



Roj: **STS 1581/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1581**

Id Cendoj: **28079130042017100163**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **18/04/2017**

Nº de Recurso: **4751/2011**

Nº de Resolución: **671/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Cuarta Sentencia núm. 671/2017

Fecha de sentencia: 18/04/2017 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION Número del procedimiento: 4751/2011 Fallo/Acuerdo: Fecha de Votación y Fallo: 28/03/2017 Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares. Sala de lo Contencioso Administrativo Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez Transcrito por: MTP Nota:

Resumen Adjudicación de la concesión administrativa para la ocupación y explotación de la instalación náutica deportiva para el amarre de embarcaciones deportivas y de recreo contruída en el Puerto de Andratx-Mallorca. Inconstitucionalidad del precepto legal en cuya virtud se dejó sin efecto el procedimiento administrativo incoado con motivo del anuncio del concurso. Desviación de poder. Nulidad de la posterior adjudicación. Reconocimiento del derecho de la recurrente a que se le adjudique en los términos de las bases del concurso, con las actualizaciones requeridas por el tiempo transcurrido en las cantidades del canon anual y de las fianzas.

RECURSO CASACION núm.: 4751/2011 Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Contencioso-Administrativo Sección Cuarta Sentencia núm. 671/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, presidente D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D^a. Celsa Pico Lorenzo D^a. María del Pilar Teso Gamella D. José Luis Requero Ibáñez D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 18 de abril de 2017. Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 4751/2011, interpuesto por la mercantil Iniciatives Portuàris Mirall de Mar de Mallorca, S.L., representada por el procurador don Juan Antonio García San Miguel y Orueta y asistida del letrado don José Luis Peñaranda Ramos, contra la sentencia nº 471, dictada el 17 de junio de 2011 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, recaída en el recurso nº 1291/2004, sobre los siguientes actos administrativos:

1.- Desestimación tácita, por silencio administrativo, por parte de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes del Gobierno Balear, de la oferta presentada por la mercantil Iniciatives Portuàris Mirall de Mar de Mallorca, S.L., para la adjudicación de la concesión administrativa para la ocupación y explotación de la instalación náutico-deportiva para el amarre de embarcaciones deportivas y de recreo, construída en el puerto d'Andratx (Mallorca), convocada por resolución de la Consejería de Medio Ambiente de 30 de octubre de 2002 y publicada en el Boletín Oficial de las Islas Baleares nº 134, de 8 de noviembre.

2.- Resolución de la Consejería de Medio Ambiente de 29 de diciembre de 2005, por la que se autorizaba la devolución de los resguardos acreditativos de las fianzas nº 001844/2002, por importe de 10.000€ y nº 001849/2002, por importe de 60.102€, acompañados con la oferta presentada por la mercantil Iniciatives Portuàris Mirall de Mar de Mallorca, S.L., en el concurso referenciado en el párrafo anterior.



3.- Acuerdo del Consejo de Administración de Puertos de las Islas Baleares, de 26 de noviembre de 2006, por el que se otorga la concesión administrativa por 30 años al Club de Vela Puerto de Andratx, para la realización de las obras y explotación de la instalación náutica denominada Club de Vela Puerto de Andratx-Mallorca, para la adaptación a la Ley 10/2005, de 21 de junio, del Puerto de las Islas Baleares.

Se ha personado, como recurrida, la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, representada por la letrada de dicha Comunidad.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 1291/2004, seguido en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, el 17 de junio de 2011 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«DECIDIM

PRIMER.- DESESTIMAR el present recurs contenciós administratiu.

SEGON.- DECLARAR adequats a l'ordenament jurídic els actes administratius impugnats els quals CONFIRMEM.

TERCER.- No s'hi fa una expressa imposició de costes processals».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia anunció recurso de casación la mercantil Iniciatives Portuàris Mirall de Mar de Mallorca, S.L., que la Sala de Palma de Mallorca tuvo por preparado por providencia de 1 de septiembre de 2011, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Por escrito presentado el 17 de octubre de 2011, el procurador don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en representación de la recurrente, interpuso el recurso anunciado que articuló en los siguientes motivos:

«Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1, letra c) de la LJCA , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por cuanto la recurrida incurre en una patente contradicción.

