

Principales consecuencias jurídicas de la calificación de los contratos de bar y cafetería en instalaciones públicas en función del tipo contractual

Sonia Aranda Soria

Comandante Interventora del Ministerio de Defensa

Resumen: El servicio de restauración, bar y cafetería realizado en suelo público, forma parte de los contratos existentes en la Administración Pública. No es una prestación esencial pero sí habitual. Su retribución basada en la explotación del servicio y no del pago de la Administración determina controversia en la fórmula de su calificación jurídica y ello da lugar a que exista diferente tratamiento de una misma cuestión para este tipo de prestación (valor estimado, contratos sujetos a regulación armonizada, procedimientos contractuales, control económico e indemnizaciones a contratos públicos en tiempos de pandemia), dependiendo de la normativa reguladora aplicable a cada tipo de contrato utilizado. Se analizará dicha situación.

Palabras Clave: servicio público de restauración, bar y cafetería, valor estimado, control económico, servicios-concesión de servicios.

The catering service, bar and cafeteria carried out on public land, is part of the existing contracts in the Public Administration. It is not an essential benefit but it is usual. Its remuneration based on the exploitation of the service and not on the payment of the Administration determines controversy in the formula of its legal classification and this results in different treatment of the same issue for this type of provision (estimated value, contracts subject to harmonized regulation, contractual procedures, economic control and compensation to public contracts in times of pandemic), depending on the regulatory regulations applicable to each type of contract used. This situation will be analyzed.

Keywords: public catering service, bar and cafeteria, estimated value, economic control, services-service concession.



ÍNDICE

1. Introducción

2. Principales consecuencias de la calificación del expediente en función del tipo contractual

- 2.1 Cálculo de valor estimado
- 2.2 Contratos sujetos a regulación armonizada
- 2.3 Diferentes procedimientos de adjudicación
- 2.4 Control económico
- 2.5 Indemnización española de los contratos públicos en tiempos de pandemia

3. Conclusiones

4. Bibliografía

1. Introducción

Las relaciones jurídicas de la Administración con terceros son variadas y pueden ser complejas. Es posible la cesión gratuita a manos privadas de parte de espacios en los edificios públicos para dar soporte a servicios dirigidos al personal destinado en ellos o al público visitante, como cafeterías, oficinas bancarias, cajeros automáticos, peluquerías, gimnasios, oficinas postales u otros análogos. La forma en la que se definen las relaciones jurídicas de las partes para el desarrollo de todas estas prestaciones tienen en común la ausencia de retribución de la Administración a la otra parte contratante, siendo ello un elemento que hace diferentes y especiales éstas relaciones contractuales y surgiendo cuestiones controvertidas en algunos de sus campos.

Es el contrato de bar y cafetería en instalaciones públicas el más característico de esta tipología y el centro de interés de este trabajo.

La evolución de la legislación española ha dado lugar a diferentes enfoques a la hora de determinar la naturaleza jurídica de este tipo de contratos. No ha existido ni existe

unanimidad de criterio a la hora de cómo calificar jurídicamente, conviviendo para un mismo tipo de prestación varias formas: cesión patrimonial, contrato administrativo especial, contrato de servicios y contrato de concesión de servicios.

En la actualidad con los diferentes pronunciamientos de diferentes Tribunales¹ y lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público (LCSP), no hay duda de que no procede calificar las cafeterías/bares en edificios públicos como cesiones patrimoniales o contratos administrativos especiales². Con la LCSP los contratos objetos de estudio caben dentro de los contratos administrativos típicos, pero dentro de esta categoría, surge el debate sobre la idoneidad de su calificación como contrato de servicios o concesión de servicios. El expediente 87/2018 de la Junta Consultiva de Contratación administrativa del Estado determina que no existe una solución única sobre dicha cuestión planteada, ya que será la definición de los términos de cada contrato la que determine su calificación jurídica en función de si existe o no transferencia del riesgo operacional. La normativa de contratos actual, concretamente el apartado IV del preámbulo de la LCSP, en consonancia con las Directivas 2014/23 y 2014/24 de la UE, para los contratos objeto de estudio, determina como criterio delimitador para su tipología entre contrato de servicios y concesión de servicios la transferencia de riesgo operacional, de tal forma que si la Administración Pública transfiere el riesgo operacional al adjudicatario del contrato, éste debe ser calificado como concesión de servicio y en caso contrario será de servicios. Pese al intento que realiza la LCSP para definir el concepto de riesgo operacional³, en la práctica no es tan fácil de clarificar..

La realidad es que no hay acuerdo sobre cómo se califican jurídicamente este tipo de contrato, conviviendo todo tipo de formas jurídicas.

No es objeto de estudio de este trabajo determinar la forma jurídica más adecuada para este tipo de contratos, sino las consecuencias jurídicas que tienen para los mismos, el que se estén calificando de una u otra forma.

2. Principales consecuencias de la calificación del expediente en función del tipo contractual

La tipificación de toda prestación en un tipo de contractual determinado, supone la sujeción al régimen jurídico correspondiente.

El servicio de restauración bar y cafetería, tradicionalmente se ha venido tipificando de diferentes formas, y es por ello por lo que existe diferente tratamiento de una misma cuestión para este tipo de prestación, dependiendo de la normativa reguladora aplicable a cada tipo de contrato utilizado.

A continuación se exponen los principales casos que afectan directamente a nuestro objeto de estudio:

2.1 Cálculo de valor estimado

El valor estimado del contrato es relevante a efectos de publicidad, procedimientos de adjudicación, recursos de contratación, sujeción a regulación armonizada, solvencia del empresario, incluso puede llevar a la exención de fiscalización previa⁴.

A los contratos de cafetería y restauración sin coste para la Administración, se les asignaba un valor cero en los Pliegos de Cláusulas Administrativas y se adjudicaban mediante un procedimiento negociado sin publicidad, ya que al tener valor estimado inferior a 100.000 euros, así estaba contemplado en la anterior normativa de contratación, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Art. 174 y 175 TRLCSP). La actual normativa de contratación desechó el procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.

Sin embargo, ya en 2012, con el informe 25/2012 de 20 de noviembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se determinaba cómo se debía calcular el

1 - Resolución 203/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos contractuales de la Junta de Andalucía.

- Resolución 411/2017 de 5 de mayo de 2019 del Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales.

- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en Resolución 153/2017, de 17 de mayo.

2. Los contratos administrativos especiales son definidos, en el artículo 25.1 de la LCSP, en contraposición a los contratos típicos (obras, concesión de obras, suministro y servicios). Si no existe posibilidad de encuadrar el objeto del contrato en la categoría de típico, será administrativo especial.

3. Ver artículo 15.2 y 14.4 de la LCSP.

4. Art. 151 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

valor estimado de este tipo de contratos, no contemplando su valor como cero:

“..los contratos de servicios de hostelería y restaurante, comprendidos en la categoría 17 del Anexo II TRLCSP, 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 negocios previsible por la gestión del establecimiento con independencia de quien realiza el pago del mismo.

