



León, 22 de julio de 2019

Ayuntamiento de XXX

XXX (SALAMANCA)

Asunto: Contrato de explotación del bar de la piscina 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 **20181702**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

El motivo de la reclamación se refería al incumplimiento de las obligaciones contraídas por ambas partes en el contrato de explotación del bar de la piscina municipal. Según la reclamación, después de adjudicado el contrato, el Ayuntamiento había llevado a cabo la adquisición del mobiliario del bar sin que esa obligación se hubiera asumido en el contrato. En cuanto a las obligaciones del adjudicatario, no abonaba el pago del precio en el plazo estipulado (primeros cinco días del mes), desconociendo si había pagado todas las mensualidades y los gastos de consumo de electricidad.

Añadía el autor de la queja que un concejal había formulado una solicitud con fecha 08/03/2018 (Nº 2018-E-RC-57) a fin de obtener *“un informe detallado sobre la concesión y adjudicación del último contrato del bar de las piscinas públicas, así como su pliego de condiciones y facturación y cuentas que de ello derive”*. Afirmaba que petición no había sido resuelta, ni se había entregado documentación alguna.

Iniciada la investigación oportuna, esta Procuraduría solicitó de ese Ayuntamiento información sobre las cuestiones planteadas, en concreto sobre los siguientes aspectos:

- Informe sobre la veracidad de los hechos expuestos, indicando si después de la adjudicación del contrato el Ayuntamiento había comprado mobiliario para el bar de las piscinas municipales sin estar previsto en el pliego de cláusulas administrativas que había regido la adjudicación, ni en el contrato. En caso afirmativo, debía expresar los motivos que hubieran justificado su compra.



- Informe si el adjudicatario había incumplido la obligación de pago del precio en el plazo pactado y los gastos de electricidad.
- Remisión de una copia del pliego de cláusulas administrativas y del contrato.
- Informe sobre la respuesta emitida frente a la solicitud del concejal de 08/03/2018 (Nº 2018-E-RC-57), aportando una copia. En caso de no haber dado respuesta a dicha solicitud, debía informar sobre las razones que justificaran su omisión.
- Informe si se había puesto a disposición del concejal alguna documentación solicitada con fecha 08/03/2018 (Nº 2018-E-RC-57) o se le había facilitado alguna copia, en cuyo caso debía aportar una copia del recibo que acreditara su entrega.

El informe remitido a esta Procuraduría señala lo siguiente:

“Referente a este contrato de arrendamiento se informa que se ha seguido el procedimiento legalmente establecido: Aprobación del pliego de cláusulas administrativas que han de regir el concurso para la adjudicación, mediante procedimiento abierto (...), anuncio del procedimiento abierto, presentación de ofertas, adjudicación al mejor postor.

D. (...) vendió al arrendatario actual un mobiliario por importe de 1.500 € y el Ayuntamiento ha adquirido dicho mobiliario por el mismo importe, para que sea de propiedad municipal.

El arrendatario ha abonado en el día de la fecha todos los importes correspondientes al arrendamiento.

Siempre y en todo momento se le ha permitido consultar el expediente a (...).”

No envía documentación adicional, ni el contrato, ni el pliego, ni la resolución formal dictada frente a la solicitud del concejal, ni la copia del recibo que acredite que recibió aquel o examinó alguno de los documentos solicitados.

El examen de las cuestiones planteadas lleva a distinguir, por un lado, el aspecto relacionado con el cumplimiento de las obligaciones contractuales y, por otro, el ejercicio del derecho a la información por parte de un concejal.



a) Sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En su informe señala que el bar de la piscina fue objeto de un contrato de arrendamiento del local 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) 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... que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial”*.

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 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”.

