



Roj: **STS 2435/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2435**

Id Cendoj: **28079130032022100118**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **09/06/2022**

Nº de Recurso: **4463/2020**

Nº de Resolución: **710/2022**

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

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 4182/2020,**
ATS 5452/2021,
STS 2435/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 710/2022

Fecha de sentencia: 09/06/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4463/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CON/AD

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 4463/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 710/2022

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 9 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 4463/2020 interpuesto por PUBLI DINAMIC, S.L., representada por la Procuradora D^a Patricia Rosch Iglesias, contra la sentencia nº 122/2020, de 27 de enero de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga (apelación 2053/2019) en la que se desestiman los recursos de apelación interpuestos contra auto nº 354/2018, de 17 de octubre de 2018, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Málaga desestimatorio de incidente de ejecución de la sentencia nº 322/2016, de fecha 20 de septiembre de 2016, dictada por dicho Juzgado en el recurso contencioso-administrativo P.O 1255/2014. Se han personado en las actuaciones como partes recurridas el AYUNTAMIENTO DE MARBELLA, representado por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes, VÍA PÚBLICA DE SEÑALIZACIONES URBANA, S.L., representada por la Procuradora D^a Marta Sanaguas Guisado, y SEÑALIZACIÓN MARBELLA, S,L, representada por la Procuradora D^a Rosa M^a Martínez Virgili.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Publi Dinamic S.L. interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Decreto del Coordinador General de Hacienda del Ayuntamiento de Marbella de 5 de agosto de 2014 por el que se desestimó el recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra el acuerdo de 28 de mayo de 2014 por el que se adjudicó a la empresa Señalización Marbella, S.L. contrato de concesión administrativa para la instalación y explotación de señalización informativa urbana y publicidad en los postes señaladores en el espacio público del término municipal de Marbella.

El recurso contencioso-administrativo fue estimado por sentencia nº 322/2016, de 20 de septiembre de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Málaga (PO nº 1255/2014), que declara la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida y acuerda la retroacción del procedimiento al momento de valoración de las ofertas de forma correcta, manteniendo la valoración de aquéllas que no se declaran contrarias a derecho y a los pliegos, con la conservación de los actos administrativos no afectados por el vicio apreciado en la sentencia.

Promovido por Public Dinamic, S.L. incidente de ejecución de sentencia, este fue desestimado por auto nº 354/2018, de 17 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Málaga, en el que se declara ejecutada la sentencia de 20 de septiembre de 2016 y se acuerda el archivo de las actuaciones.

Contra este auto de 17 de octubre de 2018 que resolvió el incidente de ejecución interpusieron recurso de apelación las representaciones procesales de las entidades Public Dinamic S.L. y Vía Pública Señalización Urbana S.L. (registrados conjuntamente como apelación nº 2053/2019), siendo ambos recursos de apelación desestimados por sentencia nº 122/2020, de 27 de enero, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga.

SEGUNDO.- La sentencia que resuelve el recurso de apelación -ahora recurrida en casación- cita la doctrina del Tribunal Constitucional, reproduciendo parte de la fundamentación de la STC nº 240/1998, de 15 de diciembre (recurso de amparo 2726/1995), en la que se establece que en materia de ejecución de sentencias no basta con atender al fallo o a la parte dispositiva de la sentencia sino que es imprescindible acudir a la fundamentación jurídica de la sentencia que se ejecuta.

A partir de ahí, la sentencia ahora recurrida en casación argumenta que la sentencia a ejecutar declaró nula de pleno derecho la adjudicación de un contrato de concesión administrativa por considerar que la Mesa de Contratación vulneró lo el artículo 63 del TRLCSP en orden a acreditar la solvencia de la empresa que resultó ser la adjudicataria, ordenando la retroacción al momento de valoración de las ofertas. Por tanto, situados en ese momento procedimental, y visto que para el juzgador no existía base documental suficiente para valorar la oferta realizada por Señalización Marbella S.L., la Mesa hubo de hacer uso del trámite de subsanación en los términos del artículo 22 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 para acreditar los requisitos de aptitud y solvencia del licitador, sin que con ello paliara los defectos, insuficiencias u omisiones que pudieran haber afectado a las proposiciones en sí mismas consideradas.



Expuesto lo anterior, la sentencia concluye que el auto del Juzgado, al desestimar el incidente de ejecución de sentencia promovido, se adecuó en todo momento a derecho, estando debidamente motivado y siendo congruente con las peticiones de las partes, que pudieron en todo momento efectuar cuantas alegaciones estimaron oportunas conducentes al ejercicio legítimo de su derecho de defensa.

TERCERO.- Notificada a las partes la sentencia, preparó recurso de casación la representación de Public Dinamic S.L. siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 29 de abril de 2021 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) SEGUNDO.- Precisar que la cuestión en la que, en principio, se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la de determinar: Si, una vez declarada judicialmente la nulidad de pleno derecho de la adjudicación de un contrato de concesión administrativa por no haber quedado acreditada la solvencia de la adjudicataria, con retroacción de actuaciones para la valoración de las ofertas no anuladas, el artículo 22 del TRLCSP permite que pueda la administración conceder nuevo plazo de subsanación a la anterior adjudicataria para que complemente la documentación necesaria para acreditar aquella solvencia.