Una interpretación sistemática de los preceptos 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 de valor estimado del contrato y ello por dos motivos:

- El primero porque el valor estimado es el importe total a pagar (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” por 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.

El valor estimado del contrato se debe entender como una estimación de todos los compromisos económicos que pueden derivar del contrato, incluidas posibles prórrogas y posibles modificaciones (Impuesto de valor añadido (IVA) excluido). De acuerdo a lo anterior, en ningún caso el valor estimado del contrato puede ser cero.

En ausencia de tratamiento específico para el cálculo del valor estimado de los contratos objeto de estudio, se atenderá a lo dispuesto sobre valor estimado en la LCSP. En su artículo 101⁵ se determina diferentes fórmulas para su cálculo en función de la calificación jurídica del contrato como servicio o concesión de servicios.

La fórmula de cálculo del valor estimado y su significado es diferente en función de la forma contractual de la prestación:

1. Si se califica como contrato de servicios. El valor estimado únicamente recogerá las obligaciones económicas pagaderas de la Administración, siendo el grueso de las mismas, los gastos corrientes del funcionamiento del local y su menaje (luz, agua, gas, etc.). El importe resultante informará sobre los costes que le supone a la Administración el ofrecer este servicio. No hay expedientes de gasto diferenciados para hacer frente a los gastos corrientes de esta prestación, se engloban en el total del edificio.
2. Si es un contrato de concesión de servicios, el valor estimado recogerá la cuantía de las ventas y de los ingresos derivados de la actividad del adjudicatario, sin incluir el importe de los descuentos o bonificaciones⁶, así como de los suministros⁷ relacionados con los servicios.

5. Art. 101.1.a: Valor estimado de contrato de servicios: El órgano de contratación tomará, sin IVA, el importe total pagadero según sus estimaciones. Se deberá completar con artículo 101.11.

Art. 101.1.b: Valor estimado de concesión de servicios: Importe neto de la cifra de negocios, sin incluir IVA, que según sus estimaciones generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo por la contraprestación por los servicios objeto de contrato así como suministros relacionados con los mismos.

6. Definición de importe neto de cifra de negocios según el Colegio de Economistas.

7. Si se entiende la definición de “suministro” de acuerdo a la cuenta 628 del Plan General Contable, se refiere a abastecimientos cuyo consumo y facturación es efectuada a partir de los datos suministrados por contadores (agua, gas, y electricidad). Sin embargo estos gastos suelen estar a cargo de la Administración.

Llama la atención que en el apartado 2 del artículo 101 de la LCSP determina que tanto para los contratos de servicios como concesión de servicios se deberán tener “especialmente” en cuenta para el cálculo del valor estimado, los costes laborales de los convenios colectivos sectoriales. Sin embargo con las definiciones expuestas anteriormente sobre dicho valor, no parece tener cabida en la fórmula de cálculo ni en la modalidad de contrato de servicios, ya que los costes laborales no son pagaderos por la Administración, ni en la de concesión de servicios, ya que no forman parte del importe neto de la cifra de negocios, sino de los gastos de la empresa y del cálculo de sus beneficios. Algo parecido sucede con los suministros que deben ser incluidos como componente del valor estimado en la concesión, ya que si se entiende la definición de “suministro” de acuerdo a la cuenta 628 del Plan General Contable, se refiere a los abastecimientos cuyo consumo y facturación es efectuada a partir de los datos suministrados por contadores (agua, gas, y electricidad). Sin embargo estos gastos suelen estar a cargo de la Administración, por tanto no parece ser información útil para las posibles empresas adjudicatarias.

El valor estimado que figure en los Pliegos de este tipo de contratos, independientemente de cómo sea calificado jurídicamente, debería ser calculado con un único criterio. De acuerdo a la finalidad de dicho concepto y las características de la prestación objeto de estudio, parece estar más acorde con la fórmula de la concesión de servicios, ya que esta cuantía (importe neto de la cifra de negocios) es útil para los licitadores, ya que su análisis, junto con su previsión de gastos, determinará la futura viabilidad del negocio. El valor estimado calculado de acuerdo a lo establecido para el contrato de servicios es útil cuando la retribución al adjudicatario se deriva del pago de la Administración, pero no es el caso en la prestación de nuestro análisis.

Independientemente de cuál sea la modalidad contractual elegida, el órgano de contratación debe ser más riguroso y exacto en el cálculo del valor estimado, y así lo determina la LCSP⁸. Ya no procede establecer un valor estimado cero, ya que la misma Ley establece su forma de cálculo. A pesar de lo anterior, sigue siendo habitual no aportar ningún valor económico a este tipo de contratos. Así se desprende de los datos publicados en la Plataforma de Contratación del Estado:

8. Art. 101.5 LCSP “El método de cálculo aplicado por el órgano de contratación para calcular el valor estimado en todo caso deberá figurar en los pliegos de cláusulas administrativas”.



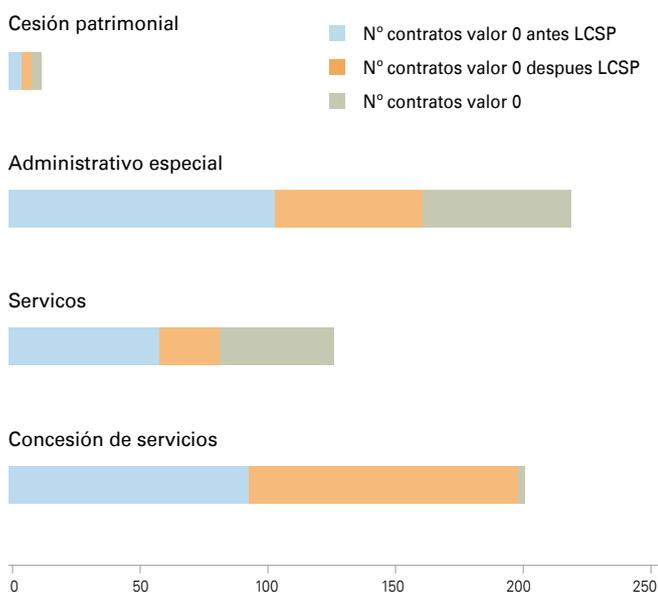
Cuadro 1. Número contratos publicados PCE de servicio de restauración, bar y cafetería según tipología y valor estimado 0.

	Nº contratos publicados	Nº contratos con valor 0	% contratos valor 0/ total
Cesión patrimonial	24	6	25,0
Administrativo especial	195	109	55,9
Servicios	275	61	22,2
Concesión de servicios	157	95	60,5

Fuente: Elaboración propia.

Son los contratos de cafetería y restauración calificados como de concesión de servicios y administrativos especiales los que tienen mayor número de expedientes sin valor estimado. Sería interesante determinar si tanto el criterio manifestado por la Junta Consultiva de 2012 como lo dispuesto por la LCSP mencionado, han influido en la nueva fórmula de valorar el valor estimado. Para ello observamos los datos publicados en la PCE:

Gráfico 1. Comparativa número de contratos de servicio de restauración, bar y cafetería con valor 0, publicados antes y después de la LCSP



Fuente: Elaboración propia

Las cesiones patrimoniales con valor 0 representan un 25% sobre el total de cesiones efectuadas y la mayor parte de las mismas son antiguas. No olvidemos que no se rigen por normativa contractual sino patrimonial

En los contratos calificados como administrativos especiales no parece afectar la aplicación de la normativa contractual en vigor, ya que es parecido el número de contratos con valor estimado 0 que existían antes y después de la aplicación de la misma.

