



Debate actual sobre la naturaleza jurídica de los contratos de explotación de bar, cafetería y restauración en inmuebles de dominio público. Especial referencia al ámbito militar y de la Guardia Civil

Sonia Aranda Soria

*Oficial del Cuerpo Militar de Intervención
Doctora en Contabilidad y Finanzas por la Universidad de Zaragoza*

<https://orcid.org/0000-0001-9562-8893>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Juan Antonio Xiol Ríos, doña Lucía Casado Casado, don Gabriel Doménech Pascual, doña Alicia González Alonso, don José Damián Iranzo Cerezo y don Fabio Pascua Mateo.

Extracto

Es posible la cesión gratuita a terceros de parte de espacios en los edificios administrativos del patrimonio del Estado 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. La naturaleza jurídica de este tipo de contratos ha sido largamente discutida por la doctrina, reavivándose de nuevo el debate en la actualidad al ser traspuestas las directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE al derecho español, tras la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público e introducir una nueva figura contractual, la del contrato de concesión de servicios.

Este trabajo analizará la evolución de las diferentes calificaciones que han tenido los contratos de bar, cafetería y restauración en sede pública, concretamente en acuartelamientos militares y de la Guardia Civil, así como sus argumentaciones legales, con el objetivo de intentar argumentar cuál sería el mejor encaje jurídico entre los diferentes tipos de contratos existentes, determinando por tanto la normativa que rige su existencia y marco del control de legalidad.

Palabras clave: naturaleza jurídica; servicios sin coste; concesión de servicios; riesgo operacional.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Aranda Soria, S. (2022). Debate actual sobre la naturaleza jurídica de los contratos de explotación de bar, cafetería y restauración en inmuebles de dominio público. Especial referencia al ámbito militar y de la Guardia Civil. *Revista CEFLegal*, 254, 97-124.



Current debate on the legal nature of contracts the operation of a bar, cafeteria and restoration in public domain properties. Special reference to the military and Civil Guard

Sonia Aranda Soria

Abstract

It is possible the free transfer to third parties of part of the spaces in the administrative buildings of the State heritage to support services aimed at the personnel assigned to them or the visiting public, such as cafeterias, bank offices, ATMs, post offices or other similar ones. The legal nature of this type of contract has been long debated by the doctrine, reigniting the debate at present being transposed Directives 2014/23/EU and 2014/24 / EU to Spanish law after the approval of Law 9/2017, of November 8, of public sector contracts and introduce a new contractual figure, that of the service concession contract.

This work will analyze the evolution of the different qualifications that bar, cafeteria and restaurant contracts have had in public headquarters, specifically in military barracks and Civil Guard, as well as their legal arguments, with the aim of trying to argue which would be the best fit between the different types of existing contracts, thus determining the regulations that govern their existence and the framework of legality control.

Keywords: legal nature; free services; service concesión; operational risk.

Citation: Aranda Soria, S. (2022). Debate actual sobre la naturaleza jurídica de los contratos de explotación de bar, cafetería y restauración en inmuebles de dominio público. Especial referencia al ámbito militar y de la Guardia Civil. *Revista CEFLegal*, 254, 97-124.



Sumario

1. Introducción
 2. Gestión de los servicios públicos
 3. Recorrido por las diferentes calificaciones del contrato de bar, cafetería y cocina comedor en instalaciones públicas
 - 3.1. Cesión patrimonial
 - 3.2. Contrato administrativo especial
 - 3.3. Debate actual: contrato de servicios frente a contrato de concesión de servicios
 - 3.3.1. Delimitación de contrato de servicios y concesión de servicios
 - 3.3.2. Procedimientos de adjudicación del contrato de bar, cafetería y restauración en suelo público; contrato de servicios versus contrato de concesión de servicios
 - 3.3.3. Delimitación de los tres factores clave diferenciadores
 - 3.3.3.1. La forma de retribución del contrato
 - 3.3.3.2. Transferencia del riesgo operacional
 - 3.3.3.3. La configuración de las relaciones jurídicas de la Administración con terceros
 4. Aplicación práctica. Analizando la naturaleza jurídica de los contratos de bares, cafeterías y restauración en dominio público militar y de la Guardia Civil
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

El servicio público, como eje central del derecho administrativo, se puede definir según la doctrina tradicional como «el servicio técnico prestado al público de manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial (derecho público o privado según corresponda)». La tipología existente de servicios públicos es muy amplia y diversa, y abarca desde servicios esenciales como la seguridad pública, de la cual depende la propia existencia del Estado, hasta los servicios educativos y sanitarios, de transporte, de comunicaciones, etc., así como otro tipo de servicios no tan destacables. En esta última categoría debemos encuadrar los contratos objeto de análisis de este trabajo, como es el servicio de cafetería y restauración en edificios públicos, centrándonos en el ámbito militar y de la Guardia Civil. Su existencia, si bien no es tan trascendente ni importante para los usuarios como pueden ser otros, la realidad es que en el día a día no se puede negar su existencia y su finalidad práctica, fundamentalmente para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Fuerzas Armadas, ya que con esta prestación se pretende ofrecer al personal que desarrolla sus funciones en sus acuartelamientos (a menudo alejados del núcleo urbano) un espacio adecuado en el que, sin perjuicio del cumplimiento del horario establecido y demás obligaciones derivadas del servicio, se pueda disponer *in situ* de la posibilidad de recibir un tipo de servicios de alimentación. Lo anterior redundaría, además, en una mayor disponibilidad del personal, a la vez que implica una mejora en la seguridad del mismo, al evitarse desplazamientos al exterior de los acuartelamientos de grupos de personas uniformadas.

Sin embargo, la verdadera razón por la que he elegido este tema se debe a que la naturaleza jurídica de este tipo de contratos ha sido largamente discutida por la doctrina, reavivándose de nuevo el debate en la actualidad al ser traspuestas las directiva 2014/23/UE y 2014/24/UE al derecho español tras la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) e introducir una nueva figura contractual, la del contrato de concesión de servicios.

A continuación se analizará la evolución de las diferentes calificaciones que han tenido los contratos de bar, cafetería y restauración en sede pública, así como sus argumentaciones legales, con el objetivo de intentar argumentar cuál sería el mejor encaje jurídico entre los diferentes tipos de contratos existentes, determinando por tanto la normativa que rige su existencia y el marco del control de legalidad.

2. Gestión de los servicios públicos

En la definición de servicio público se determina que es de titularidad de la Administración pública. Y así es, pero ello no significa que su gestión deba realizarse directamente por ella, sino que incluso puede ser gestionado por el sector privado.

