



Roj: **STS 1795/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1795**

Id Cendoj: **28079130052019100156**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **30/05/2019**

Nº de Recurso: **207/2016**

Nº de Resolución: **728/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER BORREGO BORREGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CLM 3282/2015,**
STS 1795/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 728/2019

Fecha de sentencia: 30/05/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 207/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: EAL

Nota:

Resumen

RECURSO CASACION núm.: 207/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 728/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente



D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D^a. Ines Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 30 de mayo de 2019.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación que con el número 207/2016 ante la misma pende de resolución, interpuesto por el procurador don Álvaro García de la Noceda, en nombre y representación de Cespa Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A., (CESPA) y de Ferrovial Servicios, S.A. (FERROVIAL), bajo la dirección letrada de don Ernesto García-Trevijano Garnica, contra sentencia de 9 de noviembre de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso **Administrativo** del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sección Primera, en el procedimiento ordinario 444/2013, interpuesto contra resolución del Tribunal **Administrativo** Central de Recursos Contractuales, de 4 de septiembre de 2013, que estimó recurso especial en materia de contratación; siendo parte recurrida doña Silvia, representada por el procurador don Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa y defendida por don Francisco Javier Joaquín José Irizar Ortega.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de 9 de noviembre de 2015 contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

"Desestimar el recurso contencioso-**administrativo** interpuesto por CESPA, 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 que se estimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por los codemandados, Sra. Silvia y Sr. Bienvenido, 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 CESPA, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A., Y FERROVIAL SERVICIOS, S.A., al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- Notificada la anterior resolución, el procurador don Álvaro García de la Noceda de las Alas Pumariño, en representación de CESPA S.A. y FERROVIAL SERVICIOS S.A., presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso **Administrativo** del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sección Primera, preparando el recurso de casación contra la misma. Por providencia, la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y el expediente **administrativo** ante este Tribunal, la parte recurrente se personó ante esta Sala y formuló escrito de interposición del recurso de casación, expresando los motivos en que se amparaba, suplicando que se tuviera por interpuesto el recurso de casación contra la referida sentencia y que previos los trámites legales la Sala dicte sentencia "[...] por la que atendiendo a los motivos del presente escrito, declare haber lugar al mismo y, casando la Sentencia recurrida, se dicte otra por la que se estime la demanda formulada en instancia".

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación, por esta Sala se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días formalizara su escrito de oposición, lo que verificó en tiempo y forma por el procurador don Juan Carlos Estevez Fernández-Novoa en representación de doña Silvia, impugnando los motivos del recurso de casación en virtud de las razones que estimó procedentes y suplicando que la Sala "[...] dicte en su día sentencia por la que se desestime íntegramente los cinco motivos de casación alegados de contrario con expresa condena en costas a los recurrentes".

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 27 de febrero del presente, si bien se ha prolongado la deliberación y votación hasta el 28 de mayo de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Guadalajara convocó un concurso para la gestión de nueve servicios públicos, como **contrato** mixto de gestión de servicios públicos (concesión), con un plazo temporal de 17 años más tres de prórroga.



Los Pliegos de esta convocatoria, que fue anunciada en el B.O. de la Provincia el 24 de junio y en el B.O.E. el 2 de julio, ambos de 2013, fueron recurridos el 18 de julio de 2013 por dos concejales del Ayuntamiento ante el Tribunal **Administrativo** Central de Recursos Contractuales (TACRC), quien tras suspender el procedimiento de contratación, dictó resolución el 4 de septiembre de 2013 estimando el recurso y anulando los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

Dicha resolución del TACRC fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha por el Ayuntamiento, siendo desestimado su recurso el 19 de octubre de 2015, y por CEPSA y Ferrovial, cuyo recurso, por sentencia de 9 de noviembre de 2015, fue igualmente desestimado.

Esta sentencia desestimatoria es el objeto del presente recurso.

