

Informe 5/96, de 7 de marzo de 1996. "Carácter de los contratos para la prestación de servicios o actividades susceptibles de explotación económica que se consideran de interés y necesarias para los miembros de la comunidad universitaria".

8.1. Otros informes. Conceptos generales.

ANTECEDENTES

Por el Rector de la Universidad Autónoma de Madrid se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Hasta fechas recientes, esta Universidad ha venido instrumentando sus relaciones con particulares, para la prestación de servicios o actividades susceptibles de explotación económica que se consideran de interés y, en cierto modo, necesarias para los miembros de la comunidad universitaria, tales como: servicios de cafetería y restauración, actividades de librería, actividades de venta de artículos deportivos, actividades de explotación de instalaciones deportivas (piscina) etc., mediante contratos administrativos de carácter especial, en aplicación de las disposiciones contenidas en el art. 4.2 de la derogada Ley de Contratos del Estado que atribuía naturaleza administrativa especial a los contratos innominados, siempre que su objeto estuviera vinculado al servicio público o se considerase que por sus características fuese necesaria una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato.

Las características principales de los referidos contratos son las siguientes:

- El objeto de tales contratos es el desarrollo de una actividad, susceptible de explotación económica por particulares contratistas.*
- Dichas actividades se llevan a cabo en determinadas instalaciones o locales demaniales de la Universidad, habilitados al efecto para la prestación de tales servicios o actividades.*

Los usuarios de tales servicios o destinatarios de dichas actividades son los miembros de la comunidad universitaria (alumnos, profesores y personal de administración y servicios), no la Universidad en cuanto Entidad pública, quienes abonan los precios de los servicios o productos adquiridos, fijados contractualmente por la Universidad.

Tales contratos no son financiados por la Universidad en cuanto ésta, como tal, no es perceptora o usuaria de las prestaciones objeto de los mismos. Al contrario, la Universidad percibe un canon para la explotación de tales actividades en los locales e instalaciones de la que es titular, en cuanto se tratan de bienes que tienen carácter de demaniales, por estar afectados al servicio público de la educación superior.

Tales contratos se adjudican por concurso público y se rigen por los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que se aprueban al efecto y subsidiariamente, en defecto de normas específicas que los regulen por las disposiciones que sean aplicables del contrato de gestión de servicios públicos, en cuanto dichas disposiciones son más adecuadas para la contratación de tales actividades susceptibles de explotación económica por los particulares.

Ahora bien, con la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y la regulación que en el art. 5 b) de la misma se hace de los contratos administrativos especiales, que los caracteriza como aquéllos cuyo objeto es distinto a los nominados "pero que tienen naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública de la

específica competencia de aquélla o por declararlo así una Ley", surgen serias dudas sobre la posible naturaleza administrativa de tales contratos, en cuanto que, por su objeto, resultaría muy forzado considerarlos vinculados a las actividades o funciones específicas de la Universidad (la docencia, el estudio y la investigación), y menos aún para satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla (el servicio público de la educación superior), tal como exige el mencionado art. 5.b) de la expresada Ley para considerar a tales contratos de naturaleza administrativa.

Por todo ello, se solicita informe de ese Órgano consultivo respecto al asunto planteado, solicitando que se nos indique si los futuros contratos a celebrar, de tales características, deben instrumentarse como contrato de naturaleza privada, en virtud de lo dispuesto en el art. 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, o sería más adecuado adjudicar una concesión demanial, previo concurso celebrado al efecto, para la explotación de tales actividades en las dependencias universitarias, que se regularían mediante el correspondiente documento de otorgamiento de la concesión".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar en el examen de la cuestión suscitada en el escrito de consulta del Rector de la Universidad Autónoma de Madrid conviene precisar que, aunque la misma pretende enlazarse con la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, idéntico tratamiento y solución debía recibir con arreglo a la legislación de contratos del Estado, derogada en parte, ya que la caracterización y la determinación de normas aplicables a los contratos administrativos tipo (obras, gestión de servicios públicos, suministro, asistencia con empresas consultoras y de servicios y trabajos específicos y concretos no habituales), a los restantes contratos administrativos denominados especiales y a los contratos privados de la Administración no han sido modificadas, más que en aspectos de detalle, y en la utilización de distintas expresiones para caracterizar a los contratos administrativos especiales por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la cual, por otra parte, como es obvio, no ha introducido, ni podía introducir, modificación alguna en el régimen jurídico de las concesiones demaniales que escapan a su regulación concreta.

