



Expte.: R-21/2017

ACUERDO 53/2017, de 7 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro frente a la convocatoria para la contratación de los servicios de aparejador municipal – arquitecto técnico municipal y asesor municipal del Ayuntamiento de Falces.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 30 de marzo de 2017 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de asistencia de aparejador municipal – arquitecto técnico municipal y asesor municipal del Ayuntamiento de Falces.

SEGUNDO.- El día 10 de abril de 2017, mediante correo electrónico doña P.L.C., representación del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro (COAVN), presenta reclamación en materia de contratación pública señalando que no le ha sido posible la presentación de la misma a través del cauce telemático legalmente establecido debido a una incidencia técnica que no ha podido solucionar a pesar de haberse puesto en contacto con el servicio de soporte. De acuerdo con lo señalado en el correo electrónico, el intento de presentación se ha producido desde el día 7 de abril de 2017.

En su escrito, la reclamante señala que varias de las cláusulas del contrato frente al que reclama infringen el ordenamiento jurídico, y en particular alega que:

El contrato adolece de indeterminación del objeto contractual, que debe, de acuerdo con lo legalmente establecido, ser determinado o determinable y tal por otra parte, estas funciones señaladas de forma genérica deberían estar reservadas a los funcionarios municipales y por lo tanto son ajenas a la intervención de un contratado administrativo que en su opinión suplantaría las potestades urbanísticas que están

reservadas en la actividad municipal a quienes tengan la calidad de funcionarios. Recuerda, en apoyo de su tesis, los Acuerdos 9/2017 de 23 de febrero y 65/2016, de 28 de diciembre, del propio Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

Por otro lado, argumenta las funciones que se pretenden atribuir al aparejador no son de su competencia profesional y trascienden a las atribuciones profesionales de los arquitectos técnicos. A este respecto señala lo dispuesto por la Ley de Atribuciones 12/1986 que regula la de los Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos y la más reciente Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999 así como lo establecido por las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1990, 14 de enero de 1992, 5 de mayo de 1995 y 27 de diciembre de 1995.

En base a todo lo anterior, solicita que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra deje sin efecto la convocatoria frente a la que se reclama.

TERCERO.- El día 25 de abril de 2017 el Ayuntamiento de Falces presenta el expediente del contrato así como escrito de alegaciones en el que señala lo siguiente:

En primer lugar, entiende que la reclamante no ha motivado suficientemente su legitimación. En cuanto al fondo del asunto afirma que el objeto del contrato está suficientemente determinado y que el adjudicatario realizará todos aquellos trabajos para los que los Arquitectos Técnicos están habilitados legalmente, pues el contrato es precisamente para servicios de aparejador. Por otro lado, señala que entender que las funciones previstas deben quedar reservadas para los funcionarios sería una quimera legal por cuanto dichas plazas no podrían ser convocadas por imposibilidad legal y presupuestaria, puesto que con carácter general para el presente ejercicio de 2017 la oferta de empleo público se establece una tasa reposición del 50%, y ni existe ni ha existido tales plazas de funcionarios.

Acerca de las competencias de los aparejadores para el desarrollo de las funciones objeto del contrato la entidad contratante argumenta que en el ámbito de las competencias de las profesiones tituladas la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 22

de diciembre de 2011 (Rec. n° 1022/2009)) ha señalado, de forma reiterada, la prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad, sobre el de exclusividad y monopolio competencia; así como que las orientaciones actuales huyen de consagrar monopolios profesionales en razón exclusiva del título ostentado y mantienen la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos suficiente.

Apunta, a su vez, que el Alto Tribunal ha reiterado en Sentencia de 8 de mayo de 2003 (Rec. n° 4243/2000) que la ciencia del urbanismo es esencialmente interdisciplinar por confluir en ella conocimientos procedentes de las más variadas ramas del saber humano, hasta el punto de que se considera deseable que dicha actividad sea realizada por un conjunto de profesionales arquitectos, ingenieros, juristas, sociólogos, geógrafos, artistas, etc., que, sin orden de preferencia y bajo una única dirección unitaria, colaboren en equipo aportando los conocimientos propios de sus respectivas especialidades y ello pone de manifiesto que la ciencia urbanística, en su estado actual, sobrepasa el ámbito específico de las titulaciones tradicionales hasta el extremo de haber dado lugar a la nueva figura profesional del urbanista.

Añade que, de acuerdo con lo establecido en la Orden ECI/3855/2007, los Planes de Estudios de los Grados que habilitan para el ejercicio de la profesión regulada de Arquitecto Técnico incluyen asignaturas obligatorias en materia de Gestión Urbanística que atribuyen competencias a estos profesionales en el marco de regulación de la gestión y la disciplina urbanística. Además, se incluyen otras muchas materias que, junto a la anterior, atribuyen a estos profesionales un nivel de conocimiento técnico suficiente en el ámbito del urbanismo; encontrándose expresamente habilitados por ley para llevar a cabo funciones (como la dirección de ejecución de una obra de uso residencial, administrativo, sanitario, etc. y la suscripción de Informes de Evaluación de Edificios) relacionadas con la salubridad, estabilidad y seguridad en la edificación y, por tanto, íntimamente vinculadas con la vida humana.

Finalmente, expone que los Tribunales de Justicia, incluido el Tribunal Supremo, han reconocido la competencia de los Arquitectos Técnicos para intervenir en

el ámbito urbanístico, tanto en la elaboración de instrumentos de planeamiento urbanístico, como en la redacción de proyectos de reparcelación, expropiación y en la emisión de informes técnicos para la tramitación de licencias urbanísticas; destacando, en este sentido, que lo anterior ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en Sentencia de 4 de febrero de 2008 (Rec. nº 205/2007).

De acuerdo con todo lo expuesto, el Ayuntamiento de Falces solicita la inadmisión de la reclamación por falta de legitimación y subsidiariamente la desestimación de la misma.

CUARTO.- El día 26 de abril de 2017 se concede trámite de alegaciones a los interesados en el procedimiento. Dentro del plazo legalmente establecido, don J.V.N. y doña A.A.D., presentan escrito en el que resumidamente alegan lo siguiente:

Ambos interesados entienden que la reclamante no ostenta legitimación para la presentación de la reclamación dado que el contenido del pliego no afecta a sus colegiados sino que está dirigido a quienes posean el título de Arquitecto Técnico.

En cuanto al fondo del asunto señalan que la cuestión que subyace en la reclamación es la discusión sobre competencias profesionales de los colectivos de arquitectos y arquitectos técnicos para cuya determinación y resolución, entienden, carece de competencias este Tribunal. No obstante entienden que el objeto del contrato no es impreciso sino que está convenientemente determinado, al tratarse de un contrato de asistencia en el que las tareas quedan claramente explicadas, incluyéndose además la disposición horaria con la que deberá contar el adjudicatario y computándose la dedicación anual que deberá destinar. A este respecto señalan que si los interesados tuvieran alguna duda sobre el contenido del contrato podrían solicitar las aclaraciones que estimasen oportunas, publicándose las correspondientes respuestas en el Portal de Contratación de Navarra y que sin embargo, no consta que nadie haya planteado tales cuestiones. Argumentan, además, que la supuesta indefinición de tareas apuntada de adverso, no ha impedido que la reclamante alegue que tales funciones, que en teoría no sería capaz de identificar, no serían competencia de los Arquitectos Técnicos.

Acerca de la necesidad de reservar las tareas objeto del contrato para los funcionarios, los interesados afirman que las únicas materias que no pueden ser objeto del contrato de asistencia o servicio son las que impliquen el ejercicio de autoridad u otras potestades inherentes a los poderes públicos y que si bien no existe un listado de actividades propias de los poderes públicos, existe un completo desarrollo doctrinal y jurisprudencial que se ha pronunciado al respecto, para lo que recuerdan el contenido de los informes 2/06 y 2/10 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que adjuntan, y en ningún caso las funciones comprendidas dentro del objeto del contrato podrían encajar entre las que han de ser reservadas a los funcionarios. Recuerdan también los interesados que la Unión de Arquitectos de las Administraciones Públicas de España defiende la tesis contraria a la de la reclamante en relación con esta cuestión (adjuntan documento) y entienden que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en los Acuerdos señalados por la reclamante, *“ha efectuado una extralimitación interpretativa interesada para llegar a una conclusión errónea. En las mentadas Resoluciones se realiza una interpretación sesgada de los antedichos artículos 176 LFCP y 301 LCSP, con la finalidad de extender sin límite alguno las potestades inherentes a los poderes públicos. Para ello se invoca normativa tributaria, que nada tiene que ver con este asunto, tratando de emplearla forzosamente a este caso en contra de la normativa que realmente es de aplicación”*. Afirman que *“De seguirse la tesis del Tribunal, nadie podría trabajar para la Administración si no es bajo el régimen de funcionario”* y que la realidad demuestra que en los Ayuntamientos pequeños y medianos no es posible hacerlo porque no precisan una persona dedicada a tiempo completo a las labores del objeto del contrato y tampoco cuentan con la capacidad económica para asumir el coste que ello conllevaría, de lo que entienden aplicable la máxima jurídica *“ad impossibilia nemo tenetur”* según la cual no existe obligación de realizar lo imposible.

En relación con la supuesta falta de competencia de los arquitectos técnicos para llevar a cabo las tareas objeto del contrato, afirman sin lugar a dudas, que tales tareas sí son propias de los arquitectos técnicos, tal como se desprenden del contenido de la Ley 12/1986, de 1 de abril, reguladora de las atribuciones profesionales de los arquitectos

técnicos e ingenieros técnicos (artículos 1 y 2), la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación (artículo 13), y otra documentación que adjuntan, tal como el plan de estudios de la carrera universitaria de Arquitectura Técnica (RD 927/1992, de 17 de julio), la Orden ECI/3855/2007 y varias Sentencias del Tribunal Supremo así como, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 4 de febrero de 2008 (Rec. núm. 250/2007), que afirma que los Arquitectos Técnicos están facultados para intervenir en el ámbito urbanístico. En definitiva, entienden que la pretensión de la reclamante por la cual el campo del urbanismo quedaría reservado para los arquitectos, es contraria a la libre competencia porque entienden, de acuerdo con todo lo expuesto anteriormente, que *“que lo verdaderamente determinante en lo que concierne a la competencia de los técnicos a efectos de su intervención en la actividad analizada (asistencia en materia urbanística) es la capacitación técnica profesional, es decir, el conocimiento o la pericia, que evidentemente poseen los Arquitectos Técnicos en esta materia”*

En consecuencia, solicitan al Tribunal que inadmita la reclamación por falta de legitimación de la reclamante y subsidiariamente que desestime la reclamación en base a los argumentos expuestos.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La reclamación se presenta contra un acto adoptado en el seno de un procedimiento de adjudicación por parte de un poder adjudicador de los contemplados en el artículo 2 LFCP.

La reclamación ha fundamentada en los motivos legalmente tasados, en particular en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 210.3.c) LFCP.

SEGUNDO.- La primera cuestión a abordar en orden a la resolución de la reclamación interpuesta es la casusa de inadmisión de la misma por ausencia de legitimación activa, alegada tanto por la entidad contratante como por las terceras

interesadas que han comparecido en el procedimiento, que entienden que el objeto del contrato no afecta a los colegiados a quienes representa la reclamante – arquitectos - sino que está dirigido a quienes posean el título de arquitecto técnico.

La legitimación activa como facultad de promover un proceso es definida por la Sentencia Tribunal Supremo de 20 mayo de 2005 en los siguientes términos: *"La legitimación es una figura jurídica de derecho material y formal cuyos límites ofrecen hoy, merced a la labor de la doctrina tanto científica como jurisprudencial, la suficiente claridad para no dar lugar en términos generales a dudas, ya que se trata de un "instituto" que tanto en sus manifestaciones de derecho sustantivo ("legitimatío ad causam") como adjetivo ("legitimatío ad processum") constituyen una especie de concepto puente en cuanto sirve de enlace entre las dos facultades o calidades subjetivamente abstractas que son la capacidad jurídica y la de obrar (capacidad para ser parte y para comparecer en juicio en el derecho adjetivo) y la claramente real y efectiva de "disposición" o ejercicio, constituyendo, a diferencia de las primeras que son cualidades estrictamente personales, una situación o posición del sujeto respecto del acto o de la relación jurídica a realizar o desarrollar, lo que da lugar a que mientras que en el supuesto de las capacidades o de su falta se hable de personalidad o de ausencia de la misma, en el segundo se haga referencia a la acción o a su falta".*

El artículo 210.1 LFCP, reconoce legitimación activa para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública, a *"las empresas, profesionales e interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público"*.

