

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Recurso nº 11/2019

SENTENCIA Nº 3719 /2021

Ilmos. Sres.:

**Presidente
DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS**

**Magistrados
DON FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS
DON PEDRO LUIS GARCÍA MUÑOZ
DON EDUARDO PARICIO RALLO
DOÑA ELSA PUIG MUÑOZ
DOÑA ROSA MARIA MUÑOZ RODÓN**

En la Ciudad de Barcelona, a 17 de septiembre de 2021.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente Sentencia en el recurso contencioso-administrativo nº 11/2019, interpuesto por CLECE, SA, representado por el Procurador D. José Manuel Puig Abós y dirigido por el Letrado D. Roberto Sánchez García, contra el Ayuntamiento de Calafell, y Calafell Empresa Municipal de Serveis, SA (CEMSSA), ambos representados por el Procurador D. Francisco Toll Musteros, y asistidos por el Letrado D. Carlos Badel Domingo.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Elsa Puig Muñoz, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora, en escrito presentado en la Secretaría de esta Sala, se interpuso el presente recurso contra resolución del Resolución del Tribunal Català del Sector Públic nº 245/2018, de 21 de noviembre, que desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el

encargo y encomienda de gestión (y el contrato programa que lo recoge) realizado por el Ayuntamiento de Calafell a la empresa pública CEMSSA para la gestión del servicio de limpieza de los edificios y dependencias municipales.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos, en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

TERCERO.- Continuado el proceso por los trámites que aparecen en autos, se señaló día y hora para la votación y fallo, diligencia que tuvo lugar en la fecha fijada.

CUARTO.- En la sustanciación de este pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso y alegaciones de las partes

Constituye el objeto del presente recurso la Resolución del Tribunal Català del Sector Públic nº 245/2018, de 21 de noviembre, que desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el encargo y encomienda de gestión (y el contrato programa que lo recoge) realizado por el Ayuntamiento de Calafell a la empresa pública CEMSSA para la gestión del servicio de limpieza de los edificios y dependencias municipales.

En la demanda se refiere como antecedentes de interés que, antes de que el Ayuntamiento de Calafell decidiera que el servicio se prestaría por la empresa pública CEMSSA, éste se venía prestando de forma indirecta mediante un contrato de servicios con CLECE, que se formalizó el 01/07/2011, y que, transcurrido el plazo del vigencia del contrato, el Ayuntamiento comunicó a CLECE que debía continuar con la prestación del servicio hasta que se procediera a una nueva adjudicación o hasta que fuera asumido directamente por el propio Ayuntamiento (mediante los Decretos 2017/3128 y 2017/4307).

La actora fundamenta su recurso en las alegaciones siguientes:

- El modelo de gestión del servicio de limpieza no es la opción más eficiente, sostenible y eficaz aplicando criterios de sostenibilidad económica, ya que con la gestión directa se encarece el servicio en comparación con la gestión indirecta.
- La exoneración del pago del IVA en el caso de la gestión por medio propio no puede ser considerada como un menor coste del servicio.

- En el informe de fiscalización limitada se reconoce que la gestión directa comportará la necesidad de adquirir maquinaria por importe de 15.000 euros.
- No puede realizarse un encargo de gestión respecto a prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratación pública.
- Se vulnera la libre competencia.
- El medio propio CEMSSA no disponía de los medios personales y materiales suficientes para prestar el servicio.
- La resolución del TSCSP no se pronunció sobre la alegación relativa a que se vulnera la libre competencia

Por su parte, el Ayuntamiento alegó que la actora no tenía legitimación para la interposición del recurso, habida cuenta de que no puede cuestionar la sostenibilidad y eficacia del cambio de gestión en la prestación del servicio. En cuanto al fondo del asunto, la defensa del Consistorio alega que el Pleno aprobó por unanimidad la voluntad de estudiar todas las contrataciones de servicios para poder analizar si era procedente su prestación por el Ayuntamiento por medios propios, y que se ha acreditado que la prestación del servicio por medios propios conllevaría mayores beneficios y una reducción de los costes del mismo.

SEGUNDO.- Legitimación de la parte actora para la interposición del presente recurso

Como se ha dicho, el Ayuntamiento cuestiona que la actora tenga legitimación para la interposición del recurso, habida cuenta de que, sostiene, no puede cuestionar la sostenibilidad y eficacia del cambio de gestión en la prestación del servicio.

Sin embargo, no hay duda de que la actora sí está legitimada para el ejercicio de la acción. En efecto, en primer lugar porque el acto recurrido es la resolución que desestima un recurso interpuesto por la propia parte actora, lo que ya le confiere legitimación para su impugnación, y, en segundo lugar, por cuanto es una empresa del sector –y anterior concesionaria del servicio-, de ahí que no hay duda que tiene interés legítimo para cuestionar el cambio de sistema de gestión ya que la decisión municipal impide que el servicio se licite y que, en definitiva, pueda participar en el procedimiento de contratación con la expectativa –legítima- de poder ser adjudicataria del servicio.

