



Roj: **STS 5434/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5434**

Id Cendoj: **28079130072013100403**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **13/11/2013**

Nº de Recurso: **5833/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación número 5833/2008 que pende ante ella de resolución, interpuesto por el COLEGIO DE INGENIEROS TÉCNICOS DE OBRAS PÚBLICAS, representado por la Procuradora doña Concepción Villaescusa Sanz, contra la sentencia de 23 de mayo de 2008 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (dictada en el recurso número 1449/2005).

Ha sido parte recurrida la GENERALITAT VALENCIANA, representada por la Abogada de sus Servicios Jurídicos.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana, en el recurso número 1449/2005, con fecha 23 de mayo de 2008 dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

### « FALLAMOS:

*Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el COLEGIO DE INGENIEROS TÉCNICOS DE OBRAS PÚBLICAS contra resoluciones de la Consellería de Infraestructuras y Transportes de la Generalitat Valenciana publicadas en el DOGV con fecha 5.10.2005, 3.10.2005, 30.9.2005, 20.9.2005, 10.8.2005 y 2.3.2005, mediante las que se convocan concursos de consultoría y asistencia en la dirección de obras, redacción de proyectos y confección de estudios, proyectos y trabajos complementarios, según los casos, en los expedientes 2005/09/0130, 2005/10/0194, 2005/10/0198, 2005/11/0135, 2005/09/180, 2005/10/0195, 2005/10/0079, 2005/10/0112, 2005/09/0055, 2005/09/056, 2005/09/0057, 2005/09/0064, 2005/09/0065, 2005/09/0066, 2004/09/0180, 2004/09/0238, 2004/09/0239, y 2004/09/0244. Sin efectuar expresa condena en las costas procesales».*

**SEGUNDO.**- Contra la citada sentencia anunció recurso de casación la representación procesal del COLEGIO DE INGENIEROS TÉCNICOS DE OBRAS PÚBLICAS, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado 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 anunciado, en el que, después de formular sus motivos, terminó suplicando a la Sala que

*« (...) dicte Sentencia por la que case y anule la recurrida, dictando en su lugar otra más ajustada a derecho que declare la competencia de los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas para realizar los trabajos de dirección de obras, consultoría y asistencia objeto de licitación, condenando a la Administración a modificar los Pliegos de Prescripciones Técnicas estableciendo esta circunstancia ».*



**CUARTO.-** La representación de la GENERALITAT VALENCIANA, en el trámite que le fue conferido, se opuso al recurso con un escrito que finalizó con esta petición:

« (...) dicte Sentencia en virtud de la cual se inadmita el recurso por lo que se refiere al expediente 2005/10/0198 y se desestime en lo demás ».

**SEXTO.-** Concluidas las actuaciones, para votación y fallo se señaló la audiencia del día 7 de diciembre de 2011, pero por providencia de la misma fecha se suspendió este acto y se acordó otorgar a las partes litigantes el plazo de diez días para que hiciesen alegaciones sobre la posible concurrencia de la causa de inadmisibilidad del recurso de casación en relación con lo decidido por la sentencia recurrida sobre varios de los recursos litigiosos, por no alcanzar la cuantía establecida en el artículo 86.2.b) de la LJCA para que resulte procedente dicho recurso de casación.

**SÉPTIMO.-** Efectuadas esas alegaciones por ambas partes litigantes, una vez lo permitieron las necesidades de la Sección se hizo nuevo señalamiento para votación y fallo en la audiencia del día 30 de octubre de 2013.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El proceso de instancia fue iniciado por COLEGIO DE INGENIEROS TÉCNICOS DE OBRAS PÚBLICAS, mediante un recurso contencioso-administrativo dirigido contra varios actos de la Consellería de Infraestructuras y Transportes de la GENERALITAT VALENCIANA por los que se convocaba concurso para la adjudicación otros tantos contratos de consultoría y asistencia correspondientes.

