

Ref. 204/2015/0012

La Intervención General del Ayuntamiento de Madrid ha elevado a esta Asesoría Jurídica una consulta en relación con **“EL MANTENIMIENTO, GESTIÓN E INSTALACIÓN DE MÁQUINAS AUTÓMATICAS EXPENDEDORAS DE BEBIDAS Y DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS EN LOS EDIFICIOS ADMINISTRATIVOS DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID”**, con referencia específica al expediente 135/2014/000095, tramitado desde el Área de Economía, Hacienda y Administración Pública como un contrato administrativo de servicios.

## ANTECEDENTES

Tal como se pone de manifiesto por el órgano consultante, la figura jurídica que se viene utilizando en el Ayuntamiento de Madrid para la instalación y explotación de máquinas expendedoras de comidas y bebidas es, con carácter general, la autorización demanial prevista en el art. 89 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), que regula expresamente el supuesto de ocupación por terceros de espacios en edificios administrativos para dar servicios dirigidos a sus empleados o al personal visitante, citando como ejemplos las cafeterías, cajeros automáticos, oficinas postales u otros análogos.

En el mes de julio de 2014, la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública remitió para informe de la Asesoría Jurídica el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que habían de regir el contrato de servicios denominado “Mantenimiento, gestión e instalación de máquinas expendedoras de bebidas y de productos alimenticios en los edificios dependientes del Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública” (expediente 135/2014/000095). El informe que al efecto se emitió por la Letrada que tenía turnado el expediente, ponía de manifiesto que la calificación de este tipo de negocio jurídico no era pacífica – reseñándose a estos efectos diferentes informes y resoluciones recientes de algunas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa y Tribunales de Recursos Contractuales- y que habría que analizar cada negocio jurídico individualmente considerado para determinar cuál fuera la causa o finalidad perseguida con el mismo por la Administración con el objetivo de poder dilucidar sin existía o no un fin público más allá del puramente patrimonial, para en ese caso poder calificar la relación como contractual, concluyendo que en el supuesto concreto que se sometía a examen podía considerarse adecuada la calificación

propuesta por el órgano de contratación como contrato de servicios en tanto que la instalación de las máquinas se planteaba como una actividad de la administración municipal encaminada a complementar los servicios que ésta ponía a disposición de su personal en las zonas de descanso habilitadas al efecto en los distintos edificios administrativos adscritos al Área.

No obstante, también indicaba al final de ese informe que, puesto que el enfoque recogido en él suponía introducir un nuevo criterio basado fundamentalmente en las razones esgrimidas por la Dirección General de Organización y Régimen Jurídico, básicamente la inconveniencia de establecer dos regímenes distintos para la instalación de las máquinas según que se tratase de edificios de titularidad municipal, en los que la figura a utilizar sería la autorización demanial, y aquellos otros en los que no existiese esa titularidad, por estar por ejemplo en arrendamiento, en los que no cabría ese título habilitante, resultaba oportuno que la Dirección General de Contratación, en ejercicio de sus atribuciones como órgano especializado en la materia, estableciera un criterio común para todo el Ayuntamiento, ya que no tenía sentido un tratamiento diferente de la instalación de máquinas expendedoras precisamente en el Área de Gobierno competente para la coordinación de la contratación.

Con este motivo, la Asesoría Jurídica promovió una reunión con los responsables de la Dirección General de Contratación, en la cuál se abordó la cuestión suscitada y se acordó la preparación por dicha Dirección de un borrador de informe del cual se daría traslado a la Asesoría para, a partir de las posiciones manifestadas por ambas partes se pudiera llegar a una posición común sobre el tratamiento de este tipo de negocios. Como ya adelantó en la citada reunión, la DG de Contratación en su informe se inhibió de pronunciarse sobre la naturaleza patrimonial del negocio jurídico, postulando su carácter contractual bajo la forma de contrato administrativo especial, descartándose la categoría del contrato de servicios, fundamentalmente porque la remuneración del contratista se sujetaba a la explotación del servicio. Como respuesta, la Asesoría, argumentó que, frente a la calificación de la instalación y mantenimiento de las máquinas expendedoras como contrato administrativo especial no debía descartarse de plano la caracterización patrimonial –ex art. 89 LPAP- que, además, como se ponía de manifiesto con la cita de pronunciamientos de diferentes órganos consultivos especializados en la materia, contaba con argumentos para poder también calificarse como contrato de servicios. La última posición de la DG de Contratación ha sido reiterarse en el contenido de su informe y, por tanto, en la calificación de la relación como contrato administrativo especial, subrayando que no aborda otros aspectos que no sean los estrictamente contractuales por estar

fuera de su ámbito de atribuciones la materia patrimonial, y entendiendo que corresponde a la Asesoría Jurídica en ejercicio de sus competencias determinar en cada expediente la calificación del contrato que considere legalmente procedente.

Se da la circunstancia de que con anterioridad al expediente 135/2014/00095 que cita la Intervención General, la misma Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública, a propuesta de la Dirección General de Patrimonio, en expediente 145/12/3007 solicitó informe a la Asesoría Jurídica sobre **“Modelos de pliegos de condiciones técnicas y administrativas que regirán la licitación de la autorización de la ocupación de dominio publico mediante la instalación y explotación de maquinas expendedoras de bebidas y productos sólidos (vending) instaladas en el Ayuntamiento de Madrid”**. En dicha petición se proponía dar uniformidad, ante la diversidad de propuestas jurídicas que se han venido dando para autorizar la instalación de máquinas expendedoras de bebidas y comidas en dependencias municipales, mediante la aprobación por la Delegada del Área de Economía, Hacienda y Administración Pública de un pliego de condiciones administrativas y otro de condiciones técnicas para la licitación de la autorización de la ocupación de dominio público mediante máquinas expendedoras. Se informó por esta Dirección General en fecha 27 de junio de 2013, haciendo una serie de observaciones competenciales y de fondo, pero el informe se iniciaba diciendo: *“La Asesoría Jurídica, desde el inicio de su labor consultiva tras la aprobación del ROGA, ha venido sosteniendo que no se trataba de un supuesto de aplicación de la legislación contractual, sino de la legislación patrimonial atendiendo al art. 89 de la Ley /2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) e informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 67/99, de 6 de julio de 2000, que cita otro anterior de 7 de marzo de 1996 (ver informe de la Asesoría Jurídica de 17 de enero de 2005, ref. 3-05/73573). Debe por tanto agradecerse que desde la Dirección General de Patrimonio se proponga la aprobación de un pliego modelo de condiciones que permita acudir a las áreas y distritos para licitar las autorizaciones demaniales para la instalación de máquinas expendedoras”*

Esta Asesoría Jurídica comparte la inquietud de la Intervención General sobre la necesidad de establecer un criterio unitario para todos los órganos gestores municipales, aunque debe indicarse que únicamente es el área de gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública el que tiene un criterio discrepante al resto e interno de sus diferentes Direcciones Generales: autorización demanial (DG Patrimonio); contrato administrativo especial (Dirección General de Contratación) y contrato de servicios (DG de Organización y Régimen

Jurídico). Y, en definitiva, se trata más bien de encontrar una solución uniforme y de actuar con rigor jurídico pues, independientemente de la solución que se adopte, en la práctica lo importante es que la utilización del uso que se permite tenga título habilitante otorgado por autoridad competente, es decir que se trate de un uso autorizado, bien mediante autorización demanial, bien mediante contrato administrativo, bien mediante contrato privado.

## CONSULTA

Tras exponer el criterio de la Dirección General de Organización y Régimen Jurídico para la calificación de instalación y explotación de máquinas expendedoras de bebidas, alimentos y productos sólidos como contrato administrativo de servicios, la Intervención General no comparte dicha calificación contractual, básicamente por los siguientes argumentos:

- que sea la adjudicataria que presta el servicio la que abona un precio a la parte que lo recibe, y no al revés. El precio en los contratos del sector público es la retribución al contratista, sin que éste pague por prestar el servicio
- el art. 4 del vigente TRLCSP excluye expresamente de su ámbito de aplicación los contratos y distintas operaciones patrimoniales, por lo que de acudir a la contratación administrativa debe determinarse convincentemente cuál es el servicio que se va a prestar a la Administración
- las razones de conveniencia en la tramitación conjunta para tramitar en un único expediente la ocupación de inmuebles de titularidad municipal y arrendados, no son criterios de legalidad, independientemente de que puedan llegar a ser consideradas como *ventajas*
- el criterio para alterar el régimen jurídico de la autorización demanial utilizado hasta ahora considerando la naturaleza demanial o no del edificio en que se van a instalar las máquinas, no debe ser lo que motive la utilización del contrato de servicios cuando hay otras figuras jurídicas legalmente previstas para conceder derechos de uso como las autorizaciones administrativas y cualesquiera otros negocios jurídicos privados
- existen en el expediente contractual contradicciones respecto a determinadas cuestiones como el "canon" a satisfacer por el contratista – se valora conforme a criterios de las leyes de tasas para la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público-, su régimen fiscal – se excluye del IVA-, aspectos presupuestarios – imputación del

precio al capítulo de ingresos patrimoniales-, que son propios de los negocios patrimoniales, excluidos del TRLCSP, de tal modo que la finalidad perseguida con el contrato más parece obedecer a la obtención de un rendimiento del patrimonio municipal que la recepción de un servicio por el Ayuntamiento.

Junto a ello, se plantea la interpretación del art. 89 de la LPAP en cuanto a la posibilidad de extender la aplicación de la autorización de este artículo a la ocupación de espacios en edificios administrativos no demaniales, haciendo una interpretación extensiva del concepto de edificio administrativo, sin tener en cuenta la naturaleza demanial o patrimonial del bien.

En base a la extensa argumentación que acompaña la consulta, se plantean, resumidamente, las siguientes cuestiones:

1. legalidad y procedencia sobre la utilización de la figura de un contrato de servicios para la implantación de máquinas de "vending" en edificios administrativos
2. legalidad y procedencia sobre la utilización de la autorización del artículo 89 LPAP para la implantación de las máquinas de "vending" en edificios administrativos, con independencia de la naturaleza demanial o patrimonial del inmueble donde se pretende su colocación
3. legalidad y procedencia, de excluirse la posibilidad anterior, de tramitar en un único expediente una autorización demanial y otra privada de uso, o cualquier otra figura de régimen privado que lo permitiera, toda vez que las condiciones de una y de otra, desde las obligaciones y derechos de las partes hasta la determinación de su precio e importe, y precios de los productos a satisfacer por los usuarios, son exactamente las mismas.

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

### 1. PLANTEAMIENTO GENERAL.

Para iniciar el estudio de todas estas cuestiones, debe hacerse una referencia al informe de esta Dirección General, de 27 de junio de 2013 sobre los "Modelos de Pliegos de Condiciones Técnicas y Administrativas que regirán la licitación de la autorización de la ocupación de dominio publico mediante la instalación y explotación de maquinas expendedoras de bebidas y productos sólidos (vending) instaladas en el Ayuntamiento de Madrid", remitidos desde el

Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública, antes referido, en el que se decía lo siguiente:

## **“CONSIDERACIONES JURIDICAS**

### **Observaciones generales sobre el régimen jurídico y sobre la forma propuesta de pliegos de condiciones**

Conforme a los arts 5.3 y 155 de la LPAP, los edificios administrativos son bienes de dominio público y servicio público cuando cumplen la doble exigencia (i) titularidad pública (ii) afectación o adscripción al servicio público. Así, tienen la condición de edificio administrativo: *“a) Los edificios destinados a oficinas y dependencias auxiliares de los órganos constitucionales del Estado y de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. b) Los destinados a otros servicios públicos que se determinen reglamentariamente.”*

La disposición adicional séptima del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la LPAP, con respecto a estos últimos establece que *“a los efectos señalados en el artículo 155 de la Ley, tendrán la consideración de edificios administrativos los destinados a los siguientes servicios: de representación en el exterior, docentes, sanitarios, de investigación, asistenciales, de atención al público, culturales, turísticos, de transporte, deportivos, judiciales, penitenciarios, de vigilancia y control, comisarías y cuarteles”*.

La LPAP regula, en su Título IV, la utilización de los bienes y derechos de dominio público, exigiendo título habilitante para cualquier uso distinto al uso común de los bienes de dominio público, que es el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos. La LPAP establece el régimen o los requisitos de las autorizaciones y concesiones demaniales; en caso de que la ocupación se ampare en un contrato, el mismo se regirá por la legislación contractual del sector público siendo este título suficiente para la ocupación sin necesidad de exigirse además una autorización o concesión demanial (art. 91.4).

La utilización de bienes demaniales afectos a un servicio público no da lugar, como regla general, a relaciones jurídicas cuyo contenido sea la utilización misma del bien entre la Administración y los ciudadanos, siendo así que los posibles concesionarios o usuarios lo son del servicio público y las relaciones jurídicas que surjan tendrán como objeto su explotación o uso. Es por ello por lo que el artículo 87 de la Ley 33/2003 señala que *“la utilización de los bienes y*

derechos destinados a la prestación de un servicio público se supeditarán a lo dispuesto en las normas reguladoras del mismo”, estableciendo tan solo la aplicación supletoria de la misma.<sup>1</sup>

Uno de los supuestos especiales es el regulado en el art. 89 LPAP que se refiere a la **ocupación por terceros de espacios en edificios administrativos**, con carácter excepcional, y 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. Requiere *autorización*, si se efectúa con bienes muebles o instalaciones desmontables, *concesión*, si se produce por medio de instalaciones fijas, o *contrato* que permita la ocupación.

Siendo la pretensión establecer un pliego de condiciones uniforme para este supuesto de instalación de máquinas expendedoras o de venta automáticas de comida y bebidas en dependencias municipales, mediante licitación en concurrencia para su autorización demanial, debe ajustarse tal pliego a las exigencias del citado art. 89, y de los preceptos concordantes de la legislación patrimonial de aplicación.

**Premisa primera.** Definición de edificio administrativo. Conforme al art. 5, apartados 3 y 4, y art. 89 LPAP, el pliego quiere regular las condiciones de la ocupación de espacios en **edificios administrativos** de **titularidad** del Ayuntamiento de Madrid o de los organismos públicos vinculados al mismo o dependientes del mismo (organismo autónomo local y entidad pública empresarial en terminología del art. 85 LBRL) en que se alojen servicios, oficinas o dependencias administrativas, para la instalación de máquinas automáticas de venta.

Cuando la Administración no es titular del edificio, pero lo alquila en régimen de Derecho privado para desarrollar en él sus actividades administrativas, lo destina a oficinas y dependencias administrativas, realiza la misma actuación administrativa que si el edificio es de su propiedad. La consideración como edificio administrativo a efectos de la LPAP, es la misma, lo que cambia es el régimen jurídico de su utilización.

---

<sup>1</sup> En este sentido se expresa el artículo doctrinal “ La utilización privativa de los bienes de dominio público: las concesiones demaniales en la nueva Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas”, publicado por el Departamento de Derecho Público y Procesal del despacho de Uria & Menéndez; página web: [www.uria.com/documentos/publicaciones/1233/documento/trib02](http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1233/documento/trib02)

La LPAP prevé la posibilidad de que el Estado suscriba contratos de arrendamiento en régimen de Derecho privado para realizar sus funciones (artículo 122). Por tanto, la LPAP no es ajena a que la Administración realice una política patrimonial en la que pudiera desarrollar funciones administrativas en inmuebles arrendados a particulares, en régimen de Derecho privado.