TERCERO.- La prestación del servicio por medio propio

Como es bien sabido, las Administraciones públicas pueden prestar los servicios mediante una gestión directa –a través de su propio personal o por un medio propio-, o bien por tercero, mediante una gestión indirecta.

En el caso que nos ocupa el Ayuntamiento de Calafell decidió en cambio de la gestión del servicio de limpieza de los edificios municipales, antes llevado a cabo por

la parte actora tras haber resultado adjudicataria en el procedimiento contractual correspondiente, a la gestión por una empresa municipal, CEMSSA.

Pues bien, los requisitos y condiciones para la prestación del servicio por medio propio ha sido analizada por esta misma sección de forma reciente en la sentencia 3661/2020, de 21 de septiembre de 2020, recurso de apelación 107/2018:

“Como indica la STS de 20 de septiembre de 2018 (RC 4396/2017): “en el ámbito comunitario, tradicionalmente se ha venido admitiendo la posibilidad de que la Administración, dentro de su potestad de autoorganización, y con el fin de obtener mayor eficiencia en los procedimientos de contratación, acuda a los denominados “contratos domésticos”, o en términos de la jurisprudencia y doctrina europea, “in house providing”, esto es, aquellos en virtud de los cuales la Administración encarga la prestación a un ente con personalidad jurídica diferenciada y propia, pero vinculado a la misma, sin necesidad de someterse a las reglas de contratación pública”.

Ello plantea una problemática adicional en tanto que supone una excepción a la licitación del servicio, de manera que los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, debiendo en todo caso respetar el límite de no afectar al principio de libre competencia, con el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para aplicar la excepción de licitación pública”.

Y esa misma sentencia se refirió al encargo a medios propios (“in house providing”) por encomienda de gestión:

“El encargo a medios propios es una figura regulada de forma relativamente reciente, de manera que los modos utilizados hasta ese momento para no acudir al mercado eran principalmente las encomiendas y los convenios. La LCSP de 2007 introduce el término de “medio propio” o “servicio técnico” de la Administración, momento a partir del cual coexisten dos conceptos de encomienda de gestión: (i) el previsto en la Ley 30/1992, que contempla la encomienda como un instrumento de cooperación administrativa, el cual se mantiene en términos análogos en el vigente art. 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de 2015 (en adelante, LRJSP); y (ii) el previsto en el art. 24.6 del TRLCSP de 2011 como un supuesto de exención de aplicación de la normativa de contratos, que se configura como instrumento de gestión de la Administración para la realización de obras y la prestación de servicios y suministros.

*Esta precisión nos permite dar respuesta a la alegación del apelante sobre la improcedencia de la encomienda de gestión del servicio a *****. En este punto, debe distinguirse entre la encomienda de gestión del art. 15 de la Ley 30/1992 (ahora art. 11 LRJSP) y el encargo a medios propios.*

*En el primer supuesto, el régimen jurídico del art. 15 de la Ley 30/1992 (y del art. 11 LRJSP), no es aplicable al caso, pues la encomienda se debe realizar a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o distinta Administración, condición que no se da en ***** como sociedad mercantil pública sujeta a derecho privado.*

En el segundo caso, la legislación de contratos públicos regula otra figura de encomienda que es el encargo a medios propios en el ámbito contractual, para la realización de prestaciones correspondientes a los contratos públicos, que es lo que excluye el negocio del ámbito de aplicación de la normativa de contratos, tal como disponía el art. 4.1.n) del TRLCSP de 2011, aplicable al caso por razones temporales. En el TRLCSP de 2011 se regulaba el encargo a medios propios en el art. 24.6 cuando establecía que los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública. En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre

un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan, añadiendo que la condición de medio propio y servicio técnico de las entidades deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos.

Por tanto, en el caso contemplado, estamos ante una encomienda contemplada en el art. 24.6 del TRLCSP de 2011, y no en aplicación del art. 15 de la Ley 30/1992, por lo que debe examinarse si se dan los requisitos para considerar a GIACSA como medio propio del Ayuntamiento.

Debe indicarse en este punto que tanto el informe de la Secretaría Intervención como la Memoria Justificativa que inician el expediente administrativo hacen referencia indistinta a ambos regímenes jurídicos en justificación del acuerdo, cuando lo cierto es que en ningún caso es de aplicación el mecanismo de cooperación interadministrativa de la encomienda de gestión previsto en el art. 15 de la Ley 30/1992, aplicable por razones temporales”.

De otra parte, la sentencia nº 5240/2020, de 17 de diciembre, dictada en el rollo de apelación 284/2019, reiteró esa doctrina.