TERCERO.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación las contenidas en los artículos 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, y el artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en relación con los artículos 22 y 83.6 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 y con el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Contratos del Sector Público.

Lo indicado sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA>>.

CUARTO.- La representación procesal de Public Dinamic S.L. formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito de fecha 21 de junio de 2021 en el que, en síntesis, alega que la sentencia recurrida infringe el artículo. 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial; el artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, sobre la ejecución de sentencias, en relación con los artículos 22 y 83.6 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Aduce que la sentencia del Juzgado declaró la nulidad de la adjudicación y ordenó la retroacción del procedimiento explicando el F.J. 3º de dicha sentencia el alcance de tal pronunciamiento: <<(…) *procede la estimación de la acción, debiendo no solo declararse la nulidad de la adjudicación sino la necesidad de retroacción al momento de la valoración de las ofertas de forma correcta y manteniendo la valoración de aquellas ofertas que no se declaren contrarias a derecho y a los Pliegos, con conservación de los actos administrativos no afectados por el vicio que se ha apreciado en esta resolución*>>.

El Juzgado estimó en su sentencia que, al constatarse la falta de solvencia económica, financiera y técnica de la empresa Señalización Marbella, S.L., la adjudicación era nula sin necesidad de entrar en los restantes motivos de impugnación alegados por Public Dinamic S.L. en el proceso.

Pues bien, a pesar de la claridad con la que la sentencia concreta y define los términos en los que se debía ejecutar y cumplir íntegramente con lo ordenado, la Mesa de Contratación, en sesión de 14 de marzo de 2017, concedió un nuevo plazo extraordinario de subsanación a la empresa Señalización Marbella, S.L. para que aportase documentación que acredite su solvencia, dictando luego Decreto nº 2973/2018 de fecha 16 de marzo de 2018 por el que finalmente se le adjudica nuevamente el contrato en cuestión.

Ante este modo de proceder la recurrente reacciona por dos vías:

A/ Por un lado, y a fin de evitar que el nuevo acto de adjudicación quedase firme, interpuso recurso contencioso-administrativo nº 458/18, acumulado al recurso 407/18 promovido por Via Publica Señalizaciones Urbanas, S.L, que se sigue en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Málaga.

B/ Paralelamente, promueve incidente de ejecución de sentencia -al que se refiere el presente recurso de casación- denunciando esta nueva actuación administrativa arbitraria realizada por la demandada, puesto que con la concesión de este nuevo plazo irregular y extraordinario de subsanación para aportar documentación que acredite su capacidad y su solvencia económica, financiera y técnica se está permitiendo a la ilegal adjudicataria Señalización Marbella, S.L. la presentación extemporánea de documentos exigidos en el Pliego para acreditar la capacidad y solvencia fuera de los plazos establecidos (apartado 22.2 y apartado 20.1.f del PCEAP), vulnerando los términos en los que debía ejecutarse la sentencia, pues se retrotraen las actuaciones a la fase de presentación y admisión de ofertas del procedimiento de contratación, y no, como había ordenado



expresamente el Juzgado, a la fase de la valoración de las ofertas que no hubieran sido declaradas contrarias a los pliegos o a derecho.

Aun cuando la sentencia ahora recurrida en casación considera que la concesión por la Mesa de Contratación de este nuevo plazo de subsanación a la adjudicataria es acorde con la ejecución pretendida, esta parte discrepa de dicho planteamiento por las siguientes razones:

1º.- El Ayuntamiento de Marbella ya concedió en vía administrativa en el año 2014 un plazo de 3 días para que Señalización Marbella, S.L. aportara precisamente la documentación complementaria justificativa de su solvencia económica y financiera. Así lo constata expresamente la sentencia del Juzgado de 20 de septiembre de 2016 en sus fundamentos primero y tercero, señalando que la adjudicataria ya tuvo la posibilidad de aportar esta documentación, y así lo hizo. Por tanto, las posibilidades "subsanasatorias" de Señalización Marbella, S.L. ya fueron concedidas y aprovechadas por ésta en su momento, sin que por vía interpretativa, en orden a ejecutar la sentencia, pueda inferirse de la sentencia la posibilidad de conceder un segundo plazo de subsanación a esta ilegal adjudicataria, por contradecir esa nueva posibilidad de subsanación tanto los Pliegos del contrato, como el TRLCSP, norma de aplicación a dicha licitación, y la propia sentencia que se estaba ejecutando.

2º.- La declaración judicial de nulidad de la adjudicación se fundamenta en que, con la documentación complementaria justificativa de su solvencia aportada en el plazo subsanatorio otorgado, Señalización Marbella, S.L. no acreditó la solvencia económica, financiera y técnica que respaldara la adjudicación del contrato, y ello a pesar de dicha subsanación. Así lo constata expresamente la sentencia del Juzgado instancia, de la que resulta que el contrato jamás debió adjudicarse a la entidad Señalización Marbella, S.L. dado que esta no acreditó, ni tan siquiera en el plazo de subsanación, el cumplimiento de la solvencia requerida por los Pliegos del contrato en concordancia con el TRLCSP.