Cuestión principal es si la utilización del inmueble por terceros en el edificio administrativo tiene **naturaleza jurídica diferente** si es propiedad del Ayuntamiento o está alquilado, esto es, si es necesario para considerarlo como bien de dominio público el doble requisito de titularidad o propiedad pública y afectación pública o a un servicio público.

Veamos la regulación siguiendo la clasificación del art. 155.1 LPAP:

a) los edificios administrativos *destinados a oficinas y dependencias auxiliares*, conforme al art.5.3 de la LPAP, si son de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado se considerarán, *en todo caso*, bienes de dominio público.

La consideración como dominio público de los edificios administrativos “en todo caso” tiene sentido jurídico si se tiene en cuenta que, el apartado 1 de ese mismo art. 5 LPAP establece que “*son bienes 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*”. Es decir, si en los edificios administrativos tan sólo se prestaran servicios públicos, el artículo 5.3 LPAP sería innecesario y redundante, por lo que si ese artículo tiene algún sentido es porque hay edificios administrativos en los que no se prestan servicios públicos y, a pesar de ello, y por mandato expreso del citado artículo 5.3 LPAP, tienen la consideración de bienes demaniales. Téngase en cuenta que el art. 4 del RBEL establece una clasificación que comprende inmuebles considerados edificios públicos, como las Casas Consistoriales, y que al no ser *numerus clausus* se resumen en la expresión “en todo caso” de la LPAP, es decir, para incluir a todos los que alojen servicios administrativos sea cual sea su denominación.

b) los edificios administrativos *destinados a otros servicios públicos*, según el art. 5.1 LPAP, siendo de titularidad pública, son bienes de dominio público, por encontrarse afectados al servicio público.



Dispone el art. 3 LPAP: *El patrimonio de las Administraciones públicas está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos. Y el art. 4: Por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales.*

Tanto los bienes y derechos del dominio público (art. 5), como los bienes y derechos el dominio privado o patrimoniales (art. 7), para que integren el patrimonio de las Administraciones Públicas, han de ser de **titularidad de las mismas**. Titularidad es equivalente a propiedad, a dominio, en los términos que se expresa la LPAP. El TS ha venido afirmando que “en nuestro ordenamiento jurídico el dominio público se configura como una relación de propiedad y no como una relación de poder o soberanía” (STS de 28 de octubre de 1981).

Y las Administraciones puede ser dueñas de bienes o derechos, es decir, en la LPAP se distinguen: los bienes de dominio público, los derechos de dominio público, los bienes de dominio privado y los derechos de dominio privado. Aunque no se detallan los derechos de dominio público (sólo se exigen las notas de afectación al uso general o al servicio público, o que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales), puede deducirse, a sensu contrario, de lo dispuesto en el art.7.2. LPAP: “**En todo caso, tendrán la consideración de patrimoniales** de la Administración General del Estado y sus organismos públicos los derechos de arrendamiento, los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por éstas, así como contratos de futuros y opciones cuyo activo subyacente esté constituido por acciones o participaciones en entidades mercantiles, los derechos de propiedad incorporal, y los derechos de cualquier naturaleza que se deriven de la titularidad de los bienes y derechos patrimoniales.”

Los derechos de arrendamiento son, por tanto, derechos patrimoniales, y conforme al art. 33.2.b) LPAP son “los derechos de carácter personal en virtud de los cuales se atribuya a la Administración General del Estado el uso o disfrute de inmuebles ajenos” (o, a las Administraciones Públicas, en general), esto incluye los arrendamientos concertados para alojar a sus órganos.

Además, conforme dispone el art.5.3. de la LPAP, ya reproducido, en concordancia con la definición negativa de los bienes patrimoniales del art. 7.1., permite entender que los edificios administrativos, titularidad de la

Administración, son, en todo caso, demaniales. Por el contrario, si la Administración no es titular de los mismos, por ostentar un derecho de arrendamiento, ya no son bienes de dominio público, sino que la Administración tiene el derecho de arrendamiento sobre esos bienes inmuebles, derecho que no es demanial, sino patrimonial (ar. 7.2), aunque el bien se halle afecto a un servicio administrativo o a un servicio público. Es decir, **titularidad y afectación** pueden presentarse disociadas: para que pueda predicarse respecto de un bien la condición de demanial, han de concurrir dos requisitos: el primero, consistente en que se trate de un bien de titularidad pública; el segundo, que ha de estar afectado a un servicio público. (**Abogacía del Estado** Dictamen de 6 febrero 2006 JUR 2006\299793)

En conclusión, el pliego de condiciones debe partir de:

- son edificios administrativos los destinados a oficinas o dependencias del Ayuntamiento, independientemente de su titularidad y denominación.
- a efectos de su régimen jurídico, si el Ayuntamiento es dueño de los inmuebles, tendrán la consideración de bienes de dominio público (art.5.3), en cuyo caso cabe la autorización demanial de espacios por terceros con carácter excepcional y temporal
- si el Ayuntamiento no tiene la propiedad de los edificios, si los ha arrendado para alojar esas oficinas o dependencias administrativas, el inmueble es de dominio particular y la Administración tiene sobre los mismos un derecho de arrendamiento de carácter patrimonial (art.7.2), por lo que habrá de estarse a las condiciones del respectivo contrato de arrendamiento.<sup>2</sup>

**Premisa segunda.** Sistema de fuentes del dominio público. Conforme al art. 5.4. LPAP los bienes y derechos de dominio público se registrarán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta ley y las disposiciones que la desarrollen o complementen.

---

<sup>2</sup> A esta conclusión le sirve de apoyo el Informe 24/05, de 29 de junio de 2005, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que interpreta el art. 89 LPAP cuando razona: "La confusión que, al parecer, se produce en el Ayuntamiento consultante deriva del segundo párrafo del artículo citado en cuanto establece que esta ocupación habrá de estar amparada por la correspondiente autorización, concesión 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". Es preciso señalar que este contrato al que hace referencia la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas no puede ser el administrativo especial de prestación de servicios de cafetería y comedor, sino que se trataría, en su caso, por no ser un contrato vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante, satisfacer de manera directa o inmediata una finalidad pública de su específica competencia o haberlo declarado así una Ley, de un contrato patrimonial y, por tanto, privado, como puede ser el de arrendamiento del local al que hace referencia los artículos 5.3 y 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

Las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado, se aplicarán como derecho supletorio.

El art. 89 LPAP es de aplicación supletoria a las Entidades locales, en virtud de lo dispuesto en Disposición Final Segunda de la LPAP, al no existir legislación patrimonial autonómica madrileña que regule este supuesto en relación a las entidades locales.

**Las autorizaciones y concesiones demaniales están excluidas de la legislación contractual del sector público** (art.4.1.o) TRLCSP).

El propio art. 89 LPAP contraponen contrato y concesión como títulos habilitantes distintos que permiten esta ocupación de espacios en edificios administrativos

(...)

**Premisa tercera.** Cuando la ocupación es accesoria a un contrato administrativo que autorice dicha ocupación éste será el título habilitante y por tanto no es necesario, además, someterse a este procedimiento de licitación para obtener una autorización demanial, según se desprende de los arts 84, 89 y art.91.4 LPAP. No se hace ninguna indicación al respecto en las condiciones sometidas a informe.

**Premisa cuarta.** Hay que delimitar el supuesto de hecho a que se refiere el art.89 LPAP: *“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”*. Es decir,

(i) lo que está en juego es la ocupación por terceros, sean públicos o privados, del espacio del edificio para dar servicio al personal administrativo que trabaja en él o al público visitante.

(ii) los supuestos que contempla la norma no son *numerus clausus*, y además de los específicos a que se refiere el precepto, en todo caso, las cafeterías, las oficinas bancarias, los cajeros automáticos y oficinas postales, se pueden incluir los análogos como máquinas expendedoras de productos, exposiciones permanentes, restaurantes, bares, puestos de venta de prensa, tabacos, productos farmacéuticos o parafarmacia, lotería, librerías, locales de reprografía, etc .

(iii) Y el régimen especial de este artículo hace referencia a la utilización del espacio, al uso del espacio no necesario para el servicio administrativo, es decir, el acento se sitúa en la ocupación del inmueble, no en el servicio que se presta. El tercero ocupa parte del edificio no para prestar el servicio público al que esté adscrito el bien, sino que va a prestar dentro del edificio una actividad económica o comercial que no tiene por qué tener una finalidad pública.

(iv) Esta ocupación no podrá entorpecer o menoscabar la utilización del inmueble por los órganos o unidades alojados en él.

Cuando se plantea la utilización de los bienes demaniales hay que tener presente que si la actividad a realizar en el inmueble de dominio público pudiera considerarse como prestación de servicios por la finalidad pública que persigan, más que como utilización privativa de un bien de la Administración, entonces habría que ir al régimen contractual. O dicho de otro modo, el procedimiento adecuado para conceder el uso y disfrute de un bien municipal de dominio público que garantice el cumplimiento de la función o actividad administrativa que justifica el destino de servicio público al que está afecto el bien y el servicio que se pretende dirigir al personal destinado en ellos o al público visitante, sería el contractual; si además, para la ejecución del contrato administrativo, es necesario ocupar bienes de dominio público, no es necesario otorgar una concesión demanial pues el contrato ampara la ocupación; y el procedimiento adecuado para conceder *solamente* el aprovechamiento privativo del edificio, que no requiere la prestación de un servicio de titularidad municipal, sería la concesión demanial o autorización.

Es criterio manifestado por las Juntas Consultivas de Contratación y por la jurisprudencia, que para juzgar cuándo estamos ante un contrato administrativo o una concesión demanial, debe atenderse a la prevalencia en el servicio a obtener de un interés público o finalidad pública frente al interés privado de la instalación de un negocio o actividad que requiera la ocupación privativa de un bien demanial. Sobre la base de este criterio, sería un contrato administrativo si el beneficiario del mismo es la Administración, aunque el destinatario final del servicio sea el usuario, sea personal administrativo o público visitante, por cuanto se trata de obtener una prestación que le permite ofrecer un mejor servicio público, frente a una concesión de uso demanial donde el beneficiario es el particular o usuario. El objeto de la concesión demanial es el derecho de dominio y la competencia, mientras que en el caso del contrato es la competencia, produciéndose una escisión entre titularidad del servicio y la explotación del mismo. (Véase Informe JCCA Aragón 19/2011, de 6 de julio, Calificación jurídica de un contrato administrativo para la instalación de

televisiones en las habitaciones de centros hospitalarios como contrato de servicios; 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).

Y todo ello se dice para aclarar que la intervención administrativa en la instalación de máquinas expendedoras, aunque se exija la utilización de productos de comercio justo, no debe olvidar la finalidad de la autorización demanial regulando la forma de prestación de la venta automática más allá de lo que esta fórmula jurídica permite.

**Premisa quinta.** Se ruega la supresión del término “vending” por las siguientes razones:

1. *vending* es un neologismo anglosajón; el término castellano adecuado es el suministro mediante máquina expendedora o máquina de venta automática

2. *vending* es el sistema de ventas por medio de máquinas auto expendedoras accionadas por diversos medios de pago, y lo que se regula ahora es la ocupación del espacio por las máquinas expendedoras, no la actividad de venta en sí.

3. *vending* se utiliza comercialmente para referirse al sector de ventas mediante máquinas expendedoras por lo que es suficiente la referencia a la instalación y explotación de máquinas expendedoras de bebidas, alimentos y productos sólidos, sin necesidad de su traducción al inglés. La utilización entre paréntesis del término en inglés es redundante, sin que la denominación en castellano necesite ninguna aclaración en inglés.

4. la expresión “máquinas vending” es incorrecta: en castellano son máquinas expendedoras o de venta automática; en inglés “vending machine”.

Una vez reproducido el informe anterior, no cabe sino mantener una serie de ideas principales que sirvan de punto de partida para contestar a la consulta de la Intervención General:

- conforme a los arts 5 y 7 de la LPAP, los edificios administrativos de titularidad del Ayuntamiento de Madrid sólo pueden ser demaniales. Son edificios administrativos los definidos como tal en el art. 155 LPAP y en la disposición adicional séptima del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la LPAP
- sólo son patrimoniales los edificios que siendo titularidad del Ayuntamiento no son edificios administrativos

- los edificios ocupados por el Ayuntamiento de Madrid, que no sean de su titularidad, no son demaniales, pero tampoco son patrimoniales. Los edificios alquilados por el Ayuntamiento de Madrid no son bienes patrimoniales al faltar el requisito de titularidad o propiedad en sentido de dueño del Código Civil (arts 348 y 432)
- el Ayuntamiento de Madrid sólo es tenedor de los inmuebles que tiene alquilados como arrendatario, perteneciendo el dominio a otra persona, su propietario y, por tanto, dichos inmuebles no son patrimoniales, sino privativos de su dueño.
- en caso de edificios que no sean de titularidad del Ayuntamiento de Madrid, el mismo sólo tiene un derecho de posesión. Dicho derecho puede ser patrimonial, si se trata de un arrendamiento, de un usufructo, de un derecho de superficie, por ejemplo; o demanial como pudiera ser si el Ayuntamiento fuera concesionario de una concesión demanial otorgado por otra Administración Pública o en caso de una mutación demanial, que no altera la titularidad, ni la demanialidad (art.71.4 LPAP)
- los arts art. 89 y 90 LPAP vienen a establecer una **excepción facultativa al régimen general de utilización de bienes de dominio público y servicio público**, que es el regulador del servicio al que se destina, permitiendo que la ocupación de espacios o el uso de estos bienes, en los supuestos que contempla, pueda acogerse al régimen de utilización de los bienes destinados al uso general, esto es, la autorización demanial. Los arts 87 y 88 establecen el régimen general de utilización de los bienes de dominio público y servicio público: se rigen en primer término por las normas que regulan el servicio público. Ello es acorde a lo que ya disponía el art. 74.2 del RBEL, el uso de los bienes de servicio público se regirá, ante todo, por las normas del Reglamento de Servicios. Las STC 193/98 y 166/1998, reproduciendo la 227/1988 recogen la fundamentación de que "Dentro de esta amplia categoría de los bienes demaniales es preciso distinguir entre los singularmente afectados a un servicio público o a la producción de bienes o servicios determinados en régimen de titularidad pública y aquellos otros que, en cuanto géneros, se declaran no susceptibles de apropiación privada en atención a sus características naturales unitarias. En los primeros, la afectación está íntimamente **vinculada a la gestión de cada servicio** o actividad pública específica, de la que constituyen un mero soporte material".

Ambos preceptos, en consonancia con el art. 84, permiten que el título que habilite el uso sea el propio de las autorizaciones y concesiones demaniales, es decir, que se puede acudir a esta figura propia de los bienes de uso público, lo que no impide, “podrá” dicen los preceptos, que se utilice el régimen propio de utilización de estos inmuebles, esto es, el contractual administrativo, conforme a dicha legislación.

