

BREVE NOTA EN RELACIÓN CON LA ADJUDICACIÓN POR LOS PEQUEÑOS AYUNTAMIENTOS DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE BAR-CAFETERÍA DE LAS PISCINAS MUNICIPALES. Autor. Francisco Sánchez Moretón, Secretario-Interventor del Servicio Jurídico de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Salamanca.

a) Cuestiones previas.

Se presenta como todos los años por esta época la problemática de la apertura de los bares ubicados en locales de ayuntamientos anejos a las piscinas municipales.

Nos encontramos, como es sabido, normalmente con locales de limitadas dimensiones propiedad de pequeños ayuntamientos en los que en la mayoría de los casos se pretende ejercer una actividad de temporada coincidente con la de las piscinas y que éstas precisan para su mejor funcionamiento.

Es por ello claro que resulta muy difícil, como veremos, la adaptación de la normativa contractual, incluso patrimonial, pensada para la generalidad de las Administraciones Públicas y, en concreto para las más grandes, a este caso (como otros muchos que se les presentan a las pequeñas entidades locales), en el que solo se pretende dar un servicio a la ciudadanía de estas localidades de escasa población y generalmente, por ello, capacidad de económica y organizativa.

En esta breve Nota trataremos de aclarar en lo posible siguiendo la principal doctrina que las Juntas Consultivas de Contratación, cuáles son los instrumentos que legalmente estos municipios pueden utilizar para la gestión de estos locales destinados a bar de piscinas, así como indicar brevemente cuales son los problemas que la elección de uno u otro presenta.

b) Mediante contrato de concesión de servicios y de servicios.

b.1) Formas posibles de adjudicación mediante contrato administrativo de las prestaciones de bar-cafetería en las piscinas municipales.

El artículo 15 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos Sector Público (LCSP), regula que el contrato de **concesión de servicios** es aquél en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un **servicio**¹ cuya

¹ Obsérvese que este precepto ya no habla de servicio público, por lo que amplía el ámbito de este tipo de contrato, y el carácter residual del contrato administrativo especial, que en su momento fue posible utilizar lícitamente para la prestación del servicio de bar municipal. En este momento, como indica el Informe de la Junta de Contratación Administrativa del Estado 87/18, el contrato para el servicio de bar-cafetería municipal debe tener la modalidad de concesión de servicios o de servicios.

prestación sea de su titularidad o competencia, no impliquen ejercicio de autoridad, **resulten susceptibles de explotación económica por particulares y cuya contrapartida venga constituida, bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato, bien por dicho derecho acompañado del de recibir un precio.** El derecho de explotación del servicio implicará **la transferencia al concesionario del riesgo operacional.**²

Según lo dispuesto (en extenso) en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Aragón, número 13/2018, de 30 de mayo, cuando se produzca *“la doble circunstancia de que los ingresos del contratista provengan de los usuarios y que exista transferencia de riesgo... (ello) configura el tipo contractual de la concesión de servicios. Por tanto, la misma calificación correspondería a un contrato que abarcara la gestión de la piscina municipal, comprendiendo en su caso el bar-cafetería, si se diesen esos dos elementos”*

Es decir, en principio vemos de la interpretación legal que hacen los dos anteriores informes de las citadas Juntas Consultivas, que la prestación de bar-cafetería municipal, al tratarse normalmente de un servicio, sino público en sentido estricto, si al menos de interés público y competencia municipal³, y porque, como es usual en este tipo de actividad, el pago no se abona por el ayuntamiento al contratista como contraprestación por el servicio que presta, sino que se percibe directamente de los usuarios/beneficiarios del mismo, con lo que se trasfiere el riesgo de las operaciones⁴, **debe considerarse como un contrato de concesión de servicios.**

A sensu contrario, podríamos decir, y así lo consideran los anteriores Informes de las Juntas, que si el precio de este contrato lo asumiera el Ayuntamiento y, en consecuencia, no se produjera riesgo económico para el contratista nos encontraríamos no ante un tipo de concesión de servicios, sino ante un **contrato de servicios**, artículo 17 de la LCSP, que, en este caso, conlleva **prestaciones directas a favor de la ciudadanía** contemplado, en cuanto a las especialidades que esta clase de contrato de servicios contiene en el artículo 312 de la LCSP.

