



Excmo. Ayuntamiento de Camponaraya  
Ilmo. Sr. Alcalde  
Plaza de la Constitución, 25  
24410 CAMPONARAYA  
(León)

**Asunto: Contrato explotación bar XXX / Resolución**

Ilmo. Sr.:

De nuevo nos dirigimos a V.I. una vez examinado el informe solicitado en relación con el expediente que se tramita en esta Institución con el número **959/2022**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

El motivo de la queja se refería al contrato de explotación del bar XXX.

Señalaba la reclamación que el contrato había vencido por haber transcurrido el plazo de duración de dos años y dos prórrogas anuales, a lo que añadía el incumplimiento de otras obligaciones establecidas en los el pliego, como prestar servicios al público en general no solo a los usuarios XXX, el incumplimiento del horario, el funcionamiento como como bar musical sin licencia ambiental y sin autorización para instalar veladores.

Iniciada la investigación oportuna, esta Defensoría solicitó información sobre la cuestión planteada.

El informe remitido señalaba:

*“Primero. Que por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de este Ayuntamiento de fecha 21 de diciembre de 2018, previa la tramitación del oportuno expediente administrativo del que le acompaño copia, se adjudicó a (...) el contrato de explotación del bar XXX, formalizándose el contrato el día 30 de enero de 2019 con una duración de dos años, prorrogable por otros dos años más.*

*Los citados documentos obran en el expediente administrativo XXX del que se acompaña copia.*

*Segundo. En cuanto al cumplimiento de las obligaciones inherentes a (...) XXX la explotación del bar XXX, el Ayuntamiento de Camponaraya realiza un control de las mismas por medio de visitas in situ por miembros de la Corporación, personal del propio*



*Ayuntamiento, así como en comunicación con la XXX, todo ello dentro del horario de funcionamiento del propio Ayuntamiento, pues cabe significar que no contando con Policía Local ni con otros medios, no puede ampliarse este control a otro horario.*

*No obstante, cuando se han recibido quejas, sí se ha requerido XXX se ajuste a las obligaciones que le atañen descritas tanto en el meritado contrato como en el propio Pliego de Cláusulas Administrativas que rige el procedimiento de contratación descrito. Así, por ejemplo, adjunto le remito requerimiento efectuado XXX, XXX ajustara su horario al citado en dicho documento.*

*En el supuesto de incumplimientos en horario nocturno, debemos estar a las denuncias que posibles afectados realicen ante la Guardia Civil.*

*Tercero. Por otro lado, desde el Ayuntamiento de Camponaraya siempre se ha procurado ofrecer, en la medida de lo posible, el mejor servicio a los ciudadanos; en concreto y en lo que al presente expediente atañe, especialmente a los socios XXX, que tiene su sede en el edificio XXX, habituales usuarios de las instalaciones de este edificio y clientes del meritado bar.*

*En atención y previsión a esta potencial clientela, se estableció en el Pliego de Cláusulas, como podrá comprobar de su lectura, una serie de obligaciones a cumplir por XXX, tales como limpieza del edificio denominado Casa de la Cultura, que cuenta con una gran afluencia de usuarios tanto por la semana como especialmente durante el fin de semana (salón de actos, salón de baile, sede de la Asociación XXX), responder de sus averías y realizar las tareas de mantenimiento que sean necesarias (incluyendo la sede de la propia Asociación), respetar la lista de precios (que son económicos, en atención a que la mayoría de la clientela del bar son XXX, lo que conlleva que el margen económico de beneficio sea más reducido), incluso la obligatoriedad de dispensar un trato afable y preferente a los mayores, incluyendo la disponibilidad a efectuar desplazamientos para efectuar servicios fuera del mostrador y a los puntos de asiento de aquellos usuarios que así lo soliciten.*

*A su vez, desde el bar también se presta el servicio de sellado de la Compostelana a los peregrinos, lo que al Ayuntamiento de Camponaraya le supone un beneficio como un servicio más que se presta en el municipio.*

*Cuarto. Por otro lado, no es menos cierto que desde este Ayuntamiento siempre se ha hecho gala de una enorme flexibilidad en atención a las circunstancias y necesidades de los empresarios.*



*Por ejemplo, durante el año 2019 se giró XXX recibo de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local (terrazas), del que le acompaño copia.*

