueva ley cambia esta posición y hay que considerarlo como contrato de servicio o contrato de concesión de servicios ya que el contratista cobra de los usuarios.

2º Si el contrato administrativo especial tiene procedimiento de adjudicación por contrato menor o no, ya que la ley no lo determina.”



CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La Alcaldesa de Baeza plantea a esta Junta Consultiva dos cuestiones en relación con los contratos de restauración que ocupan un bien de dominio público: primero, la cuestión de su calificación, bien como contrato administrativo especial o bien como contrato de servicios o de concesión de servicios; y segundo, la aplicación a los contratos administrativos especiales del procedimiento de adjudicación previsto para los contratos menores, de acuerdo con los artículos 118 y concordantes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

2. Sobre la primera cuestión, cabe recordar que hasta fechas recientes los contratos que tienen por objeto la explotación de un bar, cafetería o restaurante han sido calificados de manera constante por esta Junta Consultiva como contratos administrativos especiales. A este respecto cabe citar el informe 28/08, de 5 de julio, o el informe 25/12, de 20 de noviembre, que recopila los abundantes informes previos al respecto. Como se señala en el último informe, dicha calificación como contrato administrativo especial se sustentaba en dos argumentos:



- Primero, que los servicios de bar, cafetería y comedor no pueden calificarse como servicios públicos de competencia municipal, por lo que no les resulta de aplicación las reglas del contrato de gestión de servicios públicos.
- Segundo, que los citados contratos deben ser calificados como contratos administrativos especiales, por estar vinculados al giro o tráfico de la Administración contratante.

A pesar de esta línea ininterrumpida de informes en el anterior sentido, en nuestro informe de 2012 ya se advertía que este tipo de contratos encajaría en lo que el Derecho de la Unión Europea calificaba como concesiones de servicios en sentido amplio, que ya estaban previstas en las Directivas de contratación pública, pero que todavía se encontraban excluidas de su ámbito de aplicación en aquel momento. Ya en ese momento la Junta atisbaba la posibilidad de un relevante cambio en la materia que pudiera convertir estos contratos en concesiones.

En el momento presente, vigente ya la transposición de las directivas de 2014, cabría incluso pensar en la posibilidad de que este tipo de contratos pudieran constituir concesiones de servicios o, en su caso, contratos de servicios, toda vez que, como es conocido, 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, conclusión que advera la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su anexo IV cuando califica como servicios de hostelería y restaurante los siguientes:

- CPV 55510000-8 Servicios de cantina.
- 55511000-5 Servicios de cantina y otros servicios de cafetería para clientela restringida.
- 55512000-2 Servicios de gestión de cantina.

Esta conclusión es congruente con lo que ya establecimos en nuestro informe 36/2012, de 7 de mayo en que señalamos, con respecto a la legislación entonces aplicable, lo siguiente:

“Tal y como ya indicó esta Junta Consultiva en su informe 64/09, (...), la definición de contrato de servicios que hace el artículo 10 del TRLCSP pone de manifiesto, junto con la especificidad de la prestación que se define básicamente de forma negativa, la vinculación entre el concepto de contrato de servicios y las actividades clasificadas en las



diferentes categorías que se enumeran en el Anexo II del TRLCSP. Estas categorías deben completarse con la referencia al Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV) aprobado por Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, y que periódicamente es objeto de revisión (revisión que hasta la fecha se ha concretado en sucesivas modificaciones mediante el Reglamento (CE) nº 2151/2003, el Reglamento (CE) nº 213/2008 y el Reglamento (CE) nº 596/2009). Esta interpretación trae causa de las Directivas comunitarias de contratación pública que tradicionalmente vienen utilizando los códigos CPC y CPV para, junto con los umbrales cuantitativos de valor estimado del contrato, delimitar su ámbito de aplicación y, también, para definir el contrato de servicios.”

3. Podemos comprobar que las prestaciones que constituyen el objeto de estos contratos siguen sin encajar 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. Sin embargo, en la 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.



En efecto, la LCSP enumera el contrato de concesión de servicios dentro de los contratos administrativos típicos en su artículo 12 y lo define en el Artículo 15.1 que señala que *“El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio”*. Es importante destacar que el derecho de explotación de los servicios implicará, como elemento fundamental diferenciador de este tipo contractual frente al contrato de servicios, la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo 14 de la LCSP.