Esos contratos estaban referidos, un grupo de ellos, al desempeño de funciones y actividades de Dirección de obra, Apoyo a la Dirección de Obra o Redacción del Proyecto de diferentes obras públicas, y consistentes estas obras en tramos de carreteras, canalizaciones de aguas pluviales, colectores de aguas pluviales, lonja de pescado, obras de mejora de seguridad vial en carretera, conexiones de carreteras y puentes de accesos a la ciudad sobre un determinado.

Y el otro grupo a funciones de confección de estudios, proyectos y estudios técnicos y control y vigilancia de obras de conservación de determinados Servicios Territoriales de Carreteras.

La demanda luego formalizada postuló, en el "suplico", la nulidad de los pliegos de licitación impugnados en cuanto a la exigencia de la titulación profesional de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos (ICCP) que se establecía, y la consiguiente privación a los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas (ITOP) de la facultad de acceder a dichas funciones.

Para apoyar su pretensión, la demanda incluía un inicial apartado de hechos en el que se consignaba lo que cada Pliego establecía sobre esa exigencia de titulación objeto de polémica, y señalaba a este respecto que la exigencia venía prevista para los puestos de Jefe de Equipo, Director de la Obra, Delegado del Consultor y Jefe de Unidad.

Luego se desarrollaban estos motivos de impugnación:

(I) que la potestad de la Administración para determinar el título habilitante no es discrecional sino reglada, por requerir la aplicación del concepto jurídico indeterminado "Técnico competente", o, de ser discrecional, tenía importantísimos elementos reglados;

(II) que los hechos litigiosos denotaban una marginación de los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas para trabajos que componen su acervo profesional, realizada de forma sistemática, acrítica, automática y contraria a los matices y especialidades que pueden justificar la exclusión en un pliego determinado; y

(III) total y absoluta falta de motivación de esas cláusulas objeto de impugnación, pese a ser manifestación de una potestad discrecional limitativa de los derechos e intereses subjetivos quienes poseen el título de ITOP.

La sentencia aquí recurrida desestimó ese recurso jurisdiccional del COLEGIO DE INGENIEROS TÉCNICOS DE OBRAS PÚBLICAS interpuesto contra las resoluciones dictadas en los expedientes 2005/10/0194, 2005/10/0198, 2005/11/0135, 2005/09/0130, 2005/09/180, 2005/10/0195, 2005/10/0079, 2005/10/0112, 2005/09/0055, 2005/09/056, 2005/09/0057, 2005/09/0064, 2005/09/0065, 2005/09/0066, 2004/09/0180, 2004/09/0238, 2004/09/0239, y 2004/09/0244.

El razonamiento desarrollado para justificar dicho pronunciamiento se limitó a transcribir lo razonado en dos sentencias anteriores de la Sala de Valencia, cuyas argumentaciones, expuestas en lo esencial, se pueden resumir en estas ideas:



- (a) el carácter técnico que revisten las actividades que son objeto del contrato de consultoría de dirección;
- (b) la libertad, según lo establecido en los artículos 1255 del Código civil y 4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que asiste a la Administración para definir el contenido de sus contratos siempre que no sean contrarios al interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración; y
- (c) que la exigencia de titulación objeto de controversia no rebasaba los anteriores límites de la libertad contractual, pues se dirigía, no al propósito de impedir el ejercicio de las competencias profesionales de los ITOP, sino a elegir la capacitación profesional que se consideraba más conveniente a los intereses públicos concernidos en los contratos litigiosos.

**SEGUNDO.-** El actual recurso de casación lo ha interpuesto también el COLEGIO DE INGENIEROS TÉCNICOS DE OBRAS PÚBLICAS y desarrolla en su apoyo dos grupos de reproches.

· Por el cauce de la letra c) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (LJCA) se denuncia la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que establece sobre los requisitos de congruencia y motivación que han de cumplir las sentencias; y lo aducido con esta finalidad es que no se dio respuesta a los motivos de impugnación que fueron esgrimidos en la demanda.