La legitimación para interponer la reclamación en materia de contratación va más allá del interés directo, bastando con que se funde en la existencia de un derecho o interés legítimo, entendido éste como cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3; y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4), de manera que para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo, FJ 4).

Tal y como ha declarado este Tribunal , entre otros, en su Acuerdo 35/2016, de 5 de julio, *“esta legitimación activa se extiende, conforme a reiterada jurisprudencia, a aquellas entidades representativas de los intereses de las personas que las conforman como asociados o miembros, de manera que no es necesario que la entidad tenga interés directo en participar en la licitación para considerarla legitimada, siendo suficiente que reclame en defensa de los intereses de sus miembros o asociados que sí puedan estar interesados”*.

Por su parte, la Sentencia de 5 septiembre 2011 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) señala lo siguiente: *“(...) la legitimación sostenida por el Colegio recurrente se ve claramente apoyada por esta declaración de esa STC 45/2004, de 23 de marzo de 2004. (...) De los preceptos transcritos se deriva que, entre de las funciones propias de los colegios profesionales, se encuentran la representación y defensa de la profesión, función diferenciada de la defensa de los intereses profesionales de los colegiados. Y así, a la defensa de los intereses de los profesionales colegiados, pueden concurrir tanto los colegios profesionales, como los propios colegiados, cuando resulten individualmente afectados, y otras personas jurídicas, tales como sindicatos y asociaciones profesionales; por el contrario, cuando se trata de la representación y defensa de la profesión misma, esto es, del interés general o colectivo de la profesión, esa función representativa y de defensa, ante los poderes públicos, se ejerce por los colegios profesionales, bajo la nota de exclusividad o monopolio (art. 1.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales). Desde esta perspectiva, la defensa del ámbito competencial de la profesión, constituye una manifestación genuina de la defensa de los intereses profesionales. Cuando la Sentencia impugnada construye la noción de profesión, a los efectos de su representación y defensa ante los poderes públicos por los colegios profesionales, ciñéndola a su dimensión privada o de libre ejercicio, está introduciendo una restricción no justificada desde la perspectiva constitucional. Y, por ello, la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, fundada en la falta de legitimación activa del colegio profesional demandante, se revela desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva”*.



Al hilo de lo anterior, al Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2012, argumenta que *“las funciones públicas relacionadas con la ordenación de la correspondiente profesión, en unión de funciones generales de gestión y defensa de los intereses inherentes al ejercicio profesional y al estatuto de los profesionales, que tienen encomendadas por ley este tipo de corporaciones, no es suficiente para reconocerles legitimación para recurrir contra cualquier acto administrativo o disposición general que pueda tener efectos en los sectores sobre los que se proyecta el ejercicio profesional de quienes integran la corporación, ni sobre los derechos e intereses de aquellas personas en beneficio de las cuales están llamados a ejercitar sus funciones profesionales, si no se aprecia una conexión específica entre el acto o disposición impugnado y la actuación o el estatuto de la profesión. Sostener la existencia a favor de los colegios profesionales de legitimación para impugnar cualquier acto administrativo o disposición general por la relación existente entre el ámbito de la actuación de la profesión o los derechos o intereses de los beneficiarios de la actuación profesional y el sector político, social, económico o educativo sobre el que produce efectos aquel acto o disposición general, equivaldría a reconocerles acción para impugnar los actos administrativos o disposiciones dictados en sectores muy amplios del ordenamiento y, por ende, a reconocerles facultades de impugnación con una amplitud sólo reservada a la acción popular.”*

El mismo Tribunal, en Sentencia de 30 de abril de 2012 expone que *“En cuanto a la legitimación y dejando al margen la cuestión de la posible incongruencia omisiva de la sentencia, ya que no ha sido planteada por la Junta de Andalucía, debemos rechazar que infringiera los preceptos invocados por su primer motivo. Defender los intereses de sus miembros es una función propia de los colegios profesionales, intereses que se ven afectados si no se les admite para desempeñar puestos de trabajo de la Administración que, por su contenido, se corresponden con la formación que supone su titulación. Por eso, fue admitido el recurso al igual que se admiten otros semejantes. En este sentido nuestras recientes sentencias de 22 de diciembre (casación 1022/2009), 12 de diciembre (casación 4945/2008), 21 de noviembre (casación 3387/2009), 27 de octubre (casación 6503/2008) y 26 de septiembre (casación 3025/2008), todas de 2011.”*

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2013 se razona que *"En cuanto a la falta de legitimación que ha sido planteada por buena parte de los codemandados, hay que insistir en lo dicho por esta Sala en sentencias anteriores en las que se ha concluido que existe interés suficiente para justificar la legitimación del CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE INGENIEROS INDUSTRIALES para interponer y mantener el presente recurso.*

*Nos referiremos a lo que hemos dicho en la sentencia correspondiente al recurso 598/2009, que, a su vez, se remite y reproduce lo dicho en las sentencias correspondientes a los recursos 150/2008 ; 308/2010 ó 18/2011 : Procede rechazar excepciones relativas a una pretendida falta de legitimación, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio , y en el artículo 19.1 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el Consejo General recurrente tiene interés legítimo para recurrir una norma reglamentaria, (en este supuesto un Acuerdo del Consejo de Ministros) por la que se establece el carácter oficial y la inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos de un título de grado -Ingeniería de la Edificación-, referente a la rama de conocimiento de "Ingeniería y Arquitectura", lo que sin duda alguna, afecta a los intereses profesionales y económicos de los colegiados para cuya defensa y promoción está habilitado legalmente.*

*A estos efectos, cabe recordar que la legitimación, que constituye un presupuesto inexcusable del proceso, según se desprende de la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS de 14 de octubre de 2003 ( R56/2000), de 7 de noviembre de 2005 ( R 64/2003 ) y de 13 de diciembre de 2005 ( R 120/2004 ), así como de la jurisprudencia constitucional ( STC 65/94 EDJ1994/1762), implica, en el proceso contencioso administrativo, la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto ( SSTC 105/1995, de 3 de julio , F. 2 ; 122/1998, de 15 de junio, F. 4 y 1/2000, de 17 de enero , F. 4).*

*En la sentencia de esta Sala de 13 de noviembre de 2007 (RC 8719/2004 ) y después en la de 7 de mayo de 2010 (Recurso Ordinario 181/2007), dijimos: «El*

*concepto de interés legítimo, base de la legitimación procesal a que alude el artículo 19 de la Ley jurisdiccional contencioso-administrativa, que debe interpretarse a la luz del principio pro actione que tutela el artículo 24 de la Constitución ( STC 45/2004, de 23 de marzo ), equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta.*

*Sabido es que este Tribunal Supremo reiteradamente ha declarado, según se refiere en las sentencias de 7 de abril de 2005 (RC 5572/2002) con cita de las sentencias de 29 de octubre de 1986, 18 de junio de 1997 y de 22 de noviembre de 2001 (RC 2134/1999), « que el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación «ad processum» y la legitimación «ad causam». Consiste la primera en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, lo que « es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos».*

*Pero distinta de la anterior es la legitimación «ad causam» que, de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor o, como dice la sentencia antes citada, consiste en la legitimación propiamente dicha e «implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito »; añadiendo la doctrina científica que «esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el Derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal». Y es, precisamente, el Tribunal Constitucional quien en el Fundamento Jurídico 5º de su sentencia de 11 de noviembre de 1991, ha dicho que «la legitimación (se refiere a la legitimación ad causam), en puridad, no constituye excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso». Antes bien, es un requisito de la fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, pertenece al fondo del asunto».*

*Por ello, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia 45/2004, de 23 de marzo , estimamos que resulta improcedente restringir el*

*derecho de acceso a la jurisdicción del Consejo General recurrente, dada su condición de persona jurídica pública, para entablar una acción de control de la potestad reglamentaria (en este caso un Acuerdo del Consejo de Ministros) en un ámbito regulatorio que afecta a los intereses de carácter corporativo cuya defensa ostenta, y sin que podamos ignorar, y por ende, desconocer la genuina función que corresponde a estos profesionales, que se cobijan en el seno de su Corporación, a la que corresponde defender el prestigio de la profesión y los derechos de sus colegiados".*

*En el fundamento de derecho tercero de la sentencia de 9 de marzo de 2010 también se desestimó la alegación de falta de legitimación de la Corporación demandante, que era la misma que la del litigio presente, con el siguiente razonamiento: "Esta excepción procesal debe ser desestimada, pues la Corporación recurrente está legitimada conforme a una recta interpretación del citado artículo 19.1 de la Ley Jurisdiccional y de sus Estatutos sociales para demandar en sede jurisdiccional la nulidad de una Disposición que directamente afecte a los intereses profesionales de sus miembros que tienen individualmente y colectivamente encomendados, por su singular cualificación profesional que les otorga la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las Atribuciones Profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos unas competencias específicas que se determinan en el artículo 2 de la mencionada Ley .*

*De ahí, no podemos ignorar, y por ende, desconocer la genuina función que corresponde a estos profesionales, que se cobijan en el seno de su Corporación a quien le corresponde defender el prestigio de la profesión y los derechos de sus colegiados."*

Así las cosas, frente a la legitimatio ad processum existe la legitimación "ad causam" que, de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor; consiste en la legitimación propiamente dicha e implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito; añadiendo la doctrina científica, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 29 de septiembre de 2004, que *"esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más*

*ligado con el Derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente Procesal". Con la misma sentencia la legitimación se encuentra en conexión con la relación jurídico material debatida, estando vinculada al fondo del asunto, siendo, es más, una cuestión de fondo, al estar vinculada a la titularidad del derecho material inscrito en dicha relación. Por lo mismo, el interés legitimador ha de ser personal, y el beneficio que ha de reportar la anulación del acto ha de ser en favor de la persona que concretamente actúa como demandante, debiendo existir una relación inmediata o mediata del acto administrativo contra el que se recurre, en la esfera de quien insta una respuesta jurisdiccional, exigiendo, por ello, que tal repercusión no sea ajena, derivada o indirecta sino que sea consecuencia o secuela del acto (sentencia del Tribunal Supremo de 4 febrero 1985)".*

Aplicando la doctrina al supuesto que nos ocupa, el Colegio Oficial Vasco Navarro interpone la reclamación en defensa del interés colectivo que representa; resultando que los profesionales que ostentan la titulación de arquitecto tienen en abstracto un evidente interés profesional en la estimación de la reclamación, a la vez que obtendrían un beneficio o utilidad debido a que la pretensión ejercitada se articula en atención a la modalidad de contrato pretendida por la entidad contratante por entender que la misma debe ser objeto de una convocatoria de selección de personal en la que podrían participar quienes ostenten la titulación profesional de arquitecto en la medida en que— a la vista de las concretas funciones descritas en el PCAP - reunirían también las condiciones necesarias y suficientes para desempeñar el puesto de arquitecto técnico, y asesoramiento de la entidad local contratante afectando, en consecuencia, a las expectativas profesionales de los arquitectos, que inciden en la esfera tutelada competencialmente por el Colegio recurrente, pues los colegios con carácter general tienen encomendada la tutela de sus intereses y la defensa de la profesión. Del mismo modo, cabe apreciar dicho interés en la estimación de la reclamación, en lo que relativo a la suficiencia de la titulación profesional exigida para la prestación de los servicios objeto del contrato por entender que las funciones a desarrollar en el marco del asesoramiento objeto de licitación no pueden ser desempeñadas por un arquitecto técnico estando, sensu contrario, reservadas a quienes

ostenten la titulación de arquitectura; profesionales éstos últimos a quienes dicho colegio representa.

Así pues, y en la medida en que el colegio actúa en defensa del interés profesional de los colegiados en el desarrollo y ejercicio de las funciones de asesoramiento objeto de contratación, debe reconocérsele legitimación para la interposición de la reclamación con tal finalidad formulada; debiendo rechazarse la causa de inadmisión en tal sentido alegada. Cuestión distinta será la estimación o no de los concretos motivos en tal sentido alegados por la reclamante; extremo éste que en relación a la suficiencia de la titulación profesional exigida, en contra de lo sostenido por los terceros interesados que han comparecido en el presente procedimiento, sí que entra dentro de las competencias de este Tribunal en la medida en que afecta a la aptitud y capacidad para ser licitador, constituyendo uno de los requisitos de solvencia técnica o profesional previstos en el PCAP regulador del contrato.

TERCERO.- Solventada la excepción procesal alegada en relación con la legitimación activa de la entidad contratante, este Tribunal debe analizar la cuestión relativa al cauce utilizado para la interposición de la reclamación – a través de correo electrónico - y ello en la medida en que si bien no ha sido alegada por ninguna de las partes lo cierto es que, a priori, pudiera concurrir una posible causa de inadmisión por tal motivo; extremo éste que puede y debe ser, en su caso, apreciado de oficio, resultando éste el momento procedimental oportuno al efecto en la medida en que mediante Ley Foral 14/2014, de 18 de junio, se modificó la regulación del procedimiento de reclamación en materia de contratación pública contenida en la LFCP suprimiendo, precisamente, el trámite de admisión previa antes previsto.

