



Roj: **STS 7645/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:7645**

Id Cendoj: **28079130072011100798**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **15/11/2011**

Nº de Recurso: **2800/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE DIAZ DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 19789/2009,**  
**STS 7645/2011,**  
**ATS 6342/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a quince de Noviembre de dos mil once.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. arriba anotados, el recurso de casación número 2800/2009, que pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Purificación Bayo Herranz, en nombre y representación de la entidad "**Censenal** Madrid, S.L.", impugnando la sentencia de la Sección de Apoyo a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 24 de febrero de 2009, que desestimó el recurso contencioso-administrativo número 1203/2007 promovido contra la resolución de la Subdirección General de Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Hacienda, de 13 de junio de 2007, por la que se resolvió el recurso de alzada entablado contra una resolución de la Junta de Contratación.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Mediante resolución de la Subdirección General de Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Hacienda, de 13 de junio de 2007, se resolvió el recurso de alzada interpuesto contra la resolución 27.697/07, de la Junta de Contratación, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 118, de 17 de mayo de 2007, por la que se anunció el concurso para contratar el "Servicio de línea directa telefónica para la Dirección del Catastro".

**SEGUNDO** .- Con fecha 30 de julio de 2007, por la representación de la citada sociedad se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala Jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuestionando la mencionada resolución de 13 de junio de 2007; recurso que se tramitó ante la Sección Tercera de la referida Sala con el número 1203/2007, formalizando la correspondiente demanda el día 6 de febrero de 2008.

**TERCERO** .- La Sección de Apoyo a la expresada Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el día 24 de febrero de 2009, en cuya virtud se dispuso estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto, en el sentido de confirmar la resolución recurrida, pero declarando que para el referido contrato debió exigirse la clasificación Grupo U), servicios generales, Subgrupo 7), otros servicios generales no determinados, y como tal admitir a la mencionada entidad recurrente en el concurso de referencia.



**CUARTO** .- Por la representación procesal de la citada entidad se interesó en fecha 21 de abril de 2009 se tuviera por presentado el presente recurso de casación contra la indicada sentencia de 24 de febrero de 2009 ; procediéndose después por la Sala de instancia, en providencia de 23 de abril de 2009, a tener por preparado el recurso de casación, con ulterior emplazamiento de las partes ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo.

**QUINTO** .- En escrito de 16 de junio de 2009, la misma representación de la mencionada entidad, formalizó este recurso de casación, interesando la revocación de la indicada sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y pretendiendo, entre otros extremos, que se dicte en su día nueva sentencia por la que se anule la anterior. Dicho recurso fue admitido a trámite mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala de fecha 16 de noviembre de 2009.

**SEXTO** .- El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta y en escrito de 3 de febrero de 2010, se opuso al recurso interpuesto pretendiendo que se declare no haber lugar al mismo con expresa confirmación de la sentencia impugnada y con imposición de costas a la parte recurrente.

**SÉPTIMO** .- Declaradas concluidas las presentes actuaciones, se señaló para votación y fallo del recurso el día 8 de noviembre de 2011, fecha en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las prescripciones legales establecidas.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Es objeto del presente recurso la sentencia dictada el día 24 de febrero de 2009 por la Sección de Apoyo a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Subdirección General de Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Hacienda, de 13 de junio de 2007, en cuya virtud se resolvió el recurso de alzada promovido contra la resolución 27.697/07, de la Junta de Contratación, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 118, de 17 de mayo de 2007. Esta última resolución administrativa dispuso lo procedente para anunciar el concurso destinado a contratar el denominado "Servicio de línea directa telefónica para la Dirección del Catastro".

La sentencia estimó parcialmente el recurso interpuesto en el sentido de confirmar la resolución recurrida, pero declarando que para el referido contrato debió exigirse la clasificación Grupo U), servicios generales, Subgrupo 7), otros servicios generales no determinados, y como tal admitir a la citada entidad recurrente en el concurso de referencia.

