

Calificación jurídica de servicio de podología en centro de día

El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 10, Sección Consultas, Octubre 2022, pág. 14, LA LEY

LA LEY 2339/2022

Normativa aplicada

L 9/2017 de 8 Nov. (Contratos del Sector Público)

- TÍTULO PRELIMINAR. Disposiciones generales
- CAPÍTULO II. Contratos del sector público
- SECCIÓN 1.ª. Delimitación de los tipos contractuales
- [Artículo 14. Contrato de concesión de obras.](#)

Jurisprudencia comentada

TACRC, R 668/2018, 12 Jul. 2018 (Rec. 505/2018)

TACPM, R 153/2017, 17 May. 2017 (Rec. 136/2017)

TACPM, R 49/2017, 15 Feb. 2017 (Rec. 27/2017)

Antecedentes.—

En el centro de día se quiere establecer un servicio de podología que será abonado directamente por los usuarios, pero el Ayuntamiento fijará el precio máximo. ¿Cuál sería la calificación jurídica?

Contestación.—

Para determinar si estamos ante una concesión administrativa, o un contrato de servicios o de concesión de servicios, es muy clarificador lo dispuesto en la resolución del Tribunal Administrativo de Contratos de la Comunidad de Madrid [n.º 49/2017, de 15 de febrero \(LA LEY 23022/2017\)](#), en la que se señala:

«(...) el contrato atenderá a la obtención de una finalidad pública, prevaleciendo este interés público en el servicio a obtener, aunque el destinatario y pagador sea un usuario privado, mientras que en la concesión demanial prevalecerá el interés privado de instalación de un negocio que requiere de la cesión de un bien de dominio público mediante su utilización privativa, con un claro beneficio del particular que ocupa el espacio cedido».

También, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 668/2018, [de 12 de julio de 2018 \(LA LEY 102396/2018\)](#) o el Informe 13/2018, de 30 de mayo de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (LA LEY 2056/2018), por ejemplo, califican los servicios de bar en instalaciones públicas como concesiones de servicios. Como ha señalado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de

Madrid en su Resolución 153/2017, [de 17 de mayo de 2017 \(LA LEY 251358/2017\)](#), en la **calificación de un contrato es fundamental la causa del negocio como elemento delimitador**.

En el citado informe de Aragón, dispone su Junta Consultiva que la existencia de un fin público que trascienda el puramente patrimonial llevará necesariamente a calificar la relación como contractual: **será la finalidad perseguida por la Administración y la causa expresada** lo que llevará a calificar una relación jurídica como contrato público o como negocio jurídico patrimonial. La apertura del bar dependía de los horarios de la piscina municipal y, en palabras de la Junta Consultiva de Aragón:

«En consecuencia, estaremos ante un contrato administrativo si el fin es público, aunque el destinatario directo del servicio sea un tercero, empleados públicos o usuarios, en la medida en que la finalidad sea una mejor prestación del servicio público.

Es evidente, que la calificación del contrato de servicio o de concesión de servicios es más complejo de tramitar. En este sentido, indicó el autor Martínez Fernández que «La complejidad que supone la preparación de un contrato de concesión de servicios y las consecuencias en la fase de ejecución, nos parece que no se justifican con la relevancia de estas prestaciones».

También es relevante lo dispuesto en la Resolución 102/2017 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que analiza un contrato de explotación de una cafetería y de las máquinas expendedoras en un hospital, que el órgano de contratación calificó como contrato administrativo especial. Sin embargo, **el Órgano Administrativo señala que goza de las notas características del contrato de concesión**. Así, dispone el Tribunal:

«En primer lugar, debe descartarse que nos hallemos ante la adquisición o el arrendamiento de derechos sobre bienes inmuebles, contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de contratos (art. 10.a) y de la Directiva de concesiones (art. 18.a), 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 la obligación de que el adjudicatario pacte con el centro hospitalario un horario que, en todo caso, deberá asegurar la cobertura de pensiones para el citado personal (Cláusula 3.2 del PCT) y uno de los criterios para la adjudicación del contrato es el del precio del menú para el personal de guardia, autorizado o de pago, ponderado con 46 puntos sobre 100, así como ofrecer un servicio de comida y bebida a disposición del público en general (básica y fundamentalmente para las personas que acompañen a los enfermos internados en el centro que, de esta forma, no verán obligados a desplazarse fuera de él). 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.

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».

En el caso consultado, la calificación del contrato como de servicios o como concesión de servicios dependerá de si el contratista asume el riesgo operacional del contrato. «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» [art. 14.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (LA LEY 17734/2017) (BOE del 9), de Contratos del Sector Público (LCSP/2017 (LA LEY 17734/2017))].

El supuesto planteado, consistente en establecer un servicio de podología en el Centro de Día, se acerca más a la figura del contrato de concesión de servicios. Y, ello, porque se trata de dar un servicio más a la gente mayor y para el que se fija un precio máximo. No obstante, se podría justificar en el expediente que lo que prevalece es la explotación del inmueble, que va a aportar unos ingresos a la Administración, y teniendo en cuenta otros aspectos como la no regulación del horario, etc. Esta opción es más sencilla para la Administración, pero insistimos en que la calificación como contrato sujeto a la LCSP (LA LEY 17734/2017), se ajusta más a la doctrina actual.