## **2. Sobre la primera de las cuestiones planteadas: LEGALIDAD Y PROCEDENCIA SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LA FIGURA DE UN CONTRATO DE SERVICIOS PARA LA IMPLANTACIÓN DE MÁQUINAS EXPENDEDORAS EN EDIFICIOS ADMINISTRATIVOS.**

**2.1** Como advertencia inicial debe aclararse que la utilización de la expresión “máquinas expendedoras en edificios administrativos” no debe identificar el término “vending” sólo con la expedición de bebidas y comidas. En los centros deportivos municipales se vienen instalando máquinas expendedoras de productos de piscina que se han tramitado en los Distritos como contratos administrativos especiales o como contratos de servicios.

El art. 89 de la LPAP se refiere en general a la ocupación por terceros de espacios en los edificios administrativos, *con carácter excepcional*, poniendo ejemplos con carácter no taxativo que pueden referirse a cualquier tipo de máquina expendedora, siempre que la ocupación del espacio sea con alguna de las siguientes finalidades

- (i) que se efectúe para dar soporte a servicios dirigidos al personal destinado en ellos o al público visitante,*
- (ii) para la explotación marginal de espacios no necesarios para los servicios administrativos.*

En principio, la ocupación del espacio a que se refiere el precepto no es complementaria del servicio público al que está destinado el edificio, pues si la utilización lo fuera por los usuarios del servicio – el precepto habla del personal destinado y del público visitante- estaríamos en los supuestos de los artículos 87 y 88 LPAP. Es por ello que cuando se pretende la instalación una máquina expendedora para que se utilice por los usuarios de los servicios públicos por ir a ellos destinado el producto suministrado por las máquinas expendedoras, de modo que la actividad de “vending” es complementaria de la propia utilización de la instalación o edificio donde se presta el servicio público y son los mismos usuarios que acceden al edificio para utilizar el servicio público los que usan las

máquinas expendedoras, no se daría el supuesto del art. 89 LPAP pues ni son personal de la instalación, ni son público visitante, ni la explotación del espacio sería marginal al servicio administrativo. Por esta Asesoría Jurídica se han venido informando la instalación, gestión y mantenimiento de máquinas expendedoras de productos de piscina en los centros deportivos municipales como contratos administrativos especiales o como contratos de servicios.

Además, en el caso de que la finalidad de la admisión de la instalación de máquinas expendedoras fuera para la segunda de las finalidades señaladas (ii) *para la explotación marginal de espacios no necesarios para los servicios administrativos*, es indudable que dicha explotación estaría completamente desvinculada del servicio que se presta, pretendería únicamente una rentabilidad económica del bien y, por tanto sólo podría ampararse en una ocupación privativa de un espacio de carácter patrimonial, sin que diera lugar a ninguna relación contractual.

Por ello, vamos a centrar esta primera cuestión sólo en la **actividad de implantación y explotación de máquinas expendedoras de bebidas y productos alimenticios para su utilización por los empleados públicos municipales o las visitas, en los edificios administrativos.**

**2.2. Es el momento de analizar las diferentes posiciones, con su argumentación jurídica, sobre la calificación jurídica de este negocio.**

A) La Dirección General de Contratación del área de gobierno de Economía Hacienda y Administración Pública, mantiene que el negocio jurídico a través del cual se lleva a cabo la instalación y explotación de máquinas expendedoras de bebidas y comidas en edificios municipales tiene naturaleza contractual, y en concreto la calificación adecuada es la de **contrato administrativo especial**. Su argumentación es la siguiente:

**“La explotación de máquinas expendedoras de comidas y bebidas (vending).**

Para que la instalación de máquinas expendedoras de comidas y bebidas (vending) se pueda calificar como un contrato sujeto al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), y no como un negocio jurídico con diferente naturaleza, resulta preciso que concurran los requisitos de los contratos, es decir:



- Que la prestación sea necesaria para la satisfacción de un fin institucional o esté vinculada al giro o tráfico administrativo de la Administración contratante;
- Que la actividad tenga por finalidad satisfacer el interés público;
- Que la Administración intervenga con intensidad en la delimitación de los derechos y obligaciones del empresario adjudicatario; y, finalmente,
- Que el contratista perciba una retribución por la ejecución de la prestación.

De acuerdo con ello, para que la explotación de máquinas de vending pueda calificarse como un negocio jurídico contractual resulta necesario que se den las siguientes circunstancias:

- Que las máquinas se instalarán en espacios situados en edificios municipales (pasillos u otras dependencias habilitadas a tal efecto).
- Estarán destinadas al personal que desempeñe sus funciones en las mencionadas dependencias o a los ciudadanos que acudan para la realización de trámites y gestiones.
- En los pliegos se incorporan con intensidad los derechos y obligaciones de las partes respecto de la explotación de las máquinas, incluyendo su mantenimiento y conservación, regulándose la intervención de la Administración en el desarrollo de la actividad (precios máximos, clases de alimentos y bebidas, frecuencia para la incorporación de los mismos, entre otros aspectos).
- El contratista se retribuye con los rendimientos procedentes de su explotación pudiéndose prever, en algunos casos, que se abone a la Administración un canon fijo o variable.

A la vista de esta caracterización general, se pasa a analizar la calificación jurídica del contrato que vinculará a la Administración municipal y al contratista, no desconociéndose la complejidad de esta cuestión que se manifiesta en los pronunciamientos encontrados de los órganos encargados de resolver el recurso especial en materia de contratación, de los órganos consultivos y de las diferentes calificaciones que distintos órganos de contratación han llevado a cabo acerca de este negocio jurídico contractual.

### 3. Posibles categorías contractuales.

**A) Tipos de contratos en el TRLCSP:** El TRLCSP define en sus artículos 6 a 11 y 19 los diferentes contratos que pueden celebrar las Administraciones Públicas, siendo los mismos: contrato de obras, de concesión de obra pública, de gestión de servicios públicos, de suministros, de servicios, de colaboración entre el sector público y el sector privado, administrativo especial y privado.

De acuerdo con las definiciones que se dan en el TRLCSP, inicialmente ha de rechazarse que pueda encuadrarse la explotación de máquinas de vending en los contratos de obras, de concesión de obra pública y de colaboración entre el sector público y el sector privado, ya que las prestaciones enumeradas en el apartado anterior resultan incompatibles con las características de estos contratos. Así, se analizará si el contrato adecuado es de gestión de servicios públicos, de suministros, de servicios o administrativo especial.

**B) Contrato de gestión de servicios públicos:** El artículo 8.1, primer párrafo, del TRLCSP señala que *“El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante”*.

El contrato de gestión de servicios públicos, en cualquiera de sus modalidades, está presidido por la idea de encomendar a una persona física o jurídica la gestión de un servicio de la competencia de la Administración contratante, cediéndose las potestades de gestión y explotación que corresponde a esta última a un tercero.

No puede considerarse que la puesta disposición de bebidas y comidas a través de máquinas de vending con destino al personal municipal o ciudadanos que acudan a las dependencias del Ayuntamiento participe de la caracterización de un servicio esencial que se deba prestar por la Administración, lo que lleva consigo que se descarte que pueda calificarse la explotación de estas máquinas como un contrato de gestión de servicios públicos.

**C) Contrato de suministros:** Conforme a lo dispuesto en el artículo 9 del TRLCSP, el contrato de suministro es aquel por el cual la Administración adquiere o arrienda productos o bienes muebles para su uso.

Tampoco puede participar de esta naturaleza la instalación de máquinas de vending pues el negocio jurídico contractual no consiste únicamente en la adquisición de la propiedad o en el arriendo a favor de la Administración de la máquina o máquinas a cambio de un precio, sino que es más complejo como se ha dicho en el anterior apartado 2 en el que se han descrito con carácter general los derechos y obligaciones que asumen las partes.

**D) Contrato de servicios:** El contrato de servicios puede definirse, de acuerdo con el artículo 10 del TRLCSP, como aquel contrato en que su objeto está constituido por prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o en la consecución de un resultado que sean diferentes a la obra o al suministro, dividiéndose, a los efectos del TRLCSP, en las 27 categorías de su Anexo II.

En palabras del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales <sup>3</sup>, el contrato de servicios debe ser definido de forma negativa y así expone que: *“Se trata de una definición de carácter eminentemente negativo puesto que el concepto de contrato de servicios se delimita sobre la base de lo que no es, si bien haciendo referencia a que el contenido de la prestación debe consistir en todo caso en una obligación de hacer. El elemento caracterizador de la definición, sin embargo, hay que encontrarlo en la referencia que hace el segundo inciso a las categorías recogidas en el Anexo II de la Ley, pues, al hacerlo, vincula directamente el objeto del contrato de servicios con el desarrollo de alguna de las actividades contempladas en dicho Anexo, a su vez desarrolladas por la remisión que en él se hace a los diferentes números de referencia CPC y CPV. En consecuencia, debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde exista una relación jurídica de carácter oneroso en que intervenga una Administración Pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público”*. En resumen, de este concepto negativo podemos extraer las siguientes notas caracterizadoras del contrato de servicios:

- Ha de tratarse de una obligación de hacer;
- La retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio; y, por último,
- La prestación ha de corresponderse con alguno de los códigos CPV del Anexo II del TRLCSP.

---

<sup>3</sup> Resolución 203/2011.

Por una parte, en las máquinas de vending el contratista percibirá una retribución en función del consumo que realice el personal municipal y ciudadanos de sus productos, estando así vinculada a la explotación de este servicio, sin que en el contrato se establezca una retribución de carácter fijo.

Un segundo elemento caracterizador, tal como pone de relieve el Tribunal Central, es el de la pertenencia a alguna de las categorías del Anexo II del TRLCSP. Analizado el código CPV, la categoría que más podría aproximarse es la de máquinas automáticas distribuidoras de productos (42933300-8) que está asociada a suministros más que a servicios. Dentro de la categoría 17 del Anexo II (hostelería y restauración) hay categorías referidas a suministros de comidas y bebidas pero que, en un principio y vista su descripción, no parece que sean de aplicación a las máquinas expendedoras de comidas y bebidas.

Sin embargo, podría encuadrarse en la categoría 27, a la que el Anexo II del TRLCSP no atribuye ningún código CPV. En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado <sup>4</sup> ha señalado que esta categoría es residual y que, para integrar un contrato de servicios en esta categoría, debe tratarse de una obligación de hacer que tenga una identidad esencial con las prestaciones de los 26 grupos restantes. En caso contrario, no habría lugar a encuadrarlo en esta categoría 27.

Finalmente, aunque alguna de las prestaciones que están integradas en el objeto del contrato podría calificarse como de servicios, así el mantenimiento de las máquinas, ello no deja de constituir una prestación accesoria respecto de la principal –su explotación–, no convirtiendo el contrato en uno de esta naturaleza.

Por estas razones la explotación de las máquinas de vending no puede encuadrarse dentro de un contrato administrativo de servicios de los definidos en el artículo 10 del TRLCSP.

**E) Contrato administrativo especial:** finalmente ha de analizarse si la explotación de máquinas de vending puede ser calificada como un contrato administrativo especial.

El apartado 1 del artículo 19, después de señalar en su letra a), que tienen carácter administrativo los contratos definidos en los artículos 6 a 11 del TRLCSP, dice en su letra b) que también tendrán esa misma consideración “los

---

<sup>4</sup> Informe 36/2012

*contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, 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 aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley”.*

Poniendo en conexión este precepto con el artículo 10 del TRLCSP que, como se decía anteriormente, define los contratos de servicios, se puede concluir que los contratos administrativos especiales tienen carácter residual en nuestra normativa reguladora de la contratación del sector público, siendo puntuales los supuestos en que se calificarán los contratos en esta figura, pues inicialmente han de intentar encuadrarse en alguna de las categorías generales de los artículos 6 a 11 siempre y cuando concurren los requisitos necesarios para que sea así. Por tanto, si no resulta posible calificar un contrato dentro de los contratos de obras, concesión de obra pública, de gestión de servicios públicos, de suministros, de servicios o de colaboración entre el sector público y el sector privado, podrá acudir a la figura del contrato administrativo especial, pudiéndose estimar que participará de esta calificación si concurren las circunstancias de la transcrita letra b) del artículo 19.1 del TRLCSP.

Una primera idea ha tener en cuenta, después de resaltar el carácter residual de esta figura, es el hecho de que la prestación del contrato administrativo especial ha de estar vinculado al tráfico o giro de la Administración pública o al cumplimiento de una finalidad de la específica competencia de ésta. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales <sup>5</sup>, acerca cuanto a la vinculación al giro o tráfico ha señalado que: *“no se trata de un servicio que deba necesariamente ser realizado por la entidad contratante (no forma parte de las funciones de una Administración, por ejemplo, proporcionar servicio de desayunos o comidas a sus empleados), si bien sí se considera que se trata de un servicio vinculado al giro o tráfico de dicha Administración, complementario o auxiliar para la consecución de sus fines; abonándose la retribución de la empresa contratista directamente por los usuarios del servicio de cafetería y comedor, y fijándose, en ocasiones, la necesidad de abonar por la empresa a la Administración contratante una cantidad determinada por la ocupación y utilización de sus instalaciones”.*

---

<sup>5</sup> Resoluciones 29, 200 y 278/2014.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid <sup>6</sup> ha dicho en cuanto a la vinculación de una actividad al giro o tráfico administrativo que *“cualquiera actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia”*.

En este sentido, se puede considerar que no es obligación de una Administración facilitar comida o bebida a su personal o a los ciudadanos que acudan a la realización de trámites <sup>7</sup>, pero el establecimiento de máquinas de vending está vinculado al giro o tráfico de la Administración pues trata de complementar la consecución de sus fines con prestaciones accesorias o auxiliares como son las actuaciones que se llevan a cabo con estas máquinas.

Una segunda idea que viene a determinar que nos hallamos ante un contrato administrativo especial es el sistema de retribución del contratista, pues la Administración no abona un precio fijo por la instalación de las máquinas, ya que el contratista percibe su remuneración a través de los usuarios que consuman los productos de las máquinas, pudiendo incluso, según los casos, asumir la obligación de satisfacer a la Administración contratante una cuantía dineraria. En definitiva, el adjudicatario de estos contratos asume un riesgo en la ejecución del contrato, pues sus rendimientos económicos provendrán de la utilización que hagan los destinatarios, no habiendo una retribución fija y periódica durante el plazo de duración de la relación contractual.

Esta forma de retribución, como ya hemos dicho anteriormente, no es la propia del contrato administrativo de servicios, pues está vinculada, por el contrario, a la explotación de las máquinas de vending.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales <sup>8</sup> ha señalado que son ejemplos paradigmáticos de los contratos administrativos especiales, junto con las máquinas de vending, otros similares como pudieran ser las cafeterías, teléfonos o televisiones en hospitales, librerías en una universidad o tienda de artículos deportivos en una instalación deportiva, pues son complementarias o auxiliares a la satisfacción del fin público que persigue la Administración, sin ser servicios esenciales que esté obligada a prestar, remunerándose el contratista con los rendimientos provenientes del uso que hagan los destinatarios.

---

<sup>6</sup> Informe 7/2010.

<sup>7</sup> Resoluciones 200 y 278/2014 del TACRC entre otras.

<sup>8</sup> Resoluciones 29 y 278/2014 entre otras.

Finalmente, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi<sup>9</sup> ha mantenido que la instalación de máquinas de vending puede calificarse como contrato administrativo especial por las razones expuestas en el presente apartado.