Las formas de gestión de los servicios públicos son de dos tipos:

1. Gestión directa: Es la propia Administración titular del contrato la que gestiona su propio servicio.

Hace 30 años, sí que era corriente que la gestión de la cantina de los acuartelamientos situados en zonas sensibles al terrorismo en España fuera gestionada por personal militar, policías o guardias civiles. Todo ello justificado por razones de seguridad.

En la actualidad, la gestión directa es casi inexistente y la tendencia es su cambio hacia formas de gestión indirecta.

2. Gestión indirecta: Un ente privado gestiona el servicio público.

La nueva Ley de contratos ha cambiado. El esquema de esta categoría de gestión ha pasado a ser la siguiente:

- Modos de gestión contractual, entre los que se encuentra el nuevo contrato de concesión de servicios, y, por otro lado, se encuentra el contrato de servicios.
- Modos de gestión no contractual previstos en la disposición adicional cuadragésima novena de la Ley 9/2017.

En todas estas categorías en la actualidad está encuadrado el contrato objeto de estudio, en diferentes informes de abogados del Estado que han abordado el estudio de la naturaleza jurídica de nuestra prestación, con ocasión del preceptivo informe que han de remitir sobre los respectivos pliegos de cláusulas administrativas particulares (art. 122.7 LCSP).

3. Recorrido por las diferentes calificaciones del contrato de bar, cafetería y cocina comedor en instalaciones públicas

La evolución de la legislación española va acompañada de diferentes enfoques a la hora de determinar la naturaleza jurídica de este tipo de contratos.

Vamos a conocer qué calificación ha tenido, así como su fundamento jurídico, y sobre todo el momento del tiempo en el que tuvo lugar, distinguiendo fundamentalmente dos etapas: antes y después de la LCSP actual. Pero es importante destacar que, pese a esta división temporal, no existe unanimidad de criterio en ninguna de las etapas, conviviendo para un mismo tipo de prestación varias formas de calificarlo jurídicamente. En concreto revisaremos la doctrina existente sobre su calificación como cesión patrimonial, contrato administrativo especial, contrato de servicios y contrato de concesión de servicios. La importancia de catalogarlo en un grupo u otro es fundamental, ya que determinará las normas de preparación, adjudicación, efectos y extinción del expediente por las que debe regirse, y ello determina el contenido y las funciones del control a realizar.

3.1. Cesión patrimonial

El artículo 89 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas (en adelante LPAP), permite expresamente la ocupación por particulares de espacios en edificios administrativos:

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.

Sigue el artículo 90 de la LPAP que la autorización demanial se utiliza regularmente para legitimar la ocupación por terceros de espacios en inmuebles de titularidad administrativa con el fin de prestar servicios a los empleados públicos o a los visitantes, siendo las cafeterías un ejemplo ideal.

La calificación de la prestación como concesión demanial daría lugar, de acuerdo al artículo 9 de la LCSP, a la no aplicación de las normas contractuales del mismo texto legal. Sin embargo, no es tarea fácil determinar cuándo se debería aplicar la legislación contractual y cuándo la patrimonial.

De ello se encargó el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 153/2017, de 17 de mayo de 2017, llegando a la conclusión de que conocer el fin en sí mismo de la celebración de este negocio jurídico servirá para deslindar un contrato administrativo de una concesión demanial, ya que si lo que prevalece en la prestación es la obtención de un interés o finalidad pública, aunque el usuario sea privado o los empleados públicos, estaremos frente al primer caso; sin embargo, si lo que prevalece es el interés privado en la explotación de un negocio o actividad, generalmente lucrativa, que requiere la ocupación privativa de un bien de dominio público o de un bien patrimonial de la Administración, será una concesión patrimonial.

Con base en lo anterior, y aplicando dicho criterio a nuestro caso concreto analizado (cafetería y restauración en acuartelamientos militares o de la Guardia Civil), se observa que la Administración pública no se limita únicamente a autorizar el uso privativo del local, bienes muebles y utensilios necesarios para el ejercicio de la prestación de dicho servicio para que el adjudicatario realice un negocio lucrativo, sino que se implica en el desarrollo de las condiciones en las que se va a ejercer dicha actividad, estableciendo condiciones de apertura, horarios, regulando la limpieza de instalaciones, asegurándose precios más competitivos que en el mercado etc., ya que su fin es dar un mejor servicio público a los usuarios de la cafetería-restauración, que son sus propios empleados públicos. Según este razonamiento, estaremos ante un contrato administrativo, ante la persecución de un fin público, y por tanto estaríamos sujetos a las normas contractuales.

El razonamiento anterior es muy didáctico y claro, dejando únicamente la concesión demanial para casos muy tasados, como puede ser el arrendamiento de instalaciones públicas para actividades privadas o la cesión de tierras públicas para la explotación exclusiva del arrendatario, es decir, en aquellos casos en los que el beneficiario del bien o servicio público es un negocio privado en términos de rentabilidad o lucro. Sin embargo, aún en esos casos de prestación tan extremos, siempre se puede hacer alguna vinculación a la realización de un fin o interés público.

La Junta Consultiva, indica en Informe de Expediente 87/2018, se decanta por la legislación de contratos del sector público, frente a su calificación como concesión patrimonial de los servicios de cafetería, por ser la regulación más estricta y respetuosa con la concurrencia y porque las adjudicaciones pueden llegar a tener una relevancia transfronteriza.

Es verdad que actualmente la calificación como concesión demanial de una bar/cafetería y restaurante con sede en suelo público es muy minoritaria, pero sigue existiendo. En la plataforma de contratación del Estado hay publicados 20 contratos de este tipo, de escasa cuantía y siendo la ayuntamientos los órganos que realizan la concesión patrimonial.

No hay datos publicados en la Plataforma Contratación del Estado de las cesiones patrimoniales firmadas entre los años 2014 y 2017 (a. i.) y no era obligatorio. A partir del 2018, año de la entrada en vigor de la LCSP, ya se publican datos, y si se comparan los mismos con los registrados en 2019, se observa como esta figura caen en desuso.

3.2. Contrato administrativo especial

Ya durante la vigencia de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado calificaba como contrato administrativo especial los servicios de cafetería y restauración en suelo público, argumentando que los servicios de cafetería y comedor no podían calificarse como servicios públicos de competencia estatal, por lo que no les resultaba de aplicación las reglas del contrato de gestión de servicios públicos, así como por la asunción del riesgo de la actividad por el contratista, unido a que estaban vinculados al giro o tráfico de la Administración contratante. A este respecto, cabe recordar los informes de 10 de julio de 1991 (expediente 14/91), 7 de marzo de 1996 (expediente 5/96), 6 de julio de 2000 (expediente 67/99), 11 de abril de 2000 (expediente 3/00), 25 de junio de 2005 (expediente 24/05) y 28 de julio de 2007 (expediente 28/07).