Sin embargo en los contratos de restauración y cafetería de servicios sí que parece afectar, ya que a partir de la entrada en vigor de la Ley contractual han bajado los contratos de este tipo cuyo valor estimado es 0.

En la concesión de servicios, todos los contratos que fueron publicados ya lo hicieron al amparo de la Ley contractual vigente. Por tanto, la nueva normativa no ha servido para corregir la práctica de no indicar ningún valor estimado.

El órgano gestor, debe valorar todos los contratos, incluidos los que son objeto de estudio de este trabajo, con rigor y de acuerdo a normativa y doctrina.

Ya hemos expuesto la importancia del valor estimado de estos contratos, siendo fundamental si el contrato es de servicios, ya que determinará su forma de adjudicación como contrato menor, procedimiento abierto simplificado abreviado, procedimiento abierto simplificado etc. Sin embargo no cobra tanta importancia si se califica como concesión de servicios, ya que en este caso, siempre deberá adjudicarse a través del procedimiento restringido (Art. 131.2 y 135.5 LCSP).

De nuevo nos volvemos a topar con la importancia de la calificación jurídica de este tipo de contratos.

2.2 Contratos sujetos a regulación armonizada

Los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA en adelante) son aquellos que están sometidos a las Directivas Europeas de contratación porque se consideran de relevancia comunitaria y por tanto deben tener una publicidad cualificada a nivel de la Unión Europea. El objeto social puede determinar su inclusión en esta categoría (Art. 20 LCSP) así como la superación de unas cuantías fijadas para el valor estimado.

Así, dependiendo de cómo sea la calificación del contrato de servicio y restauración de cafetería, los umbrales de valoración serán diferentes:

- **Contrato de concesión de servicios:** Contrato SARA si valor estimado es igual o superior a 5.548.000 euros
- **Contratos de servicios:** Contratos SARA si el valor estimado es igual o superior a 750.000 euros, al formar parte de los contemplados en el Anexo IV.

Por tanto la cuantía que determina su consideración como contrato SARA o no depende de cómo sean calificados los contratos y a su vez, la fórmula de cálculo de esa cuantía (el valor estimado, ver apartado interior) también depende de esa calificación.

Su inclusión como contratos SARA supone la sujeción de reglas especiales en cuanto a publicidad y elección de procedimiento.

2.3 Diferentes procedimientos de adjudicación

La forma de tramitación del expediente y su procedimiento de adjudicación varía en función de su calificación jurídica.

El artículo 131.2 de la LCSP dispone:

La adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento.

De acuerdo a lo anterior, los contratos de bar/cafetería y restauración están incluidos en el Anexo IV citado, por tanto desde que se califiquen como concesión de servicios, independientemente del valor estimado del contrato, habrá de estarse en la adjudicación del contrato, a las disposiciones establecidas en los artículos 160 a 165 y siguientes de la LCSP, reguladoras del procedimiento restringido, no dando opción a ningún otro.



La concesión de servicios especiales del Anexo IV, además suponen, de acuerdo al artículo 135.5 de la LCSP, de forma obligatoria la convocatoria de licitación mediante anuncio de información previa a que se refiere la Disposición Adicional trigésimo sexta, a cuyo tenor:

Los órganos de contratación que celebren contratos de concesiones de servicios especiales del anexo IV utilizarán como medio de convocatoria de licitación un anuncio de información previa que deberá tener el contenido establecido en el Anexo III.B. Sección 3^ª.

Estos anuncios se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil del contratante.”

En los contratos de concesión de servicios será necesario la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de la obra o servicio o en su caso un estudio de viabilidad económico financiero que tendrá carácter de vinculante si se concluyera su inviabilidad. (Art. 285.2 LCSP).

En la redacción de las condiciones del servicio se deberá tener en cuenta la Disposición Adicional 47^a de la LCSP relativa a los “principios aplicables a los contratos de concesión de servicios del anexo IV...”; así como respetar el plazo mínimo de presentación de solicitudes de participación, como mínimo, de quince días, contados desde la publicación del anuncio de licitación (Art. 161.3 de la LCSP).

Otro aspecto fundamental y característico en los procedimientos restringidos, es la definición previa de los requisitos de los candidatos, en base a los cuales las empresas realizan solicitudes de participación, las cuales serán analizadas por la Mesa de contratación para dirimir su aceptación. Las empresas clasificadas presentarán oferta y será valorada de nuevo por los miembros de la Mesa de contratación.

Así de acuerdo a la normativa contractual vigente, los contratos objeto de estudio, por el hecho de formar parte del Anexo IV de la LCSP, si son calificados como concesión de servicios, se deberán adjudicar por el procedimiento restringido. Llama poderosamente la atención que no se haya tenido en cuenta el valor económico del contrato para calibrar el procedimiento de adjudicación a aplicar, ya que todos los requisitos anteriores son comunes para por ejemplo, una gran concesión de servicio de autopistas que para una pequeña cafetería de cualquier Acuartelamiento. Dependiendo del valor estimado del contrato parece más adecuado adoptar otras fórmulas de adjudicación más acordes a la sencillez de la prestación. Según la propia Ley, la concesión de servicios es especialmente adecuado para servicios intelectuales de especial complejidad. El perfil de esta prestación no se ajusta a la filosofía anterior.

La ventaja de otorgarle naturaleza jurídica como contrato de servicios es que los procedimientos de adjudicación son mucho más flexibles, ya que será el valor estimado del contrato, lo que generalmente marque el procedimiento de adjudicación adecuado incluso pueda dar lugar a la exención de fiscalización previa. De tal forma que, si el valor estimado no supera los 15.000 euros, se podrá aplicar el régimen jurídico de los contratos menores¹⁰. Si el valor estimado supera ese importe pero es inferior a ¹¹60.000 euros se podrá licitar a través del procedimiento abierto simplificado abreviado previsto en el artículo 159.6 de la LCSP. Ambos procedimientos de licitación son muy sencillos, ágiles y pensados para prestaciones de poca importancia cuantitativa. Si ya el valor estimado supera los 60.000 euros pero es inferior al umbral establecido para los contratos Sujetos a regulación armonizada (SARA)¹², será el procedimiento abierto simplificado ordinario el que rija la tramitación. El procedimiento restringido, si el órgano de contratación lo requiere, también puede hacer uso de esta

9. El Anexo III.B). Sección 3^ª, recoge la:

“Información que debe figurar en los anuncios de información previa de concesiones de servicios especiales del anexo IV:

1. Nombre, número de identificación, dirección (incluido el código NUTS), número de teléfono y de fax, y dirección electrónica y de internet del poder adjudicador o la entidad adjudicadora y, en caso de ser diferente, del servicio del que pueda obtenerse información complementaria.
2. Si procede, dirección electrónica o de internet donde estarán disponibles las especificaciones y posibles documentos adicionales.
3. Tipo de poder adjudicador o entidad adjudicadora y principal actividad desarrollada.
4. Códigos CPV; cuando la concesión esté dividida en lotes, esta información se facilitará para cada lote.
5. Código NUTS del emplazamiento principal de realización o prestación de las concesiones de servicios.
6. Descripción de los servicios, orden indicativo de magnitud o valor.
7. Condiciones de participación.
8. Si procede, plazo(s) para ponerse en contacto con el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, con vistas a participar.
9. Si procede, descripción breve de las principales características del procedimiento de adjudicación.
10. Si procede, otras informaciones.