La sentencia impugnada llega a la solución estimatoria parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto al entender que la clasificación exigida por la Administración contratista no se corresponde con el objeto del contrato, ni con la clasificación que venía exigiendo para concursos anteriores con objeto contractual similar, de manera que la Administración debió incluir en el pliego la clasificación "grupo U) servicios generales, subgrupo 7) otros servicios generales no determinados", y como tal, debió haber admitido al contratista recurrente, por lo que estima parcialmente la demanda, sin que proceda convocar nuevamente un concurso que ya está consumado, sin añadir declaración alguna más, dado que no se solicita retroacción procedimental alguna, y sin que proceda acceder a la petición subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios, pues el recurrente solicita indemnización por los perjuicios económicos que le ocasionó la falta de adjudicación del contrato; ahora bien, según se razona en la citada sentencia, esta indemnización solo procedería en el caso de no haberse adjudicado el contrato a un determinado licitador que tenía derecho a dicha adjudicación, y consistiría en el lucro cesante derivado de la falta de adjudicación, que se concreta en el llamado beneficio industrial, que desde siempre se ha considerado que es el 6% del presupuesto de ejecución material. En cuanto a las cuestiones relativas a los costes, señala la propia sentencia que ya están contestadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en cuanto al no recogerse expresamente entre las obligaciones del adjudicatario, serán coste de la Administración, añadiendo que sobre los otros extremos, la resolución administrativa que resuelve el recurso de alzada dio una adecuada respuesta al manifestar que "el recurrente se cuestiona obligaciones que no se han incorporado al pliego".

**SEGUNDO** .- Disconforme con la sentencia a la que se ha hecho referencia, la parte recurrente interpone recurso de casación alegando como primer motivo, la infracción de los artículos 106.2 de la Constitución y 171.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la jurisprudencia aplicable.

En un segundo motivo, basado en el apartado c) del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional , con quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia denuncia la vulneración del artículo 71.1.d) de la propia Ley Jurisdiccional por infracción de las normas



reguladoras de la sentencia; y, finalmente, como último motivo de casación formulado también al amparo del artículo 88.1 .c) alega la incongruencia de la sentencia por inaplicación del artículo 139.1 de la Ley Reguladora .

La defensa de la Administración recurrida se opone al recurso argumentando, en síntesis, lo siguiente: 1º) No es cierto que la sentencia impugnada reconozca expresamente que la recurrente haya sufrido una lesión, es decir, un daño indemnizable, sino, mas bien, todo lo contrario. 2º) La sentencia no incurre en incongruencia interna porque, pese a reconocer que la empresa recurrente debió ser admitida al concurso, no reconoció su derecho a ser indemnizada como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y porque no aplicó el artículo 71.1.d) de la Ley Reguladora. Y 3º) Nada obligaba a la Sala de instancia a condenar en costas a la Administración entonces demandada -ni siquiera en la hipótesis de haber sido estimado el recurso; por lo que, si en el recurso fue desestimada una pretensión de tal naturaleza y, por derivación, la que consiste en que por no haberlo hecho así debe ser casada -que es la que ahora se plantea- carece de todo sentido.

**TERCERO** .- El adecuado enjuiciamiento del recurso exige destacar, como antecedentes más significativos, los siguientes:

1º) El pliego de cláusulas administrativas particulares correspondientes al contrato que nos ocupa señala que la clasificación exigida en el punto 8.1.7 es la del grupo T, subgrupo 1, categoría D, lo que significa, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre , por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que las empresas de servicios tendrán la siguiente clasificación: grupo T), subgrupo 1, servicios de publicidad, estimando la sociedad recurrente que debería haberse encuadrado en el grupo U) servicios generales, subgrupo 7), otros servicios generales no determinados.