3º.- El otorgamiento a Señalización Marbella, S.L. de ese nuevo plazo de subsanación al que nos venimos refiriendo es contrario a lo dispuesto en el artículo 22 del RGLCAP en consonancia con el artículo 82 del TRLCSP (*"El Órgano y la mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios, lo que deberá cumplimentar en el plazo de cinco días sin que puedan presentarse después de declaradas admitidas las ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 83.6"*). Y contraviene asimismo lo dispuesto en el artículo 83.6 del RGLCAP (*"Antes de la apertura de la primera proposición se invitará a los licitadores interesados a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que en este momento pueda aquélla hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de corrección o subsanación de defectos u omisiones a que se refiere el artículo 81.2 de este Reglamento"*).

4º.- A mayor abundamiento, los documentos aportados por Señalización Marbella S.L. en esta segunda posibilidad subsanatoria que le concedió el Ayuntamiento de Marbella son documentos que no suplen la falta de acreditación de su solvencia por cuanto son de fechas muy posteriores al acuerdo de adjudicación de 21 de mayo de 2014.

Termina el escrito solicitando que se anule la sentencia recurrida por infracción de los artículos 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, y 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, relativo a la ejecución de sentencias, e infracción asimismo de lo dispuesto en los artículos 22 y 83.6 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 82 de la Ley de Contratos del Sector Público, al interpretar y aplicar aparentemente con error y como fundamento de su decisión la doctrina constitucional sobre ejecución de sentencias, pues no basta con atender al fallo o a la parte dispositiva de la sentencia sino que resulta imprescindible acudir a la fundamentación jurídica de la misma en orden a su ejecución, esto es, con el alcance y retroacción establecidos en el fundamento tercero *in fine*, que expresamente ordena retrotraer el expediente al momento de la valoración técnica final de las ofertas y no a otra fase anterior, cual es la de presentación y admisión de las ofertas en la que se acredita la capacidad y solvencia de los licitadores, otorgando a Señalización Marbella, S.L. un nuevo plazo extraordinario de subsanación para la presentación extemporánea de documentos exigidos en el Pliego para acreditar fuera de los plazos establecidos (apartado 22.2 y apartado 20.1.f del PCEAP) la capacidad y la solvencia económica, financiera y técnica.

Y, una vez casada y anulada la sentencia, solicita que la sentencia que se dicte se pronuncie sobre el fondo de la cuestión planteada, esto es, si una vez declarada judicialmente la nulidad de pleno derecho de la adjudicación de un contrato de concesión administrativa por no haber quedado acreditada la solvencia de la adjudicataria, con retracción de actuaciones para la valoración de las ofertas no anuladas, el artículo 22 del RGLCAP (y 83.6 que cita el precepto), en igual sentido que el artículo 82 del TRLCSP permite que pueda la Administración



conceder nuevo plazo de subsanación a la anterior adjudicataria para que complemente la documentación necesaria para acreditar aquella solvencia.

Igualmente, se solicita que la sentencia que se dicte declare nula o anule y deje sin efecto la sentencia recurrida y aquellas resoluciones anteriores de las que trae causa, ordenando la ejecución de la sentencia nº 322/2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Málaga fecha 20 de septiembre de 2016 en sus estrictos términos, que comporta la retroacción del procedimiento al momento de la valoración de las ofertas que no hubieran sido declaradas contrarias a los pliegos o a derecho, esto es, a la fase de valoración de las ofertas, de la que, Señalización Marbella S.L se encuentra excluida al no haber aportado en la fase de admisión de ofertas de los licitadores -ni tan siquiera en el plazo de subsanación- la documentación suficiente para acreditar la solvencia económica, financiera y técnica exigida por los Pliegos.

QUINTO.- Mediante providencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 2 de julio de 2021 se tuvo por interpuesto el recurso y se dio traslado a las partes recurridas para que pudiesen formular su oposición.

SEXTO.- La representación de Vía Pública de Señalizaciones Urbanas, S.L. presentó escrito con fecha 14 de septiembre de 2021 en el que, sin formular oposición, manifiesta que se adhiere al recurso de casación interpuesto por Public Dinamic S.L.

SÉPTIMO.- La representación de Señalización Marbella, S.L. formalizó su oposición mediante escrito de fecha 19 de septiembre de 2021 en el que, dicho ahora de forma resumida, expone lo siguiente:

* La sentencia recurrida interpreta correctamente la doctrina constitucional alegada de contrario y no infringe los preceptos a los que alude el recurrente.

* La sentencia del Tribunal Constitucional nº 240/1998, de 15 de diciembre, reconoce el derecho a la ejecución de sentencias en sus términos como una vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E.). Sin embargo, este derecho solo puede verse vulnerado si la resolución judicial que resuelve el incidente de ejecución de sentencia resultare arbitraria, irrazonable o hubiera sido dictada en sede de un procedimiento inadecuado, circunstancias que no se dan en nuestro caso. Siempre que el órgano judicial dicte una resolución motivada y tenga en cuenta la fundamentación jurídica comprendida en la sentencia que se ejecuta se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable.

