

## **INFORME 3/2025, DE 13 DE FEBRERO, SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE UN CONTRATO PARA LA GESTIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO DE CAFETERÍA-RESTAURANTE EN INSTALACIONES PÚBLICAS AFECTAS A UN SERVICIO PÚBLICO.**

### **I.- ANTECEDENTES**

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Jaén solicita informe a esta Comisión Consultiva en los siguientes términos:

“CONSULTA:

*Bajo la denominación de EPASSA, “Empresa Pública de Aparcamientos y Servicios Municipales S.A.”, se constituye una compañía mercantil de forma anónima que tiene naturaleza de Empresa Privada Municipal del Excmo. Ayuntamiento de Jaén. La sociedad queda expresamente reconocida como medio propio instrumental y servicio técnico del Ayuntamiento de Jaén.*

*Constituye el objeto social de la Sociedad, entre otros, la realización de la siguiente finalidad: “Gestionar y explotar la Estación de Autobuses de Jaén, situada en Plaza Coca de la Piñera, así como los locales, dependencias y cuantos servicios se puedan prestar a los usuarios de dichas instalaciones y su conservación y mantenimiento”.*

*Dicha Estación de Autobuses es un bien de dominio público cuya titularidad corresponde al Ayuntamiento de Jaén estado incluida en el Inventario municipal de bienes y derechos.*

*Conforme a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, a los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e) g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, y tal caso es el de Epassa, por lo que se configura como Poder Adjudicador que no tiene la condición de Administración Pública, y el régimen de contratación aplicable es el correspondiente a los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración Pública. (Arts. 316 a 320 Ley 9/2017).*

*Epassa, cumpliendo con su objeto social, tiene previsto gestionar y explotar uno de los locales existentes en dicha Estación de Autobuses, en concreto, como cafetería-restaurante.*

*En base a los anteriores argumentos, les solicitamos informe a esa Comisión Consultiva sobre los siguientes aspectos:*

- a) *Si la gestión y explotación de dicho local se debería hacer a través de un contrato de arrendamiento. En caso afirmativo, determinar la ley [que] es la competente para realizar dicho procedimiento de contratación, para dar cumplimiento al principio de publicidad, transparencia y concurrencia, teniendo en cuenta que dichos contratos de arrendamiento se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017 (artículo 9.2), y teniendo en cuenta que Epassa no es una Administración Pública y si le sería aplicable la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.*
- b) *Si la gestión y explotación de dicho local se debería hacer a través de un contrato de concesión de servicios entre Epassa y un adjudicatario, conforme a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 9/2017, y siguientes los procedimientos de adjudicación establecidos en dicha Ley.*
- c) *Si al ser el bien objeto del contrato, un bien de dominio público, se debería hacer una concesión demanial a través del Ayuntamiento de Jaén, excluyendo a Epassa de dicha gestión.*



*Por otra parte, le solicitamos informe en el sentido de la posibilidad o no de que Epassa, como poder adjudicador que no tiene la condición de Administración Pública, pueda contratar o no con comunidades de bienes, en base a lo establecido en el artículo 65 de la Ley 9/2017, al indicar que “solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas”, entendiéndose por tanto que quedan excluidas de la posibilidad de contratación las comunidades de bienes al carecer de personalidad jurídica.*

*Y todo ello se solicita, teniendo presente que, 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.*

*Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública, tal y como ocurre con la presente consulta.*

*En su virtud,*

*SOLICITO A ESA COMISIÓN CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, que tenga por presentado este escrito de solicitud de informe, lo admita, y así que lo sea, realice informe acerca de las cuestiones indicadas en el cuerpo de este escrito, y me dé traslado del mismo a la dirección indicada en el encabezamiento del presente escrito”.*

## **II.- INFORME**

**1.-** El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Jaén somete a consideración de esta Comisión Consultiva las siguientes cuestiones en relación con la cesión del uso de determinado bien demanial de su titularidad que gestiona la Empresa Pública de Aparcamientos y Servicios Municipales, S.A. (en adelante, EPASSA):

1. La figura jurídica que la entidad EPASSA debe usar para ceder determinados espacios que se encuentran en la estación de autobuses de Jaén para su explotación como cafetería-restaurante por un tercero, contemplando tres alternativas: contrato de arrendamiento, concesión de servicios o concesión demanial.
2. La posibilidad de que EPASSA, como poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública, contrate con una comunidad de bienes.

A estos efectos, es preciso aclarar que, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), la Comisión Consultiva únicamente puede evacuar informes sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con expedientes concretos o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, 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, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídica.

Tampoco compete a este órgano consultivo asesorar jurídicamente a la entidad solicitante para la toma de decisiones en sus expedientes contractuales. Y no le corresponde sustituir las funciones que los distintos preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Comisión, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados, el informe preceptivo de los pliegos o las peticiones que pueden formular en expedientes concretos o relativas a un contrato concreto.



En consecuencia, la respuesta a las dos consultas planteadas se reconducirá a aspectos de la contratación pública, en atención a las específicas cuestiones que nos han sido planteadas.

**3.-** Para dar adecuada respuesta a primera de las cuestiones planteadas, debe partirse del régimen jurídico de los bienes de dominio público, representado por el siguiente marco normativo:

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP), “son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales”. Entre los principios relativos a estos bienes, el artículo 6 de la LPAP contempla la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad; la adecuación y suficiencia de los bienes para servir al uso general o al servicio público a que estén destinados; la aplicación efectiva al uso general o al servicio público, así como la dedicación preferente al uso común frente al uso privativo.

En relación con el uso de los bienes demaniales, el artículo 84 de la misma norma establece que “nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos”.

Por su parte, la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (en adelante, LBEELLA) contempla en su artículo 28 que “1. El destino propio de los bienes de dominio público es su utilización para el uso general o para la prestación de servicios públicos. 2. Estos bienes pueden ser objeto, no obstante, de otros usos de interés general compatibles con su afectación principal”. El uso de los mismos “puede adoptar las modalidades siguientes: a) uso común, general o especial. b) Uso privativo”, definiendo este último como “el constituido por la ocupación de una porción del dominio público de modo que limite o excluya la utilización por los demás” (artículo 29). Por último, determina, en el artículo 30, que el uso privativo de los bienes demaniales “requerirá el otorgamiento de concesión administrativa”.

Por último, cabe indicar la relación que establece el artículo 91.4 de la LPAP entre la ocupación de bienes demaniales y la contratación pública, en los siguientes términos: “Las autorizaciones y concesiones que habiliten para una ocupación de bienes de dominio público que sea necesaria para la ejecución de un contrato administrativo deberán ser otorgadas por la Administración que sea su titular, y se considerarán accesorias de aquél. Estas autorizaciones y concesiones estarán vinculadas a dicho contrato a efectos de otorgamiento, duración y vigencia y transmisibilidad, sin perjuicio de la aprobación e informes a que se refieren los apartados anteriores de este artículo. No será necesario obtener estas autorizaciones o concesiones cuando el contrato administrativo habilite para la ocupación de los bienes de dominio público”.

**4.-** Entrando en el análisis de la primera cuestión sometida a consulta, se plantea si podría ser jurídicamente viable la suscripción de un **contrato de arrendamiento** sobre un bien de dominio público o demanial.

La respuesta necesariamente ha de ser negativa, en tanto que los bienes de dominio público o demaniales cuentan con una regulación normativa especial, tal y como se ha analizado con anterioridad, en la que se recoge un régimen concreto para la cesión de su uso a terceros de modo que limite o excluya la utilización por los demás: la concesión demanial. Es clara al respecto la LBEELLA, que recoge en su artículo 30, ya citado, que “el uso privativo requerirá el otorgamiento de concesión administrativa”.

Así lo entienden tanto la doctrina como la jurisprudencia. En este sentido se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 41/09, de 1 de febrero de 2010:



*“Para la elección entre uno u otro instrumento de contratación, en el presente caso, no basta con la mera voluntad de los contratantes o de uno de ellos, dado el hecho de que el otro contratante sólo tiene la opción de adherirse o no a la oferta, sino que deberá estarse ante todo a la naturaleza jurídica del bien sobre el que se establece. Y esto es así, porque si el bien se configura como demanial no cabe el establecimiento sobre él de un contrato de arrendamiento, mientras que si tuviera carácter patrimonial no sería posible constituir una concesión”.*

Entre los pronunciamientos judiciales se puede citar la Sentencia 1197/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 24 de junio, según la cual:

*“Teniendo en cuenta la naturaleza demanial de la zona en la que se encuentra el restaurante tiene razón el Consejo Consultivo pues el arrendamiento no puede ser la institución jurídica que regule las relaciones entre las partes. Por tanto, dado el carácter inhábil de este título jurídico ante un bien de dominio público que es usado privativamente, solo la concesión administrativa podía regir las relaciones entre las partes”.*

Se hace evidente, además, que la literalidad de las normas reguladoras del patrimonio de las administraciones públicas propugna de forma clara y precisa la imposibilidad de suscribir un contrato de arrendamiento sobre un bien demanial.

A modo de ejemplo, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP) únicamente contempla el arrendamiento para la cesión del uso de bienes patrimoniales (que se definen por exclusión como “*los que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales*”), como se extrae del contenido de su Título V “Gestión patrimonial” y, más concretamente, el Capítulo III “Arrendamiento de inmuebles”, en los artículos 122 y siguientes. En el mismo sentido contempla el arrendamiento la LBEELLA, al establecer únicamente esta figura para la cesión del uso de los bienes patrimoniales en el Capítulo II del Título II.

En consecuencia, a juicio de esta Comisión Consultiva, la suscripción de un contrato de arrendamiento sobre un bien de dominio público o demanial, al menos mientras mantenga tal carácter, resulta jurídicamente inapropiada e incompatible con la normativa vigente.

**5.-** Descartada la posibilidad de la cesión del uso de un bien demanial mediante la suscripción de un contrato de arrendamiento con un tercero, debemos plantear cuál será entonces la figura más adecuada para ello.

En el ámbito de la contratación pública regulada por 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 (en adelante, LCSP), las opciones que podrían adecuarse al supuesto que es objeto de análisis, serían el contrato administrativo especial, el contrato de servicios y la concesión de servicios.

A pesar de que no se pone de manifiesto en la solicitud del informe dirigido a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública, entendemos que el análisis de estas figuras es necesario para poder hacer una interpretación completa de las normas de aplicación y responder a la consulta planteada, especialmente en lo referido a la diferencia entre cada una de ellas y la determinación de las características necesarias para su utilización.

En primer lugar, los llamados **contratos administrativos especiales** se definen en el artículo 25 de la LCSP como aquellos “*declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los*



*expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella”.*

Con anterioridad a la entrada en vigor a la LCSP de 2017, se venía entendiendo por parte de la doctrina y la jurisprudencia de forma pacífica que este tipo de contratos de cafetería, bar o restaurante quedaban incardinados en la figura del contrato administrativo especial. Así lo entendió esta **Comisión Consultiva de Contratación Pública** en su **informe 10/2010**, de 15 de octubre, que invoca la doctrina del Tribunal Supremo y de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, la cual:

*“tradicionalmente viene defendiendo la calificación de este tipo de contratos como contratos administrativos especiales ... por estar vinculados estos contratos al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella”*

*Frente a ese interés público o finalidad pública merecerían la calificación de concesión demanial aquellos supuestos en que prime el interés privado de instalación de un negocio o actividad comercial que requiera la ocupación privativa de un bien demanial (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 4 de octubre de 2005, ésta última, en relación con las tiendas en los aeropuertos, niega el carácter de contrato administrativo especial calificando dicha relación de concesión demanial).”*

E igualmente, la propia **Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado**, en su **Informe 25/2012**, de 20 de noviembre:

*“Los principales aspectos que cabe destacar de lo contenido en los citados informes son: primero, que los servicios de 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. [...]”*

*Nada obsta a esa calificación el hecho que la contraprestación consista en el derecho a la explotación del servicio por el contratista, retribuyéndose éste con los precios abonados por los usuarios. De hecho, esta forma de contraprestación está prevista para algunos contratos típicos previstos en el TRLCSP, como el contrato de concesión de obras públicas o el contrato de gestión de servicios públicos”.*

Es decir, a pesar de que se admitía la existencia en estos de aspectos característicos de los contratos de concesión de servicios (o gestión de servicios públicos, que era la figura que existía entonces), como es el caso del sistema de retribución del contratista mediante precios abonados por los usuarios, la legislación vigente en aquel momento establecía como requisito indispensable para la utilización de la concesión que el objeto del contrato estuviese integrado por la prestación de un servicio público de competencia de la administración contratante, de modo que, en caso contrario y en la mayor parte de las ocasiones, era necesario reconducir la prestación al contrato administrativo especial.

Sin embargo, con la transposición de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, mediante la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, se elimina la figura del contrato de gestión de servicios públicos, que pasa a formar parte ahora del nuevo contrato de concesión de servicios. Este último cuenta con un régimen jurídico más amplio que la figura a la que



sustituye, pudiendo tener como objeto no solo la prestación de servicios públicos, sino también la de otro tipo de servicios relacionados.

Es claro al respecto el Preámbulo de la LCSP, cuando dice que “*en el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público [...]. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras*”. Y en cuanto a su régimen jurídico más amplio dice que “*la Ley, siguiendo la Directiva 2014/23/UE, no limita la concesión de servicios a los servicios que se puedan calificar como servicios públicos*”.

En base a todo ello, muchos de los supuestos que con la normativa anterior a la LCSP de 2017 se reconducían a la figura del contrato administrativo especial, ahora podrían ser calificados bien como contrato de concesión de servicios, en caso de transferencia al contratista del riesgo operacional, bien como contrato de servicios, en caso de que no exista dicha transferencia.

A este respecto, es clara la **Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado**, en su **Informe 87/2018**:

*“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*

*[...] Podemos comprobar que las prestaciones que constituyen el objeto de estos contratos siguen sin encajar en la categoría de servicios públicos, lo que, conforme a la legislación anterior los excluía automáticamente de su consideración como contratos de gestión de servicios públicos y los incluía como contratos administrativos especiales. Sin embargo, en la LCSP encajan sin dificultad en el concepto de las concesiones de servicios, ya que en la legislación actualmente vigente, como novedad con respecto de la anterior, estos contratos no tienen por qué tener por objeto la prestación de servicios públicos conforme al tenor literal del artículo 15 de la ley*

*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”.*

En cuanto a la calificación del contrato de gestión y explotación del servicio de cafetería, bar o restaurante como **contrato de servicios** o, por el contrario, como **contrato de concesión de servicios**, debemos diferenciar las notas características de una y otra figuras.

La LCSP define el contrato de servicios en el artículo 17, entendiendo por tales “*aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario*”.



Por su parte, el contrato de concesión de servicios, según el artículo 15, “es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. 2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior”.

La diferencia fundamental entre una y otra estriba principalmente sobre la existencia o inexistencia de transferencia del riesgo operacional, entendido este como la situación en la que no está garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, la concesionaria vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la ejecución del contrato (artículo 14.4 de la LCSP).

Por tanto, la elección de una u otra figura dependerá de la configuración de los términos del contrato, de forma que si la contratación implica la transferencia del riesgo operacional al contratista estaríamos ante un contrato de concesión de servicios y, por el contrario, si no se produce esta transferencia, debería configurarse como un contrato de servicios de entre los contemplados en el anexo IV de la LCSP como Servicios de cantina (CPV 55510000-8); servicios de cantina y otros servicios de cafetería para clientela restringida (CPV 55511000-5); o servicios de gestión de cantina (CPV 55512000-2).

Además, existe otro elemento diferenciador derivado del anterior, y es que, en la concesión, el abono del servicio prestado lo realizan las personas que reciben la prestación, en todo o en parte, mientras que en el contrato de servicios el precio lo abona íntegramente la Administración.

Por tanto, la configuración que se viene haciendo por norma general de los términos de este tipo de contrato lleva a la doctrina a considerar que la figura más adecuada para la instrumentalización de la contratación de estos servicios es la de la **concesión de servicios**.

Así, la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón**, en su **Informe 13/2018**, estableció lo siguiente:

*“Como consecuencia de la nueva regulación, existen datos jurídicos que llevan a desechar la aplicación del tipo contractual de contrato de servicios a los contratos de bar o cafetería situados en instalaciones o edificios públicos, con las características descritas en las consultas recibidas. Primero, no se prevé que la Administración pública abone ningún precio al contratista como contraprestación de los servicios que éste presta, sino que será el adjudicatario el que deberá pagar una determinada cantidad al Ayuntamiento. La remuneración del contratista derivará de los rendimientos que pueda obtener de la explotación de los servicios de cafetería y restaurante que se presten a los usuarios de las piscinas municipales, con las prestaciones y en los horarios y condiciones que se establezcan por la Administración, pero a través de los precios que le paguen esos usuarios. Segundo, la Administración no garantiza una rentabilidad mínima a la contratista, cuya la remuneración del contratista queda condicionada a los resultados de la explotación del servicio, asumiendo el correspondiente riesgo”.*

En definitiva, parece que es el contrato de concesión de servicios el que responde de forma más precisa a las necesidades cuya satisfacción se pretende, sin perjuicio de las consideraciones que se realizan en el apartado siguiente.



6.- Por último, queda por analizar si la gestión y explotación del local como cafetería-restaurante podría hacerse a través de una **concesión demanial**, en vez de mediante contrato administrativo.

La concesión demanial nace por un acto de la Administración titular del bien y es el título jurídico que habilita a una persona o entidad a hacer un uso y disfrute o aprovechamiento privativo de un bien o derecho de dominio público de forma temporal, imponiéndole derechos (uso privativo del bien, explotar las edificaciones, etc.) y obligaciones (destinar el bien al destino previsto, la fijación de un canon, de una serie de condiciones, etc.).

De nuevo la elección entre concesión demanial o contrato administrativo dependerá de la decisión que el órgano competente tome respecto de las condiciones por las que se va a regir la relación jurídica con terceros. No obstante, si esta se plantea como una simple cesión del uso de un bien demanial a un tercero, de forma que se entienda que el beneficiario de la actividad que sobre el mismo se desarrolle no es la administración, sino el tercero, podría considerarse como otra opción posible la concesión demanial. En este caso, estaríamos en el ámbito regulado por la normativa patrimonial de las administraciones públicas, representada en este caso por la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, la LBEELLA y su normativa de desarrollo.

Aunque el destino principal de los bienes demaniales es el uso general o para la prestación de servicios públicos, como ya se ha indicado en el apartado 3 de este informe, la normativa reguladora contempla expresamente la posibilidad de un uso alternativo de interés general, siempre que sea compatible con su destino principal, representado por dicho uso común o para la prestación de un servicio público. Así lo reconoce la LBEELLA en su artículo 28.

La ocupación de un espacio que tiene naturaleza demanial de forma privativa por un tercero, esto es, excluyendo su uso común, necesariamente tendría que venir amparado por un título jurídico válido y suficiente que también podría ser el de la concesión demanial.

No obstante, a pesar de que el supuesto de hecho de este informe podría responder inicialmente a los casos para los que la normativa contempla la utilización de la concesión demanial, no es sencillo el deslinde de esta figura respecto del contrato público. Los límites de uno y otro ámbito son difusos y no permiten ofrecer una solución única ni definitiva sobre qué instrumento es el más adecuado en cada caso.

A este respecto, la doctrina ha convenido en establecer ciertos aspectos que habrán de ponderarse a la hora de decidir sobre la figura más adecuada según la configuración que de la relación jurídica concreta se haga:

1. En primer lugar, se hace necesario determinar la finalidad que prevalece a la hora de ceder el bien demanial: si lo que se pretende es la satisfacción de un interés público por parte de la administración contratante, sería más adecuada la figura del contrato público; si, por el contrario, lo que prima es el interés en administrar el patrimonio del ente público y en la mera explotación del bien, sin necesidad de atender a una finalidad pública como fin principal, estaríamos ante un concesión demanial.
2. Otro aspecto a tener en cuenta es la identidad del beneficiario de la actividad: en el caso de un contrato público, lo sería la entidad pública; en una concesión demanial, lo sería el propio tercero que persigue su lucro propio mediante la explotación del negocio privado.