2. Sentado lo anterior, resulta perfectamente aplicable a lo que en el escrito de consulta se caracterizan como prestación de servicios o actividades susceptibles de explotación económica la doctrina de esta Junta en cuanto a la explotación de los servicios de cafetería y comedor de las Administraciones Públicas.

En el informe de 10 de julio de 1991 (Expediente 14/91) esta Junta manifestaba lo siguiente:

"- Ante todo, debe precisarse que, tal como se desprende del escrito de consulta, con la expresión "servicios de cafetería y comedor" se está aludiendo al tipo de contratos, en los que la Administración, sin pagar precio por los mismos, contrata la prestación de estos servicios en favor de usuarios distintos de la propia Administración, como pueden ser por ejemplo, funcionarios, estudiantes, o público en general, dado que si el objeto del contrato es una prestación que se realiza a la propia Administración, con la contraprestación por parte de ésta del pago de un precio, el contrato entra de lleno en el concepto de los de servicios regulados por el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, y sus disposiciones complementarias, sin que, en consecuencia, para éste último tipo de contratos existan dificultades en la determinación de su régimen jurídico.

- Por el contrario, es debatida la naturaleza jurídica de los denominados contratos de prestación de servicios de cafetería y comedor, cuya calificación depende fundamentalmente de su contenido contractual. Así esta propia Junta, en su informe

de 25 de septiembre de 1964 (Expediente 79/1964) mantuvo el criterio de que el servicio de cafetería instalado en el edificio de un Ministerio no es un servicio público y que el contrato para su explotación es de derecho privado, y la entonces Dirección General de lo Contencioso del Estado (informe de 30 de abril de 1979, reiterado el 29 de septiembre de 1983 y el 12 de junio de 1984) manteniendo igualmente el carácter de derecho privado de estos contratos, sostuvo que se trataba de una figura contractual compleja, en la que, por una parte, existen los elementos de un contrato de arrendamiento de cosas (cesión, mediante precio, del uso de un local) y, por otra, los propios de contratos de gestión de servicios (el cesionario del local se obliga a prestar en el mismo el servicio de cafetería con sujeción a los precios y demás condiciones que fija la Administración).

- Por ello como primera conclusión de este informe puede sentarse la de que los contratos para la prestación de servicios de cafetería y comedor no son propios contratos de servicios de los regulados en el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, sin que, en consecuencia lo sean de aplicación directa las normas contenidas en dicho Decreto y sus disposiciones complementarias.

- Con la conclusión negativa sentada queda pendiente, sin embargo, la de perfilar el régimen jurídico aplicable a estos contratos, a cuyo efecto, debe afirmarse, como lo hizo esta Junta en su informe de 28 de febrero de 1985 (Expediente 10/1985) que resulta indiferente la naturaleza jurídica de la relación contractual, pues según resulta del artículo 4 de la vigente Ley de Contratos del Estado, ya se trate de contratos administrativos especiales, ya se trate de contratos privados, en cuanto a su preparación y adjudicación se regirán por sus normas administrativas especiales, en este caso inexistentes, y, en su defecto y por analogía, por las normas de la legislación de contratos relativos a los contratos administrativos típicos, es decir, los de obras, gestión de servicios públicos, suministros, con empresas consultoras y de servicios y para trabajos específicos y concretos, no habituales, pues a éstos dos últimos tipos de contratos debe entenderse hecha también la referencia del artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado, aunque, obviamente, por su rango y por su fecha, no pudo comprender ni el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, ni el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio.