#### **4. Conclusiones.**

En conclusión, por tratarse de una prestación que complementa o es auxiliar para la satisfacción de fines públicos de la competencia del Ayuntamiento y estar vinculado a su giro o tráfico y por la forma de retribución del contratista, la instalación de máquinas expendedoras de comidas y bebidas en los edificios municipales, según los términos señalados en el apartado 2 del presente informe, se puede calificar como un contrato administrativo especial.”

Ejemplos de asuntos concretos calificados como contratos administrativos especiales, además de los citados en el informe, son:

- Actividad de vending en la Bases Aérea de Torrejón, exp nº 2010AE009
- Universidad de Alicante, exp E/10/12
- Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, Resolución 16/2014, de 11 de febrero de 2014

**B.** Con la calificación de **contrato de servicios** se informó favorablemente por esta Asesoría Jurídica el expediente 135/2014/95, sobre el que ahora consulta la Intervención General.

En el informe de la Asesoría Jurídica de 14 de julio de 2014, se razonó, en lo que ahora interesa:

#### **“I. Sobre la calificación jurídica del contrato.-**

Como señala el Acuerdo 34/2014, de 20 de junio de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (en adelante TACPA) “la calificación de un contrato es consecuencia directa del principio de legalidad del artículo 103 CE, y no queda al albur del órgano de contratación, sino que requiere un detenido estudio y análisis del contenido de las prestaciones del objeto del contrato”; de ahí la importancia de determinar cual sea la naturaleza de la relación jurídica que vinculará a la Administración con la empresa

---

<sup>9</sup> Resoluciones 87/2013 y 16/2014.

encargada de la instalación, mantenimiento y gestión de las máquinas automáticas expendedoras de bebidas y productos alimenticios sin que pueda optarse por una u otra figura en razón de la conveniencia práctica de unas u otras, pues como ya señalaba el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de febrero de 1999 (rec. 3470/1993), “en el Derecho Administrativo, la calificación que las partes otorguen al contrato no tiene virtualidad para alterar su verdadera naturaleza jurídica. Sirve, sin duda, de elemento importante para su interpretación **pero no para alterar el régimen jurídico que le resulte aplicable en razón a su causa y objeto**. O, dicho en otros términos, en este específico ámbito, no puede reconocerse, ni siquiera a la Administración contratante, una autonomía de voluntad capaz de excluir la aplicación al contrato del régimen administrativo, si fuera éste el realmente procedente, porque las prerrogativas y potestades que dicho ordenamiento reconoce a la Administración tiene un carácter funcional que las hace irrenunciables”.

Desde el punto de vista del tráfico mercantil entre particulares, el contrato para la instalación y explotación de las máquinas expendedoras de productos ha planteado la problemática de la naturaleza del negocio jurídico como patrimonial o de arrendamiento de servicios al comportar una ocupación de espacio en un inmueble, tratándose de un contrato innominado o atípico. Si a ello sumamos el hecho de que una de las partes entre las que se establece la relación es una Administración Pública, la cuestión se complica, dado que la relación podría ser de una parte de naturaleza pública o privada, y de otra patrimonial y excluida del régimen de los contratos del Sector Público o sujeta a dicho régimen, en tanto en cuanto de una parte el artículo 89 de la LPAP permite establecer para la ocupación de espacios marginales tanto autorizaciones o concesiones demaniales, como permitir dicha ocupación a través del contrato administrativo correspondiente y de otra cuando la ocupación no se produce sobre un bien demanial sino sobre un inmueble alquilado por la Administración, no cabe dicha autorización u ocupación demanial.

Desde esta perspectiva, la primera cuestión que debemos abordar es la concerniente a si nos encontramos ante una relación jurídica de naturaleza patrimonial, y por tanto el régimen jurídico aplicable sería el constituido por la legislación patrimonial, quedando excluido del ámbito de aplicación del TRLCSP, de conformidad con el artículo 4.1.o) y p) del mismo y cuándo ante un contrato de naturaleza administrativa, regido, por tanto, por las prescripciones de dicho cuerpo legal.



Como ya señalara el informe de la Dirección General de la Asesoría Jurídica de 27 de junio de 2013 (emitido con ocasión del expediente 145/12/3007) “es criterio manifestado por las Juntas Consultivas de Contratación y por la jurisprudencia, que para juzgar cuando estamos ante un contrato administrativo o una concesión demanial, debe atenderse a la prevalencia en el servicio a obtener de un interés público o finalidad pública frente al interés privado de la instalación de un negocio o actividad que requiera ocupación privativa de un bien demanial. Sobre la base de este criterio, sería un contrato administrativo si el beneficiario del mismo es la Administración, aunque el destinatario final del servicio sea el usuario, sea personal administrativo o público visitante, por cuanto se trata de obtener una prestación que le permite ofrecer un mejor servicio público, frente a una concesión del uso demanial donde el beneficiario es el particular o usuario”.

En este sentido, la presencia en la causa del contrato de un fin público como elemento esencial del mismo, esto es, cuando éste se encuentre directamente vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público, o, cuando revista características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del mismo, determinará su consideración como contrato de naturaleza administrativa. Así lo ha señalado por ejemplo, el Tribunal Supremo en el caso de la enajenación de inmuebles (Sentencias de 31 de octubre de 1995, Roj. 5458/1995, de 30 de mayo de 2000, Roj.4406/2000, de 27 de junio de 2003, Roj.4513/2003), del arrendamiento de bienes inmuebles patrimoniales (Sentencia de 8 de marzo de 1986, Roj. 1123/1986, o de 14 de julio de 2003, Roj.4971/2003), o en el caso de la enajenación de concesiones mineras (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2012, Roj.1071/2012).

No obstante, no basta con que exista una finalidad de interés público, sino que como señala la citada sentencia de 21 de febrero de 2012: “la calificación del contrato como administrativo en razón al interés público perseguido depende de que el fin público perseguido se incluya expresamente como causa del contrato”, es decir, la causalización en el contrato de la finalidad pública perseguida por la Administración.

En consecuencia, debemos analizar el negocio jurídico concreto para determinar cuál sea la causa o finalidad perseguida en el mismo por la Administración. Si éste tiene un fin público, más allá del puramente patrimonial.

A estos efectos señala el informe de necesidad e idoneidad que consta en el expediente remitido que: “En varios de estos edificios existen unas zonas de descanso del personal que presta servicio en los mismos, con mesas para que los trabajadores puedan tomarse un café o un refrigerio durante su tiempo de descanso en la jornada laboral y prefieren comer dentro de los edificios en los lugares habilitados para ello.

Como complemento a estas zonas, se ha planteado la necesidad de dotar a las mismas de máquinas expendedoras de bebidas y productos alimenticios con objeto de que puedan ser utilizadas por aquellos trabajadores que lo deseen, sin acceso de las mismas al público visitante”.

Se trata por tanto, de procurar un servicio al personal de la Administración que presta servicios en los edificios en los que se instalarán las máquinas. Es decir, que lo que se persigue por la misma en dicha contratación es responder a las necesidades de su personal, motivo por el cual, no le resulta indiferente las condiciones en las que se preste el servicio, de tal manera que la prestación del mismo se incardina dentro del normal desenvolvimiento de las actividades propias de la competencia de la Administración que se desarrollan en los edificios en los que se pretende su prestación. Es una actividad complementaria y no ajena a la actividad administrativa desarrollada en los mismos.

Este idea de que no se trata fundamentalmente de autorizar el uso del espacio, para que éste sea utilizado por el autorizado en su propio provecho sino que lo que pretende la Administración es asumir la titularidad de la actividad a la que no es ajena, regulando para ello el ejercicio mismo de la actividad de expendeduría de bebidas y alimentos, dada la necesidad que se trata de satisfacer, se refuerza si atendemos a como se ha configurado el contenido de la relación:

1. La ubicación, es decir el espacio concreto a utilizar no está determinado, sino que será el considerado por la Administración contratante en cada uno de los edificios en los que deben instalarse las máquinas.

2. El PPTP regula las condiciones de prestación del servicio, de tal manera que establece qué tipo de artículos como mínimo deben ofrecer estas máquinas, cuantas máquinas y de qué tipo deben instarse en cada edificio, detallando además las condiciones de cada una de ellas (máquinas de bebidas frías, calientes, productos alimentarios, multiproducto, combinadas, de zumo de

naranja natural). Igualmente se establecen obligaciones en cuanto a la reposición de los productos y en cuanto a los tiempos para la reparación de averías, así como se establece la obligación del adjudicatario de establecer en coordinación con la Administración contratante, de un sistema de reclamaciones y devolución de ingresos indebidos.

Es decir, lo fundamental son las condiciones en las que se prestará el servicio a los usuarios del mismo y no la ocupación del espacio.

En consecuencia podemos considerar que, dado que la causa del negocio es una finalidad pública vinculada al giro o tráfico administrativo podemos considerar que nos encontramos ante una relación que tiene el carácter contrato de naturaleza administrativa.

Respecto de en qué tipo contractual deba incardinarse el mismo, podemos descartar desde un principio que se trate de un contrato de gestión de servicios público. Como señala la Resolución del TACRC 29/2014, “el contrato de gestión de servicios públicos –que admite diferentes modalidades– se define, con carácter general, en el artículo 8 del TRLSP como “aquél en cuya virtud una Administración Pública [...] encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración [...]”. Como puede comprobarse, y según este Tribunal ha señalado en anteriores ocasiones, el núcleo de la definición gira en torno a los conceptos de encomienda y gestión de servicio público. Es decir, hay contrato de gestión de servicios públicos allí donde existe un servicio público respecto del cual las potestades de gestión y explotación de la Administración titular se ceden a otra persona, física o jurídica”.

Obviamente no se dan tales circunstancias respecto del servicio de máquinas expendedoras, que no tiene la caracterización de servicio público de prestación asumida como propia por la Administración, es decir, no se da el requisito de la *publicatio*, propio del servicio público.

Sí resulta mucho más controvertida la diferenciación a efectos de calificación del contrato entre la figura del contrato de servicios y el administrativo especial.

Existen en este punto posturas contrapuesta tanto de las juntas consultivas como de los tribunales de recursos.

En efecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado venía calificando como contratos administrativos especiales fundamentalmente a aquellos en los que la actividad a desarrollar por la empresa adjudicataria constituía una actividad relacionada con el giro o tráfico de la entidad contratante cuando la misma no se dirige directamente a la Administración sino a un tercero, el usuario, y además la retribución del contratista proviene no de la propia Administración, sino de los precios que satisfacen los usuarios, unido a la asunción por el contratista del riesgo en la prestación del servicio (por todos, Informes 14/91, 67/99, 5/96, 24/05, 28/07 o, más recientemente, 25/12).

El primero de estos criterios relativo al destinatario de la prestación ha quedado superado con la definición que del contrato de servicios realiza en la actualidad el artículo 10 del TRLCSP que ya no recoge el concepto *ad intra* del contrato de servicios que contenía el antiguo artículo 196 del TRLCAP. Y en este sentido manifiesta, por ejemplo, el Informe 9/2009, de 14 de diciembre de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

Más problemas presenta el segundo criterio, esto es, el de la remuneración del contratista, que en el caso de los servicios sería pagada directamente por la Administración mientras que en caso contrario, si la satisface un tercero, el usuario, ya no podríamos calificar la actividad de contrato de servicios sino que estaríamos ante un contrato administrativo especial.

De conformidad con quienes defienden esta postura no es posible calificar el contrato como de servicios, por cuanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, viene considerando que en aquellos en los que el contratista asume el riesgo de la explotación, estamos ante una concesión de servicios, así por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto C-382/05, dice expresamente que "...según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación y suponga que éste asume el riesgo vinculado a la explotación de los servicios de que se trata...". Por el contrario, cuando el contratista no asume tal riesgo, podrá calificarse el contrato como de servicios.

La consecuencia es, que asumiendo el contratista el riesgo del contrato, y no siendo posible su calificación como gestión de servicio público, la calificación adecuada será la de contrato administrativo especial. Y en este sentido se manifiesta la citada Resolución del TACRC 029/2014, que concluye

considerando que el contrato de prestación del servicio de protección de equipajes puede calificarse como un contrato administrativo especial. También se ha manifestado en este sentido por ejemplo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía en el informe 10/2010 de 15 de octubre.

Sostienen una postura distinta otros órganos consultivos como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón al considerar que la actual definición del contrato de servicios que ofrece el artículo 10 del TRLCSP ha venido a ampliar considerablemente el concepto del mismo en relación con la legislación anterior, de tal manera que englobaría muchos supuestos que con anterioridad venían considerándose como gestión de servicio o como administrativos especiales. Así por ejemplo señala la Recomendación 1/2011 del citado órgano consultivo que “el contrato de servicios, de conformidad con el artículo 10 LCSP, «es aquel 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 un suministro». En esta nueva definición, ya no se enumeran qué tipo de prestaciones pueden integrarse como servicios; y además, se elimina un elemento determinante en el TRLCAP, que era el relativo a «servicio que fuera complementario para el funcionamiento de la Administración», añadiendo que “así, actualmente el carácter enormemente amplio del contrato de servicios, abarca prestaciones que antes constituían gestión de servicios públicos, y numerosos contratos calificados tradicionalmente como contratos administrativos especiales, por no tener cabida el objeto de prestación en las prestaciones propias del contrato de servicios. Sin embargo, la LCSP reserva a los contratos administrativos especiales una categoría absolutamente residual. Algunos ejemplos de contratos tradicionalmente administrativos especiales, son las prestaciones de servicios de cafeterías de los edificios de las Administraciones Públicas, o las máquinas expendedoras de bebida o comida; prestaciones que hoy claramente quedan incluidas en la amplia definición del contrato de servicios”. En consecuencia, solo podría catalogarse como contrato administrativo especial aquella actividad que no fuera susceptible de incardinarse dentro de la definición del contrato de servicios, para lo cual resulta útil como criterio para interpretar si la actividad se encuadra o no como contrato de servicios, advertir si la misma se encuentra dentro de alguna de las expresamente recogidas en el Anexo II del TRLCSP, si bien este no puede ser un criterio definitivo en tanto en cuanto la categoría 27 permite precisamente incluir aquellos servicios que no han sido objeto de una categorización específica.

En este mismo sentido se ha manifestado igualmente el Tribunal de Recursos Contractuales de Aragón, que en el Acuerdo 34/2014 señala

expresamente “este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse, de manera indirecta, respecto a prestaciones similares, en sus Acuerdos 8/2011 y 33/2014— vending de bebidas y productos sólidos y 18/2013 servicio de cafetería—, contratos que fueron calificados correctamente por los órganos de contratación como contratos de servicios”.

Y en la misma línea se ha manifestado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Asturias en el Dictamen 286/2012, de 17 de octubre.

Por lo tanto, desde este punto de vista, si estamos ante una actividad que no pueda calificarse de servicio público aunque el contratista asuma el riesgo de la explotación (porque no se de el requisito de la *publicatio*), si su objeto es susceptible de encuadrarse en el concepto de servicios del artículo 10 del TRLCSP, con independencia del régimen económico del contrato, habría de conceptuarse como contrato de servicios.

Desde nuestro punto de vista, coincidimos con la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en que la amplitud con que ahora se define al contrato de servicios por la legislación contractual supone que la categoría del contrato administrativo especial es residual, solo cuando no pueda englobarse el objeto del contrato dentro del definido como servicios.