SEGUNDO.- Las empresas recurrentes plantean cinco motivos en su recurso, que se examinarán seguidamente.

La Sra. Silvia, única personada como parte recurrida en este recurso, muestra su conformidad con el contenido de la sentencia y rechaza la fundamentación de todos los motivos del recurso, recogiendo los razonamientos de la sentencia y de la resolución del T.A.C.R.C., que estimó su recurso. Y señala que respecto de varios de los servicios que se agrupaban por el Ayuntamiento, y que fue objeto de desestimación por el T.A.C.R.C. tal agrupación, se han publicado ahora anuncios de licitación por el Ayuntamiento separadamente algunos de aquellos servicios agrupados, concursos a los que han acudido los aquí recurrentes. Y que alegada en su escrito de conclusiones la desaparición sobrevenida del objeto del recurso, la sentencia no se pronunció sobre ello ni la demandada interpuso recurso alguno por este motivo.

TERCERO.- El primer motivo de recurso que plantean las recurrentes se interpone al amparo del artículo 88,1,c, de la L.J.C.A.,

"1º Por infracción de los arts. 24 y 120.3 CE y 218.2 LEC, así como la jurisprudencia que los interpreta, por falta de motivación, ya que la sentencia no refiere los argumentos de las partes ni las pretensiones esgrimidas, equiparando este procedimiento a otro en el que no intervinieron los recurrentes, sin justificar la identidad existente entre ambos procedimientos.

Afirman las recurrentes que la sentencia impugnada "adolece de falta de motivación, toda vez que en la fundamentación jurídica del fallo se limita a transcribir una sentencia dictada en otro proceso, en el que Ferrovial y Cespa no fueron partes".

Debe recordarse que en relación con la "[...]la exigencia de la motivación de las sentencias, es necesario dejar constancia de la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo, como declaramos en la sentencia de 7 de mayo de 2012, dictada en el recurso 3216/2011, con cita de otras anteriores de esta misma Sala y del Tribunal Constitucional, conforme a la cual la motivación de las sentencias que impone el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil <<no es sólo una obligación impuesta a los órganos judiciales por el art. 120.3 CE, sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión".

En ese mismo sentido se ha declarado en la sentencia de 18 de junio de 2012 (recurso 676/2011) que "existe una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional que mantiene que el derecho a la tutela judicial efectiva aunque no garantiza el acierto judicial en la interpretación y aplicación del derecho, sí que exige, en todo caso, que la respuesta judicial a las pretensiones planteadas por las partes, esté motivada con un razonamiento congruente fundado en derecho (STC 224/2003, 15 de diciembre) para evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador (STC 24/1990, de 15 de febrero)". De donde cabe concluir que la exigencia de la motivación no es sólo un requisito de forma.

Ahora bien, teniendo en cuenta esa relevancia de la exigencia de la motivación, en la primera de las sentencias citadas declaramos que "el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundadores de la decisión, es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla". Y en esa delimitación de la exigencia de la motivación, se declara en la segunda de las sentencias que "es continua y reiterada la afirmación de una posible motivación breve y sintética que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos en que se sustenta la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, 25/2000, de 31 de enero) e incluso se ha reputado como constitucionalmente



aceptable desde las exigencias de la motivación del artículo 24.1 CE la que tiene lugar por remisión o motivación "aliunde" (SSTC 108/2001, de 23 de abril y 171/2002, de 30 de septiembre). Sin olvidar que para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente (STC 214/1999, de 29 de noviembre). STS de 7 de febrero de 2019, recurso nº 3619/2015 .

Por tanto, el hecho de contener una sentencia una fundamentación por remisión o " *in aliunde* ", no significa falta de motivación, como pretenden las recurrentes por esta sola circunstancia.

El motivo no puede ser estimado.