* La potestad de los jueces y tribunales de ejecutar las sentencias en sus propios términos en el orden contencioso-administrativo se vehicula mediante el incidente regulado en el artículo 109 de la LJCA que finalizará mediante resolución que declare la nulidad o la adecuación a derecho del acto administrativo dictado en ejecución de sentencia. Conforme al artículo 103.4 de la LJCA, para que el acto administrativo sea nulo es necesario acreditar la finalidad de la Administración de eludir el cumplimiento de la sentencia. En este caso, el recurrente se ha limitado a alegar las razones por las que, a su entender, la actuación administrativa no cumplía lo ordenado en la sentencia y no era acorde a derecho, pero no ha aportado ningún elemento de prueba que acredite la existencia de ese elemento volitivo necesario para que el acto administrativo sea declarado nulo en esta vía incidental.

* En cuanto a la posibilidad de aportar nuevos documentos una vez anulada la adjudicación y retrotraídas las actuaciones al momento de valoración de las ofertas, el artículo 82 del TRLCSP, el artículo 22 del RGLCSP y el artículo 22.2.f) del pliego de condiciones económico-administrativas, establecen la posibilidad de que el órgano de contratación pueda solicitar documentación al licitador que complemente la aportada en el sobre número uno, que contiene la documentación administrativa, disponiendo de un plazo de cinco días para ello. En base a la doctrina antiformalista y a los principios de concurrencia y de elección de la oferta económica más ventajosa para el interés público, debe ser admitida dicha documentación complementaria pues con ello, además de asegurarse la administración la mejor opción para la adjudicación, no se conculca el principio de igualdad entre los licitadores que debe regir el proceso de adjudicación, ya que todos tuvieron derecho a presentar el proyecto técnico de ejecución del contrato, así como a ofrecer el canon que estimaron conveniente.

Termina el escrito solicitando que se dicte sentencia que desestime el recurso de casación y confirme la sentencia recurrida, con imposición de costas al recurrente.

OCTAVO.- La representación del Ayuntamiento de Marbella formalizó su oposición al recurso de casación mediante escrito de fecha 18 de septiembre de 2021 en el que, en síntesis, aduce lo siguiente:

* La nulidad de la adjudicación declara en la sentencia devenía de la falta de justificación de la solvencia económica de la adjudicataria; y por ello se acuerda la retroacción del procedimiento en la forma indicada en la sentencia y referida al momento de la valoración de las ofertas, que, conforme a los artículos 22.1 y 22.2 del Clausulado del Pliego de Condiciones Económico Administrativas, es el momento de la apertura del Sobre 1º, relativo a la documentación administrativa, entre la que figura la acreditación de la solvencia económica-



financiera. Por ello se procede a requerir la aportación de la documentación complementaria justificativa de dicha solvencia, procediéndose por la requerida, Señalización Marbella, SL, a aportar la documentación requerida, procediéndose por la Mesa de contratación a considerar justificada la solvencia presentada por dicha mercantil.

* En virtud del principio de conservación del acto administrativo, y en la forma indicada en la sentencia, se acuerda por la Mesa que, subsanado el vicio de nulidad señalado en la Sentencia, y dado que dicho vicio no afecta a los informes de valoración emitidos por los técnicos competentes, se propone adjudicar el contrato a Señalización Marbella, S.L. Tal decisión administrativa está avalada por el contenido de las cláusulas del propio Pliego Económico Administrativo que ha de regir la contratación (cláusula 22ª del Pliego; artículos 22, 81 y 83.6 del Reglamento General de Contratación de las Administraciones Públicas, en la redacción dada por el Real Decreto 1.098/2.001 de 12 de octubre; y artículo 75 del TRLCSP, texto original, vigente al tiempo de la licitación).

* La recurrente Publi Dinamic, S.L. entiende que Señalización Marbella, S.L. debe ser excluida sin más trámites de la licitación y que la Administración ha retrotraído el procedimiento a una fase anterior que no es la indicada en la sentencia; pero lo cierto es que la sentencia afirma que procede la retroacción al momento de la valoración de las ofertas que, según el Pliego, es con la apertura del sobre 1ª. Tampoco son asumibles las afirmaciones de la recurrente en el sentido de que la actuación administrativa supone un "flagrante acto de favorecimiento respecto a Señalización Marbella, SL".

* Además la sentencia repara en la existencia de un vicio en la acreditación de la solvencia económica por parte de Señalización Marbella, S.L, por lo que, si la documentación aportada debe ser considerada insuficiente, en pura lógica y estricta aplicación de la legislación citada y del pliego transcrito, la Mesa de contratación ha de retrotraer el procedimiento de contratación a dicho trámite y requerir, como se hizo, a Señalización Marbella, S.L para que aporte los documentos que considere suficientes y, tras ello, continuar con el resto de trámites procedimentales. Cualquier otra actuación municipal vulneraría los derechos de Señalización Marbella, S.L, que se vería privada de la posibilidad de subsanar una omisión claramente subsanable.