10. Informe de 4 de marzo de 2019 de la JCCA.

11. Modificación del art. 159.6 de la LCSP por la disposición adicional 40 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

12. Modificación del art. 159 de la LCSP por la disposición adicional 40 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

figura en los contratos de servicios, ya que no está vinculado a un valor estimado concreto, pero en la práctica no se suele utilizar a este tipo de contratos.

La ventaja de darle la naturaleza jurídica al contrato objeto de estudio como servicios respecto a la concesión de servicios, es claramente la disponibilidad de diversas formas contractuales para su tramitación, teniendo la posibilidad de adaptar el procedimiento a tramitar con las características de la prestación a ofrecer y que sean proporcionales. Ya que la complejidad burocrática y los tiempos necesarios para el desarrollo de los diferentes tipos de procedimientos contractuales y exigencias de control, varían mucho de un tipo a otro y deberían ser proporcionales a las características de la prestación que se pretende ofrecer. Es el valor estimado, planteado desde la fórmula de concesión de servicios como importe neto de la cifra de negocios, un buen indicador utilizado por la LCSF, que determine los procedimientos de adjudicación apropiados, sin embargo ello no sucede cuando el expediente se califica como concesión de servicios que automáticamente se aplica la normativa del procedimiento restringido.

Los resultados de la auditoría operativa recogida en el Plan Anual de 2018 realizada por la Intervención General de

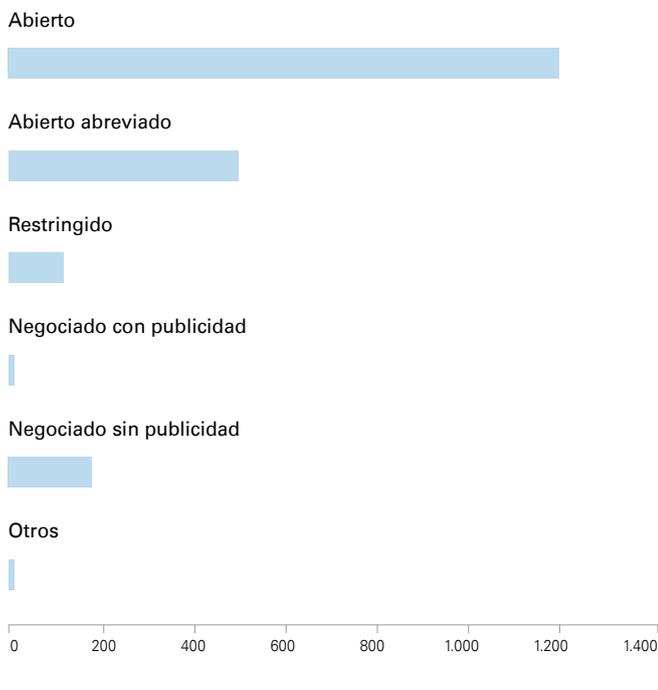
la Defensa sobre la prestación de servicios de cafetería y comedor-autoservicio en los distintos centros e instalaciones del Órgano Central y Academia Central de la Defensa, puso de manifiesto, entre otras debilidades que el calificar los contratos como administrativos especiales, imposibilitó considerarlos como contratos sujetos a regulación armonizada (pese a que su valor estimado así lo hubiera permitido) y por tanto no fueron objeto de publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Además ello dio lugar a la imposibilidad de los licitadores de acudir al recurso especial de contratación. Así en el Informe Definitivo pusieron de manifiesto que si se hubiese calificado como contrato de servicios o concesión de servicios sí que habría determinado esta publicidad, ampliando por tanto la transparencia y la posible concurrencia de la licitación, así como la posibilidad de interposición del recurso especial.

Así el tipo de contrato, determina el procedimiento de adjudicación y ello a la vez afecta a la transparencia, concurrencia y seguridad jurídica de la licitación.

A continuación, se exponen el número de contratos publicados en la PCE según su procedimiento de adjudicación.



Gráfico 5. Número de contratos publicados en la PCE según su procedimiento de adjudicación



Fuente: Elaboración propia

2.4 Control económico

Toda actuación pública lleva implícita un control, ya que el personal que actúa por y para la Administración Pública, tiene unas competencias laborales y una responsabilidad derivadas de las mismas. Pero es más, toda actuación pública, al poder afectar a derechos y deberes de ciudadanos puede ser objeto de recursos administrativos y contenciosos. Todo ello es un indicador de que España es un Estado social y democrático de Derecho. Por lo anterior, con mayor motivo se manifiestan estas afirmaciones en el ámbito económico-financiero de la Administración Pública, y su necesidad de control, ya que el gasto público en España representa un 42% del Producto Interior Bruto.

Sin embargo, se plantea la siguiente cuestión: ¿los contratos administrativos que no tienen coste directo para la Administración, como los de restauración y cafetería en suelo público, son objeto de control económico-financiero? ¿De qué tipo? ¿Qué fórmula de control es la más idónea? Y en caso negativo ¿Deberían serlo?

Al igual que sucede con el régimen jurídico de este tipo de contratos, no hay unanimidad de opinión y forma de actuar en las anteriores cuestiones por los especialistas, porque no hay nada regulado expresamente al respecto. Así no todos los órganos gestores envían para la fiscalización previa el expediente al órgano de control y no todos los interventores consideran que deban ser objeto de control económico, por lo que nos encontramos en la práctica, desde la emisión de informes de fiscalización previa, a la devolución al órgano gestor del expediente indicando que no se realiza control por no tener costes para la Administración o emitir un informe de asesoramiento.

Siempre respetando el principio de independencia de cada profesional, sería conveniente la coordinación de la forma de actuar en este tema y dictar alguna instrucción específica al respecto, que si bien, no es de vital importancia para el funcionamiento de la Administración, sí que evitaría generar incertidumbre, inseguridad jurídica y arbitrariedad en la forma de actuar del gestor y órgano controlador.

Para tener la opinión de diferentes perfiles de especialistas en la materia, de diverso ámbito de formación y procedencia, se ha dado difusión a una encuesta (Ver Anexo). El objetivo es dar respuesta a las cuestiones planteadas en el punto anterior.

En total se ha recibido respuesta de 43 profesionales (Interventores del Ministerio de Hacienda, Interventores Militares, personal de órganos de control externo, Abogados del Estado, Jurídicos del Cuerpo Jurídico Militar y gestores del Cuerpo de Intendencia Militar).