CUARTO.- El segundo motivo, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , se plantea "Por infracción del art. 288 del TFUE y de la jurisprudencia que lo interpreta en cuando a la aplicación de las directivas comunitarias, por indebida aplicación directa de la Directiva 2004/18 sobre el **contrato** de concesión y el principio de asunción del riesgo del **contrato** de gestión, pues ello ha determinado que se haya calificado incorrectamente el **contrato** por la sentencia impugnada, que no ha tenido en cuenta que la figura de la gestión indirecta en la modalidad de concesión no es equiparable al **contrato** de concesión previsto en dicha Directiva".

Se recuerda que la Directiva 2004/18/CE ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 80/2007, hoy sustituida por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de **Contratos** del Sector Público, T.R.L.C.S.P.. Y la sentencia impugnada solamente se refiere a la Directiva 2004/18/CE en la siguiente frase: "[...] los pliegos delimitan la naturaleza jurídica del **contrato**, como un **contrato** de gestión de servicios, en concreto, como concesión, lo que implicaría no quedar sujeto a regulación armonizada (exigencias legales marcadas por la Directiva 2004/18/CE)".

Las exigencias legales marcadas por la Directiva se encuentran recogidas hoy en nuestro T.R.L.C.S.P, artículos 14, 1 y 2 y 88,7, y en esta cita sobre la regulación armonizada, no se está determinando la naturaleza del **contrato**, sino la consecuencia de la misma. El **contrato** con la naturaleza que le atribuye el P.C.A.P. no tendría que publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea D.O.U.E.. Pero si su naturaleza es la propia de un **contrato** de servicios, entonces la publicación en el D.O.U.E. es obligatoria, favoreciéndose así la libre circulación de servicios y mercancías también en el sector de los **contratos** públicos, posibilitando la libre concurrencia de las empresas de los diferentes Estados miembros en igualdad de oportunidades.

Si lo que alegan los recurrentes es que "el nudo gordiano" de su discrepancia, la naturaleza del **contrato** en cuestión, se ha resuelto por aplicación de la Directiva 2004/18/CE "abstrayéndose de nuestro derecho positivo", no es correcta ni cierta su alegación, como se razonará a continuación.

La distinción entre el **contrato** de gestión de servicios públicos, en su modalidad de concesión, y el **contrato** de servicios, es la forma de establecer la contrapartida para el contratista, si éste asume o no el riesgo de explotación. En reiteradas resoluciones del T.A.C.R.C., así las número 204/2013, 80/2013; 176, 172 y 116/2011, se ha razonado: "Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a la tantas veces mencionada Directiva a definirla como un **contrato** que presente las mismas características que el **contrato** público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio (art. 1.4). Esta definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia: a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma. b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal, que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario, no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que e/ pago por la utilización de/ servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario. c) La concesión servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa. El conjunto de ideas anterior es recogido por nuestro legislador con carácter disperso a través de varios artículos de la Ley de **Contratos** de/ Sector Público: artículo 8 , ("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 encomendante"), artículo 251, ("La

Administración podrá gestionar indirectamente, mediante **contrato**, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso, podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos") y artículo 253: ("La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura..."). Se deduce de los anteriores preceptos, en primer lugar, que al encomendarse al particular la gestión del servicio éste asume la organización del mismo, en segundo lugar, que el servicio debe ser susceptible de explotación empresarial y, por último, que el concesionario debe asumir el riesgo de la explotación. De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio".

El motivo es desestimado, pues las normas citadas en él carecen de relieve para la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada. (Sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 2002)