Termina el escrito del Ayuntamiento de Marbella solicitando que se dicte sentencia por la que desestime el recurso de casación y se confirme la sentencia recurrida, con imposición de costas al recurrente.

NOVENO.- Mediante providencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 8 de octubre de 2021 se acuerda que, de conformidad con el acuerdo de la Presidencia de la Sala de fecha 6 de abril de 2021, pasen las actuaciones a la Sección Tercera para que continúe en ésta la sustanciación del recurso de casación.

DÉCIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 2 de diciembre de 2021 se declaró no haber lugar a la celebración de vista pública, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

UNDÉCIMO.- Mediante providencia de 4 de marzo de 2022 se fijó para votación y fallo del presente recurso el día 24 de mayo de 2022, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación nº 4463/2020 lo interpone la representación procesal de Publi Dinamic, S.L. contra la sentencia nº 122/2020, de 27 de enero de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga (apelación 2053/2019) en la que se desestiman los recursos de apelación interpuestos contra auto nº 354/2018, de 17 de octubre de 2018, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Málaga desestimatorio de incidente de ejecución de la sentencia nº 322/2016, de fecha 20 de septiembre de 2016, dictada por dicho Juzgado en el recurso contencioso-administrativo P.O. 1255/2014.

Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia ahora recurrida en casación desestima los recursos de apelación que interpusieron las entidades Public Dinamic S.L. y Vía Pública Señalización Urbana S.L. contra el auto nº 354/2018, de 17 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Málaga que resolvió incidente de ejecución de sentencia promovido por Public Dinamic S.L. (ahora recurrente en casación) en relación con la sentencia nº 322/2016, de fecha 20 de septiembre de 2016, dictada por dicho Juzgado en el recurso contencioso-administrativo P.O. 1255/2014.

En el antecedente segundo hemos reseñado las razones que expone la sentencia de instancia para fundamentar la desestimación de los recursos de apelación dirigidos contra el auto que había declarado ejecutada la sentencia. Procede entonces que entremos a examinar la cuestión suscitada en casación,



señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 29 de abril de 2021 (antecedente tercero de esta sentencia).

Pero antes debemos hacer unas puntualizaciones sobre dos cuestiones previas de muy distinta índole: de un lado, la posición procesal de una de las entidades personadas (Vía Pública Señalización Urbana S.L.); de otra parte, el ámbito del recurso de casación cuando este se dirige contra auto dictado en incidente de ejecución de sentencia o -como en este caso- contra sentencia que resuelve recurso de apelación dirigido contra auto recaído en incidente de ejecución. Veamos.

SEGUNDO.- Sobre la posición procesal de la entidad Vía Pública Señalización Urbana S.L.

Como acabamos de señalar, la sentencia objeto del presente recurso de casación viene a desestimar los recursos de apelación que interpusieron las entidades Public Dinamic S.L. y Vía Pública Señalización Urbana S.L. contra el auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 3 de Málaga que resolvió incidente de ejecución de sentencia. Sin embargo, únicamente Public Dinamic S.L. preparó y luego interpuso el recurso de casación contra dicho auto.

Por ello, no cabe reconocer a Vía Pública Señalización Urbana S.L. la condición de parte recurrente, ni puede asumirse su pretensión de que la consideremos "adherida" al recurso de casación interpuesto por Public Dinamic S.L. (véase antecedente sexto de esta sentencia), pues no existe en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la figura del coadyuvante del recurrente o recurrente por adhesión.

TERCERO.- Ámbito del recurso de casación cuando se dirige contra auto dictado en incidente de ejecución de sentencia o -como sucede en el caso que nos ocupa- contra sentencia que resuelve recurso de apelación dirigido contra auto recaído en incidente de ejecución de sentencia.

Es sabido que el artículo 87.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, tanto antes como después de la reforma del recurso de casación introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, delimita el ámbito del recurso de casación cuando este se dirige contra un auto dictado resolviendo incidente de ejecución de sentencia.

Así, con relación a la regulación del recurso de casación anterior a la reforma del año 2015, las sentencias de esta Sala, Sección 5ª, de 6 de julio de 2009 (casación 6126/07), 14 de septiembre de 2009 (casación 1768/08, F.J. 2º) y 28 de junio de 2010 (casación 502/2008, F.J. 3º) venían a recordar que las resoluciones en forma de auto eran susceptibles de casación únicamente en los casos en que ese recurso es viable con respecto a la sentencia que pone fin al litigio de que se trate (artículo 87.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción); y que, además, en el caso de los autos dictados en ejecución de sentencia el acceso a la casación se circunscribía a los supuestos que señala el artículo 87.1.c/ de la citada Ley, que se refiere a los autos que resuelvan cuestiones no decididas, directamente o indirectamente, en la sentencia o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta. Por tanto, es claro que la regulación descrita restringe no sólo el número de casos en que el auto dictado en ejecución es recurrible sino también el objeto, los motivos esgrimibles y los límites del enjuiciamiento del recurso de casación contra esta clase de autos.