En este caso, como no se aporta ningún documento de los que fueron requeridos, ni el contrato, ni el pliego que rigió la adjudicación, no podemos llegar a una conclusión definitiva sobre la naturaleza pública o privada del contrato. Ahora bien aunque pudiera haber sido suscrito como un contrato patrimonial no quiere ello decir que la consecución de un interés público le sea ajena, pues en definitiva perseguirá la obtención de un rendimiento económico que habrá de ser aplicado a la satisfacción de las necesidades públicas que ese Ayuntamiento debe atender.

La finalidad de obtener unos ingresos económicos para el Ayuntamiento derivados de la explotación de un bien patrimonial es un fin legítimo, por ello, los bienes patrimoniales pueden ser objeto de arrendamiento o entrar en el tráfico jurídico como cualquier bien. Ahora bien, las obligaciones que cada una de las partes deben cumplir han de estar perfectamente determinadas desde el inicio del procedimiento y no pueden incluirse después contraprestaciones que no estén reflejadas en el contrato.

Los principios generales que deben regir la gestión patrimonial se establecen en el artículo 8, de carácter básico, de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), según el cual:

“1. La gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios:

- a) Eficiencia y economía en su gestión.*
- b) Eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes y derechos.*
- c) Publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes.*
- d) Identificación y control a través de inventarios y registros adecuados.*



e) Colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones públicas, con el fin de optimizar su utilización y rendimiento de los bienes.

2. En todo caso, la gestión de los bienes patrimoniales deberá coadyuvar al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor y, en particular, al de la política de vivienda, en coordinación con las Administraciones públicas competentes”.

No ha concretado en su informe si el Ayuntamiento se había obligado en el contrato a la compra de mobiliario por importe de 1.500 € para ponerlo a disposición del arrendatario, ni ha ofrecido ninguna explicación que justifique la entrega de esa cantidad al arrendatario como compensación por el gasto que realizó, al margen de que efectivamente tales bienes pasen después a ser considerados de propiedad municipal. Tampoco justifica documentalmente el cumplimiento de las obligaciones que correspondían al arrendatario según el contenido del contrato, ni especifica si debía satisfacer los gastos de electricidad.

En todo caso los contratos han de cumplirse a tenor de sus cláusulas, por lo que deberá comprobar si procede instar del arrendatario la devolución de alguna de las prestaciones realizadas por el Ayuntamiento que no tuvieran su justificación en las obligaciones contraídas a la firma del contrato, aunque para ello deba acudir a la jurisdicción civil.

En cuanto a la futura contratación de este servicio, 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* (artículo 15 LCSP), siempre que se cumpla la doble circunstancia de que los ingresos del contratista provengan de los usuarios y que exista transferencia de riesgo de la actividad al contratista. A efectos de elección del procedimiento de adjudicación se deberá tomar en consideración el valor estimado del contrato.

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:

“1. 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) Sobre la solicitud de un concejal en ejercicio de su derecho a la información y documentación municipal.

La reclamación se refería también a la falta de resolución de una solicitud formulada por un concejal con fecha 08/03/2018 (Nº 2018-E-RC-57) para que le fuera entregado *“un informe detallado sobre la concesión y adjudicación del último contrato del bar de las piscinas públicas, así como su pliego de condiciones y facturación y cuentas que de ello derive”.*

Aunque manifiesta esa Alcaldía que *“siempre y en todo momento”* se le ha permitido consultar el expediente a (...) lo cierto es que no acredita que fuera puesto a su disposición, ni que resolviera su petición referida a la obtención de un informe o a la entrega de copias.

La consulta general de documentación en los archivos o la expedición de copia ha de quedar reflejada en un acuse de recibo, a efectos del oportuno control administrativo y con el fin de acreditar que se ha permitido realizar la consulta o se ha hecho entrega de las copias al concejal.



En la resolución del expediente 20181701 ya se indicaban a ese Ayuntamiento los criterios que esta Procuraduría sigue en los casos en que debe decidir si ha existido una limitación o restricción del derecho a la información de los concejales, que no son distintos de los que aplican los Tribunales en supuestos similares.