2º) La cláusula primera del pliego de cláusulas administrativas indica que "el presente pliego tiene por objeto la prestación de un servicio de línea directa telefónica, cuya finalidad es facilitar información catastral a los ciudadanos, así como concertar citas previas, responder a los correos electrónicos que recaben formación catastral, facilitar certificados a los ciudadanos que lo soliciten, la venta de productos catastrales siempre que lo soliciten por teléfono o correo electrónico y la recepción de incidencias relacionadas con el servicio del catastro".

3º) La clasificación exigida en concursos anteriores ha sido o bien grupo L, subgrupo 1, categoría C o grupo III, subgrupo categoría D.

4º) En cuanto a la respuesta dada por la Administración a la consulta sobre la clasificación realizada por el contratista - documento 21 del expediente-, consta escrito del Consejero Técnico de la Subdirección General de Clasificación del Contratista y Registros de fecha 7 de abril de 2004, en el que se dice textualmente que *"en contestación al escrito por esa entidad se significa que los grupos de clasificación y sus definiciones vienen determinados en el anexo II del Reglamento General de la Ley de Contratos (RD 1098/01). No obstante, y en lo que respecta a su consulta, en concreto los servicios de atención telefónica se reencuadrarían en el Grupo U, subgrupo 7 y los servicios de telemarketing en el grupo T, subgrupo 1. Los servicios de atención e información telefónica se encuadrarían en U7"*.

5º) La cláusula 11-3 del pliego, dentro de las obligaciones del adjudicatario, prevé que éste se subrogará en los contratos actuales del personal que prestan el servicio de atención telefónica y componen el equipo estable del mismo equipo estable está formado por dos teleoperadores con la categoría de uno y diez teleoperadores con plus de gestor, en los términos que se establecen en el convenio de telemarketing. De manera que el pliego prevé la subrogación en los contratos de personal, y si bien contiene cierta información ésta no es suficiente a los efectos de determinar por la empresa licitadora el coste económico.

6º) En el apartado de formación, la cláusula 11.6 del pliego determina un mínimo de 85 alumnos, con un período de formación mínimo de un mes, sin indicación del número máximo de alumnos ni el período de duración máxima de la formación. Esta cláusula dice que "el contratista está obligado a aportar el resto del personal necesario para la prestación del servicio. En todo caso, al objeto de analizar una adecuada selección del personal, para prestar el servicio telefónico, el contratista tendrá que presentar las personas necesarias para la realización del curso de formación en materia catastral y de técnicas de atención telefónica. El número de candidatos no podrá ser inferior a 85 entre los teleoperadores ya formados y los que están en proceso de formación. Dicho personal tendrá que ser retribuido por el adjudicatario del servicio con unas percepciones brutas no inferiores a 6 euros/hora, que deberán hacerse efectivos dentro del mes siguiente a la finalización del curso.

7º) Alega el recurrente que, según la cláusula 11-9 del pliego, se deberán realizar encuestas de un 3% de las llamadas recibidas, no determinándose el número de llamadas de las que habitualmente se reciben y quien ha de asumir el coste.



8º) En la resolución administrativa que resuelve el recurso se dice que "este dato no es necesario para la empresa adjudicataria, ya que el coste de las horas de teleoperador y de la línea telefónica necesarios para la realización de la encuesta se asume, en todo caso, por esta Dirección General".

9º) Por último, se alega que los criterios contenidos en las cláusulas 6.2.A y 6.2.D se refieren a expresiones ambiguas, tales como "mejoras en la prestación del servicio" y "mejoras en los recursos integrantes de la infraestructura", sin determinar lo que permite un amplio margen de discrecionalidad, extremo este que es objeto de discusión, pues se trata de conceptos introducidos a fin de recoger las posibles ofertas de los licitadores que introduzcan mejoras, siendo una lista abierta a libre aportación por los licitadores.

**CUARTO** .- El primer motivo de casación alega, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional la infracción de los artículos 106.2 de la Constitución y 171.1 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, así como de la jurisprudencia aplicable.

