



Roj: **STSJ AND 10678/2016** - ECLI: **ES:TSJAND:2016:10678**

Id Cendoj: **29067330022016100365**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Málaga**

Sección: **2**

Fecha: **20/07/2016**

Nº de Recurso: **80/2014**

Nº de Resolución: **1570/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE BAENA DE TENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 1570/2016

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. MÁLAGA

Sección 2ª

RECURSO: 80/2014

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADOS

Dª. BELEN SANCHEZ VALLEJO

D. JOSE BAENA DE TENA

En la Ciudad de Málaga a veinte de julio de dos mil dieciséis . -

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo **número 80/14**, interpuesto por la entidad **TAXO VALORACION**, S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. María del Mar Conejo Doblado, contra la resolución de fecha 13 de noviembre de 2013 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (recurso nº 135/13). Es parte demandada la referida Administración, representada por el Letrado D. Joaquín Gallardo Gutiérrez. Es parte codemandada la ASOCIACIÓN DE PERITOS TASADORES JUDICIALES DE ANDALUCIA, representada por el Procurador D. Angel Ansorena Huidobro.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE BAENA DE TENA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por la referida representación se presentó escrito interponiendo recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Administración demandada de fecha 13 de noviembre de 2013, por la que se desestimó el recurso interpuesto por la parte actora contra la adjudicación del contrato denominado "Servicio de Peritaciones Judiciales en Procedimientos Instruidos por los órganos judiciales de la Provincia de Malaga".

SEGUNDO .- Teniendo por interpuesto el recurso, se acordó su tramitación conforme a las normas establecidas para el procedimiento en primera o única instancia en el Capítulo I del Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, habiéndose presentado en tiempo y forma la demanda y su contestación, y una vez acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicada toda la que



declarada pertinente pudo cumplimentarse dentro del período probatorio, las partes formularon sus escritos de conclusiones, quedando conclusos los autos para sentencia y pendientes de señalamiento para votación y fallo, que ha tenido lugar en el día fijado al efecto.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Tanto la Administración autonómica como la entidad codemandada se oponen a la demanda articulando, con carácter previo, la falta de capacidad procesal de la entidad recurrente y de su legitimación activa. Así pues, e **l examen de la cuestión de fondo debe venir precedido por el de la causa primera de inadmisibilidad opuesta en la contestación a la demanda por la Administración autonómica, que no es otra que la del apartado b) del artículo 69 de la Ley Jurisdiccional , al carecer el representante de la recurrente de capacidad procesal.**

No se podrá estimar puesto que, ate el requerimiento de este Tribunal, con fecha de 8 de enero de 2016 y dentro del plazo para ello concedido, la parte actora aportó a las actuaciones la certificación de la Secretaria de la entidad, con el visto bueno de su presidente, el acuerdo del Consejo de Administración ratificando la interposición del recurso efectuada en su día por el apoderado de la entidad, D. Nicolas .

SEGUNDO .- **Insiste la parte actora, ahora en sede jurisdiccional, en la falta de capacidad de la asociación adjudicataria para ser contratista toda vez que es, como se dice, una asociación sin ánimo de lucro y, por tanto, al no tener gastos generales ni beneficio industrial alguno por su actuación, que se limita a encauzar el encargo a sus asociados, no** acredita su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, como exige el art. 54 del RDLg. 3/11, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público .

Al respecto, dicho precepto dispone que sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica , financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas, y el art. 62 de dicha normativa establece respecto a la exigencia de solvencia que para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esa Ley, y el artículo 65 sobre exigencia y efectos de la clasificación dice que la clasificación de los empresarios como contratistas de obras o como contratistas de servicios de las Administraciones Públicas será exigible y surtirá efectos para la acreditación de su solvencia para contratar en los casos y términos que dicho artículo establece, y finalmente los artículos 70 y 71, respecto del plazo de vigencia y revisión de las clasificaciones y comprobación de los elementos de la clasificación, respectivamente, dice que esta será indefinida en tanto se mantenga por el empresario las condiciones y circunstancias en que se basó su concesión. No obstante, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado 3 de ese artículo y en el artículo siguiente, para la conservación de la clasificación deberá justificarse anualmente el mantenimiento de la solvencia económica y financiera y, cada tres años, el de la solvencia técnica y profesional, a cuyo efecto el empresario aportará la correspondiente documentación actualizada en los términos que se establezcan reglamentariamente. La clasificación será revisable a petición de los interesados o de oficio por la Administración en cuanto varíen las circunstancias tomadas en consideración para concederla. En todo caso, el empresario está obligado a poner en conocimiento del órgano competente en materia de clasificación cualquier variación en las circunstancias que hubiesen sido tenidas en cuenta para concederla que pueda dar lugar a una revisión de la misma. La omisión de esta comunicación hará incurrir al empresario en la prohibición de contratar prevista en la letra e) del apartado 1 del art. 60 " y que los órganos competentes en materia de clasificación podrán solicitar en cualquier momento de las empresas clasificadas o pendientes de clasificación los documentos que estimen necesarios para comprobar las declaraciones y hechos manifestados por las mismas en los expedientes que tramiten, así como pedir informe a cualquier órgano de las Administraciones públicas sobre estos extremos " .

