



Roj: **ATS 4948/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4948A**

Id Cendoj: **28079130012018200926**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/04/2018**

Nº de Recurso: **407/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 27/04/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 407/2018

Materia: CONTRATACION PUBLICA

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Celsa Pico Lorenzo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Secretaría de Sala Destino: 004

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 407/2018

Ponente: Celsa Pico Lorenzo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

Dª. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce



D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor

D^a. Ines Huerta Garicano

En Madrid, a 27 de abril de 2018.

HECHOS

PRIMERO . Las entidades mercantiles "Acciona Concesiones, S.L." y "Obrascón-Huarte Laín, S.A." interpusieron recurso especial en materia de contratación contra la Orden 2430/2015, de 17 de noviembre de 2015, dictada por la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno de la Comunidad de Madrid, por la que se dispuso desistir del procedimiento de adjudicación correspondiente al contrato de concesión de obras públicas denominado "Redacción del proyecto de ejecución, construcción y explotación de la Ciudad de la Justicia de Madrid (expediente nº A/COP-019868/2015)", recurso que fue resuelto mediante Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en adelante, TACPCM), de fecha 13 de enero de 2016, dictado en el recurso nº 217/2015, en virtud de la cual fue estimado el citado recurso, declarándose la nulidad de la referida Orden 2430/2015.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra dicho acto administrativo por la representación de la Comunidad de Madrid, el mismo fue estimado en virtud de sentencia núm. 405/2017, de 3 de noviembre, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Tercera), en los autos del recurso nº 316/2016.

La Sala territorial expone, en síntesis (tras extractar tanto la resolución recurrida dictada por el TACPCM de 13 de enero de 2016 como otra resolución del mismo órgano administrativo dictada el 27 de marzo de 2015 a propósito de la desestimación de otro recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad mercantil "Corsán- Corviam Construcción, S.A." contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el contrato de concesión de obra pública objeto de este recurso), que la perfección de los contratos se produce con la formalización de los mismos, por lo que previamente a ese momento no cabe hablar ni de contrato ni de obligaciones contractuales de las partes, de modo que hasta que ambas partes no prestan su consentimiento en el acto de formalización, cualesquiera de ellas puede desligarse de su intención de celebrar el contrato sin incurrir en responsabilidad, aunque sí se incurre en la llamada *culpa in contrayendo* , que supone la obligación de indemnizar los daños ocasionados a la contraparte por la negociación infructuosa. Estas previsiones se han recogido en el artículo 155 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) aplicable *ratione temporis* a estas actuaciones. Cuando se inicia el expediente de contratación del contrato de concesión de la Ciudad de la Justicia de Madrid se encontraba aún vigente otro contrato adjudicado el 28 de junio de 2007 a la empresa "Corsán- Corviam Construcción, S.A.", de redacción del proyecto de ejecución y del estudio de seguridad y salud, de la ejecución y la dirección facultativa de las obras del nuevo edificio para los Juzgados de lo Social y lo Mercantil del Campus de la Justicia de Madrid.

Resulta un hecho admitido por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPCM) que la configuración de los espacios correspondientes a esos órganos jurisdiccionales social y civil del contrato de concesión de la Ciudad de la Justicia de Madrid son completamente distintos en su concepción y distribución de los correspondientes al contrato ya adjudicado, razón por la que el objeto de dichos contratos resulta incompatible física, arquitectónica, jurídica y económicamente, existiendo un obstáculo insalvable para poder convocar y licitar la concesión en cuestión. El resultado de todo ello fue que el objeto del contrato de concesión no quedó delimitado con precisión en la fase de preparación, lo que constituye un defecto no subsanable de las normas de preparación del contrato que acarrea la procedencia del desistimiento acordado por la Administración. Las resoluciones del TACPCM de 27 de marzo de 2015 (ya citada, que desestimó un recurso especial interpuesto por la empresa "Corsán- Corviam Construcción, S.A." contra los pliegos del contrato de concesión de obra pública objeto de este pleito) y de 13 de enero de 2016 consideran, sin embargo, que la vigencia del previo contrato no exige el desistimiento previsto en el artículo 155 TRLCSP, sino la necesidad de resolver el contrato anterior adjudicado a Corsán-Corviam Construcción, S.A. antes de la adjudicación del nuevo contrato de concesión. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid considera, al contrario, que no puede considerarse que la infracción cometida en la preparación del nuevo contrato de concesión sea subsanable por el mero hecho de que la Administración manifieste que atenderá las obligaciones económicas derivadas de la resolución del contrato con Corsán-Corviam Construcción, S.A., porque ello no es más que una declaración de intenciones y la subsanación de la infracción de las normas de preparación del contrato no puede quedar al albur de la empresa adjudicataria, que puede o no aceptar la propuesta de resolución que haga la Administración. Por ello, la infracción de las normas de preparación del



contrato son insubsanables y el desistimiento acordado por la Administración en virtud de Orden 2430/2015, de 17 de noviembre de 2015, resulta conforme a derecho.