A ese respecto, la parte recurrente sostiene que la sentencia reconoce expresamente que la clasificación está mal pedida lo que la impidió presentar su oferta al concurso, debiendo haber sido admitida a la licitación. Añade que, como se pone de relieve en la sentencia impugnada, la clasificación solicitada en el *Boletín Oficial del Estado* y en el pliego de condiciones -grupo T, subgrupo 1- no corresponde al objeto de la contratación y, como reconoce el fundamento segundo de la sentencia, debiera haber sido el grupo U, subgrupo 7, lo que provocó que la entidad recurrente no pudiera presentar su oferta, pese a que como reconoce la sentencia "se debió haber admitido al contratista recurrente".

Pese a ello, la sentencia entiende que no procede indemnización alguna, argumentando que no se ha acreditado que se tuviera derecho a la adjudicación, lo que resulta, en opinión de la parte recurrente, un desatino irracional, en exceso simple. A su modo de ver, no es cierto que no se tuviera derecho a la adjudicación, pues el mero hecho de haberse podido presentar al concurso si se hubiera rectificado en vía administrativa la clasificación mal pedida le daría a la mercantil recurrente el mismo derecho que a los demás concursantes a resultar adjudicataria -de hecho, ya fue adjudicataria del mismo concurso en el año 2000, como consta en el procedimiento-. Se ha producido así, a su juicio, una lesión en un derecho reconocido por sentencia y que contempla expresamente la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por ello, entiende la expresada entidad mercantil que, si la sentencia reconoce expresamente que se ha producido una lesión consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, no puede de forma incongruente ignorar su derecho a ser indemnizada, por la vía del artículo 106 de la Constitución, y que esta indemnización se lleve a efecto de conformidad con lo previsto por la jurisprudencia citada en el escrito de recurso.

El motivo ha de ser acogido, por cuanto la sentencia impugnada reconoce expresamente que la recurrente debió de ser admitida al concurso del que fue excluida.

Entiende la sentencia recurrida, sin embargo, que la existencia de un perjuicio vinculado a la actividad/inactividad administrativa no siempre y necesariamente presupone *per se* que exista una lesión indemnizable y que, quien lo haya padecido pueda reclamar una indemnización.

En el presente, la sentencia recurrida explica que, si en el concurso se hubiera exigido la clasificación que mejor se correspondía con el objeto del contrato que se licitaba, la entidad recurrente debiera haber sido admitida al concurso desde que resultó excluida, y aunque de ahí no se deduce que tuviera derecho a ser la adjudicataria, lo cierto es que el daño se le ocasiona de forma irreparable, desde el momento en que, con un mal funcionamiento del servicio público, se le impide ilícitamente el participar en el proceso selectivo, por lo que se produce un daño, derivado de la falta de dicha participación, que ciertamente no asegura que de haber participado sería la adjudicataria, pero esta circunstancia deviene imposible, por lo que procede la reparación de dicho daño, que por analogía puede aceptarse debe alcanzar al seis por ciento de beneficio industrial, tal como solicitó la recurrente, pues aunque esta es la cantidad que se derivaría de la falta de adjudicación del contrato, según lo previsto en la el artículo 131.1.b) del real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y cierta jurisprudencia, es de aplicación por analogía al caso presente en que se impide por un acto contrario a derecho la participación en el proceso de contratación.

**QUINTO** .- En el segundo motivo de casación, la entidad recurrente entiende, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Reguladora, que se ha producido un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en particular, por su incongruencia al haber inaplicado el artículo 71.1 d) de la LJCA.

Razona la recurrente que la sentencia reconoce expresamente que se la debió haber admitido a la licitación por lo que no puede ignorar el derecho a ser indemnizada, resultando incongruente tal conclusión. Sostiene además que la Administración recurrida ha realizado manifestaciones falsas sobre hechos evidentes, como



la clasificación solicitada en anteriores concursos para el mismo objeto, la presentación de la propia recurrente en anteriores concursos, o incluso obviando una resolución explícita de la propia Administración sobre la clasificación que debiera haberse exigido. E insiste en el hecho de que si la sentencia reconoce expresamente que se ha producido una lesión -"la Administración debió haber admitido al contratista recurrente"-, consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, no se puede ignorar su derecho a ser indemnizada, pues resulta incongruente tal conclusión.

