



León, 1 de marzo de 2019

**Ayuntamiento de XXX
XXX
(SALAMANCA)**

Asunto: Adjudicación de bar municipal.

De nuevo nos dirigimos a V.I. una vez recibido el informe solicitado en relación con el expediente que se tramita en esta Institución con el número **20180957**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

El expediente se inició a partir de una reclamación que cuestionaba el procedimiento seguido para adjudicar el contrato de explotación del bar municipal.

Manifestaba el reclamante que un ciudadano después de mantener una conversación telefónica con la Alcaldía, había formulado una propuesta con fecha 17/05/2018 (enviada por servicio de whatsapp por indicación de la Alcaldía), no habiendo sido informado después sobre las razones por las cuales el contrato no le había sido adjudicado.

Iniciada la investigación oportuna, se le solicitó información en relación con la cuestión planteada.

En el informe remitido a esta Procuraduría por el Ayuntamiento se hace constar que *“en el municipio no existe ningún empresario que ejerza la actividad de hostelería; para suplir esta circunstancia se viene arrendando un inmueble municipal destinado para uso hostelero, siguiendo las previsiones de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Reglamento de Bienes de las Entidades Locales; expediente que tiene que realizarse mas frecuentemente de lo deseado, ya que los arrendatarios no mantienen el arrendamiento mas de un año, ya que según manifiestan el volumen de negocio es muy pobre, por la escasa población del municipio.*

Del proceso de arrendamiento llevado a cabo en mayo de 2018, se ha dado cumplida información a todos los participantes por los mismos medios que los interesados presentaron su oferta, y en la adjudicación queda acreditado las características y ventajas determinantes para la selección de la oferta”.



Aporta la copia de las ofertas presentadas, del Decreto de la Alcaldía de 28/05/2018, en virtud del cual resolvió la adjudicación y del contrato suscrito con el adjudicatario el 01/06/2018.

A la vista de la información remitida, se ha considerado oportuno realizar algunas consideraciones.

a) Sobre la naturaleza jurídica del contrato.

De su informe se deduce que la adjudicación se realizó de forma directa por tratarse de un contrato patrimonial, cuyo objeto era el arrendamiento de un local destinado a uso hostelero para su explotación por un particular, lo que justificaría su exclusión del régimen de los contratos del sector público.

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 (LCSP), vigente en la fecha de la adjudicación, ha mantenido la exclusión de los contratos patrimoniales del ámbito de la contratación pública. El artículo 9 de la LCSP excluye de su ámbito de aplicación *“los contratos de explotación de bienes patrimoniales, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley”*. *“Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles”*.

La distinción entre la contratación patrimonial de las entidades públicas y la contratación administrativa, se ha realizado tradicionalmente en base a la causa del contrato, si el interés predominante de la entidad era gestionar un bien y obtener un beneficio económico, acudía a la primera, mientras que si prevalecía el atender un fin público con la actividad prestacional, debía suscribir un contrato administrativo.

A la hora de decidir sobre la naturaleza pública o privada del contrato cuyo objeto era el arrendamiento de un bien patrimonial propio de la administración destinado a aparcamiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12/07/2018, Sala de lo Civil, recoge la evolución de la Jurisprudencia a la hora de delimitar ambas figuras: *“Con carácter general, tanto la Jurisprudencia -Sentencia 24 de enero de 2007, entre otras- como la doctrina han considerado que, fundamentalmente, el elemento diferenciador de un contrato celebrado por una Administración Pública con un tercero es la finalidad del mismo, pues se anuda la naturaleza*



administrativa del negocio a la consecución de un interés público dentro del ámbito competencial de la Administración otorgante. El problema radica en la amplitud con la que quiera verse dicho elemento teleológico, puesto que, por el mero hecho de ser Administraciones Públicas, resulta coherente la búsqueda de un interés público en sus actos, siquiera de forma indirecta. Por ello, al margen de interpretaciones amplias de la visión finalista del negocio -sentencia de 9 de octubre de 1987-, la Jurisprudencia más reciente ha exigido otros elementos adicionales del contrato celebrado por las Administraciones Públicas para dotarle de una naturaleza administrativa. (...). Por tanto, no basta con que, en última instancia, exista una finalidad pública, sino que es preciso que el objeto público sea el elemento esencial y principal del contrato para su consideración como administrativo”.

Dicha diferencia, esto es, la necesidad de atender a un fin público, a realizar una actividad prestacional, frente a una mera explotación de un bien de dominio público o patrimonial, en la que no se predique dicha necesidad, resultará fundamental para determinar si nos encontramos ante un contrato administrativo o ante un negocio patrimonial, y, así, poder dilucidar qué bloque normativo es el adecuado para llevar a cabo la tramitación del procedimiento administrativo en cuestión.