Las principales conclusiones obtenidas de los resultados de la encuesta son:

1. El 100% del personal encuestado, sabía de la existencia de un bar y/o cafetería en su zona de trabajo.
Ello demuestra que este tipo de prestación de servicio es normal que esté presente en la Administración Pública, pero el conocimiento de su existencia por parte de los profesionales encuestados, únicamente ha sido a nivel usuario de este servicio porque algunos de ellos nunca han participado en ninguna fase del proceso administrativo de contratación.
2. El 58,5 % determina que este tipo de contratos son objeto de fiscalización previa de aprobación y compromiso de gasto. El resto afirma que no son objeto de función interventora, sin embargo el 22% expone que el órgano gestor requiere al controlador de la realización de un informe previo a la adjudicación, para que el Sistema Informático de Dirección y Administración Económica del Ministerio de Defensa (SIDAE) les permita avanzar en el procedimiento.

En la práctica se sigue realizando de forma mayoritaria la función fiscalizadora de este tipo de expedientes.

- 3. El 36,5% determina que el contrato de cafetería ha sido objeto de auditoría y control financiero.

Concretamente para el control financiero, se suele abrir el área de ingresos para el control del canon y/o garantía que debe depositar el contratista. El tipo de auditorías que se han utilizado han sido operativas y de cumplimiento.

- 4. Sólo el 8% de las respuestas, afirman que no existe ningún tipo de compromiso económico entre las partes.

En las cláusulas que definen las relaciones jurídicas de las partes de este tipo de contratos suele ser práctica habitual establecer obligaciones mutuas de tipo económico. Normalmente la Administración se obliga al pago de ciertos suministros (energía eléctrica, agua, teléfono etc.). El adjudicatario, a parte del compromiso del respeto de precios de los artículos a ofrecer, normalmente mediante la aceptación voluntaria de condiciones de mejora, se compromete a realizar inversiones en obras o adquisición de menaje o bienes para la mejora de las instalaciones y el servicio.

- 5. Según la opinión de los profesionales preguntados, sólo el 14,6% determina que los contratos sin costes directos para la Administración no deberían ser objeto de ningún tipo de control de tipo económico, pero sí del ámbito laboral y sanitario.
- 6. De los profesionales que consideran que sí que ésta contratación debe ser objeto de control económico, el 11,4% no contestan sobre la mejor forma de control interno. El 22,8% determina que deben ser objeto de fiscalización previa, para garantizar la legalidad del expediente desde el principio y el principio de igualdad y libre concurrencia en la licitación.
- 7. El 65,7% de las opiniones van encaminadas a la idoneidad del control posterior, a través del control financiero permanente¹³ y la auditoría en algunas de sus diferentes variantes. Se cita expresamente la auditoría de cumplimiento y operativa.

13. Se ha mencionado expresamente que en el control financiero permanente abrieron el área de ingresos para el control del canon y/o garantía.



De los resultados de la encuesta se puede concluir que se representa la imagen de lo que sucede en la práctica, es decir, no hay acuerdo sobre la forma de proceder.

A continuación, se va a realizar un breve análisis, sobre el control económico-financiero y se va a poner en consonancia con las relaciones jurídicas que se forjan entre Administración y contratista en los contratos de bar/cafetería y restauración, para determinar si es procedente o no su control y cuál sería el más adecuado.

La actividad financiera de la Administración está sometida al principio de legalidad en sus 2 vertientes:

1. **Administrativa:** Ya en el artículo 103¹⁴ de la Constitución española, se determinaba la legalidad en los actos públicos. La LRJSP en su artículo 3.1 vuelve a reproducir lo determinado por la Constitución.
2. **Financiera:** Limitación cuantitativa del gasto (Art. 46 de la LGP), cualitativa (Art. 42 LGP) y temporal (Art. 49 LGP)

Son muy variadas las clasificaciones de control económico que existen pero nos vamos a centrar únicamente en el control interno, y sus diferentes formas y el control externo.

Este tipo de contratos deben estar sometidos a la Ley y ser controlados tanto por órganos de control interno como externos.

Respecto al control interno¹⁵, de la descripción que realiza la LGP de la función interventora¹⁶, parece que estos contratos pudieran ser objeto de este tipo de control ya que se reconocen derechos y obligaciones de tipo económico entre las partes y así lo apoya el RD 2188/95, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno de la IGAE, en apartado primero del artículo 10 ya que expresamente engloba en la fiscalización:

Se entiende por fiscalización previa la facultad que compete a la intervención de examinar, antes de que se dicte la correspondiente resolución, todo acto, documento o expediente

susceptibles de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos y valores, con el fin de asegurar, según el procedimiento legalmente establecido, su conformidad con las disposiciones aplicadas en cada caso.

Es decir, no hace falta que exista salida de fondos efectiva para que deba ser objeto de fiscalización previa, basta con el nacimiento de derechos u obligaciones de contenido económico, como suele suceder en este tipo de contratos. Si lo analizamos con más detalle, observamos que el mayor compromiso de tipo económico asumido es el de hacerse cargo del consumo de suministros relacionados con la actividad, que no generan expedientes de gasto y pagos expresos e individualizados surgidos para esta contratación, ya que se derivan del normal funcionamiento de las instalaciones públicas en su conjunto. Dicho compromiso económico debería figurar en el valor estimado del contrato (modalidad servicios no concesión de servicios). Respecto a los derechos que surgen, excepto el canon o garantía, se suelen retribuir en especie (adquisiciones de mobiliario o enseres, obras de mantenimiento, puesta a disposición de artículos del contrato para actos de protocolo etc.), es decir, no hay flujo de fondos. El artículo 17 del RD 2188/95 determina que la fiscalización previa se realizará cuando se apruebe la realización de un gasto, es decir cuando el órgano competente adopte la decisión de destinar créditos o fondos a la consecución de un fin público. En realidad así se produce, cuando la Administración se compromete a hacerse cargo de los suministros, y su valoración debería reflejarse en el valor estimado del contrato. Por ello, si esos son las únicas obligaciones de la Administración con el contratista, que derivan en gastos para la primera, de acuerdo con el artículo 18 del citado RD así como del artículo 151 de la LGP, estarían exentos de fiscalización previa, al ser suministros, de pago mediante el anticipo de caja fija o gastos de carácter periódico y de tracto sucesivo (control del contrato inicial), además de que no se realizan expedientes de gasto individualizados para los locales de cafetería, sino que son mayores consumos del funcionamiento normal del Centro en su conjunto.

14. 103.1 CE La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y Derecho.

103. 2 Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley.

15. Se ejerce por un órgano especializado de un ente sobre otros órganos del mismo ente. En el ámbito del Sector Público Estatal (administrativo, empresarial y fundacional) lo es la IGAE, en el ámbito del Ministerio de Defensa y de la Seguridad Social, el control se ejercerá respectivamente a través de la Intervención General de la Defensa y de la Seguridad Social. Título VI de la LGP 47/2003 "Del control de la gestión económico-financiera efectuado por la IGAE" y en el RD2188/1995, por el que se desarrolla el régimen del control interno Las modalidades de control interno son 3 (función interventora, control financiero permanente y auditoría pública).

