



CONSULTA 108/2024, de 12 de diciembre de 2024. Naturaleza y tipología de los contratos de servicios de restauración.

1

CONSULTA (discurso directo)

“Necesitamos contratar el servicio de cafetería para XX que es un centro que tiene capacidad para aproximadamente XX pacientes. La cafetería se halla dentro del propio centro, y daría servicio a los pacientes, a los trabajadores del centro, y a los visitantes.

Además, necesitamos imponer unas condiciones, como por ejemplo horarios de apertura, límites máximos de precios, y prohibición de venta de bebidas alcohólicas.

¿Qué tipo de contrato y procedimiento de adjudicación sería el más adecuado para en este caso?”

RESPUESTA

Dados los términos en que se plantea la consulta, podemos entender que nos encontramos ante un servicio de restauración. Al respecto, resulta interesante el 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 (en adelante, JCC), que tuvo ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de este tipo de servicios. Indica la JCC:

“(…) 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 (...)”.

(...)

*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 expuesto lo anterior, y teniendo en cuenta lo que indica la consultante: “La cafetería se halla dentro del propio centro, y daría servicio a los pacientes, a los trabajadores del centro, y a los visitantes. Además, necesitamos imponer unas condiciones, como por ejemplo horarios de apertura, límites máximos de precios, y prohibición de venta de bebidas alcohólicas”, podemos inferir que existe un interés por parte de la Administración de dar servicio a los usuarios del centro (pacientes y trabajadores), aun cuando también podrían beneficiarse otros usuarios externos; ese interés queda patente desde el momento en que aquélla pretende establecer una serie de condiciones para llevar a cabo la prestación del servicio (horarios de apertura, límites máximos de precios, y prohibición de venta de bebidas alcohólicas). Así pues, el servicio de restauración debería formalizarse a través del contrato administrativo.

Queda por dilucidar qué tipo de contrato sería el adecuado para satisfacer aquella necesidad. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), regula los tipos de contratos en la sección 1ª, del capítulo II, del título preliminar. El artículo 12 de la LCSP califica como contratos administrativos: “Los contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios que celebren las entidades pertenecientes al sector público”. Así pues, la tipología de contrato que correspondería a las necesidades que pretende contratar esa Administración, dadas las características de la misma, correspondería a un contrato de servicios o a un contrato de concesión de servicios.



El artículo 17 de la LCSP establece que son contratos de servicios *aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer 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.*

Por su parte, el artículo 15 regula el contrato de concesión de servicios en los siguientes términos:

“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”.

El citado apartado cuarto del artículo 14 dispone:

4. El derecho de explotación (...), deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación (...) abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

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”.



La diferencia entre ambos tipos de contrato también la analiza la JCC en el citado Informe 4/2021:

“(…) 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 (...).

(…)

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 (...)"

En el caso que nos ocupa, parece que la pretensión de la Administración es otorgar la gestión del servicio de restauración a un tercero, mediante la explotación de este servicio (acompañada o no de percibir un precio). Lo que deberá determinar la consultante es si esta gestión irá o no acompañada de una transferencia del riesgo operacional que deberá asumir la contratista. Para poder determinar si existe o no ese riesgo, cabría preguntarse, por ejemplo, si los usuarios están obligados o no a utilizar los servicios de restauración objeto del contrato, o si está garantizado que la contratista vaya a cubrir con los ingresos que perciba la inversión que pueda llevar a cabo para la explotación de la cafetería. Así pues, si la Administración considera que existe transferencia del riesgo operacional, deberá formalizar un contrato de concesión de servicios; si, por el contrario, considera que no existiría tal riesgo, nos encontraríamos ante un contrato de servicios.

En cuanto al procedimiento de adjudicación a través del cual debería tramitarse el correspondiente contrato, indicar que dependerá de cómo hayamos calificado nuestro contrato (servicios o concesión de servicios) para determinar qué procedimiento sería el adecuado. El artículo 131 de la LCSP regula el procedimiento de adjudicación y establece en su apartado segundo:

"2. 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.

En los supuestos del artículo 168 podrá seguirse el procedimiento negociado sin publicidad; en los casos previstos en el artículo 167 podrá recurrirse al diálogo competitivo o a la licitación con negociación, y en los indicados en el artículo 177 podrá emplearse el procedimiento de asociación para la innovación”.

Entre los servicios especiales del Anexo IV se encuentran los *Servicios de hostelería y restaurante*, entre los que se incardinaría el servicio de cafetería a que se refiere la consultante. Así pues, y con los datos que figuran en la consulta, podemos indicar que, si el tipo de contrato es el de concesión de servicios, deberá licitarse a través del procedimiento restringido. Si se cataloga como contrato de servicios, podrá adjudicarse por procedimiento abierto, que es el procedimiento ordinario de adjudicación, o por el procedimiento negociado, en los supuestos de los artículos 167 y 168 de la LCSP. Podrá tramitarse como un contrato menor si se trata de un contrato de servicios con valor estimado inferior a 15.000 € y de duración máxima de un año, sin posibilidad de prórroga.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos **concluir** lo siguiente:

- El servicio de cafetería es objeto de un contrato administrativo a que se refiere la LCSP.
- El tipo de contrato que deberá licitar la Administración será el de servicios o el de concesión de servicios, en función de si existe o no transferencia del riesgo operacional en el sentido indicado por el artículo 14.4 de la LCSP, lo que deberá determinar el órgano de contratación en función de las circunstancias tenidas en cuenta para la preparación del contrato y su posterior licitación.
- Si el contrato se cataloga como concesión de servicios deberá adjudicarse a través del procedimiento restringido. Si se tipifica como contrato de servicios podrá adjudicarse por procedimiento abierto. El procedimiento negociado únicamente cabrá en los supuestos a que se refieren los artículos 167 y 168 de la LCSP. Podrá tramitarse como contrato menor si se trata de un contrato de servicios con valor estimado inferior a 15.000 €, y con una duración máxima de un año, sin posibilidad de prórroga.



Castilla-La Mancha



Contratación Pública
Castilla-La Mancha

Finalmente, indicar que, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y, en ningún caso, resulta vinculante.

Es muy importante para el servicio InfocontrataCLM valorar la calidad de la atención que ofrecemos; por ello, hemos incorporado una breve encuesta anónima de cuatro preguntas a la que pueden acceder haciendo clic en cualquiera de las caritas que aparecen a continuación. Estaríamos encantados de recibir su opinión para poder seguir mejorando. ¡Muchas gracias por su colaboración!

8

EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN