



Roj: **STSJ CLM 3099/2015 - ECLI: ES:TSJCLM:2015:3099**

Id Cendoj: **02003330012015100718**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2015**

Nº de Recurso: **385/2013**

Nº de Resolución: **458/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE BORREGO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1

ALBACETE

SENTENCIA: 00458/2015

Recurso contencioso-administrativo nº 385/2013

GUADALAJARA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Sección Primera.

Magistrados, Iltmos. Sres.:

D. José Borrego López, Presidente.

D. Mariano Montero Martínez

D. Manuel José Domingo Zaballos

D. Antonio Rodríguez González

D. José Antonio Fernández Buendía

SENTENCIA Nº 458

En Albacete, a diecinueve de Octubre de dos mil quince.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha los presentes autos, seguidos bajo el número 385 de 2013 del recurso contencioso-administrativo, seguido a instancia del AYUNTAMIENTO DE GUADALAJARA, representado por el Letrado de su Servicio Jurídico; y como partes demandadas, DON Inocencio , representado por el Procurador Sr. Jiménez Belmonte; y DOÑA Victoria , representada por la Procuradora Sra. González Velasco; en materia de anulación pliego de cláusulas administrativas. Siendo Ponente el Iltmo. Sr. Don José Borrego López, Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por la representación procesal de la actora se interpuso en fecha 27 de Septiembre de 2013, recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de Castilla-La Mancha, de fecha 04 de Septiembre de 2013 (resolución 346/13).

Formalizada demanda, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó solicitando sentencia de conformidad con lo interesado en el suplico de dicho escrito procesal.



Segundo. Contestada la demanda por las partes demandadas, tras relatar a su vez los hechos y fundamentos jurídicos que entendieron aplicables, solicitaron una sentencia desestimatoria del recurso.

Tercero. Habiéndose recibido el pleito a prueba, y practicada la propuesta por las partes y existiendo fase de conclusiones, se practicó dicha tramitación y se señaló día y hora para votación y fallo, el 15 de Octubre de 2015, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Impugna la actora la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales (dependiente del Ministerio de Hacienda), de fecha 04 de Septiembre de 2013, por la que se desestimaba el recurso deducido por los demandados (resolución nº 346/13).

Segundo. Debemos proceder a la desestimación del presente recurso (arts. 67 , 68 y 70, todos ellos de la Ley Reguladora), por las siguientes razones legales, a saber: **a)** Toda la problemática del presente recurso, estribaría en determinar si en el presente supuesto contractual nos encontramos ante un contrato de gestión de servicio público (como defiende la parte actora); o un contrato de servicios (como sostiene los demandados y el Órgano administrativo). **b)** De la correcta determinación de su naturaleza jurídica; depende la confirmación o no de la legalidad del acto administrativo impugnado (declaración de nulidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas, reguladoras del procedimiento abierto convocado por la Corporación local para la adjudicación, en régimen de concesión administrativa del contrato de gestión integral de determinados servicios públicos medio-ambientales del municipio). **c)** En el presente caso, lo que ha hecho el Ente local es fusionar prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto; adaptando los pliegos y prescripciones, así como el procedimiento, a esa posibilidad del contrato mixto que posibilita el art. 25.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos . Ahora bien, para que se de dicha categorización, hay que estar a la naturaleza de las prestaciones a su posible vinculación entre sí; a las relaciones de complementariedad que exijan entre sí, como unidad funcional Todo ello, enlazaría a su vez, desde esa misma naturaleza, en la delimitación de si desde los pliegos y prescripciones técnicos del contrato, estaríamos más que ante un contrato de gestión de servicios, ante un contrato de servicios, como ha mantenido el acto administrativo recurrido. **d)** En este sentido, al proceso argumentador de la parte actora, reincide en razonamientos interpretativos, sin lograr superar la dialéctica fundamentadora del Tribunal Administrativo Central; ni destruir su base probatoria. Así, es obvio, que los pliegos delimita la naturaleza jurídica del contrato, como un contrato de gestión de servicios públicos; en concreto como concesión, lo que implicaría no quedar sujeto a regulación armonizada (exigencias legales marcadas por la Directiva 2004/18/CE). Desde este presupuesto, para que dicho contrato pueda ser calificado como de gestión de servicios públicos, el concesionario debe de asumir el riesgo de la explotación; y en la medida en que, en consonancia con ello, su retribución se establece de un modo incierto, invariable, por depender aquella de la utilización del servicio por los usuarios (definiendo así, la contrapartida para el contratista). Ello supone, que el concesionario asume el riesgo derivado de la explotación del servicio (y ello aunque, el pago por la utilización del servicio por los particulares, corra a cargo de la entidad concedente -pago llamado en la sombra-); lo que ha de implicar la transferencia de la organización del servicio (en este sentido, la base normativa; arts. 8; 251; 253; de la L. de Contratos); lo que ha de implicar, igualmente, que la prestación del servicio sea susceptible de explotación empresarial (informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa -12/2010, de 23 de Julio; 172 y 116/11; 80/2013; 204/13-;....). Dichos criterios también han sido mantenidos por nuestro Tribunal de Justicia de la Unión Europea -Sentencia de 10 de Septiembre de 2009 -. En el mismo sentido, la Sentencia de este Tribunal y Sección Primera, nº 367, de 22 de Junio de 2015 . **e)** Asentado todo ello, si analizamos los pliegos resulta, que la contraprestación del adjudicatario es fija (cláusula 45); y se percibirá mediante abonos a buena cuenta; sin que quede alterado el principio de asunción de riesgo, por la retribución parcial o disminución de la cantidad a satisfacer por la cláusula de calidad en su prestación, que no trasladan "per se" el riesgo al concesionario; ni sustantivan la asunción de riesgos por la posible mala gestión del servicio (adviértase que el riesgo tan sólo será del 6% al 4"), claramente insuficiente. Nótese, que si no asume el riesgo de la explotación del servicio; aunque de su clausulado se den otras características propias del contrato de gestión de servicio público, ello no nos lleva a categorizarlo como tal. Así, la calidad de prestación y la disminución de la retribución; la penalización; el riesgo de demanda, que no es generalizable a la mayoría de las prestaciones; ni la utilización de criterios contables establecidos por la Unión Europea; la transmisión del riesgo de construcción o el riesgo de disponibilidad.....; cuando ocurre en el presente caso, no se asume el riesgo de explotación; o es susceptible de categorizarse por algunas de esas mismas características como otra modalidad contractual. O lo que se asume realmente es la labor de mantenimiento y prestación de servicios. **f)** Pero si nos atenemos a la naturaleza de la prestación de servicios (limpieza diaria; recogida y transporte de RSU; limpieza y mantenimiento de parques; restablecimiento de seguridad vial, desratización; regulación



semafórica; gestión de alumbrado público; mantenimiento del sistema de uso de bicicletas); observamos que por su naturaleza jurídica, difícilmente se puede asumir respecto de ellos el servicio de explotación; y dado su montante económico contractual. Pero es que a fortiori, tampoco nos encontraríamos, en este caso, ante un contrato categorizable como mixto al amparo de lo dispuesto en el art. 25.2 de la L.C.S.P., según la tipología de las prestaciones referidas más arriba (cláusula tercera del pliego), claramente se vislumbra "ictu oculi", su clara naturaleza prestacional diferenciada; su realidad objetiva lo evidencia; y hace inaplicable dicho precepto, por falta de clara y precisa vinculación prestacional de los servicios; falta de relación material; falta de unidad funcional. La parte actora postula una exégesis del precepto contraria a su teleología normativa; a su lógica operativa; cuya vulneración trascienda a otras garantías principales y derechos contractuales. Tanto el pliego de cláusulas (séptima), como de condiciones técnicas, presupone la prestación de servicios, derivadas de material muy diversas; cuya unificación, por su propia determinación legal, no puede quedar al albur de meras cuestiones económicas o de oportunidad. Desde todo lo razonado, deber de confirmarse la tesis legal del Tribunal Central de Contratación, que de ser un órgano distanciado de los intereses en conflicto, ha venido a objetivar de manera suficientemente razonada y razonable la aplicación de la Ley estatal y comunitaria; siempre haciendo prevalente el interés público y social que conlleva la misma; al entender que *no* estamos ante un contrato de gestión de servicios públicos *ni* ante un contrato mixto. **g)** Estas conclusiones, nos llevan, a su vez, a que se ha vulnerado el principio de concurrencia y libre competencia (art. 1 de la L.C.), al atribuir el órgano de contratación a un solo contratista la realización de todas las prestaciones, sin olvidar que en virtud del plazo temporal del contrato de 17 años, con prórroga de tres; no sólo impide esa libre competencia por un largo período de tiempo; sin que ello se acomode a la naturaleza y entidad de los servicios; que al concluirse que estamos ante un contrato de servicios harían mas ostensible la quiebra de sus límites contractuales (art. 303 del T.R.). Pero es que junto a ello, habría que unir las posibles vulneraciones procedimentales, ya que al encontrarnos con un contrato de servicios, se debería de haber seguido el criterio jurídico contenido en el art. 142 de la Ley (publicación en el D.O.U.E.); y de Derecho material (art. 16 del Texto Refundido). Por todo lo expuesto procede desestimar el presente recurso; con expresa imposición de costas a la parte demandante (art. 139.1, de la Ley Reguladora).

FALLAMOS:

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso Contencioso-Administrativo deducido por el AYUNTAMIENTO DE GUADALAJARA, contra la resolución del T.A. Central de Recurso Contractuales, de fecha 04 de Septiembre de 2013. Con expresa condena en costas a la parte demandante.

Contra la presente resolución cabe Recurso de Casación, por término de DIEZ DÍAS, contados desde el siguiente de su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación literal a los autos originales, la pronunciamos, mandamos y firmamos.