*Sin embargo, durante los años 2020 y 2021, a la vista de las circunstancias económicas causadas por el Covid, se eximió a todos los hosteleros del municipio el pago de dicha tasa. No solo eso, sino que incluso se les permitió ampliar el número de veladores en sus terrazas, dada cuenta de las limitaciones de aforo en interiores existentes en el interior de los locales.*

*Quinto. Finalmente, en cuanto a los horarios, consta en este Ayuntamiento que en fecha XXX, (...) solicitó modificar los horarios de apertura y cierre los XXX, a lo que se accedió por Acuerdo de Junta de Gobierno Local de fecha XXX, así como solicitud para XXX el día XXX, autorizado también de forma puntual.*

*Por otro lado, consta otra solicitud de modificación del horario, pasando a ser éste de 8 de la mañana (apertura) a las 23 h (cierre), autorizado por Acuerdo de Junta de Gobierno Local de fecha XXX”.*

Como documentación complementaria envía el requerimiento al adjudicatario con fecha XXX (XXX) sobre cumplimiento del horario, y las solicitudes y acuerdos de modificación de ese horario en fechas concretas y con carácter general por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de XXX.

En cuanto al expediente de contratación incluye:

- Pliego de cláusulas económico administrativas del contrato de explotación del bar XXX.

- Propuesta de XXX (XXX).

- Certificado de Secretaría XXX de las ofertas presentadas en el procedimiento de contratación de la explotación del bar XXX: *“Que por resolución de Junta de Gobierno Local de fecha 2 de marzo de 2018 se aprobó el procedimiento de adjudicación por procedimiento negociado sin publicidad del contrato para la EXPLOTACIÓN DEL BAR XXX, solicitando ofertas a tres empresas: (...), (...) y (...).*

Durante el plazo de presentación de ofertas se ha presentado la que a continuación se relaciona: Nº de registro de entrada: XXX” (...).

- Requerimiento de subsanación de la única oferta XXX, notificado XXX (XXX).



- Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de XXX que admite la proposición presentada por (...), por importe XXX y proyecto de explotación del servicio y con precios adscritos a oferta.

- Acuerdo de la Junta de Gobierno Local sobre requerimiento de documentación acreditativa de solvencia XXX (XXX).

- Documentación presentada el XXX (XXX).

- Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de XXX en virtud del cual se adjudica el contrato, notificado el XXX (XXX).

- Contrato sin que conste la fecha del mismo.

A la vista de esta información, el contrato de explotación del bar XXX fue calificado contrato administrativo especial, siendo adjudicado por el procedimiento negociado sin publicidad.

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, entró en vigor el 09/03/2018, y la disposición transitoria primera prevé que los expedientes de contratación iniciados antes de esa fecha se regirán por la normativa anterior *“en el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos”*, a continuación señala que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*.

La fecha de aprobación del pliego por la Junta de Gobierno Local según la certificación de Secretaría tuvo lugar el 02/03/2018, días antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, lo que permitió acudir al procedimiento negociado sin publicidad, sin que fueran aplicables las condiciones establecidas en el artículo 168 y 170, aunque no se adjudica hasta el 21/12/2018, por lo que sus efectos, cumplimiento, extinción, modificación y prórrogas habrían de regirse por esta Ley.

De todas formas, la cuestión que debemos examinar en primer término es la que se refiere a la extinción del contrato, cuya duración ha concluido.

La cláusula tercera del contrato señala: *“El plazo de ejecución del contrato es de 24 meses, contados desde el día siguiente al de la firma del presente contrato, prorrogables de forma anual hasta un máximo de 48 meses”*.



Si fue formalizado el 30/01/2019 no podía extender sus efectos más allá del 30/01/2023. Esta conclusión excluye cualquier otra consideración sobre su cumplimiento pues no puede ya producir efectos ni es posible exigirlo al adjudicatario, pues una vez extinguido ha de iniciarse un nuevo procedimiento de contratación del servicio de bar restaurante instalado en ese local.

A efectos de esa futura contratación, es relevante destacar que el contrato no podrá ser calificado como un contrato administrativo especial. En este sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el informe 87/2018, de 4 de marzo, que establece una serie de precisiones sobre el régimen jurídico del contrato de cafetería y restauración en respuesta a una consulta formulada por un Ayuntamiento que plantea **dos cuestiones** relacionadas con **los contratos de restauración que ocupan un bien de dominio público**: primera, la cuestión de su **calificación**, bien como contrato administrativo especial o bien como contrato de servicios o de concesión de servicios; y segunda, la aplicación a los contratos administrativos especiales del **procedimiento de adjudicación** previsto para los contratos menores.