16. Art. 148 de la LGP): "tiene por objeto controlar, antes de que sean aprobados, los actos del sector público estatal que den lugar al reconocimiento de derechos o a la realización de gastos, así como los ingresos y pagos que de ellos se deriven, y la inversión o aplicación en general de sus fondos públicos, con el fin de asegurar que su gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso".



Por tanto podemos concluir, que la función interventora podría quedar fuera del ámbito de control de este tipo de contratos. Sería recomendable que para este tipo de contratos, el Consejo de Ministros, a propuesta de la IGAE, acordara de forma motivada la aplicación de control financiero permanente en sustitución de la función interventora (art. 149 LGP).

Pero ello no significa que esté libre de mecanismos de control.

La tramitación administrativa del expediente está sujeta a los preceptos de la LCSP (memoria, orden de inicio, informe de insuficiencia de medios, etc.). La normativa contractual se ha preocupado por incorporar la figura de los servicios jurídicos en el desarrollo de este tipo de contratos, al establecer la obligación de informar los pliegos. No olvidemos que en las mesas de contratación también están presentes miembros del Cuerpo Jurídico Militar o Abogados del Estado así como el Interventor. Estos profesionales, garantizarán entre otros aspectos: la capacidad jurídica y de obrar de licitadores, el no haber incurrido en prohibiciones de contratar, las solvencias requeridas, la aplicación de los criterios de valoración de los pliegos, el respeto al principio de transparencia de la

licitación y de la concurrencia competitiva etc. Pero ello sucede en los expedientes en los que el procedimiento de adjudicación es el abierto simplificado o restringido. Cuando la adjudicación se realice a través de otros procedimientos como el procedimiento abierto simplificado abreviado, o de un contrato menor, será necesaria la constitución de un órgano de asistencia para la realización de las funciones propias de la mesas de contratación, que deberán reflejar sus acuerdos en actas y éstas ser públicas en la PCE, al igual que en el resto de procedimientos de contratación (menos en la contratación menor¹⁷). Además la PCE, es el medio por el cual se realiza la licitación, siendo pública y abierta para todos, estando en concordancia con lo establecido con los pliegos ya informados.

También la LCSP ha tenido en cuenta el control de la ejecución de los contratos, con la acertada figura de responsable de contrato (Ruiz Daimiel, M 2018) que ha impuesto su presencia en su artículo 62, sin embargo, las funciones que se le atribuyen van encaminadas a la supervisión de la correcta ejecución material del mismo, más que en cuestiones legales o económicas. Pero es una figura a la que se le pueden otorgar funciones de control más concretas definiéndolas

17. Sin embargo, la Instrucción 1/2019 de 28 de febrero de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la contratación sobre contratos menores, establece la obligación de presentar 3 presupuestos en los contratos menores, para limitar la adjudicación directa.

con detalle en los pliegos y podría ser un apoyo al órgano de control interno económico (respeto de precios, verificación de inversiones del contratista en menaje, obras o gastos de protocolo etc.).

Sin embargo pese a estos mecanismos de control establecidos por la contratación, es necesario, completar con otras fórmulas de control económico, porque como ya hemos descrito anteriormente, se generan derechos y obligaciones de tipo económico y al igual que el resto de contratos públicos, pueden ser objeto de corrupción, ya que su adjudicación dirigida puede devenir en beneficios personales. Como ejemplo se puede poner el caso informado por la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil (UCO) en 2017, que apuntaba que la entonces Presidenta de la Comunidad de Madrid, estaba vinculada a supuestos amaños de las contrataciones de 2009 y 2011 en los servicios de cafetería de la Asamblea de Madrid¹⁸. Ello le llevó a comparecer ante una Comisión de Investigación creada para controlar la existencia de posible corrupción.

De las fórmulas de control interno, parecen ser más convenientes, las de control financiero permanente¹⁹ y auditoría²⁰ en su vertiente de cumplimiento y operativa.

Son controles posteriores, que pueden garantizar la comprobación de que los actos y procedimientos de gestión están conforme a las normas aplicables.

La auditoría de cumplimiento es la que mejor se puede ajustar a este tipo de contratos. Pero la auditoría operativa puede aportar un punto de vista mucho más amplio en su aplicación, en su tipología de auditoría de economía y eficiencia, auditoría de programas y auditoría de sistemas y procedimientos. Útil puede ser la auditoría de economía y eficiencia²¹ ya que

se podría determinar si el empleo del local público se está utilizando de una forma económica y eficiente, si se están siguiendo los procedimientos de contratación adecuados, la cantidad y calidad de recursos apropiados y su coste, si se están protegiendo y manteniendo adecuadamente los recursos públicos, duplicidad de tareas, si existe un sistema adecuado de control de la gestión, o establecer indicadores válidos de economía o eficacia. En el Ministerio de Defensa se realizó en 2018, una auditoría operativa de la cafetería y comedor-autoservicio en los distintos centros e instalaciones del Órgano Central y Academia Central de la Defensa.

Todo lo anterior es perfectamente compatible con el control externo²² realizado tanto por el Tribunal de Cuentas como por los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas.

2.5 Indemnización española de los contratos públicos en tiempos de pandemia

Ante la emergencia de salud pública ocasionada por la COVID-19 declarada por la Organización Mundial de la Salud, España decretó el Estado de alarma con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE Núm. 67 de 14 de marzo). Estipularon una gran cantidad de medidas destinadas a la contención de la propagación del virus, entre ellas la paralización de las actividades de hostelería y restauración, quedando permitida exclusivamente el servicio de entrega a domicilio.

Ello dio lugar a la suspensión automática de la actividad hostelera y de restauración, tanto en el ámbito privado como público, hasta que cesaran las circunstancias que la habían

18. El informe determinaba que en la Mesa de contratación no se exigió a la empresa adjudicataria las certificaciones que avalaran la experiencia que se exigía y que se tuvieron en cuenta una serie de "subcriterios" de valoración que no eran los que figuraban en los pliegos del concurso, además de dar un trato diferente a empresas que presentaron ofertas similares.

19. (Art. 157 de la LGP): "tiene por objeto la verificación de una forma continua realizada a través de la correspondiente intervención delegada, de la situación y el funcionamiento de las entidades del sector público estatal en el aspecto económico-financiero, para comprobar el cumplimiento de la normativa y directrices que les rigen y, en general, que su gestión se ajusta a los principios de buena gestión financiera y en particular al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de equilibrio financiero.

20. La auditoría pública se ejercerá, en función de lo previsto en el plan anual de auditorías a que se refiere el art. 165 LGP, sobre todos los órganos y entidades integrantes del sector público estatal y sobre los fondos a que se refiere el apartado 2 del artículo 2 LGP, sin perjuicio de las actuaciones correspondientes al ejercicio de la función interventora y del control financiero permanente, y de las actuaciones sometidas al ejercicio de la auditoría privada de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, impuestas a las sociedades mercantiles estatales por la legislación mercantil. (Artículo 163 LGP).

