



Roj: **STSJ CV 1531/2016 - ECLI: ES:TSJCV:2016:1531**

Id Cendoj: **46250330052016100232**

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

Sede: **Valencia**

Sección: **5**

Fecha: **03/03/2016**

Nº de Recurso: **346/2013**

Nº de Resolución: **229/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **FERNANDO NIETO MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNITAT VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA**

En la ciudad de Valencia, a tres de marzo de 2016.

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, compuesta por los Iltmos. Sres. **D. FERNANDO NIETO MARTÍN, Presidente, D. JOSÉ BELLMONT MORA, Dª ROSARIO VIDAL MÁS, D. EDILBERTO NARBÓN LAÍNEZ y Dª BEGOÑA GARCÍA MELÉNDEZ, Magistrados**, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A N U M E R O 2 2 9 / 2 0 1 6

En el recurso contencioso-administrativo número **346/2013** interpuesto por **SERVICLEOP, S.L.**, representado por la procuradora Dª Elena Gil Bayo y defendido por el letrado D. Javier Mezquita Perales.

Es Administración demandada el **AYUNTAMIENTO DE CASTELLÓN DE LA PLANA**, representado por el procurador D. Fernando Bosch Melis y defendido por el letrado D. Gabriel Eixea Agustí.

Constituye el objeto del recurso un acuerdo dictado el 5 de junio de 2013 por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Este acuerdo *inadmite* el recurso que Servicleop, S.L., formuló contra una resolución del Ayuntamiento de Castellón de la Plana de 30 de abril de ese año, que **convocó una licitación con el objeto de adjudicar el contrato de concesión del servicio de retirada de vehículos** de las vías públicas de la ciudad, así como el transporte, depósito y custodia de los mismos a los locales destinados a tal fin.

La cuantía se fijó en indeterminada.

El procedimiento ha seguido los trámites del ordinario.

Ha sido magistrado ponente el Sr. D. FERNANDO NIETO MARTÍN, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso por la parte actora, se le dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo.

SEGUNDO. Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que así hizo en el plazo legal, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimatoria del mismo, por ser contrario al ordenamiento jurídico, el acto administrativo impugnado.



TERCERO .Dado traslado del escrito de la demanda a la representación de la Administración demandada para que contestara, así lo hizo en tiempo y forma oponiéndose a la misma y suplicando se dictara sentencia confirmatoria de los acuerdos recurridos.

CUARTO . Habiéndose recibido el proceso a prueba - que ha consistido en la reproducción del expediente administrativo -, y tras una fase de conclusiones escritas, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia. Se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día veintitrés de febrero de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Servicleop, S.L., cuestiona, en los autos, la adecuación a Derecho de un acuerdo dictado el 5 de junio de 2013 por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Este acuerdo *inadmite* el recurso que esta entidad mercantil formuló contra una resolución del Ayuntamiento de Castellón de la Plana de 30 de abril de ese año, que convoca una licitación con el objeto de adjudicar el contrato de *concesión del servicio* de retirada de vehículos de las vías públicas de la ciudad, así como el transporte, depósito y custodia de los mismos a los locales destinados a tal fin.

La decisión tiene su origen en el hecho de que no nos situamos aquí dentro del ámbito de los vínculos contractuales que tienen acceso al recurso especial al que hace referencia el artículo 40.1.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 13 de noviembre:

"1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores (...) c) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años".

Para el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, las claves sobre las que se asienta su decisión son las de que:

- el adjudicatario del contrato va a tener que asumir un escaso *riesgo empresarial* a la vista de que el grueso de los servicios que prestará en él son cobrados, de forma directa e inmediata, del usuario de la actividad (la persona a la que se le retira el vehículo de la vía pública);
- si ello es así, nos situamos - para la doctrina legal emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea - fuera del espacio de alcance del *contrato de servicios* ;
- el contrato no dispone de unos gastos de primer establecimiento que superen la cuantía mínima exigida por el artículo 40.1.c) del TRLCSP.

En palabras (lo más relevante) de su decisión de 05/06/2013:

"... los pliegos establecen que una parte de la contraprestación del adjudicatario, la correspondiente a los denominados "servicios ordinarios", los percibirá directamente del ciudadano infractor cuyo vehículo haya sido retirado de la vía pública y trasladado al depósito correspondiente para su custodia, con carácter previo a la recuperación del mismo".

