



**Informe 4/2021, de 18 de junio de 2021, del Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.**

**Asunto:** La naturaleza jurídica del servicio de restauración. La posibilidad de adjudicar el contrato de restauración mediante un contrato menor. Distinción entre las figuras del convenio y el contrato.



**I. ANTECEDENTES**

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Zorita de los Canes se dirige a la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, mediante solicitud de informe de fecha 12 de mayo de 2021, del siguiente tenor literal:

**“ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** *En fecha 25/11/2016 se formalizó contrato de gestión de servicios públicos de hostelería y restauración, que fue objeto de cesión en fecha 10/05/2016 a otro concesionario. Dicho contrato se adjudicó por un plazo de cinco años con dos posibles prórrogas de idéntica duración, e incluye la gestión del bar-restaurante, la gestión de la posada y una vivienda a cambio de un canon mensual de 1.500 euros.*

**SEGUNDO.-** *Tras la situación generada por el COVID-19 el contratista solicita la resolución por mutuo acuerdo del contrato, motivándolo, entre otras causas, en la necesidad de acometer inversiones para poder adaptar el negocio a la nueva realidad (servicio de restauración en el exterior, nueva maquinaria de hostelería para poder prestar el servicio en el exterior, disminución de aforo, etc) cuya amortización supera los 8 años, por lo que no puede realizar dichos gastos a dos años de finalizar el contrato por no resultarle rentable.*

**TERCERO.-** *Mediante acuerdo de pleno (órgano de contratación) de fecha 29/01/2021 se aprueba por unanimidad la incoación del expediente de resolución del contrato, puesto que este Ayuntamiento también tiene razones de interés público que justifican la resolución por mutuo acuerdo (Interés económico, al obtener mayor beneficio económico al licitar por separado cada*

Documento Verificable en [www.jccm.es](http://www.jccm.es) mediante  
Código Seguro de Verificación (CSV): 71714EF3FAF078C5353548



uno de los tres inmuebles, Interés social en el edificio de la Posada ante una posible transformación en Centro de día o residencia de ancianos, mejoras en las dependencias municipales, por exigir que las nuevas inversiones reviertan al Ayuntamiento al finalizar el futuro contrato, y seguridad sanitaria, entre otras.)

Dadas las fechas en las que nos encontramos y siendo Zorita de los Canes un municipio con gran afluencia turística en la época estival, y teniendo en cuenta que no hay más restaurantes en el pueblo, **SE SOLICITA a esta Junta Central de Contratación aclaración de la siguiente cuestión:**

1. Si se puede formalizar un convenio o contrato menor con el actual concesionario (siempre y cuando manifieste su conformidad) para continuar con la gestión del restaurante durante el tiempo imprescindible entre la resolución por mutuo acuerdo del vigente contrato hasta la adjudicación del nuevo contrato, con el Ayuntamiento Zorita de los Canes, con el objeto de evitar su cierre especialmente en la época estival, motivándolo en razones de interés general”

El Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, acuerda emitir el presente informe, del que ha sido ponente D<sup>a</sup> Julia Cuerda Blázquez. Secretaria del Pleno:

## II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

### I. Competencia de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y legitimación para solicitarle informe.

La Junta Central de Contratación es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 8 del Decreto 74/2018, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Contratación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el sistema de contratación centralizada, que dispone que “La Junta Central de Contratación emitirá informes en el ámbito de sus competencias a petición de las secretarías generales de las diferentes consejerías de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos, de la Intervención General, de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la



*Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de los representantes de cualquiera de las entidades del sector público previstas en el artículo 2. También podrán solicitar informes y elevar consultas a la Junta Central, sobre cuestiones de carácter general en materia de contratación pública, los representantes de las entidades locales del ámbito territorial de Castilla-La Mancha".* Por otro lado, El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Zorita de los Canes es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del citado artículo 7.8.

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que los informes que pueda emitir esta Junta revisten un carácter facultativo y general, pues no le corresponde informar a la misma expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público. Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública.

En primer lugar, es preciso indicar que la cuestión que el Ayuntamiento plantea parece devenir de lo concluido en el Informe 1/2021, que el Pleno de esta Junta emitió con fecha 16 de abril del 2021; en él se informaba sobre la no posibilidad de iniciar un procedimiento de licitación de forma simultánea a la resolución por mutuo acuerdo de un contrato.