QUINTO.- En el motivo Tercero interpuesto por las recurrentes al amparo del artículo 88,1,d L.J.C.A., alegan: "3º Por infracción de los arts. 8, 12, 275.1 y 277 TRLCSP y la jurisprudencia que los interpreta. El **contrato** fue correctamente calificado, pero en cuanto a su régimen jurídico, como **contrato** de gestión en su modalidad de concesión, al reunir las notas de esta clase de **contratos**, incluida la asunción suficiente del riesgo de la explotación. La sentencia sin embargo lo deja vacío de contenido, sin atender a sus peculiaridades. La asunción del riesgo debe ser matizada en los **contratos** de gestión, ya que no tiene que ser total y absoluta", lo que ellas denominan el "nudo gordiano de la controversia", es decir, la naturaleza del **contrato**. Según ellas, se trata de un **contrato** de gestión de servicios públicos en su modalidad concesional, en el que hay una asunción, matizada dicen, del riesgo. Para la sentencia impugnada, estamos ante un **contrato** de servicios, en el que el contratista no asume un riesgo de explotación en función del mayor o menor uso que del servicio público hagan los destinatarios, sino que la retribución es fija, pudiendo variar en un porcentaje en función de circunstancias ajenas a los servicios públicos.

Según las recurrentes, la sentencia, al estimar que no estamos ante unas concesiones sino ante unos **contratos** de servicios pues no hay "riesgo y ventura" del concesionario en esta llamada concesión, infringe los preceptos que invoca, artículos 8, 275.1 y 277 del T.R.L.C.S.P..

La cita de los artículos 8 y 275.1 carecen de fundamento, pues ninguna infracción se alega respecto de ellos. Todo se centra en la controversia acerca del inciso final del apartado a) del artículo 277:"La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura".

Para las recurrentes, sí hay gestión del servicio a "riesgo y ventura" del concesionario: hay transferencia de riesgo de demanda al concesionario, pues "se la juega" (así se dice en el recurso) el licitador si los ingresos que puede obtener de la enajenación de muebles viejos, aceites usados, ropa abandonada, etc, no responden a su cálculo de venta. También hay este riesgo, pues si aumenta la población en determinadas zonas, tienen que incrementar sus servicios. Hay transferencia del riesgo de organización al concesionario. Hay riesgo de incurrir el concesionario en mayores costes de los inicialmente previstos en el momento de presentar su oferta, si los medios humanos o materiales que previó son insuficientes para prestar el servicio.

Estas alegaciones sobre el riesgo del concesionario carecen de entidad: los ingresos por venta de muebles abandonados, aceite usado, etc., se refieren a uno solo de los nueve servicios objeto del **contrato**. Si la población aumenta, no hay riesgo, pues la cláusula 27.2.ii del P.C.A.P. establece que ante un aumento de la población o de la superficie de limpieza, "[...] el incremento de los gastos que de ellos pueda derivarse queda compensado con el incremento de los ingresos derivados del aumento de las toneladas de residuo a recoger y a transportar" (siendo esta recogida y transporte de residuos un elemento para calcular la retribución del concesionario, conforme a la cláusula 44.1). Y en cuanto a los medios materiales, la cláusula 29.1 del P.C.A.P. establece que el órgano de contratación pondrá a disposición del concesionario las instalaciones y los medios materiales relacionados en el PPT.

El "riesgo y ventura del contratista", determinante conforme a la sentencia impugnada, para calificar o no los **contratos** como concesión, ha de ser examinado por el contenido del P.C.A.P.

El riesgo principal, según las recurrentes, se encuentra en la cláusula 45 del P.C.A.P. Tal vez quieran referirse a la cláusula 44 (Retribución del Concesionario), pues la 45 determina la revisión del precio.



El precio asignado es fijo, con arreglo a la cláusula 44, y podrá variar en función de "los indicadores de calidad" en la prestación. Esta variación podrá consistir, o en una bonificación que no superará el 4% del Precio Anual, o en una deducción máxima sobre el Precio Anual hasta un 6%.

Para las recurrentes, si el servicio no alcanza los niveles de calidad exigidos, el precio puede reducirse, previa audiencia del contratista, hasta un 6%. Ello significa, según ellas, que sí hay en estos **contratos** de concesión un riesgo de explotación, si bien añaden "sensiblemente matizado en el caso de la gestión de servicios públicos".