En este sentido, conviene advertir que la apreciación de las circunstancias de admisibilidad de los recursos afecta al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE y, en consecuencia, la interpretación de las causas que en relación con los mismos establezcan las normas que en cada caso los regulen, son de interpretación estricta, resultando, además, que el principio “ pro actione ” exige restringir al máximo las causas de inadmisibilidad de los recursos, si bien debe ser

entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican. Así lo viene declarando de forma reiterada el Tribunal Constitucional – por todas, Sentencia de 11 de abril de 2013 -, pone de relieve que *“Tal como ha reiterado este Tribunal, el derecho de acceso a la jurisdicción, como garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), si bien no exige necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de un procedimiento entre todas las que resulten posibles, sí impone que los óbices procesales se interpreten de manera proporcionada ponderando adecuadamente los fines que preserva ese óbice y los intereses que se sacrifican”*.

En este sentido, dentro del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva el Tribunal Constitucional distingue entre el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho de acceso al recurso; doctrina que recoge la Sentencia de 24 de abril de 2017, que reproduce el razonamiento contenido en la Sentencia del mismo Tribunal de 19 de septiembre de 2016: *“TERCERO.- A este respecto no podemos sino recordar la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal, que inauguró una línea constante y ya consolidada en nuestra jurisprudencia en materia de acceso al recurso. La STC 37/1995, de 7 de febrero, recoge esa posición reiterada y estable en la actualidad, que diferencia la tutela constitucional de distintas vertientes o derechos comprendidos en el genérico derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), señaladamente la correspondiente al acceso a la jurisdicción y al derecho de acceso a los recursos. Destacábamos entonces el acceso a la justicia como elemento esencial del contenido de la tutela judicial, consistente en provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión de un Juez, y que en dicho acceso, o entrada, funciona con toda su intensidad el principio "pro actione" que, sin embargo, ha de ser matizado cuando se trata de los siguientes grados procesales que, eventualmente, puedan configurarse, puesto que el derecho a poder dirigirse a un Juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia Ley suprema, mientras que, una vez recaída la primera respuesta judicial,*

*que es el núcleo de la tutela, el derecho a seguir manteniendo viva la controversia se defiere a las leyes. Son, por tanto, cualitativa y cuantitativamente distintos, concluíamos, el acceso a la jurisdicción y el derecho a los recursos.*

*De ahí se deduce una conclusión principal, que reproducimos en los términos literales de aquel pronunciamiento (FJ 5): "El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985 37/1988 y 106/1988). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983)". Como consecuencia de la anterior configuración, añadíamos más tarde: "el principio hermenéutico "pro actione" no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión cuya es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos. Es distinto el enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción o aquellas otras que limitan la admisibilidad de un recurso extraordinario contra una Sentencia anterior dictada en un proceso celebrado con todas las garantías (SSTC 3/1983 y 294/1994)".*

*A partir de ese parámetro de constitucionalidad, conforme hemos sentido también con reiteración, cuando diversos resultados interpretativos sean posibles sobre los requisitos procesales para el acceso a un recurso, cualquiera que fuere su grado de exactitud relativa respecto de la voluntad objetivada de la ley o la subjetiva del legislador, la balanza constitucional no puede inclinarse en ningún sentido para optar entre dos soluciones igualmente razonables sin interferir en el núcleo de la potestad de juzgar cuya independencia de criterio predica la Constitución, ya que el amparo no está configurado como una última instancia ni tiene una función casacional, operantes una y otra en el ámbito de la legalidad (por todas, de nuevo, STC 37/1995, FJ 6).*



*La reciente STC 149/2015, de 6 de julio, FJ 3, insiste en el contenido del canon de constitucionalidad en la materia: "la interpretación de los requisitos procesales y supuestos en que, conforme a la ley, proceden los recursos corresponde a los Tribunales ordinarios, no debiendo este Tribunal Constitucional revisar sus decisiones en la vía de amparo más que cuando se haya producido una denegación de la admisión a trámite del mismo arbitraria, irrazonable, "intuitu personae", o incurriendo en error patente (SSTC 128/1998, de 16 de junio, FJ 4;65/2002, de 11 de marzo, FJ 3, o 167/2003, de 29 de septiembre, entre otras). No se trata, por tanto, de interpretar las normas procesales en juego, sino de ver si la interpretación dada en el caso es compatible con el derecho fundamental".*

*En suma, con excepción del derecho a la revisión en materia penal en los concretos y matizados términos que ha precisado nuestra doctrina, el derecho a los recursos tiene su fuente en la configuración legal, sin que exista un imperativo o mandato constitucional de una segunda instancia; tampoco -y es éste un dato relevante- cuando en el objeto del litigio tenga protagonismo central la posible vulneración de derechos fundamentales.*

*Así, en definitiva, que una resolución judicial niegue la admisión de un recurso no la hace sólo por ello constitucionalmente sospechosa, más aún si tenemos en cuenta que, en atención a lo ya expuesto, ni siquiera una interpretación de los requisitos de acceso a un recurso caracterizada por su severidad o rigor es, en principio, contraria a la Constitución (STC 71/2002, de 8 de abril, FJ 6, por todas), siempre que constituya una de las posibles lecturas de la norma y que, se comparta o no, no resulte arbitraria, manifiestamente irrazonable ni incurra en error patente, no pudiendo este Tribunal Constitucional inclinarse por otra también admisible en Derecho, ni siquiera -decíamos en la Sentencia recién citada- si respondiese más plenamente a los valores incorporados al art. 24.1 CE, pues con ello rebasaríamos los límites trazados a nuestra jurisdicción".*

Efectivamente, los supuestos de inadmisibilidad de la reclamación en materia de contratación pública impiden la tramitación del procedimiento y su resolución con pronunciamiento sobre las pretensiones formuladas, inciden en el ámbito de la vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva correspondiente derecho de acceso a la

jurisdicción, donde el principio pro actione despliega toda su eficacia; si bien no podrá apreciarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que concurra alguna de las causas legales de inadmisión previstas, por cuanto el derecho a obtener una resolución fundada y adecuada al ordenamiento jurídico puede ser de satisfecho mediante un pronunciamiento de inadmisión, aún cuando tal resolución no entre al fondo del asunto, si concurre causa legal para ello. Así lo ha declarado de manera reiterada el Tribunal Constitucional, por todas Sentencia de 26 de noviembre de 2012, cuyo fundamento de derecho segundo dice: *“SEGUNDO.- Este Tribunal ha reiterado que es un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE EDL 1978/3879 ) obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones, derecho que también se satisface con una decisión de inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada cuando dicha decisión se funde en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente. A este respecto, también se ha resaltado que el control constitucional de las decisiones de inadmisión ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos del principio pro actione, que es de obligada observancia por los Jueces y Tribunales y que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida. Así, se ha destacado que puede verse conculcado este derecho por aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que la causa legal aplicada preserva y los intereses que se sacrifican (por todas, STC 22/2011, de 14 de febrero, FJ 3 EDJ 2011/28722). Más en concreto, nuestra jurisprudencia ha destacado en relación con la aplicación de los plazos de prescripción y de caducidad que en lo relativo a la interpretación de la actuación procesal de las partes con relevancia para el adecuado cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de una acción, que los órganos jurisdiccionales ordinarios han de llevar a cabo una ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear, procurando siempre que sea posible la subsanación del defecto, favoreciendo la conservación de la eficacia de los*

*actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial (por todas, STC 194/2009, de 28 de septiembre, FJ 1 EDJ 2009/216692), ello sin perjuicio, claro está, de la indudable importancia de las instituciones de la prescripción y de la caducidad para la seguridad jurídica”.*

Sobre el carácter restrictivo con el que deben ser aplicadas las causas de inadmisibilidad de los recursos en aplicación del principio "pro actione" resulta clarificadora la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2003, que razona que *"Hecha la precisión anterior, y antes de entrar al análisis de la cuestión que en el presente recurso de amparo se plantea, se hace necesario recordar una vez más, siquiera brevemente, nuestra doctrina acerca del control de las resoluciones judiciales impeditivas del acceso a la jurisdicción y, por tanto, de la obtención de una primera respuesta judicial sobre el fondo de los derechos e intereses sometidos a tutela, a partir de consideraciones excesivamente rigurosas de la normativa aplicable (STC 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 3). En este sentido, como hemos señalado en reiteradas ocasiones, el derecho a la tutela judicial efectiva consagra el derecho fundamental a que un Tribunal resuelva en el fondo las controversias de derechos e intereses legítimos planteadas ante él, salvo que lo impida una causa de inadmisión fundada en un precepto expreso de una Ley que, a su vez, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 61/2000, de 13 de marzo FJ 2; y 172/2002, de 30 de septiembre, FJ 3). De esta manera, configura el "núcleo" de este derecho fundamental "el derecho de acceso a la jurisdicción", en el cual, el principio pro actione despliega su máxima eficacia, exigiendo "que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad" (por todas, STC 24/2003, de 10 de febrero,).*

*Cierto es que el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva al ser un derecho prestacional de configuración legal, está supeditado a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal, por lo que también se satisface aquel derecho cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión, apreciando la concurrencia*

*de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley (SSTC 48/1998, de 2 de marzo, FJ 3; 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 60/2002, de 11 de marzo, FJ; 77/2002, de 8 de abril, FJ 3; y 143/2002, de 17 de junio, FJ 2). Pero igual de cierto es que las decisiones judiciales de cierre del proceso son constitucionalmente asumibles sólo cuando respondan a una interpretación de las normas legales que sea conforme con la Constitución y tengan el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental (SSTC 39/1999, de 22 de marzo, FJ 3; 259/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 3/2001, de 15 de enero, FJ 5; 78/2002, de 8 de abril, FJ 2; y 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3)...*

*En suma, la resolución judicial que nos ocupa en el presente proceso constitucional sólo será conforme con el art. 24.1 CE cuando no elimine u obstaculice injustificadamente el derecho de todo recurrente a que un órgano judicial conozca y resuelva sobre la pretensión de fondo ante él formulada (por todas, STC 30/2003, de 13 de febrero, FJ 3)."*

Así pues, en aplicación del reiterado principio pro actione, al analizar la posible inadmisión de un recurso, tal y como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2006, de 24 de abril, primero habrá que dilucidar si la causa de que trate está prevista legalmente; y sólo de resultar procedente, en abstracto, dicha decisión por contar con cobertura legal, deberá analizarse su proporcionalidad en atención a las circunstancias en cada caso concurrentes.

Expuesta la anterior doctrina jurisprudencial, descendiendo al caso concreto que nos ocupa, el artículo 212.1 LFCP determina que *“La reclamación se presentará telemáticamente en el Portal de Contratación de Navarra, ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, conforme a las prescripciones que se determinen reglamentariamente, dentro de los plazos señalados en el artículo 210.2 de esta ley foral, señalando una dirección de correo electrónico para la práctica de notificaciones”*. Añadiendo el artículo 213 en su apartado tercero que *“Serán causas de inadmisión de la reclamación: (...) f) La presentación fuera del cauce telemático establecido en esta ley foral o en su normativa de desarrollo”*.

Así las cosas, la inadmisión de la reclamación en materia de contratación pública por presentarse a través de un medio distinto al cauce telemático goza de cobertura legal, imponiéndose, en consecuencia, analizar, caso por caso, si la decisión de inadmitir la misma por tal causa resulta proporcional en atención a las concretas circunstancias concurrentes. Análisis que debe realizarse desde la perspectiva de la doctrina citada, claramente expresiva del alcance del principio *pro actione*, recordando que lo que en realidad implica este principio es la interdicción no sólo de las decisiones de inadmisión fundadas en una interpretación de la legalidad arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en error patente, sino también de aquellas que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican; debiéndose ponderar, en este sentido, el derecho del interesado en el procedimiento a interponer la reclamación, y obtener una resolución sobre el fondo, con la finalidad de la obligación de la presentación telemática de la misma que no otra que la eficaz actuación administrativa por medios electrónicos en orden a posibilitar un procedimiento más ágil, transparente y con menor carga burocrática que traslada al interesado la carga de acceder a la sede electrónica.