Por tanto, de la normativa expuesta se deduce que la clasificación de los contratistas es un verdadero requisito de capacidad, que debe concurrir previamente y sin el cual no es posible la válida contratación, pero que no es exigible siempre sino solo en los casos expresamente previstos por la Ley. El Tribunal Supremo, ya en Sentencia de 1 de Marzo de 1975 , afirmaba que la necesidad de que el contratista esté clasificado obedece al doble designio de constatar la aptitud técnica y financiera de los contratistas en congruencia con la entidad de la obra y de prevenir la asunción de compromisos desproporcionados a aquella capacidad técnica y financiera. Es decir, según nuestro Alto Tribunal, la clasificación se configura como una garantía del cumplimiento del contrato, asegurando previamente, mediante un examen individualizado por el Ministerio de Hacienda de cada



contratista o empresa la aptitud o capacidad técnica necesaria para hacer frente a la ejecución de obras o de contratos de servicios de un cierto volumen, que no es posible llevar adelante si se carece de ciertos medios materiales, personales y técnicos. La clasificación supone la inscripción de oficio en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas y que los hubiese adoptado (art. 69), en alguno de los grupos y subgrupos de actividades por especialidades en relación con el objeto de los contratos que establece el RD. 1098/01 . .

TERCERO .- Por su parte, el RD. 817 /09 , por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/07, dispone en su artículo primero que la determinación de la solvencia económica y financiera a efectos de la clasificación se efectuará de la siguiente manera: La de las sociedades como empresas contratistas de obras o como empresas de servicios exigirá que el importe de su patrimonio neto, según el balance de las cuentas anuales aprobadas y presentadas en el Registro Mercantil correspondientes al último ejercicio finalizado, y, en su defecto, de las correspondientes al último ejercicio cuyo período de presentación haya finalizado, supere el importe mínimo establecido en la legislación mercantil para no incurrir en causa de disolución. Por su parte el artículo 4 establece lo siguiente que el órgano competente para la tramitación de los expedientes de clasificación iniciará expediente de revisión de clasificaciones en los siguientes y supuestos: a) Cuando una empresa clasificada no haya presentado en el plazo establecido la declaración a que hace referencia el artículo 2. b) Cuando habiéndola aportado no quede acreditada la presentación de sus cuentas en el Registro Mercantil o Registro Oficial correspondiente, o la del seguro de indemnización por riesgos profesionales a que se refiere el apartado 3 del artículo 1. c) si los documentos mencionados en los dos artículos anteriores ponen de manifiesto una solvencia económica y financiera insuficiente de acuerdo con los requisitos mínimos exigidos en dicho artículo.

CUARTO .- De la normativa anteriormente transcrita puede deducirse, ante todo, la posibilidad de que las asociaciones puedan concursar para obtener contratos de las administraciones al establecerse especiales requisitos para aquellas otras personas jurídicas que puedan considerarse como empresas, siempre que dicho concurso no contradiga las previsiones funcionales que estuvieran previstas en los estatutos de la asociación y aun cuando, ésta, no tuviera como objetivo la obtención de lucro, en tanto que, éste, no es consustancial con el concepto de asociación y la ley, se refiere al contratista como persona jurídica, sin restricción alguna, por cuanto que la misma tiene plena capacidad de obrar, con la única limitación de aceptar donaciones y aquellas otras que se hayan incluido en sus estatutos y cuya publicidad está garantizada por su inscripción registral que deberá incluir, según el art. 7 de la LO. 1/02, de Asociaciones , sus fines y actividades. Como se dice en la resolución administrativa impugnada, la adjudicataria de la licitación, la Asociación de Peritos Tasadores, estatutariamente tiene previsto contratar con las administraciones públicas ofertando la prestación de servicios de consultoría y asistencia técnica a través, entre otros procesos, de concursos y licitaciones públicas.