"... la asunción de riesgo por parte de la empresa es mínimo, ya que tiene asegurado el cobro de la cantidad unitaria estipulada por cada uno de los servicios que realice".

"Si el cálculo inicial de costes está bien realizado por parte de la empresa con carácter previo a configurar su oferta, el riesgo que corre al asumir la prestación del servicio es realmente pequeño, como también lo es la posibilidad de incrementar el beneficio industrial previsto inicialmente, ya que es muy limitada la capacidad de explotación empresarial de la operación".

"... La sentencia citada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-206/08), aborda la posibilidad de que el riesgo que asuma el adjudicatario sea pequeño".

"... El análisis de costes contenido en el proyecto de explotación del servicio, no permite conocer cuál es el "presupuesto de gastos de primer establecimiento", entendiéndose por tales aquellos a los que tendrá que hacer frente el adjudicatario con carácter previo al comienzo de la prestación del servicio".

"... Ello no obstante, partiendo de las cifras que obran en el expediente, cabe entender que, efectuados los ajustes necesarios, el importe de los gastos de primer establecimiento sería en todo caso inferior a los 500.000 euros



previstos en el artículo 40.1.c) TRLCSP, por lo que la licitación en cuestión no sería impugnabile a través de recurso especial en materia de contratación".

SEGUNDO.- La parte demandante no está de acuerdo con la afirmación que efectúa el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de que el contrato de "Servicio de retirada, depósito y custodia de vehículos en las vías públicas del término municipal de Castellón de la Plana", cuente con los rasgos propios de los (a) contratos de *gestión de servicios públicos* - por la falta de asunción de un riesgo empresarial por parte del contratista -:

"1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública (...) encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante" (artículo 8º, LCSP).

Para esta parte procesal, nos situamos aquí dentro del espacio de alcance propio de los contratos de servicios a la vista de:

- la codificación del objeto del contrato que aparece en la cláusula 1.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

"... La codificación que corresponde a la nomenclatura del Vocabulario Común de los contratos públicos según el Reglamento (CE) número 213/2008 (...) es la siguiente: 50118110-09 (Servicios de remolque de vehículos)".

- el objeto del mismo se adscribe a lo establecido en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, enunciado normativo a tenor del que:

"Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II".

- el contrato se encuentra sujeto a *regulación armonizada, sub., artículo 16* de esta norma:

"Contratos de servicios sujetos a una regulación armonizada: umbral (...) b) 200.000 euros, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entes, organismos o entidades del sector público distintos a la Administración General del Estado".

Las páginas 7ª, 8ª y 9ª del escrito de demanda despliegan una actividad de comparación, desde cuatro parámetros, entre el contrato de (b) servicios versus contrato de gestión de servicios públicos:

"... a) Organización del servicio y asunción del riesgo (...) b) Beneficiario del servicio (...) c) Precio del contrato (...) d) Perspectiva fiscal".

Por lo que hace a la temática vinculada con el coste de primer establecimiento - para el exclusivo supuesto de que la Sala considere que estamos dentro del marco de un contrato de gestión de servicios públicos -, esta parte procesal se remite a un (c) cuadro que incluye en la página 10ª del escrito de demanda, y en el que el importe económico total al que se llega por este concepto es el de 765.777,68 €.

TERCERO.- No accedemos a la pretensión de invalidez jurídica solicitada en el proceso 346/2013.

La decisión del tribunal parte de estos datos:

1.- "... Inadmisibilidad del recurso por falta de legitimidad activa (...) Inadmisibilidad del recurso por desviación procesal" (páginas 4ª y 8ª, escrito de contestación a la demanda).

a.- En cuanto a la primera causa de exclusión del análisis de la temática de fondo que en el conflicto ha planteado Servicleop, S.L., la defensa en juicio del Ayuntamiento de Castellón de la Plana mantiene que:

"... Del expediente remitido (...) resulta que la pretensión de la actora es la anulación y nueva redacción de los Pliegos y Proyecto de Explotación, modificando su contenido (...) Sin embargo, en ningún documento señala cuál es el perjuicio que le irroga ni cuál es su beneficio, puesto que de las actuaciones posteriores la actora no ha participado en la contratación, ni ha impugnado la adjudicación" (páginas 4ª y 5ª, escrito de contestación a la demanda).