Las anteriores afirmaciones se mantuvieron con la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF, en adelante), y así lo corrobora el Informe 25/2012, de 20 de noviembre:

Los servicios de cafetería y comedor, en los que la retribución consiste en el derecho a explotar dicho servicio, deben ser calificados como contratos administrativos especiales. En su virtud, el régimen jurídico aplicable a su preparación, adjudicación y extinción será el dispuesto con carácter general para los contratos administrativos en el TRLCSF.

Este argumento fue apoyado por la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía 10/2010, de 15 de octubre, y las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 192/2011, de 20 de julio; 29/2014, de 17 de enero, y 239/2015, de 23 de marzo.

Ese era el criterio general de actuación, sin embargo no había unanimidad de criterio ya entonces. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su informe 19/2008, de 4 de septiembre, calificó como contrato de servicios los pliegos relativos a los servicios de bar, cafetería y restaurante de la Universidad de Zaragoza. Dicho informe fundamenta su argumento de cambio de criterio en el carácter residual de la categoría de contrato administrativo especial. Este mismo criterio siguió el Tribunal Ad-

ministrativo de Contratos Público de Aragón, ya que en su Acuerdo 34/2014, de 20 de junio, argumentó su postura, apuntando que en el anexo II del TRLCSP, relativo a la categoría de contrato de servicios al que refería el artículo 10 del mismo texto legal, se encontraba en la categoría 17 «Servicios de hostelería y restaurante», con número 64 de referencia CPP, y números de referencia de 55000000-0 a 55524000-9, y de 93400000-2 a 93411000-2 del Reglamento (CE) 213/2008, por el que se modifica el Reglamento 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, que aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), que entrará en vigor el 15 de septiembre de 2008.

También podemos encontrar el informe de la JCCA 36/2012, de 7 de mayo, en este sentido:

La definición de contrato de servicios que hace el artículo 10 del TRLCSP pone de manifiesto [...] 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) (Reglamento CE) n.º 596/2009. Esta interpretación trae causa de las Directivas comunitarias de contratación pública que tradicionalmente vienen utilizando los códigos CPOC 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.

De todas formas, la calificación del contrato de cafetería como contrato administrativo de servicios o administrativo especial tampoco suponía grandes diferencias en la tramitación de expedientes. Ambos se podían adjudicar por procedimiento abierto, restringido o negociado, dependiendo de las características específicas de cada contrato de acuerdo a los requisitos marcados por la ley. Lo único es que a los administrativos especiales no les es de aplicación lo dispuesto para los contratos menores, y que en su regulación prevalece la normativa específica, y en su defecto la normativa contractual y administrativa.

En la actualidad, con la nueva LCSP la delimitación de los tipos contractuales y la calificación de los contratos están condicionadas por las definiciones que hacen las directivas 2014/23/UE, de concesiones y 2014/24/UE, de contratación pública.

Los contratos administrativos especiales están recogidos en el artículo 25.1 de la LCSP, de acuerdo con el cual:

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

a) Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. [...]

b) Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

Es una definición negativa, puesto que el concepto de contrato administrativo especial se establece por contraposición a los contratos típicos (contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios). La calificación como contrato administrativo especial precisa descartar previamente la posibilidad de inclusión en alguno de los tipos contractuales regulados en las directivas de contratación y en la LCSP, y con el nuevo texto contractual, sí parece que los contratos de cafetería y comedor en instalaciones públicas tengan cabida en una figura de contrato administrativo típico.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado recientemente sobre la naturaleza jurídica del contrato objeto de estudio, indicando en el Informe de 4 de marzo de 2019 (Exp. 87/2018) que ya no deben ser calificados como contratos administrativos especiales. El Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales determina que este tipo de contratos no debe ser calificado como administrativo especial a partir de la entrada en vigor de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, sino como contrato de servicios o concesión de servicios.

Es decir, en la actualidad, la figura de contrato administrativo especial es bastante residual, por lo menos aparentemente, y pese a la negación expresa anterior de la Junta Consultiva a calificar así los contratos de cafetería-comedor, a día de hoy se sigue utilizando. Es más, observando los datos publicados en la PCE podemos afirmar que esta figura que en teoría debería ser minoritaria, en la práctica no lo es tanto y que tras la entrada en vigor de la normativa contractual actual así como el informe de la Junta Consultiva citado no han servido para desechar esta figura en su calificación.

Existen publicados en la PCE 195 expedientes con CPV de servicios de cantina, algunos ya adjudicados y finalizados (el más antiguo publicado es del 2014) y otros todavía en licitación.

El punto alto de su utilización fue en 2019, fecha posterior a la entrada en vigor de la legislación contractual y el informe de la Junta Consultiva. Se observa un gran descenso de

uso a partir de 2020, pero puede deberse a una disminución de contratos públicos en general derivados de la pandemia mundial. Los órganos de contratación que siguen utilizando esta figura son variados: ayuntamientos, diputaciones, direcciones generales, subdirecciones generales, direcciones de centros penitenciarios, etc., pero destaca su uso por algunas jefaturas de asuntos económicos y jefatura de secciones económico-administrativas militares.

3.3. Debate actual: contrato de servicios frente a contrato de concesión de servicios

La delimitación conceptual de los contratos públicos ha variado sustancialmente con la trasposición al Derecho español, mediante la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, de la Directiva 2014/24/UE, que amplía el ámbito de los contratos de servicios, y de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que define y regula los contratos de concesión de servicios. Ello ha supuesto que los contratos que estamos analizando tengan ya, sin duda, la consideración de contratos administrativos típicos; sin embargo lo que no queda tan claro es su clasificación como contrato de servicios o de concesión de servicios. De hecho la tipificación de un tipo u otro en la actualidad convive, y así se publica en la plataforma de contratación del Estado. Hay publicados con CPV 55510000 (servicios de cantina) como contrato de servicios 275 expedientes en diferentes fases, con antigüedad de 2014 a 2020, y como contrato de concesión de servicios hay 157 expedientes finalizados y en proceso, desde la entrada en vigor de la nueva LCSP en 2019.

En primer lugar, analizaremos los conceptos para intentar deslindar ambos y conocer así el mejor encaje de nuestro contrato.

3.3.1. Delimitación de contrato de servicios y concesión de servicios

Nos acercaremos a la perspectiva del derecho comunitario.

