



Roj: **STSJ CLM 3282/2015 - ECLI: ES:TSJCLM:2015:3282**

Id Cendoj: **02003330012015100797**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **09/11/2015**

Nº de Recurso: **444/2013**

Nº de Resolución: **505/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE ANTONIO FERNANDEZ BUENDIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

ALBACETE

SENTENCIA: 00505/2015

Recurso Contencioso-administrativo nº 444/2013

GUADALAJARA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Sección Primera.

Presidente:

Ilmo. Sr. D. José Borrego López.

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Mariano Montero Martínez.

Ilmo. Sr. D. Manuel José Domingo Zaballos.

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez González Ilmo. Sr. D. José Antonio Fernández Buendía.

SENTENCIA Nº 505

En Albacete, a nueve de noviembre de dos mil quince.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha los presentes autos, bajo el número 444/2013 del recurso contencioso-administrativo, seguido a instancia de CESPAS, Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A., y Ferrovial Servicios, S.A., representadas por el procurador don Manuel Serna Espinosa, siendo parte demandada la doña Florinda, representada por la procuradora doña Pilar González Velasco, y don Jesús María, representado por el procurador señor Jiménez Belmonte; y habiéndose tenido por apartado del procedimiento al Excmo. Ayuntamiento de Guadalajara, inicialmente demandado, en materia de contratos públicos. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don José Antonio Fernández Buendía.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 4 de septiembre de 2013, por la se estimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por los codemandados, señora Florinda y señor Jesús María, contra los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión integral de determinados servicios públicos medioambientales del Ayuntamiento de Guadalajara.



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

Segundo.- Dado el traslado a los recurrentes en el recurso especial en materia de contratación, y al Excmo. Ayuntamiento de Guadalajara, los primeros contestaron a la demanda adecuadamente y, tras relatar a su vez los hechos y fundamentos jurídicos que entendieron aplicables, solicitaron una sentencia desestimatoria del recurso. El Excmo. Ayuntamiento de Guadalajara solicitó que se le tuviera por apartado del procedimiento, al haber entablado el mismo, precisamente, recurso contencioso administrativo contra la misma resolución del TACRC, y por los mismos motivos sostenidos ahora, aquí, por las mercantiles recurrentes, lo que se resolvió así por medio de Decreto de 26 de mayo de 2014.

Tercero.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba, se practicaron las admitidas y, evacuado el trámite de conclusiones, se señaló día y hora para votación y fallo, el 5 de noviembre de 2015, fecha en la que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Impugna la recurrente la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 4 de septiembre de 2013, por la se estimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por los codemandados, señora Florinda y señor Jesús María, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión integral de determinados servicios públicos medioambientales del Ayuntamiento de Guadalajara.

Segundo.- En efecto, como expresaba el Excmo. Ayuntamiento de Guadalajara, las mismas cuestiones aquí sometidas a debate habían sido planteadas en otro litigio anterior entablado precisamente por el referido Ayuntamiento contra la misma resolución del TACRC.

La sentencia que resolvió el citado recurso da respuesta, pues, a todas y cada una de las cuestiones planteadas aquí por CESPAS, S.A., y Ferrovial Servicios, S.A., habiéndose concluido en la misma ser la resolución del TACRC impugnada ajustada a Derecho.

Dice la Sentencia de esta misma Sala y Sección, de fecha 19 de octubre de 2015 (ponente Borrego López) " 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 disminuida 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 (advirtiéndose 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 varia; 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 limites 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). "

Los fundamentos contenidos en la reproducida resolución dan cumplida y adecuada respuesta a todas y cada una de las cuestiones planteadas en este procedimiento por la parte actora, por lo que no cabe duda que procede dar la misma respuesta desestimatoria al recurso contencioso administrativo planteado por evidentes motivos de coherencia, seguridad jurídica y unidad de doctrina.

Tercero.- Procediendo la desestimación del recurso la parte recurrente habrá de ser condenada al pago de las costas procesales, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por CESPAS, Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A., y Ferrovial Servicios, S.A., contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 4 de septiembre de 2013, por la se estimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por los codemandados, señora Florinda y señor Jesús María , contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión integral de determinados servicios públicos



medioambientales del Ayuntamiento de Guadalajara, condenando a CESPAS, Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A., y Ferrovial Servicios, S.A., al pago de las costas procesales.

No tífquese la presente Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación preparándolo ante esta Sala en el plazo de diez días de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