El art. 35 del Código Civil confiere a las asociaciones personalidad propia y, a la vez, plena capacidad, pudiendo adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones, sin otro límite que su conformidad con la ley y con los estatutos (art. 38). Así pues, por las razones que al respecto deduce la parte actora, limitar la capacidad de esas personas jurídicas en orden a contratar con las administraciones debe desestimarse pues, se trata, ya se ha dicho, de sujetos de derecho y plenamente capaces sin que se les pueda exigir una estructura empresarial al no tener esa naturaleza. Siempre que se cumplan los requisitos previstos en el art. 72 del RDLg. 3/11, es decir, la escritura o documento de constitución , los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate.

QUINTO .- No cabe dudar, tampoco de su solvencia técnica, debiéndose insistir en que no se trata de una empresa. Han debido bastar, como se expresa en la contestación a la demanda, los certificados de la propia Administración contratante respecto de la ejecución del mismo contrato concertado para otras circunscripciones territoriales de la Administración de Justicia y, conforme al art. 64 del RDLg. 3/11, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación. Nuevamente hay que insistir en que no se trata de una empresa, por lo que no se ha de exigir aquellas condiciones especialmente previstas para las mismas. De todas formas, falta la prueba de la falta de solvencia que la parte actora formula desde un punto de vista teórico.

Aparte de que la exigencia de una aplicación informática se considera cumplimentada, ha de ser colorario de los anteriores fundamentos, los siguientes razonamientos:

a) Estamos ante un sistema de concurso en el que la Administración posee una discrecionalidad para apreciar cual de todas las ofertas resulta más ventajosa para el interés público y hay que recordar que la adjudicación se hace a la oferta más ventajosa, sin atender necesariamente al valor económico de la misma, criterio normativo que aparece reiteradamente recogido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.



b) En la cuestión examinada, existe una presunción de mayor garantía técnica a favor de la adjudicataria, dada las profesiones de los asociados, sin que se hayan producido actuaciones fraudulentas por parte de la Administración con ánimo de favorecer a unos licitadores en contra de los restantes, sino atender a un principio de mejoras técnicas y de coordinación indispensables en la cuestión examinada.

c) Teniendo en cuenta reiterada jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 1 y 15 de diciembre de 1986 , 19 de mayo y 21 de diciembre de 1987 , 18 de julio de 1988 , 23 de enero y 17 de junio de 1989 , 20 de marzo , 8 y 24 de octubre de 1990 , 11 de febrero , 27 de marzo , 2 de abril y 11 de junio de 1991), hay que reconocer la legitimidad de actuación de la potestad discrecional de la Administración en la selección de la asociación adjudicataria en relación con la causa del acto administrativo, que permitiría confirmar los criterios de la sentencia impugnada, que consideró ajustados al ordenamiento jurídico el acuerdo impugnado, teniendo en cuenta la precedente actuación administrativa que implica una adecuada y correcta valoración del material fáctico aportado al expediente.

d) Finalmente, un último argumento que aplica la parte recurrente en apelación es la vulneración del derecho a la igualdad pues este principio ha sido reiteradamente interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que su aplicación no exige una absoluta prohibición de un tratamiento diferente en función de las distintas circunstancias concurrentes en cada caso, sino lo que implica es la interdicción de una discriminación entre personas, categorías o grupos que se encuentren en la misma situación y este criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha sido también aplicado reiteradamente por la doctrina del Tribunal Supremo, que ha declarado que el principio de igualdad contenido en el art. 14 de la Constitución no implica un tratamiento legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de transcendencia jurídica.

SEXTO .- de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se ha de condenar a la parte actora al pago de las costas de este proceso.

Por las razones expuestas, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad de juzgar que nos ha conferido el Pueblo español en la Constitución

FALLAMOS

PRIMERO .- Desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido contra la resolución referida en los antecedentes de esta sentencia por ser conforme a Derecho.

SEGUNDO .- Condenar a la parte actora al pago de las costas de este proceso.

Notifíquese la presente sentencia a las partes.

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

PUBLICACION. La anterior sentencia ha sido leída y publicada por los Ilmos. Magistrados que la suscriben estando celebrando audiencia pública; doy fe.