Las alegaciones de las recurrentes no alcanzan a desvirtuar lo razonado en la sentencia de instancia que determina que estamos antes **contratos** de servicios, y no ante concesiones. Así: "Si analizamos los pliegos resulta que la contraprestación del adjudicatario es fija, y se percibirá mediante abonos a buena cuenta; sin que quede alterado el principio de asunción de riesgo 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; 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 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 de ellos el servicio de explotación; y dado su montante económico contractual".

Este tercer motivo no puede prosperar, pues en absoluto el llamado riesgo por el contratista, tiene entidad suficiente, frente al hecho de una retribución fija en función de la calidad de la prestación del servicio, calidad atribuible al contratista y no a ningún riesgo por principio externo al contratista, de explotación a su riesgo y ventura: "como se recordó en la Sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 2014, Recurso nº 486/2011, ninguna duda existe de que el riesgo y ventura se refiere, como dijo la Sentencia de 31 de marzo de 1987, reiterando jurisprudencia anterior, a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes, lo que elimina lo que provenga de su propio actuar" (STS del 20 de abril de 2015, rec. nº 54/2013).

SEXTO.- Al amparo del artículo 88,1,d L.J.C.A., se formula este cuarto motivo "Por infracción del art. 25.2 T.R.L.C.S.P. sobre la acumulación de prestaciones correspondientes a diferentes **contratos** en un **contrato** mixto, así como la jurisprudencia aplicable. En este caso la acumulación reúne los elementos que exige ese precepto, como la vinculación y complementariedad, por lo que la sentencia debería haber declarado la validez de los pliegos por la correcta acumulación".

El Ayuntamiento de Guadalajara aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (P.C.A.P.) y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (P.P.T.P.) del **contrato** para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión integral de determinados servicios públicos medioambientales del Ayuntamiento de Guadalajara". El **Contrato** se califica como "mixto" (cláusula 2.2 del P.C.A.P.: "El **contrato** tendrá la calificación de **contrato** mixto con objeto múltiple, en virtud de que contempla varias prestaciones, directamente relacionadas entre sí, propias del **contrato** de gestión de servicios públicos y del **contrato** de servicios. Debido a que resultan mayoritarias, desde el punto de vista económico, las prestaciones propias del **contrato** de gestión de servicios públicos, serán de aplicación para todas las prestaciones del **contrato**, y tanto para las fases de preparación y adjudicación, como para las de ejecución y extinción, el régimen jurídico previsto para esta tipología de **contratos**").

En relación a la alegada violación del artículo 25.2, el precepto establece: "Sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes **contratos** en un **contrato** mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante".

Se recuerda, y así lo hemos transcrito antes, que el P.C.A.P., cláusula 2.2, define el **contrato** controvertido como **contrato** mixto.

Las recurrentes, para justificar que no estamos ante un **contrato** mixto del artículo 25,2, modifican de hecho la cláusula 2.2 del P.C.A.P. antes transcrita, al pretender que se trate de un solo **contrato**, el de gestión de servicios públicos, modalidad concesión, con prestaciones varias. Por tanto, y siempre según las recurrentes, no es aplicable al caso el artículo 25,2 T.R.L.C.S.P., pues "un **contrato** mixto será siempre un **contrato** de objeto



múltiple (al reunir diversas prestaciones de naturaleza diferente), pero no todo **contrato** con un objeto múltiple será siempre un **contrato** mixto", que es lo que ocurre, según las recurrentes, en este caso: Una sola modalidad de **contrato**, el de gestión de servicios públicos, con objeto múltiple. Pero el artículo 25,2 T.R.L.C.S.P., y la cláusula 2.2 PCAP se refieren a **contratos** varios, no a un solo modelo de **contrato**.