Este Tribunal en distintos Acuerdos – por todos, Acuerdo 43/2016, de 29 de julio - ha resuelto la inadmisión de reclamaciones interpuestas fuera del cauce telemático, razonando que *“De acuerdo con lo señalado en el artículo 212.1 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), el único medio válido para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra es el cauce electrónico establecido en el Portal de Contratación de Navarra. En el citado artículo se fija un cauce especial regulado con carácter preceptivo para la tramitación de las reclamaciones, sin que en ningún caso puedan considerarse como una vía alternativa los registros administrativos que sirven de cauce de entrada de documentación para la tramitación en otros procedimientos de impugnación ordinarios. En coherencia con ello, la LFCP establece como causa de inadmisión de la reclamación (artículo 213.3.f) la presentación de la misma fuera del cauce telemático establecido en esta Ley Foral.*

*Conforme a lo señalado en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) la regla de la posibilidad de subsanación es la que debe presidir todo procedimiento. No obstante es más cierto que ante un procedimiento especial y una regulación también especial no resulta de aplicación el precepto citado de la LRJAP-PAC. Todo ello presidido por la especial celeridad perseguida.*

*La pretensión de la LFCP es diseñar un procedimiento ágil de recurso frente a las decisiones de los poderes adjudicadores. Para ello el legislador navarro ha optado por emplear como instrumento la tramitación enteramente telemática del procedimiento a través del Portal de Contratación de Navarra, no como un derecho, sino como una obligación de los intervinientes en el mismo. Por ello, no cabe admitir opciones sobre la forma de presentación, salvo cuando se acredite que ha existido un error técnico y, consecuentemente, la presentación por otro medio que no sea el cauce electrónico del Portal de Contratación de Navarra, debe conllevar ineludiblemente la inadmisión, sin posibilidad alguna de subsanación.*

*Los restantes tribunales administrativos de recursos en materia de contratación pública, han mantenido una posición unánime al respecto. Sin carácter exhaustivo así lo confirman la Resolución 232/2012, de 24 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que inadmite por extemporáneo un recurso que se presentó en otro registro y entró extemporáneamente en el registro del Tribunal; la Resolución 105/2013, de 7 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía; las Resoluciones 23/2012, de 8 de noviembre, y 26/2012 de 5 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León y el Acuerdo 15/2012, de 27 abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.*

*De la documentación que obra en el expediente se desprende que el requisito de presentación telemática de la reclamación por el cauce del Portal de Contratación de Navarra, no se ha cumplido, por lo que concurre motivo de inadmisión de la misma”.*

Como puede observarse en el acuerdo transcrito, este Tribunal al interpretar la causa de inadmisión que ahora nos ocupa debe verificar la posible existencia de un error

técnico que imposibilite la utilización del cauce telemático, de manera que si se acredita la concurrencia de tales circunstancias procederá, no obstante el cauce de interposición utilizado, su admisión; extremo que determina que dicha causa de inadmisión no sea aplicable de manera automática, sino que precisa un análisis de cada caso concreto. Añadiremos ahora que más que de error técnico deberá analizarse la imposibilidad técnica de la presentación telemática de la reclamación; término éste – imposibilidad técnica – más amplio, donde pueden tener cabida no sólo las incidencias de la propia plataforma sino las que pudieran ser imputables a un tercero.

En este sentido, el cumplimiento de la obligación o carga de la presentación telemática de la reclamación requiere la utilización de los sistemas y medios configurados y puestos a disposición del usuario con dicho fin por la Administración, con lo cual el funcionamiento de la plataforma web del Portal de Contratación de Navarra no es ajeno al cumplimiento oportuno de la mencionada obligación. Dicho en otros términos, resulta evidente que la presentación por otro cauce distinto al telemático sin haber intentado su interposición en forma determinará su inadmisión, pero no lo es tanto en aquellos supuestos en que queda acreditada la voluntad de su interposición telemática mediante la realización de reiterados intentos, en cuyo caso habrá de dilucidarse si dicha imposibilidad es imputable exclusivamente al reclamante o ha podido tener alguna incidencia el funcionamiento, aún correcto, del propio sistema electrónico habilitado al efecto; máxime cuando la regulación del procedimiento de presentación telemática de la reclamación no contiene alternativa ni previsión alguna de trámite de subsanación. Extremo éste que, dicho sea de paso, podría conculcar lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que tras enumerar en su artículo 14.2 los sujetos que, todo caso y para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo están obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas, determina en su artículo 68.4 que *“Si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación”*; precepto aplicable

en los procedimientos de reclamación en materia de contratación pública, tal y como pone de manifiesto la Resolución 128/2016, de 18 de noviembre de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que en un supuesto de interposición presencial del recurso sustancia trámite de subsanación comunicando al recurrente que el art 14.2 de la Ley 39/2015 dispone que las personas jurídicas deben relacionarse electrónicamente con las Administraciones, e indicando la dirección donde presentarlo telemáticamente, y razona que “*ÚNICO: El artículo 14.2 a) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC), establece la obligatoriedad de que las personas jurídicas se relacionen con la Administración con medios electrónicos. Por su parte, el artículo 68.4 de la misma Ley expresa que «si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica.» Finalmente, el artículo 44.5 del TRLCSP establece que «para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo tres días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición». Como se señala en los antecedentes de hecho, el plazo ha transcurrido sin que se haya producido la subsanación requerida, por lo que procede dar al recurrente por desistido, aceptar de plano dicho desistimiento y declarar concluso el procedimiento, ya que no consta perjuicio alguno para terceros interesados ni se aprecia la concurrencia de razones de interés general que hagan conveniente su sustanciación (artículos 84.1 y 94 de la LPAC)”.*

En el caso concreto que nos ocupa, la reclamante presenta la reclamación el día 10 de abril de 2017 a través de la dirección de correo electrónico de este Tribunal, indicando que “*Buenos días: Llevo desde el viernes día 7 de abril intentado enviar por el soporte la reclamación que adjunto. Cuando le doy a terminar me sale en medio de la pantalla una rueda dando vueltas y no lo envía. He hablado con el soporte y las indicaciones que me han dado no han tenido éxito. Es por ello y teniendo en cuenta que me fina hoy, que lo tengo que presentar por esta vía*”.



Ante tal circunstancia, por parte de la Secretaría del Tribunal se solicitó informe del Servicio de Sistemas de Información Corporativos del Gobierno de Navarra, en orden a verificar la posible existencia de un error técnico que impidiera la interposición telemática de la reclamación; informe que la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, permaneció operativa el día 7/4/2017 desde las 9:55 horas, momento en el que la reclamante inició la presentación telemática de su reclamación, hasta las 17:44 horas del día 8 de abril en que la reclamante realizó el último intento de presentación a través de la aplicación web, periodo en el que no se muestran errores o excepciones que indiquen problemas de infraestructura ni en los servidores WEB ni de Base de datos, en los que se encuentra desplegada dicha aplicación web. Añade el citado informe que *“Que la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, cuya dirección es <https://hacienda.navarra.es/reclamaciones/mtoreclamaciones.aspx>, utiliza un sistema de control de acceso y representación gestionado por Gobierno de Navarra cuya auditoría ha sido revisada y se ha detectado que el usuario (reclamante) permaneció activo y de forma reiterada en la aplicación desde las 9:55 horas del día 7/4/2017 hasta las 17:44 horas del día 8/5/2017, detectándose un total de 6.340 interacciones con el sistema de control de acceso y representación”*.

Así pues, y conforme al citado informe, cabe concluir que la aplicación web para la presentación de reclamaciones ante este Tribunal no registró incidencia o error alguno, de donde pudiera deducirse, a priori, que la imposibilidad de interponerla por dicho cauce es imputable a la reclamante; cuestión que, sin embargo, por revestir especial de relevancia en orden a una eventual inadmisión de la reclamación debe ser analizada y valorada con suma prudencia.

Pues bien, el propio informe continúa manifestando que *“el problema para realizar la presentación de la reclamación por parte la usuaria P.L.C. entre el 7/4/2017 y 8/5/2017 - sic 8/4/2017 – a través de la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, cuya dirección es <https://hacienda.navarra.es/reclamaciones/mtoreclamaciones.aspx> encajaría en un problema técnico de configuración de la máquina del usuario (navegador de Internet,*

*Java, vista de compatibilidad...), ya que dependiendo de los navegadores de Internet utilizados por los usuarios y de sus versiones, en determinados casos es necesario realizar diferentes acciones por parte del usuario sobre su navegador de Internet para que el canal de envío seguro, utilizado por la aplicación web de Presentación de reclamaciones funcione correctamente. En resumen, los sistemas que soportan la aplicación web del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de Reclamaciones han funcionado correctamente en el periodo comprendido entre las 9:55 horas del día 7/4/2017 y las 17:44 horas del día 8/4/2017, habiendo de tenerse en cuenta, en todo caso, que los sistemas telemáticos se ofrecen utilizando diversos componentes tecnológicos y en ocasiones, en función de los navegadores que esté utilizando el usuario y de sus versiones, puede requerir realizar determinadas configuraciones que pueden implicar cierta complejidad y, al respecto, se ha comprobado que el usuario (reclamante) estuvo intentando realizar el trámite administrativo de forma ininterrumpida, durante el periodo de tiempo citado”.*

Es decir, el informe técnico acredita dos circunstancias de especial relevancia a la hora de decidir si la inadmisión de la reclamación por tal causa resulta proporcionada, a saber, que la reclamante estuvo intentando interponer la reclamación por dicho cauce de manera ininterrumpida durante el citado periodo - entre las 9:55 horas del día 7/4/2017 y las 17:44 horas del día 8/4/2017 -, y que los sistemas telemáticos ofrecidos a estos efectos utilizan diversos componentes tecnológicos que, en función de los navegadores que esté utilizando el usuario y de sus versiones, puede requerir realizar determinadas configuraciones que pueden implicar cierta complejidad.

Asimismo, y a los efectos del juicio de proporcionalidad citado, debe repararse en que la presentación de la reclamación se realiza dentro del plazo legal habilitado al efecto, así como que dicho plazo legal para la interposición de la reclamación - 10 días naturales - es lo bastante corto como para que cualesquier incidencia técnica pueda comprometer su interposición en tiempo y forma y, por ende, desvirtúe precisamente la razón de ser de este procedimiento especial en materia de contratación pública caracterizado, entre otras notas, por su carácter potestativo pero sustitutivo de cualquier otro recurso administrativo, celeridad, carácter preventivo e innecesariedad de asistencia

letrada. Finalmente, resulta relevante, a estos efectos, que la reclamante – que, por otro lado, ha presentado telepáticamente con éxito reclamaciones en diversos procedimientos - se puso en contacto, tras reiterados intentos, con el servicio de soporte para intentar solventar los problemas y errores advertidos al realizar los distintos intentos de presentación; y todo ello, repetimos, dentro del plazo legal habilitado para la interposición de la reclamación.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2016, recuerda que “(...) *el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras (del acceso a la jurisdicción), siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de racionalidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el Legislador en el marco de la Constitución (...)*”.

A su vez, el Auto del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2017 razona que “*En tercer lugar, ha de tenerse en cuenta la novedad del sistema telemático utilizado, lo que impone, en particular, a los órganos judiciales, como garantes del derecho a la tutela judicial efectiva, un especial cuidado en la adopción de decisiones que afecten a esa materia. En este sentido, la doctrina constitucional viene declarando que el principio pro actione implica la interdicción de las decisiones de inadmisión que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican. Como consecuencia rechaza una interpretación que carezca de base legal, sea irrazonable o resulte manifiestamente desproporcionada con la finalidad para la que se establece (SSTC núm. 39/2010, de 19 de julio de 2010, F.J 3, recurso 150/2007, núm. 149/2015, de 6 de julio de 2015, recurso 3515/2013; núm. 105/2006 de 3 abril, recurso 3562/2003 F. J. 3º)*”.

Pues bien, la obligación de interposición telemática de la reclamación prevista en la LFCP resulta ajustada al ordenamiento jurídico, si bien la aplicación de la misma deberá realizarse desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, de manera que la restricción por ella impuesta debe salvaguardar el derecho de acceso a la

reclamación; derecho que difícilmente queda garantizado cuando el propio sistema telemático reviste dificultades para la interposición en función del navegador utilizado por el usuario y dicha advertencia no se publica de forma clara y precisa en la propia plataforma a los efectos de que sea advertida por quien pretende interponer la reclamación.

En este sentido, los principios de buena fe y confianza legítima deben presidir las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, y tales principios demandan que las exigencias o cargas impuestas para la presentación telemática de la reclamación sean reguladas de forma pormenorizada, salvaguardando el derecho a la interposición de la misma y las garantías para su ejercicio, lo que impone – a la luz del informe técnico antes citado – una información concreta y detallada de los navegadores y versiones incompatibles para su presentación; pues sólo así el usuario podrá remover con las oportunas garantías los obstáculos que la obligación citada impone.