Así, el objeto del contrato que nos ocupa podría englobarse dentro del concepto de servicios del artículo 10 del TRLCSP, en tanto en cuanto, considera como tal a 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 de un suministro, en el que puede encuadrarse por lo tanto la actividad de explotación de máquinas de automáticas, sin que el hecho de que no exista categoría específica que se refiera a dicha actividad pueda ser argumento suficiente para desvirtuar esta conclusión, en tanto en cuanto, la existencia de una categoría específica es un indicio pero no es determinante de la que nos encontremos o no ante un contrato de servicios, puesto que precisamente por ello existe la categoría 27, otros servicios, que no se corresponden en concreto con ningún tipo de CPV, sino que engloba todas las que no tienen una categoría específica.

Además, y dadas las dudas que, como hemos visto suscita la naturaleza jurídica de este contrato, hay otro el elemento que nos inclina a favor de la calificación como contrato de servicios, y es la mayor garantía que supone para

los licitadores, dado que a diferencia del contrato administrativo especial que no es susceptible de recurso especial en ningún caso, el contrato de servicios goza de todos los mecanismos de recursos previstos por el TRLCSP siempre que se cumplan los requisitos previstos por el mismo.

En conclusión, sin perjuicio de que como hemos visto la calificación de los contratos de instalación y explotación de máquinas expendedoras de productos no es pacífica, y que en cualquier caso es necesario siempre analizar la relación concreta de que se trate, puesto que su naturaleza patrimonial o sujeta al TRLCSP, pública o privada dependerá en gran medida del contenido de la misma, entendemos que en el presente caso **puede considerarse adecuada la calificación propuesta por el órgano de contratación como contrato de servicios.**”

Debe añadirse que con tal calificación de contrato de servicios, encontramos muchos más ejemplos, sirvan como tales:

- . Los pliegos del organismo autónomo madrileño “madrid 112” (03-ek-6.2/2012)
  - . Instalación y explotación de máquinas vending de recarga de móviles y venta de accesorios para móviles, tablets, portátiles y cámaras de fotos en la red de “Metro de Madrid, S.A.” licitación nº 6011300028
  - . Servicio de instalación y gestión de máquinas automáticas expendedoras de bebidas frías y calientes y aperitivos en los edificios de gestión centralizada del Gobierno Vasco ( expediente nº: km/2012/041)
  - . Fábrica Nacional de Moneda y Timbre “servicio de máquinas expendedoras de alimentos sólidos, bebidas y fuentes de agua mineral” (referencia: pnp 1415/30/9/2013)
  - . Contratación del servicio de vending de todos los centros de trabajo de la EMT, S.A.
  - . Contrato de servicio de instalación, explotación, mantenimiento y suministro de máquinas expendedoras de bebidas y alimentos en los edificios judiciales de la provincia de granada (referencia de publicación: 2013-0000010707 Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Granada)
- Es el criterio seguido en Aragón tanto por la Junta Consultiva, como por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos; e igualmente en informes de la Junta Consultiva de Asturias y Comunidad Valenciana.

C. Como **negocio patrimonial** y aplicación de **la legislación patrimonial**, califica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado este

supuesto. En su informe **67/1999**, de 6 de julio, en el que hace referencia a otro anterior, el Informe 7/96, analiza la diferencia, a su juicio, entre los contratos que tienen por objeto actividades o servicios de cafetería y comedor, a los que caracteriza como contratos administrativos especiales, de los supuestos de explotación de máquinas expendedoras de comidas y bebidas, señalando:

“3. En cuanto a los supuestos de explotación de cabinas telefónicas, máquinas expendedoras de sólidos y líquidos, cajeros automáticos y locales, parece que por su enunciación, no pueden configurarse como contratos administrativos especiales sino como concesiones de ocupación del dominio público en los que la Administración percibe un canon por su ocupación y que, como apuntaba esta Junta Consultiva en su propio informe de 7 de marzo de 1996, no se rigen por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sino por las normas específicas que las regulan, en este caso, por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cuyo artículo 80 se remite a sus disposiciones de aplicación y desarrollo (Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre, sobre Patrimonio de la Seguridad Social y Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento de gestión financiera), y en lo no previsto en las mismas a lo establecido en la Ley del Patrimonio del Estado.

No obstante, debe hacerse la salvedad de que, en determinados supuestos, principalmente en los de explotación de máquinas expendedoras de sólidos y líquidos, dicha explotación podrá constituir una prestación accesoria de un contrato administrativo especial, -el que tenga por objeto los servicios de cafetería y comedor- y, en este caso, las normas aplicables serán las de este contrato administrativo del que constituye su objeto, como prestación accesoria, la indicada explotación de máquinas expendedoras.

#### CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1º. Que reiterando criterios anteriores los servicios de cafetería y comedor, televisión y teléfono en habitaciones deben configurarse como contratos administrativos especiales cuyo régimen jurídico se establece en los artículos 7 y 8 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2º. Que la explotación de cabinas telefónicas, máquinas expendedoras de sólidos y líquidos, cajeros automáticos y locales deben considerarse supuestos de ocupación demanial que no se rigen por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sino por las normas patrimoniales aplicables a la Seguridad Social, sin perjuicio de los suministros que puedan constituir prestación accesoria de un contrato administrativo especial.”



En el **Informe 42/01**, de 30 de enero de 2002. "Calificación de un contrato para la explotación de máquinas fotocopadoras en la Universidad, insiste en que la consideración de una concesión de dominio público supone la sola cesión del inmueble para su explotación por el tercero sin ninguna regulación de la prestación del servicio. Así:

"3. Para descartar la figura de la concesión u ocupación de dominio público, conviene señalar que esta Junta en sus citados informes la ha limitado a aquellos supuestos en que se produce la cesión del local o del espacio de dominio público para que las instalaciones o construcción que realice el concesionario reviertan, al extinguirse la concesión a la Administración contratante y que en el informe de 6 de julio de 2000, por la falta de datos mas concretos, se ceñía hipotéticamente a la explotación de cabinas telefónicas, máquinas expendedoras de sólidos y líquidos, cajeros automáticos y locales.

En el caso que se examina y para descartar la figura de la concesión u ocupación demanial, basta la lectura detenida del pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir la concesión del servicio de reproducción documental del campus de la Universidad de Castilla-La Mancha de Ciudad Real, para comprobar su inexistencia y así, en la cláusula 1.1 se descarta que el contrato constituya arrendamiento de local de negocio y, sobre todo, en la cláusula 5, se detallan las obligaciones del concesionario impropias de la figura de la ocupación o concesión demanial y propias de un verdadero y típico contrato administrativo.

Obviamente la aceptación del criterio de este informe obligará a la Universidad de Castilla-La Mancha a modificar el pliego remitido de tal forma que al mismo quede incorporado con toda claridad la consideración del contrato como administrativo especial y las peculiaridades de su régimen jurídico, ajustándose a los artículos 7 y 8 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. "

#### CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que los contratos para la explotación de máquinas fotocopadoras por la Universidad de Castilla-La Mancha son contratos administrativos especiales, debiendo quedar descartada la figura de concesión u ocupación demanial, al no limitarse el supuesto a la cesión de los locales en que se ejerza tal actividad.

Y en el **Informe 24/05**, de 29 de junio de 2005. "Contratos para la prestación de servicios de cafetería y comedor. Exclusión por derogación del arrendamiento como modalidad de contratación de la gestión de los de servicios

públicos municipales”, analiza expresamente el artículo 89 de la LPAP en los siguientes términos:

“3. La anterior conclusión no puede quedar desvirtuada por la cita que se realiza en el escrito de consulta del artículo 89 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas que no se refiere –no podía referirse- a la naturaleza jurídica de los contratos de cafetería y comedor, sino al supuesto totalmente distinto de ocupación de espacios en los edificios administrativos y basta la lectura del precepto para confirmar dicha conclusión.

En efecto, el artículo 89 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas establece que “la ocupación por terceros de espacios en los edificios administrativos 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”.

La confusión que, al parecer, se produce en el Ayuntamiento consultante deriva del segundo párrafo del artículo citado en cuanto establece que esta ocupación habrá de estar amparada por la correspondiente autorización, concesión 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”. Es preciso señalar que este contrato al que hace referencia la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas no puede ser el administrativo especial de prestación de servicios de cafetería y comedor, sino que se trataría, en su caso, por no ser un contrato vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante, satisfacer de manera directa o inmediata una finalidad pública de su específica competencia o haberlo declarado así una Ley, de un contrato patrimonial y, por tanto, privado, como puede ser el de arrendamiento del local al que hace referencia los artículos 5.3 y 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.”

Coincidiendo con que el art. 89 LPAP no se refiere, obviamente, a las relaciones contractuales, discrepamos, sin embargo, de la afirmación que el contrato a que se remite el art. 89 LPAP, apartado segundo, último inciso - contrato que permita la ocupación *formalizado* de acuerdo con la ley de contratos- sea un contrato privado o patrimonial, y ello por la actual redacción del TRLCSP. El art. 4.1.p) de este último texto normativo se refiere expresamente a los contratos de arrendamiento que considera siempre como contratos privados que se registrarán por la legislación patrimonial, quedando excluidos del ámbito objetivo

del TRLCSP. Puesto este artículo en relación al art. 20 TRLCSP, y éste en relación al art. 19.1, al que remite, los contratos patrimoniales a que se refiere el art. 4.1.p) no se *formalizan* conforme al TRLCSP, sino conforme a la legislación patrimonial, por tanto, no son los contratos a los que se refiere el art. 89 LPAP. Más bien, dicho precepto, en relación al art. 91, último inciso, de la misma Ley viene a significar que en caso de que un contrato administrativo – *formalizado* conforme a la legislación contractual- habilite la ocupación de los bienes de dominio público, no será necesario además formalizar una autorización o concesión demanial para poder utilizar el espacio del edificio administrativo. Volveremos después sobre esta idea.

D) Se apunta una última posibilidad, no examinada hasta ahora, que es la calificación de provisión de alimentos y bebidas para el uso de los empleados municipales y público visitante de los edificios municipales, en máquinas expendedoras automáticas, como un **contrato de suministro** o incluso, dado el interés el tramitar un único expediente, se podría celebrar un **acuerdo marco para la selección de varios proveedores** de suministro de comidas y bebidas mediante máquinas automáticas, para su instalación en edificios administrativos, incluyendo el mantenimiento de las mismas. Conviene recordar que si el contrato de suministros consiste en la entrega sucesiva de bienes por precio unitario, sin determinar la cuantía total, la celebración del contrato se realizará por las normas generales del Libro II, pero la adjudicación debe regirse por las normas de los acuerdos marco celebrados con un único empresario, básicamente, el art. 196.1º, art. 197 y 198.3º TRLCSP. Ello no significa que el acuerdo marco para la adjudicación de suministros sólo pueda realizarse con un solo empresario pues ello sería contrario a las normas del Capítulo II del Título II del Libro III, reguladoras de los acuerdos marco, que establecen la voluntariedad de adjudicación a uno o varios empresarios. Esto es, a los acuerdos marco no les es de aplicación el art. 9.3, artículo que define el contrato de suministro, pero no los acuerdos marco, que no es una categoría contractual sino uno de los sistemas de racionalización de la contratación. En este sentido se pronuncia la JCCE, Informe 36/10, de 28 de octubre de 2011. “Consulta sobre la forma de tramitar un expediente de contratación relativo al servicio de agencia de viajes y su relación con un acuerdo marco”.

Dispone el art. 9 TRLCSP, que son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles. Ya hemos visto que la definición negativa del contrato de servicios del art. 10 LCSP, incluye aquellos

cuyo objeto son prestaciones de hacer “dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro”.

En la sentencia del TJUE, (Sala Tercera) de 10 de mayo de 2012 (asunto 368/10) **Comisión europea/ Reino de los Países Bajos** se examina un contrato de la provincia de Holanda Septentrional por el que se contratará la entrega, instalación y mantenimiento de aparatos semiautomáticos (full-operational) para la distribución de bebidas calientes y frías, en régimen de arrendamiento, y asimismo el suministro de ingredientes para las máquinas expendedoras [...] de acuerdo con los requisitos y deseos que se describen en el documento del contrato. [...]. Pues bien, el TJUE razona: “Ha de señalarse, por una parte, que el contrato controvertido, que consiste en la puesta a disposición, en régimen de arrendamiento, y en el mantenimiento de máquinas expendedoras de bebidas, así como en el suministro de los productos necesarios para su funcionamiento, constituye un contrato público de suministro en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/18.” Se trataba en dicho asunto examinar las condiciones impuestas sobre para impulsar la utilización de productos ecológicos y de comercio justo, sin cuestionar la calificación contractual.

Indudablemente la finalidad de este contrato no tiene que ser el arriendo de las máquinas, ni su adquisición, sino la entrega de los productos consumibles mediante máquinas automáticas, su instalación y mantenimiento, siendo indiferente el espacio físico en el que se van a instalar en cada edificio, e incluso no estará predeterminado en los pliegos, atendiendo a las necesidades sucesivas del Ayuntamiento, sin que tampoco la intervención de la Administración en el desarrollo de la actividad sea lo trascendente sino que lo será el suministro de bebidas y productos sólidos para los empleados municipales, incluyendo las especificaciones técnicas de las máquinas y los productos, pudiendo incluir políticas de comercio justo.

Ejemplos encontrados:

- contrato de suministro de alimentos y bebidas, mediante máquinas expendedoras, para la provisión de comidas a personas detenidas y para uso general en las comisarías de los Mozos de Escuadra y otras dependencias de la Dirección General de Policía, así como el reparto de comidas y cenas a las personas detenidas en el Área de Custodia de Detenidos de la comisaría de les Corts.
- contrato de EUROJUST (EXP. 255595-2009 publicado en DOUE S 178 de 16.09.2009). El procedimiento de licitación cubre el arrendamiento financiero

(leasing) de máquinas de bebidas calientes y la provisión de los servicios y suministros asociados, dentro de las siguientes categorías principales:

— arrendamiento financiero de máquinas de bebidas calientes y prestación de servicios asociados,

— suministro de ingredientes, artículos de consumo y equipamiento relacionado (por ejemplo, azúcar, leche, tazas, palitos para revolver, cubos de reciclaje, expendedoras de vasos, etc.).

- Gerencia Sector Sanitario Zaragoza. Servicio de suministro de bebidas frías, calientes y productos sólidos a través de Máquinas Expendedoras de distribución automática instaladas en los edificios adscritos al Sector de Zaragoza I

- Departamento de Interior. Gobierno Vasco. (Fecha BOPV: 26-05-2009) Suministro de bebidas y alimentos mediante máquinas expendedoras

**2.3** Analizadas las diferentes posturas, **la Asesoría Jurídica ha rechazado** que la autorización de la instalación y mantenimiento de máquinas expendedoras en los edificios municipales, sean demaniales, patrimoniales o privados, **pueda tramitarse como un contrato administrativo especial**, y ello por las razones que se pasan a exponer.

Como se ha indicado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha manifestado su criterio de que los supuestos de explotación de, entre otros, "máquinas expendedoras de sólidos y líquidos" habían de configurarse como concesiones de ocupación de dominio público (Informes núm. 67/1999, de 6 de julio de 2000 y de 7 de marzo de 1996), frente a la consideración como contratos administrativos especiales. Por tanto, ni siquiera la JCCA estatal califica estos supuestos como contratos administrativos especiales.

