



Recurso nº 74/2016 C.A. Valenciana 11/2016

Resolución nº 145/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 19 de febrero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. C. B.M. y D^a. M.G.L., en su calidad de concejales del Ayuntamiento de Orihuela, contra el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de dicho Ayuntamiento el 29 de diciembre de 2015, en cuya virtud se adjudica el contrato de *“Explotación y gestión del servicio de ordenación y regulación del aparcamiento en la vía pública de la ciudad de Orihuela”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Orihuela convocó a pública licitación, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante el 2 de octubre de 2015, el procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de explotación y gestión del servicio de ordenación y regulación del aparcamiento en la vía pública de la ciudad de Orihuela.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. Efectuados los trámites previos, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Orihuela, el 29 de diciembre de 2015, acordó adjudicar el contrato de referencia a la mercantil SETEX APARKI, S.A.

Cuarto. Contra el citado acuerdo de adjudicación interpusieron recurso especial los concejales del Ayuntamiento de Orihuela D. C. B.M. y D^a. M.G.L., con fecha de entrada en este Tribunal el 3 de febrero de 2016.

Quinto. Con fecha 11 de febrero de 2016 por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes interesados a fin de que formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRLCSP, sin que se haya evacuado el trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Valencia, que fue publicado en el BOE el día 17 de abril de 2013.

Segundo. En relación con la legitimación de los recurrentes, que interponen el recurso en su condición de concejales del Ayuntamiento, debe destacarse que, como ha recordado la resolución 492/2014 de este Tribunal, el Tribunal Constitucional en sus sentencias ha reconocido la legitimación de los Concejales, aunque no pertenezcan a los órganos municipales que adopten el acuerdo, por su mera condición de miembro del Ayuntamiento interesado en el correcto funcionamiento de la Corporación Municipal, en virtud del mandato representativo que ostenta, con la única excepción de que formando parte del órgano colegiado en cuestión, no vote contra la adopción del acuerdo de que se trate. Por tales razones, debe estimarse que el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y la doctrina citada amparan la legitimación de los concejales recurrentes para interponer este recurso, atendido que, según resulta del acta de la sesión celebrada por la Junta de Gobierno Local el 29 de diciembre de 2015, en que se aprobó el acuerdo impugnado, no forman parte del citado órgano de gobierno.

Tercero. Prosiguiendo con el análisis de los requisitos de inadmisibilidad, cumple abordar a continuación si el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, computado en los términos previstos en el artículo 44.2 del TRLCSP, toda vez que el órgano de contratación, en el informe emitido al amparo del artículo 46 del TRLCSP, postula su inadmisión por extemporáneo.

Como bien es sabido, el artículo 44.2 del TRLCSP señala que “el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado”, añadiendo luego que *“la presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”*.

Esta previsión se ha visto desarrolla por el artículo 18 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en el que se establece lo que sigue:

“El recurso especial en materia de contratación y las cuestiones de nulidad al amparo del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público solo podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlos. La reclamación del artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre y las cuestiones de nulidad al amparo de la Ley citada solo podrán presentarse en el registro del órgano administrativo competente para resolverlas.

La presentación en las oficinas de correos o en cualquier registro administrativo distinto de los mencionados en el apartado anterior no interrumpirá el plazo de presentación. En tales casos, el recurso, la reclamación o la cuestión de nulidad se entenderán interpuestos el día en que entren en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlo, según proceda”.

Por otro lado, tal y como ha recordado la reciente resolución 21/2016, este Tribunal tiene declarado en reiteradas ocasiones (resoluciones 928/2015, 1017/2015 y 1119/2015, entre

otras) que, en esta materia, son de observar los siguientes principios (hoy en buena medida explicitados en la transcrita dicción del RPERMC:

- La fecha de interposición a considerar es la de presentación del recurso en el registro del órgano de contratación o en el de este Tribunal.
- No computan a estos efectos ni la fecha del anuncio previo, ni la de presentación en registro distinto.
- En el caso de que se presentaren en oficinas de correos o en registros distintos a los señalados, la presentación se considerará efectuada el día en que tuviera lugar la entrada en el registro del Tribunal o del órgano de contratación.

En el caso analizado, los recurrentes manifiestan en su recurso (en términos que permiten afirmar que se trata de un hecho consentido y, como tal, incontrovertido) que les fue notificado el acuerdo de adjudicación que es objeto de impugnación *“mediante correo electrónico del martes día 12 de enero”*, extremo que ratifica el órgano de contratación en su informe, añadiendo además que uno de los recurrentes estaba presente, como concejal invitado, en la sesión de la Junta de Gobierno Local que aprobó el acta de la previa sesión celebrada el 29 de diciembre de 2015.