3. También habrá de tenerse en cuenta el régimen específico al que se somete el reparto de derechos y obligaciones entre las partes involucradas. Así, sería indicativo de la necesidad de instrumentalizar la relación jurídica por medio de un contrato, el hecho de que la Administración pretendiese por medio del mismo la ordenación y gestión de un servicio de su titularidad, contando esta con facultades de dirección de la actividad que le permitiesen determinar las condiciones que deben aplicar para la realización de la misma.
4. Otro extremo a tener en cuenta sería el origen de la iniciativa para la realización de la actividad. Por norma general, cuando la iniciativa parte de la administración, suele estar vinculado a la intención de satisfacer una necesidad de carácter general, lo que entroncaría con la configuración de la relación jurídica mediante un contrato administrativo. Por el contrario, si es el tercero quien solicita a la administración la constitución de la relación jurídica, esto puede llevarnos a pensar que sería más congruente la concesión demanial.
5. Por último, otro aspecto a tener en cuenta sería la existencia o no de una obligación en el establecimiento del servicio o si supone una mejora fundamental y necesaria en el servicio principal.

Es muy representativo, al respecto, el **Informe 87/18** de la **Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado**, que se pronuncia en estos términos. Este informe, además, ha sido citado en numerosas ocasiones, entre otros, por la **Audiencia Nacional** en su **Sentencia de 27 de septiembre de 2023**, o por el **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía** en su **Sentencia de 3 de octubre** del mismo año. Así pues, se puede extraer del informe los siguientes criterios para distinguir el contrato público de la concesión demanial:

*“Para diferenciar ambas figuras conviene atender a varios factores. El primero de ellos radica 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. Tal conclusión resulta del considerando 15 de la Directiva 2014/23/UE según el cual una concesión en sentido estricto no puede ser definida como un negocio que se limita a conceder el derecho a explotar recursos de carácter público en que el poder adjudicador establece únicamente condiciones generales de uso pero sin contratar servicios específicos. Es el mismo criterio contenido en la Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2016. 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.*

*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. [...]*

*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”.*

Asimismo, en línea con lo anterior, la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón**, en su **Informe 13/2018**, de 30 de mayo, estableció en su conclusión primera que *«En el caso de la atribución de facultades de ocupación y explotación de inmuebles públicos por particulares, particularmente en el caso de bares y cafeterías situadas en edificios o instalaciones públicas, la configuración como contrato de carácter patrimonial o como contrato administrativo depende de la causa del contrato y, en concordancia con ello, con la fijación de condiciones para la explotación por parte de la Administración. La finalidad de dar servicio a los usuarios de la instalación, junto con la fijación de condiciones de prestación, como las relativas a horarios, servicios, productos o precios, entre otros, son claros indicios de la naturaleza administrativa del contrato».*

Y en los mismos términos se pronuncian distintas resoluciones de tribunales administrativos de recursos contractuales, como las Resoluciones 417/2018 y la 1489/2023 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, o la Resolución 203/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

La distinción entre un contrato de concesión de servicios y una concesión demanial dependerá de los siguientes elementos: la iniciativa de la Administración para la consecución de un interés público, la intervención de la entidad contratante en los términos en los que se desarrollará la actividad ejecutada por el tercero, y el hecho de que exista obligación en el establecimiento del servicio, pueden ser indicios que permitan considerar el contrato público como opción más adecuada; por el contrario, la iniciativa privada para la satisfacción del ánimo de lucro de un particular, la no intervención de la entidad contratante en la definición concreta de los términos en los que debe desarrollarse el negocio en cuestión o que no exista la obligación de prestar ese servicio, podrían inclinar la balanza a favor de la concesión administrativa o demanial.

Por tanto, son muchos los factores que han de tomarse en consideración al decidir qué instrumento es el más adecuado a la hora de ceder un espacio de naturaleza demanial para su uso como cafetería-restaurante. La complejidad de los supuestos contemplados y la frontera difusa entre los mismos hace que sea difícil el pronunciamiento unívoco sobre la opción que conecta más acertadamente con la normativa vigente y con las necesidades que pretenden satisfacerse mediante la relación jurídica que se establezca con el tercero.

En consecuencia, deberá ser la entidad consultante la que, en base a la normativa y doctrina analizadas, determine cuál es la causa o finalidad perseguida por la Administración con este negocio jurídico, con el



objetivo de poder calificarlo como un contrato público (contrato de servicios o de concesión de servicio) o un negocio patrimonial (concesión demanial).