Así como la derogada LCAP consideraba el contrato administrativo especial entre los contratos administrativos (art. 5 b) "*Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley*" y dedicaba el artículo 8 a establecer el régimen jurídico de los contratos administrativos especiales, el TRLCSP delimita los tipos contractuales de forma diferente.

La Sección 1ª "Delimitación de los tipos contractuales" (arts 5 a 12), del Capítulo II "Contratos del Sector Público", no incluye a los contratos administrativos especiales como tipo contractual, y sólo hay referencia a los

mismos en la Sección 3ª, cuando establece el régimen aplicable a los contratos del sector público, diferenciando los contratos administrativos y los privados (arts 18 a 21), para determinar su carácter administrativo en cuanto al régimen de aplicación. El artículo 19, dentro de los contratos administrativos, distingue los contratos típicos (obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y colaboración público-privada) y otros contratos *"Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, 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, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley,"*. Hay una diferencia importante entre la regulación del TRLCAP, la LSCP y el TRLCSP: en el texto normativo vigente no hay ningún precepto específico sobre contratos administrativos especiales, y únicamente en el último inciso del art. 19.2 se hace referencia a los mismos al decir que les serán de aplicación preferente, en primer término, sus normas específicas.

El carácter residual de los contratos administrativos especiales es más intenso en la nueva regulación por varios motivos:

- La nueva definición del contrato de servicios del art. 10 TRLCSP, que constituye el cajón de sastre.
- La nueva delimitación de los tipos contractuales. Conforme al art. 5 TRLCSP, los contratos se califican en contratos típicos y en restantes contratos del sector público, desapareciendo como tipo contractual el administrativo especial.
- La primacía de la tipificación sobre el régimen jurídico, Informe 19/2008, de 4 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón
- El carácter residual del contrato administrativo especial exige, en la dicción legal, que el objeto contractual sea distinto del de los contratos típicos por lo que habría de tratarse de un contrato cuyo objeto no sean prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidos a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro, objeto que la Ley define para el contrato de servicios. Además la ley establece las categorías en que se dividen los contratos de servicios en el Anexo II, por lo que tampoco ha de acudir a la calificación residual si la actividad se tipifica en alguna de las categorías de dicho Anexo. Las explicaciones

doctrinales añaden requisitos al contrato de servicios que no están en la calificación contractual del art.19.b) en relación al art. 10 TRLCSP

Para poder afirmar conforme a la actual redacción del art. 19 del TRLCSP que nos encontramos con un **contrato administrativo especial**, debe descartarse (i) que el negocio pueda incluirse en un contrato administrativo típico; (ii) que tenga el carácter de contrato privado; (iii) además debe existir una vinculación al giro o tráfico específico de la Administración o satisfacer de forma inmediata o directa una finalidad pública de la específica competencia de aquella para que pueda configurarse como un contrato administrativo y no como un contrato patrimonial.

Tras la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, las Juntas Consultivas han establecido nuevos criterios sobre la calificación jurídica de contratos que se venían considerando como contratos administrativos especiales bajo la anterior LCAP. La existencia de pronunciamientos de órganos especializados en materia contractual favorables a la consideración de estos contratos como contratos de servicios, por contraposición a la postura mantenida por el Tribunal Central de Recursos que los califican como contratos administrativos especiales, deberían al menos tenerse en cuenta para llegar a la afirmación tajante de que sólo pueden ser contratos administrativos especiales. Ya hemos indicado que tras la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y con la actual LPAP, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sigue sin calificar la instalación de máquinas de vending como contrato administrativo especial.

Destaca la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, ya desde el Informe 19/2008, de 4 de septiembre, que considera que de la actual regulación se desprende el carácter residual de la categoría del contrato administrativo especial, primando la tipificación, al margen del régimen jurídico, que contiene la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de contratos públicos, lo que supone un evidente cambio frente a la regulación anterior donde estas prestaciones sí merecían la consideración de contrato administrativo especial. Igualmente la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, en cuya recomendación primera sobre la calificación de los contratos por los poderes adjudicadores, señala que una de las más importantes novedades de la LCSP, que ha repercutido en la necesaria recalificación de muchos contratos administrativos, antes contratos de gestión de servicios públicos o contratos administrativos especiales, es la amplitud de la configuración del contrato de servicios en la nueva definición del art. 10 que viene a abarcar ahora prestaciones que antes

constituían gestión de servicios públicos y a numerosos contratos calificados tradicionalmente como contratos administrativos especiales por no tener cabida el objeto de prestación en las prestaciones propias del contrato de servicios. Destaca la recomendación el carácter absolutamente residual de los contratos administrativos especiales en la LCSP, y cita expresamente como ejemplos de contratos tradicionalmente administrativos especiales las prestaciones de servicios de cafeterías de los edificios de las Administraciones Públicas, o las máquinas expendedoras de bebida o comida, determinando que son prestaciones que hoy claramente quedan incluidas en la amplia definición del contrato de servicios, y se remite, a lo ya expuesto por esa Junta en sus Informes 19/2008 y 25/2008.

La Junta de Contratación Valenciana, en el informe 9/2009, de 14 de diciembre, analiza ambas figuras al hilo de la evolución experimentada por la normativa contractual y señala que el contrato de servicios de la LCSP, lejos de continuar con el concepto "ad intra" del art. 196 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según el cual y de forma simple eran contratos de servicios los necesarios para el funcionamiento de la administración, adopta definitivamente el concepto de servicios de la Directiva 2004/18 CE, y al trasponer el derecho comunitario y hacer obligatorio el régimen del contrato de servicios para la contratación de las prestaciones incluidas en las categorías enumeradas en el Anexo II "cambia radicalmente el esquema anterior del TRLCAP - que distinguía contratos de servicios, de consultoría y asistencia y administrativos especiales- independientemente de que el destinatario de la prestación sea un tercero ajeno a la administración, o de que el objeto de la prestación comprenda servicios de contenido múltiple, pues de lo que se trata es de un contrato de carácter oneroso entre un poder adjudicador y un prestador de servicios que deberá satisfacer esta prestación según las especificaciones que determine la entidad adjudicadora, a cambio de un precio y dirigido a obtener el resultado querido por la entidad contratante dentro de la esfera de sus competencias", y llama la atención sobre el hecho de que "el Anexo II es prácticamente comprensivo de todas las prestaciones de servicios posibles al incluir, junto a 26 categorías claramente delimitadas, una categoría residual (la 27) que recoge cualquier otra prestación que se ajuste a dicha definición de servicios". Concluye el informe que sin desvirtuar a los contratos administrativos especiales, que por definición ha de tener un objeto distinto de los tipificados en la LCSP, puede decirse que su aplicación se ha visto enormemente minimizada y posiblemente reducida a los casos en los que una ley así lo establezca.

La propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el informe 36/2012, de 7 de mayo de 2013, haciéndose eco de esta evolución,



considera que: “La definición de contrato de servicios que hace el artículo 10 del TRLCSP pone de manifiesto, junto con la especificidad de la prestación que se define básicamente de forma negativa, la vinculación entre el concepto de contrato de servicios y las actividades clasificadas en las diferentes categorías que se enumeran en el Anexo II del TRLCSP. Estas categorías deben completarse con la referencia al Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV) aprobado por Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, y que periódicamente es objeto de revisión (revisión que hasta la fecha se ha concretado en sucesivas modificaciones mediante el Reglamento (CE) nº 2151/2003, el Reglamento (CE) nº 213/2008 y el Reglamento (CE) nº 596/2009). Esta interpretación trae causa de las Directivas comunitarias de contratación pública que tradicionalmente vienen utilizando los códigos CPC y CPV para, junto con los umbrales cuantitativos de valor estimado del contrato, delimitar su ámbito de aplicación y, también, para definir el contrato de servicios.

Por consiguiente, en principio, para entender que una determinada actividad constituye el objeto de un contrato de servicios deberemos analizar previamente si su objeto tiene encaje en alguna de las actividades cuyos código CPC y CPV se enumeran bajo las categorías 1 a 26 del Anexo II del TRLCSP, para lo cual deberemos verificar con que actividad de las listadas en el Reglamento (CE) nº 2195/2002 se corresponde cada uno de los códigos que están incluidos en las 26 categorías. A la vista del escrito de consulta conviene aclarar que la lista de códigos CPC y CPV que figura en el Anexo II del TRLCSP bajo cada una de las categorías 1 a 26 no es ejemplificativa sino “*numerus clausus*”, en coherencia con la normativa comunitaria ya citada (véanse, a modo de ejemplo, los artículos 1.14 y 7 de la Directiva 2004/18/CE o el considerando 5º del Reglamento (CE) nº 2195/2002) y también en coherencia con el artículo 10 del TRLCSP que integra el Anexo II en la definición del contrato de servicios”

Tan sólo cuando la actividad no aparece incluida en ninguna de las categorías 1 a 26, la Junta Consultiva considera que debe analizarse la naturaleza de la actividad para determinar si puede o no tener encaje en la categoría 27 y, por consiguiente, cuestionarse si es o no un contrato de servicios.

También resulta de interés el Informe 26/09, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que ha declarado que los contratos de gestión de servicios sociales evidentemente deben incluirse dentro de la figura genérica que nuestra Ley de Contratos del Sector Público denomina contrato de servicios.. *“A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II. De lo cual debemos deducir que si la gestión de servicios sociales se encuentra incluida en alguna de las categorías que contiene el Anexo II de la Ley, deberá calificarse como un contrato de servicios. A este respecto indicaremos que el*

mencionado Anexo en su categoría 25 se refiere expresamente a los "Servicios Sociales y de Salud", lo que inevitablemente nos lleva a caracterizar este contrato como de servicios."

Desde el punto de vista de la responsabilidad del contratista, estaríamos en el supuesto que comercialmente se denomina "vending cautivo" o en sitio cerrado en el que el empresario cuenta con un número de potenciales clientes que son siempre los mismos, los empleados del centro de trabajo, o las visitas a las que se permita el acceso, en el horario de apertura del edificio, pero presta la actividad en régimen de exclusiva y, por tanto, sin competencia real.

Vistos los criterios manejados por la JCCA del Estado, Informe 22/2009, de 25 de septiembre, Informes de la JCCA Aragón, 2/2014 y 4/2014, JCCA Baleares, Informe 2/2012 en relación al examen de la jurisprudencia del TJUE (sentencias 10 de marzo de 2011(Asunto Privater), 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom), y 10 de septiembre de 2009 (Asunto Eurawasser), la exigencia de que el adjudicatario soporte una parte significativa del riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, como criterio para la calificación del contrato como concesión de servicio, no parece darse en este caso dado que el riesgo comercial es el propio de cualquier contrato público al no haber competencia con otros operadores, no hay riesgo de insolvencia en los usuarios, cuenta con un cifra cierta de potenciales clientes, comparte con la Administración las responsabilidades por los perjuicios causados (el art.52 Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista), y, en definitiva, no parece existir que pueda darse una imprevisible fluctuación de la demanda real pues desde el inicio el tipo de productos a suministrar se prevén en base a la demanda potencial de los empleados municipales en el horario de trabajo – las ofertas van del café, el chocolate o el té a los refrescos, los sándwiches, las galletas y los aperitivos-. Hablar de "transferencia de riesgo operacional" al contratista en el suministro de estos productos mediante máquinas automáticas parece excesivo.

**2.4. La respuesta a la primera cuestión que se consulta sería, en términos teóricos, que es completamente legal y procedente la utilización de la figura jurídica del contrato de servicios para la implantación de máquinas expendedoras de bebidas y comidas en edificios administrativos.**

Cuestión distinta es si la ocupación de espacios en edificios administrativos para la instalación de máquinas expendedoras de bebidas y comidas para su utilización por los empleados municipales o por el público visitante debe

necesariamente tramitarse como contrato administrativo o como autorización/concesión demanial, a los efectos de unificar criterios y evitar la discrepancia en los expedientes administrativos en las áreas de gobierno y en los distritos.

Es decir, primero habrá que determinar si es posible establecer un criterio único, si la legislación impone o exige que sólo pueda utilizarse una figura jurídica, para después examinar cómo debe configurarse adecuada y rigurosamente el expediente administrativo en cuestión. Lo que es evidente es que no pueden entremezclarse prestaciones de negocios jurídicos diferentes, regulando las condiciones negociales como contractuales y aplicando la legislación patrimonial cuando interesa, haciendo incoherente la finalidad pública perseguida con el formato jurídico utilizado. El TRLCSP y la LPAP, legislación contractual y la legislación patrimonial respectivamente, constituyen textos normativos completos, regulando cada uno supuestos diferentes de actividad administrativa y, por tanto, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas cuando proceda, no hay motivo para la complejidad de pliegos con utilización de uno u otro régimen en el mismo negocio. Es más, el art.4.1.o) del TRLCSP excluye del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley a las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público, salvo que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de esa Ley o la aplicación de sus principios para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse.

Al igual que la jurisprudencia del TS, tanto la Sala Civil como la Sala Tercera, entienden que en cualquier contrato hay que distinguir la causa y los motivos de modo que la finalidad pública perseguida por la Administración es fundamental para calificar un contrato como administrativo o como civil (por todas STS (Sala 3) de 21 de febrero de 2012, y 30 abril 2013), el análisis sustantivo de cada negocio jurídico es el que va a determinar el régimen jurídico aplicable, contractual o patrimonial en cada caso.

Como decíamos al inicio del informe, al reproducir lo ya informado por esta Dirección General el 27 de junio de 2013 al pliego de autorizaciones demaniales de máquinas instaladoras y expendedoras de bebidas y productos sólidos, para juzgar cuándo estamos ante un contrato administrativo o una concesión demanial debe atenderse a la prevalencia en el servicio a obtener, del interés público o finalidad pública frente al interés privado de la instalación de un negocio o actividad que requiera la ocupación privativa de un bien demanial. Sobre la base de este criterio, sería un contrato administrativo si el beneficiario del mismo es la Administración, aunque el destinatario final del servicio sea el usuario, sea

personal administrativo o público visitante, por cuanto se trata de obtener una prestación que le permite ofrecer un mejor servicio público, frente a una concesión de uso demanial donde el beneficiario es el comerciante que ocupa el espacio. El objeto de la concesión demanial es el derecho de dominio y la competencia, mientras que en el caso del contrato es la competencia, produciéndose una escisión entre titularidad del servicio y la explotación del mismo. Y citábamos entonces el Informe JCCA Aragón 19/2011, de 6 de julio, Calificación jurídica de un contrato administrativo para la instalación de televisiones en las habitaciones de centros hospitalarios como contrato de servicios; y las 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. También la STS de 7 de noviembre de 1985 considera concesión demanial el uso privativo de cuatro locales sitios en un edificio afecto al servicio público de autobuses de una ciudad.

Reproduciendo de nuevo los requisitos que indica la DG de Contratación para que la instalación de máquinas expendedoras de comidas y bebidas se pueda calificar **como un contrato sujeto al TRLCSP**, es preciso:

- Que la prestación sea necesaria para la satisfacción de un fin institucional o esté vinculada al giro o tráfico administrativo de la Administración contratante;
- Que la actividad tenga por finalidad satisfacer el interés público;
- Que la Administración intervenga con intensidad en la delimitación de los derechos y obligaciones del empresario adjudicatario; y, finalmente,
- Que el contratista perciba una retribución por la ejecución de la prestación.