[...]

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1. letra c) de la LJCA por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por cuanto la recurrida incurre en falta de motivación.

[...]

Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1. letra d) de la LJCA , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, concretada en la infracción de los artículos 44.1 de la LRJPAC y 89.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , así como de la doctrina jurisprudencial dictada en su aplicación.

[...]

Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la LJCA , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, concretada en la infracción del artículo 9.3 de la Constitución Española y del artículo 2.1 del Código Civil .

[...]

Quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1. letra d) de la LJCA , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, concretada en la infracción de los artículos 24.1 y 163 de la Constitución Española y el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional , así como la doctrina del Tribunal Constitucional dictada en aplicación de los mismos.

[...]

Sexto.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1 letra d) de la LJCA , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de



debate, concretada en la infracción de los artículos 54.1 f) de la LRJYPAC y de los artículos 78 y 159 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.

[...]

Séptimo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1 letra d) de la LJCA , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, concretada en la infracción del artículo 70.2 de la LJCA .

[...].».

Y solicitó a la Sala que

«(...) dicte sentencia por la que case y anule la impugnada por no ser conforme a Derecho, declare, en consecuencia, la nulidad de los tres actos impugnados y se reconozca el derecho de mi mandante a la adjudicación de la concesión en los términos fijados en los escritos de demanda, con las actualizaciones que resulten pertinentes; y, subsidiariamente, para el caso de que se entienda aplicable al presente proceso lo establecido en la DA19ª de la Ley 8/2004 , y se considere que ello determina la no aplicación del artículo 44.1 de la Ley estatal de Procedimiento Administrativo Común en este supuesto, se promueva por parte del Tribunal de Instancia cuestión de inconstitucionalidad respecto de dicha disposición, conforme a lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución y 35 de la LOTC , y se notifique a las partes la resolución fundada en Derecho que se adopte por la Sala respecto de esta petición».

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima, conforme a las reglas de reparto de asuntos. Recibidas, por diligencia de ordenación de 6 de noviembre de 2013 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizara su oposición.

QUINTO.- Evacuando el traslado conferido, la letrada de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en la representación y defensa que ostenta de dicha Comunidad, se opuso al recurso por escrito registrado el 19 de febrero de 2014 en el que interesó la desestimación del recurso formulado de adverso, con imposición de las costas –dijo– a la parte recurrente.

SEXTO.- Mediante providencia de 8 de abril de 2014 se señaló para la votación y fallo el día 16 de julio siguiente.

SÉPTIMO.- Con suspensión del plazo para dictar sentencia y conforme a lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional , por providencia de 28 de julio de 2014 se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición adicional décimo novena de la Ley de las Islas Baleares 8/2004, de 23 de diciembre , de ordenación económica, medidas tributarias, administrativas y de función pública. Y, presentadas alegaciones por las partes, por auto de 3 de diciembre siguiente la Sección Séptima de esta Sala acordó:

«(1º) Plantear ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición adicional decimonovena de la Ley del Parlamento de las Islas Baleares 8/2004, de 23 de diciembre , de ordenación económica, medidas tributarias, administrativas y de función pública, publicada en el Boletín Oficial de las Islas Baleares del 30, por vulneración de los artículos 9.3, en sus vertientes de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de prohibición de la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos, y 14 de la Constitución , y suspender las actuaciones de este recurso de casación hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión.

(2º) Elevar al Tribunal Constitucional testimonio de los autos principales y las alegaciones formuladas por las partes y el Ministerio Fiscal en el trámite de audiencia.

[...].».

OCTAVO.- Admitida a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada, que se tramitó con el número 451/2015, fue estimada por el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 122, de 23 de junio de 2016 , que declaró inconstitucional y anuló la disposición adicional décimo novena de la Ley del Parlamento de las Islas Baleares 8/2004, de 23 de diciembre , de medidas tributarias, administrativas y de función pública.