Nos hallamos ante un interesado que en el ejercicio de su derecho a interponer una reclamación en materia de contratación pública quiere cumplir, con la diligencia temporal requerida, su obligación de presentación telemática y que si no lo hace es, simplemente, por causas que le son "extrañas", en la medida en que no conoce las dificultades que la plataforma puesta a su disposición a tales efectos tiene cuando se utilizan determinadas versiones o navegadores, y actuó con la diligencia que le era exigible, pues realizó repetidos intentos de presentación recibiendo mensajes de errores que impedían la transmisión, se puso en contacto con el servicio de soporte puesto a disposición por la Administración y finalmente el día 10 de abril de 2010 remitió la reclamación vía correo electrónico al Tribunal describiendo el problema informático, adjuntando los ficheros que pretendía transmitir: circunstancias que, en atención a la doctrina expuesta, deben conducir a la admisión de la reclamación interpuesta.

La conclusión anterior resulta avalada por la doctrina de este Tribunal recogida en el reciente Acuerdo 32/2017, de 30 de junio, donde en un supuesto muy similar al que ahora nos ocupa, se rechazó, por unanimidad de todos los miembros, la alegación de inadmisión por presentación fuera de cauce telemático de la reclamación, razonando

que “En este sentido, este Tribunal (acuerdos 3/2014, 31/2015 y 72/2015) ha inadmitido reclamaciones presentadas por otros medios diferentes al legalmente establecido, ya sea la presentación en papel en registro o en el registro electrónico.

En el asunto que nos ocupa, aunque la entidad no ha presentado la reclamación a través de la vía telemática prevista en la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos de Navarra, sí que consta que la entidad intentó presentar la reclamación a través de un mínimo de 8 intentos o interacciones con la aplicación del Portal de Contratación de Navarra durante las fechas comprendidas entre las 13:38 y las 21:11 horas del 20 de noviembre de 2016, según acredita, con fecha de 21 de noviembre de 2016, el Director del Servicio de Sistemas de Información Corporativos del Departamento de Presidencia, Función Pública, Interior y Justicia.

Este informe señala que la entidad reclamante permaneció activa y de forma ininterrumpida en la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, presentación de reclamaciones desde las 13:38 y hasta las 21:11 horas del 20 de noviembre de 2016. Ante la imposibilidad técnica de presentar la reclamación por dicho medio, presentó la reclamación dentro del plazo a través de la dirección electrónica del Tribunal de Contratos de Navarra.

El Ayuntamiento adjudicador y la entidad FCC consideran que debe ser inadmitida, porque no ha sido presentada por la vía telemática prevista. En este sentido, aluden a doctrina de este Tribunal. Así mismo, el informe del Servicio de Sistemas de Información Corporativos del Departamento de Presidencia, Función Pública, Interior y Justicia considera que ha de tenerse en cuenta que en función de los navegadores que esté utilizando el usuario y de sus versiones y configuraciones puede requerirse realizar determinadas acciones por parte del usuario sobre su navegador de internet, para que el canal de envío seguro de la aplicación funcione correctamente.

En este caso, queda acreditado que se han realizado ocho intentos de presentación, sin que quede demostrado que la imposibilidad de presentación se deba de forma exclusiva a la propia entidad que ha formulado la reclamación, que si ha podido enviar la reclamación junto a la documentación a la dirección electrónica del tribunal dentro del plazo para formular la reclamación.

Debe traerse a colación la doctrina constitucional en materia de acceso a la jurisdicción contenida, entre otras muchas, en la STC 102/2009: "corresponde a este

*Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar la razón en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que, de forma equivalente, excluye el pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete de interpretar las normas jurídicas en los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si las razones en que se basa la resolución judicial está constitucionalmente justificada y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que dicha resolución se funda. En esta tarea el Tribunal tiene que guiarse por el principio hermenéutico pro actione, que opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad, ampliando el canon de control de constitucionalidad frente a los supuestos en los que se ha obtenido una primera respuesta judicial; de manera que, si bien no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable al acceso a la justicia de entre todas las posibles, sí proscribire aquellas decisiones judiciales que, no teniendo presente la ratio del precepto legal aplicado, incurren en meros formalismos o entendimientos rigoristas de las normas procesales que obstaculizan la obtención de la tutela judicial mediante un primer pronunciamiento sobre las pretensiones ejercitadas, vulnerando así las exigencias del principio de proporcionalidad (por todas, STC 188/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Por ello el examen que hemos de realizar en el seno de un proceso constitucional de amparo, cuando en él se invoca el derecho a obtener una primera respuesta judicial sobre las cuestiones planteadas, permite, en su caso, reparar, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal o que, teniéndola, sea fruto de una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en un error patente que tenga relevancia constitucional, sino también aquellas decisiones judiciales que, desconociendo el principio pro actione, no satisfagan las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; 279/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5, por todas)". (..)d) En el ámbito del acceso a la jurisdicción el principio pro actione actúa con toda su intensidad, por lo que las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el art. 24.1 CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada, lo cual implica un escrutinio especialmente severo en estos casos (SSTC*

158/2000, de 12 de junio, F. 5; 231/2001, de 26 de noviembre, F. 2; 30/2003, de 13 de febrero, F. 3; y 127/2006, de 24 de abril, F. 2, por todas)».

*Por ello, en aplicación del principio pro actione, procede admitir la reclamación, al considerar que ha podido existir un impedimento técnico ajeno a la entidad reclamante, que ha imposibilitado que pueda presentar la reclamación a través del cauce legalmente establecido pese a los intentos realizados.”*

CUARTO.- En cuanto a las cuestiones de fondo planteadas en el escrito de reclamación, alega la reclamante, como primer motivo de impugnación, que el objeto del contrato definido en la cláusula primera del PCAP regulador es impreciso e indeterminado; vulnerando con ello lo dispuesto en el artículo 45 LFCP. Indica, asimismo, que las funciones a desarrollar por quien resulte adjudicatario del contrato deben estar reservadas a funcionarios municipales y, en consecuencia, son ajenas a la intervención de un contrato administrativo.

La entidad contratante opone, de contrario, que las funciones que se relacionan en el pliego están suficientemente determinadas, resultando obvio que el adjudicatario realizará todos aquellos trabajos para los que los arquitectos técnicos están habilitados legalmente. Añade que las funciones objeto del contrato no pueden estar reservadas a funcionarios municipales, indicando que, además de que en la práctica totalidad de las localidades navarras de tamaño medio y pequeño dichos servicios son prestados a través de contratos de asistencia técnica, existe imposibilidad legal y presupuestaria para convocar las plazas puesto que para el ejercicio de 2017 la oferta de empleo público establece una tasa de reposición del 50 %, y ni existe ni ha existido tal plaza de funcionario.

Las terceras interesadas que han comparecido en el presente procedimiento coinciden al sostener que las funciones objeto del contrato no son, en ningún caso, imprecisas, estando claramente explicadas en el pliego, incluyéndose además la disposición horaria; motivo por el cual cumplen con lo dispuesto en el artículo 22 LFCP, máxime si se tiene en cuenta que nadie ha solicitado, conforme prevé el artículo 27 del mismo texto legal, aclaración alguna de los términos del PCAP.

Apuntan, a su vez, que ninguna de las funciones objeto del contrato implica ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, en la medida en que el arquitecto técnico contratado tan solo se dedicaría a prestar labores de asistencia en los asuntos relacionados con sus funciones técnicas; e indican que las Resoluciones dictadas por este Tribunal en las que la reclamante fundamenta su posición alcanzan una conclusión errónea, y que no existe ninguna norma que obligue a las entidades locales a contratar funcionarios en supuestos como en el que nos ocupa, siendo imposible, además, la convocatoria de dichas plazas.

Expuestas las posiciones de las partes, y a los efectos de resolver la cuestión objeto de la litis, deben analizarse las concretas funciones que constituyen el objeto del contrato de asistencia técnica que nos ocupa; motivo por el cual procede examinar la cláusula primera del PCAP, que establece que *“Es objeto del presente Pliego el establecimiento de las estipulaciones económico-administrativas que han de regir en la contratación y ejecución de los trabajos de ASISTENCIA DE LOS SERVICIOS DE APAREJADOR MUNICIPAL - ARQUITECTO TÉCNICO MUNICIPAL, Y ASESOR MUNICIPAL.*

*Las funciones o trabajos consistentes en:*

*1)Inspeccionar y dictaminar sobre aquellos asuntos relacionados con sus funciones técnicas, especialmente sobre licencias y de todo tipo de expedientes urbanísticos definitivos por la Ley del Suelo, Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo y de Actividades Clasificadas para la Protección del Medio Ambiente.*

*2)Inspeccionar las obras que se realicen en la demarcación territorial, al objeto de comprobar si se ajustan a los términos y condiciones de las licencias que fueron concedidas.*

*3)Valoración de obras realizadas por particulares a los efectos de la determinación de su coste para el cálculo del I.C.I.O.*

*4)Asumir la dirección técnica municipal en calidad de Aparejador/Arquitecto Técnico.*



*5) Acompañar y asesorarla Alcaldía, Corporativos y funcionarios municipales en sus visitas a organismos públicos, siendo en este caso, todos los gastos de desplazamiento por cuenta del Ayuntamiento.*

*6) Asistir a las reuniones de la Comisión de Urbanismo con miembros del Ayuntamiento.*

*7) Atender al público de forma presencial en las Oficinas Municipales y girar las visitas de campo a los inmuebles sobre los que tenga que evacuar informes técnicos.*

*El adjudicatario no podrá ejercer dentro del término municipal ningún tipo de actividad profesional de carácter privado. Igualmente estarán incurso en la misma incompatibilidad los arquitectos técnicos asociados con el adjudicatario.*

*8) Tendrá una dedicación aproximada a estos servicios de unas 940 horas al año, distribuidas por la Alcaldía en horarios que fijará esta última.*

*9) La cantidad anual que resulte adjudicatario, podrá ser minutada mensual o trimestralmente, según su conveniencia.*

*10) Los gastos de desplazamientos a las oficinas municipales que excedan de las señaladas normalmente por el Sr. Alcalde, serán por cuenta del Ayuntamiento (las que excedan de 2 semanales).*

*11) Tendrá derecho a un mes de vacaciones al año (2 semanas en el verano, 1 semana en Semana Santa y otra semana en Navidades).*

Por su parte, la cláusula séptima del PCAP, contempla entre los criterios de adjudicación la programación y planificación de la asistencia presencial, con indicación de horario previsto para su prestación, tanto al personal municipal como a los órganos de gobierno, así como la planificación del trabajo y de la prestación general del servicio al ciudadano.

La cuestión suscitada por la reclamante ha sido analizada por este Tribunal en sus Acuerdos 65/2016, de 28 de diciembre y 9/2017, de 23 de febrero, cuya doctrina es plenamente aplicable al caso concreto que nos ocupa, en atención de la similitud entre los supuestos de hecho analizados en ambos Acuerdos – contratación de asistencia técnica de arquitecto al servicio de una entidad local - y el que constituye el objeto de la presente reclamación.