Abundando en la misma idea, aunque expresándola en otros términos, la sentencia de esta Sala, Sección 4ª, de 18 de marzo de 2009 (casación 489/07) señala lo siguiente: << (...) hemos dicho, entre otras muchas en las sentencias de 27 de junio de 2006 , 20 de diciembre de 2007 y 26 de marzo de 2008 , que mientras que en los demás recursos de casación se confrontan las actuaciones procesales, la sentencia o el auto con una norma jurídica, al objeto de declarar su conformidad o no con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, en el recurso de casación contra autos dictados en ejecución provisional o definitiva de sentencias la comparación se ha de efectuar entre lo ordenado para su ejecución y la parte dispositiva de la sentencia que se ejecuta con el fin de evitar extralimitaciones en dicha ejecución, distinta función, pues, de la nomofiláctica y uniformadora del recurso de casación, por lo que ha venido a denominarse atípico este recurso de casación en ejecución de sentencia...>>. En fin, la misma línea de razonamiento encuentra reflejo en la sentencia de esta Sección 5ª de 28 de mayo de 2007 (casación 6656/03), que cita otros pronunciamientos anteriores.

Tal estado de cosas pervive en la regulación del recurso de casación que introdujo la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que mantiene la misma redacción del artículo 87.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo. Y así lo ponen de manifiesto las resoluciones de la Sección Primera de esta Sala que inadmiten el recurso de casación dirigido contra auto dictado en ejecución de sentencia cuando el recurso no resulta incardinable en ninguno de los supuestos contemplados en el citado artículo 87.1.c/ que, como hemos visto, se refiere a los autos que resuelvan cuestiones no decididas, directamente o indirectamente, en la sentencia o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta. Sirvan como muestra las providencias de la Sección Primera de esta Sala de 6 de octubre de 2021 (casación 1524/2021) y 16 de marzo de 2022 (casación 5641/2021).



En fin, las limitaciones descritas respecto al ámbito del recurso de casación también operan cuando el recurso no se dirige directamente contra el auto que resuelve el incidente de ejecución de sentencia sino contra una sentencia que resuelve recurso de apelación dirigido contra auto recaído en incidente de ejecución. Cabe citar en este sentido el auto de la Sección Primera de esta Sala de 8 de febrero de 2019 (recurso de queja 2/2019) en el que se explica que, a diferencia de lo que establece el artículo 465.1 la Ley de Enjuiciamiento Civil (redacción dada por Ley 13/2009, de 13 de noviembre) en el sentido de que el recurso de apelación dirigido contra una auto se resuelve en forma de auto, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo adopta una solución distinta pues aplica a los recursos de apelación dirigidos con autos de los juzgados la misma regulación establecida para la apelación contra sentencias (artículo 80.2 LJCA), lo que implica que la apelación contra aquellos autos se resuelve mediante sentencia.

Por lo demás, hecha la anterior puntualización, el citado auto de la Sección Primera de 8 de febrero de 2019 (recurso de queja 2/2019) señala que

<< (...) aun habiéndose resuelto formalmente la apelación que nos ocupa por sentencia, el recurso de casación anunciado contra ella debe ser formalizado, analizado y valorado con arreglo a las pautas y criterios específicos que suministra el artículo 87.1.a) LJCA, referido a la casación contra autos dictados en ejecución de sentencia>>.

Y ello por las razones que el propio auto (F.J. 3ª) explica:

<< (...) no ha de olvidarse que la controversia aquí entablada versa, al fin y al cabo, sobre la ejecución de una sentencia firme. Lo resuelto y fallado en esa sentencia es un dato intangible que no puede volver a cuestionarse. De ahí deriva el limitado ámbito de cognición del recurso de casación, que se limita a verificar la correlación entre lo decidido en sentencia y lo ejecutoriado.

Pues bien, desde esta perspectiva, a la hora de determinar el régimen jurídico del recurso de casación no tiene especial relevancia que la forma de la resolución judicial dictada en apelación haya sido de sentencia o de auto, pues tanto en un caso como en el otro lo verdaderamente relevante a efectos casacionales no es tanto la forma (sentencia o auto de apelación) como más bien el contenido (que nos hallamos ante una polémica surgida en el curso de un incidente de ejecución de una sentencia firme); toda vez que la impugnación casacional no puede moverse por el potencialmente amplio campo dialéctico que es generalmente predicable de los recursos de casación contra sentencias, sino que debe discurrir por el restringido cauce que la LJCA ha establecido para las impugnaciones que discurren por ese acotado terreno discursivo, que configura, insistimos, el artículo 87.1.c).

En definitiva, sin desconocer que la resolución judicial dictada en grado de apelación y aquí impugnada reviste forma de sentencia, el dato que realmente interesa, para ubicar en el sistema de la LJCA el recurso de casación promovido contra ella, es que se trata de una sentencia que resolvió el recurso de apelación promovido contra un auto dictado por un Juzgado en un incidente de ejecución de sentencia; y son esta resolución judicial de base -auto- y el procedimiento en que se inserta (incidente de ejecución) los que marcan el camino de la ulterior discusión hasta el grado de casación, reconduciéndolo hacia el tan citado artículo 87.1.c)>>.

