

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD
VALENCIANA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2002. SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. PONENTE: JOSÉ
MARÍA ZARAGOZÁ ORTEGA**

Por

ANDRÉS BOIX PALOP
Becari FPI de la Generalitat Valenciana
Àrea de Dret Administratiu
Universitat de València-Estudi General de Valencia

Una de las características más destacadas del Derecho español en materia de contratación pública es la escasa eficacia práctica de los mecanismos legales dispuestos a efectos del control de la actuación administrativa en lo que hace a la fase de selección del contratista (preparación y adjudicación del contrato). De hecho, y así como la litigiosidad es relativamente frecuente respecto de la fase de ejecución, no lo es tanto en este dominio.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 23 de septiembre de 2002, relativa justamente a la decisión final en torno a la solicitud de suspensión de un contrato administrativo, es interesante en la medida en que permite hacer un repaso relativamente completo a la realidad del Derecho español en la materia y a la aplicación de las pautas de Derecho comunitario pertinentes. Asimismo, y de forma adicional, refleja algunos de los problemas de esta regulación y proporciona pistas sobre las causas que convierten a la fiscalización de la regularidad jurídica de la fase de selección del contratista en, todavía, una parcela de nuestro Derecho público susceptible de ser mejorada.

La Sentencia resuelve el recurso de apelación promovido por una empresa proveedora de material ferroviario, Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, SA (CAF), contra la decisión del Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 5 de Valencia de no suspender el acto administrativo por el que la entidad Ferrocarrils de la Generalitat Valencian (FGV) adjudicó a otra mercantil, Alstom, el suministro de material móvil para una línea explotada por esa compañía pública de transportes.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por medio de esta Sentencia, confirma la decisión del Juzgado, que declaró improcedente la suspensión. Para lo cual se apoyaba en la conocida doctrina del Tribunal Supremo (haciendo

mención expresa a los Autos de 3 de junio de 1991, 14 de enero de 1992, 28 de septiembre de 1994 y 19 de marzo de 1997) según la cual cuando el acto administrativo sea de contenido exclusivamente económico, y salvo en presencia de circunstancias excepcionales que aconsejen otra cosa, no puede entenderse en ningún caso la concurrencia del requisito legalmente habilitador de la suspensión (de acuerdo con el artículo 130.1 de la ley 29/1998, RJCA, que “*la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso*”) dado que la Administración es solvente por su propia naturaleza, organización y funcionamiento. De forma que, aunque se apuntaran a mayor abundamiento, ni siquiera parecía en rigor necesario para concluir la argumentación del órgano de instancia traer a colación las consabidas valoraciones de la posible colisión de estos perjuicios privados con el interés general. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo seguida se contenta con declarar, siempre que la naturaleza del acto impugnado permita la posibilidad de establecer una compensación económica en el futuro a cargo de la Administración, que la suspensión no es jurídicamente admisible.

Esta solución puede juzgarse, con carácter general, como insatisfactoria. No debe perderse de vista que cualquier control efectivo de la regularidad de la selección del contratista se basa en la posibilidad de reaccionar con rapidez frente a un hipotético incumplimiento pero, sobre todo, en que se establezcan procedimientos que permitan asegurar al contratista que efectivamente hubiera realizado la mejor oferta que en un tiempo breve el contrato le será efectivamente adjudicado. Que es, a fin de cuentas, aquello a lo que aspira el contratista y, además, lo que mejor satisface los intereses públicos. En ausencia de un procedimiento que asegure la consecución de estos fines el resultado es que, como es habitual en nuestro Derecho, cuando se produce una decisión jurisdiccional de anulación normalmente ya es imposible reproducir la selección del contratista porque el contrato ya se ha ejecutado. Se genera así un doble trastorno. De una parte a los intereses de quien impugnó, que no puede aspirar a convertirse en adjudicatario y que será resarcido con una indemnización sólo si prueba (además de la ilicitud que permita anular el acto) que su oferta era efectivamente la merecedora de obtener el contrato (lo cual es a efectos de prueba, qué duda cabe, más complejo). Y de otra al interés público, que no sólo se verá abocado a haber aceptado una oferta que no era la mejor sino que, además, en estos últimos casos, tendrá que afrontar la exigencia de responsabilidad referida.