Así, la Directiva 2014/24/UE, en su definición del contrato de servicios recogida en el artículo 2.1, 8, ya no enumera una relación de prestaciones que pueden considerarse servicios, sino que se da a este tipo de contratos un contenido residual, es decir, serán calificados como servicios cuando no sean ni contratos de obras ni contratos de suministro. No regula a los contratos públicos de servicios en un solo precepto, sino que su definición es el resultado de diversas notas contenidas en diversos artículos, de manera que está definido como un contrato oneroso, celebrado por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la prestación distinta a la de obras (art. 2.1.5, 6, 7 y considerando 8 de la directiva) y suministro.

En el artículo 17 de la vigente LCSP se hace una definición del contrato de servicios acorde con el derecho comunitario:

Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

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

El artículo 22.1 c) de la LCSP se remite al anexo IV de este mismo texto legal y recoge como contrato de servicios los de hostelería y restaurante, mediante los propios códigos CPV (servicios de cantina y otros servicios de cafetería de clientela restringida y servicios de gestión de cantina), que están sujetos a regulación armonizada cuando superen los 750.000 euros. Ello nos puede hacer pensar que esta es la forma correcta de calificar este tipo de contratos, ya que si la propia LCSP califica los contratos de cantina y otros servicios de cafetería para clientela restringida (que es lo que suele pasar, por ejemplo, en los establecimientos de acuartelamientos militares o de la Guardia Civil) como contrato de servicios sujetos a regulación armonizada, cabe afirmar que aunque no superen dicho umbral, seguirán siendo contratos de servicios, pero no sujetos a regulación armonizada.

Pero el tema no es tan sencillo ya que, el artículo 135.5 y la disposición adicional trigésima sexta de la propia LCSP se refieren a los contratos contemplados en el mencionado anexo IV del artículo 22.1 c) como contratos de concesión de servicios especiales, con lo cual es una propia contradicción de la propia ley al calificarlos de ambos tipos indistintamente, lo cual da lugar a confusión.

La definición de concesión administrativa en la Directiva 2014/23/UE figura en su artículo 5:

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) «concesiones»: las concesiones de obras o servicios, con arreglo a las definiciones contempladas en las letras a) y b) [...]

b) «concesiones de servicios»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro o ambos.

En consonancia con la regulación anterior comunitaria, en nuestro derecho interno se regula en el artículo 15 de la LCSP:

1. 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.
2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.

En el mismo sentido el artículo 284.1 de la LCSP dispone que

la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

La doctrina ha señalado que el contrato de concesión de servicios acoge dos objetos posibles:

- a) Los contratos que integran prestaciones que en sí mismas constituyen servicios públicos, satisfaciendo las necesidades de los usuarios, bajo criterios de generalidad e igualdad y en condiciones de continuidad y regularidad, y se corresponden con obligaciones y competencias atribuidas a las Administraciones públicas. Este sería el caso de algunos servicios sujetos a tarifas abonadas por los usuarios.
- b) Los que integran otras prestaciones recibidas efectivamente por los ciudadanos pero cuya gestión no responde a un mandato vinculado directamente con competencias de la Administración, por lo que no cabe identificarlas propiamente como servicios públicos, que es el caso de los servicios existentes en edificios públicos, como los de cafetería, restauración o prensa, que se caracterizan porque no suponen el ejercicio de competencias públicas, reportan utilidades a terceros y son susceptibles de explotación económica con transferencia de riesgo operacional al contratista.

El Tribunal de Justicia ha vinculado tradicionalmente la calificación de un contrato como concesión de servicios al hecho de que los pagos al prestador provengan directamente de los usuarios o beneficiarios de la prestación del servicio, generando con ello un riesgo al contratista.

De la simple lectura de las definiciones de contrato de servicios y concesión de servicios en la propia LCSP se desprende que el contrato de bar, cafetería y restauración en dominio público puede tener cabida en ambas categorías de contratos, ya que existen fundamentos jurídicos en ambos sentidos. En esa línea se pronuncia la Junta Consultiva en su nombrado Informe de 4 de marzo de 2019 (Expt. 87/2018):

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 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 incorporado a nuestro ordenamiento por la LCSP. Por el contrario cuando no se cumpla la condición de riesgo operacional estaríamos en presencia de contratos de servicios, conclusión que advera la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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

[...]

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 permite al exégeta optar por una u otra solución en cada caso, sin que sea posible dar una solución general y única

lo que adviera 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.

La Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 9 de abril de 2019, señala como característica fundamental para calificar el contrato de cafeterías como concesión de servicio o no la transferencia del riesgo operacional de la Administración al contratante.

Mediante el simple análisis de las definiciones legales de los conceptos de contrato de concesión de servicios y servicios no ha sido suficiente para encontrar el encaje «perfecto» de los contratos de bar/cafetería y restauración en dominio público.

Deberemos hacer hincapié en las diferencias existentes en sus figuras y compararlas con la naturaleza del contrato que estamos estudiando para ver cuál se puede adecuar mejor.

3.3.2. Procedimientos de adjudicación del contrato de bar, cafetería y restauración en suelo público; contrato de servicios versus contrato de concesión de servicios

La tipificación de toda prestación en un tipo de contrato u otro implica su sujeción al régimen jurídico correspondiente. Así, por ejemplo, la regulación del contrato de concesión de *servicios* se encuentra recogida en el capítulo III del título II (arts. 284 a 297 a. i.) de la LCSP y su definición en el artículo 15.1 de la LCSP, y la del contrato de servicios en el capítulo V del título II (arts. 308 a 315 a. i.) del mismo texto legal, y su definición en el artículo 17. Las relaciones jurídicas recogidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de prescripciones técnicas y el propio contrato deberán estar en concordancia con cada normativa aplicable.

No es objeto de estudio de este trabajo conocer de forma pormenorizada todos y cada uno de los artículos citados, pero sí es de interés saber qué diferentes opciones existen para tramitar los contratos, según se califiquen de servicios o concesión de servicios.

El artículo 131.2 de la LCSP dispone:

La adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento.

De acuerdo a lo expuesto, como los contratos de bar/cafetería y restauración están incluidos en el anexo IV citado, desde el momento en el que se califique como concesión de servicios habrá de estarse, en la adjudicación del contrato, a las disposiciones establecidas en los artículos 160 a 165 y siguientes de la LCSP, reguladoras del procedimiento restringido, y será importante determinar si está o no sujeto a regulación armonizada.