En este sentido, en los citados Acuerdos este Tribunal ha puesto de manifiesto la necesidad de que el objeto de los contratos sea determinado, y ha analizado las consecuencias del incumplimiento de dicho requisito, en atención a su carácter esencial, razonando que *“(...) procede tener en cuenta el artículo 22.2 LFCP, que, bajo la rúbrica de "Objeto del contrato" establece la exigencia de que el contrato sea determinado, el artículo 34 LFCP, que regula como requisitos necesarios para la celebración de los contratos, entre otros, la determinación del objeto del contrato y la fijación del precio, y el artículo 35, que exige que todos los contratos tengan un precio cierto y adecuado al mercado, en función de la prestación realmente efectuada, de acuerdo con lo convenido.*

*En todo caso, el artículo 1261 Código Civil, ubicado en sede de "Requisitos Esenciales para la Validez de los Contratos", señala que "no hay contrato sino cuando concurren los requisitos" de consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca, y los artículos 1271 a 1273, bajo la rúbrica "Del objeto de los contratos", establecen que "El objeto del contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en cuanto en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato siempre de que sea posible determinarla sin necesidad de un nuevo convenio de las partes", especificándose, en todo caso, que pueden ser objeto del contrato "todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres", supuesto que entraría bajo el ámbito de aplicación del artículo 6.3 del mismo texto, que se sanciona el incumplimiento de las normas imperativas y prohibitivas con la sanción de nulidad de pleno derecho.*

*Por tanto, en primer lugar, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 1261.2º; 1271 y 1272 del Código Civil el objeto del contrato debe ser determinado o determinable, es decir, debe tener la identificación suficiente sin necesidad de sujetarse como único criterio de determinación al mero arbitrio de una de las partes contratantes, lo que significaría hacer depender del pleno arbitrio de la parte contratante la validez y el cumplimiento del contrato, prohibido por el artículo 1256 Código Civil. Así, la falta de determinabilidad del contrato supone la falta de objeto y,*

*en definitiva, la falta de contrato, y su imposibilidad o ilicitud acarrearán su nulidad, considerando por licitud el conjunto de prestaciones excluidas por ley del contrato.*

*CUARTO.- El objeto del contrato designa la prestación o prestaciones que se constituyen en obligaciones del contrato y en torno a las cuáles se configura el acuerdo de voluntades entre las partes del contrato.*

*En este sentido, el Acuerdo 84/2015, de 10 de agosto de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, señala que "El objeto de los contratos son las obligaciones que él crea, y esas obligaciones, a su vez, tienen por objeto prestaciones (sea de dar cosas, de hacer o de no hacer) que constituyen el objeto de la ejecución del contrato. Esta es la razón de que todas las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público, tengan la obligación de determinar y dar a conocer de forma clara las prestaciones que serán objeto de adjudicación. Cualquier acepción genérica o confusa, comporta para el licitador inseguridad jurídica. De este modo, en función de la descripción utilizada por la Administración para definir las prestaciones que comprende el negocio jurídico a celebrar, los empresarios advierten su objeto del contrato y el objeto social del licitador.*

*En este sentido, en el anuncio de licitación y en los pliegos de condiciones, siempre se debe señalar con la mayor exactitud posible el objeto y alcance de las prestaciones que se desean contratar, de forma que permita a los operadores económicos concurrir a la licitación, a través de relación entre el que los operadores económicos puedan identificarlas correctamente y en su caso, decidir presentar sus ofertas. Y es por ello que el objeto del contrato, conforme al artículo 115.2 TRLCSP, debe contenerse en el PCAP, como recuerda el Informe 35/08, de 25 de abril de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado —«Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre contenido básico de los pliegos de cláusulas administrativas particulares comunes para todo tipo de contratos administrativos».*

*De esta manera, siendo también un principio básico de la contratación administrativa que el objeto de los contratos del sector público debe ser determinado, los PCAP deben definir con precisión el objeto cierto del contrato, permitiendo su general conocimiento por parte de los posibles licitadores, en condiciones de igualdad, así como la formulación con garantía de sus respectivas proposiciones.*

*Por tanto, la falta de determinación de las prestaciones del contrato que componen el contenido obligacional que vinculan a las partes, a nuestro entender, según lo señalado, en línea con lo también manifestado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 098/2013, de 6 de marzo de 2013, constituye una infracción de las normas de procedimiento del contrato, por aplicación del art. 22 LFCP en relación con el 34 del mismo texto legal, determinante, no ya de la nulidad del contrato, sino de la propia inexistencia del contrato licitado.*

*Pero además, tal defecto de un elemento esencial del contrato supone limitar la participación de los licitadores y vulnerar los principios de concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación, causante de un vicio de nulidad de pleno derecho de conformidad con el art. 126. 2.a) LFCP en relación con el artículo 47.1 a), de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por cuanto dicho objeto es la base que delimita su presupuesto, valor estimado y derechos y obligaciones de los licitadores, vulneración manifiesta no únicamente en el momento de confeccionar sus ofertas sino en el mismo momento de su valoración, toda vez que resulta imposible la valoración de ofertas que en modo alguno pueden ser homogéneas (...)*”.

Aplicando la doctrina citada al caso concreto que nos ocupa, debe concluirse – al igual que los supuestos analizados en los Acuerdos de este Tribunal antes citados - que asiste razón a la entidad reclamante en lo que a la indeterminación del objeto se refiere, y ello a la vista de la generalidad con la que están fijadas las prestaciones a contratar, tanto en cantidad como en lo que a su contenido mismo se refiere. Así, en relación con la prestación correspondiente a emisión de dictámenes, se incluyen todos aquellos asuntos relacionados con sus funciones técnicas, especialmente los procedimientos de otorgamiento de licencias y de todo tipo de expedientes urbanísticos definidos por la Ley del Suelo, la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo y de Actividades Clasificadas para la Protección del Medio Ambiente, sin concreción alguna ni siquiera por referencia a los distintos procedimientos y ámbitos sobre los que se desarrollan las potestades urbanísticas; lo mismo cabe decir, de la prestación contemplada en relación con la inspección de las obras que se realicen en la demarcación municipal y de sus presupuestos a efectos del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, y con

la asistencia a reuniones, comisiones de urbanismo y atención al público previstas en el PCAP. Indeterminación del objeto del contrato se pone, en el caso que nos ocupa, más de manifiesto por la ausencia en el expediente de pliego de procripciones técnicas particulares; documento que conforme a lo dispuesto en el artículo 40 LFCP debe formar parte del expediente de contratación y que contiene especificaciones técnicas necesarias para la ejecución del contrato.

Pero es más, tal y como hicimos en los Acuerdos citados, debe advertirse que el objeto contractual del contrato de asistencia es un asesoramiento de carácter ordinario en el marco de los servicios competencia de la entidad local recurrente, caracterizado por su permanencia en el tiempo, sobre los que la jurisprudencia concluye que encubren una relación estatutaria, tal y como razona la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 16 de febrero de 2007: *“TERCERO.- Sentado lo anterior, y partiendo de que la disposición legal en la que se pretenden amparar por la Administración demandada este tipo de contratos es la recogida como cláusula residual en el art. 196.2.b).4ª (donde, por cierto, se habla de cualesquiera otras "prestaciones", y no de cualesquiera otros "servicios", como –de manera reprochable- ha pretendido sustituir el Abogado del Ayuntamiento al reproducir este precepto en el último párrafo de la página 3 del escrito de oposición al recurso de apelación, y ya hizo también en el último párrafo de la página 3 del escrito de contestación a la demanda), debe señalarse que las claves y criterios jurídicos para distinguir estos dos tipos de contratos (los laborales y los administrativos de consultoría y asistencia) ya han sido tratados y expuestos por la Jurisprudencia.*

*Así, y por citar una de las más recientes, tenemos la STS de fecha 23.3.2006, en la que se establece lo siguiente:*

*TERCERO.- La doctrina en este punto ha sido unificada por esta Sala en las sentencias de 19 de mayo de 2005 (recurso 2464/2004) y 27 de julio de 2005 (recurso 41/2004), a cuya doctrina nos atenemos ahora, por razones de coherencia y de seguridad jurídica.*

*Para el estudio de esta importante cuestión hay que partir del principio establecido en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública en la que se dispuso de forma paladina*

*que "a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley no podrán celebrarse por las Administraciones Públicas contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo", a lo que añadió que "los contratos a celebrar excepcionalmente por las Administraciones públicas con personal para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales se someterán a la ley de contratos del Estado....", con lo que se pretendió eliminar la posibilidad antes permitida por el art. 6 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 de que la Administración pudiera contratar trabajadores a su servicio por la vía de la contratación administrativa, habiendo sido desarrollada esta ley en el aspecto concreto de la realización de trabajos específicos por el RD 1465/1985, de 17 de julio.*

*No obstante, aquella prohibición general se planteó siempre el problema acerca de si las distintas Administraciones Públicas podían contratar personal a su servicio por la vía de la contratación administrativa al amparo de la excepción prevista en aquella Ley para la Reforma de la Función Pública, y posteriormente en Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que en su versión original del año 1995 - Ley 13/1995, de 18 de mayo - en cuanto que ésta preveía como posible la contratación por parte de las Administraciones Públicas de los trabajos "de consultoría y asistencia, los de servicios y los trabajos específicos y concretos no habituales que celebre la Administración" conforme al detalle establecido en los arts 197 y sigs. de aquella disposición legal.*

*3.- El problema se planteó tradicionalmente en la distinción entre lo que pudiera entenderse por "trabajos específicos y concretos no habituales" que excepcionalmente podía llevar a cabo la Administración cuando para realizarlos contrataba personas individuales, y lo que era un contrato de trabajo, puesto que aquellos trabajos podían confundirse con los que podían realizar personas individuales en régimen de contratación laboral. En relación con ello, y para distinguir entre los contratos administrativos y los laborales, esta Sala en una sentencia de Sala General de 2-2-1998 (Rec.- 575/1997), contemplando lo dicho en las disposiciones administrativas antes referidas, después de reconocer la dificultad en la delimitación de los ámbitos administrativo y laboral en esta materia, estableció que en la normativa administrativa lo que estaba previendo era la contratación con carácter administrativo para la posibilidad de llevar a cabo un "trabajo de tipo excepcional, pues su objeto no*

*es una prestación de trabajo como tal sino un "trabajo específico", es decir un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final"; habiendo incidido en esta idea posteriores sentencias de esta misma Sala como las de 13-7-98 (Rec.- 4336/97), 15-9-98 (Rec.- 3453/97), 9-10-98 (Rec.- 3685/97), 4-12-1998 (Rec.- 598/98) 21-1-99 (Rec.- 3890/97), 18-2-99 (Rec.- 5165/97), 3-6-99 (Rec.- 2466/98) o 29-9-99 (Rec.- 4985/98) entre otras, en las que se estableció con mayor precisión que "la naturaleza materialmente laboral de la prestación de servicios realizada, cuando presenta las notas típicas de ajeneidad y dependencia, y tiene carácter retribuido, no puede desvirtuarse por la calificación meramente formal del contrato como administrativo en virtud del artículo 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores en relación con la disposición adicional 4ª.2 de la Ley 30/1984 y con los Reales Decretos 1465/1985 y 2357/1985.*

*Ello es así porque la procedencia de esta contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, es decir, a que se refiera "a la realización de un trabajo específico, concreto y no habitual, lo que, como señala la sentencia de contraste, exige que lo contratado sea "un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente del resultado final de la misma", añadiendo que "el contrato regulado en estas normas pertenece al tipo de contrato de obra, cuyo objeto presenta las características mencionadas, y tal tipo de contrato no concurre cuando lo que se contrata no es un producto específico que pueda ser individualizado de la prestación de trabajo que lo produce -un estudio, un proyecto, un dictamen profesional, como precisaba el art. 6.1 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles-, sino una actividad en sí misma y esto es lo que sucede en el presente caso, en que lo que se ha contratado no es ninguna obra o resultado que pueda objetivarse sino la actividad de la actora como profesora que se ha prestado, como no podía ser menos, bajo la dirección y control de los órganos competentes de la administración..." Se trata, por otra parte, de una interpretación congruente con lo que, en sentido contrario, se ha mantenido respecto de los nombramientos de funcionarios interinos que reclamaban la condición de laborales, en distinción sólidamente argumentada con la sentencia de esta Sala de 20-10-98 (Rec.- 3321/97), también dictada en Sala General.*

*La interpretación de la Sala, a partir de aquella posibilidad de contratación de personas por parte de las administraciones para trabajos "específicos y concretos" previstos tanto en la Ley 30/84, y decretos de desarrollo de la misma, como en la Ley 23/1995, se recondujo en realidad a hacer posible la contratación de lo que en términos tradicionales se denominaba "arrendamiento de obras" aun cuando dentro de tal denominación pudieran incluirse no solo las obras físicas sino también las obras resultado de una actividad intelectual, o, como se dijo en sentencia citada más arriba "un producto delimitado de la actividad humana y no esa misma actividad en sí misma considerada, en cuanto que esa contratación, llevada a cabo con retribución y con dependencia es lo que constituye el objeto del moderno contrato de trabajo conforme a lo dispuesto en el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores.*

*4.- La legislación acerca de la posible contratación de personas par realizar obras o servicios por parte de la Administración no ha sido modificada en lo que afecta a la normativa sobre contratación personal, pero sí que ha sido modificada en lo que se refiere el régimen administrativo de la contratación. En este sentido, la Ley 13/1995 fue modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, en la que, curiosamente, se suprimió la posibilidad de celebración de "contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales" que antes figuraba como una posibilidad de contratación administrativa en el apartado 4 del art. 197 en el texto de 1995, y dicha supresión se ha mantenido en el Texto Refundido vigente de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.*

*Ante esta situación no solo procede mantener la tesis de la Sala sino que la misma queda reforzada en tanto en cuanto puede afirmarse que la contratación administrativa no ha previsto la posibilidad de una contratación de actividades de trabajo en sí misma consideradas sino sólo en atención a la finalidad o resultado perseguido.*

*5.- En el caso contemplado por la sentencia recurrida aparece claramente acreditado que los cuatro demandantes, aunque con la finalidad de dar clases de su especialidad durante una temporada, fueron contratados bajo la formalidad administrativa cuando la realidad es que lo que de ellos se pedía no era un resultado sino el desarrollo de su actividad como profesores de su respectiva asignatura, aunque*