Este Tribunal ha declarado en ocasiones (valga por todas la resolución 924/2014), tratando de recursos interpuestos por miembros de corporaciones locales que no formaban parte del órgano municipal que había adoptado el acuerdo, que, dado que *“a los Concejales no se les notifican las resoluciones que se dictan en un expediente de contratación porque no toman parte en el procedimiento (...) el plazo de quince días establecido en el artículo 44.2 TRLCSP (...) se empezará a contar, en este caso, desde que se produjo la publicación del acto recurrido”*. Sin embargo, es obvio que esta solución, cuyo fundamento último era la necesidad de establecer un término inicial para el cómputo del plazo que evitase que permaneciera indefinidamente abierta la posibilidad de impugnación, debe ceder, en este caso, ante el reconocimiento de una expresa notificación, cuya fecha debe operar como día inicial del cómputo. De esta forma, iniciándose dicho cómputo el 12 de enero de 2016, el plazo habría venido a expirar el 29

de enero de 2016, siendo lo cierto que el recurso no tuvo entrada en la sede de este Tribunal sino hasta el 3 de febrero de 2016.

Debe por ello concluirse que el recurso ha sido interpuesto una vez expirado el plazo legalmente señalado al efecto y que debe, por ello, a tenor de los artículos 22.1.5º y 23 del RPERMC, ser inadmitido. A lo dicho nada obsta que los actores presentarán el recurso en el Registro de una Oficina Comarcal de la Consejería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalidad Valenciana el 29 de enero de 2016, pues, como ya se ha dicho y resulta tanto de la consolidada doctrina de este Tribunal como de la clara dicción del artículo 18 del RPERMC, dicha presentación no interrumpe el plazo de interposición ni empece que el recurso únicamente pueda entenderse interpuesto el día en que tuvo entrada en este Tribunal. Resulta también irrelevante que el 25 de enero de 2016 los actores presentaran el anuncio del recurso ante el órgano de contratación, pues, como ya se ha dicho, la fecha de tal anuncio previo no computa a los efectos indicados.

Debe, por todo ello, concluirse en la pertinencia de inadmitir el presente recurso.

Cuarto. A mayor abundamiento, debe anticiparse que concurriría otro motivo de inadmisión del recurso, toda vez que el acto recurrido no es susceptible de impugnación por el presente cauce especial.

En este punto, dos son los extremos que deben analizarse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP: por un lado, si el contrato que pretende concertar la Administración es un contrato de los relacionados en el apartado primero de dicho precepto; por otro lado, si el acto recurrido es un acto de los relacionados en el apartado segundo del mismo precepto.

En relación con el segundo extremo, no cabe ninguna duda sobre el particular, dado que lo impugnado es el acuerdo de adjudicación. Pero muy distinta debe ser la conclusión en cuanto al primer extremo.

En efecto, debe recordarse que el contrato impugnado se intitula como contrato de gestión de servicios públicos, siendo así que, de conformidad con el artículo 40.1 del TRLCSP, al enumerar los tipos de contrato susceptibles de recurso especial en materia de contratación, señala en su apartado c) que lo serán los “*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”.

En los contratos de gestión de servicios públicos, por tanto, se exige la concurrencia cumulativa de dos requisitos para la admisibilidad del recurso especial en materia de contratación: que el plazo de duración sea superior a cinco años, y que el “presupuesto de gastos de primer establecimiento” sea superior a 500.000 euros, excluido el IVA.

En el caso analizado, no puede dudarse de la concurrencia del primer requisito, toda vez que, a tenor de la cláusula séptima del PCAP, el contrato tiene una duración de cuatro años, con posibilidad de una prórroga de dos años.

En cuanto al segundo requisito, el alusivo a los gastos de primer establecimiento, este Tribunal ha tenido ocasión (particularmente, en la Resolución 357/2015, de 24 de abril, en la que se hace referencia a la Resolución 23/2013, de 23 de enero) de profundizar en el alcance de la expresión. Allí nos separamos de la interpretación de este concepto en el sentido contable, (como hace el Informe 7/2008 de la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia), con arreglo a la definición contenida en el Plan General de Contabilidad de 1990, aprobado mediante Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, pues se estaría otorgando virtualidad interpretativa a una norma ya derogada, cuando el actual Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, obvia toda definición pareja del meritado concepto.

De esta forma, a efectos de determinar el alcance de la expresión “presupuesto de gastos de primer establecimiento”, se ha concluido: *“Desde esta perspectiva, podría concluirse que cuando el artículo 40.1.c) alude a los contratos cuyo ‘presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros’, dicha expresión ha de entenderse únicamente alusiva al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir, a resultas de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido.”*

De acuerdo con lo expuesto, ha de atenderse primeramente a lo que se haya establecido en los pliegos y, en el caso de que nada se haya establecido o que existan elementos no contemplados en aquellos, habrá de atenderse a otros documentos que figuren en el expediente de los que se derive la cuantía de los gastos o inversiones en que haya de incurrir el adjudicatario para poner en marcha el servicio público.

En el caso analizado, los pliegos no cuantifican el importe estimado de los tales gastos de primer establecimiento, si bien en la cláusula sexta del PCAP, al tratar del sistema de determinación del precio, se hace referencia a un informe municipal que determina, entre otros, los gastos de inversión que ha de acometer el contratista. Dicho informe se ha acompañado como documento nº 5 del expediente y en el mismo se consigna que los costes de inversión ascienden a 248.992 euros. Por añadidura, cabe indicar que la oferta económica del adjudicatario del contrato (acompañada como documento nº 50) incorpora un estudio económico en el que se cifran las tales inversiones en 355.832,50 euros.

Como puede comprobarse sin dificultad, tanto una como otra magnitud, que integrarían y agotarían el concepto de gastos de primer establecimiento antes aludido, son inferiores a 500.000 euros, lo que evidenciaría el incumplimiento del segundo de los tales requisitos y abocaría a concluir que el acto impugnado no es susceptible de recurso especial en materia de contratación, por haberse adoptado en el seno de un contrato que no reúne los requisitos del artículo 40.1.c) TRLCSP.

Ciertamente, y ese es el núcleo esencial de su argumentación, los actores ponen en cuestión el “nomen iuris” del contrato, sobre el que debe prevalecer la que reputan su auténtica naturaleza, afirmando que se trata de un contrato mixto de suministro y servicios, afirmación que se hace descansar en la explícita invocación de la sentencia de la Sala Tercera (Sección Segunda) del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010, recaída en el recurso 78/2006. Es evidente que, de aceptarse esta tesis, y en tanto el valor del contrato supera ampliamente los 207.000 euros, debería concluirse en su posible impugnación a través de este cauce, de acuerdo con los artículos 40.1.a) y 15.1.b), así como 40.1.b), todos ellos del TRLCSP.

Sin embargo, es lo cierto que este Tribunal no comparte la categorización pretendida por los actores y entiende que la naturaleza del contrato es conforme con su nomen iuris.

La resolución 149/2014 abordó detenidamente la diferenciación entre la figura del contrato de servicios y del contrato de gestión de servicios, en términos que es útil recordar. Se dijo entonces:

“(...) Decíamos en nuestra resolución 346/2013 que la Ley ha configurado un sistema en el que la diferenciación entre las definiciones aplicables a los dos contratos antes citados no permite separar nítidamente ambos conceptos en algunos casos. Tampoco la Directiva 18/2004/CE permitía hacerlo, puesto que para el derecho comunitario no siempre es fácil deslindar este concepto que, en nuestro derecho patrio, tiene una honda raigambre. Y es que el contrato de gestión de servicios públicos, especialmente en su modalidad concesional se vincula también a la prestación de servicios, sin más diferencia inicial con el contrato de servicios que la forma de establecer la contrapartida para el contratista. Realmente se trata de una cuestión compleja cuyo tratamiento ha ido variando al mismo tiempo que evolucionaba la percepción de las autoridades judiciales europeas. En nuestro país contamos con experiencia en la caracterización de las concesiones administrativas e incluso la Administración española ha sido receptiva a la evolución del derecho comunitario al deslindar el contrato de servicios de la concesión de servicios públicos. La cuestión es trascendente porque la integración de un contrato en uno u otro concepto tiene consecuencias con respecto al régimen jurídico que le es aplicable. Así, en el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se señaló que “cuestión trascendental desde el punto de vista del régimen jurídico de la contratación pública porque de la conceptualización de la relación jurídica en cuestión como concesión de servicios públicos o no depende su exclusión o no de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. En efecto, la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo en ello la pauta marcada por la Directiva 2004/18/CE, considera como contratos sujetos a regulación armonizada, o lo que es lo mismo, a las exigencias contenidas en la citada Directiva, a los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales establecidos en la Directiva y recogidos en la Ley. Por el contrario, el contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, la concesión como una modalidad del mismo no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen. Esta ha sido la razón por la que tanto la Directiva 2004/18/CE como la Jurisprudencia del Tribunal de

las Comunidades Europeas han definido y configurado la concesión de servicios en la forma que han considerado más adecuada.” Esta circunstancia tiene también una consecuencia añadida cual es la posibilidad de que el contrato de gestión de servicios públicos pudiera no estar sujeto en otros casos a la competencia de este Tribunal si no se cumplen los requisitos que establece la ley.

Este Tribunal ha venido tomando como referencia este informe de la JCCA, por ejemplo, en la resolución número 204/2013, en la 80/2013, o en otras como la 176/2011, la 172 y la 116/2011, para señalar que “Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal 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 el pago por la utilización del 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 administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio, naturalmente, de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues esta última 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 anteriores es recogido por nuestro legislador con carácter disperso a través de varios artículos de la Ley de Contratos del 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”. Este criterio ha sido mantenido también en informes previos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros en los informes 22/09 y 64/09.

En el mismo sentido, y en relación con la asunción de riesgo por parte del prestador del servicio público, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (petición de decisión prejudicial; Asunto C-206/08 Eurawasser) en la que se concluía que “El hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de

los transportes y de los servicios postales, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios". Parece patente que el elemento al que es preciso acudir para determinar la naturaleza del contrato no puede ser solamente la mera materia sobre la que versa, sino que hay algo más que diferencia entre los contratos de servicios y las concesiones de servicios: la existencia de transmisión de riesgos al contratista. Este criterio es notoriamente compartido tanto por las recurrentes como por el órgano de contratación, por lo que nos sirve de premisa para valorar los pliegos ahora recurridos. Del mismo modo que acontecía en los recursos 370 y 371, en el caso que ahora nos ocupa, el elemento central que nos permite determinar si se ha producido la transmisión del riesgo no puede ser la modalidad de explotación de la obra construida, pues ésta no existe, ni tampoco el riesgo derivado de la recuperación de los costes de la inversión realizada, pues no hay inversión alguna que recuperar. Por ello, el elemento central al que cabe acudir para determinar si puede haberse producido la transmisión del riesgo al contratista es la forma de retribución del mismo, ya que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio".

Como puede verse, la citada resolución, haciendo adecuada y exhaustiva recensión de la doctrina sobre el particular, venía a otorgar decisiva transcendencia, tras reconocer el carácter fronterizo de ambos contratos, a la transferencia del riesgo al adjudicatario del contrato. Y es evidente que, en el supuesto analizado, dicha transferencia resulta indudable, bastando a tal fin citar la cláusula sexta del PCAP, en la que se afirma que la empresa adjudicataria "soportará el total coste de la implantación y prestación del servicio y resarciéndose mediante la percepción de los correspondientes ingresos producidos por éste, satisfechos por los usuarios, sin que el Ayuntamiento de Orihuela aporte durante el plazo de la concesión subvención alguna, ni cualquier otra aportación económica o material".



A lo dicho nada puede obstar la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010, recaída en el recurso 78/2006 a que hacen referencia los actores. Es cierto, en efecto, que, como alegan los recurrentes, en algún fragmento de la misma se afirma que *“la vigilancia de zonas de aparcamiento reguladas no es una actividad municipal de prestación (o de servicio público), sino una actividad de intervención”* y que, por ello, no hay *“concesión de un servicio público (...) sino unos servicios del contratista”*. Pero no es menos cierto que, en otro fragmento de la misma sentencia se afirma, haciendo cita de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2002 (recurso de casación 1218/2001) que, en tanto *“el Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial, (...) otorga competencia a los municipios para regular mediante Ordenanza municipal «los usos de las vías urbanas, haciendo compatible la equitativa distribución de los aparcamientos entre todos los usuarios, con la necesaria fluidez del tráfico rodado y con el uso peatonal de las calles, así como el establecimiento de medidas de estacionamiento limitado, con el fin de garantizar la rotación de los aparcamientos»..”*, y dado que *“toda esta regulación es la base esencial que sostiene la actividad desarrollada por las empresas que controlan esos estacionamientos limitados”*, de ellos *“se deriva el carácter de gestión de servicio público que tal actividad presenta”*.