Nos resulta difícil concebir, sin embargo, esta forma de contrato para la prestación de bar-cafetería municipal, cuando de lo que se trata es de gestionar en alguna forma de manera indirecta el servicio (mediante su

² En los términos señalados en el apartado cuarto del artículo 14 de esta misma Ley.

³ **Ha de entenderse que por estar en conexión con las piscinas (instalaciones deportivas y para ocupación del tiempo libre, artículo 25.2 I) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL).**

⁴ Riesgo de enfrentarse a la competencia con otros operadores; de desajuste entre la oferta y la demanda del servicio; de insolvencia de los precios por los servicios prestados; de que los ingresos no cubran íntegramente los costes de explotación o, incluso, por un perjuicio causado por una irregularidad de la prestación del servicio (Sentencias del STJUE)

concesión). Con el contrato de servicios la gestión municipal se presta por el propio ayuntamiento de forma directa, sin perjuicio de que, si la situación así lo aconseja o requiere, resulte posible externalizar servicios pagando un precio cierto y convenido y sin que ello pueda, en consecuencia, suponer ninguna clase de riesgo operacional para el contratista.

b.2) Régimen del contrato de concesión de servicios.

Volvamos, pues, al régimen de este contrato de **concesión de servicios** y vemos que el régimen de este contrato figura en los artículos 284 a 297 de la LCSP, al que nos remitimos.

No obstante, traemos a colación algunos de los requisitos específicos (con independencia de los generales de todos los contratos administrativos) de este tipo de contratación, principalmente con la finalidad de apreciar la dificultad que su cumplimentación trae o puede traer para un pequeño municipio, **lo que en la práctica está haciendo que no se adjudique a través de este tipo de contrato y, en todo caso no se sigan los requisitos y procedimiento legalmente previstos para su adjudicación.**

La actividad de bar de las piscinas municipales, si bien se trata de un servicio que presta el ayuntamiento dentro de sus competencias, como hemos dicho, entendemos que no es posible entenderlo como un servicio público estrictamente, por ello la necesidad que impone para este último el artículo 284.2 de la LCSP, de establecer el régimen del servicio (mediante reglamento) previamente a la contratación de una concesión de servicios, aunque conveniente siempre, no la vemos absolutamente necesaria en el supuesto de este tipo de bares-cafetería municipales⁵.

⁵ Todo ello sin olvidar que en el caso de que sea voluntad del pequeño municipio la de llevar por sus propios medios la gestión del bar de las piscinas (aunque luego la conceda a alguien externo a la misma mediante concesión de servicios), nos encontraríamos a nuestro juicio ante el ejercicio público de una actividad económica.

El artículo 86 de la LBRL, establece que las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias.

Por lo que al menos cuando se pretenda iniciar por primera vez el ejercicio de la actividad, de acuerdo a lo indicado en el anterior precepto, debería iniciarse expediente al efecto y aprobarse por el Pleno de la Corporación, teniéndose en cuenta (siquiera sea del modo más sencillo posible, por las características del municipio) los siguientes extremos:

- Acreditarse la conveniencia y oportunidad de la medida.
- Justificación de que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.
- Determinación de la forma concreta de gestión del servicio (o actividad).

En este mismo sentido, los artículos 96 y 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), en los que se concreta la posibilidad de que la iniciativa del ejercicio de actividades económicas por las Entidades Locales pueda recaer en

b.3) Principales documentos y requisitos del contrato de concesión de servicios.

Estudio (de viabilidad) económico-financiero (que tendrá carácter vinculante en los supuestos en que concluya en la inviabilidad del proyecto) - artículo 284.2 de la LCSP-.

- Pliego de prescripciones técnicas -artículo 284.1 de la LCSP-.
- Pliego de cláusulas particulares (económico-administrativas). -artículo 284.1 de la LCSP-.

Estos pliegos que han de aprobarse tras la elaboración del estudio (de viabilidad) económico-financiero, deberán hacer referencia, entre otros, a los siguientes aspectos:

- ❖ Definición del objeto del contrato (con mención de la división en lotes, cuando se produzca sin merma del contrato para facilitar la libre concurrencia).
- ❖ Fijación de las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijación de las tarifas que hubieren de satisfacer los usuarios, su revisión y el canon o participación que hubiere de satisfacerse al Ayuntamiento.
- ❖ Distribución del riesgo operacional del servicio, que en todo caso ha de corresponder al contratista.