NOVENO.- Dada audiencia a las partes para alegaciones, cumplieron el trámite conferido por escritos de 15 y 20 de julio de 2016, incorporados a los autos.

DÉCIMO.- Debido a la reestructuración de la Sala, como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo régimen del recurso de casación y, en aplicación de las nuevas normas de reparto vigentes en la Sala a partir del día 22 de julio de 2016, aprobadas por acuerdo de la Sala de Gobierno de 14 de junio anterior (BOE núm. 163, de 7 de julio de 2016), se remitieron las actuaciones a esta Sección Cuarta.



UNDÉCIMO.- Recibidas, se convalidaron las actuaciones practicadas y mediante providencia de 21 de diciembre de 2016 se señaló para la votación y fallo el día 28 de marzo de 2017 y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

DUODÉCIMO.- En la fecha acordada, 28 de marzo de 2017, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso. Y el 6 de abril siguiente se pasó a la firma esta sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este recurso de casación se dirige contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares antes identificada que desestimó las pretensiones de Iniciatives Portuàris Mirall de Mar de Mallorca, S.L. respecto de la adjudicación de la concesión administrativa para la ocupación y explotación de la instalación náutico-deportiva para el amarre de embarcaciones deportivas y de recreo, construida en el puerto de Andratx, convocada por resolución de la Consejería de Medio Ambiente de 30 de octubre de 2002 (Boletín Oficial de las Islas Baleares nº 134, del 8 de noviembre).

Según resulta del expediente administrativo, la oferta de la recurrente fue la que recibió mejor valoración técnica (180,40 puntos), se propuso que se le adjudicara la concesión el 26 de junio de 2003 e, incluso, el 1 de julio siguiente se llegó a elaborar la resolución adjudicándosela pero no se llegó a firmar. Cuando se había llegado a este punto, el procedimiento administrativo se paralizó durante meses, la consejera competente terminó absteniéndose por su relación con el Club de Vela Puerto de Andratx, anterior concesionario cuyo título había expirado, revirtiendo la instalación a la Administración antes de la convocatoria mencionada.

Cuando ya se había llegado a ese punto, el Parlamento de las Islas Baleares introdujo en un proyecto de ley en tramitación y que sería después la Ley 8/2004, de 23 de diciembre, de ordenación económica, medidas tributarias, administrativas y de función pública, una disposición adicional, la décimo novena, según la cual quedaban sin efecto los procedimientos de concurso para la adjudicación de concesiones administrativas para la ocupación y explotación de instalaciones náutico-deportivas que estuvieran pendientes de resolución y que se hubiesen iniciado antes de la entrada en vigor de esa ley. Asimismo, establecía que los licitadores afectados tendrían derecho a ser indemnizados por los gastos incurridos en la elaboración de sus proyectos y planos y en la constitución, mantenimiento y cancelación de las fianzas y que las presentadas quedaban a su disposición.

El único procedimiento al que se podían aplicar estas previsiones era el que está en el origen de este proceso, el cual, por aplicación del precepto indicado, quedó sin efecto. A partir de aquí, la Administración balear, con apoyo en otro precepto, la disposición transitoria cuarta de la Ley 10/2005, de 21 de junio, otorgó al anterior concesionario, el Club de Vela Puerto de Andratx, cuya oferta quedó en tercer lugar (146,47 puntos), a más de treinta puntos de distancia de la de Iniciatives Portuàris Mirall de Mar de Mallorca, S.L., la concesión por treinta años.

La Sala de Palma de Mallorca desestimó el recurso contencioso-administrativo de la actual recurrente en casación contra la desestimación por silencio de su oferta, contra la resolución de la Consejería de Medio Ambiente de 29 de diciembre de 2005 que autorizaba que se le devolvieran las fianzas, y contra el acuerdo de 26 de noviembre de 2006 del Consejo de Administración de Puertos de las Islas Baleares que adjudicó al Club de Vela Puerto de Andratx la concesión por treinta años para la realización de obras y la explotación de la instalación náutica denominada Club de Vela Puerto de Andratx-Mallorca.