· Amparados en la letra d) de ese mismo artículo 88.1 LJCA se dirigen a la sentencia los siguientes reproches:

- (1) la inaplicación de la doctrina contenida en las sentencias de 6 de julio de 2004 y 21 de abril de 1989 de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo;
- (2) la inaplicación también de la que definen las sentencias de 7 de febrero de 1998 y 2 de diciembre de 1997 de este mismo Alto Tribunal.
- (3) la infracción del artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado porque, en lo referente a la elección de la titulación profesional y frente a lo entendido por la sentencia recurrida, la potestad que dicho precepto otorga a la Administración no es discrecional sino reglada.
- (4) la infracción de ese mismo artículo 4 porque, a pesar de lo que razona la sentencia de instancia, la Administración no ha respetado los límites que respecto de los intereses públicos y los principios de buena administración establece dicho precepto legal; y
- (5) la infracción de los artículos 1 y 2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

**TERCERO.-** Lo primero que ha de decidirse es la inadmisibilidad del recurso de casación planteada por la GENERALITAT VALENCIANA en relación con lo resuelto por la sentencia recurrida sobre la actuación administrativa correspondiente al expediente 2005/10/0198, y fundada en el hecho de que, al ser el presupuesto de este expediente de 90.671,88 euros, la cuantía litigiosa correspondiente al mismo no excede del límite de 150.000 euros establecida en el artículo 86.2.b) de la LJCA. (en la redacción aquí aplicable).

La respuesta ha de ser afirmativa a la inadmisión así solicitada, por no ser de compartir lo que de contrario ha sido esgrimido por la corporación profesional recurrente en el trámite que le ha sido conferido; y lo que a este respecto ha de subrayarse es lo siguiente:

(a) lo determinante es la cuantía correspondiente a la resolución administrativa directamente impugnada en el recurso contencioso-administrativo (la convocatoria del concurso) cuya nulidad se pretendía en una de sus determinaciones, y no, como parece preconizarse, la naturaleza del concreto motivo de invalidez invocado para conseguir esa nulidad (no haberse respetado por la Administración los límites reglados que, según la parte recurrente, son aplicables a sus decisiones); y (b) la regulación aquí directamente aplicable es la contenida en la propia LJCA, cuyo artículo 43, tratándose de pretensiones anulatorias del acto administrativo, atiende a su contenido económico, y el anterior artículo 42 dispone, para los supuestos de acumulación o de ampliación, que la suma del valor de las pretensiones a tomar en consideración "no comunicará a las de cuantía inferior la posibilidad de casación (...)".

**CUARTO.-** Entrando en el examen de los motivos de casación, ya debe decirse que la incongruencia denunciada debe ser acogida, porque la sentencia recurrida no da respuesta a esos concretos motivos de impugnación que fueron deducidos en la demanda formalizada en la instancia y antes se señalaron.

Lo cual es bastante para anular la sentencia aquí combatida y para que esta Sala enjuicie directamente, como hará seguidamente, la controversia que fue suscitada en el proceso de instancia en los términos en que dicho debate ha sido planteado en la actual fase de casación [artículo 95,2,b)].

**QUINTO.-** Esa controversia de fondo que aquí ha de enjuiciarse, como resulta de esa reseña de la demanda que se hizo en el primer fundamento, se reconduce a la siguiente cuestión principal: si la Administración



demandada en la instancia hubo de motivar sus decisiones de limitar en los puestos objeto de polémica la titulación exigida a la de ICCP y excluir, en consecuencia, la de ITOP; y para ello son convenientes las consideraciones previas que seguidamente se van a realizar.