En definitiva, y teniendo en cuenta la amplia delimitación del objeto contractual del contrato de servicios, la prestación del servicio de bar, restaurante o cafetería en dependencias calificadas como dominio público no debe ser calificada 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, lo que se advierte si tenemos en consideración, por ejemplo, los pronunciamientos de diversos tribunales de recursos contractuales u otros órganos consultivos según los cuales la misma



especie de contrato ha sido calificada como un contrato de servicios o como una concesión de servicios.

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.

4. La anterior conclusión nos permite conocer en cuáles de las distintas categorías contractuales contenidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, puede incardinarse la prestación que enmarca la presente consulta.

No obstante, es conocido que los órganos de contratación disponen de una amplia capacidad para configurar sus relaciones jurídicas con terceros, de modo que el mecanismo del contrato público es sólo uno de los variados que en cada caso pueden emplearse. De hecho, en supuestos como el contemplado existe la posibilidad de que la entidad pública configure la relación jurídica de modo que elemento causal de la misma se aproxime más a la mera autorización del uso de un bien de dominio público que a la satisfacción de un fin de interés público competencia de la propia entidad en cuestión. En estos casos cabe pensar en la posibilidad de que la receptora del servicio que presta el sector privado no sea la propia entidad contratante sino que, antes al



contrario, el beneficiario único de la prestación de la actividad, además del usuario, sea el particular sin que la entidad pública tenga ni siquiera un interés remoto o difuso en la prestación de tal servicio.

En estos casos, parece razonable entender que la relación jurídica así concertada responde más al concepto de concesión demanial, cuya regulación se encuentra extramuros de la normativa contractual pública.

El artículo 89 de la LPAP deja clara la posibilidad de seleccionar entre los diversos sistemas existentes en estos casos cuando declara lo siguiente:

“La ocupación por terceros de espacios en los edificios administrativos del patrimonio del Estado 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.

Esta ocupación no podrá entorpecer o menoscabar la utilización del inmueble por los órganos o unidades alojados en él, y habrá de estar amparada por la correspondiente autorización, si se efectúa con bienes muebles o instalaciones desmontables, o concesión, si se produce por medio de instalaciones fijas, 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.”

No es fácil deslindar el contrato público de la concesión demanial. De hecho, existen múltiples aportaciones de la doctrina administrativa que escogen diferentes opciones para casos muy similares. En opinión de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado esta circunstancia tiene lógica si tenemos en cuenta que la calificación jurídica de cada relación jurídico-pública depende necesariamente de las características de las que se le haya dotado.

Para diferenciar ambas figuras conviene atender a varios factores. El primero de ellos radica en determinar si en la relación jurídica analizada predomina la finalidad pública que la Administración pretende conseguir o si debe prevalecer el interés privado consistente en el aprovechamiento económico privado que se obtiene por la instalación de un determinado negocio sobre un bien demanial. Tal conclusión resulta del considerando 15 de la Directiva 2014/23/UE según el cual una concesión en sentido estricto no puede ser definida como un negocio que se limita a conceder el derecho a explotar recursos de carácter público en que el poder adjudicador establece únicamente condiciones generales de uso pero sin contratar servicios específicos. Es el mismo criterio contenido en la Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2016. Esta definición, que no siempre es sencilla, exige delimitar nítidamente cuál es la verdadera causa de la actividad y analizar la intención de la entidad pública interviniente, de modo que mientras que en determinados supuestos la solución es clara, en otros nos encontramos con zonas grises, fronterizas entre el contrato y la concesión demanial.



Para tratar de aclarar esas zonas grises un buen elemento de análisis, aunque no el único, es valorar si la intención de la entidad pública es retener y ordenar jurídicamente la titularidad del servicio prestado. La determinación de si esto es así depende nuevamente de la redacción del instrumento jurídico que va a fijar el régimen aplicable a la relación jurídica observada, tanto en lo que hace a la delimitación de su objeto como a las condiciones de su ejecución.