De acuerdo con ello, para que la explotación de máquinas expendedoras pueda calificarse como un negocio jurídico contractual resultaría necesario que se dieran las siguientes circunstancias:

- Que las máquinas se instalaran en espacios situados en edificios administrativos municipales (pasillos u otras dependencias habilitadas a tal efecto).

- Los productos suministrados estarían destinados al personal que desempeñe sus funciones en las mencionadas dependencias o a los ciudadanos que acudan para la realización de trámites y gestiones.
- En los pliegos deberían incorporarse con intensidad los derechos y obligaciones de las partes respecto de la explotación de las máquinas, incluyendo su mantenimiento y conservación, regulándose la intervención de la Administración en el desarrollo de la actividad (precios máximos, clases de alimentos y bebidas, frecuencia para la incorporación de los mismos, entre otros aspectos).
- El contratista se retribuiría con los rendimientos procedentes de su explotación pudiéndose prever, en algunos casos, que se abone a la Administración un canon fijo o variable.

Debemos añadir que entre los principios de la contratación del art. 1 TRLCSP – y ello para todos los contratos del sector público- están el de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios mediante al exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, siendo objeto de la Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar. Indudablemente, la necesidad de la contratación para el cumplimiento y realización de tales fines institucionales y la idoneidad del objeto y contenido del contrato para satisfacerlas, deben determinarse con precisión en el expediente contractual, conforme al art. 22 TRLCSP. Y dichas necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato nada tienen que ver con razones de conveniencia o competenciales relativas a la comodidad de la tramitación administrativa del expediente, sino con la idoneidad de la utilización de la figura contractual para la satisfacción de la concreta finalidad pública que se persiga.

Corresponde también llamar la atención sobre los criterios de gestión de edificios administrativos del art. 156 LPAP que deberían también tenerse en cuenta, como la adecuación a las necesidades de los servicios públicos que se prestan en el edificio, eficiencia y racionalidad en su utilización, al deber conciliarse el servicio administrativo vinculado al edificio con el servicio que se quiere dar al personal que presta en el mismo sus funciones.

En el caso que se decida asumir por el Ayuntamiento, como propia, la actividad económica de suministro de productos para los empleados municipales en los edificios administrativos prestada por intermedio de un comercial mediante la correspondiente licitación, porque lo que se quiera primar es la finalidad pública de prestar un servicio a los empleados municipales y no quiera limitarse a autorizar el uso del espacio para que un concesionario realice la actividad de forma privada, esto es, se quiera regular al detalle la forma de prestación de la expedición de bebidas y comidas de modo que lo fundamental, para el Ayuntamiento de Madrid, sean las condiciones en las que se prestaría el servicio estableciendo un especial énfasis en el interés público y en el control del desarrollo del mismo para los trabajadores municipales, entendiéndose que los mismos son los usuarios de la actividad comercial que se quiere tutelar, y lo que persigue el Ayuntamiento no es la mera rentabilidad de la ocupación del espacio, **sería deseable que se estableciera un criterio común** de modo que todos los gestores utilizaran el mismo modelo de pliego de contratación evitando discrepancias internas, incluso en las propias áreas de gobierno.

Únicamente, como colofón a la conceptualización del negocio jurídico como un contrato administrativo de servicios se aportan dos temas de cierta relevancia:

1. el art. 116 ter de la LBRL, introducido por la Ley 27/2013, en cuanto al coste efectivo de los servicios que prestan las entidades locales y cálculo anual de los mismos. La consideración de la actividad de suministro de bebidas y comidas mediante máquinas expendedoras automáticas a los empleados municipales como un servicio, debe ponderar su incidencia a los efectos de este precepto

2. la figura patrimonial de ocupación de espacios en edificios administrativos es admitida por el legislador "con carácter excepcional", para dar soporte a servicios dirigidos al personal destinado en ellos, y siempre que no entorpezca o menoscabe la utilización del inmueble por los órganos o unidades administrativas alojados en el edificio, criterios que no deben abandonarse en caso de querer regularlo como servicio municipal. Convendría evaluar si la existencia de tales máquinas expendedoras, que deberían en ese caso instalarse en todos los edificios administrativos, cumple tales exigencias legales.

Finalmente, en contestación a las cuestiones concretas que consulta la Intervención General, nada impide que en el contrato de servicios el contratista perciba dinero de los usuarios y no de la Administración, y que haya de **abonar a la misma un canon**. El Ayuntamiento soporta los gastos de luz, agua y limpieza

del edificio por lo que puede querer obtener una rentabilidad por la ocupación del espacio y por el uso de las instalaciones generales del edificio minimizando los costes de mantenimiento.

Una de las dificultades que la DG de Contratación indica para la calificación de este contrato como de servicios es que la retribución del empresario, a su juicio, ha de fijarse en el contrato y no depender de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio; no cuestiona que se pueda prever que se abone a la Administración un canon fijo o variable. Sin embargo, el criterio de que el precio del contrato sea fijo no está en el artículo 10 del TRLCSP, ni tampoco en los sistemas de determinación del precio de los contratos de servicios del art. 302 TRLCSP, incluso el propio artículo 88.6.d), para los contratos de servicios indica: “*en los contratos de servicios en que no se especifique un precio total...*” Ningún precepto del TRLCSP vincula la tipificación del contrato de servicios a que la retribución del empresario no vaya unida a la utilización del servicio, ni tampoco impide que sea el usuario del servicio el que le remunere, sólo o junto con el adjudicador. Con carácter general, el art. 87 del TRLCSP determina que la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, y el art. 26.1. f) que en los pliegos deberá constar el precio cierto, o el modo de determinarlo. En cuanto a qué se entiende por precio cierto – que no precio fijo- el concepto de “certeza del precio” no se define en el TRLCSP, ni en otras normas de Derecho Administrativo, lo que obliga a acudir a la regulación prevista en el Derecho Privado, por ejemplo lo previsto en Código Civil, en el artículo 1.447, relativo a la compraventa, prototipo de los contratos onerosos, que señala “*Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada*”. En este sentido la certeza se alcanza al fijar en los pliegos el precio a percibir por el empresario con los criterios del art. 87 TRLCSP, siendo indiferente a estos efectos que lo abone directamente la Administración o el usuario del servicio.

Como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 13/2014, de 7 de mayo (en supuesto asimilable al de actividad de “vending”):

“Sin embargo, en los contratos de servicios, dada la variedad de prestaciones y formas de llevarlos a cabo por el empresario, que encajan en el amplio concepto regulado en el artículo 10, pueden plantearse algunas dudas respecto a su cálculo [el valor estimado].

En concreto, en el caso que nos ocupa, los contratos de servicios de hostelería y restaurante, comprendidos en la categoría 17 del Anexo II TRLSCP, pueden ser muy variados; se pueden realizar en establecimientos del poder adjudicador o del contratista, y pueden ser sufragados total o parcialmente por el poder adjudicador o directamente por el usuario. **Incluso la prestación del servicio puede suponer un ingreso para el poder adjudicador por la utilización de instalaciones públicas.**

Es por ello que, la falta de una norma expresa que determine el valor estimado de este concreto tipo de contratos, así como la variedad de modalidades en la prestación, plantea la duda de cómo calcular el valor estimado del contrato, existiendo varias posibilidades:

- a) considerar, como valor estimado del contrato, exclusivamente el canon de explotación por la utilización de instalaciones públicas, a abonar por el empresario.
- b) considerar que no existe valor estimado o, que éste es de cero euros, cuando el precio del servicio se abona directamente por el usuario.
- c) considerar que el valor estimado del contrato es el volumen de negocio previsible por la gestión del establecimiento, con independencia de quien realiza el pago del mismo.

Una interpretación sistemática de los preceptos del TRLCSP nos lleva a la conclusión de que no resulta adecuada la opción del importe de ingresos por canon de explotación, ni la de cero euros, a la hora de calcular el valor estimado del contrato, y ello por dos motivos.

El primero, porque el valor estimado es el importe total «a pagar» (el TRLSCP habla de «pagadero» y el artículo 5.1 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, se refiere al importe total a pagar), y no el importe «a percibir» el poder adjudicador por el uso de sus instalaciones.

En segundo lugar, porque el contratista percibe un precio cierto, expresado en euros, como contraprestación de su servicio, con independencia de quien lo abone. El hecho de que el valor estimado lo determine el órgano de contratación no implica que sea éste quien deba abonarlo en todo caso. Aquí más bien resulta de aplicación la previsión del artículo 8 de la Directiva 23/2014, de concesiones: *«el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios»*.

No es posible, por tanto, considerar que en este tipo de contratos pueda considerarse un valor estimado cero o negativo, aunque el precio a satisfacer por el ente contratante sí lo pueda ser. En consecuencia, a efectos de publicidad, procedimientos de adjudicación,



solvencia del empresario y recursos contractuales, debe computarse, para el cálculo del valor estimado del contrato, como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 25/2012, de 20 de noviembre, «*el valor total del negocio de cafetería objeto de explotación de acuerdo con el contrato (para lo cual puede utilizarse la estimación de ingresos a obtener de acuerdo con los precios previstos), por el período de tiempo de que es objeto, incluyendo las aportaciones que pueda hacer la Administración contratante en forma de asunción de gastos de funcionamiento (agua y luz) e incluyendo las modificaciones previstas de acuerdo con el pliego*»

Este criterio es acogido en el Acuerdo 33/2014, de 5 de junio de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, expresamente para un supuesto de «Explotación del servicio de distribución automática de venta de prensa, revistas, libros y similares, bebidas frías, bebidas calientes y alimentos para el Sector de Calatayud», contrato de servicios, tramitado por procedimiento negociado sin publicidad al amparo del artículo 173 f) del TRLCSP, con un canon mínimo a pagar por los cuatro años previstos de explotación, incluidas las prorrogas, al Servicio Aragonés de Salud.

El pago a la Administración contratante de un canon de explotación, se ampara en el artículo 25 TRLCSP que recoge el principio de libertad de pactos, que sólo exige que no sea contrario al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

Como estamos analizando el ámbito contractual, debe recordarse que el art.115.8ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales<sup>10</sup>, al regular la concesión de servicios, exige que en las cláusulas se determine el canon o participación que hubiere de satisfacer, en su caso, el concesionario a la Corporación, teniendo derecho a utilizar los bienes de dominio público necesarios para el servicio. Y el artículo 67.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), distingue en la letra d) el precio o contraprestación económica a abonar por el órgano de contratación, de lo relativo al canon a satisfacer a la Administración por el contratista que se incluye en la letra e). (Ver estas referencias en el Informe JCCA 67/04, de 11 de marzo de 2005. "Posibilidad de pago del canon concesional de una sola vez al inicio de la concesión".

---

<sup>10</sup> La concesión de servicios sería equivalente al contrato de gestión de servicios públicos del TRLCSP, no al contrato de servicios, pero el RSCL no establece tal distinción y se apunta por analogía.

Ese mismo informe 13/2014 continúa diferenciando los conceptos de “valor estimado”, “presupuesto de licitación”, “presupuesto del contrato” y “precio”, en los siguientes términos:

“El presupuesto de licitación, con carácter general, puede definirse como aquél que sirve de referencia para la emisión de ofertas por parte de los licitadores y que tendrá carácter de máximo o mínimo, en función de que la prestación a realizar por el empresario suponga un gasto o un ingreso para el poder adjudicador. El presupuesto base de licitación puede fijarse de forma global o bien en consideración a unidades de la prestación.

A diferencia del valor estimado del contrato, el presupuesto de licitación vendrá determinado por el precio a abonar al contratista, **o por el contratista si existe un canon**, durante el plazo inicial del contrato, sin incluir prórrogas ni modificaciones previstas, en el que figurará, como partida independiente el Impuesto sobre el Valor Añadido. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (artículo 67.2 RGLCAP) contendrá, entre otros datos, el presupuesto base de licitación, así como mención expresa de la existencia de los créditos precisos para atender a las obligaciones que se deriven para la Administración del cumplimiento del contrato hasta su conclusión, excepto en los supuestos de tramitación anticipada, en los que se consignará que existe normalmente crédito o bien que está prevista su existencia en los Presupuestos Generales, **o la expresión de que el contrato no origina gastos para la Administración.**

Por su parte, el presupuesto del contrato es el importe máximo limitativo del compromiso económico para la Administración, que debe ser objeto de la autorización del gasto, de acuerdo con el artículo 109 TRLCSP y se corresponde con el presupuesto de licitación, añadiendo el IVA correspondiente, puesto que esta cantidad también forma parte del gasto que el contrato va a suponer para el poder adjudicador.

Por último, el TRLCSP se refiere al precio en el artículo 87, definiéndolo como la retribución que corresponde al contratista, en el que se indicará como partida independiente el IVA. Se trata pues de una cifra que depende de la oferta del adjudicatario y por ello no se conoce hasta el momento de la adjudicación. En la preparación del contrato la estimación correcta de estos conceptos económicos es fundamental, y entre ellos tiene que existir una relación de concordancia o proporcionalidad, que permita a los licitadores conocer las condiciones económicas del contrato. Además, estas cantidades tienen que quedar plasmadas con claridad en los pliegos y en el resto de la documentación que integra el expediente de contratación.”

Por tanto, no debe haber ninguna dificultad para admitir un pago del contratista a la Administración, cuya finalidad precisamente va unida al uso del

edificio y sus instalaciones. Este pago no es el precio del contrato, sino el presupuesto de licitación.

El problema de la determinación de ese canon o retribución al contratante no es tanto el acudir a criterios de valoración patrimonial, sino la propia remisión, en exclusiva además, al régimen legal de las tasas de uso de bienes de dominio público en relación al valor de mercado de la vía pública donde se asienta el edificio, cuando no está regulado en el Ayuntamiento de Madrid ninguna tasa por la ocupación de espacios en edificios administrativos y se trata de un procedimiento de licitación pública. Resulta difícil de comprender que en el caso que el pliego contemple un pago al Ayuntamiento por el contratista que instala máquinas de expedición de bebidas y comidas en un pasillo o en un vestíbulo de una oficina administrativa, este canon varíe según la categoría de la calle en que esté construido el edificio administrativo, como si el beneficio comercial, que dependerá más bien del número de empleados que trabajen en el edificio y de si el mismo tiene o no atención al público, guardara alguna relación con la categoría de la vía pública y por ello el canon a satisfacer sería mayor o menor según el barrio, en igualdad de calidad de los productos suministrados y de metros cuadrados ocupados por la máquinas expendedoras, además de no tener en cuenta los gastos derivados del consumo de agua o electricidad necesarios para el funcionamiento de las máquinas expendedoras, pues se supone que dichos costes deberían tenerse en cuenta para decidir solicitar un canon, en una política pública de contención del déficit y minimización de gastos, y no solo la rentabilidad en la explotación del inmueble.