Por lo demás, no cabe obviar que las tales afirmaciones se realizaron en el contexto de un recurso de unificación de doctrina en el que la cuestión controvertida no era, en rigor, la naturaleza contractual de los servicios de control del estacionamiento regulado, sino la determinación del concreto epígrafe del Impuesto sobre Actividades Económicas en que debía encuadrarse y, en particular, si debiera serlo en el *“epígrafe 751.2 de la Sección Primera de las tarifas --“guarda y custodia de vehículos en los denominados aparcamientos subterráneos o parkings”-- y no en el epígrafe 999.1 --“otros servicios n.c.o.p.”*. Y no cabe tampoco obviar que el Tribunal Supremo, al inclinarse por esa última opción en la referida sentencia, lo hizo con remisión, a su vez, a los fundamentos plasmados en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 22 de septiembre de 2001 en la que, por cierto, se había analizado el encuadramiento tributario de una empresa que prestaba el servicio de control del estacionamiento regulado percibiendo como contraprestación *“del Ayuntamiento una remuneración revisable anualmente que viene determinada en base a un presupuesto de*

los costes necesarios para la realización de los mismos" (lo que, ciertamente, autorizaría, conforme a lo antes expuesto y en tanto no existiría asunción del riesgo, a negar la calificación de contrato de gestión de servicios públicos en tal supuesto).

En este punto, debería dejarse claro que el hecho de que, desde el punto de vista fiscal o tributario, pueda apreciarse la existencia de prestaciones de servicios sujetas a tributación o merecedoras de un determinado encuadramiento tributario en la gestión por un contratista del servicio de estacionamiento regulado no obsta a la paralela afirmación de que el contrato en virtud del cual dicha gestión tenga lugar pueda y deba considerarse como un contrato de gestión de servicios públicos. Esta distinta perspectiva se hace patente, por ejemplo, en la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V1739/10, de 28 de julio, en la que tras afirmar que, *"con carácter general, la gestión del servicio público de estacionamiento regulado se realiza por una empresa en virtud de un contrato de gestión de servicios públicos, normalmente en la modalidad de concesión, siendo esta empresa la encargada de prestar los servicios contratados y de cobrar a los usuarios las correspondientes tarifas (que serán ingresadas periódicamente en las arcas municipales)"*, y siendo así que *"de conformidad con lo previsto en el artículo 7, número 9º, de la Ley 37/1992 (...), la concesión para la gestión del servicio, en la medida en que puede ser considerada como una concesión administrativa, es una operación no sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido"*, se añade, sin embargo, *"que el hecho de que la concesión o autorización administrativa no esté sujeta al Impuesto no impide que sí lo estén los servicios prestados por el concesionario, en virtud de la misma, al Ayuntamiento concedente"*, atendido que *"la empresa adjudicataria del contrato de gestión de servicios públicos presta al Ayuntamiento una serie de servicios que no han de quedar fuera del ámbito de aplicación del Impuesto, todo ello con independencia de que la contraprestación a satisfacer por el Ayuntamiento por tales servicios se materialice en un pago periódico efectuado directamente por el mismo o bien sea la propia empresa gestora la que deduzca dicho importe de la recaudación de las tarifas que periódicamente debe ingresar en las cuentas restringidas municipales abiertas en distintas entidades financieras."*

Y es que, conviene recordarlo en último extremo, no puede perderse de vista que, como ya se dijo antes al hacer recensión de la consolidada doctrina sobre este particular con

particular cita de la resolución 149/2014, *“el contrato de gestión de servicios públicos, especialmente en su modalidad concesional se vincula también a la prestación de servicios, sin más diferencia inicial con el contrato de servicios que la forma de establecer la contrapartida para el contratista”*, siendo por ello que, como allí se decía, la Directiva 2004/18/CE llegó a definirlo *“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”*. Por tanto, lo esencial no es tanto el juicio o configuración que materialmente merezcan las prestaciones del contrato (que, indudablemente, pueden ser fronterizas con las de contrato de servicios), sino el ya referido elemento de asunción del riesgo que, según se ha expuesto, resulta indubitado en el supuesto aquí analizado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. C. B.M. y D^a. M.G.L., en su calidad de concejales del Ayuntamiento de Orihuela, contra el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de dicho Ayuntamiento el 29 de diciembre de 2015, en cuya virtud se adjudica el contrato de *“Explotación y gestión del servicio de ordenación y regulación del aparcamiento en la vía pública de la ciudad de Orihuela”*.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo

dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.