La concesión de servicios especiales del anexo IV además supone, de acuerdo al artículo 135.5 de la LCSP, de forma obligatoria la convocatoria de licitación mediante anuncio de información previa a que se refiere la disposición adicional trigésima sexta, a cuyo tenor:

Los órganos de contratación que celebren contratos de concesiones de servicios especiales del anexo IV utilizarán como medio de convocatoria de licitación un anuncio de información previa que deberá tener el contenido establecido en el Anexo III.B. Sección 3.

Estos anuncios se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil del contratante.

También se deberá tener en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional cuadragésima séptima de la LCSP, en lo que respecta a los «principios aplicables a los contratos de concesión de servicios del anexo IV...», y si el contrato no está sujeto a regulación armonizada, el plazo mínimo para la presentación de solicitudes de participación será, como mínimo, de 15 días, contados desde la publicación del anuncio de licitación (art. 161.3 LCSP). Otro aspecto importante que debe conocer y hacer cumplir el interventor es que debe ser convocado a la mesa de contratación para calificar, entre otros, los requisitos de solvencia establecidos por el órgano gestor para que los licitadores puedan posteriormente presentar oferta.

Si el contrato se califica como contrato de servicios, los procedimientos de adjudicación son mucho más flexibles, ya que será el valor estimado del contrato lo que generalmente marque el procedimiento de adjudicación adecuado y el marco legal del control interno. De tal forma que, si el valor estimado no supera los 15.000 euros, se podrá aplicar el régimen jurídico de los contratos menores. Si el valor estimado supera ese importe pero es inferior a 35.000 euros sin IVA, se podrá licitar con el procedimiento abierto simplificado abreviado previsto en el artículo 159.6 de la LCSP. Ambos procedimientos de licitación son muy sencillos, ágiles y pensados para prestaciones de poca importancia cuantitativa. Si ya el valor estimado supera los 35.000 euros pero es inferior a 100.000 euros, será el procedimiento abierto simplificado el que rija la tramitación, y todo lo que supere esas cantidades ya implica el ejercicio de un procedimiento abierto ordinario. El procedimiento restringido, si el órgano de contratación lo requiere, también puede hacer uso de esta figura.

La ventaja de darle la naturaleza jurídica al contrato objeto de estudio de servicios respecto a la concesión de servicios es claramente la disponibilidad de diversas formas

contractuales para su tramitación, teniendo la posibilidad de adaptar el procedimiento a tramitar con las características de la prestación a ofrecer y que sean proporcionales, ya que la complejidad burocrática y los tiempos necesarios para el desarrollo de los diferentes tipos de procedimientos contractuales y exigencias de control varían mucho de un tipo a otro y deberían ser proporcionales a las características de la prestación que se pretende ofrecer.

3.3.3. Delimitación de los tres factores clave diferenciadores

Ante este borroso panorama, debemos seguir analizando los criterios que nos servirán para deslindar ambos tipos de contratos, que básicamente serán tres:

- a) La forma de retribución del contrato.
- b) La transferencia del riesgo operacional.
- c) La configuración de las relaciones jurídicas de la Administración con terceros.

3.3.3.1. La forma de retribución del contrato

Ya la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 25/2012, de 20 de noviembre de 2012, a propósito de la instalación de bares-cafeterías en inmuebles de titularidad municipal dedicados a centros socioculturales, en que la retribución del contratista consistía en el derecho a la explotación del servicio por el contratista, establecía:

Esta modalidad contractual encajaría en lo que el Derecho de la UE califica como concesiones de servicios en sentido amplio, previstos en las Directivas de contratación pública, pero excluidos de su ámbito de aplicación. El elemento diferenciador respecto de los contratos de servicios es precisamente este 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 en la prestación del servicio.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones, por ejemplo, la 86/2018, de 2 de febrero, establece:

Pues bien, el contrato objeto del presente recurso se califica en el PCAP como de concesión de servicios y entendemos que efectivamente es así [...]. En primer lugar porque no se prevé que la administración abone un precio al contratista como contraprestación de los servicios que este presta (será el adjudicatario el que pague un canon), sino que la remuneración del contratista radica en los rendimientos que

pueda obtener de la explotación del servicio a instalar en los locales, con las prestaciones exigidas en el PPT, por los precios que le paguen los usuarios de dicho servicio. En segundo lugar, la Administración no garantiza una remuneración fija o rentabilidad mínima a la empresa, de tal modo que transfiere los riesgos de explotación al contratista.

En el razonamiento anterior, ya vincular la forma de retribución del contrato con el riesgo operacional, en el sentido de que si el pago del contrato no viene directamente de la Administración sino de usuarios del servicio o beneficiarios de la prestación, es una causa directa para poder afirmar que la Administración está transfiriendo el riesgo operacional del contrato y por tanto se puede calificar este tipo de contratos como de concesión de servicios. Este fundamento es utilizado por diferentes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea¹ y también como argumento en los informes de pliegos de abogados del Estado de España.

Sin embargo, personalmente no creo que sea este factor decisivo que pueda determinar la naturaleza jurídica de este tipo de contratos, ya que si en el contrato de concesión de servicios puede convivir la retribución de explotación del servicio con el de pago de precio, aunque no venga expresamente en ningún precepto legal, podríamos pensar que también pudiera ocurrir en el contrato de servicios, ya que en el anexo 4 de la LCSP se definen como contratos de servicios especiales algunos que normalmente se remuneran con su explotación. Es verdad que la explotación normal del servicio de cafetería en acuartelamientos no lleva el pago directo de la Administración al empresario adjudicatario, pero eso no significa que el disfrute de este servicio sea sin ningún coste público, ya que normalmente se hace cargo del coste de la luz, el agua y la basura, además del capital que deja de ingresar por no arrendar el bien inmueble. Todo ello podríamos considerarlo como un «precio», que no obstante no sé traduce en una salida de fondos dirigida al adjudicatario si es el beneficiario directo. El hecho de que la forma de retribuir al prestador de servicios no proceda de la autoridad pública, sino del abono de los usuarios del servicio, es una condición necesaria pero no suficiente para que se catalogue como concesión de servicios, ya que además de lo anterior será necesaria la transmisión del riesgo operacional.

Deberemos ahondar en el siguiente factor expuesto: la transferencia del riesgo operacional para ver si nos da más luz en nuestra pretensión.

¹ Por ejemplo en la de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, asunto C-458/03, sobre la adjudicación de un aparcamiento público en el que la retribución del contratista consiste en las cantidades abonadas por los usuarios del aparcamiento; otra de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34; otra de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29; 11 de junio, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, apartado 71, y la sentencia de 10 de septiembre de 2009, WAZV Gotha, asunto C-206/08, fundamento 72.

3.3.3.2. Transferencia del riesgo operacional

Si en la concesión no se asume el riesgo operacional, el contrato no será una verdadera concesión, sino una modalidad contractual diferente (Guillén Caramés, 2018, p.10.).

