



El OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA www.obcp.es publica la siguiente entrada de nuestra compañera Pilar Batet: **¿Concesión demanial o concesión de servicios?**

En algunas ocasiones tiene cierta complejidad saber si nos encontramos ante un negocio jurídico al que se le debe aplicar la legislación de bienes y la patrimonial, o ante un contrato sometido a la ley de contratos: concesión de servicios, o contrato de servicios si no hubiera transferencia a la contratista del riesgo de explotación.

Sí que parece descartable el contrato administrativo especial al tratarse de una categoría residual, especialmente tras la aprobación de vigente ley de contratos, puesto que será difícil que el negocio jurídico no se ajuste a alguna otra categoría de contrato, como es el de servicios o el de concesión de servicios o de obras.

En los supuestos de uso de espacios en instalaciones públicas afectas al servicio público, habrá que analizar cuál es la finalidad de la Administración: si se trata de dar un servicio a los usuarios de la instalación, o si su finalidad principal es la de explotar el bien, es decir, obtener una rentabilidad económica; en el primer caso, estaremos ante un contrato sujeto a la ley de contratos del sector público y, en el segundo, ante un negocio jurídico relativo a un bien patrimonial o demanial (calificándose de arrendamiento o concesión administrativa, respectivamente)¹.

En relación con la distinción entre concesión demanial y contratos típicos, indica Fernández Criado², que la finalidad de los contratos de la ley contractual es la consecución de un fin público de la competencia de la Administración contratante, mientras que en las autorizaciones o concesiones demaniales el fin es privativo del sujeto que obtiene el título habilitante, y ello, sin perjuicio de que la actividad privada esté abierta al público.

También señala el citado autor que cuando se facilita la explotación privada de espacios de un edificio de servicio público, con actividades que apoyan o auxilian al personal que utiliza el servicio principal a que está afecto el edificio, el órgano gestor del servicio no estaría obligado a proceder a tales cesiones de espacios, señalando “a título de ejemplo entendemos que no es obligatorio el establecimiento de locales de prensa, floristerías, restauración o bares públicos, cajeros automáticos, oficinas bancarias, etc. en un centro sanitario, mientras que sí lo estaría el funcionamiento de la restauración para los enfermos hospitalizados o personal que en él presta servicio”.

Sin embargo, en estos ejemplos citados, hay tanto un beneficio de la Administración que va a obtener una rentabilidad económica, como un interés público en ofrecer un mejor servicio al ciudadano, es evidente que es una comodidad para los familiares de los enfermos, que pueden

encontrar los servicios de bar, cajeros automáticos, etc, sin salir del centro hospitalario. Por lo tanto, en muchas ocasiones confluirán y tendremos que ponderar en el negocio jurídico tanto el interés privado como el público.

El Considerando 14 de la Directiva 2014/23/UE, para la distinción de los negocios jurídicos objeto de estudio, pone el foco de atención en la iniciativa en la autorización, de forma que si ésta es del operador económico, no sería contractual dicha autorización; por el contrario, si la iniciativa es del poder adjudicador, sí sería contractual. Por su parte, el Considerando 15, indica que no estamos ante una concesión contractual, cuando la adjudicadora establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos, como sería el caso de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia n.º 317/2021, de 8 de marzo, aunque referida a bienes patrimoniales, indicaba que “los contratos de alquiler de local para realizar los servicios o actividad de restauración tienen unas condiciones de contratación que no se ajustan a las propias de un contrato de arrendamiento”, pues la arrendadora se reserva facultades como la de determinar los productos, fijar los precios máximos, intervenir en la decoración de los locales, fijar los servicios mínimos para el caso de huelga, etc.

Esta intervención no se daba, por ejemplo, en el arrendamiento de un espacio destinado a restauración, en el Aeropuerto de Tenerife Norte-Ciudad de La Laguna (Resolución n.º 588/2022, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Por lo tanto, habrá que tener en cuenta cuál es la causa o finalidad perseguida por el poder adjudicador, pero también el régimen específico al que se somete el reparto de derechos y obligaciones entre las partes involucradas.

Hay supuestos, como es “la instalación y mantenimiento de mobiliario urbano para publicidad integrada”, donde está clara la prevalencia del servicio a obtener: permitir el uso privativo del viario de dominio público local, importando al Ayuntamiento solo la obtención de una rentabilidad económica. Este contrato debe calificarse como concesión del uso privativo del dominio público³.

También, la doctrina viene considerando que los contratos cuyo objeto es “la instalación y explotación de quioscos en el marco de los servicios de temporada en las playas del municipio”, son autorizaciones o concesiones demaniales⁴.