Dado el fundamento constitucional del derecho a la información y su conexión con el derecho a la participación política reconocido en el artículo 23 de la Constitución Española, han entendido que “corresponde al Ayuntamiento la carga de procurarse una prueba fehaciente e indubitada -por escrito- de los accesos efectivos a la información y documentación que el concejal interese en el ejercicio de sus funciones” (STSJ de Castilla y León de 13 y 16 de noviembre de 2017), “recayendo sobre el Ayuntamiento el deber de proporcionar el acceso a la información solicitada, según se ha razonado, pues las solicitudes se entienden estimadas por silencio, es a este al que compete justificar cumplidamente (si se afirma de contrario la falta de cumplimiento) que ha observado debidamente el deber que recaía sobre el mismo, pues no cabe duda que debe documentar tal efectivo cumplimiento, siendo que, además, en el plano procesal, y en cualquier caso, cuenta la Administración con una facilidad probatoria de la que carece, por motivos evidentes, el actor. Es por todo ello que el resultado material de la valoración de la prueba, admitiendo la falta de acreditación que de uno y otro lado concurre, no puede conducir a presumir la existencia de cumplimiento por parte del Ayuntamiento del deber que le correspondía, sino, al contrario, debe conducir a no considerar acreditado dicho debido cumplimiento y, siendo así, debe considerarse vulnerado el derecho a la participación que constituía el fundamento de la acción ejercitada” (STSJ de Castilla La Mancha de 13 de noviembre de 2017).

Siguiendo este mismo razonamiento, al no haber acreditado el Ayuntamiento que el derecho del concejal haya obtenido satisfacción en el caso concreto, se ha considerado preciso darle traslado de las consideraciones que se exponen a continuación como fundamento de la resolución que se formula.

El derecho de acceso a la información de los concejales se reconoce en el artículo 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL) y en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las



Entidades Locales (ROF), aprobado por RD 2568/1986, de 28 de noviembre (artículos 14, 15 y 16).

En la fecha de presentación de la solicitud no había entrado en vigor la Ley 7/2018, de 14 diciembre, de Titulares de Alcaldías y Presidencias de Diputación, el Estatuto de los miembros de las entidades locales y la información en los Plenos, norma autonómica que desarrolla el derecho a la información ya regulado en la LBRL y que será aplicable desde la constitución de las entidades locales posterior a las elecciones locales (disposición final segunda).

El artículo 77 de la LBRL establece que todos los miembros de las Corporaciones locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función. La solicitud de ejercicio del derecho habrá de ser **resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes** a aquél en que se hubiese presentado.

La petición de acceso a las informaciones se entenderá **concedida por silencio administrativo** en caso de que el Presidente no dicte resolución o acuerdo denegatorio en el término de **cinco días naturales** a contar desde la fecha de solicitud (artículo 14.2 ROF).

La obligación de resolver expresamente subsiste mientras no se haya dictado expresamente la decisión, aunque la resolución expresa posterior a la producción del acto solo puede ser confirmatoria del mismo en los casos de estimación por silencio administrativo (artículo 24.3 Ley 39/2015).

Las manifestaciones que realiza en su informe no permiten tener por acreditado que la Alcaldía resolviera la petición, en la cual no pedía el concejal consultar el expediente, sino que se emitiera un informe y se le entregaran unas copias. Los efectos que la falta de resolución producen con respecto a una y otra petición son distintos, como ya se expuso en la resolución que le dirigimos con motivo de la tramitación del expediente 20181701, en la que se analizaban las consecuencias de la falta de respuesta a una petición formulada por el mismo concejal en el mismo sentido (solicitud de informe y entrega de copias), aunque en relación con un diferente asunto; por tanto a ella nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.



Únicamente recordamos que ese derecho no alcanza a exigir la elaboración de informes u otros documentos al Presidente o al Secretario, sino que es un derecho a examinar un documento preexistente; sin perjuicio de lo cual, el Alcalde puede autorizar estas peticiones de forma expresa y, la ausencia de resolución, determina que se adquiera de forma presunta el derecho a que el informe sea emitido.

