

Roj: STS 3787/2011
Id Cendoj: 28079130072011100473
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7
Nº de Recurso: 5701/2008
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Mayo de dos mil once.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación numero 5.701/2.008, que pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador D. Álvaro Romay Pérez, en representación de PROMOCIONES ARENENSES, S.L., contra la sentencia de fecha veintitrés de septiembre de dos mil ocho, dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, recaída en el recurso ordinario número 1.566/2.001 . Ha sido parte LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN, representada y defendida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos Dª María Luisa Vidueira Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, en el recurso ordinario número 1.566/2.001, con fecha veintitrés de septiembre de dos mil ocho, dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo 1566/2001, ejercitado por Promociones Arenenses SL (PROMAR SL) contra la actividad administrativa autonómica contractual aquí recurrida, debemos anular y anulamos la misma, también las actuaciones posteriores, por ser disconforme con el ordenamiento jurídico. Se condena la parte demandada al pago de las costas causadas en el actual proceso. Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos ».

SEGUNDO. - Contra la citada sentencia anunció recurso de casación el Procurador D. Álvaro Romay Pérez, en representación de PROMOCIONES ARENENSES, S.L., que la Sala de instancia tuvo por preparado por providencia de 28 de octubre de 2008, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación, en el que después de formular sus motivos, terminó suplicando a la Sala que:

« A) Estimando el primer motivo de casación, anule la sentencia de instancia y retrotraiga las actuaciones al momento de práctica de prueba, ordenando la práctica del

interrogatorio de la demandada propuesto por esta parte, o

B) Subsidiariamente, y estimando el segundo motivo de casación, anule la sentencia de instancia y dicte otra en la que, entrando a conocer sobre el fondo del asunto, se estime íntegramente el recurso interpuesto por esta parte».

CUARTO.- Comparecida la recurrida Comunidad Autónoma de Castilla y León por medio de la Letrada de sus Servicios Jurídicos, Doña María Luisa Vidueira Pérez, por escrito con fecha de entrada de 11 de diciembre de 2008 en el que se oponía a la admisión del recurso de casación. Por providencia de 17 de diciembre de 2008 se dio traslado a la parte recurrente, para que efectuara alegaciones sobre la causa de inadmisibilidad opuesta.

La recurrente formuló las correspondientes alegaciones en defensa de la admisión del recurso por medio de escrito que tuvo entrada en el Tribunal el 16 de enero de 2009.

Por providencia de fecha 31 de marzo de 2009 se puso de manifiesto nuevamente a las partes por plazo de 10 días la posible concurrencia de otra causa de inadmisibilidad del primer motivo de casación, consistente en carecer manifiestamente de fundamento, al figurar incorporada al rollo de instancias la prueba testifical cuya falta de práctica se denuncia (*art. 93.2º,d) de la LJCA*) y no existir constancia de haberse pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia (*art. 88.2)*). Presentando el recurrente y el recurrido sendos escritos en fecha 20 de abril de 2009 y 22 de abril de 2009, en los que formularon sus alegaciones al planteamiento de la inadmisión.

QUINTO.- Por auto de 24 de septiembre de 2.009, la Sección 1ª de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo acordó declarar la inadmisión del primer motivo del recurso de casación, admitiendo en cambio el segundo motivo y la remisión de las actuaciones a la Sección 6ª por ser la competente.

SEXTO.- Por providencia de fecha 11 de enero de 2010 se concedió un plazo de treinta días al recurrido para que formalizara escrito de oposición, que tuvo entrada el día 9 de marzo de 2010, y en el que se suplicaba a la Sala que dicte sentencia, por la que se confirme la sentencia de instancia, con imposición de costas a la recurrente.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, para votación y fallo se señaló la audiencia del día 25 de mayo de 2011, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en el presente recurso de casación la sentencia de fecha veintitrés de septiembre de dos mil ocho, dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, recaída en el recurso ordinario número 1.566/2.001, que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por PROMOCIONES ARENENSES S.L., representada por el Procurador Sr. Ramos Polo y bajo la dirección Letrada del Sr. Condina Vallverdú, contra la resolución de la Secretaría General de la Consejería de Fomento de 2 de enero de 2.001, por la que se adjudicaban una serie de contratos, contra la adjudicación correspondiente al expediente 2-AV-00/040-12507/2000/118.

El recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Álvaro Romay Pérez, en representación de PROMOCIONES ARENENSES, S.L., contiene dos motivos de casación, de los cuales el primero, formulado al amparo del *artículo 88.1º, letra c) de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, fué inadmitido por Auto de la Sección Primera de 24 de septiembre de 2009, quedando así limitado el recurso al segundo de ellos, formulado al amparo del *artículo 88.1º, letra d) de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto los *artículos 62.b) y 65.1º. del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*.