**7.-** En relación con la segunda cuestión planteada, esto es, la relativa a la **posibilidad de contratar con una comunidad de bienes**, debemos estar a lo dispuesto por el artículo 65 LCSP:

*“Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”.*

Sobre la capacidad para contratar con el sector público de las entidades sin personalidad jurídica, ya se ha pronunciado esta **Comisión Consultiva** en su Informe **19/2023**, de 12 de diciembre, en relación a la capacidad para licitar de los grupos cooperativos:

*“1. (...) La capacidad es la aptitud legal para ser sujeto de derechos y/o obligaciones y, en consecuencia, la facultad de realizar actos válidos y eficaces en derecho. Desde un punto de vista doctrinal se distingue entre capacidad jurídica, que es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, y que la ostenta toda persona por el mero hecho de existir, y la capacidad de obrar que implica el poder realizar con validez y eficacia un acto concreto o negocio jurídico.*

*El régimen jurídico de la capacidad no se aborda directamente por la normativa de contratos del sector público, si bien 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 (en adelante, LCSP), en la Subsección 1ª del Capítulo II del Título II del Libro I, determina las normas generales y especiales sobre capacidad para contratar con el sector público.*

*El artículo 65 de la LCSP dispone que solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.*

*Se exige, también, en el segundo apartado del precepto, que las personas contratistas cuenten con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.*

*Además, y por imperativo del artículo 66 de la LCSP, las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.*

*La falta de capacidad de obrar se sanciona, en el artículo 39 de la LCSP, con la nulidad de pleno derecho del contrato.*

*Por tanto, se establece un requisito sine qua non para que una persona natural o jurídica pueda ser adjudicataria de un contrato público, que es tener capacidad de obrar.*



*Para determinar quién tiene capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:*

*“A los efectos previstos en esta Ley, tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas*

*a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten capacidad de obrar con arreglo a las normas civiles.*

*b) Los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacidad afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.*

*c) Cuando la Ley así lo declare expresamente, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos”.*

*En este sentido, la LCSP en su artículo 69 declara expresamente que podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.*

*Una UTE, por su propia naturaleza, es un sistema voluntario de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro y que no tiene personalidad jurídica propia (ex artículo séptimo de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional.) Sus principales notas distintivas son:*

*1) No tiene personalidad jurídica.*

*2) Genera un régimen de responsabilidad solidaria que asumen todos y cada uno de los empresarios integrantes de la misma.*

*3) Su constitución tiene carácter temporal.*

*4) Debe formalizarse mediante escritura pública ante Notario en caso de resultar adjudicataria del contrato.*

*Sin embargo, a pesar de no poseer personalidad jurídica propia, la LCSP ha exceptuado de este requisito a las UTEs, declarando expresamente que pueden contratar con el sector público. Pero esta excepción, insistimos, sólo se ha previsto para las UTEs, por lo que no cabe inferir que otras uniones y entidades sin personalidad jurídica puedan, por analogía, ser adjudicatarias de contratos del sector público.*

*2. (...)*

*En este sentido se pronuncia el informe 4/99, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su consideración jurídica segunda:*



*“La vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto a los requisitos que han de reunir los que pretenden contratar con la Administración, no regula de una manera expresa el de personalidad, sino que se centra en el de la capacidad de obrar, por entender que el segundo engloba necesariamente al primero y así la única declaración que encontramos al respecto es la del artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece que podrán contratar con la Administración “las personas naturales o jurídicas”, de donde fácilmente se deduce que el dato de la personalidad es presupuesto básico para la contratación, no pudiendo acceder a la misma quienes carezcan de este requisito (por ejemplo, comunidades de bienes), con la única excepción de que un precepto legal exceptúe expresamente de tal requisito como sucede en la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuyo artículo 24 admite la contratación con uniones temporales de empresarios, aunque estas uniones carecen de personalidad distinta de los empresarios que la integran.”*

La Resolución del **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 171/2019**, de 1 de marzo, también se ha referido a la falta de personalidad jurídica de las comunidades de bienes para contratar, en los siguientes términos:

*“En definitiva, la personalidad jurídica y la capacidad de obrar de los licitadores que debe analizarse es la de los sujetos de derecho que presentan la oferta y no de los posibles licitadores que se pudieran integrar en el sujeto licitador. En este caso la propuesta de la recurrente se hizo en representación de una comunidad de bienes y no en nombre de las personas físicas o comuneros que la integran la comunidad, según resulta del informe del órgano de contratación y del propio recurso. En consecuencia, siguiendo el criterio expuesto en la resolución transcrita, no puede reconocerse personalidad jurídica ni capacidad de obrar a la comunidad de bienes y en consecuencia debe ser excluida de la contratación, por infracción del artículo 65 de la LCSP, confirmando así la resolución recurrida.*

*Concreción de lo que acabamos de afirmar es que solo pueden contratar con el sector público, en el caso de contratos sujetos a la LCSP, las personas físicas y las personas jurídicas individualmente, o bien agrupadas bajo la forma de Uniones Temporales de Empresas (UTE´s), que es la fórmula que prevé la LCSP para que varios puedan contratar conjuntamente, sean personas físicas sean personas jurídicas, sin constituir una nueva persona. Es decir, la participación en los procedimientos de licitación de contratos con el sector público de varias personas simultáneamente agrupadas para presentar una única oferta común es a través de la figura de las UTE, que es una forma de colaboración y agrupación de varias personas para participar como una unidad, agrupación, mediante la presentación de una única oferta común, oferta que es de todos y cada uno de ellos, de ahí que deban comprometerse a constituir la UTE en caso de adjudicación a su favor, con indicación de su participación en la agrupación, obligándose solidariamente todos ellos y designando un único representante para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones derivados del contrato en caso de adjudicación a su favor”.*

En consecuencia, debe concluirse que las comunidades de bienes no pueden contratar con las entidades del sector público, dado que carecen de personalidad jurídica y capacidad de obrar por expresa previsión de la LCSP, en relación con la regulación del artículo 3.c) de la Ley 39/2015.

### **III.-CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Para determinar la correcta calificación jurídica de un negocio para la gestión y explotación del servicio de cafetería-restaurante en instalaciones públicas afectas a un servicio público, habrá de estarse a los siguientes criterios:



1.- La suscripción de un contrato de arrendamiento sobre un bien de dominio público o demanial resulta jurídicamente inapropiada e incompatible con la normativa vigente.

2.- En el ámbito de la contratación del sector público, descartada la aplicación de la figura del contrato administrativo especial, el contrato podría calificarse como contrato de concesión de servicios o como contrato de servicios, dependiendo principalmente de que exista o no transferencia del riesgo operacional de la Administración a la persona contratista. Además, existe otro elemento diferenciador: en la concesión, el abono del servicio prestado lo realizan, en todo, o en parte, las personas que reciben la prestación, mientras que en el contrato de servicios el precio lo abona íntegramente la Administración.

De la configuración que se viene haciendo por norma general de los términos de este tipo de contrato, la figura más adecuada para la instrumentalización de la contratación es la de la concesión de servicios.

3.- También cabría calificar la operación como negocio patrimonial, en concreto, como concesión demanial. La distinción entre un contrato de concesión de servicios y una concesión demanial dependerá de los siguientes elementos: la iniciativa de la Administración para la consecución de un interés público, la intervención de la entidad contratante en los términos en los que se desarrollará la actividad ejecutada por el tercero, y el hecho de que exista obligación en el establecimiento del servicio, pueden ser indicios que permitan considerar el contrato público como opción más adecuada; por el contrario, la iniciativa privada para la satisfacción del ánimo de lucro de un particular, la no intervención de la entidad contratante en la definición concreta de los términos en los que debe desarrollarse el negocio en cuestión o que no exista la obligación de prestar ese servicio, podrían inclinar la balanza a favor de la concesión administrativa o demanial.

En consecuencia, deberá ser la entidad consultante la que determine cuál es la causa o finalidad perseguida por la Administración con este negocio jurídico, con el objetivo de poder calificarlo como un contrato público (contrato de concesión de servicio) o un negocio patrimonial (concesión demanial).

**SEGUNDA.-** Las comunidades de bienes no pueden contratar con las entidades del sector público, dado que carecen de personalidad jurídica y capacidad de obrar por expresa previsión de la LCSP, en relación con la regulación del artículo 3.c) de la Ley 39/2015.

Es todo cuanto se ha de informar.