Consideró su sentencia que no jugaban en este caso las reglas del silencio establecidas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino el artículo 89.2 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. Este precepto, dice que de no resolverse en plazo la adjudicación del contrato, los empresarios tendrán derecho a retirar su proposición y a que se les devuelva o cancele la garantía que hubieren presentado. Esto es, precisa la sentencia, lo que autorizó que se hiciera la resolución de 29 de diciembre de 2005. Además, la Sala de Palma de Mallorca no tuvo dudas de la constitucionalidad de la disposición adicional décimo novena de la Ley 8/2004 por lo que no planteó, como le pedía la recurrente, cuestión de inconstitucionalidad al respecto. No apreció en ella arbitrariedad ni trato desigual injustificado.

Llegada a ese punto, la sentencia de instancia, que tampoco advirtió la existencia de acto presunto desestimatorio de la oferta de Iniciatives Portuàris Mirall de Mar de Mallorca, S.L., consideró que la adjudicación de la concesión al Club de Vela Puerto de Andratx se explicaba por la propia literalidad de la disposición transitoria cuarta de la Ley 10/2005. En sustancia, esa regulación transitoria permitía que quienes



hubieran sido titulares de concesiones expiradas para explotar dársenas y puertos, pudieran obtener un nuevo título concesional si se daban las condiciones previstas por el precepto.

SEGUNDO.- La Sección Séptima de esta Sala, por auto de 3 de diciembre de 2014, decidió plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición adicional décimo novena de la Ley balear 8/2004.

En sus razonamientos jurídicos, que no reiteramos por conocerlos las partes y ser públicos, da cuenta sucinta de los términos del pleito y, en particular, de los motivos de casación y de la oposición a los mismos de la Administración balear y de que el Club de Vela Puerto de Andratx, que fue parte en el proceso de instancia, no compareció en casación pese a haber sido emplazado para ello. Explica este auto que la Sala llegó a la conclusión de que la sentencia incurría en la incongruencia interna y falta de motivación que le reprochaba el primero de esos motivos interpuestos por Iniciatives Portuàris Mirall de Mar de Mallorca, S.L. y en la infracción del artículo 44.1 de la Ley 30/1992 y del artículo 89.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000 pues el primero resulta aplicable al procedimiento administrativo convocado y el segundo no impide esa aplicación.

Explica, también, el auto que procediendo en consecuencia la anulación de la sentencia y debiendo la Sala resolver la controversia en los términos en que apareciere planteado el debate, se encontraba con esa disposición adicional décimo novena, de necesaria aplicación y determinante de la suerte del litigio, caso de ser conforme a la Constitución. El auto explica las razones por las que la Sala dudaba de su conformidad con el texto fundamental. En concreto, señalaba que podía considerarse un precepto pensado para un caso único, el del Puerto de Andratx, introducido en la Ley cuando ya se conocía cuál era la valoración de las ofertas presentadas, incurso en la arbitrariedad constitucionalmente prohibida y discriminatorio.

La sentencia del Tribunal Constitucional 122/2016, de 23 de junio, estimó la cuestión de inconstitucionalidad que le planteamos y declaró inconstitucional y, por tanto, nula, esa disposición adicional décimo novena, ya que apreció que, en efecto, era un precepto dictado para un caso único sin que existieran motivos razonables que lo justificaran, y lo tuvo por fruto de un ejercicio arbitrario de la potestad legislativa, por discriminatorio y por contrario a la seguridad jurídica.

TERCERO .- Oídas las partes sobre las consecuencias que habrían de sacarse de esta sentencia, la Letrada de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares ha manifestado que procede la estimación del recurso de casación y que, con la anulación de los actos dictados con posterioridad, se ha de proceder a la retroacción de las actuaciones "al momento en que –por aplicación del precepto ahora anulado y declarado inconstitucional– se adjudique la concesión conforme a las normas que rigen la convocatoria".