La Sala territorial también argumenta, frente a la resolución del TACPCM respecto de la posible vulneración del principio de confianza legítima, que el mismo es rechazable porque un licitador al que aún no se ha adjudicado un contrato no puede ampararse en dicho principio cuando concurre una infracción no subsanable apreciada antes de la adjudicación. También respecto del principio de proporcionalidad la Sala territorial disiente respecto del TACPCM, porque su ámbito de aplicación son las infracciones y sanciones administrativas y porque el artículo 155 TRLCSP no recoge la posibilidad de no aplicar el desistimiento del procedimiento de contratación si concurre una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato. La dicción del artículo 155 TRLCSP no se refiere a causas de nulidad de pleno derecho, como sostienen las mercantiles codemandadas, además de que los supuestos de anulabilidad no son por ello convalidables o carecen de eficacia invalidante. La Orden de la Comunidad de Madrid no incurre tampoco en fraude de ley ni abuso de poder, porque esta alegación de las mercantiles codemandadas parten de considerar que no ha existido vicio alguno en los actos de preparación de la concesión, y de existir, que eran subsanables. Además, la firmeza de la anterior resolución del TACPCM no impedía a la Comunidad de Madrid aplicar el artículo 155 TRLCSP al caso de autos, y así se recogía expresamente cuando anunciaba que el órgano de contratación podía optar por otras formas de restablecimiento de la legalidad. Los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y la imposibilidad de ir contra los propios actos solo resultan de aplicación siempre que no supongan vulneración del principio de legalidad.

SEGUNDO . La representación procesal de las sociedades mercantiles "Acciona Construcción, S.A." y "Obrascón-Huarte Laín, S.A." prepara recurso de casación, considerando vulnerados los artículos 155.4 TRLCSP, 110.2 de la LRJAP y PAC, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la imposibilidad de hacer valer un vicio propio en su beneficio (citando las SSTC 3/2001 , 220/2003, 184/2004, 73/2005, 14/2006, 64/2007, 239/2007, 117/2008 y 179/2003), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a que quien provoca el vicio no puede alegarlo en su beneficio (invocando sentencias del Tribunal de Primera Instancia, como la STPI de 02/10/2014, de 06/07/2017 y de 02/10/2014) y respecto del principio de confianza legítima [citando las sentencias del TJUE de 22/03/1961, de 13/07/1965 (asunto Lemmerz-Werk), de 26/04/1988 (asunto 316/86) y de 26/04/2005 (asunto Hoge Raad der Nederlanden, asunto C-376/02)].

Los recurrentes consideran que la Comunidad de Madrid podía haber resuelto el contrato anterior con la mercantil Corsán-Corviam ante el abandono de su contrato, y si no lo hizo, no puede ahora escudarse en su propio incumplimiento para generar artificialmente un vicio insubsanable, porque en este caso, o no hay vicio o es subsanable. Invoca otra sentencia de este Tribunal Supremo, de 24/01/2012 (RC 2247/2011), sobre una resolución tácita del contrato y el derecho a indemnización; y fundamenta el recurso de casación en los supuestos del artículo 88.3.a), al no existir jurisprudencia sobre el alcance y sentido de la expresión "vicio insubsanable" que utiliza el artículo 155.4 TRLCSP y, en su caso, existir solo un pronunciamiento jurisprudencial (la citada STS, Sala 3ª, de 24/01/2012, RC 2247/2011), según el cual la licitación de un contrato concesional sobre un objeto coincidente con el contrato anterior comporta el desistimiento tácito del contrato más antiguo; 88.2.c), por afectar a un gran número de situaciones por trascender del caso objeto del proceso, al entender que la Sala de instancia confunde la resolución del contrato con la liquidación del mismo; 88.2.e) y f) LJCA, al considerar que el fallo impugnado interpreta y aplica con aparente error y como fundamento de la decisión la doctrina constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la prohibición de alegar los propios vicios; 88.2.f) LJCA por considerar que la sentencia impugnada infringe el principio de confianza legítima reconocido en la jurisprudencia del TJUE; y 88.2.b) LJCA por entender que la sentencia impugnada sienta una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales.

TERCERO . Por Auto de 10 de enero de 2018 la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de 30 días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo.