Por su parte en su escrito de oposición al recurso de casación LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN, representada y defendida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos Dª María Luisa Vidueira Pérez, alega, en síntesis, que la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de enero de 2009 sostiene respecto a la acreditación de la solvencia del licitador, que es -sin duda- un defecto subsanable ya que se trata de una mera falta de acreditación de aquellos requisitos (*artículo 71 de la Ley 30/1992*), por cuya razón procede requerir al interesado a fin de que pueda acreditar su solvencia económica y su solvencia técnica.

SEGUNDO.- La Sentencia recurrida concreta con precisión el objeto del recurso contencioso-administrativo, centrándolo en la impugnación por el recurrente de la resolución de la Secretaría General de la Consejería de Fomento de 2 de enero de 2.001, por la que se adjudicaban una serie de contratos, contra la adjudicación correspondiente al expediente 2-AV-00/040-12507/2000/118, afirmando que se ejercita: «una pretensión de plena jurisdicción, empleando como fundamento de la misma un conjunto de motivos susceptibles de ser clasificados en dos grupos: a) los relacionados con la validez del procedimiento seguido para seleccionar al contratista, y b) los referentes a la validez y licitud de la adjudicación.

Al primero pertenecen, a su vez, los siguientes: 1º) exclusión de la empresa que resultó adjudicataria por falta de aportación de los documentos requeridos para el sobre I en el plazo previsto en el pliego de condiciones particulares; 2º) ausencia de información dentro del plazo legalmente previsto y pese a que lo interesó, de las puntuaciones asignadas a los concursantes; 3º) falta de explicación sobre la valoración de las proposiciones de los contratistas, y 4º) la clasificación para el contratista requerida por el pliego es irregular por insuficiente. Y al segundo grupo corresponden: 1º) su proposición económica es más ventajosa por la baja ofertada; 2º) no ha sido respetado el umbral mínimo de 13 puntos requerido para la adjudicación, el cual está previsto en el pliego de condiciones de la contratación, y 3º) los criterios de adjudicación tales como el nivel de conocimiento de la obra o las mejoras en el proyecto no son objetivos, siendo desconocido como los aplicó la Administración ya que no explica la valoración de las ofertas».

A continuación la Sentencia, entrando ya en el núcleo de la cuestión litigiosa, indica en su Fundamento de Derecho Segundo, que:

« Aplicando estos criterios jurisprudenciales al caso ahora examinado, caracterizado por la ausencia en el sobre I de la sociedad posteriormente adjudicataria de cualquier documento referente a su clasificación y la falta de un requerimiento de aportación a esa concursante por parte de la Mesa de Contratación, quien entró a valorar las ofertas sin constancia real de ese requisito de solvencia técnica, tal como queda acreditado por el examen de los folios 557 a 587 del expediente de contratación, la resultante a la que habrá que llegar será que aquel órgano de contratación vulneró el régimen jurídico que ya queda expuesto pues debió calificar previamente la documentación de capacidad y solvencia, requerir en su caso de subsanación concediendo a tal fin un plazo y para el supuesto de que la concursante no aporte la certificación que al parecer comunicó había pedido excluir a la sociedad mercantil por falta de acreditación en forma y plazo de sus solvencia técnica; actuaciones estas que, además de haber omitido, lo fueron soslayando la fase previa e independiente antes expresada (calificación de la documentación) pues entró a valorar las ofertas sin la debida constancia del documento calificador.

Lo anterior es constitutivo de una anulabilidad del artículo 63 del RDL 2/2000 con los efectos previstos en su artículo 65.3 .

Distinta suerte debe correr la falta de la otra documentación, pues y de acuerdo con la expresada jurisprudencia esos documentos no son propiamente esenciales, siendo por ello susceptibles de una subsanación; actividad esta que efectuó la sociedad concursante precisamente al momento de la primera reunión de la Mesa de Contratación ».

TERCERO.- Entrando en el análisis del motivo admitido, en el que se alegó la infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en concreto los artículos 62.b) y 65.1º. del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , debemos empezar refiriéndonos al concreto desarrollo argumental del mismo.

Sostiene la parte que, tal y como resulta de la lectura del Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia recurrida, el Juzgador a quo considera como hecho probado "la ausencia en el sobre 1 de la sociedad posteriormente adjudicataria de cualquier documento referente a su clasificación.

Sin embargo se considera en la sentencia recurrida que, ante la falta de un requerimiento de subsanación de dicha documentación por parte de la Mesa de Contratación a CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES LOPEZ CRESPO, S.L., y en aplicación de la doctrina de la Sala, recogida en sus sentencias de 30 de noviembre de 1992 , 4 y 6 de julio de 2004 , la adjudicación habría incurrido en un vicio de anulabilidad, en los términos establecidos en el art. 63 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio).

