

«LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CAFETERÍA Y PRESTACIONES ANÁLOGAS»

Juan Pozo Vilches
Teniente Coronel Auditor
Doctor en Derecho

SUMARIO

I. Introducción. II. Naturaleza jurídica. III. La teoría de contrato administrativo especial. IV. El problema de la sucesión de empresa. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

El presente trabajo tratará de una serie de contratos como son los de prestación de servicios de cafetería, cantina, comedor, prensa... y otros similares, muy frecuentes dentro de la Administración Militar, y que plantean serios problemas a la hora de determinar su naturaleza jurídica, y, por tanto, cuál es la normativa aplicable al citado contrato (si el Derecho Administrativo o el Derecho Privado).

Las características generales de los contratos objeto del presente trabajo son las siguientes:

1. Son contratos susceptibles de explotación económica por los particulares.
2. Estas actividades se desarrollan en inmuebles demaniales habilitados al efecto.
3. La Administración Militar no es la usuaria de estos servicios, sino su personal.

4. Estos usuarios pagan los precios por los servicios o productos adquiridos o consumidos, precios fijados contractualmente por la Administración Militar.

5. La Administración Militar no financia estos contratos, sino que recibe un canon de los contratistas.

Sobre la naturaleza jurídica de los citados contratos han surgido diversas teorías, que pasamos a analizar a continuación.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Por lo que se refiere a su naturaleza jurídica, elemento esencial ya que determinará la normativa aplicable a estos contratos, podemos distinguir cuatro teorías diversas al respecto:

A) GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Tal teoría tiene su origen en un informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 20 de septiembre de 1974, relativo a la explotación del bar-restaurante de un aeropuerto.

El citado dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entendió que se trataba de un contrato de gestión de servicios públicos ya que los servicios de bar-restaurante eran instalaciones incorporadas al servicio público aeroportuario, imprescindibles para su adecuada funcionalidad y para ofrecer a los viajeros el cuadro completo de atenciones que necesitan.

B) CONTRATO PRIVADO

Según esta teoría, al no poder ser calificados estos contratos de contratos administrativos, únicamente pueden calificarse de contratos privados. Entiende, frente a la teoría anterior, que no se puede equiparar el «bar-restaurante» de un aeropuerto (nacional o internacional) con la simple cafetería de un ente administrativo (dirigida a satisfacer, con carácter interno, las necesidades del personal de la Administración), por lo que parece desproporcionado calificar el contrato de explotación de la cafetería de un ente administrativo de gestión de servicio público.

Esta teoría se mantiene en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 25 de septiembre de 1964, en el que expresa-

ba que el contrato de cafetería de un Ministerio no es un contrato administrativo, sino un contrato privado; en igual sentido se pronunció la entonces Dirección General de lo Contencioso del Estado (hoy, Servicio Jurídico del Estado) en informe de 30 de abril de 1979 (reiterado en informes de 29 de septiembre de 1983 y 12 de junio de 1984).

C) CONTRATO DE SERVICIOS

Esta teoría vendría avalada porque en la Orden de 24 de noviembre de 1982, relativa a la clasificación de las empresas consultoras o de servicios, se establecía dentro del Grupo C, el subgrupo 4, relativo a «servicios de comedor y cafeterías».

Ahora bien, mediante la Orden de 30 de enero de 1991 este Subgrupo quedó sin contenido, y como manifestó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en informe 14/91, «los contratos para la prestación de servicios de cafetería y comedor no son contratos de servicios». Sólo podríamos hablar de contratos de servicios si la Administración (y no los usuarios del servicio) abonase el precio de los productos adquiridos o consumidos.

D) CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL

Esta teoría encuentra su apoyo en el informe de 7 de marzo de 1998 (informe 5/96) de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y que tiene su antecedente en el informe de la citada Junta de 10 de julio de 1991 (informe 14/91).

Este informe se emitió con ocasión de la consulta elevada por el Rector de la Universidad Autónoma de Madrid, en relación con los «servicios de cafetería y restauración, actividades de librería, actividades de venta de artículos deportivos, actividades de explotación de instalaciones deportivas (piscina)...».

El Rector, en su solicitud de informe expresaba que, como resultaba muy forzado considerar estos contratos como contratos administrativos especiales, si debían considerarse contratos privados de la Administración o concesiones demaniales.