Esta alegación, rápidamente abandonada por los recurrentes más adelante, es comentada en la sentencia diciendo que "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". Debe subrayarse que que esta cita de la sentencia, referida a "la parte actora", es decir al Ayuntamiento de Guadalajara en la transcripción de la impugnada sentencia, es aplicada por las recurrentes a ellas mismas, cuando dicen en la página 29 de su recurso: "La Sala a quo declara que mis representadas "postula(n) una exégesis del precepto[...]" Un reconocimiento expreso y consciente de la exactitud de lo afirmado en la sentencia en el Fundamento de Derecho Segundo in fine: "los argumentos contenidos en la reproducida resolución dan cumplida y adecuada respuesta a todas y cada una de las cuestiones planteadas en este procedimiento (por CESPAs y Ferrovial)".

Con este razonamiento pretenden obviar las recurrentes los requisitos que establece el artículo 25,2 para que exista un **contrato** mixto, como lo califica el P.C.A.P., y que son la vinculación y la complementariedad entre las prestaciones. Las recurrentes, en su propia interpretación del artículo 25,2, llegan a admitir en su recurso que existen prestaciones que pertenecen a otros tipos de **contrato** (suministro eléctrico y otras), pero que el artículo 25.2 T.R.L.C.S.P. debería limitarse a ellas y no al resto de las prestaciones, pues éstas son todas las correspondientes al modelo del **contrato** de gestión de servicios públicos.

El artículo 25.2 T.R.L.C.S.P. habla de diferentes **contratos**, y en absoluto se refiere a diversa naturaleza de los diferentes **contratos**. Y consecuencia del nulo recorrido de esta artificiosa distinción, las propias recurrentes entran en el examen de los requisitos del artículo 25.2 y critican la sentencia de instancia, pues la interpretación que realiza de estos requisitos, vinculación y complementariedad entre las prestaciones es, dicen las recurrentes, además de indebida, restrictiva.

Terminan este motivo cuarto afirmando que "[...] frente al criterio alcanzado por la sentencia recurrida, la acumulación de prestaciones en el **contrato**, incluso aunque se atendiera a prestaciones de diferentes figuras contractuales, reúne la totalidad de los elementos exigidos por el artículo 25.2 del T.R.L.C.S.P.". Pues alegan las recurrentes, los servicios previstos en los Pliegos, todos son de competencia municipal, o están conectados forzosamente, pues todos se prestan en Guadalajara.

Para responder a este motivo cuarto, detallan seguidamente los nueve servicios objeto del **contrato**, según el punto 7.3 del P.C.A.P: Limpieza Viaria. Recogida y Transporte de Residuos Sólidos Urbanos. Limpieza y Mantenimiento de Parques. Limpieza y Mantenimiento de Parques (Ampliación). Restablecimiento de Seguridad Vial. Desratización, desratonización, desinsectación, desodorización y control de Aves. Regulación Semafórica. Gestión del Alumbrado Público. Mantenimiento de Sistema de Uso de Bicicletas.

Y la respuesta de la sentencia a estas alegaciones, "[...] según la tipología de las prestaciones más arriba referidas (cláusula tercera del pliego), claramente se vislumbra "ictu oculi" su clara naturaleza prestacional diferenciada, su realidad objetiva lo evidencia; y hace inaplicable dicho precepto (artículo 25.2 T.R.L.C.S.P.), 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 diverso, cuya unificación, por su propia determinación legal, no puede quedar al albur de meras cuestiones económicas o de oportunidad".

Racionalmente es difícil, por no decir imposible, llegar a encontrar esa vinculación que exige el artículo 25,2 T.R.L.C.S.P., entre la gestión del alumbrado público, por ejemplo, y la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos. Cómo puede vincularse entre sí el mantenimiento del sistema de bicicletas de uso público, con la gestión del alumbrado público o la limpieza y mantenimiento de parques y jardines, es una pregunta de difícil respuesta. Si se limita la vinculación al dato subjetivo por razón de la entidad contratante o espacial del concreto municipio, el artículo 25,2 resultaría superfluo. Todo estaría vinculado, aunque la naturaleza de las prestaciones fueran muy diferentes. Pero el legislador exige que, para que exista un **contrato** mixto, las prestaciones deben estar materialmente vinculadas entre sí.