La primera es que efectivamente son conceptualmente categorías distintas la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados; porque la primera, como ha declarado la jurisprudencia que la propia demanda cita, permite varias soluciones igualmente justas y por tanto jurídicamente indiferentes, mientras que los segundos no otorgan esa libertad alternativa y lo que reclaman es una operación valorativa que individualice en un caso concreto una previsión normativa definida en términos de excesiva imprecisión (lo que, por conllevar dificultades, ha determinado que la doctrina y la jurisprudencia haya admitido en tal valoración un cierto margen de duda y apreciación que hace tolerables o legítimas dentro de él las discrepancias).

La segunda es que esa operación valorativa, por exigir en ocasiones la aplicación de conocimientos o saberes especializados, ha dado lugar a las valoraciones o calificaciones encuadrables en la llamada discrecionalidad técnica, en la que es igualmente admisible ese margen de duda y apreciación que acaba de señalarse, y que es distinta a ese concepto general de discrecionalidad administrativa que antes ha sido apuntado.

Y la tercera consideración procedente es recordar la existencia de una jurisprudencia de esta Sala sobre la difícil y delicada materia del control jurisdiccional de las actuaciones encuadrables en la llamada "discrecionalidad técnica", que viene exigiendo a estas actuaciones que den cumplimiento al requisito de motivación.

**SEXTO.-** Haciendo una referencia más detallada a esa jurisprudencia sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica (contenida, entre otras, en la sentencia de 17 de diciembre de 2012, casación 3804/2010), merece subrayarse que en ella esta Sala ha hecho un permanente esfuerzo por ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto para toda actuación administrativa en el artículo 106.1 de la Constitución [CE].

Y debe señalarse, así mismo, a este respecto, que la síntesis de dicha doctrina jurisprudencial está representada por estas ideas principales: (I) la diferenciación que ha de hacerse, dentro de las actuaciones encuadrables en la llamada discrecionalidad técnica entre los aledaños y el núcleo del juicio técnico; (II) el significado papel que corresponde a motivación dentro de esa distinción; y (III) los límites que debe respetar el control jurisdiccional que se efectúe en esta clase de actuaciones de valoración técnica.

Sobre esos aledaños, esta Sala viene señalando que están representados por la actividad preparatoria o periférica del juicio técnico, y esta, a su vez, comporta la delimitación con claridad de la materia que haya sido objeto del juicio técnico, los criterios seguidos para la valoración técnica y la constancia de que, para todo lo anterior, han sido observado los postulados constitucionales de igualdad, mérito y capacidad e interdicción de la arbitrariedad ( artículos 9.3 , 14 , 23 y 103.3 CE ).

Sobre la motivación se ha dicho que no está sometida a unos rigurosos parámetros formales y, por ello, habrá de entenderse debidamente observada cuando el conjunto de las actuaciones permitan constatar con facilidad esos elementos que encarnan los aledaños; y, más particularmente, cuando el Tribunal Calificador haya consignado, tanto los criterios de valoración cualitativa utilizados para emitir su juicio técnico, como las circunstancias o razones por las que la aplicación de esos criterios conduce al concreto resultado declarado para cada uno de los aspirantes.

Y en cuanto al control jurisdiccional en la materia de que se viene hablando, se ha insistido en que el órgano jurisdiccional no puede sustituir el juicio técnico emitido por el órgano especializado y también debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como válido o aceptable en el correspondiente saber especializado.

**SÉPTIMO.-** Tomando como punto de partida todo lo expuesto en los dos fundamentos anteriores, debe afirmarse que es justificada la falta de motivación que es imputada a la Administración demandada en relación con los concretos actos administrativos que han sido objeto de impugnación en el proceso de instancia.

Lo es, en primer lugar, porque la decisión de la Administración de exigir para poder participar en algunas de sus actuaciones una determinada titulación profesional o académica, como ha hecho en el caso aquí litigioso, conlleva una valoración encuadrable en esa denominada discrecionalidad técnica; y, en segundo lugar, porque en el expediente administrativo no consta motivación que justifique o explique esa decisión de establecer en los pliegos litigiosos para esos puestos que son objeto de polémica la necesaria titulación de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos.