Pues bien, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa calificó estos contratos de contratos administrativos especiales en atención a los amplios términos en que estaba redactado el artículo 5.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (1), y en atención a la corrien-

te doctrinal y jurisprudencial reciente que, partiendo del fin de interés general del contrato (no de su objeto) afirma el carácter público de todos aquellos en que intervenga la Administración contratante, siempre que no se persiga un fin eminentemente lucrativo.

Y en tal sentido también se había pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de julio de 1995, en relación con la cafetería de una Residencia sanitaria.

Ésta es, a nuestro juicio, la teoría más correcta.

Por consiguiente, estos contratos deben ser calificados de contratos administrativos especiales. Es de destacar que, frente a los muy escasos preceptos que dedicaba la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, en su redacción originaria, a los contratos administrativos especiales, tal laguna se colmó con la reforma que sufrió la indicada Ley por la Ley 53/99, de 28 de diciembre. En el vigente texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, se regula expresamente lo siguiente sobre los contratos administrativos especiales:

1. Se adjudicarán de conformidad con lo dispuesto en el Libro I de la Ley (artículo 8.1).

2. Se describe de forma más detallada el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (artículo 8.2).

3. Se recogen expresamente sus causas específicas de resolución (artículo 8.3).

4. Se establece la posibilidad de dispensa de la garantía definitiva (artículo 37).

5. Se permite que la garantía definitiva se lleve a cabo en forma de retención del precio (artículo 41.3).

6. Se exige la remisión de estos contratos al Tribunal de Cuentas, siempre que su cuantía exceda de 150.253,03 euros (artículo 57.1).

III. LA TEORÍA DE CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL

Posteriormente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha reiterado este criterio en los siguientes informes, por lo que se puede considerar una teoría plenamente consolidada:

(1) Normativa vigente en aquel entonces, si bien no existe cambio de criterio alguno, al haber reproducido literalmente el vigente texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas el anterior artículo 5.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995.

a) Informe de 6 de julio de 2000 (informe 67/99).

La Dirección General de Presupuestos e Inversiones del Instituto Nacional de la Salud solicitó informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la naturaleza jurídica de diversos contratos, mediante los cuales se prestaban una serie de servicios a los pacientes y sus familiares, que debían considerarse, dada su existencia desde hacía bastantes años, de servicios «comunes», e incluso «consustanciales» con la asistencia sanitaria.

Estos contratos polémicos, en cuanto a su naturaleza jurídica, eran los siguientes:

- Servicio de cafeterías de personal del Centro y público en general.
- Explotación de cabinas telefónicas.
- Servicio de televisión en habitaciones de pacientes.
- Explotación de máquinas expendedoras de sólidos y líquidos.
- Explotación de cajeros automáticos por entidades bancarias.
- Explotación de locales: prensa, regalos, oficinas bancarias, etc.

La razón de la consulta estribaba en que, según la citada Dirección General, estos contratos eran calificados por los distintos órganos de contratación (Hospitales) de forma no uniforme:

- Algunos Hospitales los calificaban de contratos privados.
- Otros Hospitales, los calificaban de contratos administrativos; pero dentro de ellos, tampoco existía uniformidad, existiendo las siguientes posturas:

- Contratos mixtos.
- Contratos administrativos especiales.
- Gestión de servicios públicos.

A la vista de la consulta planteada, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa realiza la siguiente distinción, de gran interés doctrinal:

— Considera que se trata de contratos administrativos especiales, reproduciendo los argumentos utilizados en su informe de 7 de marzo de 1996, los siguientes contratos:

- Servicios de cafeterías y comedor.
- Servicios de televisión y teléfono en habitaciones.

— En cambio, considera que se trata de concesiones de ocupación del dominio público, y no de contratos administrativos especiales (por lo que se regirán por la legislación patrimonial, y no por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas), los servicios siguientes:

- Explotación de cabinas telefónicas.
- Explotación de cajeros automáticos por entidades bancarias.
- Explotación de locales: prensa, regalos, oficinas bancarias, etc.

- Explotación de máquinas expendedoras de sólidos y líquidos (salvo que se trate de una prestación accesoria del contrato de servicios de cafeterías y comedor, en cuyo caso se le aplicará las normas del contrato administrativo especial).

b) Informe de 11 de abril de 2000 (informe 3/00).

