

**Informe 5/2012, de 20 de xuño de 2012, sobre a cualificación xurídica dun contrato de explotación de cafeterías instaladas en edificios universitarios.**

## **ANTECEDENTES**

Pola Universidade de A Coruña dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

Ao abeiro do art. 2.1 e concordantes do Decreto 237/2007, de 5 de decembro, a Universidade da Coruña somete a consideración da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia, a cuestión da cualificación xurídica que corresponde aos contratos que licita a UDC para a explotación das cafeterías instaladas nos edificios universitarios.

Ao respecto, faise constar o seguinte:

- 1) Até a entrada en vigor da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos do Sector Público (en adiante LCSP), era indiscutida a cualificación de ditos contratos como contratos administrativos especiais, por telo así declarado, en distintos informes, a Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre outros o de 7 de marzo de 1996 (5/96), dedicado especificamente ao estudo destes contratos en dependencias universitarias baixo a vixencia da Lei 13/1995, de 18 de maio, de Contratos das Administracións Públicas (LCAP).
- 2) Coa entrada en vigor LCSP téñense producido ao respecto informes contraditorios de distintas Xuntas Consultivas Autonómicas, cualificando ditos contratos como de Servizos (informe 19/2008, de 4 de setembro da Junta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón) ou propugnando o mantemento da súa cualificación como contratos administrativos especiais (informe 10/2010, de 15 de outubro, da Comisión Consultiva de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Andalucía).
- 3) Con data 27 de maio de 2011 a Asesoría Xurídica desta Universidade emitiu, por pedimento do Servizo de Patrimonio, Inventario e Xestión Económica, un informe sobre esta materia no que se analiza a dualidade de criterios existente e se propón elevar a consulta á Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia, co fin de coñecer o seu autorizado criterio.

## **CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS**

1.- Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan as súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as universidades públicas galegas.

2.- A Universidade da Coruña solicita un pronunciamento por parte desta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa sobre a cualificación xurídica que segundo a LCSP deben ostentar os contratos de explotación das cafeterías radicadas en edificios universitarios. Acompaña o seu escrito cos seguintes documentos:

- Copia do informe emitido pola xefa de servizo da súa Asesoría Xurídica do 27 de maio de 2011 na que expón a dualidade de criterios existentes e a conveniencia de obter o pronunciamento desta Xunta consultiva.
- Copia do informe 19/2008, de 4 de setembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón que tipifica este tipo de contratos como de servizos.

- Copia do informe 10/2010, de 15 de outubro, da Comisión Consultiva de Contratación Pública da Xunta de Andalucía na que considera que os contratos de cafetería e comedor en instalacións públicas deben ser cualificados como administrativos especiais.

3.- O art. 5.2.b) do Texto Refundido da Lei de contratos das Administracións públicas cualificaba como contratos administrativos os de obxecto distinto aos contratos administrativos típicos, que non obstante tiveran natureza administrativa especial:

- por resultar vinculados o xiro ou tráfico específico da Administración contratante,
- por satisfacer de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da específica competencia de aquela, ou
- por declaralo así unha lei.

De xeito análogo, o art. 19.1.b da Lei de contratos do sector público (en adiante LSCP) e do Texto Refundido (en adiante (TRLCSPP) establece que terán natureza administrativa especial:

- os contratos vinculados ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante,
- os contratos que satisfagan de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da específica competencia de aquela, sempre que no teñan expresamente atribuído o carácter de contratos privados conforme ao parágrafo segundo do artigo 20.1, ou
- os contratos que teñan tal condición por declaralo así unha Lei.

4.- Presenta a consulta a dúbida de se os contratos de explotación das cafeterías radicadas en edificios universitarios deben ser cualificados como administrativos especiais ou deben tipificarse como contratos de servizos.

A LCSP regula os contratos de servizos no seu libro IV, concretamente no capítulo V do Título II – artigos 277 a 288 –despois de definilos no artigo 10 como *“aqueles cuxo obxecto son prestacións de facer consistentes no desenvolvemento dunha actividade ou dirixidas á obtención dun resultado distinto dunha obra ou dunha subministración. Engade o artigo que “para os efectos da aplicación desta lei, os contratos de servizos divídense nas categorías enumeradas no anexo II”.*

Efectivamente, a LCSP, seguindo a Directiva 2004/18/CE, enumera no Anexo II as 27 categorías que enumeran os Anexos II.A e II.B da Directiva, correspondendo a categoría 17 aos *“Servizos de hostelería e restaurante”*. É de sinalar, ademais, o feito de que a lei introduza unha categoría residual, a 27, na que se pode recoller calquera outra prestación que se axuste a definición proposta para o contrato de servizos.