Entiende el recurrente que el razonamiento efectuado por la sentencia resulta erróneo, pues "el vicio relevante no sería la omisión del requerimiento de subsanación por parte de la Mesa de Contratación, sino la falta de acreditación en tiempo y forma, por parte de la empresa que luego resultó adjudicataria, de su solvencia económica, financiera y técnica".

Y es que, en efecto, la total ausencia de la documentación acreditativa de la clasificación de CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES LOPEZ CRESPO, S.L. en el Sobre I de su oferta, no constituía, a su juicio, un defecto material subsanable en los términos establecidos en la STS de 27 de noviembre de 2008 , por lo que no resultaba procedente el requerimiento de subsanación de la misma. Antes bien al contrario, continúa la recurrente, la Mesa de Contratación debió excluir directamente, y con anterioridad a la apertura de los sobres correspondientes a las ofertas económicas y técnicas, a dicho licitador. Al no haberlo hecho,

el contrato fue adjudicado a un licitador que no acreditó debidamente su solvencia económica, técnica y financiera, resultando por tanto la adjudicación nula de pleno derecho, por concurrencia de la causa de nulidad prevista en el *apartado b) del art. 62 del TRLCAP* , con los efectos establecidos en el *art.65.1* del mismo cuerpo legal, y no simplemente anulable por defecto de procedimiento, por lo que entiende esta parte que la Sentencia recurrida infringe dichos preceptos.

Concluye su razonamiento la parte, indicando que es menester señalar que debió declararse, por tanto, y en consonancia con las pretensiones contenidas en el petitum de la demanda, el mejor derecho del recurrente a resultar adjudicatario del concurso, puesto que su oferta resultaba neta y objetivamente superior a la adjudicataria.

Para resolver la cuestión planteada en este recurso de casación debemos comenzar por recordar que el *artículo 7 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio* , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece la aplicación supletoria de las normas del derecho administrativo a los contratos administrativos, por lo que en la contratación administrativa es también de aplicación el *artículo 71, que se intitula "Subsanación y mejora de la solicitud", y dispone que "1* . Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane las falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, archivándose sin más trámite, con los efectos previstos en el *artículo 42.1* "

Partiendo, pues, de la aplicabilidad al caso del precepto que se acaba de citar, resulta claro que la Administración debió requerir la subsanación de las omisiones relativas a los documentos que acreditaban la capacidad y solvencia económica, financiera, técnica o profesional para contratar con la administración, no así las proposiciones de los interesados relativas a la oferta económica.

La Sentencia de instancia por tanto ha interpretado correctamente los *artículos 62, 63 y 65 de Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio* . En el caso de autos solo se podría afirmar que estuviésemos ante un supuesto de falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, de la empresa que finalmente resultó adjudicataria, supuesto contemplado en el *artículo 62* , b), si, transcurrido el plazo otorgado para la subsanación, no se hubiera presentado la documentación correspondiente, de ahí que, nos encontramos, como acertadamente apreció la sentencia recurrida, ante un caso en que la Administración, ante un la falta de presentación de los documentos relativos a la capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, no requirió la subsanación de esta omisión subsanable, por lo que la Sentencia de instancia aplicó correctamente el *artículo 63 de citado Real Decreto* Legislativo.

Por último debemos indicar que el hoy recurrente en la instancia solicitó subsidiariamente que se declara la anulación de la adjudicación, que es lo que en definitiva hizo el Tribunal de instancia, por lo que acogió su pretensión.

Se impone por todo lo expuesto la desestimación del motivo y del recurso.

CUARTO .- La desestimación de todos los motivos de casación alegados comporta la declaración de no haber lugar al recurso interpuesto y la imposición de las costas procesales a la parte recurrente, según establece el *artículo 139.2º de la Ley Jurisdiccional, si bien, como permite el apartado tercero* del mismo precepto, procede limitar su cuantía, por el concepto de honorarios de Abogado de la parte comparecida como recurrida, a la cifra de 1.500 euros, dada la actividad desplegada por aquél al oponerse al indicado recurso.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos declarar, y declaramos, no haber lugar al recurso de casación nº 5.701/2.088, interpuesto por el Procurador D. Álvaro Romay Pérez, en representación de PROMOCIONES ARENENSES, S.L., contra la sentencia de fecha veintitrés de septiembre de dos mil ocho, dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, recaída en el recurso ordinario número 1.566/2.001 , con imposición de las costas al recurrente con el límite fijado en el Fundamento de **Derecho Cuarto** .

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.