La reciente Sentencia n.º 306/2022, de 15 de junio de 2022, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en relación con la realización de la Muestra de Navidad o mercadillo navideño por parte del Ayuntamiento de Zaragoza, no comparte la opinión del Juez de instancia que considera que se trata de un contrato de concesión de servicios. Admite el Tribunal que existe un interés público en la dinamización de la economía de la Ciudad, por parte del Ayuntamiento, así como un interés en que lo que se programe reúna y mantenga los distintivos propios de la temática que la justifica, y también reconoce que existe una componente cultural de una muestra de esta naturaleza; sin embargo, indica el Tribunal que una cosa es que haya un interés público y otra cosa diferente es que tal interés cualifique el negocio hasta convertirlo en una suerte de actividad prestacional que no existe en la autorización en un bien demanial, como es la vía pública, de una “Muestra de Navidad”.

Sobre la ocupación y explotación de inmuebles públicos por particulares, particularmente en el caso de bares y cafeterías, y también de instalación de máquinas expendedoras, la doctrina parece inclinarse por su calificación como contrato de concesión de servicios⁵.

A modo de ejemplo, la Resolución 102/2017 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, analiza un caso en que los pliegos comprenden dos objetos que serán adjudicados a un único licitador: el servicio de cafetería, que incluye el servicio de comedor tanto para el personal del centro como para el público en general y que conllevará una obra de acondicionamiento; y, por otra parte, el servicio de explotación de máquinas de vending. La remuneración que percibirá la contratista será la obtenida de la explotación de los servicios y deberá abonar al poder adjudicador una cantidad en concepto de canon de explotación.

Se indica en la citada resolución, que debe descartarse una adquisición o arrendamiento de derechos sobre bienes inmuebles, pues en los pliegos impugnados lo relevante para el poder adjudicador es asegurar el servicio de cafetería y comedor para el personal de guardia y personal autorizado, y a tal efecto, los pliegos incluyen entre otros aspectos la obligación de que el adjudicatario pacte con el centro hospitalario un horario, además se obliga al adjudicatario a realizar a su costa obras de acondicionamiento del inmueble y de suministro de los bienes necesarios para su correcto funcionamiento, lo que evidencia un servicio tendente a satisfacer las necesidades del personal del poder adjudicador, por lo que el contrato debe calificarse como de concesión de servicios.

Pero ¿hubiera sido otra la solución si el negocio jurídico hubiera consistido únicamente en la instalación de máquinas vending?. Es una cuestión importante porque la tramitación de un contrato de concesión para este tipo de prestación es compleja, necesitando la aprobación de un estudio de viabilidad o de un estudio de viabilidad económico-financiera.

En el caso de la instalación de máquinas vending en edificios públicos, parece que la Administración no vendría obligada a su instalación, a no ser que sustituya a un servicio de bar inexistente y necesario por el tipo de prestación a que está afecto el edificio, como sería un hospital.

Es decir, si en un hospital ya se presta el servicio de bar para el personal de guardia y personal autorizado, la instalación de máquinas expendedoras de bebidas y alimentos, se puede entender complementaria pero no necesaria pudiendo calificar la relación jurídica como una concesión demanial.

Por lo tanto, si no es un servicio necesario, como es el caso de la instalación de máquinas vending en un edificio administrativo, y el poder adjudicador no tiene interés en regular aspectos relevantes de su funcionamiento, el negocio jurídico se podría calificar como una concesión demanial, a pesar de que el riesgo operacional sea de la empresa.

Concluyo, que para la correcta calificación de los contratos habrá que tener en cuenta:

- el interés público en la prestación que se pretende (aunque muchas veces confluirán ambos intereses, tanto público como privado);*
- la existencia de una obligación en su establecimiento o si supone una mejora fundamental y necesaria en el servicio principal;*
- la intensidad regulatoria de la prestación por parte de la Administración.*

Esto supone que en algunos casos donde la prestación no sea obligatoria para la Administración y exista un interés para ambas partes, dependerá de la voluntad de aquella cómo va a plantear el negocio jurídico, en función de que quiera priorizar en mayor o menor medida el interés público frente al interés privado de la empresa o al revés.

=====

¹*En este sentido, se pronuncia por ejemplo, la Resolución nº 316/2017, del Tribunal de Recursos Contractuales de la Comunidad de Madrid.*

²FERNÁNDEZ CRIADO, JAIME, “Diferenciación entre contratos de gestión de servicios, los de servicios, los especiales, los patrimoniales y otros del sector público en cuanto instrumento de privatización de la gestión de los servicios públicos” en: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 4/2015, págs. 415-437.

³Resolución n.º 316/2017, de 2 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

⁴*Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 871/2018 de 1 Octubre 2018.*

⁵*Entre otros, Informe 13/2018, de 30 de mayo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; Resolución 276/2018, de 10 de octubre, y 203/2019, de 25 de junio del Tribunal de Andalucía y Resolución 175/2017, de 17 de febrero, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.*