Consiste en la verificación, realizada con posterioridad y efectuada de forma sistemática, de la actividad económico-financiera del sector público estatal, mediante la aplicación de los procedimientos de revisión selectivos contenidos en las normas de auditoría e instrucciones que dicte la Intervención General de la Administración del Estado. (Artículo 162 LGP).

21. Apartado 2.1.9 de las Normas de Auditoría del Sector Público.

22. Se ejerce por un órgano ajeno totalmente a la Administración controlada y que no está en su propio organigrama de actuación. En España es realizado por el Tribunal de Cuentas (Art. 140 LGP) y los Órganos de control externo (OCEX) en las Comunidades Autónomas.

provocado y que el órgano de contratación notificara el fin de la suspensión. Posteriormente con el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19 (BOE Núm. 73 de 18 de marzo) surgen medidas para proteger al tejido productivo y para intentar minimizar el impacto de este cese radical de la actividad económico derivado de medidas impuestas por la Administración Pública.

En este sentido, y para el caso concreto de los contratos públicos suspensos, se establecía diferentes formas de compensación económica al adjudicatario de los mismos, y es precisamente la naturaleza jurídica de los contratos, la que determinará una u otra forma de indemnización. Así para los contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva, como sería el caso de los servicios de restauración y cafetería, el artículo 34.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 señala la obligación de la Administración al pago de una indemnización de daños y perjuicios sufrida ante la imposibilidad de ejecución del contrato, situación derivada de la puesta en marcha de medidas públicas adoptadas que obligaron al cierre de establecimientos. Los conceptos por los que se podía pedir indemnización son tasados y cerrados:

- 1.º Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.
- 2.º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.
- 3.º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al periodo de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato.
- 4.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

Para la puesta en marcha de este proceso indemnizatorio, es el órgano de contratación el que debe determinar por escrito, la imposibilidad de ejecutar el contrato, y ello a instancia del contratista, el cual deberá justificar los medios personales y materiales que tiene vinculados a ese contrato y su imposibilidad para utilizarlos en otro.

Se requiere del contratista todos los documentos justificativos de gasto para que, posteriormente, pueda ser indemnizado.

La filosofía compensatoria para los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, es radicalmente diferente a la que acabamos de exponer para contratos de servicios de prestación sucesiva.

El artículo 34.4 del citado RDL 8/2020 es el encargado de determinar cómo establecer el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato derivado de la compensación por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados. Teniendo en cuenta las interpretaciones formuladas por la Abogacía del Estado en Informes de 30 de marzo de 2020 y 1 de abril de 2020, se establecen 2 vías alternativas y excluyentes:

1. Ampliar la duración inicial del contrato hasta un plazo máximo de un 15% de la duración inicial
2. Modificar las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Será el órgano de contratación el que determine, previa audiencia del interesado, y una vez acreditada la imposibilidad de ejecutar el contrato, y de las pérdidas obtenidas, cuál será la vía a aplicar. Es el órgano de contratación el que determinará el modo de acreditar el procedimiento de disminución de los ingresos.

Por lo tanto, en el caso de que los servicios de cafetería y restauración hayan sido calificados como concesión de servicios, no serán compensados por la justificación de gastos del artículo 34.1 del RDL citado, sino que lo que aquí se pretende es restablecer el equilibrio económico con la puesta en práctica de alguna de las dos vías indicadas.

En marzo de 2020, quedaban todavía en vigor contratos administrativos especiales, entre otros, en el ámbito objeto de estudio de este trabajo. Si bien, no se determinó expresamente la forma de ser indemnizados, en el caso que procediera. La Abogacía del Estado del Ministerio del Interior en oficio de salida 1964 de fecha 26 de octubre de 2020, determinó, la asimilación de este tipo de contratos a los de concesión de servicios, en el caso de que existiera transferencia de riesgo operacional. En otro caso se asimilarían a los contratos de servicios y les sería de aplicación su forma de ser compensados.

Es natural y defendible que el tratamiento de la forma de compensar a los adjudicatarios de contratos de servicios y concesión de servicios, sea diferente, ya que son tipos de contratos diferentes. El problema es cuando una misma prestación, en función de cómo se califica, no tengan la misma indemnización.



3. Conclusiones

- La normativa contractual y patrimonial vigente no han determinado una forma única y genérica de calificar a los contratos de restauración, cafetería y bar en dominio público sin coste directo para la Administración.
- En la PCE conviven hoy en día licitaciones de este tipo con expedientes calificados como contratos administrativos especiales, de servicios, concesión de servicios, incluso cesiones patrimoniales.
- Actualmente los contratos objeto de estudio, pese a que se siguen tipificando como cesiones patrimoniales y administrativos especiales, según la PCE aparecen de forma mayoritaria como contratos de servicios o concesión de servicios.
- El concepto de riesgo operacional es por tanto el criterio delimitador de la forma contractual. No debemos confundir con el riesgo y ventura existente en cualquier emprendimiento de negocio.
- Pese a los intentos de acotar el término “riesgo operacional” sigue siendo un concepto jurídico complejo e indeterminado, lo que da lugar a la existencia de diversidad de opiniones y subjetividad en su aplicación. Habrá que analizar en cada caso concreto, las relaciones jurídicas establecidas entre las partes que rijan la prestación para determinar si se produce o no la transmisión del riesgo operacional.
- La tipificación de toda prestación en un tipo de contrato determinado supone la sujeción al régimen jurídico correspondiente. El hecho de que este tipo de contratos, teniendo la misma prestación, estén teniendo diferentes formas de calificarlos jurídicamente, da lugar a que una misma cuestión de los mismos, se trate de forme diferente.
- De acuerdo al principio de seguridad jurídica sería recomendable que para la misma prestación, existiera unanimidad de criterio, comenzando por su calificación jurídica, dando lugar a su vez, a homogeneizar aspectos derivados de la misma como el valor estimado, la cuantía para ser considerados contratos sujetos a regulación armonizada, los procedimientos de adjudicación a aplicar a este tipo de contratos así como a la determinación de las indemnización que les correspondieran ante las medidas por la pandemia.