Y el requisito de la complementariedad tiene su razón de ser desde el punto de vista material, pues esta exigencia impone que las prestaciones puedan considerarse unidad funcional. La razón de agrupar todas estas prestaciones tan variadas, nueve prestaciones, que no están vinculadas materialmente entre sí, ni tienen una relación de complementariedad, parece ser que no fue una razón jurídica, sino exclusivamente económica o de



oportunidad, llegando a sostenerse lo positivo que sería para el Ayuntamiento, para la realización de todas sus actividades propias, contar con un solo contratista y en una concesión de larga duración. Pero esta llamativa afirmación, no se puede amparar en el artículo 25,2 T.R.L.C.S.P., y además, choca frontalmente con el principio de concurrencia.

SEPTIMO.- Como quinto y último motivo, al amparo del artículo 88,1, se alega: "Vulneración de los arts. 218.2 y 348 LEC y 24 CE en cuanto a la apreciación y valoración de la prueba, así como la jurisprudencia que los interpreta, ya que la absoluta falta de valoración de un determinado medio de prueba admitido y practicado constituye una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva siendo así que esa omisión permite concluir que la valoración de la prueba ha sido ilógica y arbitraria". Las recurrentes critican la valoración de la prueba como arbitraria, pues no ha atendido el Tribunal informes del Ayuntamiento favorables a la unificación de **contratos** para servicios, optimizando recursos y obteniendo ahorros. Alegan en la sentencia una total ausencia de valoración de la prueba, lo que conduce a la valoración de la prueba como ilógica y arbitraria, (página 42), y por tanto una vulneración del artículo 24 de la Constitución y artículos 218,2 y 348 y concordantes de la L.E.C ..

En relación al artículo 218,2 L.E.C . , invocado también en el motivo primero, se repite aquí lo que se expuso al respecto en el examen de dicho motivo.

En relación al art. 348, sobre valoración de los dictámenes periciales, debe recordarse que por providencia de 9 de junio de 2015, la Sala resolvió no admitir "las pruebas de ratificación y aclaración de los informes periciales, propuestas por la parte demandante y codemandado (D. Bienvenido), por innecesarias, al integrarse los informes en el expediente y tratarse de informes técnicos dados en vía administrativa por la propia Administración, sin que tampoco se vea relevante a efectos probatorios del recurso". Y esta circunstancia, de no tratarse en los informes periciales con arreglo a los artículos 335 y siguientes de la L.E.C . , pues son informes **administrativos**, de la propia Administración y para ella, por funcionarios de la Administración y obrantes en el expediente de contratación, es reconocida por las propias recurrentes, que en la página 39 afirman que el "informe (del Ingeniero de Caminos Municipal, obrante en el expediente **administrativo**) [...] (a efectos de prueba, como alegaron mis mandantes en el escrito de demanda, debe ser valorado como un dictamen pericial)".

Por tanto, estamos ante un informe **administrativo** en el marco de un procedimiento **administrativo**, que no fue ni ratificado ni aclarado, "sin que tampoco se vea relevante a efectos probatorios del recurso".

Al respecto de este motivo, debe decirse: Que se refleja en el Antecedente de Hecho Tercero, que "[...]hubo recibimiento a prueba y se practicaron las admitidas". Y la sentencia de instancia acoge de modo expreso "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[...]". Y la resolución del T.A.C.R.C. es bien conocida por las recurrentes, y en la página 20, examina los informes del órgano de contratación, a los que aquí se refieren las recurrentes, y afirma que no es necesario determinar si existen sinergias con la acumulación de las prestaciones, o una mejor relación con la ciudadanía, o un ahorro, etcétera, examen "que no es necesario porque las exigencias establecidas en el artículo 25,2 deben analizarse en términos jurídicos y no económicos o de oportunidad".