Así, se dijo en el reiterado informe de 27 de junio de 2013:

“Aunque se explica en la Memoria económica cómo se va a calcular el canon, éste debe ser el que resulte de la proposición económica del licitante si ésta resulta aceptada por la Administración. El art. 24.1.b) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL) dispone:” b) Cuando se utilicen procedimientos de licitación pública, el importe de la tasa vendrá determinado por el valor económico de la proposición sobre la que recaiga la concesión, autorización o adjudicación.” Sorprende que la Memoria económica se apoye en el art. 8.5 de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Madrid de 2001, que regula la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, supuesto que se refiere a “aprovechamientos realizados en terrenos de propiedad municipal”, lo que no es el caso, y que **no incluye en su hecho imponible, obviamente, la ocupación de espacios en edificios municipales**, y que no se haya considerado el art. 9 de la propia Ordenanza Fiscal que, congruente con el citado art. 24.1.b) TRLHL, recita:

“Cuando se utilicen procedimientos de licitación pública, el importe de la tasa vendrá determinado por el valor económico de la proposición sobre la que recaiga la concesión, autorización o adjudicación”.

Y en el informe de 15 de julio de 2013 de esta Dirección General (204/2013/1141 Exp. 195/13/0002) sobre “autorización de la ocupación de espacios en el edificio administrativo de la calle Príncipe de Vergara nº 141, sede del área de gobierno de seguridad y emergencias, para la instalación y explotación de máquinas automáticas expendedoras de bebidas y productos alimenticios”, se razonó:

“No se entiende la referencia en la Memoria Económica a la Ley estatal de Tasas. La misma no es de aplicación a las entidades locales, ni regula la tasa por la ocupación de edificios administrativos. El art. 64 de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de las Tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, a que se refiere la Memoria Económica para calcular el canon, se refiere a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de **bienes del dominio público estatal**. Esa misma Ley en su art. 66 modifica la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales; ahora, la vigente, es el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo”

Lo que **no es admisible es la exclusión del IVA** pues la contratación administrativa está legalmente sujeta a IVA y sólo es válida la exclusión voluntaria de la ley aplicable cuando no sea contraria al interés o el orden público ni perjudique a terceros (art. 6.2 CC). Para la determinación del precio de los contratos debe tenerse en cuenta el importe del IVA independientemente de la sujeción real al Impuesto, como razona el Informe de la JCCA 41/06, de 30 de octubre de 2006. «Enajenaciones de bienes inmuebles municipales. Inclusión en el precio del Impuesto sobre el Valor Añadido», o de que las concesiones demaniales no tributen por IVA, al estar regulando el negocio jurídico como un contrato.

Interesante a estos efectos es la Sentencia del TJUE (Sala Quinta), de 12 de junio de 2003, precisamente sobre la Sexta Directiva sobre el IVA - Artículo 13, parte B, letra b) - Operaciones exentas - Arrendamiento de bienes inmuebles - “Instalación de máquinas expendedoras de cigarrillos en locales comerciales”, asunto C-275/01, Sinclair Collis Ltd. y Commissioners of Customs & Excise. Resuelve el TJUE que como el contrato no tiene por objeto la puesta a disposición pasiva de una superficie o de un emplazamiento al tiempo que se garantiza a la

otra parte contratante el derecho a usarlo con las facultades atribuidas a su propietario y a impedir que cualquier otra persona disfrute de ese derecho, sino que la ocupación de una parte de la superficie de los locales comerciales o de un emplazamiento en los mismos no constituye, a tenor del contrato, sino un medio de realizar la prestación que constituye su objeto, a saber, garantizar el ejercicio del derecho de venta en exclusiva de cigarrillos en el establecimiento mediante la instalación y mantenimiento de máquinas expendedoras automáticas, a cambio de un porcentaje de los beneficios, no constituye un arrendamiento de inmuebles como operación exenta de IVA.

Por último, en cuanto a la **partida presupuestaria**, es indudable que el canon de explotación a satisfacer por el adjudicatario es un ingreso público contractual, no patrimonial, sin que puedan considerarse, en ningún caso, ingresos de derecho privado los procedentes, por cualquier concepto, de los bienes de dominio público local (art.3.3 TRLRHL).

### **3. La segunda de las cuestiones planteadas es la LEGALIDAD Y PROCEDENCIA SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DEL ARTÍCULO 89 LPAP PARA LA IMPLANTACIÓN DE MÁQUINAS EXPENDEDORAS EN EDIFICIOS ADMINISTRATIVOS, CON INDEPENDENCIA DE LA NATURALEZA DEMANIAL O PATRIMONIAL DEL INMUEBLE DONDE SE PRETENDE SU COLOCACIÓN.**

Como hemos razonado, el régimen de ocupación de espacios en edificios administrativos de la legislación patrimonial permite acudir a las figuras de las autorizaciones/concesiones demaniales en edificios administrativos para no tener que tramitar un contrato administrativo, que es el régimen general de utilización de los inmuebles de dominio público y servicio público. Su carácter potestativo "podrá" no exige, en todo caso, la utilización de esta figura patrimonial. Pero, desde luego, lo que no permite es que se acuda a esta figura para establecer el régimen de servicio público de la prestación de la actividad de "vending", es decir, la autorización demanial es para permitir el uso del espacio dentro del edificio municipal, y las condiciones del uso en los términos del art.92.7 LPAP, no para regular el servicio de expedición de bebidas y comidas a los ocupantes y visitantes de los edificios municipales.

Ya hemos explicado que los edificios alquilados por el Ayuntamiento en los que se implantan servicios administrativos no son inmuebles patrimoniales municipales al faltar el requisito de su titularidad pública. Difícil es extender a los

mismos el régimen jurídico público de la utilización del dominio público, pues no tienen tal carácter, teniendo además tal régimen amparo constitucional reserva legal: el art.132 CE establece que la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.

El Ayuntamiento de Madrid ocupa dichos edificios en base a contratos de arrendamiento sujetos a la LAU y a la legislación patrimonial. Debe determinarse si el propio régimen arrendaticio es el que regula la cesión de uso de espacios en dichos inmuebles.

Dedica la LPAP los arts 122 a 128 a regular el arrendamiento de inmuebles por la Administración General del Estado que, a falta de otra norma para las entidades locales, es de aplicación supletoria ex art. 149.3 CE. No obstante, se refiere a los supuestos en que la Administración actúa como arrendataria, sin contemplar el supuesto de cesión parcial de los edificios alquilados. Disponen estos artículos que procede arrendar inmuebles para el cumplimiento de sus fines, debiendo hacerse mención de que el inmueble arrendado podrá ser utilizado por cualquier órgano administrativo. Por tanto, los inmuebles arrendados pueden tener la consideración de edificios administrativos en los términos del art. 155 LPAP, al objeto de someterse a los principios de gestión en cuanto a la adecuación a las necesidades de los servicios públicos a satisfacer.

En estos inmuebles faltan las notas de demanialidad y de patrimonialidad al no ser de titularidad del Ayuntamiento, pero están destinados al cumplimiento de servicios públicos, en concreto a oficinas y dependencias administrativas. Como hemos razonado, el Ayuntamiento ostenta un derecho patrimonial conforme al art.7.2 LPAP, pero además se trataría de un derecho patrimonial sobre un inmueble afecto a funciones públicas, matización importante a efectos de lo dispuesto en el art. 30.3 LPAP, en relación a la STC 166/1998 pues permite una calificación de los bienes patrimoniales según estén afectos o no a funciones públicas, supuesto éste último de estos edificios administrativos alquilados. Su régimen de disposición, conforme al art. 7.3 LPAP será el previsto en la Ley y en sus disposiciones de desarrollo, pero supletoriamente se aplicarán las leyes de derecho administrativo en cuanto a competencia y procedimiento, esto es, su explotación ha de ajustarse a los procedimientos de explotación patrimonial, que permite cualquier negocio jurídico, típico o atípico (art. 106 LPAP), conforme a la propia legislación patrimonial, arts 110 y ss, teniendo en cuenta las finalidades públicas a que está afecto el edificio.

En el caso de que el Ayuntamiento arrendatario quiera ceder parte del espacio alquilado a terceros para la instalación de máquinas automáticas, se estaría realizando una explotación rentable del derecho, permitido por el art. 8.1.b) LPAP. Y aquí podríamos de nuevo distinguir, si lo que se quiere, al igual que en los inmuebles demaniales, es la obtención de una rentabilidad en la explotación del espacio permitiendo su utilización para el ejercicio de una actividad económica por terceros, cuando dicho bien no esté siendo utilizado para el uso general o para el servicio público, se acudiría al régimen de explotación mediante contrato patrimonial. Si lo que se quiere es regular la prestación de la actividad de suministro de bebidas y comidas a los empleados municipales porque se quiere regular la propia prestación de la actividad como servicio público, el régimen sería el del contrato de servicios al ser indiferente la titularidad del inmueble siendo suficiente su disponibilidad.

El artículo 89 LPAP contempla como títulos que autorizan la ocupación de espacios en edificios administrativos (demaniales) las autorizaciones y concesiones demaniales y los contratos *formalizados* al amparo del TRLCAP, hoy TRLCSP. Quiere ello decir, acorde con el principio de accesoriadad de las concesiones demaniales a las de servicio, que de existir un contrato administrativo será título suficiente para permitir el uso del inmueble sin necesidad de tener que tramitar además una autorización demanial. El art. 91 de la LPAP, con carácter básico, insiste en esta idea: no será necesario obtener estas autorizaciones o concesiones cuando el contrato administrativo habilite para la ocupación de los bienes de dominio público.

Por tanto, la respuesta a esta segunda consulta es

- si el edificio administrativo no es titularidad del Ayuntamiento no cabe la autorización demanial ni la concesión demanial, que se regulan no en el artículo 89 LPAP, sino en los arts 91 y ss LPAP y únicamente se refieren a inmuebles de dominio público.
- si cabe habilitar la ocupación de un edificio de titularidad privada, arrendado, en que se prestan servicios administrativos mediante contrato: será contrato administrativo sujeto al TRLCSP si se otorga un contrato de servicios, pero no por aplicación del art. 89, sino por el régimen general de la legislación contractual; será un contrato patrimonial, si se subarrienda o se cede parcialmente el uso de espacios en el edificio alquilado que ha de acomodarse a lo dispuesto en los arts 105 a 107 sobre procedimiento de adjudicación, y arts 110

a 114 LPAP, por remisión del art. 106.2 LPAP. Los cánones obtenidos en este caso, se consideran rentas patrimoniales a efectos de su aplicación presupuestaria (art. 108 LPAP)

- si el edificio es titularidad del Ayuntamiento, y se destina a un servicio público, siempre será un inmueble de dominio público, en todo caso, dice el art. 5.3 LPAP, por lo que no existe el supuesto de edificios destinados a servicios administrativos que sean patrimoniales. Ya la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 declaraba que los edificios propiedad del Estado en los que se alojen órganos del mismo tendrán la consideración de demaniales. En igual sentido el art. 4 RBEL.

#### **4. La tercera y última cuestión es la LEGALIDAD Y PROCEDENCIA, DE EXCLUIRSE LA POSIBILIDAD ANTERIOR, DE TRAMITAR EN UN ÚNICO EXPEDIENTE UNA AUTORIZACIÓN DEMANIAL Y OTRA PRIVADA DE USO, O CUALQUIER OTRA FIGURA DE RÉGIMEN PRIVADO QUE LO PERMITIERA.**

Entiende la Intervención General que las condiciones de una y otra, de la autorización demanial y de la autorización sometida al derecho privado, desde las obligaciones y derechos de las partes hasta la determinación de su precio e importe, y precios de los productos a satisfacer por los usuarios son exactamente las mismas.

Si bien la intención del Ayuntamiento en cuanto al régimen de uso o el régimen económico de la autorización pueda ser similar en cuanto a la ocupación de espacios por terceros en el edificio, e incluso pueda ser adjudicataria la misma empresa, con las mismas máquinas expendedoras y suministrar los mismos productos, desde luego el régimen jurídico de uno y otro negocio impide equiparar las obligaciones y derechos de las partes, los requisitos jurídicos de formalización, las normas aplicables y la jurisdicción competente. No se trata de tramitar o no un único expediente administrativo por razones de eficacia sino de aplicar adecuadamente el ordenamiento jurídico.

La LPAP distingue el régimen jurídico y el procedimiento de utilización de los bienes de dominio público y de los bienes patrimoniales por lo que no es posible tramitar un único expediente administrativo. Respecto a estos últimos, y como ya hemos indicado, se trataría de la explotación de un derecho patrimonial sobre un inmueble destinado a la realización de un servicio público, por lo que, manteniendo las normas de procedimiento y competencia correspondientes, nada



impide que las bases del concurso o las condiciones de explotación puedan ser similares a las de las autorizaciones demaniales para permitir la ocupación de espacios por terceros, el principio de libertad de pactos del art.111 lo permite si bien, conforme a lo dispuesto en el art. 107.3 LPAP deben aplicarse las normas de Derecho privado correspondientes a la naturaleza del negocio jurídico correspondiente, además de las especialidades contenidas en la propia LPAP.

Desde un punto de vista práctico, lo más sencillo, cuando se trate de un edificio demanial, que será casi el supuesto general, es una autorización demanial del art. 89 de la LPAP. Además de que su tramitación administrativa es más sencilla permite, conforme al art. 92 de la misma Ley, que se otorguen directamente a los petitionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y si ello no fuere procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen. Lo más importante es que el art. 89 no limita las autorizaciones demaniales al plazo de cuatro años del art. 86.2<sup>11</sup> sino que basta que se trate de instalaciones desmontables o bienes muebles, pero estas autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración concedente en cualquier momento por razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general. Es, por lo demás, el régimen jurídico que se estaba utilizando hasta ahora, con la única excepción del expediente reparado por la Intervención General. Y también sería, ya de paso, al que dirige la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal.

Para los edificios alquilados – que serán casos contados- se puede hacer un pliego de condiciones lo más parecido posible a la autorización demanial, cumpliendo los requisitos procedimentales de la LPAP y de los arts 79 y ss del RGLPAP, que siempre son más sencillos que los de la legislación contractual. Respecto a la duración de estos contratos el plazo límite son 20 años, incluidas prórrogas (art. 106.3 TRLCSP).

---

<sup>11</sup> En la tramitación parlamentaria hubo una enmienda del grupo Parlamentario Vasco que propuso la limitación temporal al régimen general del art. 86.2, que no prosperó. Sin perjuicio de que serán los tribunales los que tengan que interpretar este precepto, hay autores que mantienen que la duración del uso de estas autorizaciones es una excepción al régimen general, por ejemplo PAREJO ALONSO, LUCIANO “El Régimen de la utilización de los bienes y derechos de dominio público”, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Ed. Thomson, Civitas, Madrid 2004; de igual criterio, *Comentarios a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Abogacía del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Ed Aranzadi, 2008 (pag.725-726)

El presente informe se emite de conformidad con lo dispuesto en el artículo el artículo 28 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, artículo 57.1.c) del Reglamento Orgánico del Gobierno y la Administración del Ayuntamiento de Madrid 2004 y artículo 6.6 del Acuerdo de la Junta de Gobierno de 10 de mayo de 2013 sobre Coordinación General de la Alcaldía. Organización y estructura y delegación de competencias en su titular y en los titulares de los órganos directivos.

Madrid, 20 de enero de 2015

DIRECTORA GENERAL  
ASESORIA JURIDICA

Alicia Sánchez Cordero

INTERVENTORA GENERAL. AREA DE GOBIERNO DE ECONOMIA, HACIENDA  
Y ADMINISTRACION PÚBLICA