El Director General de la Guardia Civil solicita informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la naturaleza jurídica de la explotación de los servicios de bares y cafeterías de los distintos acuartelamientos de la Guardia Civil, ya que existía la polémica si se trataba de un contrato privado o de una concesión o autorización sobre el dominio público; incluso la Abogacía del Estado de gran número de Delegaciones de Gobierno consideraba que se trataba de un contrato de servicios.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, reproduciendo los argumentos utilizados en su informe de 7 de marzo de 1996, considera que los contratos de hostelería, explotación de servicios de bares y cafeterías, o servicios de cafetería y comedor (ya que se trata de tres conceptos plenamente identificables) son contratos administrativos especiales.

c) Informe de 30 de enero de 2002 (informe 42/01).

El Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha solicita informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre si los contratos para la explotación de máquinas fotocopadoras ubicadas en los diversos edificios de la Universidad (para ser utilizadas por profesores, alumnos e investigadores), en los que el adjudicatario contrae la obligación de satisfacer a la Universidad un canon anual, deben calificarse de contratos administrativos especiales (postura que mantiene la propia Universidad) o supuestos de ocupación demanial.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, reproduciendo los argumentos utilizados en su informe de 7 de marzo de 1996 y de 6 de julio de 2000, considera que estos contratos son contratos administrativos especiales.

d) Informe de 30 de enero de 2002 (informe 47/01).

La Alcaldesa del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife) solicita informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre si los contratos que celebre el Organismo Autónomo de Deportes del Ayuntamiento con una empresa de servicios para actividades deportivas (senderismo, patinaje, gimnasia, baloncesto, etc.) a prestar a alumnos de centros públicos docentes, adultos y, en general, vecinos del municipio, debe calificarse de contrato de servicios (como propone el Ayuntamiento) o contrato de gestión de servicio público.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, reproduciendo los argumentos utilizados en su informe de 7 de marzo de 1996, y mencionando los informes de 6 de julio de 2000 y el de 30 de enero de 2002 (de la misma fecha que el presente, y comentado en el apartado anterior), considera que estos contratos son contratos administrativos especiales.

IV EL PROBLEMA DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA

Sentado lo anterior, es necesario comentar los problemas de carácter laboral que plantean estos contratos.

Suele ser frecuente en estos contratos que la empresa adjudicataria se limite a aportar el personal laboral necesario para prestar el servicio, y que los locales, instalaciones, mobiliario, aparatos, utensilios de cocina, vajilla... pertenezcan a la Administración Militar. Además, la Administración Militar suele imponer precios (2), alimentos, bebidas y horario.

Pues bien, se han producido casos en que al resolverse el contrato con el adjudicatario por causas imputables al mismo, sus trabajadores han demandado al contratista y a la Administración Militar por despido nulo o improcedente, y los Juzgados de lo Social han condenando al Ministerio de Defensa a la readmisión de los trabajadores, reconociendo la subrogación de la Administración Militar en las relaciones laborales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (sucesión de empresa).

Y no ha sido obstáculo alguno para ello el hecho que en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se hubiese establecido la inexistencia de relaciones laborales o de responsabilidades de tipo laboral, entre la Administración Militar y los trabajadores del contratista, pues según los Juzgados de lo Social «dicha cláusula no excluía la subrogación prevista en el Estatuto de los Trabajadores, que está vinculada a la función de garantía del empleo y en consecuencia, al derecho al trabajo que proclama el artículo 35 de la Constitución, lo que impide la eficacia de cualquier pacto que pretenda la modificación *in peius* de la norma».

¿Qué se puede hacer para evitar este grave problema? Sería conveniente que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares tuviesen en cuenta las siguientes circunstancias:

— Imponer que la infraestructura básica del servicio ha de ser proporcionada por el propio contratista.

(2) Que en numerosas ocasiones, sobre todo si no se establece canon alguno, es el criterio de adjudicación más importante.

— Permitir que el contratista lleve a cabo la organización empresarial (dentro de ciertos límites).

Si así se establece en los Pliegos, probablemente se consiga evitar, al menos en alguna medida, el problema de la sucesión de empresa.

VI. CONCLUSIONES

Como conclusiones del presente trabajo, podemos afirmar lo siguiente:

1. Los contratos objeto de la presente trabajo deben calificarse de contratos administrativos especiales.

2. Se deberían establecer cláusulas en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares tendentes a evitar el problema de la subrogación de la Administración Militar en las relaciones laborales.