Otro factor es el que permite deducir de quién proviene la iniciativa de la actividad, pues no es igual que la iniciativa sea pública, lo que puede demostrar un interés de la entidad pública y caracterizar *prima facie* la relación jurídica resultante como un contrato público, o que la iniciativa provenga de una solicitud del particular interesado, que puede llevarnos a pensar que estamos ante una autorización de uso del dominio público. En este sentido parece pronunciarse el considerando 14 de la Directiva 2014/23/UE.

Directamente relacionado con el anterior factor podemos inferir otro conexo cual es la fijación de la titularidad de la utilidad de la relación jurídica establecida. Dicho en otras palabras, la determinación de quién es el beneficiario de la misma. Si la beneficiaria es la entidad pública, aunque el servicio se preste a favor de los usuarios, estamos en presencia de un contrato público, mientras que si dicha utilidad sólo alcanza o beneficia al negocio privado en términos de rentabilidad o lucro, estaremos ante una concesión demanial.



Como se puede observar no es sencillo determinar si estamos en presencia de un contrato o de una concesión demanial. Son varios los factores que han de tenerse en consideración y la solución siempre depende de la forma en que se haya configurado la actividad por las partes intervinientes.

Todo lo anterior no es óbice para que esta Junta Consultiva recalque en este momento la conveniencia de aplicar en caso de duda la legislación de contratos del sector público, precisamente por ser la regulación más estricta y respetuosa con la concurrencia y porque las correspondientes adjudicaciones podrían llegar a tener una relevancia trasfronteriza.

5. Sentado lo anterior, siempre que estemos en presencia de contratos públicos, cabe resolver la última cuestión planteada y analizar la aplicación a este tipo de contratos del régimen previsto para los contratos menores.

Hay que tener en cuenta que la consulta se refiere únicamente a los contratos administrativos especiales, pero si resulta de la conclusión anterior que el régimen de aplicación a estos contratos es el del contrato de servicios o el de concesión de servicios, cabe plantearse también si a estos supuestos debemos aplicar las reglas de los contratos menores.

El artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, regula el expediente de contratación para los llamados contratos menores, señalando en su apartado 1 que *“Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate*



de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal". Por tanto, respecto de los contratos de servicios ninguna duda puede caber.

Respecto de los contratos administrativos especiales y de las concesiones la cuestión es más compleja. El tenor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, muestra la ausencia de una mención expresa tanto de los contratos administrativos especiales como de los contratos de concesión, ya sean de obras o de servicios. La ley recoge una mención expresa a determinados contratos típicos –contratos de obras, servicios y suministros- a los efectos de fijar el valor que determina la aplicabilidad del contrato menor. No cita ni a las concesiones ni a los contratos administrativos especiales.

Sin embargo, la falta de una mención expresa debe aparejar una conclusión diferente en cada supuesto. En el caso de las concesiones, por la propia naturaleza de las prestaciones que les son propias y por su complejidad intrínseca la única solución posible es que el sistema del contrato menor no resulta de aplicación. En el caso de los contratos administrativos especiales la conclusión ha de ser diferente.

6. La solución de la cuestión planteada nos exige partir del contenido del artículo 25 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, que caracteriza como contratos administrativos los 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.

Respecto de su régimen jurídico establece la ley que se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por sus normas específicas que, cuando las haya, son aplicables con preferencia y por la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público y sus disposiciones de desarrollo. Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Por su parte, el artículo 118 de la ley alude al expediente de contratación en contratos menores, caracterizando como tales a los de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

7. Este problema ya fue analizado en nuestro Informe 38/05, de 26 de Octubre, en el que se nos cuestionaba también sobre la posibilidad de utilización de la figura y régimen jurídico de los contratos menores en los contratos administrativos especiales. Señalamos entonces, bajo la vigencia del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo siguiente:

“En otro orden, cabe considerar el motivo que justifica tal exclusión está referido a la especialidad propia del objeto de tales contratos. Tanto los contratos de obras, como en los contratos de suministro, como en los de consultoría y asistencia



y en los de servicios su objeto está determinado por la Ley, característica que no sucede en los contratos de gestión de servicios públicos ni, especialmente, en los contratos administrativos especiales que, como en el artículo 5.2, letra b), se especifica, tienen un carácter residual respecto de los restantes contratos administrativos. Ante tal premisa, la exclusión de unos trámites tan importantes como es, entre otros, la determinación del objeto del contrato y el régimen de su aplicación y ejecución, que ha de expresarse en los pliegos, no puede apoyarse en la utilización de un sistema que el legislador no les ha atribuido de manera expresa.”