Así, lo relevante para poder prestar un servicio de forma directa a través de un medio propio es que ofrezca una mayor eficacia en comparación con la gestión indirecta por un tercero. Además, esa posibilidad debe ser objeto de una interpretación restrictiva en tanto en cuando limita la contratación pública.

CUARTO.- Falta de acreditación del requisito de la mayor eficacia en la prestación del servicio

Si, como se ha dicho, la prestación del servicio por medio propio exige el requisito de que esa prestación sea más eficiente que la gestión indirecta, la Administración debe acreditar esa mayor eficacia antes de atribuir a un medio propio la gestión del servicio.

Pues bien, en el caso que nos ocupa en la propia memoria económica (apartado 5, folio 18 del e.a.) se reconoce que la gestión directa comportará la necesidad de personal administrativo, y que CEMSSA necesitará contar con elementos materiales que se describen en el apartado 6, de los que por entonces no contaba (se dice que inicialmente el servicio contará con el vehículo propio de la sociedad y que “s’analitzarà en detall la incorporació d’un nou vehicle”, sin que el coste de esa compra se presupueste). Además, la relación de vehículos necesarios para la prestación del servicio incluye fregadoras, aspiradores de polvo y agua, y aspiradores de polvo, de los que tampoco consta que CEMSSA dispusiera y que tampoco se presupuestan en la memoria económica elaborada para analizar la eficiencia de la prestación del servicio por CEMSSA.

De otra parte, el mismo estudio económico financiero (apartado 8, folio 25 del e.a.) reconoce que la cuenta general no incluye los gastos generales ni financieros ni la repercusión de los gastos generales de la sociedad. Y en el folio 56 se incluyen las conclusiones sobre las eventuales ventajas de la gestión directa, siendo la principal la fiscalidad. Así, se dice que el art. 34.2 del TRLIS establece que las sociedades mercantiles públicas gozan de una bonificación del 99% para la prestación de

servicios públicos de competencia local, mientras que el impuesto de sociedades sí debe abonarse por las sociedades mercantiles privadas, y, en cuanto al IVA, la memoria económica afirma que la sociedad municipal no podrá deducirse el 21% de los materiales adquiridos para la limpieza, pero en el caso de la gestión indirecta la empresa adjudicataria incluiría en el coste total (mano de obra, materiales, costes indirectos, etc.) el 21% de IVA. Esto es, en el caso de la gestión indirecta el IVA grava el 100% del coste, mientras que con la gestión directa el Consistorio únicamente deberá abonar el IVA sobre los materiales adquiridos para la limpieza.

Ese estudio es, pues, insuficiente para acreditar la mayor eficacia de la prestación del servicio a través de CEMSSA.

Esa conclusión se refuerza a la vista del informe pericial elaborado por el economista D. Álvaro Garola Crespo, aportado como documento nº 1 junto con el escrito de demanda.

En las aclaraciones formuladas por la parte actora a ese dictamen en el plenario, el perito afirmó que el informe económico elaborado por los técnicos municipales se calcula el coste anual total sin aclarar a qué año se refiere, pero que si el coste se hubiera calculado por cuatro años, debería de haber previsto posibles incrementos salariales o cualquier otra desviación en los costes –que no están previstos-, y que por el contrario, si la gestión es indirecta, cualquier incremento en los costes los asumiría el contratista.

El perito añadió: 1) que los trabajadores de una empresa privada de limpieza tienen una jornada laboral de 40h semanales, mientras que los del Ayuntamiento de 37,5h, y que cuando la Administración absorbiera a todo el personal que CLECE dedicaba al servicio (en el informe obrante en los folios 59 y siguientes del e.a., encargado por el propio Consistorio, se reconoce que en el caso de que el Ayuntamiento asumiera directamente el servicio a los trabajadores no les sería aplicable el convenio colectivo del sector), ese mismo personal pasaría a tener una jornada de 37,5h, supuesto que la memoria económica no ha contemplado; 2) que en dicha memoria no se valoran los gastos generales (la llevanza de la contabilidad, facturación, asesoría financiera...), y 3) que, en definitiva, sólo la fiscalidad haría más eficiente la gestión directa del servicio, pero que la fiscalidad no puede ser un elemento para comparar la eficiencia entre un sistema de gestión y otro, y que el planteamiento municipal suponer la quiebra del principio de neutralidad competitiva.