Las consecuencias de esta situación son evidentemente nefastas, y en parte explican la poca conflictividad de la fase de adjudicación en nuestro Derecho público de contratos. En el supuesto resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 23 de septiembre de 2002 puede comprobarse la situación a

la que lleva la rígida aplicación de este esquema, que conduce a impedir cualquier suspensión sin entrar siquiera a analizar el *fumis boni iuris* de la pretensión. El pronunciamiento judicial es interesante porque la Sentencia hace frente a la alegación de la parte actora que, yendo más allá de la legislación nacional en materia de contratos, pretendía encontrar en la normativa y jurisprudencia comunitaria una inspiración diferente que, al estar volcada en lograr la efectiva aplicación de los principios comunitarios en la materia, obligaría a un mayor margen de intervención judicial a la hora de desarrollar el control. Y muy especialmente en la fase en que dichas infracciones aún puedan corregirse (así lo señalan las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a las que se refiere la Sentencia, de 11 de agosto de 1995, Comisión contra República Federal de Alemania, C-433/93; y de 18 de junio de 2002, asunto C-92/00). Esta inspiración, qué duda cabe, enhebra todo el Derecho comunitario en materia de contratos públicos. La Directiva 89/665, por ejemplo, obliga a los Estados a establecer cauces procedimentales que permitan la adopción de medidas que corrijan cualquier infracción en este ámbito lo más rápidamente posible.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 23 de septiembre de 2002 es especialmente interesante en la medida en que, por mucho que acabará desestimando el recurso presentado, lo hará tras analizar la posibilidad de que estas alegaciones tengan una base y, para poder determinarlo, acude a la propia doctrina y jurisprudencia comunitarias. De forma que, aunque lo hace con un indudable punto de timidez, acaba por acoger algunas de estas referencias. Y por mucho que entienda que en el caso concreto enjuiciado no se dan algunos de los elementos que la jurisprudencia comunitaria entiende necesarios para poder adentrarse en un estudio más detallado de la solicitud de suspensión, el hecho de que los estudie y admita con ello la existencia de supuestos en los que ésta será posible, sin ser rechazada de plano acogiendo a la argumentación del Tribunal Supremo, ya debe ser destacado. Porque esta vía es la única posible para poder configurar el control judicial de la contratación pública en esta fase como verdaderamente viable.

De la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana analizada se deduce que el enjuiciamiento de la suspensión de un asunto como el relatado no ha de quedar zanjado (y desestimado) por el sencillo procedimiento de apelar, como viene haciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la posibilidad de resarcimiento económico posterior que convierta al posible daño o perjuicio generado por la contratación ilegal en reparable. Por el contrario, la decisión sobre la suspensión sí habrá de entrar a valorar, aunque siempre teniendo en cuenta el interés general implicado y la finalidad de la contratación (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de junio de 2002, asunto C-92-00), la apariencia de

regularidad de la adjudicación en no pocos casos. Al menos, como declara la Sentencia, cuando se haya justificado suficientemente la urgencia y los antecedentes de hecho y de derecho que avalen la posible existencia de una infracción (Autos del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2001, asunto T-339/00R; y de 20 de julio de 2000).

A juicio del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, estos elementos no concurrían en el presente asunto, lo que le lleva a confirmar la decisión previa y, en consecuencia, a no conceder la suspensión. Decisión que, en ausencia de más y más precisos datos, deja un poso de insatisfacción, en la medida en que habría sido preferible, en aras a los intereses públicos antes reflejados, que el Tribunal, antes de decidir, hubiera realizado un somero control de la fundamentación de las alegaciones respecto de la existencia de una infracción. Pues precisamente la ausencia de tal control es la causa de muchos incumplimientos y del relativo fracaso, ya comentado, de nuestro sistema de fiscalización de las actuaciones administrativas en la fase de adjudicación del contrato. No obstante lo cual, que en sede de principio se reconozca la pertinencia de incorporar las directrices comunitarias en este punto y que, aun con las restricciones comentadas, se avance la necesidad de proceder en ocasiones a realizar una valoración más concienzuda de las circunstancias del caso antes de proceder a optar por suspender o no hacerlo, es, creemos, una buena noticia. Esta conciencia de que las Directivas y jurisprudencia comunitarias obligan a operar tales consideraciones (con una amplitud mucho mayor de la que el Tribunal Supremo viene acogiendo hasta la fecha) queda reflejada de forma patente en la Sentencia, que precisamente por ello dedica buena parte de sus reflexiones a exponer en qué casos, de acuerdo con la interpretación que sostiene, el Derecho comunitario exime de esta obligación.

Que los concretos márgenes en los que procede esta integración del Derecho comunitario como parámetro a tener en cuenta para la decisión sobre la pertinencia o no de la suspensión cautelar de una adjudicación de un contrato sean los señalados por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 23 de septiembre de 2002, ya es harina de otro costal. Se trata de una cuestión extremadamente importante y compleja que habría de ser objeto de un amplio estudio. Pero lo que sí queda claro es que parece quedar proscrita definitivamente la interpretación (ciertamente insatisfactoria) del artículo 130.1 de la Ley 29/1998, RJCA, en virtud de la cual cuando una hipotética anulación futura pueda dar lugar a una indemnización por el perjuicio causado (como es el caso en estos supuestos) nunca nos encontraremos con un supuesto de pérdida de la finalidad legítima del recurso y, en consecuencia, la afirmación de que en tales casos no cabrá en modo alguno la suspensión cautelar.