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su informe de Expediente 87/2018, concluye en su primer punto:

El contrato consistente en la prestación del servicio del bar, restaurante o cafetería en dependencias calificadas de dominio público y retribuido mediante la explotación del mismo, no debe ser calificado como un contrato administrativo especial conforme a la nueva LCSP, sino como contrato de concesión de servicios en el caso de que concurra el requisito de la transmisión del riesgo operacional. En el caso de que este último requisito no concurra se calificará como contrato de servicios.

El apartado IV del preámbulo de la LCSP, en consonancia con las directivas 2014/23 y 2014/24 de la UE, también considera que el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto al de servicios es la transmisión o no del riesgo operacional.

Ahora bien, el concepto «transmisión del riesgo operacional» es un concepto jurídico indeterminado, si bien exploraremos qué hay escrito sobre el mismo.

La LCSP delimita así el concepto de riesgo operacional:

Artículo 15.2:

El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.

Por tanto, para definir cuándo hay transferencia del riesgo operacional, se remite al artículo 14 de la LCSP, que, respecto al contrato de concesión de obra, dice:

Artículo 14.4:

El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos [...].

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la

concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Desde un punto de vista económico, todo emprendimiento de un negocio presenta riesgos. Por eso, no debemos confundir el concepto de riesgo y ventura (inherente en todo negocio económico) del concepto de riesgo operacional, en el sentido definido en el artículo 14 de la LCSP citado.

La Junta Consultiva, en el Informe 16/12, de 27 de septiembre, diferencia claramente el principio de riesgo y ventura respecto del concepto de riesgo operacional. Define el riesgo y ventura del contratista como «el riesgo de pérdida que comporta toda explotación normal de negocio». Sin embargo, establece que el riesgo de explotación es algo más complejo «que depende de una multiplicidad de circunstancias que hacen especialmente incierto el resultado de la gestión», entre ellos, la existencia de inversiones por parte del contratista.

En la delimitación positiva de este concepto jurídico han tenido un papel fundamental, también, los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sirva de ejemplo, por todas, la STJUE de 10 de marzo de 2011, en la que se delimita dicho concepto y se diferencia, a su vez, del riesgo inherente a todo contrato (riesgo y ventura). Así, en el apartado 37 se identifica el riesgo de explotación económica del servicio con el «riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado», expresión en la que se consideran integrados los siguientes riesgos:

- a) De enfrentarse a la competencia de otros operadores.
- b) De un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios.
- c) De insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados.
- d) De que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación.
- e) De responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

Por contra, los riesgos vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico se entienden como inherentes a todo contrato (riesgo y ventura) e irrelevantes, por tanto, a los efectos de calificación de un contrato público como de servicios o de concesión de servicios.

El riesgo operacional es un riesgo cualificado respecto al riesgo y ventura que asume todo contratista. Así, en el considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE se dispone:

Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos del contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión.

Se presume concurrencia de riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de las obras, suministros o servicios objeto de la concesión.

La Resolución de 17 de febrero de 2014, núm. 32/2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, indica:

El concepto de riesgo de explotación económica del servicio se concreta como aquel riesgo que asume el contratista que excede del que como consecuencia del principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos, que establece el artículo 215 del TRLCSP, debe soportar el contratista. Por el contrario el riesgo de explotación es el que tiene lugar por estar sometido el contrato a las incertidumbres del mercado por nuevas tendencias de este o el riesgo de demanda que se produzca por un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios por variaciones que puedan producirse o que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación.

El Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre el asunto «modalidades contractuales idóneas para la licitación de un bar-cafetería en instalaciones o edificios públicos, eventualmente acompañado de la gestión de una piscina municipal», califica como concesión de servicios la anterior prestación, entendiéndose que existe transferencia del riesgo operacional porque:

1. La retribución del contratista deriva únicamente de la explotación del servicio.
2. La utilización del bar/cafetería no es obligatorio para los usuarios de las instalaciones.
3. No hay un número garantizado de usuarios.
4. Existen unos mínimos gastos de personal.
5. Existen servicios mínimos de oferta de menú y otros productos de cafetería de oferta obligatoria a precios determinados.
6. Existen horarios determinados.

Otra característica, típica de los contratos de concesión de servicios que implican transmisión del riesgo operacional al contratista, es la transferencia al concesionario de la organización del servicio, es decir, se le dota de libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa. Sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo correspondan a la Administración concedente. (Informe 12/2010, de 23 de julio, de la JCCA; Informe 34/2011, de 17 de julio de 2012, de la JCCA, y Resolución del Tribunal Administrativo Central 334/2015).

Terminamos con el concepto riesgo operacional igual que empezamos, concluyendo que a pesar de todo lo escrito sobre el mismo, es un concepto jurídico indeterminado. Para evitar esta subjetividad, sería necesario que en un texto legal se recogiera que el elemento clave delimitador del tipo contractual (servicios/concesión de servicios) fuera más claro y conciso, como puede ser la forma de retribuir al contratista. De tal forma que en caso de retribución del servicio únicamente por sus usuarios, sin ningún pago por parte de la Administración, sería clasificada la prestación como concesión de servicios, independientemente del riesgo operacional.

Indirectamente, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ya está aplicando este criterio, ya que en diversas resoluciones, por ejemplo la Resolución 86/2018, de 2 de febrero² (rec. núm. 1278/2017) califica los contratos de restauración y cafetería como concesión de servicios, justificando la existencia de la transmisión al contratista del riesgo operacional únicamente con base en la forma de retribución, estableciendo una relación directa entre transmisión del riesgo operacional con remuneración del contratista exclusivamente mediante su explotación.

El anterior planteamiento es el más sencillo y práctico de aplicar, sin embargo, de acuerdo a la definición de riesgo operacional que ha dado la LCSP, así como a otros pronunciamientos de las juntas consultivas de contratación y tribunales de justicia, el riesgo operacional

² Cita expresa de la mencionada resolución:

Pues bien, el contrato objeto del presente recurso se califica en el PCAP como de concesión de servicios y entendemos que es efectivamente así. La concesión de servicios de restauración, cafetería y comedor están incluidos en el ámbito de la Directiva 2014/23/UE. En el supuesto concreto que analizamos se produce, efectivamente, un traslado del riesgo operacional al adjudicatario, en primer lugar porque no se prevé que la Administración abone un precio al contratista como contraprestación de los servicios que este presta (será el adjudicatario el que pagará un canon), sino que la remuneración del contratista radica en los rendimientos que pueda obtener de la explotación del servicio a instalar en los locales, con las prestaciones exigidas en el PPT (que constituye el objeto contractual principal), por los precios que le paguen los usuarios de dicho servicio. En segundo lugar, la Administración no garantiza una remuneración fija o rentabilidad mínima a la empresa, de tal modo que transfiere los riesgos de la explotación al contratista.

no se restringe únicamente a la forma de retribuir al contratista, hay otros factores a tener en cuenta, y ello es lo que da lugar a tanta confusión y subjetividad.

Con la normativa y jurisprudencia actual, habrá que analizar cada casuística, en función de las circunstancias que concurren en cada caso concreto, la forma en la que se define la prestación y analizar el riesgo operacional.

3.3.3.3. La configuración de las relaciones jurídicas de la Administración con terceros

Los órganos de contratación, dentro de la ley, tienen una amplia capacidad para configurar sus relaciones jurídicas con terceros. Y como concluye el informe del Expediente 87/2018 relativo al régimen jurídico del contrato de cafetería y restauración, «la forma en que se hayan establecido las condiciones del instrumento que regula la relación jurídica establecida entre la entidad pública y el administrado puede, bajo ciertas condiciones, determinar que estamos en presencia de una concesión demanial».

Y añadido, o de un contrato de servicios o de un contrato de concesión de servicios.

En este mismo informe, en el punto primero de sus conclusiones, indica que la única exclusión expresa que realiza es la de la figura de contrato administrativo especial.

No hay una única forma jurídica genérica para delimitar los contratos de bares, cafeterías y restauración en instalaciones públicas, sino que es el propio órgano de contratación el que fija, en sus pliegos, los términos de la prestación en todos sus ámbitos, lo que servirá para encuadrar cada contrato específico como uno u otro tipo, conociendo ya las características identificativas de cada categoría contractual o demanial.

Mis destinos profesionales, ante mi condición de militar, están vinculados a instalaciones militares y de la Guardia Civil. Este es el ámbito conocido por mí. La definición de las condiciones que el órgano de contratación, en cada caso, realiza sobre las relaciones jurídicas con el contratista y con la forma de prestación del contrato tienen mucho en común entre unos acuartelamientos y otros, por ello, es interesante, de forma general, definir ese perfil, para intentar encuadrar este tipo tan específico de contratos en una u otra tipología descrita.

4. Aplicación práctica. Analizando la naturaleza jurídica de los contratos de bares, cafeterías y restauración en dominio público militar y de la Guardia Civil

La forma en la que se definen las relaciones jurídicas de las partes para el desarrollo de la prestación de restauración, bar y cafetería tiene sus variantes y particularidades propias

en cada establecimiento público. No es objetivo de este trabajo recoger todas, sino recopilar patrones comunes de actuación que puedan servir, con base en sus características, para determinar el mejor encuadre entre contrato de servicios y concesión de servicios, una vez definidos.

De forma general, suelen tener en común:

1. El órgano de contratación cede el local, y generalmente todo el mobiliario, maquinaria y equipamiento necesario para el ejercicio de la actividad económica. Pero no es simplemente una cesión, sino que la Administración pública participa activamente en la organización de la actividad, limitando notablemente la libertad de organización al empresario, ya que suele establecer el horario, el número y la categoría profesional del personal, las características del menú, las limitaciones en bebidas, etc.
2. Los usuarios del servicio del bar/cafetería/restaurante dentro de acuartelamientos suelen ser clientela restringida al personal civil y militar que trabaja en el mismo, lo cual facilita el no tener que salir fuera estando uniformado, o simplemente porque los cuarteles están lejos, a veces, del núcleo urbano. No es obligatorio el uso de la cantina por el personal, ni se garantiza un número exacto de personal usuario (como en cualquier otro negocio), pero hablamos de personal con sueldo fijo, poca probabilidad de insolvencia de deudores, y el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores es casi inexistente, ya que dada la ubicación y los horarios del servicio, los posibles usuarios suelen acudir a las instalaciones del cuartel.
3. Con base en lo anterior, la oferta y la demanda de servicios es más fácil de conocer que en otros negocios. Es más la continuidad en la explotación del anterior adjudicatario, y, la mayoría de veces, la vuelta a participar en la nueva licitación indica que el negocio es rentable.
4. Suelen ser actividades con baja cifra de negocio, ya que los valores estimados existentes en los pliegos están dentro de la tramitación de un procedimiento abierto simplificado e incluso abreviado.
5. Las averías derivadas del uso y funcionamiento normal de instalaciones centrales, en las que el problema afecta a las dependencias públicas, serán solventadas por la propia Administración.
6. La luz, el agua y el teléfono suele ir a cargo de la Administración.
7. El canon anual, si hay, ronda cantidades muy bajas.
8. Escasa cuantía de garantías, incluso valor cero, cuando la tramitación del expediente se ha realizado por el procedimiento abierto simplificado abreviado (art. 159.6 LCSP).

9. La inversión a realizar, si hay, en adquisiciones de bienes para la cafetería o para realización de obras en sus instalaciones se suele establecer que es opcional, como criterio a valorar en la oferta presentada.
10. Generalmente no se impone un número mínimo de personal a contratar, dejando a criterio del empresario la contratación del número y categoría que considere oportuno.
11. Los costes asumidos por el empresario vienen determinados por el personal contratado, la mercancía a suministrar y los costes de los útiles de limpieza. Todos ellos fácilmente cuantificables por el adjudicatario.

Con base en lo anterior, y siempre teniendo en cuenta estas características generales expuestas, se puede afirmar que:

1. No parece encajar como concesión patrimonial, básicamente porque no es una simple cesión de unos bienes o instalaciones públicas basada en la autorización del uso privativo del local, sino que hay un interés o una finalidad pública regulada por la propia Administración titular. Por lo anterior, yo no lo considero autorización demanial.
2. No es un contrato administrativo especial, ya que de acuerdo con el artículo 25 de la LCSP, estos tienen un objeto distinto a los de obras, concesión de obras, servicios, concesión de servicios y suministros. En los contratos de bar, cafetería y restauración, su objeto está recogido expresamente en el anexo IV de la ley como de «Servicios especiales a que se refieren los artículos 22.1 c) y 135.5 y disposición transitoria trigésimo sexta», calificándolos como contrato de servicios o concesión de servicios. Por tanto, no son administrativos especiales, sino típicos.
3. Tarea más compleja ha sido deslindar los contratos objeto de estudio como de servicios o concesión de servicios de acuerdo a la actual Ley de contratos. Sin embargo, con los rasgos generales expuestos en instalaciones militares y de la Guardia Civil no parece que exista una exposición real a las incertidumbres del mercado, ya que hay estabilidad en el negocio, en función de datos precedentes sobre el nivel de ingresos y la continuidad del anterior adjudicatario, son muy escasas las inversiones que realizar (teniendo a su disposición local, instalaciones y utensilios), fácilmente determinables los costes que soportar, no existe fluctuación en la demanda ni desajuste entre esta y el servicio a prestar, ya que la clientela es estable, la forma de pago al contado hace que el riesgo de insolvencia de los deudores sea inexistente y el horario del servicio y su ubicación dentro del acuartelamiento hace que se limite la competencia. Todo lo anterior implica que es poco probable no recuperar las inversiones y costes en condiciones normales de funcionamiento, por lo que no existe, en este caso concreto, una auténtica transferencia del riesgo operacional en los términos expuestos por el artículo 14 de la LCSP.