Como tampoco la contestación a la demanda ha ofrecido las razones concretas que podrían justificar esa decisión, al haberse limitado prácticamente a invocar doctrina judicial general sobre el encuadramiento de



esta clase de decisiones en el ámbito de la discrecionalidad técnica y sobre la libertad que en virtud de su potestad de autoorganización ha de ser reconocida a la Administración para elegir en materia de capacitación profesional la solución que juzgue más conveniente para los intereses generales.

Lo que antecede debe completarse con lo siguiente:

a) En la materia aquí polémica, sobre cuáles han de ser los límites profesionales existentes entre los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, la jurisprudencia de esa Sala ha sido casuística. Pues ha señalado que el principio de libertad profesional ha de ser conjugado con el de capacidad profesional; que este último principio lo que exige es ponderar la naturaleza, envergadura y complejidad técnica de las singulares obras o trabajos de que se trate y las funciones que en ellas ha de desarrollar cada profesional; y que la decisión final lo que exigirá será determinar qué específica clase de conocimiento o habilitaciones técnicas exigen esas obras y trabajos y si los mismos están comprendidos en las enseñanzas cursadas para obtener cada uno de esos títulos profesionales ( STS de 16 de enero de 2013, Casación 1651/2009 , y las que en ella se citan); y

b) Una adecuada motivación exigía que la Administración hubiese justificado su elección, en cada uno de los Pliegos aquí combatidos, con una exposición o explicación que comprendiera cuanto acaba de afirmarse.

Todo lo cual es bastante, sin necesidad de otros análisis o razonamientos, para estimar el recurso-administrativo planteado en la instancia y anular la actuación administrativa impugnada, al exclusivo fin de que la Administración motive su decisión sobre la titulación exigida en los términos expresados en el fundamento anterior.

**OCTAVO.-** Procede, de conformidad con todo lo expuesto, además de la inadmisión que antes se razonó, declarar haber lugar al recurso de casación, anular la sentencia recurrida y estimar el recurso contencioso-administrativo que fue interpuesto en el proceso de instancia con el alcance que ha sido expresado.

Y en cuanto a las costas, no son de apreciar circunstancias para hacer una especial imposición de las causadas en la instancia y cada parte litigante soportará las suyas en las que corresponden a esta casación ( artículo 139, 1 y 2, de la LJCA ).

## FALLAMOS

**1.-** La inadmisión del recurso de casación interpuesto por el COLEGIO DE INGENIEROS TÉCNICOS DE OBRAS PÚBLICAS frente a lo resuelto por la sentencia de 23 de mayo de 2008 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (dictada en el recurso número 1449/2005 ) sobre la actuación administrativa correspondiente al expediente 2005/10/0198.

**2.-** Haber lugar al recurso de casación interpuesto por el COLEGIO DE INGENIEROS TÉCNICOS DE OBRAS PÚBLICAS contra los restantes pronunciamientos de esa misma sentencia de 23 de mayo de 2008 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (dictada en el recurso número 1449/2005 ); y anular dicha sentencia con la consecuencia de lo que se declara a continuación.

**3.-** Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en el proceso de instancia por el mismo COLEGIO DE INGENIEROS TÉCNICOS DE OBRAS PÚBLICAS, al no ser conforme a Derecho la actuación administrativa impugnada a la que ha quedado circunscrito el enjuiciamiento de la actual casación, a este exclusivo fin: que la Administración demandada, con carácter previo a la determinación de qué titulación es la necesaria para desarrollar las actuaciones que son objeto de contratación en los Pliegos litigiosos, motive su decisión de conformidad a lo que ha sido razonado en el fundamento de derecho séptimo de esta sentencia.

**4.-** No hacer especial imposición de las costas causadas en el proceso de instancia y declarar que cada parte abone las suyas en las correspondientes a este recurso de casación.

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.