Exactamente la misma expresión que utiliza la sentencia impugnada, cuando ante la realidad de prestaciones muy diversas de servicios, afirma con contundencia: "cuya unificación, por su propia determinación legal, no puede quedar al albur de nuevas cuestiones económicas o de oportunidad".

Precisado que hubo prueba, y que su valoración coincidió con la del Tribunal autor de la Resolución recurrida recordemos que es jurisprudencia reiterada de esta Sala "que la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-**administrativo**, regulado por primera vez en dicha Ley. Ello se coherente con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia", sentencias de 3 de diciembre de 2001 , RJ 2002, 2051, 11 de febrero de 2004 , (RJ 2004, 2481), etcétera. Y no concurren en este caso, ni lo alegan las recurrentes, ningún tema probatorio que pueda ser objeto de revisión en sede casacional conforme a la jurisprudencia citada.

Con este planteamiento no se tiene en cuenta que, según jurisprudencia consolidada en el tiempo, la interpretación de la voluntad manifestada en los dictámenes, en los informes y en los documentos obrantes en las actuaciones judiciales y en el expediente **administrativo**, es una labor que corresponde a la Sala de



instancia y la revisión que de esa previa valoración de la prueba en su conjunto hace el Tribunal *a quo*, no tiene cabida objetiva en sede casacional después de la Ley 10/92, de 30 de abril, pues como ha reiterado la jurisprudencia de este Tribunal (en sentencias de 25 de enero, 8 y 26 de mayo, 2 de diciembre de 1989, 2 y 13 de marzo de 1990, 11 de marzo, 7 de mayo y 30 de julio de 1991, 7 y 20 de mayo de 1994), han de respetarse los hechos de la resolución recurrida, siendo inadmisibles las conclusiones fácticas contrarias o distintas, pues la Sala de casación ha de atenerse a la resultancia probatoria apreciada por la sentencia de instancia. A tal efecto y como señala la de 2 de septiembre de 2003, ha de tenerse en cuenta que la fijación de los hechos constituye competencia exclusiva del Tribunal de instancia, lo que obliga a atenerse a la apreciación de la prueba hecha por éste, salvo que se alegue el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba, la incongruencia o falta de motivación de la sentencia; se invoque oportunamente como infringida una norma que deba ser observada en la valoración de la prueba ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o de las reglas que disciplinan la carga de la prueba o la formulación de presunciones; o, finalmente, se alegue que el resultado de ésta es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad, pues en este caso debería estimarse infringido el principio del ordenamiento que obliga al juzgador a apreciar la prueba sujetándose a las reglas de la sana crítica (v. gr., sentencia de 21 de diciembre de 1999). Ninguna de estas circunstancias concurren en el presente caso, por lo que ha de estarse a la valoración de la Sala de instancia.

Procede la desestimación de este motivo.

OCTAVO .- La desestimación del recurso conlleva la imposición de las costas a la parte recurrente (artículo 139.2 L.R.J.C.A.), si bien, en atención a la complejidad del tema de debate, y haciendo uso de la facultad que al Tribunal confiere el apartado 3 del indicado artículo, se fija como cuantía máxima a reclamar por la parte recurrida, por todos los conceptos, la cantidad de 4.000 euros más I.V.A., si se devengara.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido no haber lugar al recurso contencioso **administrativo** interpuesto por la representación procesal de Cespa Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A., (CESPA) y de Ferrovial Servicios, S.A. (FERROVIAL), contra resolución del Tribunal **Administrativo** Central de Recursos Contractuales, de 4 de septiembre de 2013, que estimó recurso especial en materia de contratación; con imposición de las costas a la parte recurrente en los términos prevenidos en el Fundamento de Derecho Octavo de la presente resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez Don Octavio Juan Herrero Pina

Juan Carlos Trillo Alonso Ines Huerta Garicano

César Tolosa Tribiño Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Magistrado Ponente Sr. D. **Francisco Javier Borrego Borrego**, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.