El procedimiento de adjudicación, ha de ser, además, **el abierto**, contemplado en los artículos 156 a 158 de la LCAP, toda vez que el artículo 159 de esta Ley no incluye este tipo de contrato entre aquellos susceptibles de adjudicarse mediante procedimiento abierto simplificado.

En consecuencia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 159 de la LCSP deberá existir siempre Mesa de contratación para adjudicar los contratos de concesión de servicios y el plazo de apertura de ofertas será el de veinte días que se contempla en este precepto.

c) Mediante negocio jurídico (concesión) patrimonial.

c.1 Posibilidad de utilización de la concesión demanial.

cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública, se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes. Las formas de gestión de los servicios públicos locales y también de las actividades económicas se recogen en el artículo 85 de la LBRL, diferenciándose en directas e indirectas.

Como hemos visto el contrato de concesión de servicios, parece legalmente el más adecuado para utilizar en este caso, dado que, como hemos dicho, lo más lógico es pensar que con la actividad de bar-cafetería municipal se persigue alguna suerte de interés público, el precio lo abonan los usuarios directamente al contratista y existe riesgo operacional. Así lo afirman y ponen de manifiesto los citados informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (con mayor rotundidad) y el de la Junta Consultiva de Contratación del Estado.

Pero, también la práctica y experiencia nos dice que este tipo de contrato por su importancia, exigencias, requisitos dichos y otros a cumplir, así como complicado procedimiento de licitación, resulta de clara dificultad en orden a poder elegirlo y aplicarlo por los pequeños municipios, que en esta provincia son netamente la mayoría. En consecuencia, se contrata mal e indebidamente en muchos casos la prestación del bar-cafetería municipal; teniendo en cuenta, además, la improvisación que es defecto extendido en nuestras Administraciones y, en este caso, da lugar sin duda a que aproximándose las fechas (estivales) de la apertura de estos establecimientos, todo resulte urgente y por ello se busquen (y encuentren) atajos (tramitaciones y procedimientos inadecuados) para adjudicar el servicio de bar-cafetería municipal.

Debido, tal vez, a todo ello, se plantea con frecuencia la posibilidad de acudir para adjudicar el servicio de bar-cafetería de las piscinas municipales, a la utilización de la normativa patrimonial, en concreto, la figura de **la concesión demanial**. A tal efecto, por su claridad, traemos a colación lo indicado textualmente por el antedicho Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 87/18, que para un caso análogo al que ahora nos ocupa, según sabemos, dice:

“No obstante, es conocido que los órganos de contratación disponen de una amplia capacidad para configurar sus relaciones jurídicas con terceros, de modo que el mecanismo del contrato público es uno de los variados que en cada caso pueden emplearse. De hecho, en supuestos como el contemplado existe la posibilidad de que la entidad pública configure la relación jurídica de modo que el elemento causal de la misma se aproxime más a la mera autorización del uso de un bien de dominio público que a la satisfacción de un fin de interés público competencia de la propia entidad en cuestión. En estos casos cabe pensar en la posibilidad de que la receptora del servicio que presta el sector privado no sea la propia entidad contratante, sino que, antes, al contrario, el beneficiario único de la prestación de la actividad, además del usuario, sea el particular sin que la entidad pública tenga ni siquiera un interés remoto o difuso en la prestación de tal servicio.

En estos casos parece razonable entender que la relación jurídica así concertada responde más al concepto de concesión demanial cuya regulación se encuentra extramuros de la normativa contractual pública.”

En efecto, el artículo 89 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LEPAP)⁶, deja clara la posibilidad de seleccionar entre los diversos sistemas existentes en estos casos cuando regula lo siguiente:

“La ocupación por terceros de espacios en los edificios administrativos del patrimonio del Estado podrá admitirse, con carácter excepcional, cuando se efectúe para dar soporte a servicios dirigidos al personal destinado en ellos o al público visitante, como cafeterías, oficinas bancarias, cajeros automáticos, oficinas postales u otros análogos, o para la explotación marginal de espacios no necesarios para los servicios administrativos.

Esta ocupación no podrá entorpecer o menoscabar la utilización del inmueble por los órganos o unidades alojados en él, y habrá de estar amparada por la correspondiente autorización, si se efectúa con bienes muebles o instalaciones desmontables, o concesión, si se produce por medio de instalaciones fijas, o por un contrato que permita la ocupación formalizado de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.”