También la demandada formuló aclaraciones al perito. Así, el Letrado Consistorial le preguntó por qué el único elemento analizado es el económico, y perito respondió que porque en la memoria municipal sólo se refiere a ello. En cuanto a los gastos generales, el perito insistió en que en la memoria no se valoran (dijo que aparece un "0"), pero que la empresa municipal deberá necesariamente dedicar personal administrativo a ese servicio, y que si no lo repercute en el coste del mismo, lo estará cargando a otros servicios municipales, y que, además, ese planteamiento supone que la empresa municipal estaría sobredimensionada por cuanto puede asumir esas tareas sin incremento de plantilla, insistiendo, en fin, en que lo que rebaja el precio en el caso de la gestión directa –frente a la indirecta- es únicamente la fiscalidad.

Y la fiscalidad ha de ser neutra a la hora de valorar el coste de un servicio. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de abril de 2005, recurso núm. 7654/2002 se decía que:

“no se puede apreciar infracción del artículo 78 de la Ley 13/95, que dice, que en los contratos se entenderá incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido; por otro, si la sentencia recurrida, ha estimado que al haber concurrido dos empresas exentas del IVA con otras que no lo están, ello ha originado una ruptura del equilibrio que debe presidir la concurrencia en toda licitación, que mermaba la igualdad, es claro, que no se puede haber vulnerado o aplicado indebidamente el artículo 11.1, pues el hecho de que el importe del concurso incluyera para todos el IVA, no altera la realidad de que unas empresas tuvieran que abonarlo y otras no, con lo que obviamente no estaban en situación de igualdad, que es lo que la sentencia recurrida valora y declara; y por último, en nada obsta a lo anterior, el que el procedimiento de adjudicación fuera el concurso, que permitía adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa sin atender al precio, y no la subasta, pues la sentencia, no hace valoración alguna sobre ello, ni sobre cual fue o pudo ser la oferta más ventajosa, sino que anula el concurso por la discriminación participativa entre las sociedades concurrentes al concurso, y es sabido, que el principio de igualdad en la licitación está protegido por el artículo 14 de la Constitución y por reiterada doctrina de esta Sala, sentencias de 30 de junio de 1997, 22 de septiembre de 1997, 27 de noviembre de 2001 y 19 de julio de 2002.”

Y la sentencia de esta misma sala y sección, de fecha 4-11-2016, nº 787/2016, recurso 298/2013, recoge esa misma posición en los siguientes términos:

“SETÈ.- Com s'ha esmentat, l'actora també qüestiona la valoració de les ofertes en la mida que es va fer incloent-hi l'IVA. Hom considera que aquesta circumstància atempta contra el principi d'igualtat i no discriminació des del moment que alguns licitadors i l'adjudicatària estan exempts d'IVA, de forma que el preu final que ofereixen aquestes entitats resulta més favorable.

És ben cert que en matèria de contractació els principis d'igualtat i no discriminació son essencials. Així es proclama a l' article 1 del Reial Decret Legislatiu 3/11, al mateix frontispici del sistema normatiu contractual, i també a l'article 139, que encapçala la normativa relativa a l'adjudicació dels contractes. No és menys cert, però, que l'Administració queda obligada a adjudicar el contracte a l'oferta econòmicament mes avantatjosa, de forma que des de la seva perspectiva allò que importa és el preu final que és el que haurà de satisfer, inclogui o no l'IVA. Però es que, a banda, l'exempció de l'IVA genera certament una discriminació a favor de les entitats beneficiades, però es tracta d'una discriminació que queda establerta en una norma amb rang formal de Llei i el seu objectiu és precisament generar un avantatge a la beneficiària en el mercat en atenció a la naturalesa de l'entitat. No es pot afirmar en aquest sentit que la desigualtat afecti situacions homogènies ni que estigui desproveïda d'un motiu raonable, que són dues condicions necessàries perquè actuï el principi d'igualtat.”

En definitiva, además de que el estudio económico municipal no tiene en cuenta diversos conceptos y gastos para valorar si la gestión directa del servicio de limpieza de los edificios municipales es más eficiente que la gestión indirecta (adquisición de maquinaria necesaria para la prestación del servicio, repercusión el coste del servicio la posible disminución del horario de los trabajadores dedicados al servicio, previsión de posibles incrementos de costes), del propio estudio se infiere que la gestión directa sólo es más eficiente si se tiene en cuenta la fiscalidad (IVA e IS), elemento que, como se ha visto, no puede ser considerado a estos efectos.

Por todo ello procede estimar el recurso interpuesto.

QUINTO.- Procede imponer a la parte demandada el pago de las costas procesales, conforme a lo prevenido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, si bien con el límite de la cantidad de 2.000 euros.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

1º.- Estimar el recurso contencioso-administrativo nº 11/2019, interpuesto por CLECE, SA y anular la resolución recurrida.

2º.- Imponer a la parte demandada el pago de las costas causadas, con el límite de la cantidad de 2.000 euros.

Notifíquese a las partes la presente Sentencia, que no es firme. Contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación ante esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3º, Capítulo III, Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el art. 86.1 LJCA.

Y adviértase que en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.