Pues bien, la interpretación jurisprudencial contenida en estos pronunciamientos que acabamos de reseñar constituye una referencia obligada que necesariamente habremos de tomar en consideración para resolver el presente recurso de casación; tarea que ahora pasamos a abordar.

CUARTO.- Cuestión que reviste interés casacional y normas relevantes para la resolución del presente recurso.

Como hemos visto en el antecedente tercero, el auto de admisión del recurso de casación declara que la cuestión que reviste interés casacional objetivo consiste en determinar si, una vez declarada judicialmente la nulidad de pleno derecho de la adjudicación de un contrato de concesión administrativa por no haber quedado acreditada la solvencia de la adjudicataria, con retroacción de actuaciones para la valoración de las ofertas no anuladas, el artículo 22 del TRLCSP permite que pueda la Administración conceder nuevo plazo de subsanación a la anterior adjudicataria para que complemente la documentación necesaria para acreditar aquella solvencia.

El auto de admisión identifica la norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación: artículos 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en relación con los artículos 22 y 83.6 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 y con el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Contratos del Sector Público. Todo ello -señala el propio auto- sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.



Ahora bien, con independencia de las referencias que luego haremos a los preceptos que cita el auto de admisión del recurso de casación, lo cierto es que, según la jurisprudencia que antes hemos reseñado, el enjuiciamiento de un auto que resuelve un incidente de ejecución de sentencia -o, como aquí sucede, de una sentencia que desestima el recurso de apelación dirigido contra un auto recaído en un incidente de ejecución- debe hacerse tomando como obligado elemento de contraste lo ordenado en la sentencia de cuya ejecución se trata, de manera que el auto dictado en ejecución -o la sentencia que lo confirma en apelación- será contrario a derecho si resuelve cuestiones no decididas, directamente o indirectamente, en la sentencia o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta.

Siendo ello así, nuestro principal parámetro de enjuiciamiento viene dado por la sentencia que se ejecuta; de manera que para la resolución del presente recurso de casación aquellos preceptos legales y reglamentarios que cita el auto de admisión del recurso tienen una relevancia meramente instrumental o accesorio. Por ello, aunque aludiremos a dichos preceptos, no nos detendremos en su interpretación al no ser determinantes para la resolución del recurso de casación. Veamos.

QUINTO.- Examen del caso que aquí se examina.

La sentencia nº 322/2016, de 20 de septiembre de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de Málaga (recurso contencioso-administrativo P.O. 1255/2014) -a la que se refiere el incidente de ejecución del que trae causa el presente recurso de casación- vino a declarar la nulidad de la adjudicación del contrato que el Ayuntamiento de Marbella había acordado en favor de la entidad Señalización Marbella, S.L., ordenando la retroacción del procedimiento "al momento de la valoración de las ofertas de forma correcta"; precisando la sentencia que tal retroacción se realizaría "...manteniendo la valoración de aquellas ofertas que no se declaren contrarias a derecho y a los Pliegos, con conservación de los actos administrativos no afectados por el vicio que se ha apreciado en esta resolución" (vid, parte dispositiva y F.J. 3º, *in fine*, de la sentencia de 20 de septiembre de 2016).

En ningún momento se contempla en la sentencia que, una vez anulada la adjudicación y ordenada la retroacción del procedimiento en los términos que acabamos de señalar, la entidad que indebidamente había resultado adjudicataria hubiese de ser requerida para subsanar la deficiencia que había determinado la anulación. Más bien al contrario, la literalidad de la sentencia parece excluir la procedencia de tal requerimiento de subsanación, pues no ordena la retroacción a una fase inicial del procedimiento -en la que tendría cabida un requerimiento de esa índole- sino la retroacción "al momento de la valoración de las ofertas"; y, como hemos visto, especificando la sentencia que tal retroacción operaría manteniendo la valoración de aquellas ofertas que no se declaran contrarias a derecho.

Por tanto, entendemos que la sentencia cuyo fallo se ejecuta no contempla, más bien excluye, el requerimiento de subsanación que el Ayuntamiento de Marbella dirigió a la entidad Señalización Marbella, S.L. Por lo demás, esta apreciación no puede considerarse enervada ni contradicha por aquellos preceptos que se citan en el auto de admisión del recurso de casación en los que se contempla que la Administración formule requerimiento de subsanación cuando advierta en las ofertas la presencia de defectos subsanables.

Tanto el artículo 82 del Texto refundido de la Ley del Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, como el artículo 22 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, se refieren de manera genérica a la posibilidad de que el órgano de contratación recabe del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos aportados o le requiera para que presente otros documentos complementarios; pero esos concretos preceptos a los que acabamos de referirnos nada dicen sobre el momento en el que tiene cabida un requerimiento de esa índole.

Para ubicar temporalmente el momento en que resulta viable el requerimiento de subsanación resulta más ilustrativa la secuencia procedimental que describen los artículos 80 y siguientes del citado Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas pues allí se sitúa el posible requerimiento de subsanación en el momento en que la mesa de contratación examina la documentación presentada y observa defectos u omisiones subsanables (artículo 81.2); siendo ese un momento procedimental anterior al de valoración de los criterios de selección de las empresas (artículo 82, en relación con el artículo 11 del propio Reglamento); y, por tanto, anterior también al momento en que se procede a la apertura de las proposiciones para proceder a la valoración de las ofertas (artículo 83).