*fuera por un tiempo determinado, y ello constituye el objeto propio de una contratación laboral y no de una contratación administrativa de conformidad con la definición de contrato de trabajo que se contiene en el art. 1.1 del ET, y puesto que no se encontraban amparados por la excepción que al amparo de las normas administrativas se halla prevista en el apartado a) del art. 1.3 de dicho Estatuto.*

*Y eso es cabalmente lo que sucede en el caso de autos, en el que los cuatro puestos ofertados -a tenor de las condiciones de prestación de sus servicios que se establecen en los respectivos Pliegos- los son para la prestación de un trabajo o actividad como tal, no para un trabajo específico, en lo que tiene de resultado de una actividad y no esa misma actividad (por ejemplo, un proyecto, un estudio, un dictamen profesional, etc.).*

*Y es que, en efecto, lo contratado es la realización de los servicios propios de este tipo de profesionales -asesoramiento, informes, valoraciones, inspecciones, certificados, etc.- a modo de trabajo o actividad a realizar dentro del ámbito de organización y dirección del Ayuntamiento, conforme resulta de la expresión "a indicación de éste" y de que la actividad se desarrolle en un horario preestablecido y -por ende- en dependencias municipales, y no un concreto producto o resultado de esa prestación de trabajo o actividad. Lo anteriormente razonado conduce, en lógica consecuencia, a la estimación del recurso de apelación".*

En el mismo sentido este Tribunal, en los Acuerdos 65/2016, de 28 de diciembre y 9/2017, de 23 de febrero, apuntó que *"La celebración de un contrato de asistencia cuenta con un límite infranqueable que es la prohibición de contratar actividades que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, como así lo establece el artículo 176.1 LFCP, que señala que "No podrán ser objeto del contrato de asistencia aquellos servicios que impliquen ejercicio de la autoridad u otras potestades inherentes a los poderes públicos ni aquellos cuyo objeto sea el propio de una concesión de servicios".*

*Asimismo, el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público establece una reserva de funciones a favor del personal funcionario al disponer que "en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o la salvaguardia de los intereses generales del*

*Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.*

*Por tanto, en el caso de la contratación pública que tiene por objeto la realización de funciones reservadas al personal funcionario se produce una infracción de la normativa sobre selección de empleados públicos por atribuirse funciones propias de este personal a quien no ha superado el proceso selectivo necesaria para adquirir la condición de empleado público con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad y, en definitiva, con vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución.*

*En consecuencia, la celebración de contratos de asistencia para la realización de funciones reservadas al personal funcionario, por contener un objeto ilícito, constituye una infracción de las citadas normas que acarrea la sanción de nulidad de pleno derecho en relación con la citada normativa y con el artículo 6.3 Código Civil. Las funciones a que se refiere el art. 9.2 del EBEP, tanto directas como indirectas, son el núcleo esencial e indeclinable de la actividad administrativa, por lo que no podrán ser objeto de este contrato los servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, debiendo entenderse por “participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas” el ejercicio de todas las potestades administrativas que configuran dicho núcleo, que incluye la elaboración, preparación y aprobación de actos administrativos limitativos de derechos, las actividades de inspección y sanción, exacción de impuestos o la emanación de órdenes de policía, con exclusión de aquellas actividades públicas de carácter meramente auxiliar o de apoyo, ya sean técnicas o administrativas. En este sentido, el Dictamen de la Abogacía del Estado 6/93 (Ref. A.G. Servicios jurídicos periféricos), "Criterios para delimitar qué actividades de las Administraciones Públicas constituyen el ejercicio de potestades administrativas", señala que "A los efectos de la delimitación de qué actividades constituyen el ejercicio de potestades administrativas debe entenderse, como este Centro expuso en el informe de 17 de marzo de 1993 (ref. A.G. Varios 1/93) — siguiendo la línea de pensamiento de la doctrina mayoritaria —, que dichas potestades son «ciertos poderes reconocidos a las Administraciones Públicas por la Ley y que habilitan a aquéllas para imponer conductas o situaciones de sujeción a terceros sin la*

*voluntad de éstos. Concebido el concepto en estos términos, se trata, evidentemente, de manifestaciones de la situación de supremacía en que las referidas Administraciones se encuentran respecto de los ciudadanos y que, como tales, sólo pueden ejercitarse en el ámbito del Derecho público, ya que en las relaciones de Derecho privado las partes actúan en pie de igualdad. Los ejemplos más significativos de los poderes en cuestión son las potestades reglamentaria, tributaria, expropiatoria, de policía, sancionadora y de autotutela» Así, las funciones reservadas deben ser aquellas que tengan transcendencia para la situación jurídica de los ciudadanos por afectar a sus derechos y obligaciones, en cuanto se requiere la nota de objetividades e imparcialidad que sólo puede proporcionar el estatuto funcional, de manera que cuánto más intensa es la escala de la intensidad de exigencia de dicho principio, procederá su atribución al personal funcionario, como ocurre, junto con las potestades de expropiación, inspección, sanción o de concesión de subvenciones, en el caso de la participación en la tramitación de procedimientos administrativos, que incluye informes y borradores de resoluciones administrativas o asesoramiento técnico o jurídico, entre otras.*

*A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en las Sentencias de 25 de mayo de 2009 (nº 597/2008) y 8 de febrero de 2011 (nº 113/2009), ha considerado que la reserva funcional afecta a las actuaciones de controles de seguimiento, comprobación de cumplimiento, registro, archivo, clasificación de documentos administrativos, tareas organizativas de los expedientes administrativos y la tramitación de solicitudes con fijación de su prelación y su admisión.*

*También la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Sevilla, Sección Tercera, del TSJ de Andalucía, recurso nº 404/2010, anula una Orden de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía por la que se delegaba en una Agencia Pública Empresarial con personal laboral la facultad de conceder subvenciones con indicación de que la concesión de subvenciones implica el ejercicio de potestades administrativas que no pueden ser realizadas por el personal de dicha Agencia.*

*Por su parte, el Informe 52/09, de 26 de febrero de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre “Ámbito y exclusiones de los contratos de servicios” señala que:*

*“2. En lo que respecta a la primera pregunta conviene en primer lugar recordar que el artículo 277.1 de la Ley de Contratos del Sector Público prohíbe que sea objeto*

*de un contrato de servicios todos aquéllos que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. La razón de ser de esta limitación legal es evidente: la reserva a los funcionarios públicos del “ejercicio de la función es que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas”(artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril).*

*Por su parte la Disposición Adicional 2ª del Estatuto Básico del Empleado Público y el artículo 92.2 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, reserva exclusivamente a funcionarios con habilitación de carácter estatal las funciones públicas “que impliquen ejercicio de autoridad” y el “asesoramiento legal preceptivo”, entre otras. El artículo 92.2 de la citada Ley 7/1985 finaliza reservando al “personal sujeto al Estatuto funcional” todas aquéllas funciones públicas que, “en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”.*

*Sin perjuicio de la aplicación del criterio general expresado en el Estatuto Básico del Empleado Público y en la citada Ley 7/1985, a efectos de determinar si una actividad puede ser objeto de contratación o está reservada a funcionarios públicos, procede acudir a la legislación tributaria. En este sentido la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), a la cual se remite el artículo 12 del TR de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), en su artículo 142 lista las facultades de inspección de los tributos y las refiere a los funcionarios públicos que, establece, tendrán la consideración de agentes de la autoridad y deberán acreditar su condición. Concretamente este precepto se refiere a las siguientes actuaciones inspectoras: el examen de los documentos, bases de datos informatizadas, archivos informáticos, etc que lista el precepto; la entrada en determinados establecimientos o lugares; y el requerimiento de obligados tributarios para que se personen ante la inspección.*

*Es evidente que todas ellas son funciones públicas que ponen de manifiesto la soberanía de la Administración. Es más, en ellas subyace una potestad jurídica de carácter exorbitante que, en último término, puede dar lugar a la imposición de una*

*sanción, y de todos es sabido que la doctrina unánimemente entiende que la potestad sancionadora implica el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (Informe de esta Junta Consultiva nº 2/2006 de 24 de marzo).*

*Cabe concluir que el ejercicio de las facultades de inspección de los tributos queda reserva do a los funcionarios públicos por el artículo 142 de la Ley General Tributaria y por ser susceptible, cuando dé lugar a una sanción, de considerarse una concreción del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública.*

*3. Lo anterior, entiende esta Junta Consultiva, no obsta para que las Administraciones Públicas puedan contratar servicios de asistencia y apoyo administrativo y técnico a los funcionarios que ejerciten estas facultades, siempre y cuando tengan un contenido económico, esto es, impliquen prestaciones susceptibles de valoración económica. Dicho en otras palabras: si bien ese ejercicio de facultades de inspección queda reservado a los funcionarios públicos, no así los servicios que prestan apoyo o asisten a estos últimos*

*4. La Junta Consultiva ya señaló en su informe nº 2/2006, de 24 de marzo, que la determinación de que actividades implican el ejercicio de actividades inherentes a los poderes públicos “exige el análisis pormenorizado y concreto de las actividades desde el momento en que puede identificarse el núcleo que realmente constituirá ejercicio de autoridad de aquéllos aspectos que no lo sean y, por tener un contenido económico, puedan ser objeto de contratación”.*

*La consulta concretamente se refiere en primer lugar a la “posibilidad de que el contratista efectúe comunicaciones, informes, visitas y actuaciones con forme a las disposiciones legales vigentes en materia tributaria y otras de aplicación, bajo la supervisión de inspectores municipales”. Asumiendo que estas actividades se desarrollen en el curso de un procedimiento de inspección, como parece ser el caso, esta Junta Consultiva entiende que en la medida en que tengan encaje en el artículo 142 de la Ley General Tributaria, como también parece ser el caso, no podrán ser objeto de un contrato de servicios. La supervisión de los inspectores municipales no es en ningún caso suficiente para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley General Tributaria. Deben ser los inspectores municipales quien es realicen estas actividades. El contratista únicamente podrá prestarles servicios de asistencia y apoyo*

*administrativo y técnico que faciliten la realización de estas actividades, pero no colaborar directamente en su ejecución ni sustituir a los inspectores municipales.*

*La segunda actividad que lista la consulta se refiere a la posibilidad de que el contratista colabore “en la incorporación a los expedientes de inspección de todos aquellos documentos que formen la prueba”. Esta Junta Consultiva entiende que si esta actuación es de carácter meramente administrativo o si consiste en servicios informáticos que den apoyo y asistan a los inspectores municipales en la labor de recopilar, organizar y archivar la información y documentación que integra los expedientes de inspección, en ese caso entiende esta Junta Consultiva que esos servicios podrían ser objeto de un contrato de servicios. Si, por el contrario, esa labor de incorporación va más allá e implica, por ejemplo, la obtención de esa información o alguna actividad reservada a los funcionarios públicos por la Ley General Tributaria o por implicar ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, en ese caso no sería posible su contratación.*

*Por último, “la realización de actuaciones preparatorias o de comprobación, o prueba de hechos o circunstancias con trascendencia tributaria”. Entiende esta Junta Consultiva que la intervención del contratista debe ser, una vez más, de mero apoyo y asistencia administrativa y técnica. Su realización quedaría reservada a los funcionarios públicos dado que estas actividades preparatorias de una eventual sanción son expresión del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración Pública.*

#### *(...) CONCLUSIONES*

*1. El ejercicio de las facultades de inspección de los tributos queda reservado a los funcionarios públicos por el artículo 142 de la Ley General Tributaria y por ser susceptible cuando dé lugar a una sanción, de considerarse una concreción del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública.*

*Ello no obsta para que las Administraciones Públicas puedan contratar servicios de asistencia y apoyo administrativo y técnico a los funcionarios que ejerciten estas facultades, siempre y cuando tengan un contenido económico, esto es, impliquen prestaciones susceptibles de valoración económica (...)*”

Así las cosas, resulta que conforme a las prestaciones que constituyen el objeto del contrato que nos ocupa, no sólo se aprecia indeterminación en su formulación, sino que constituyen actividades normales y permanentes del ente contratante, cuando lo cierto es que los contratos de asistencia deben tener un objeto concretado en actividades excepcionales y no habituales de la Administración, toda vez que conforme sostiene la jurisprudencia y la doctrina esta tipología de contratos públicos tienen por objeto fundamentalmente un resultado que se ha de lograr mediante una actividad dirigida por el contratista pero no se toma como objeto la actividad en sí misma considerada de manera independiente a su resultado final.