Podríamos entender en el mejor de los casos que el local o locales destinados a bar-cafetería constituyen un espacio marginal a las instalaciones de las piscinas, así que el mismo no solo no entorpece o menoscaba su funcionamiento, sino que, por el contrario, ayuda a mejorarlo.

El problema que se presenta para poder elegir este sistema a fin de adjudicar el bar-cafetería de las piscinas municipales, radica, como indica el anterior Informe 87/18, en determinar “si en la relación jurídica analizada predomina la finalidad pública que la Administración pretende conseguir o si debe prevalecer el interés privado consistente en el aprovechamiento económico privado que se obtiene por la instalación de un determinado negocio sobre un bien demanial”

Y sigue diciendo este Informe:

“Esta definición, que no siempre es sencilla, exige delimitar nítidamente cuál es la verdadera causa de la actividad y analizar la intención de la entidad pública interviniente, de modo que mientras que en determinados supuestos la solución es clara, en otros nos encontramos con zonas grises, fronterizas entre el contrato y la concesión demanial.

⁶ Supletorio.

*Para tratar de aclarar esas zonas grises un buen elemento de análisis, aunque no el único, **es valorar si la intención de la entidad pública es retener y ordenar jurídicamente la titularidad del servicio prestado.** La determinación de si esto es así depende nuevamente de la redacción del instrumento jurídico que va a fijar el régimen aplicable a la relación jurídica observada, tanto en lo que hace a la delimitación de su objeto como a las condiciones de su ejecución.*

*Otro factor es el que permite deducir **de quién proviene la iniciativa de la actividad, pues no es igual que la iniciativa sea pública, lo que puede demostrar un interés de la entidad pública y caracterizar prima facie la relación jurídica resultante como un contrato público, o que la iniciativa provenga de una solicitud del particular interesado, que puede llevarnos a pensar que estamos ante una autorización de uso del dominio público.** En este sentido parece pronunciarse el considerando 14 de la Directiva 2014/23/UE.*

*Directamente relacionado con el anterior factor podemos inferir otro conexo cual es **la fijación de la titularidad de la utilidad de la relación jurídica establecida. Dicho en otras palabras, la determinación de quién es el beneficiario de la misma. Si la beneficiaria es la entidad pública, aunque el servicio se preste a favor de los usuarios, estamos en presencia de un contrato público, mientras que, si dicha utilidad sólo alcanza o beneficia al negocio privado en términos de rentabilidad o lucro, estaremos ante una concesión demanial.***

Como se puede observar no es sencillo determinar si estamos en presencia de un contrato o de una concesión demanial. Son varios los factores que han de tenerse en consideración y la solución siempre depende de la forma en que se haya configurado la actividad por las partes intervinientes.

Todo lo anterior no es óbice para que esta Junta Consultiva recalque en este momento la conveniencia de aplicar en caso de duda la legislación de contratos del sector público, precisamente por ser la regulación más estricta y respetuosa con la concurrencia y porque las correspondientes adjudicaciones podrían llegar a tener una relevancia trasfronteriza.

*Así pues, la utilización de la concesión demanial sin duda **la vemos complicada para el supuesto de adjudicación de bar-cafetería situado en las piscinas municipales, principalmente, como hemos indicado, por la existencia un interés público (y no solo privado) en la prestación de este servicio.***

No obstante, si el ayuntamiento no retiene ni ordena en modo alguno la actividad de bar-cafetería, lo que conllevaría, naturalmente la imposibilidad de fijación de precios, control de acceso etc.; existe solicitud e interés de personas privadas (empresas, personas físicas -autónomos) en la llevanza

del bar y así lo solicitaran; y el principal beneficio es para los usuarios, resultando muy residual el que se le produce a la entidad local (a esta le resulta indiferente el que funcione el bar; cuestión ésta muy difícil que ocurra, como hemos indicado), podríamos encontrarnos ante una concesión demanial.

c.2) La concesión demanial (artículo 93 y siguientes de la LPAP).

Título habilitante que ampara el uso privativo de los bienes de dominio público ocupados con obras o instalaciones fijas (artículos 86 de la LPAP y 78.1 a) del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RB).

- Su otorgamiento se efectúa como regla general **en régimen de concurrencia**, pudiendo iniciarse el procedimiento para su otorgamiento de oficio o a solicitud de persona interesada.

No obstante, podrá acordarse **el otorgamiento directo** en los casos previstos en el artículo 137.4 de la propia LPAP⁷.