Según el criterio que expresamos entonces no existe en los contratos administrativos especiales, a diferencia de los contratos específicamente mencionados en el 118, esto es obras, servicios y suministros, una referencia del valor por debajo del cual resultaría aplicable este tipo de procedimiento. Por esta razón, concluíamos que sólo en los casos en que la regulación remita a la aplicación del régimen de los contratos menores resultará de aplicación el mismo.

8. El tenor de la ley muestra, ya lo hemos visto, esta misma ausencia de una mención expresa de los contratos administrativos especiales. Sin embargo, el criterio de esta Junta Consultiva no es el mismo que veníamos manteniendo. Es cierto que el régimen de los contratos menores es un régimen excepcional de selección del contratista que obvia gran parte de los trámites que caracterizan a los demás procedimientos de adjudicación del contrato por razón de su escasa cuantía. También lo es que la ley recoge una mención expresa a determinados contratos típicos. No obstante, la falta de una



mención expresa a los contratos administrativos especiales no debe aparejar la conclusión de que el sistema del contrato menor no resulta de aplicación a este tipo contractual específico. Antes al contrario, esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado entiende que la prestación propia que constituye este tipo de contratos administrativos especiales obedece a una obligación de contenido equivalente a la de los contratos mencionados en el artículo 118. Por tanto, la actividad contractual propia de los contratos administrativos especiales guarda una significativa semejanza con la prestación de un contrato típico de obras, servicios y suministros. Si el contrato menor es un contrato que se define por su cuantía y si el contrato administrativo especial es, como es obvio, también un contrato administrativo, no parece que la posibilidad de emplear la técnica del contrato menor le esté vedada *ex lege*, máxime si, como ya hemos señalado, las prestaciones que constituyen su objeto son muy próximas a las de los contratos administrativos típicos.

9. A todo lo anterior debe añadirse una segunda consideración relevante. Las reglas del contrato menor son de aplicación a los contratos administrativos especiales por virtud de lo establecido en el artículo 25 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que, en defecto de normas especiales, ordena la aplicación de las normas de la propia ley, incluidas las referentes al contrato menor.

10. Por otro lado, esta Junta Consultiva ha declarado la aplicabilidad de las reglas del contrato menor a los contratos privados, por ejemplo, en nuestro informe 57/18, de 2 de julio. No parece muy lógico que si el régimen de los contratos menores cabe para los contratos privados no pueda predicarse lo mismo de un tipo de contratos mucho más próximo a los contratos típicos



que menciona el artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Habrà de ser el òrgano de contrataci3n en cada contrato el que determine la procedencia del uso del contrato menor por cumplirse las condiciones legales que lo permiten y tambi3n cuàl es el umbral aplicable, el de las obras o el de servicios y suministros, atendiendo a las caracterìsticas de la prestaci3n que constituye el objeto del contrato.

En m3rito a las anteriores consideraciones jurìdicas la Junta Consultiva de Contrataci3n Pùblica del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES.

- El contrato consistente en la prestaci3n del servicio de bar, restaurante o cafeterìa en dependencias calificadas de dominio pùblico y retribuido mediante la explotaci3n del mismo, no debe ser calificado como contrato administrativo especial conforme a la nueva LCSP, sino como contrato de cesi3n de servicios en el caso de que concurra el requisito de la transmisi3n del riesgo operacional. En el caso de que este ùltimo requisito no concurra se calificarà como contrato de servicios.
- La forma en que se hayan establecido las condiciones del instrumento que regula la relaci3n jurìdica establecida entre la entidad pùblica y el administrado puede, bajo ciertas condiciones, determinar que estemos en presencia de una cesi3n demanial.



- Si el contrato se tramita como un contrato de concesión de servicios no podrá aplicarse el régimen jurídico de los contratos menores previsto en el artículo 118 de la LCSP. Si se califica como contrato de servicios se podrá aplicar dicho régimen jurídico si su valor estimado no supera los 15.000 euros.
- En el caso de los contratos administrativos especiales sí es aplicable la regulación del contrato menor.