Sobre la primera cuestión recuerda *“que hasta fechas recientes los contratos que tienen por objeto la explotación de un bar, cafetería o restaurante han sido calificados de manera constante por esta Junta Consultiva como contratos administrativos especiales. A este respecto cabe citar el informe 28/08, de 5 de julio, o el informe 25/12, de 20 de noviembre, que recopila los abundantes informes previos al respecto. Como se señala en el último informe, dicha calificación como contrato administrativo especial se sustentaba en dos argumentos:*

*- Primero, que los servicios de bar, cafetería y comedor no pueden calificarse como servicios públicos de competencia municipal, por lo que no les resulta de aplicación las reglas del contrato de gestión de servicios públicos.*

*- Segundo, que los citados contratos deben ser calificados como contratos administrativos especiales, por estar vinculados al giro o tráfico de la Administración contratante”.*

La Junta Consultiva cambia este criterio con base en el siguiente razonamiento: *“A pesar de esta línea ininterrumpida de informes en el anterior sentido, en nuestro informe de 2012 ya se advertía que este tipo de contratos encajaría en lo que el Derecho de la Unión Europea calificaba como concesiones de servicios en sentido amplio, que ya estaban previstas en las Directivas de contratación pública, pero que todavía se encontraban excluidas de su ámbito de aplicación en aquel momento. Ya en ese momento la Junta atisbaba la posibilidad de un relevante cambio en la materia que pudiera convertir estos contratos en concesiones.*



*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 de servicios 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 sido incorporado a nuestro ordenamiento por la LCSP. Por contra, cuando no se cumpla la condición de la transferencia del riesgo operacional estaríamos en presencia de contratos de servicios”.*

En la LCSP estos contratos pueden encajar en el concepto de las concesiones de servicios ya que en la legislación actualmente vigente, como novedad respecto de la anterior, no tienen por qué tener por objeto la prestación de servicios públicos conforme al tenor literal del artículo 15 de la ley.

El elemento fundamental diferenciador del contrato de concesión de servicios frente al contrato de servicios es la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo 14 de la LCSP.

Por eso la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado entiende que, *“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 permita al exégeta optar por una u otra solución en cada caso, sin que sea posible dar una solución general y única, lo que se advierte 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”.*

Analiza también la aplicación a este tipo de contratos del régimen previsto para los contratos menores y concluye que *“si el contrato se tramita como un contrato de concesión de servicios no podrá aplicarse el régimen jurídico de los contratos menores*



*previsto en el artículo 118 de la LCSP. Si se califica como contrato de servicios se podrá aplicar dicho régimen jurídico si su valor estimado no supera los 15.000 euros”.*

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (Resolución nº 203/2019, de 25 de junio de 2019) también se refiere a la adecuada calificación jurídica de los servicios de cafetería/restauración que se prestan en dependencias públicas.

El Tribunal Administrativo determina que entre las dos opciones teóricamente posibles (contrato de servicio o concesión de servicios) cabe aplicar en ese caso la calificación de concesión de servicios al negocio regulado en los pliegos, en razón de que en este caso entiende transferido el riesgo operacional, lo que deduce de los siguientes aspectos: *“...los usuarios y el personal del hospital no están obligados a utilizar los servicios de cafetería y de máquinas expendedoras de alimentos y bebidas, la cifra de potenciales clientes es incierta, no están garantizados los previsibles ingresos para el pago del canon, pueden producirse pérdidas de tal forma que no lleguen a garantizar la inversión que es preciso realizar y la entidad contratista está obligada a la prestación del servicio aun cuando no le resulte rentable, por lo que cabe apreciar transferencia de riesgo operacional al contratista”.*

Teniendo en cuenta lo expuesto y 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 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, el órgano de contratación debe tomar en consideración el valor estimado del contrato, sobre lo que el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 13/2018, de 30 de mayo, concluye con relación a estos contratos que:

*“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:**

**- Debe el Ayuntamiento a la mayor brevedad iniciar la tramitación, si no se hubiera iniciado hasta el momento, del expediente de contratación que tenga por**



**objeto la contratación de los servicios de bar XXX teniendo en cuenta que el contrato suscrito el 30/01/2019 ha superado el plazo máximo de duración.**

**- En cuanto a la calificación del contrato y el procedimiento de selección del contratista, debe 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, conforme se deducen de la presente Resolución.**

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