A nova definición dos contratos de servizos na LCSP difire da que destes contratos nos ofrecía o Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas, no seu artigo 196, cando definía como contratos de servizos aqueles que eran necesarios para o funcionamento da Administración dándolles, así, un carácter *“ad intra”* en atención ao beneficiario da prestación que descartaban con rotundidade cualificar como servizos os contratos como o que é actual obxecto de consulta.

Trátase dunha diferenza con respecto á regulación anterior introducida de xeito conscente polo lexislador na LCSP por canto no proxecto de lei figuraba outra redacción para os contratos de servizos (*“aqueles cuxo obxecto son prestacións de facer que teñen por destinatario directo á entidade contratante ...”*), facendo desaparecer unha das notas distintivas clásicas entre o contrato de xestión de servizos e contrato de servizos que era o feito de que se a prestación do servizo redundaba de forma directa na administración estabamos ante un contrato de servizos e se o destinatario era o administrado estabamos ante un contrato de xestión de servizos onde só a administración aparecía como receptora indirecta da prestación.

Coa nova regulación imos atoparnos con contratos de servizos nos que a contraprestación é percibida dun modo indirecto pola administración o que provoca as dúbidas as que se fai referencia na consulta.

Non obstante o anterior nin o criterio da nova definición de contrato de servizos nin o da remisión á relación do Anexo II –onde se atopan servizos de hostelería-, nin o seu carácter residual, parecen suficientes para apartarse do parecer e o criterio consolidado pola xurisprudencia do Tribunal Supremo (STS de 28-6-1989, STS 29-6-1990, STS15-2-1999, entre outros) e pola

Junta Consultiva de la Contratación Administrativa estatal (Informes 24/2005, de 29 de xuño, 14/1991, de 10 de xullo, 5/1996, de 7 de marzo, e 67/1999, de 6 de xullo de 2000) en orde á cualificación destes contratos como administrativos especiais.

Como se ten dito no apartado 3 deste informe, o concepto de contratos administrativos especiais apenas si sofre variación algunha da regulación anterior. Realmente o cambio significativo foi o anterior, cando a Lei 13/1995, de 18 de maio, de contratos das Administracións públicas ampliou notablemente o concepto ao utilizar a expresión “*vinculación ao xiro ou tráfico da administración contratante*” substituindo a máis restritiva de “*directa vinculación ao desenvolvemento regular dun servizo público*” que empregaba a anterior Lei de Contratos do Estado e que convertiu contratos como o que nos ocupa, de cafetería e hostalería, en contratos administrativos especiais en lugar de privados.

Seguindo esta doutrina a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado así coma a xurisprudencia consideraron que os contratos de arrendamento que realiza a administración cun particular para a explotación dun ben vinculado ao dominio ou servizo público eran considerados como contratos administrativos especiais, e non contratos privados, cando a causa destes contratos era claramente unha finalidade pública ou, incluso, unha mellora na atención e calidade dos servizos públicos prestados.

Nesa alínea, no caso das cafeterías universitarias, vinculado o contrato coa prestación do servizo público do ensino universitario entendíase que se precisaba “*unha especial tutela, como exixencia da actividade específica do órgano administrativo que intervéñ no contrato*” (requisito definidor destes contratos na Sentenza do 30 de setembro de 1991 da Audiencia provincial de Granada). Como expresa a STS de 17 de novembro de 1978 para cualificar o contrato non ha de atenderse ao obxecto do mesmo senón “*simplemente ao fin do contrato máis aló do que constitúe o seu obxecto...*”.

#### **CONCLUSIÓN:**

**A teor do exposto, esta Xunta Consultiva entende que os contratos que celebre a Universidade cun prestador de servizos para a explotación dun restaurante ou cafetería nas súas instalacións cunha finalidade pública deben ser considerados como contratos administrativos especiais.**