Una vez otorgada la concesión, deberá procederse a su formalización en documento administrativo, que será título suficiente para inscribir la concesión en el Registro de la Propiedad.

- Las concesiones se otorgarán por tiempo determinado que no podrá exceder de 75 años, salvo que se establezca otro menor en las leyes especiales que sean de aplicación.

- Las concesiones podrán ser gratuitas con contraprestación o condición o sujetas a tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial. No estarán sujetas a tasa cuando la utilización no lleve aparejada una utilidad económica para el concesionario o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento entrañe condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquella.

- No podrán ser titulares de concesiones demaniales las personas en quienes concurren algunas de las prohibiciones para contratar reguladas en la legislación de contratos del Sector Público.

- Supuestos de extinción, tanto las concesiones como las autorizaciones demaniales (artículo 100 de la LPAP, básico)

- Muerte o incapacidad sobrevenida del usuario o concesionario individual o extinción de la personalidad jurídica.

⁷ De entre los supuestos que contiene este precepto, únicamente en este caso y también con grandes dificultades interpretativas, vemos posible la aplicación del apartado c) del mismo, que establece que podría (concederse directamente) *“el inmueble que resulte necesario para dar cumplimiento a una función de servicio público o a la realización de un fin de interés general por persona distinta de las previstas en los párrafos a) -Administraciones Públicas, personas de derecho público o privado pertenecientes al sector público, o b) -entidades sin ánimo de lucro, declaradas de utilidad pública, iglesias etc.-”*

- Falta de autorización previa en los supuestos de transmisión o modificación, por fusión, absorción o escisión, de la personalidad jurídica del usuario o concesionario.
 - Caducidad por vencimiento del plazo.
 - Rescate de la concesión, previa indemnización, o revocación unilateral de la autorización.
 - Mutuo acuerdo.
 - Falta de pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la autorización/ concesión, declarados por el órgano que otorgó la concesión o autorización.
 - Desaparición del bien o agotamiento del aprovechamiento.
 - Desafectación del bien, en cuyo caso se procederá a su liquidación conforme a lo previsto en el artículo 102 de esta ley (declarar su caducidad, si es posible. En otro caso se mantienen, pero en régimen de derecho privado).
 - Cualquier otra causa prevista en las condiciones generales o particulares por las que se rijan.
- Destino de las obras fijas existentes en la concesión.

Demolición de las mismas, salvo que su mantenimiento esté recogido en el título concesional o la Administración concesionaria así lo decida (artículo 101 de la LPAP apartados 1.3 y 4, básicos), que también tratan sobre el supuesto de rescate anticipado de la concesión (indemnización), así como garantía de acreedores hipotecarios en caso de extinción de la concesión.

d) Contrato (privado) de arrendamiento de local de negocio.

No es posible acabar esta Nota sin apuntar a los Ayuntamientos la posibilidad legal que también les cabe, si no pretenden en modo alguno gestionar esta actividad por ellos mismos, de acudir, entendiendo que el local del bar tenga naturaleza de patrimonial o de propios⁸, a una simple explotación de este bien (sin impedir ello que la reforma del mismo haya corrido por su cuenta, subvencionada, en su caso), acudiendo a la posibilidad de arrendarlo como local de negocio. Para ello, y entendiendo que nos hallamos ante un contrato patrimonial, de acuerdo a lo indicado en el artículo 110.1 de la LPAP, se registrará en cuanto a su preparación y extinción por esta Ley y otras disposiciones administrativas aplicables y, en lo no previsto por estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones

⁸ Pues si fuera de dominio (servicio) público solo es posible, en último caso, una concesión demanial ex artículo 84.3 de la Ley 33/1993, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), sobre el mismo.

Públicas; en cuanto a sus efectos y extinción, lo hará por esta Ley y normas de derecho privado.

En este sentido el contrato de arrendamiento de local de negocio municipal se regirá para su adjudicación por el artículo 107.1 de la LPAP (básico) que regula como forma general el concurso o la adjudicación directa, cuando se de alguno de los motivos que se indican en este precepto. En cuanto a sus efectos y extinción, por el contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda, cuyo régimen jurídico se regula en el artículo 4.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos (LAU).

En Salamanca a 28 de mayo de 2025

El Secretario-Interventor del Servicio
Jurídico de Asistencia a Municipios

Fdo. Francisco Sánchez Moretón.