En el caso que nos ocupa, si bien las cuestiones que se plantean están relacionadas con un supuesto en concreto, no existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que se dirige a esta Junta, para que la misma se pronuncie acerca de las tres cuestiones genéricas que se deducen de la solicitud de informe: La naturaleza jurídica del servicio de restauración, la posibilidad de adjudicar el contrato de restauración mediante un contrato menor, y la distinción entre las figuras del convenio y el contrato.



## II. Naturaleza jurídica del servicio de restauración

Para poder determinar la posibilidad o no de adjudicar un contrato cuyo objeto es la gestión de un restaurante, debemos analizar qué régimen jurídico resultaría aplicable a dicho contrato.

Sobre esta cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que, en su Informe 87/2018, analiza las diversas opciones que asisten a los órganos de contratación para llevar a cabo este tipo de prestaciones, determinando como tales la concesión demanial y el contrato administrativo:

*“(...) 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.*

(...)

*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. (...)”.*

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 13/2018, de 30 de mayo, sobre “Modalidades contractuales idóneas para la licitación de un bar cafetería” dispuso: «*En el caso de la atribución de facultades de ocupación y explotación de inmuebles públicos por particulares, particularmente en el caso de bares y cafeterías situadas en edificios o instalaciones públicas, la configuración como contrato de carácter patrimonial o como contrato administrativo depende de la causa del contrato y, en concordancia con ello, con la fijación de condiciones para la explotación por parte de la Administración. La finalidad de dar servicio a los usuarios de la instalación, junto con la fijación de condiciones de prestación, como las relativas a horarios, servicios, productos o precios, entre otros, son claros indicios de la naturaleza administrativa del contrato.*».

Asimismo, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 49/2017, de 15 de febrero, ha dispuesto que “*(...) sería un contrato administrativo si*





*el beneficiario del fin público es la Administración, aunque el destinatario final del servicio sea el usuario, sea personal administrativo o público visitante, por cuanto se trata de obtener una prestación que le permite ofrecer un mejor servicio público, frente a una concesión del uso demanial donde el beneficiario es el particular o usuario (...)*”.

Respecto del servicio de restauración, el propio solicitante señalaba en la solicitud de informe que planteó a esta Junta Central, con fecha 24 de marzo de 2021, lo siguiente: **“Es incuestionable que debe licitarse como concesión, puesto que tal y como señala el artículo 15 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público 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. Además, debe tenerse en cuenta que la concesión de servicios se va a caracterizar por la transferencia del derecho de explotación del adjudicador al concesionario, con una cierta libertad económica y quedando suficientemente expuesto a los riesgos vinculados a esa explotación.**

*En este caso el servicio de restauración afecta directamente a los vecinos del municipio, que son los principales usuarios del mismo, y la Administración tiene interés en garantizar unos horarios mínimos, días de cierre y precios máximos, así como la adecuada prestación del servicio”.*

En el caso que nos ocupa, el Ayuntamiento de Zorita ha optado por el contrato administrativo como modalidad para la prestación del servicio de restauración. De lo expuesto en su escrito, podríamos afirmar, tal y como ha considerado el peticionario, que **la actividad de restauración sería susceptible de desempeñarse mediante un contrato público**, que persigue una finalidad pública: el interés público en que se preste un mejor servicio sería el elemento prevalente, aunque el destinatario (y pagador) sea un usuario privado. Se puede advertir que existe un interés municipal en prestar a los vecinos del municipio un servicio de restauración óptimo en la medida en que el Ayuntamiento interviene en el modo en que dicha prestación vaya a llevarse a cabo, fijando, como indica en su solicitud de informe, unos *“horarios mínimos, días de cierre y precios máximos, así como la adecuada prestación del servicio”*. En este supuesto podemos considerar que la beneficiaria sería la entidad pública (el Ayuntamiento), aunque el servicio se preste a favor de los usuarios (los vecinos del municipio).





Una vez aclarada la cuestión de la naturaleza jurídica de la prestación, y entendiendo esta Junta Central de Contratación que, dadas las intenciones del Ayuntamiento de Zorita de regular en cierta manera la prestación del servicio, éste encontraría encaje, como contrato administrativo, en la regulación que de los contratos hace la LCSP, quedaría por determinar si se trata de un contrato de servicios o de una concesión de servicios, regulándose ambos, como contratos tipo, en la citada ley.