Si el objeto principal del negocio jurídico no es más que la mera explotación de un bien de la administración, sin que se dé en dicha prestación la nota propia de un servicio finalista, nos encontraremos ante un negocio patrimonial, mientras que si el objeto principal presenta características propias de una actividad prestacional, nos encontraremos ante un contrato administrativo, ya sea contrato administrativo de servicios, contrato administrativo especial o concesión de servicios (en este último, si hay traslado del riesgo operacional al contratista).

A la hora de determinar la naturaleza del contrato que llevó a cabo ese Ayuntamiento para ceder el inmueble, consideramos que más que el arrendamiento de un local su finalidad era la de satisfacer una necesidad de la población, pues en la respuesta enviada a esta Procuraduría manifiesta que el objetivo era suplir una carencia dentro de lo que pueden considerarse actividades de ocio “... en el municipio no existe ningún empresario que ejerza la actividad de hostelería; para suplir esta circunstancia se viene arrendando un inmueble municipal destinado para uso hostelero ...”

No solo esto, también se deduce del hecho de que fuera determinante, en su adjudicación, la prestación de actividades propias de un restaurante. Así resulta del Decreto de la Alcaldía de



28/05/2018 que resolvió la adjudicación del contrato, según el cual *“son características y ventajas determinantes de que haya sido seleccionada la oferta presentada por el adjudicatario con preferencia a las presentadas por los restantes licitadores cuyas ofertas fueron admitidas las siguientes: Servicio permanente de comidas, con menú diario y mejoras en el ajuar del local”*.

La Resolución 102/2017, de 8 de noviembre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en la resolución de un recurso especial sobre un contrato de explotación de una cafetería y de las máquinas expendedoras en un hospital que había sido calificado por el órgano de contratación como contrato administrativo especial consideró que *“estas dos notas, la de adquisición de un servicio tendente a satisfacer las necesidades del personal del poder adjudicador y, en general, de las personas que acudan al centro hospitalario, y la realización de obras y suministro de equipamiento para la prestación del mismo, excluyen que nos hallemos ante un contrato de contenido patrimonial (ver, en este sentido, la Resolución 091/2016 y la jurisprudencia del TJUE citada en la misma) y que, por ello, nos hallemos ante un contrato concesional”*.

Una vez determinada su naturaleza de contrato público, la calificación concreta se corresponde con el contrato de concesión de servicios, definido en el artículo 15 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. 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”*.

La LCSP siguiendo la Directiva 2014/23/UE, no limita la concesión de servicios a los servicios que se puedan calificar como servicios públicos, así lo reconoce la propia exposición de motivos de la Ley.

Las modalidades contractuales idóneas para la licitación de un bar cafetería en instalaciones o edificios públicos se analizan en el Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que llega a las siguientes conclusiones:



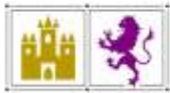
“I. En el caso de la atribución de facultades de ocupación y explotación de inmuebles públicos por particulares, particularmente en el caso de bares y cafeterías situadas en edificios o instalaciones públicas, la configuración como contrato de carácter patrimonial o como contrato administrativo depende de la causa del contrato y, en concordancia con ello, con (sic) 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.

II. El régimen jurídico de los contratos administrativos relativos a bares o cafeterías en edificios o instalaciones públicas ha evolucionado en función de los cambios producidos en el Derecho comunitario y en el nacional. En la actualidad un contrato en que la retribución del contratista derive de la explotación del servicio y, en consecuencia, de los precios pagados por los usuarios, y con transferencia del riesgo de explotación, es decir, con asunción por el contratista de los riesgos de oferta, de demanda y de responsabilidad frente a terceros, ha de calificarse como contrato de concesión de servicios.

b) Procedimiento de adjudicación del contrato analizado.

Señala su informe que el contrato se adjudicó como un contrato patrimonial, según la normativa de bienes de las Entidades de locales; no obstante no consta que se hubiera tramitado ningún procedimiento, pues el expediente que nos ha remitido solo incluye las ofertas que se presentaron (tres) y la resolución de la adjudicación que parece ser realizó de forma directa.

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en el artículo 110 dispone que los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las administraciones públicas. Sus efectos y extinción se registrarán por esta ley y las normas de derecho privado. Y el artículo 92.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, establece que el arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las entidades locales se registrará, en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de contratación de las entidades locales.



A la hora de preparar la tramitación de un negocio patrimonial, la remisión a la normativa de contratos administrativos es constante. Siguiendo el criterio establecido por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el Informe 25/2008, de 29 de enero de 2009, sobre el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local podemos destacar: *“Un aspecto singular debe ser matizado por su transcendencia, en cuanto a la identidad de los sistemas de desarrollo de los procedimientos de adjudicación de los contratos, que nos revela que los procedimientos y formas de adjudicación se regulan en similares términos (...). En otro contexto podemos apreciar que las reglas que regulan la aprobación de expediente, publicidad, presentación de proposiciones, examen y valoración de las mismas, decisión de adjudicación y efectos de la misma son los mismos”*.

Destaca el mismo dictamen que para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse han de aplicarse los principios de las normas de contratación administrativa que tienen por objeto garantizar la aplicación de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Continúa señalando *“podemos apreciar un efecto singular respecto de la especialidad propia de la legislación patrimonial y de la legislación de contratos del sector público como es que la regulación singular que realiza se complementa como parte de la misma con otras normas promulgadas sin necesidad de repetir en su articulado las mismas reglas. Así podemos afirmar que las normas contenidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, su Reglamento de aplicación y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, se complementan por así disponerlo los artículos que se han citado, con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas hasta su derogación y posteriormente por la Ley de Contratos del Sector Público, pero ésta no por resultar de aplicación directa, sino en tanto en cuanto regula aspectos concretos de desarrollo del procedimiento de adjudicación sin los cuales aquellas normas no podrían ser aplicadas”*.

De lo expuesto resulta que aunque este contrato hubiera sido adjudicado aplicando la legislación patrimonial y no la normativa de contratos del sector público como correspondía, ello no justifica que se obviara la publicidad de las bases de la licitación y de la adjudicación y, desde luego la notificación del acuerdo de adjudicación a todos los ofertantes, normas aplicables tanto a los contratos patrimoniales como a los contratos de concesión de servicios.



En cualquier caso, no puede prescindirse de un procedimiento administrativo para la preparación y adjudicación de un contrato suscrito por una Administración pública, aunque se le otorgue la calificación de contrato privado.

El procedimiento de adjudicación de los contratos está sujeto a los principios de publicidad y transparencia que se manifiestan en la exigencia de dar a conocer las licitaciones convocadas, la publicación de las adjudicaciones y la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado a preferir la propuesta de un licitador y descartar las demás.

Lo cierto es que no consta la tramitación completa de un proceso licitatorio con todas las garantías de publicidad, sino únicamente la presentación de tres ofertas y el acto de adjudicación. Ni siquiera se ha acreditado que la resolución de adjudicación se hubiera notificado a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante.

A estos efectos es preciso subrayar que el artículo 151.2 LCSP establece que *“la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberá contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente: En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura (...)”*.

Además hay que tener en cuenta que las notificaciones que se efectúen se realizarán por medios electrónicos de conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, y que el sistema de notificaciones electrónicas obligatorias, a través de las figuras de la dirección electrónica habilitada o de la comparecencia electrónica, es aplicable a todos los actos de notificación a que se refiere la Ley (Informe Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 1/2018).

La falta de tramitación de todo tipo de procedimiento determina la nulidad de la adjudicación, todo lo cual debería dar lugar al inicio del procedimiento de revisión de oficio de la misma.

En cuanto a la futura contratación de este servicio, se deberá tener en cuenta que un contrato que abarque la gestión de un bar en un inmueble municipal será un contrato de concesión de servicios, siempre que se dé la doble circunstancia de que los ingresos del contratista provengan de los usuarios y que exista transferencia de riesgo de la actividad al



contratista. Esta calificación impide que el contrato se adjudique de forma directa como un contrato menor. A efectos de elección del procedimiento de adjudicación se deberá tomar en consideración el valor estimado del contrato, distinto del presupuesto de licitación que viene determinado por el precio que abona el contratista durante el año inicial.

El mismo informe ya citado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 13/2018, concluye con relación a estos contratos:

“III. Los contratos de concesión de servicios no son susceptibles de adjudicación directa conforme a la tramitación prevista para los contratos menores de obras, suministros o servicios.

IV. El valor estimado del contrato no se establece en función del canon a pagar por el contratista o de una eventual subvención al funcionamiento a aportar por la Administración, sino en función del valor del negocio, lo que obliga a estimar el volumen de facturación, por el tiempo previsto de duración del contrato, más las eventuales aportaciones de la Administración en suministros eléctricos u otros”.

En virtud de todo lo expuesto, y al amparo de las facultades conferidas por el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y por la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común consideramos oportuno formular la siguiente **Resolución**:

- Que el Pleno de ese Ayuntamiento debe valorar el inicio del procedimiento de revisión de oficio de la resolución de la adjudicación del contrato de arrendamiento del local comercial con destino a bar restaurante de fecha 28/05/2018.

- Que la futura contratación de los servicios de bar restaurante en un local de titularidad municipal deberá respetar la regulación establecida en 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.

Esta es nuestra resolución y así se la hacemos saber, con el ruego de que nos comunique de forma motivada la aceptación o no aceptación de la misma en el plazo de dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Reguladora de la Institución.



PROCURADOR DEL COMÚN
DE CASTILLA Y LEÓN

Una vez realizadas las comunicaciones oportunas, se acuerda publicar la presente Resolución en la página web de esta Institución, previa disociación de los datos de carácter personal que contuviera.

Pendiente de sus noticias, reciba un cordial saludo.

Atentamente,

EL PROCURADOR DEL COMÚN

Fdo.: Tomás Quintana López