Por tanto, de acuerdo al planteamiento de la normativa contractual vigente, siendo la transferencia del riesgo operacional el elemento que debe delimitar entre contrato de servicios y concesión de servicios, y de acuerdo al análisis efectuado de dicho concepto, así como la puesta en común con las características generales que suelen estar presentes en los contratos de cafetería en instalaciones militares y de la Guardia Civil, parece que la forma más adecuada para calificar este caso concreto de prestación sería la de servicios. Aun si lo consideráramos contrato de concesión de servicios, no debería suponer automáticamente tener que utilizar el procedimiento restringido, ya que el escaso valor estimado de este tipo de contrato analizado lo hace ineficaz e ilógico, al ser muy complejo y exigente.

5. Conclusiones

- La normativa contractual y patrimonial vigente no han determinado una forma única y genérica de calificar a los contratos de restauración, cafetería y bar en dominio público sin coste directo para la Administración.
- En la PCE conviven hoy en día licitaciones de este tipo con expedientes calificados como contratos administrativos especiales, de servicios, de concesión de servicios e incluso como cesiones patrimoniales.
- La definición actual que la LCSP hace sobre los contratos administrativos típicos (obras, suministro, servicios, concesión de obras y concesión de servicios) hace contemplar los contratos objetos de estudio dentro de esta categoría. Ello da lugar, junto a diversos pronunciamientos de la JCCAIE, a desechar su calificación como administrativos especiales. Ante este panorama no tiene ningún sentido que el órgano gestor siga insistiendo en calificar estas prestaciones como administrativos especiales.
- No deberían ser catalogados como una cesión demanial, ya que el fin en sí mismo de la celebración de este negocio jurídico es la obtención de un interés o finalidad pública (Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 153/2017, de 17 de mayo).
- El criterio que rige a la LCSP y a la doctrina determina que la forma de retribución de este tipo de prestación, derivada de su explotación, sea un requisito necesario pero no suficiente para que sea tipificada como concesión de servicios, siendo necesario, además, la concurrencia de la transferencia del riesgo operacional para ello. Independientemente de su forma de retribución, si no se produce esa transferencia de riesgo operacional, deberán ser calificados como contratos de servicios.
- El concepto de riesgo operacional es por tanto el criterio delimitador de la forma contractual. No debemos confundir con el riesgo y ventura existente en cualquier emprendimiento de negocio.

- Pese a los intentos de acotar el término «riesgo operacional», sigue siendo un concepto jurídico complejo e indeterminado, lo que da lugar a la existencia de diversidad de opiniones y subjetividad en su aplicación. Habrá que analizar, en cada caso concreto, las relaciones jurídicas establecidas entre las partes que rijan la prestación para determinar si se produce o no la transmisión del riesgo operacional.
- Analizando los rasgos generales expuestos en los que se desarrolla el servicio de restauración/cafetería en instalaciones militares y de la Guardia Civil, se puede concluir que no existe una exposición real a las incertidumbres del mercado, que pueda llevar al contratista a sufrir grandes pérdidas económicas, más gravosas que el emprendimiento de cualquier actividad empresarial.
- La puesta a disposición de la empresa de las instalaciones públicas, junto con el resto de mobiliario y enseres, el pago de la Administración de los gastos corrientes, el escaso valor de canon o garantía exigido, si existe, la no obligación de realizar inversiones o de escasa cuantía, la solvencia de los usuarios, la estable demanda del servicio, la falta de competencia, etc. determinan un servicio no expuesto a un riesgo operacional en los términos en los que se ha definido este concepto. En estos casos concretos, y con la normativa contractual existente, parece más acorde calificar la prestación como contrato de servicios.
- Con el fin de crear unanimidad en la calificación de este tipo de contratos sin coste directo para la Administración, sería necesario un cambio legislativo para establecer un criterio delimitador para su naturaleza jurídica que no fuera la transmisión del riesgo operacional, sino un concepto más evidente y sencillo que no diera lugar a interpretaciones. Se propone como solución una delimitación del concepto de concesión de servicios basada en el derecho que existe de explotación del servicio y en su retribución exclusiva, derivada del pago de sus usuarios, sin que intervenga pago de la Administración o siendo este minoritario. La nueva definición del contrato de concesión de servicios en este sentido daría cabida a los servicios de restauración en esta categoría.
- La tipificación de toda prestación en un tipo contractual determinado supone la sujeción al régimen jurídico correspondiente. Actualmente los contratos objeto de estudio, pese a que se siguen tipificando como cesiones patrimoniales y administrativos especiales, según la PCE aparecen de forma mayoritaria como contratos de servicios o concesión de servicios.
- Al aparecer en el anexo IV de la LCSP el CPV 55510000 «Servicios de cantina y otros servicios de cafetería para clientela restringida», de acuerdo con el artículo 131.2 de la LCSP, cuando los mismos sean calificados como concesiones de servicios, automáticamente se deberán adjudicar únicamente de acuerdo al procedimiento restringido. Si, por contra, se acuerda su naturaleza jurídica como contrato de servicios, la adecuación del procedimiento de adjudicación da lugar al acceso de diferentes formas, dando mayor flexibilidad a adaptar el procedi-



miento a la dimensión y complejidad del negocio a emprender (desde contrato menor, procedimiento abierto simplificado abreviado, abierto simplificado o incluso restringido).

- El procedimiento restringido lleva consigo una rigidez, complejidad y larga duración que resulta ineficiente en su utilización en pequeñas cafeterías de acuartelamientos. La eficiencia en la tramitación contractual debe suponer que debe existir proporcionalidad entre el valor estimado del contrato y la agilidad y sencillez del procedimiento de adjudicación a aplicar.

Referencias bibliográficas

Guillén Caramés, J. (2018). El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesiones. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 941.