Por su parte, Iniciatives Portuàris Mirall de Mar de Mallorca, S.L. se detiene en argumentar la procedencia de la estimación de los motivos de casación primero y tercero y de la plena estimación de su recurso contencioso-administrativo para la cual, dice, no es obstáculo la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración porque no se trata aquí de sustituir su criterio, sino, precisamente, de aplicarlo.

Admite la recurrente que, la Administración podría dejar desierto el concurso convocado en su día. Ahora bien, añade inmediatamente que tal posibilidad sólo cabría si ninguna de las proposiciones satisficiera suficientemente los intereses públicos y no cabe llegar a esa conclusión sin incurrir en manifiesta arbitrariedad. Por eso, nos dice que podemos reconocer su derecho a la adjudicación por el plazo de catorce años que se convocó, conforme a las bases por las que se regía el concurso y un canon anual de 1.300.000€ a pagar en semestres adelantados. Y que, antes de la formalización de la concesión, se habrán de constituir las fianzas preceptivas y, también, actualizar las cantidades del canon y de estas últimas.

Además, defiende la recurrente la anulación de la adjudicación de la concesión al Club de Vela Puerto de Andratx pues la suya se había extinguido y fue objeto, precisamente, del procedimiento dejado sin efecto por la señalada disposición adicional décimo novena de la Ley 8/2004. Su declaración de inconstitucionalidad, dice, priva de todo fundamento a la adjudicación que se hizo posteriormente.

Por último, afirma Iniciatives Portuàris Mirall de Mar de Mallorca, S.L. que en este caso se ha producido una desviación de poder pues la actuación administrativa se dirigió a perseguir como resultado que la titular de la concesión extinta, que no podría resultar adjudicataria de la nueva licitación, siguiera con una "concesión nueva y adaptada", por otros treinta años, mejor aún que si hubiera resultado adjudicataria de la concesión que perdió (que fue convocada por catorce)". Termina diciendo que el tiempo transcurrido, desde que se convocó el concurso y desde que se redactó la propuesta de adjudicación, abunda en la procedencia de que estimemos plenamente su recurso.

CUARTO.- Tal como explicábamos en el auto de 3 de diciembre de 2014 al plantear la cuestión de inconstitucionalidad, la Sala había llegado a la conclusión de que debía estimar los motivos primero y tercero del recurso de casación.



Decíamos entonces:

«En efecto, el examen de la controversia que nos somete el recurso de casación de Mirall de Mar nos ha llevado a la conclusión de que, a la entrada en vigor de la Ley 8/2004, el procedimiento administrativo a que dio lugar la convocatoria del concurso para la adjudicación de la concesión administrativa del puerto de Andratx no había terminado. Asimismo, entendemos que las reglas de la Ley 30/1992 sobre el silencio administrativo son aplicables al procedimiento de referencia. Y que, de acuerdo con ellas, la recurrente pudo correctamente entender desestimada su oferta lo cual le daba derecho a reclamar la revisión judicial de ese rechazo, como efectivamente hizo.

No había terminado el procedimiento porque, si bien se valoraron y puntuaron las ofertas de los licitadores y se preparó una propuesta de adjudicación, ésta no llegó a ser firmada, de manera que la adjudicación no tuvo lugar. En consecuencia, el procedimiento estaba inconcluso a la entrada en vigor de la Ley 8/2004.

Por otro lado, las normas de la Ley 30/1992 rigen también en el ámbito de la contratación administrativa. A ese resultado nos conducen sus propias previsiones. En primer lugar, el tenor de su artículo 44.1. La interpretación de la Sala de Palma de Mallorca de que únicamente contempla supuestos en los que haya un solo interesado ni la impone el texto del precepto ni deriva de la lógica que inspira el tratamiento legal de la cuestión, en especial cuando en supuestos como el que subyace a este proceso, al final es uno sólo el que, en su caso, puede obtener el resultado favorable. Además, el carácter general con que está concebida la Ley 30/1992 lleva al principio de su aplicabilidad también general salvo que ella misma siente excepciones o éstas provengan de otras leyes. No las hay en lo que ahora importa en su propio texto y tampoco las encontramos en la legislación específica sobre contratos del sector público.