Relacionado con ello, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución nº 203/2019, de 25 de junio ha señalado que “(...) *En tal sentido, la jurisprudencia europea a la luz de la entonces Directiva 2004/18/CE, ya había abordado la distinción entre una concesión de servicios y un contrato de servicios en atención a la transferencia del riesgo derivado de la explotación de la prestación. Y es precisamente esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que, posteriormente, se ha incorporado al texto de la Directiva 2014/23/UE de concesiones, de modo que la definición de riesgo operacional recogida en su artículo 5, así como en los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP, viene a ser reproducción del contenido de aquella doctrina jurisprudencial (v.g. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de septiembre de 2009, asunto Wasser y de 10 de marzo de 2011, asunto Privater).*

Respecto de esta cuestión, la exposición de motivos de la LCSP, indica que “(...) *En lo que respecta a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, merece destacarse que en ambas figuras necesariamente debe haber una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario, delimitándose en el artículo 14 de la Ley, en línea con lo establecido en la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión, los casos en que se considerará que el concesionario asume dicho riesgo operacional.*

(...)

*Para esta Directiva (se refiere a la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión) el **criterio delimitador** del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es, como se ha dicho antes, **quién asume el riesgo operacional**. En el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios.*

*Este criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios ha sido asumido por la presente Ley (...)*

El contrato de concesión de servicios se define en el artículo 15 de la LCSP, como *“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. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuatro del artículo anterior”*.

*El apartado cuatro del artículo 14 LCSP indica: “(...) 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”*.

Será pues el hecho de que la contraprestación del contrato consista en el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio, así como, sobre todo, la transferencia de la responsabilidad en la explotación del servicio o, lo que es lo mismo, la transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario lo que determine la utilización de un tipo contractual u otro.

La citada Resolución nº 203/2019, de 25 de junio indica al respecto que *Este riesgo de demanda o de exposición a las incertidumbres del mercado (...) puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.*

*(...)*



*Asimismo, el riesgo de demanda debe valorarse para establecer el tipo contractual en aquellos contratos, como el que estamos examinando, en los que el usuario tiene una libertad de elección, en cuanto a demandar o no los servicios de cafetería y de máquinas expendedoras de alimentos y bebidas (...)*”



Podemos indicar que en el caso que nos ocupa existiría riesgo de demanda en la explotación del servicio, dado que los vecinos del municipio de Zorita no están obligados a utilizar los servicios de restauración objeto del contrato, se desconoce a priori la mayor o menor demanda de este tipo de servicio por parte de los mismos, lo que implica que no está garantizado que el contratista vaya a percibir unos ingresos suficientes que sufraguen la inversión que aquél deba llevar a cabo para la explotación del restaurante, debiendo en todo caso continuar con la prestación del servicio en los términos pactados con el Ayuntamiento, siendo el único responsable de la conservación y mantenimiento de las instalaciones y de los eventuales daños que el funcionamiento del servicio pueda originar a terceros.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Junta Central considera que la gestión del restaurante tendría cabida dentro del tipo de contrato de concesión de servicios que regulan los artículos 14 y 15 de la LCSP, ya que en el mismo concurre la transferencia del riesgo operacional, que proclama la citada ley como nota que lo caracteriza y diferencia del contrato de servicios.

### **III. La posibilidad de adjudicar el contrato de restauración mediante un contrato menor.**

Una vez que hemos determinado cuál podría ser la naturaleza jurídica de la actividad que se pretende realizar, indicando que podría tratarse de un contrato de concesión de servicios, cabe ahora determinar, tal y como solicita el Ayuntamiento si, podría formalizarse un contrato menor “puente” para continuar con la *“gestión del restaurante durante el tiempo imprescindible entre la resolución por mutuo acuerdo del vigente contrato hasta la adjudicación del nuevo contrato, con el Ayuntamiento Zorita de los Canes, con el objeto de evitar su cierre especialmente en la época estival, motivándolo en razones de interés general”*.

El artículo 118.1 de la LCSP establece 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”*.

Se refiere pues la ley a los contratos típicos de obras, servicios y suministros, sin que indique su aplicación a ningún otro contrato.

Sobre este tema también se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el ya citado Informe 87/2018, en él indica que *"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.***

*(...) 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.**"*

Esta doctrina la trae a colación la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe 1/2019, en el que señala que *"Por el contrario, si estamos en presencia de una concesión de servicios por haberse transferido el riesgo operacional del contrato, tal como expusimos en nuestro Informe 87/2018 de 4 de marzo, el régimen jurídico del contrato menor no puede aplicarse (...)"*

De lo expuesto cabe indicar que el régimen del contrato menor no encontraría aplicación en los contratos de concesión de servicios, pues dicha categoría de contrato no se encuentra recogida dentro de los que expresamente prevé la ley en su artículo 118; además no resultaría aplicable, tal y como ya se ha indicado, dada la naturaleza de tal contrato.

#### **IV. Distinción entre las figuras del convenio y el contrato.**

El Ayuntamiento de Zorita de los Canes, se refiere en su escrito de solicitud de informe a si sería posible

*formalizar un convenio para continuar con la gestión del restaurante durante el tiempo imprescindible entre la resolución por mutuo acuerdo del vigente contrato hasta la adjudicación*



*del nuevo contrato, con el Ayuntamiento Zorita de los Canes, con el objeto de evitar su cierre especialmente en la época estival, motivándolo en razones de interés general”.*

A la figura de los convenios se refiere el capítulo VI del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en adelante, LRJSP). El artículo 47 de la ley define los convenios y sus tipos:

*“1. Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado **para un fin común**.*

(...)

***Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos.** En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.*

*2. Los convenios que suscriban las Administraciones Públicas, los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, deberán corresponder a alguno de los siguientes tipos:*

(...)

*c) Convenios firmados entre una Administración Pública u organismo o entidad de derecho público y un sujeto de Derecho privado (...).”.*

Por su parte, la ley de contratos también se refiere a los convenios en su artículo 6, cuyo apartado segundo establece que *“Estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”.*

De lo dispuesto por una y otra norma resulta claro que los convenios no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos; en dicho caso, la prestación de que se trate deberá regirse



por lo dispuesto en la LCSP. Además, se exige que ambas partes celebren el convenio para lograr un “*fin común*”.

Aplicando lo expuesto al presente caso podemos afirmar que la actividad de restauración, tal y como la plantea el Ayuntamiento de Zorita de los Canes, entraría dentro del objeto del contrato de concesión de servicios, como negocio jurídico bilateral oneroso en el que el contratista adquiere un derecho a explotar el servicio de restauración que le ha encomendado aquél (asumiendo el riesgo operacional que la ejecución del contrato implica) y, como contraprestación, ha de satisfacer el pago de un canon al Ayuntamiento.

No se aprecia que exista un fin común de manera que cada parte realice una determinada actuación para conseguirlo. En este caso el fin que persigue el Ayuntamiento diferiría del perseguido por el particular con el que formalizara el convenio; el Ayuntamiento de Zorita persigue un fin de interés público de manera que se garantice que los vecinos del municipio van a disponer de un adecuado servicio de restauración, el fin que perseguiría el particular sería puramente privado y de carácter económico.

Teniendo en cuenta lo anterior, no cabría formalizar un convenio para continuar con la gestión del restaurante, pues su objeto sería propio de un contrato de concesión de servicios, debiéndose regir por lo dispuesto en la LCSP.

En virtud de las anteriores consideraciones jurídicas, el Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha formula las siguientes

### III. CONCLUSIONES

- I. La naturaleza jurídica de la gestión del restaurante es la de la contratación administrativa, rigiéndose por la LCSP. El contrato se calificaría como contrato de concesión de servicios, regulado en los artículos 14 y 15 de la LCSP, al concurrir en él la transferencia del riesgo operacional, que proclama la citada ley como nota que lo caracteriza y diferencia del contrato de servicios.





- II. Calificado el contrato como de concesión de servicios, no podría adjudicarse el mismo mediante el contrato menor regulado en el artículo 118 LCSP pues dicha categoría de contrato no se encuentra recogida dentro de los que expresamente prevé el citado artículo.
- III. En el presente caso no cabría utilizar la figura del convenio pues la actividad de restauración sería propia del contrato de concesión de servicios, debiéndose regir por lo dispuesto en la LCSP.

**PRESIDENTA DE LA JUNTA CENTRAL DE  
CONTRATACIÓN**

**SECRETARIA DEL PLENO DE LA JUNTA  
CENTRAL DE CONTRATACIÓN**



Documento Verificable en [www.jccm.es](http://www.jccm.es) mediante  
Código Seguro de Verificación (CSV): 71714EF3FAF078C5353548