- La inclusión de los contratos como SARA supone la sujeción de reglas especiales en cuanto a publicidad y elección de procedimiento. Uno de los criterios que delimita formar parte de este grupo de contratos será el valor estimado, cuya cuantía es diferente en función del tipo contractual, existiendo una gran diferencia de dicho importe para los contratos de servicios y concesión de servicios. No está contemplado que los contratos administrativos especiales sean contratos SARA. Ello puede dar lugar al hecho de que otorgarles una naturaleza administrativa especial pueda utilizarse para eludir fórmulas más rígidas de transparencia, concurrencia e impidiendo a los licitadores poder acogerse al recurso especial de contratación.
- El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19 (BOE Núm. 73 de 18 de marzo) determina medidas para intentar minimizar el impacto del cese radical de la actividad económico derivado de medidas impuestas por la Administración Pública. La forma de indemnización es diferente en base al tipo de contratos. Los contratos de servicios de prestación sucesiva serán indemnizados en base a la justificación de una serie de gastos tasados expresamente. Para las concesiones de servicios el sistema indemnizatorio está basado, no en compensar con gastos soportados sino con medidas encaminadas a restablecer el equilibrio económico (elección del órgano de contratación, previa audiencia del interesado entre aumentar la duración del contrato un 15% o restablecer las cláusulas de contenido económico). Los contratos administrativos especiales vigentes, determinarán su forma de indemnización en base a si se considera que existe o no transferencia del riesgo operacional en el negocio.
- Es natural y defendible que el tratamiento de la forma de compensar a los adjudicatarios de contratos de servicios y concesión de servicios, sea diferente, ya que son tipos de contratos diferentes. Sin embargo no es lógico que la misma prestación, en función de cómo se califique, no tengan el mismo sistema de cálculo de la indemnización. Ello da lugar a agravios comparativos e inseguridad jurídica. La indemnización de los contratos calificados como contratos administrativos especiales vuelve a depender de la percepción indeterminada de la transferencia del riesgo operacional.
- De acuerdo al informe de la JCCA del año 2019 y la normativa contractual vigente los contratos analizados, pese a que no tengan coste directo para la Administración, ya no deben figurar con valor cero de valor estimado. Al formar parte de los contratos administrativos, el cálculo del valor estimado habrá de cumplir lo establecido en el artículo 101 de la LCSP:

Para los contratos de servicios: El valor estimado únicamente recogerá las obligaciones económicas pagaderas de la Administración, siendo el grueso de las mismas, los gastos corrientes del funcionamiento del local y su menaje (luz, agua, gas, etc.).

En la concesión de servicios, el valor estimado recogerá la cuantía de las ventas y de los ingresos derivados de la actividad del adjudicatario, sin incluir el importe de los descuentos o bonificaciones así como los suministros relacionados con los servicios.
- De acuerdo a lo anterior, en este tipo de prestaciones sin coste directo para la Administración, no parece adecuado tener en cuenta los costes laborales necesarios, ni en el cálculo del valor estimado si se califican como servicios (no son gastos de la Administración) ni para concesión de servicios (no forman parte de ingresos ni suministros). Tampoco los suministros para el caso de concesión de servicios, si se considera la definición de “suministro” de acuerdo a la cuenta 628 del PGC, ya que corre a cargo de la Administración.
- El valor estimado que figure en los Pliegos de este tipo de contratos, independientemente de cómo sea calificado jurídicamente, debería ser calculado con un único criterio y de acuerdo a la finalidad de dicho concepto y las características de la prestación objeto de estudio, parece estar más acorde con la fórmula de la concesión de servicios, ya que esta cuantía es útil para los licitadores, ya que su análisis, junto con su previsión de gastos, determinará información sobre la posible viabilidad futura del negocio.
- El que la forma de retribución de este tipo de contratos no sea por pago directo de la Administración al contratista no lo exime de su control económico, ya que de él se derivan compromisos de tipo económico por ambas partes y en todo momento, al ser un procedimiento contractual sujeto a la LCSP, debe estar conforme al ordenamiento jurídico.
- Son contratos sujetos a control económico interno y externo. Respecto a las fórmulas de control interno más adecuadas, en relación a la función interventora, puesto que las obligaciones económicas de la Administración derivan generalmente del pago de gastos corrientes (luz, agua, gas, etc.), de acuerdo con el artículo 18 del RD 2188/95 y del artículo 151 de la LGP, estarían exentos de

fiscalización previa, al ser suministros, de pago mediante el anticipo de caja fija o gastos de carácter periódico y de tracto sucesivo, pero sobretodo porque no se realizan expedientes de gasto individualizados para los locales de cafetería, sino que son mayores consumos del funcionamiento normal del Centro en su conjunto. Sería conveniente sustituir esta forma de fiscalizar por el control financiero permanente en los términos del artículo 149 de la LGP.

- Las fórmulas más adecuadas de control interno deberían ser el control financiero permanente y la auditoría en su vertiente de cumplimiento y operativa. Son controles posteriores, que pueden garantizar la comprobación de que los actos y procedimientos de gestión están conforme a las normas aplicables.
- La auditoría de cumplimiento garantizaría la verificación de la conformidad del procedimiento con la normativa de aplicación y la auditoría operativa puede aportar un punto de vista mucho más amplio en su aplicación a los contratos de coste cero, en su tipología de auditoría de economía y eficiencia, auditoría de programas y auditoría

de sistemas y procedimientos. Especialmente útil puede ser la auditoría de economía y eficiencia. E necesario no olvidar este tipo de contratos e incorporarlos con mayor frecuencia en el Plan anual de auditorías.

4. Bibliografía

- Plataforma de Contratación del Sector Público. www.contrataciondelestado.es
- Constitución Española.
- Plan General de Contable.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
- Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestario.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.



- Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre
- Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
- RD 2188/95, de 28 de diciembre por el que se desarrolla el régimen del control interno de la IGAE.
- RD 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid 19.
- RD 8/2020 de 13 de marzo de medidas extraordinarias para hacer frente al impacto económico social de la Covid 19.
- Instrucción 1/2019 de la OIREsCON.
- Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Expediente 87/18. Régimen jurídico del contrato de cafetería y restauración.
- Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Expediente 25/12, de 20 de noviembre de 2012. "Explotación de inmuebles de servicio público, propiedad del Ayto.mediante la instalación de bares-cafeterías:calificación del contrato, forma de adjudicación y valor estimado del contrato."
- Resolución 203/2019 del Tribunal Administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía.
- Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 86/2018 Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 29/2014, de 17 de enero.
- Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 411/2017, de 5 de mayo.
- Resolución del Tribunal Administrativo Central 334/15.
- Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 29/2014, de 17 de enero.
- Informe 10/2010, de 15 de octubre de la Comisión Consultiva de Contratación pública de la Junta de Andalucía.
- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Resolución 153/2017, de 17 de mayo de 2017.
- Tribunal Administrativo de contratos Públicos de Aragón. Acuerdo 34/2014 de 20 de junio.
- Informe Abogacía del Estado de 30 de marzo y 1 de abril.
- Informe Abogacía del Estado del Ministerio de Interior de fecha 26 de octubre de 2020 de Oficio número 1964.
- **Ruiz Daimiel, M**, "El responsable del contrato en la nueva Ley de Contratos del Sector Público". El Observatorio de contratación público. 18 de junio de 2018.

ANEXO

Encuesta a realizar

1. En alguno de los órganos que son objeto de control, ¿sabes si existe un servicio de bar-restauración y cafetería?
2. En caso afirmativo. ¿Es objeto de fiscalización? ¿En qué fases?
3. ¿Ha sido objeto de alguna auditoría o control financiero?
4. ¿Hay compromisos económicos del contratista hacia la Administración? ¿Y viceversa? ¿De qué tipo?
5. Este tipo de contratos no tienen costes directos para la Administración. Son los precios cobrados a los usuarios los que remuneran al contratista. Resuma brevemente su opinión y/o fundamento legal por el cual determina si deben ser o no objeto de intervención, control financiero o auditoría.