En el caso que examinamos hemos visto que la sentencia del Juzgado de 20 de septiembre de 2016 ordenó la retroacción del procedimiento al momento de la valoración de las ofertas (con indicación de que habría de mantenerse la valoración de aquellas ofertas que no se declaran contrarias a derecho), momento procedimental ese en el que no tiene ya cabida un requerimiento de subsanación que, por otra parte, tampoco



se contempla en la sentencia. Por tanto, el Ayuntamiento de Marbella llevó la retroacción a un momento procedimental anterior al ordenado en la sentencia.

Además, lo que acordó el Ayuntamiento de Marbella no fue un simple requerimiento, en los términos previstos en los citados artículos 82 del Texto refundido y 22 y 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para que la empresa aportase documentación complementaria; sino que requirió a Señalización Marbella, S.L. para que acreditase documentalmente su solvencia económica, acreditación ésta cuya ausencia había sido precisamente la causa determinante de que el Juzgado declarase nula la adjudicación del contrato a dicha empresa. Es decir, lo que hizo el Ayuntamiento de Marbella no fue requerir la aportación de documentación complementaria para enmendar con ella un defecto subsanable sino que otorgó a la empresa Señalización Marbella, S.L. la posibilidad de corregir un defecto al que la sentencia de 20 de septiembre de 2016 había atribuido relevancia invalidante.

En definitiva, la ejecución de lo resuelto en la sentencia de 20 de septiembre de 2016 no podía llevarse a cabo a base de otorgar a la empresa Señalización Marbella, S.L. una nueva oportunidad para que acreditase documentalmente su solvencia; pues lo que ordena el fallo es la retroacción del procedimiento "al momento de la valoración de las ofertas de forma correcta" y manteniendo la valoración de aquellas ofertas que no se declaran contrarias a derecho; sin que el Ayuntamiento de Marbella pueda incluir en dicha valoración una oferta que ya ha quedado desautorizada en la propia sentencia.

Al no haberlo reconocido así el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Málaga de 17 de octubre de 2018, que resolvió el incidente de ejecución, y tampoco la sentencia de 27 de enero de 2020 de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, que confirmó aquel auto en apelación, ambas resoluciones deben ser anuladas.

SEXTO.- Resolución del recurso y costas procesales.

Las consideraciones expuestas en los apartados anteriores llevan a concluir que procede que declaremos haber lugar al recurso de casación, debiendo ser casada y anulada la sentencia nº 122/2020, de 27 de enero de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga (apelación 2053/2019).

Y, acordado lo anterior, procede estimar el recurso de apelación interpuesto por Public Dinamic S.L. contra el auto nº 354/2018, de 17 de octubre de 2018, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Málaga que desestima el incidente de ejecución promovido por esa entidad y declara ejecutada la sentencia, debiendo anularse dicho auto, y, en su lugar, declarar que la sentencia nº 322/2016, de 20 de septiembre de 2016, dictada por dicho Juzgado en el recurso contencioso-administrativo P.O 1255/2014 no ha sido debidamente ejecutada pues lo ordenado en dicha sentencia es la retroacción del procedimiento "al momento de la valoración de las ofertas de forma correcta", manteniéndose la valoración de aquellas ofertas que no se declaran contrarias a derecho, sin que el Ayuntamiento de Marbella pueda incluir en esa valoración una oferta que ya ha quedado desautorizada en la propia sentencia.

En cuanto a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes. Y tampoco procede hacer expresa imposición de las costas del incidente de ejecución ni de la apelación, atendidas las dudas que planteaba la cuestión controvertida y que se ponen de manifiesto por el distinto parecer que muestran las sentencias recaídas en apelación y en casación.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO

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

1/ Ha lugar al presente recurso de casación nº 4463/2020 interpuesto en representación de PUBLI DINAMIC, S.L. contra la sentencia nº 122/2020, de 27 de enero de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga (apelación 2053/2019), que queda ahora anulada y sin efecto.

2/ Estimamos el recurso de apelación interpuesto por PUBLI DINAMIC, S.L. contra auto nº 354/2018, de 17 de octubre de 2018, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Málaga que desestima el incidente de ejecución promovido por esa entidad y declara ejecutada la sentencia, quedando anulado dicho auto y declarando, en su lugar, que la sentencia nº 322/2016, de 20 de septiembre de 2016, dictada por dicho Juzgado en el recurso contencioso-administrativo P.O 1255/2014 no ha sido debidamente ejecutada pues lo ordenado en ella es la retroacción del procedimiento "al momento de la valoración de las ofertas de forma



correcta", manteniéndose la valoración de aquellas ofertas que no se declaran contrarias a derecho, sin que el Ayuntamiento de Marbella pueda incluir en dicha valoración una oferta que ya ha quedado desautorizada en la propia sentencia.

3/ No se imponen a ninguna de las partes las costas derivadas del recurso de casación; y tampoco las del incidente de ejecución ni las del recurso de apelación.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