Desde luego no la establece, tal como parece considerar la Sala de Palma de Mallorca que lo hace, el artículo 89.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000. De este precepto no resulta otra cosa que la que dice expresamente: que los licitadores, cuando se incumplen los plazos previstos para resolver el concurso pueden retirar sus ofertas y recuperar o que se cancelen las garantías presentadas. Nada más. Tal como observa el Ministerio Fiscal, la sentencia de esta Sala de 2 de julio de 2004 (casación 3119/2000), en tanto contempla un supuesto completamente diferente al presente y no se ocupa en absoluto del silencio administrativo, no presta el apoyo que ve en ella la sentencia de instancia. Esto se apreciaría fácilmente si la dictada por la Sala de Palma de Mallorca hubiera reproducido en su integridad el razonamiento del Tribunal Supremo ya que allí se estaba hablando de que, al no retirar los licitadores sus ofertas, ni hacer petición de actualización en el momento de celebrar el contrato, era claro que lo consintieron, de manera que no podían, después, discutir el precio ni reclamar las indemnizaciones pretendidas.

Por tanto, ni estaba terminado el procedimiento a 1 de enero de 2005 en que entró en vigor la Ley 8/2004, ni los recién mencionados artículos 44.1 de la Ley 30/1992 y 89.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000 impedían a Mirall de Mar tener por rechazada su oferta por el juego del silencio.

Cuanto acabamos de decir implica necesariamente la estimación de los motivos de casación primero y tercero y, conforme al artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción, nos obliga a resolver el recurso contencioso-administrativo».

Aquí añadíamos que, puestos a ello, la disposición adicional décimo novena de dicha ley balear se interponía decisivamente a la hora de revisar judicialmente la legalidad de esa actuación administrativa pues, de ser conforme a la Constitución, determinaría la desestimación del recurso contencioso-administrativo. Y decíamos también que:

«En caso contrario, si el precepto es declarado inconstitucional, el procedimiento de adjudicación de la concesión no estará concluido y deberemos reconocer a la recurrente el derecho a que se resuelva conforme a los términos de la convocatoria, a las ofertas presentadas y a las actuaciones que obran en el expediente administrativo. Pronunciamientos que implicarán la acogida de las pretensiones de la recurrente relativas a la devolución de las garantías y a la ulterior adjudicación de la concesión».

QUINTO.- Ahora, declarada la nulidad, por inconstitucional, de la disposición adicional décimo novena de la Ley 8/2004, no hay duda de que, efectivamente, como ya anticipábamos en el auto de 3 de diciembre de 2014, permanece sin resolver el procedimiento y eso comporta, de un lado, que no es conforme a Derecho la resolución de la Consejería de Medio Ambiente de 29 de diciembre de 2005 que autorizó la devolución de las fianzas pues solamente se explica, como dijo la sentencia de instancia, como efecto de ese precepto.

Asimismo, como también indicábamos en esa ocasión, hemos de anular el acuerdo del Consejo de Administración de Puertos de las Islas Baleares de 26 de noviembre de 2006 que adjudicó al Club de Vela del Puerto de Andratx por treinta años la concesión de las instalaciones náutico-deportivas del Puerto de Andratx pues son objeto de un concurso convocado para su adjudicación que ha de resolverse conforme a lo que



resulta del expediente incoado al efecto. La Administración balear no podía adjudicar una concesión al margen del procedimiento por ella misma convocado al efecto una vez que expiró el título concesional del Club de Vela y habían revertido a la Administración las instalaciones correspondientes.

SEXTO.- Por último, a juicio de la Sala, procede acoger la pretensión de Iniciatives Portuàris Mirall de Mar de Mallorca, S.L. de que se reconozca su derecho a la adjudicación de la concesión en los términos en que se convocó el concurso el 30 de octubre de 2002.