El tribunal no examina la vigencia/falta de vigencia de esta causa de inadmisibilidad. La razón para ello es que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales consideró ya en la resolución que constituye el objeto de debate en el seno de los autos 346/2013, que Servicleop, S.L. disponía de suficiente legitimación activa como para cuestionar la legalidad de los actos administrativos procedentes del Ayuntamiento de Castellón de la Plana cuya conformidad a Derecho había cuestionado a través de la vía prevista en el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público:



"Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso".

Existiendo una asunción implícita (cuanto menos) de la concurrencia de un suficiente vínculo de interés legítimo entre esta entidad mercantil y el acto administrativo que impugna, no cabe ahora, en sede judicial, variar tal calificación.

Por lo demás, hay doctrina jurisprudencial procedente del Tribunal Constitucional que habilita para mantener una interpretación discordante con la propuesta por la parte demandada:

"... *Procede recordar que la empresa demandante tiene un ámbito de actuación directamente relacionado con el objeto del concurso (...)* Como explicó la propia empresa recurrente en el proceso del que trae causa este recurso de amparo, su interés en la impugnación del pliego estaba justificado en conseguir la nulidad del mismo, y poder así participar en otro concurso con un pliego de condiciones que se ajustara a Derecho" (STC 119/2008, recurso 9129/2006).

b.- Y, por lo que respecta a la desviación procesal, alega que:

"... *Del expediente administrativo, se desprende que la parte actora en ningún momento contraviene la calificación del contrato como de "gestión de servicios públicos", sino que pretende incluir en el precio del contrato la valoración de los posibles ingresos que se produzcan por actos ordinarios del servicio (...)* Sin embargo en el escrito de demanda, en su fundamento de derecho primero (fondo de la pretensión), ataca el acto recurrido, introduciendo un elemento nuevo, e indirectamente una petición desconocida hasta dicho momento procedimental, consistente en entender que el contrato es un contrato de servicio y no de concesión, por lo que alega una cuestión nueva y un motivo de pedir nuevo" (página 8ª, escrito de contestación a la demanda).

Tampoco concurre, para el tribunal, esta causa de inadmisibilidad del contencioso-administrativo 346/2013 a la vista de la inexistencia de variación alguna en el objeto de la controversia - que es lo que cae dentro del campo de acción de la figura jurídica de la desviación procesal -, por más que se hayan introducido nuevos argumentos de impugnación de la actuación administrativa cuestionada.

Este último efecto se encuentra específicamente habilitado por parte de la Ley Jurisdiccional:

"1. *En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración" (artículo 56).*

2.- "... Error en el análisis de la naturaleza jurídica del contrato" (página 3ª, escrito de demanda).

a.- Como hemos comprobado *supra* (primer fundamento de derecho de la sentencia), el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales estima que la razón que determina la calificación del contrato litigioso como *contrato de gestión de servicios públicos*, tiene que ver con la circunstancia de que el vínculo *no va a suponer o implicar un especial riesgo empresarial* para el adjudicatario del servicio.

Con esta perspectiva, analiza *in situ* - es decir, con suficiente *precisión fáctica* - los caracteres específicos que presenta el contrato de retirada, custodia y depósito de vehículos de las vías públicas de Castellón de la Plana:

"... *los pliegos establecen que una parte de la contraprestación del adjudicatario, la correspondiente a los denominados "servicios ordinarios", los percibirá directamente del ciudadano infractor cuyo vehículo haya sido retirado de la vía pública y trasladado al depósito correspondiente para su custodia, con carácter previo a la recuperación del mismo".*

"... *la asunción de riesgo por parte de la empresa es mínimo, ya que tiene asegurado el cobro de la cantidad unitaria estipulada por cada uno de los servicios que realice".*

"*Si el cálculo inicial de costes está bien realizado por parte de la empresa con carácter previo a configurar su oferta, el riesgo que corre al asumir la prestación del servicio es realmente pequeño, como también lo es la posibilidad de incrementar el beneficio industrial previsto inicialmente, ya que es muy limitada la capacidad de explotación empresarial de la operación"* (resolución tomada el 5 de junio de 2013 por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

b.- Este examen atendido, con suficiente rigor, a los hechos determinantes que obran en el proceso 346/2013 no aparece, en cambio, en el escrito de formalización de la solicitud de invalidez jurídica que Servicleop, S.L., ha articulado en la controversia.