Se ha personado la representación procesal de las sociedades mercantiles "Acciona Concesiones, S.L." y "Obrascón-Huarte Laín, S.A.", en concepto de recurrente, así como la representación procesal de la Comunidad de Madrid, en concepto de parte recurrida, formulando oposición al recurso de casación.

Es Magistrado Ponente la Excm. Sra. D.ª Celsa Pico Lorenzo, Magistrada de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO . Como cuestión previa, y desde un punto de vista formal, debe señalarse que el escrito de preparación cumple con las exigencias del artículo 89.2 LJCA , por lo que nada puede oponerse a la admisibilidad del recurso desde el punto de vista de los subapartados a) y b) del artículo 90.4 LJCA .



Así, el escrito se ha estructurado en apartados separados, encabezados con un epígrafe expresivo de su respectivo contenido y se ha razonado tanto la recurribilidad de la resolución de instancia por este cauce extraordinario como la observancia de los requisitos de legitimación y plazo. De otro lado, se han identificado debidamente las normas y/o jurisprudencia cuya infracción se imputa a la sentencia de instancia, cumpliéndose con la carga procesal de justificar, primero, su incardinación en el Derecho estatal; segundo, su debida observancia en el proceso de instancia; y tercero, su relevancia en el sentido del fallo.

Respecto de la concurrencia en el caso de interés casacional, la Sección considera que la parte recurrente ha realizado el imprescindible esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, en relación a la concurrencia del interés casacional objetivo en función de alguno de los supuestos enunciados en los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA .

Cumplidas, en definitiva, las exigencias que impone al escrito de preparación el art. 89.2 de la LJCA , entendemos que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: si, a la luz del artículo 155.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (y del vigente artículo 152.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público , por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, de idéntica redacción), previamente a la licitación e inicio del procedimiento de adjudicación de un contrato administrativo cuyo objeto coincide total o parcialmente con otro u otros contratos que fueron licitados y adjudicados anteriormente es preciso que el órgano de contratación proceda a la resolución de éstos últimos total o parcialmente incompatibles con el primero, y en el caso de que no se haya operado así, si dicha circunstancia supone la concurrencia de una infracción o vicio insubsanable de las normas de preparación del contrato que han de dar lugar al desistimiento del procedimiento de adjudicación del mismo.

En particular, concurre con claridad el supuesto previsto en el apartado 3.a) del artículo 88 LJCA , dado que se han aplicado normas en las que se sustenta la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia.

SEGUNDO . Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA , procede admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de las sociedades mercantiles "Acciona Construcción, S.A." y "Obrascón-Huarte Laín, S.A." contra la sentencia núm. 405/2017, de 3 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , dictada en los autos del recurso núm. 316/2016.

Y, a tal efecto, precisamos que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si, a la luz del artículo 155.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (y del vigente artículo 152.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público , por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, de idéntica redacción), previamente a la licitación e inicio del procedimiento de adjudicación de un contrato administrativo cuyo objeto coincide total o parcialmente con otro u otros contratos que fueron licitados y adjudicados anteriormente es preciso que el órgano de contratación proceda a la resolución de éstos últimos total o parcialmente incompatibles con el primero, y en el caso de que no se haya operado así, si dicha circunstancia supone la concurrencia de una infracción o vicio insubsanable de las normas de preparación del contrato que han de dar lugar al desistimiento del procedimiento de adjudicación del mismo.

Señalamos, además, que las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación son las contenidas en el artículo 155.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y en el vigente artículo 152.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público , por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, de idéntica redacción.

TERCERO . Conforme a lo dispuesto en el art. 90.7 de la LJCA , este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. 407/2018:

La Sección de Admisión acuerda:

Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de las sociedades mercantiles "Acciona Construcción, S.A." y "Obrascón- Huarte Laín, S.A." contra la sentencia núm. 405/2017,



de 3 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en los autos del recurso núm. 316/2016 .

Segundo.-Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: si, a la luz del artículo 155.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (y del vigente artículo 152.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público , por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, de idéntica redacción), previamente a la licitación e inicio del procedimiento de adjudicación de un contrato administrativo cuyo objeto coincide total o parcialmente con otro u otros contratos que fueron licitados y adjudicados anteriormente es preciso que el órgano de contratación proceda a la resolución de éstos últimos total o parcialmente incompatibles con el primero, y en el caso de que no se haya operado así, si dicha circunstancia supone la concurrencia de una infracción o vicio insubsanable de las normas de preparación del contrato que han de dar lugar al desistimiento del procedimiento de adjudicación del mismo.

Tercero . -Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en el artículo 155.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y en el vigente artículo 152.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público , por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, de idéntica redacción.

Cuarto. -Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D^a Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor D^a Ines Huerta Garicano