En el auto de 3 de diciembre de 2014 ya señalábamos que sin que mediara la disposición adicional décimo novena de la Ley 8/2004, la recurrente tendría desde luego derecho a que se resolviera el concurso a la vista de cuanto resultaba del expediente. Ahora, con la perspectiva que ofrecen todos los elementos de juicio, debemos dar un paso más.

Decía la sentencia de instancia que lo sucedido:

«És l'exemple més patent del que no hauria de ser mai el desenvolupament d'un expedient administratiu, penjat, i pendent exclusivament, de la resolució definitiva».

En realidad, el relato de los hechos pone de manifiesto, como indica la recurrente, una actuación administrativa directamente encaminada a que la concesión no se adjudicara conforme a las bases de la convocatoria sino que continuara en manos de quien había sido su titular. Es decir, el ejemplo patente al que se refiere la Sala de Palma de Mallorca lo es de una utilización desviada de las potestades administrativas dirigida a lograr unos fines distintos de aquellos para los que fueron conferidas.

La clara desviación de poder toma cuerpo cuando se comprueba cuál es el resultado al que conduce el expediente. La valoración de las ofertas, el informe técnico que propone la adjudicación a la actora, la resolución sin firma de esa adjudicación, el criterio de los Servicios Jurídicos de la Administración balear, todas las actuaciones, en definitiva, conducen a la conclusión de que debía adjudicarse a Iniciatives Portuàris Mirall de Mar de Mallorca, S.L. pues el interés público contemplado por las bases de la convocatoria se satisfacía de ese modo por ser la suya la mejor oferta.

Nada hay en el expediente que fundamente declarar desierto el concurso y tampoco se encuentra en él ningún elemento que aporte una posible justificación a una eventual decisión administrativa distinta de la expresada en el informe-propuesta. Ni lo hay en él, ni con posterioridad lo ha aducido la Administración balear en todo el tiempo en que ha durado el proceso. Ni siquiera lo ha hecho al alegar sobre las consecuencias derivadas para el mismo de la sentencia del Tribunal Constitucional.

Por tanto, la tutela efectiva del derecho de la recurrente se satisface reconociéndole, como solicita, el derecho a que se le adjudique la concesión en los términos del concurso convocado para ello, con las actualizaciones del canon y de las fianzas exigidas por el tiempo transcurrido desde entonces.

SÉPTIMO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no hacemos imposición de costas en la instancia, debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

(1º) Que ha lugar al recurso de casación nº 4751/2011, interpuesto por Iniciatives Portuàris Mirall de Mar de Mallorca, S.L. contra la sentencia nº 471, dictada el 17 de junio de 2011 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, que anulamos.

(2º) Que estimamos el recurso nº 1291/2004 y

(a) Anulamos la desestimación por silencio de la oferta de la recurrente para la adjudicación de la concesión administrativa para la ocupación y explotación de la instalación náutica deportiva para el amarre de embarcaciones deportivas y de recreo, construida en el puerto de Andratx, convocada por el resolución de la Consejería de Medio Ambiente de 30 de octubre de 2002 (Boletín Oficial de las Islas Baleares nº 134, del 8 de noviembre). (b) Anulamos la resolución de la Consejería de Medio Ambiente de 29 de diciembre de 2005 mediante la cual se autorizaba la devolución de los resguardos acreditativos de las fianzas nº 001844/2002 por importe de 10.000€ y 001849/2002 por importe de 60.102€ presentadas con la mencionada oferta. (c) Anulamos el acuerdo del Consejo de Administración de Puertos de las Islas Baleares de 26 de noviembre de 2006 por el que se otorga la concesión administrativa por un plazo de treinta años al Club de Vela Puerto de Andratx para la realización de obras y explotación de la instalación náutica denominada Club de Vela Puerto de Andratx-Mallorca.



2º Que declaramos el derecho de la recurrente a que se le adjudique la concesión objeto del concurso convocado por la citada resolución de la Consejería de Medio Ambiente de 30 de octubre de 2002 (Boletín Oficial de las Islas Baleares nº 134, del 8 de noviembre), con las actualizaciones referidas en el fundamento sexto.

3º Que no hacemos imposición de costas en la instancia, debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