Y es que el escrito de demanda dedica la mayor parte de su discurso a *afirmaciones genéricas* (doctrinales) acerca de cuáles son los elementos diferenciadores de las dos tipologías contractuales puestas en juego.



Pero, una vez expuesto los datos más trascendentes que existen desde este plano, no pasa a desplegar una concreta actividad de crítica de la decisión del TACRC de 05/06/2013 ni detalla el por qué, en el concreto supuesto litigioso, quien obtenga la adjudicación del servicio de depósito, retirada y custodia de vehículos en las vías públicas de Castellón de la Plana sí va a tener, en la realidad de las cosas, un suficiente riesgo empresarial como para que la adecuada calificación del contrato sea otra a aquélla que declaró el Ente público contratante.

Más allá de afirmaciones genéricas falta - que es lo importante - una *mínima explicación y argumentación* (no hay ninguna) acerca del error de la decisión administrativa en sede de "riesgo empresarial".

Por lo demás, el motivo expuesto en la demanda en lo que hace a la *codificación del objeto del contrato* sub ., cláusula 1.3 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, no es suficiente para derivar la calificación del mismo a un ámbito diverso al que fue establecido por el Ayuntamiento de Castellón de la Plana cuando existe doctrina jurisprudencial procedente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a tenor de la que para la calificación del vínculo como de *servicios* (artículo 10 TRLCSP) es indispensable que:

"... la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicataria, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios" (STJUE de 10709/2009, asuntos C-207/08, Eurawasser que es reproducida en la decisión del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

3.- "... Sobre el coste de primer establecimiento" (página 9ª, escrito de demanda).

En relación con esta temática litigiosa todo lo que existe, en la controversia, es un *resultado conclusivo, de parte, en forma de gráfico* del que la entidad mercantil solicitante de la tutela judicial exhala la conclusión de que el coste de primer establecimiento llega a un importe económico de 765.777,68 €.

Sin aportar ni las *bases argumentales* que sirven para el cálculo ni la *prueba técnica* que certifique, con suficiente precisión, la coincidencia existente entre afirmaciones, de parte, y real alcance del coste de primer establecimiento del contrato, es patente que el tribunal no puede revocar la decisión de 05/06/2013 simplemente porque en una única página:

- la representación procesal incluya un cuadro con los costes;
- diga que:

"... Para acreditar los gastos anteriormente expuestos se acompaña la siguiente documentación: - documento número dos, presupuesto camión. - documento número tres, presupuesto grúa de arrastre (...) - documento número once, coste personal 2012" (página 10ª, demanda);

- y, en fin, concluya, sin más, que de esa aportación documental queda certificada la cuantía económica de ese primer establecimiento.

La controversia reclamaba, de forma ineludible, poner a la mano de la Sala los singulares datos fácticos que, justificados al través de una suficiente documentación técnica, avalen la plausibilidad de la conclusión ofrecida en el escrito de demanda por parte de Servicleop, S.L.:

"... Así entre los gastos de primer establecimiento, tomando como base los costes que le supondría a mi principal, encontraríamos lo siguientes (...) 765.777,68 €" (página 10ª, escrito de demanda).

"... Por lo tanto, es claro que los gastos de primer establecimiento del contrato (...) superan los 500.000 euros requeridos en el artículo 40.1.c) del TRLCSP" (página 11ª, escrito de demanda).

De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 Ley Jurisdiccional, se imponen las costas procesales causadas en los autos a la parte actora.

FALLAMOS

1.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por SERVICLEOP, S.L., contra un acuerdo dictado el 5 de junio de 2013 por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Este acuerdo *inadmite* el recurso que esta entidad mercantil formuló contra una resolución del Ayuntamiento de Castellón de la Plana de 30 de abril de ese año, que convocó una licitación con el objeto de adjudicar el contrato de *concesión del servicio* de retirada de vehículos de las vías públicas de la ciudad, así como el transporte, depósito y custodia de los mismos a los locales destinados a tal fin.

2.- ESTABLECER la conformidad a Derecho de este acto administrativo.



3.- IMPONER las costas procesales causadas en los autos 346/2013 a la parte actora.

Esta resolución judicial es firme, y contra la misma no cabe interponer recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. FERNANDO NIETO MARTÍN, que ha sido ponente, en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. La Sra. Letrada de la Administración de Justicia, rubricado.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