El motivo ha de ser estimado porque la sentencia al declarar que la entidad recurrente debió ser admitida al concurso debió también reconocer su derecho a ser indemnizada, y en consecuencia aparece infringido el artículo 71.1.d) de la Ley de esta Jurisdicción .

**SEXTO** .- El tercer motivo casacional, formulado al amparo del mismo artículo 88.1.c) de la Ley Procesal , denuncia, como ha quedado expuesto, la inobservancia de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, determinantes de incongruencia por inaplicación del artículo 139.1 de la misma Ley Jurisdiccional .

En este sentido, la recurrente pone de relieve como ejemplo de la mala fe con que ha actuado la Administración recurrida que el hecho de que hasta que no se la requirió en prueba para que aportara las convocatorias anteriores del *Boletín Oficial del Estado* para el mismo concurso con el idéntico objeto, ha negado que se hubiera pedido la clasificación que ha defendido la propia sociedad recurrente. Destaca por ello que, siendo estimado parcialmente el recurso en la parte que reconoce que se ha causado una lesión al recurrente, debiera haber recaído condena en costas a la recurrida, conforme a lo previsto en el expresado artículo 139.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción. Y añade que no se facilitó a las empresas -especialmente a la aquí recurrente-, todos los datos necesarios para poder valorar adecuadamente su oferta en el concurso, ni durante la licitación ni durante el presente procedimiento, con evidente ventaja para la empresa adjudicataria, que casualmente era la que lo estaba realizando y conocía todos los datos y necesidades técnicas a aportar, incluso algunas que no acreditó haber realizado, lo que denota, a su modo de ver, que la Administración recurrida ha actuado con evidente mala fe y temeridad, pues los datos y documentos que constan ahora en el recurso han estado siempre a disposición de la recurrida, antes de iniciarse el procedimiento judicial, y se han pretendido hacer valer en juicio como argumento para evitar que prosperaran las pretensiones de la recurrente.

El motivo no puede prosperar. En primer lugar, porque se ha canalizado indebidamente la impugnación. Si la recurrente entiende que la sentencia recurrida debió condenar en costas a la Administración de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA debió articularse el motivo al amparo del apartado d) y no del c).

En segundo lugar porque la recurrente confunde la concreta actuación procesal desplegada por una de las partes, con la específica actividad administrativa desplegada por la propia Administración y, finalmente, porque la sentencia resuelve sobre la condena en costas teniendo en cuenta la estimación parcial del recurso y la ausencia de razonamiento alguno tanto en la demanda como en el escrito de conclusiones acerca de la existencia de temeridad o mala fé por parte de la Administración.

**SÉPTIMO** .- Lo hasta aquí razonado conduce a estimar parcialmente el recurso de casación, sin hacer expresamente pronunciamiento de las costas procesales, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.2 de la misma Ley Jurisdiccional .

En atención a lo expuesto,

## FALLAMOS

1.- Que debemos declarar, y declaramos, haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación promovido por la representación de la mercantil "**Censenal** Madrid, S.L.", contra la mencionada sentencia de la Sección de Apoyo a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 24 de febrero de 2009 , que casamos y anulamos.

2.- En su lugar procede estimar el recurso contencioso-administrativo número 1203/2007 promovido contra la resolución de la Subdirección General de Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Hacienda, de 13 de junio de 2007, por la que se resolvió el recurso de alzada entablado contra una resolución de la Junta de Contratación. Que declaramos contrario a derecho y anulamos y dejamos sin efecto, reconociendo la pretensión subsidiaria del recurrente y su derecho al abono de una indemnización de los daños y perjuicios causados que se fija en el 6% del presupuesto de ejecución.

3.- No se hace expresa condena en las costas procesales.



Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