

Informe 10/2016, de 17 de octubre, sobre si la modificación del período de explotación de instalaciones ubicadas en terrenos de dominio público marítimo-terrestre para expender comidas y bebidas puede afectar al principio de libre concurrencia.

I – ANTECEDENTES

El Alcalde del Excelentísimo Ayuntamiento de Cádiz solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“La Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente, Dirección General de Prevención, Calidad Ambiental y Cambio Climático, a través de Resolución de 22 de marzo de 2013, otorgó al Ayuntamiento de Cádiz una concesión sobre 1.500 metros cuadrados de bienes de dominio público marítimo-terrestre, con destino a las instalaciones nº 1 de Santa María del Mar; nº 1, nº 2, nº 3, nº 4, nº 5 y nº 6 de la Playa Victoria; y nº 1 y nº 3 de la Playa de Cortadura, con una superficie de 150 metros cuadrados cada uno, en el término municipal de Cádiz, de acuerdo con las condiciones y prescripciones que se contienen en la citada resolución y que delimitan el título concesional.

En el Pliego de Condiciones Particulares y Prescripciones que integra la concesión, se establece en la cláusula cuarta el período de explotación de las instalaciones autorizadas y que comprende entre el 1 de marzo a 30 de noviembre para las instalaciones de Santa María del Mar y Victoria, y de 1 de mayo a 31 de octubre para las instalaciones de la Playa de la Cortadura. Estableciendo en su apartado final, que cualquier modificación del período de explotación deberá ser comunicada a la Delegación Territorial de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente en Cádiz, para su aprobación.

Los subconcesionarios han solicitado la ampliación del período de explotación de las instalaciones hasta comprender la totalidad del año, es decir, en Santa María del Mar y Victoria incluir desde el 1 de diciembre al 1 de marzo y en la Playa de Cortadura desde el 1 de noviembre al 1 de mayo.

En el procedimiento seguido para la selección mediante concurso de los adjudicatarios para la explotación de dichas instalaciones se observaron estrictamente los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (artículos 1 y 139 del TRLCSP). El pliego administrativo de condiciones publicado al efecto prevé expresamente que el período de explotación podrá ser modificado a criterio de la Dirección Municipal, siguiendo las instrucciones de la Administración competente en materia de Costas (punto II.1). Y el punto I.3 determina que el autorizado deberá cumplir con las condiciones exigidas en la Resolución de 22 de marzo de 2013 por la que se otorga la concesión al Ayuntamiento de Cádiz, cuya cláusula cuarta admite la posibilidad de modificación del período de explotación con los requisitos expresados.

Por lo expuesto, en virtud de lo prevenido en el Decreto 93/2005, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública, modificado por el Decreto 10/2013, de 5 de febrero, y en nombre del Ayuntamiento de Cádiz, cuya representación ostento, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 21.1. b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, le solicito:



“La emisión de informe acerca de si la ampliación del período de explotación de los chiringuitos de playa hasta comprender la totalidad del año, afecta al principio de libre concurrencia respecto de las subconcesiones actualmente vigentes””.

II – INFORME

En relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación de las normas en materia de contratación pública. No obstante, realizaremos algunas consideraciones generales sobre la cuestión planteada.

De acuerdo con la documentación adjunta a la consulta, por Resolución de la Dirección General de Prevención, Calidad Ambiental y Cambio Climático de la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente de 22 de marzo de 2013, se otorga al Ayuntamiento de Cádiz la concesión por un plazo de 10 años prorrogables, de unos 1.500 metros cuadrados de bienes de dominio público marítimo-terrestre con destino a las instalaciones nº 1 de la Playa Santa María del Mar, nº 1, nº 2, nº 3, nº 4, nº 5 y nº 6 de la Playa Victoria y nº 1, nº 2 y nº 3 de la Playa de Cortadura, con una superficie de 150 metros cuadrados cada uno, en el Término Municipal de Cádiz, de acuerdo a las condiciones y prescripciones que se indican en dicha Resolución.

Entre las condiciones particulares que rigen el título concesional, se establece en el apartado 4º que *“De acuerdo con lo solicitado, el período de explotación de las instalaciones será entre de 1 de marzo a 30 de noviembre para las instalaciones de playa de Santa María del Mar y Victoria y de 1 de mayo a 31 de octubre para las instalaciones de la playa La Cortadura, sin que ello obste la vigencia del título concesional por el plazo antes mencionado. Cualquier modificación del período de explotación deberá ser comunicada a la Delegación Territorial de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente en Cádiz, para su aprobación”.*

Y en el apartado 9º prevé que *“En virtud de lo establecido en el artículo 74.3 de la Ley 22/1988 de Costas, en caso de que el Ayuntamiento opte por explotar a través de terceros la actividad de servicio objeto de esta concesión, éste deberá garantizar en el procedimiento de otorgamiento que dicha adjudicación se realiza respetando los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva.*

El Ayuntamiento exigirá al tercero que resulte adjudicatario de la explotación del servicio el cumplimiento de todas las condiciones establecidas en el título de concesión, respondiendo solidariamente de los posibles incumplimientos del condicionado establecido.

El Ayuntamiento entregará a la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente los datos del tercero encargado de la explotación, así como la documentación acreditativa de que dicha adjudicación



se ha realizado respetando los citados principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva”.

Según consta en la consulta, el Ayuntamiento de Cádiz ha otorgado a terceros la explotación de la actividad de servicio objeto de concesión, en este caso se trata de la explotación de instalaciones que se ubican en dominio público marítimo-terrestre para expender comidas y bebidas, mediante concurso y respetando los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva.

En el pliego de condiciones administrativas particulares que rige la explotación de instalaciones ubicadas en la playa Santa María del Mar se establece en su cláusula 1.3 que *“El autorizado deberá cumplir con las condiciones exigidas en la RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE PREVENCIÓN, CALIDAD AMBIENTAL Y CAMBIO CLIMÁTICO CON RELACIÓN A LA SOLICITUD DE CONCESIÓN REALIZADA POR EL AYUNTAMIENTO DE CÁDIZ (CNC02/12/CA/003), de la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, de 22 de marzo de 2013, por la que se otorga al Ayuntamiento de Cádiz la concesión de bienes de dominio público marítimo-terrestre con destino a instalaciones de las Playas de Santa María del Mar, Victoria y Cortadura, de Cádiz”*, recogiendo lo indicado en la citada Resolución respecto al sometimiento a las condiciones establecidas en el título concesional del futuro adjudicatario.

Una de las cuestiones que se incluyen en el título concesional es la posibilidad de modificación del período de explotación debiendo ser comunicada a la Delegación Territorial de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente en Cádiz tal modificación, en su caso, para su aprobación.

En relación con esta cuestión, el Ayuntamiento de Cádiz expone en la consulta que los adjudicatarios de la explotación de las instalaciones han solicitado la ampliación del período de explotación hasta comprender la totalidad del año. El período de explotación actual comprende entre el 1 de marzo y el 30 de noviembre para las instalaciones de las playas de Santa María del Mar y Victoria y de 1 de mayo a 31 de octubre para las instalaciones de la playa La Cortadura. El Ayuntamiento consultante solicita informe sobre si la ampliación del período de explotación hasta comprender la totalidad del año puede afectar al principio de libre concurrencia respecto a las subconcesiones vigentes.

Al objeto de pronunciarse esta Comisión Consultiva sobre la cuestión planteada, resulta necesario diferenciar por un lado, todo aquello relativo a la concesión de dominio público otorgada en su día por la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente (actualmente las competencias para el otorgamiento de las concesiones demaniales en el dominio público marítimo-terrestre están atribuidas a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio) al Ayuntamiento de Cádiz y, por otro, la contratación de la explotación de las instalaciones para expender comidas y bebidas.

Así, no procede examinar ni valorar las condiciones de otorgamiento del título concesional, correspondiendo al órgano competente, en este caso la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, pronunciarse sobre cualquier aclaración, modificación o supresión con respecto a las citadas condiciones y, en general, controlar el cumplimiento de las mismas. Asimismo, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) en su artículo 4.1 o) excluye de su ámbito de aplicación *“Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de*



bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley". En este caso, se trata de concesiones de dominio público marítimo-terrestre a las que resulta de aplicación la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y demás normativa de desarrollo, no formando parte de la especialidad consultiva de esta Comisión pronunciarse sobre normativa ajena a la contractual.

Teniendo en cuenta lo anterior, no obstante la cuestión planteada por el solicitante se formula con respecto a la explotación por terceros de las instalaciones para expender comidas y bebidas. Con respecto a este tipo de contrataciones resulta necesario conocer su calificación jurídica. En este sentido, en cuanto a su objeto, se trata de la explotación de instalaciones que se ubican en terrenos de dominio público marítimo-terrestre, limitándose dicha explotación a servicios de expender comidas y bebidas, siendo los destinatarios el público en general y más concretamente los usuarios de la playa, en este caso, por la ubicación en la que se encuentran las instalaciones.

Este tipo de servicios de expender comidas y bebidas no pueden calificarse como servicios públicos de competencia municipal puesto que no se ha establecido en ninguna norma un régimen jurídico que califique como servicio público tal objeto, sino que se trata de servicios al público. Así, no puede calificarse como gestión de servicios públicos, aún cuando el destinatario no es la Administración y se trata de una actividad susceptible de explotación. Asimismo, tampoco se desprende que el adjudicatario asuma en exclusiva el riesgo derivado de la gestión de la actividad al margen del riesgo que asume por la ejecución del contrato.

En cuanto a su calificación como contrato de servicios no parece que pueda incluirse en ninguna de las categorías del Anexo II del TRLCSP. No obstante, entendemos que la naturaleza de este tipo de servicios es administrativa, de modo que su calificación más adecuada sería la de administrativo especial al considerar que satisface una finalidad pública de la específica competencia municipal puesto que se trata de servicios que contribuyen al aprovechamiento y promoción de los espacios turísticos litorales y, en última instancia, al desarrollo de un turismo de calidad, por tanto, está ligado a un interés público. Los municipios andaluces tienen atribuidas competencias propias en materia de promoción del turismo en el artículo 9.16 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Estado en el Informe 5/1996, de 7 de marzo de 1996, siguiendo los criterios expuestos en el Informe 14/1991, de 10 de julio de 1991, en cuanto al régimen jurídico aplicable a los contratos para la prestación de servicios de cafetería y comedor de las Administraciones Públicas, caracterizaba a estos como administrativos especiales, reiterando en posteriores pronunciamientos tal calificación, señalando respecto a los contratos administrativos especiales lo siguiente:

"Expuesto lo anterior, hay que entrar en el examen del alcance que, respecto a la legislación anterior, tiene la nueva caracterización de los contratos administrativos especiales, ya que si bien el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado y el artículo 7 del Reglamento General de Contratación del Estado consideraban contratos administrativos especiales aquellos declarados de tal carácter por una Ley, los directamente vinculados al desenvolvimiento regular de un servicio público o lo que revistiesen características intrínsecas que hiciesen precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo



del contrato y el artículo 5.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera de tal carácter -administrativo especial- los declarados por una Ley, los vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante y los que satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración, la diferencia, si existe, es para ampliar el campo de los contratos administrativos especiales, pues la "vinculación" al giro o tráfico de la Administración contratante, al tratarse de una mera vinculación y no de una pertenencia estricta, permite incluir en esta categoría aquellos contratos que afectan al concreto interés público perseguido por la Administración de que se trate.

En este sentido es perfectamente mantenible, después de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, el criterio expresado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1995 que, respecto a un contrato para la prestación del servicio de cafetería en una Residencia sanitaria, descarta su calificación como contrato privado y lo califica como administrativo en base a que la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa se refiere a contratos cualquiera que sea su naturaleza jurídica "cuando tuviesen por finalidad obras y servicios públicos de toda especie, entendido el concepto en la acepción más amplia para abarcar cualquiera actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia" destacando, por otra parte, el Fundamento de Derecho tercero de la Sentencia de la antigua Audiencia de Santa Cruz de Tenerife, que se acepta por el Tribunal Supremo que "es corriente doctrinal y jurisprudencial reciente la que partiendo del fin de interés general del contrato -no de su objeto- afirma el carácter público de todos aquellos en que intervenga la Administración contratante, siempre que no se persiga un fin eminentemente lucrativo".

Por tanto, considerando este tipo de servicios como contratos administrativos especiales y siendo de aplicación en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción el TRLCSP, a falta de normas específicas que serían de aplicación en primer término, la procedencia de cualquier posible modificación del clausulado del contrato en cuestión, en este caso se trata del período de explotación, deberá ajustarse a lo establecido en el TRLCSP.

Conviene recordar que el período de explotación es una de las condiciones impuestas por el título concesional que habría de cumplir el Ayuntamiento de Cádiz con independencia de la forma que hubiera elegido para proceder a la explotación de las instalaciones, habiendo optado en el supuesto presente por la explotación de los servicios a través de terceros. Así, las ofertas presentadas por los licitadores se ajustaron a las condiciones establecidas en los pliegos, entre ellas el período de explotación que consta determinado.

Bien es cierto, como ya hemos puesto de manifiesto, que el propio título concesional, cuyas condiciones debe cumplir el adjudicatario, establece la posibilidad de modificar el período de explotación de las instalaciones, siendo necesario su aprobación por la Delegación Territorial de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente en Cádiz (hoy Delegación Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en Cádiz).

No obstante, con independencia de un posible pronunciamiento a favor de tal modificación por parte de la citada Delegación, desde el marco de la legislación contractual y en relación con la contratación de la explotación de las instalaciones, y, además, teniendo presente lo establecido en el TRLCSP para acordar modificados contractuales, la ampliación del período de explotación hasta



comprender la totalidad del año vulneraría el principio de libre concurrencia al suponer una modificación sustancial del contrato inicial, ya que varían aspectos y condiciones esenciales del mismo presentes en el procedimiento de adjudicación, configurándose un escenario contractual que no habría sido tenido en cuenta por el resto de licitadores. Es decir, al cambiar las condiciones esenciales ya no estaríamos ante el mismo contrato, por lo que los licitadores no se encontrarían en una posición de igualdad respecto al adjudicatario, vulnerándose el principio de libre concurrencia al que deberá ajustarse, entre otros principios, la contratación del sector público en cualquier fase del contrato, es decir, incluida la ejecución, debiendo iniciarse un nuevo procedimiento de contratación.

Sobre las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de fecha 19 de junio de 2008, asunto C-454/06 *“Contratos públicos-Directiva 92/50/CEE- Procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios-Concepto de “adjudicación de contrato”*”, ha declarado que:

“Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46).

La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.

Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Esta última interpretación queda confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que impone, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo IA de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en las que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial”.

Asimismo, con respecto a las modificaciones de los contratos y su afectación al principio de libre concurrencia, conviene recordar el criterio asentado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que señala que *“Celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato, tanto administrativo como privado, dado que su adjudicación se rige por las mismas normas, la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían*



haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que posteriormente se produce". (Informe 48/95, de 21 de diciembre de 1995, reproducido en los informes 47/98, de 17 de marzo de 1999; 52/00, de 5 de marzo de 2001; 59/00, de 5 de marzo de 2001; 50/03, de 12 de marzo de 2004; 37/10, de 28 de octubre de 2011).

Además, el Consejo de Estado en el Dictamen 79/1993, de 1 de abril, ponía de manifiesto que *"El sometimiento a cauces estrictos del "ius variandi" de la Administración tiene su razón de ser precisamente en la salvaguardia del principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación administrativa. El necesario equilibrio entre el cumplimiento del contrato administrativo en sus términos y la admisibilidad de que la Administración pueda variar tales condiciones en determinadas circunstancias y por razones de interés público, llevan a admitir el citado "ius variandi" de la Administración pero con sometimiento a determinados requisitos para evitar, como se dice, la indebida alteración del referido principio de licitación pública".*

III – CONCLUSIÓN

Teniendo presente lo establecido en el TRLCSP para acordar modificados contractuales, en este caso la ampliación del período de explotación de las instalaciones hasta comprender la totalidad del año vulneraría el principio de libre concurrencia al suponer una modificación sustancial del contrato inicial, debiendo iniciarse un nuevo procedimiento de contratación.

Es todo cuanto se ha de informar.