- Resulta por tanto, que las normas del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, y disposiciones complementarias, así como las relativas al resto de contratos administrativos serán aplicables, al menos en cuanto a su preparación y adjudicación, a los contratos para la prestación de servicios de comedor y cafetería, pero esta aplicación, por dicción, expresa del artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado, es puramente analógica, lo que excluye la de aquellas normas concretas incompatibles con la naturaleza de estos contratos, como son las que se citan en el escrito de consulta, especialmente, las relativas a clasificación de contratistas a las que posteriormente se aludirá.

- Resulta superfluo indicar que, en cuanto a sus efectos y extinción, el sometimiento de estos contratos a régimen de Derecho privado o de Derecho administrativo,, dependerá del criterio que se mantenga acerca de su naturaleza jurídica, que, como hemos indicado, dependerá esencialmente del contenido de cada contrato".

Después de resaltar que los criterios expuestos habían sido tenidos en cuenta en la modificación de la normativa sobre clasificación de empresas consultoras y de servicios (Orden de 30 de enero de 1991 y Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 10 de mayo de 1991 publicado en el Boletín Oficial del Estado de 18 de junio de 1991) el citado informe de 10 de julio de 1991 sentaba la conclusión de que los contratos que celebre la Administración para la prestación de servicios denominados de cafetería y comedor, en los que no se abona precio por la misma, no son contratos regulados por el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, cuyas normas, a falta de otras especiales, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de estos contratos, en cuanto a su

preparación y adjudicación se regirán por las normas de la legislación de contratos del Estado, relativas a los restantes contratos administrativos.

Sustituyendo la cita del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, por la del Título IV, Libro II de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y generalizando los razonamientos relativos a los contratos de cafetería y comedor a los restantes servicios y actividades que se enumeran en el escrito de consulta se puede sentar como conclusión que, igual que en la legislación anterior, al amparo de la citada Ley 13/1995, de 18 de mayo, dichos servicios y actividades pueden 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.

3. 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 aquellos declarados de tal carácter por una Ley, los directamente vinculados al desenvolvimiento regular de un servicio público o lo 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, 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.

4. Para finalizar el examen de la cuestión suscitada debe aludirse a la posibilidad expresamente consignada en el escrito de consulta de utilizar la figura de la concesión demanial para la prestación de los servicios y actividades que se consignan. Aunque en términos generales esta Junta entiende que no puede ser descartada la figura de la concesión demanial, también entiende que, por su propio concepto, debe limitarse a

aquellos supuestos en que se produce exclusivamente la cesión del local o del espacio de dominio público para que las instalaciones o construcción que realice el concesionario reviertan, al extinguirse la concesión, a la Administración contratante, pero que no puede aplicarse a supuestos en que, como se indica en el escrito de consulta, las instalaciones o locales demaniales están "habilitados al efecto para la prestación de tales servicios o actividades", pues en estos casos se trata de algo más que la cesión de un local o espacio de dominio público, que debe articularse a través de la figura del contrato y no de la concesión demanial. En todo caso la concesión demanial no quedaría sujeta la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino a las normas específicas que la regulan.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

- 1.** Que reiterando criterios de anteriores, informes, considera que los servicios de cafetería y comedor, en general los enumerados en el escrito de consulta, deben ser concertados por la Universidad a través de contratos que, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se regirán por las normas que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dedica a los contratos administrativos, en cuanto a su preparación y adjudicación.
- 2.** Que las nuevas expresiones utilizadas por el artículo 5.2 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para caracterizar a los contratos administrativos especiales, por su amplitud, no suponen obstáculo a la caracterización como tales de los contratos que tengan por objeto los servicios de cafetería y comedor y, en general, los consignados en el escrito de consulta.
- 3.** Que la figura de la concesión demanial debe quedar relegada a supuestos que encajen en su concepto, sin que resulte aplicable a la misma la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino su normativa específica.