Reiteramos que la interpretación que la jurisprudencia hace en estos casos en que el Alcalde no resuelve las peticiones en el plazo de cinco días, conforme declara el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de junio de 2003, el concejal obtiene por silencio el derecho y autorización a la obtención de los informes solicitados, formando parte del ejercicio de su participación política e información el derecho a que sean efectivamente entregados, previa elaboración si fuera precisa. En este mismo sentido se pronuncian el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la Sentencia de 29 de septiembre de 2014, y el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en la Sentencia de 14 de mayo de 2019.

En cuanto a la obtención de copias, una jurisprudencia consolidada establece que ejercicio normal del derecho a la información se materializa mediante la visualización de los documentos y antecedentes que obren en los archivos de la entidad, no se reconoce el derecho a la obtención de copia de los documentos examinados con la misma amplitud.

Tratándose de un derecho de configuración legal, según aparece regulado en el artículo 77 LBRL, se conforma en principio con la exhibición del documento o expediente; la jurisprudencia ha declarado que el artículo 23 de la Constitución Española no ampara automática y necesariamente el derecho de todo concejal a obtener fotocopias de todos los expedientes administrativos, sin embargo ese derecho se vulnera cuando se deniega la copia siendo esa denegación improcedente.

No puede establecerse una prohibición general a los concejales para solicitar copias de documentos, ni cabe con carácter general impedir su obtención. Dichas peticiones no se encuentran amparadas por los efectos del silencio positivo, por lo que no pueden ser consideradas presuntamente autorizadas, sin embargo la denegación, en caso de que proceda, ha de ser siempre motivada.

El artículo 16 ROF regula el **derecho a obtener copias** limitándolo a los casos de acceso directo del artículo 15 del ROF y a aquellos en que sea expresamente



autorizado por el Presidente¹.

También en la resolución del expediente 20181701 se recogían los criterios que la jurisprudencia ha fijado para decidir sobre la entrega de copias a concejales, reflejados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2006 y reiterados en la de 28 de enero de 2008.

De esos criterios destacamos ahora que la indebida denegación incide en el derecho fundamental de participación política y que recae sobre el destinatario de la solicitud de copia (el Alcalde) la carga de justificar y motivar su denegación.

Efectivamente no consta que la petición haya sido resuelta, por lo que habrá de serlo, ni puede apreciarse ningún motivo que pudiera justificar la denegación a un concejal de la copia de un contrato suscrito por el Ayuntamiento, el pliego de cláusulas administrativas que hubiera regido esa contratación, una factura abonada por el Ayuntamiento o las órdenes de pago que hubiera emitido con el fin de sufragar algún gasto derivado de la ejecución del contrato.

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**:

- **Deberá comprobar si las contraprestaciones realizadas por ambas partes en ejecución del contrato de arrendatario del bar de la piscina municipal obedecieron al cumplimiento de las obligaciones asumidas en su clausulado del contrato o, en caso contrario, deberá instar los mecanismos oportunos para cumplir y exigir el cumplimiento de las mismas.**
- **Debe tener en cuenta que la futura contratación de los servicios de bar en la piscina municipal han de regirse por 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.**

¹ De forma similar se regula el derecho a la obtención de copias en el artículo 12 de La Ley 7/2018, de 14 de diciembre, por la que se regula la Conferencia de Titulares de Alcaldías y Presidencias de Diputación, el Estatuto de los miembros de las entidades locales y la información en los Plenos.



- Debe resolver expresamente la solicitud formulada por un concejal con fecha 08/03/2018 (Nº 2018-E-RC-57) autorizando la entrega del informe solicitado –cuya obtención se obtuvo de forma presunta- y reconociendo el derecho a obtener las copias de documentos individualizados referidos al contrato de arrendamiento de la piscina municipal.

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.

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

Tomás Quintana López