En consecuencia, a la vista del objeto del contrato, nos encontramos ante la realización de trabajos de asistencia técnica relativos a la actividad urbanística de la entidad contratante que comprenden la realización, sin discriminación alguna, de todo tipo de informes que ésta precise para el ejercicio de las potestades que en dicha materia tiene atribuidas, en lugar de la redacción de un informe concreto o el asesoramiento en un específico expediente; notas que revelan que la modalidad de contrato escogida, a tales efectos, por la entidad contratante no resulta ajustada a derecho, habida cuenta que dicho asesoramiento recurrente y permanente es propio de una contratación de personal al servicio de la misma, previo procedimiento de selección observando los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, en cuyo caso, además, los informes técnicos precisamente por ser emitidos por funcionarios públicos gozan de una mayor presunción de veracidad, objetividad e imparcialidad (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2000).

Abunda en ello la atribución de las funciones de dirección técnica municipal que se le encomienden aplicadas a la organización de los propios servicios y oficinas municipales; previsión que pone de manifiesto la vinculación permanente de quien resulte adjudicatario en la estructura y organización municipal, propia, como decimos, de una relación de tipo funcional; así como la imposición como obligación al contratista que resulte adjudicatario de un régimen de incompatibilidad propio de la función pública - por cuanto dispone que éste, y en su caso los arquitectos técnicos asociados, no podrá ejercer dentro del término municipal ningún tipo de actividad

profesional de carácter privado – y el reconocimiento del derecho a un mes de vacaciones al año distribuido en dos semanas en verano, una en Semana Santa y otra en Navidades.

En este sentido, resulta especialmente reveladora a estos efectos la previsión contenida en la cláusula cuarta del PCAP que, al regular la duración del contrato, determina que *“El plazo de ejecución del trabajo es de UN AÑO contado a partir de la formalización del contrato, si bien el mismo puede ser objeto de prórroga. La duración máxima del contrato, incluidas las prórrogas, no podrá ser superior a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177.2 y 177.3 de la Ley Foral 6/2006, si bien se establece un periodo de prueba de tres meses”*; previsión ésta, la relativa a la existencia de un periodo de prueba, propia de una contratación temporal de personal al servicio de las Administraciones Públicas e incompatible con una contratación de asistencia técnica, donde no cabe sino la imposición de penalidades o la previsión de causas de resolución del contrato adjudicado.

Asimismo, en contra de lo sostenido por las terceras interesadas, de las funciones contempladas en el PCAP algunas sí implican el ejercicio de la autoridad pública y, por tanto, reservadas en su ejercicio a funcionarios públicos garantes de la imparcialidad y objetividad necesarias y, en consecuencia, de imposible prestación a través de un contrato de asistencia. Ello concurre, de manera indubitada, en las funciones de inspección urbanística contempladas en la cláusula primera del PCAP, para las que el artículo 201 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo, establece que *“1. Corresponde a las administraciones competentes para ejercer la potestad de protección de la legalidad urbanística inspeccionar los actos y las omisiones que puedan vulnerar la legalidad urbanística. Para el desarrollo de dichas funciones inspectoras las Administraciones Públicas podrán elaborar planes de inspección urbanística en el ámbito de sus respectivas competencias que fijen las prioridades de actuación.*



2. Tiene la condición de agente de la autoridad el personal al servicio de las administraciones mencionadas que, de forma permanente o circunstancial, tenga encomendado expresamente el ejercicio de la función de inspección urbanística.

3. El personal con funciones de inspección urbanística está facultado para:

a) Entrar en las fincas y en las obras que sean objeto de inspección sin aviso previo y permanecer el tiempo necesario para realizar su función. No obstante, cuando el objeto de la inspección sea el domicilio de una persona, se debe obtener su consentimiento expreso para entrar o, si procede, la autorización judicial correspondiente.

b) Practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que se considere necesaria y en particular:

b.1) Reclamar que las personas presentes en el lugar inspeccionado se identifiquen o justifiquen los motivos de su presencia e informen sobre cualquier circunstancia relacionada con el cumplimiento de la legalidad urbanística.

b.2) Solicitar la comparecencia de la persona propietaria y de otras personas presuntamente responsables en el lugar inspeccionado o en la oficina pública designada por la persona inspectora.

b.3) Examinar los títulos administrativos habilitantes de que disponga la persona promotora de la actuación inspeccionada o que consten en los archivos de la administración que los haya otorgado.

b.4) Realizar mediciones y obtener imágenes fotográficas o en movimiento relativas a la actuación inspeccionada.

4. Las actas y diligencias que se extiendan en ejercicio de sus competencias de inspección urbanística tendrán naturaleza de documentos públicos y gozarán de presunción de veracidad en cuanto a los hechos contenidos en las mismas.

5. Las Administraciones Públicas y sus entes dependientes deben prestar la colaboración necesaria al personal con funciones de inspección urbanística. En este marco de colaboración, han de permitir el acceso a sus archivos a las personas inspectoras y facilitarles la información de que dispongan que sea necesaria para comprobar los hechos que puedan comportar la vulneración de la legalidad urbanística y para determinar las personas que puedan ser responsables.

*6. Los cuerpos de policía deben prestar su auxilio y colaboración al personal con funciones de inspección urbanística. Esta colaboración se debe ajustar a lo que establece su legislación específica y se puede reclamar con antelación cuando se prevea la obstrucción a la tarea inspectora”.*

Es más, dicha norma jurídica al regular en sus artículos 71 y 72 los informes técnicos a emitir, con carácter preceptivo, en los procedimientos de tramitación del plan general municipal y de los instrumentos de planeamiento urbanístico de desarrollo dispone que serán emitido por técnico perteneciente a la administración local actuante o a alguno de los órganos previstos en los artículos 16 y 18.2 del mismo cuerpo normativo, relativos a los distintos órganos desconcentrados que los municipios pueden crear en ejercicio de su potestad de autoorganización y a la red de oficinas de apoyo técnico a las entidades locales en materia de medio ambiente, urbanismo y vivienda, que establecerá la Administración de la Comunidad Foral con objeto de posibilitar el ejercicio efectivo y pleno de las competencias locales en la materia.

Así pues, el contrato objeto de impugnación en ningún caso puede conformar un contrato de asistencia regulado en el artículo 4.3 LFCP toda vez que regula un conjunto de trabajos o funciones genéricas que no están suficientemente delimitadas ni constituyen una prestación con sustantividad propia susceptible de configurar el objeto de un contrato (afectando con ello a la propia existencia del mismo) ni obedecen a necesidades de la entidad contratante de tipo coyuntural, si no que, por el contrario, se deben corresponder con las tareas propias de los puestos de trabajo de naturaleza funcional pertenecientes a la entidad contratante, correspondientes a la gestión ordinaria del servicio y necesarias para el desarrollo de sus competencias propias, e incluso implican, en el ámbito antes citado, de las funciones de inspección contempladas, el ejercicio de autoridad y de potestades inherentes a los poderes públicos prohibidas expresamente por el artículo 176.1 LFCP para esta tipología contractual. Sin que dicha conclusión pueda resultar desvirtuada por el hecho de que la prestación de estas funciones a través de contratos de asistencia sea práctica habitual en distintas entidades locales, puesto que dicha circunstancia resulta ajena al presente procedimiento de reclamación, ni por el hecho de que existan limitaciones legales y presupuestarias en orden a la selección de personal – fijo o temporal – para su

desempeño, toda vez que dicho argumento, además de estar formulado de manera genérica admite excepciones que requieren su análisis de manera casuística; y ello sin perjuicio de que en ningún caso resulta admisible que la observancia de las limitaciones contenidas en la normativa presupuestaria para la contratación de personal pueda justificar el incumplimiento de las establecidas en la legislación de contratación pública en orden a la prestación, a través de contratos de asistencia técnica, de funciones que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

En consecuencia, procede la estimación del motivo alegado por la reclamante, toda vez que las prestaciones señaladas, que no obedecen a necesidades de la entidad contratante de tipo coyuntural, cualidad que ha de ser inherente a un contrato de asistencia, si no que, por el contrario, se deben corresponder con las tareas propias de los puestos de trabajo de naturaleza funcionarial pertenecientes a la entidad contratante, correspondientes a la gestión ordinaria del servicio y necesarias para el desarrollo de sus competencias propias, deben ser realizadas por los empleados públicos seleccionados en procedimientos conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad que garanticen la objetividad e imparcialidad necesaria, por tanto prohibidas por el artículo 176.1 LFCP, en relación con el artículo 9.2 LBEP y 92.3 LBRL, y en consecuencia nulas de pleno derecho, de conformidad con el artículo 126.4 LFCP en relación con el artículo 6.3 Código Civil, con las consecuencias predeterminadas para los supuestos de nulidad de los actos preparatorios del contrato, como por aplicación del número 4 del art. 47 Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Publicas, por lesión de un derecho fundamental (art. 23 en relación con 103 CE), en relación con el artículo 126.2. a) LFCP, por manifiesta incompetencia por razón de la materia, por dictarse prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y por suponer la adquisición de facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición.

QUINTO.- Aduce la reclamante que las funciones que se pretenden atribuir al aparejador que pueda resultar adjudicatario no son de su competencia profesional, trascendiendo a las atribuciones profesionales de los aparejadores o arquitectos técnicos, en la medida en que dichos profesionales no tienen reconocidas competencias ni

atribuciones profesionales en el campo del urbanismo, por ser ésta una materia totalmente ajena a su campo competencial o especialidad técnica, que no es otra que la dirección en la ejecución de obras de arquitectura o de edificación.

La entidad contratante opone que en el ámbito de las competencias de las profesiones tituladas la jurisprudencia ha señalado la prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad y principio competencial; e indica que los planes de estudios de los grados que habilitan para el ejercicio de la profesión regulada de arquitecto técnico incluyen asignaturas obligatorias relacionadas con el urbanismo y que los Tribunales de Justicia han reconocido la competencia de estos profesionales tanto para la elaboración de instrumentos de planeamiento urbanístico como para la elaboración de proyectos de reparcelación, expropiación y emisión de informes técnicos para la tramitación de licencias urbanísticas.

Las terceras interesadas coinciden con la entidad contratante y oponen la competencia profesional de los arquitectos técnicos para el desarrollo de las funciones de asesoramiento objeto del contrato, tanto al amparo del plan de estudios de la citada titulación como en atención a que la normativa urbanística en la tramitación de los distintos procedimientos hace referencia a la necesidad de emisión de un informe técnico sin indicar que sea de un determinado tipo de profesional. Indican, en este sentido, que lo que la reclamante pretende es que el campo del urbanismo quede reservado a los arquitectos impidiendo que los arquitectos técnicos accedan al mismo, lo que va en contra de la libre competencia, resultando que lo verdaderamente determinante en lo que concierne a la competencia de los técnicos a efectos de su intervención en la actividad de asistencia en materia urbanística es la capacitación técnica profesional, es decir, el conocimiento o pericia que, evidentemente, poseen, en esta materia, los arquitectos técnicos.

La cuestión a resolver consiste en determinar si un arquitecto técnico reúne la formación precisa para el desempeño de las funciones objeto del contrato indicadas en la cláusula primera del PCAP anteriormente transcrita, que se circunscriben a la emisión de informes en expedientes urbanísticos (planeamiento, ejecución, intervención

administrativa en la edificación y usos del suelo y disciplina urbanística), y asesoramiento a la corporación y a los ciudadanos en las citadas materias.

Debe repararse, en este sentido, en la circunstancia de que ninguna de las partes cuestiona la capacidad profesional de los arquitectos para el desarrollo de las funciones de asesoramiento urbanístico objeto del contrato, sino que el objeto del motivo de impugnación se ciñe a determinar si los arquitectos técnicos tienen, también, competencia para ello.

Puede existir, y así ocurre en el presente caso, un solapamiento de conocimiento y funciones entre las que tienen ambas profesiones; resultando que en la medida en que la doctrina jurisprudencial – reflejada, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2011, 13 de abril de 2015 y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 22 de enero de 2016 - viene rechazando el monopolio competencial a favor de una profesión técnica determinada, manteniendo la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos urbanísticos o técnicos que se correspondan con la clase y categoría de las funciones a desarrollar, la determinación de la titulación exigida ha de cohererarse con las funciones concretas a desempeñar.

Al hilo de lo anterior, en relación a las funciones previstas en el PCAP regulador del contrato, el Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo, en su artículo 71.13, en relación con la tramitación del Plan General Municipal dispone que *“Todos los acuerdos municipales previstos en este artículo deberán contener un informe sobre su adecuación a los instrumentos de ordenación territorial y al resto del ordenamiento urbanístico, emitido por técnico perteneciente a la administración local actuante o a alguno de los órganos previstos en los artículos 16 y 18.2 de esta ley foral”*; a su vez, el artículo 72.3 en relación con la tramitación de los instrumentos de planeamiento de desarrollo, contiene igual previsión, y, finalmente, el artículo 194.4.b), en relación con las licencias urbanísticas, establece que en *“En la instrucción del procedimiento para la concesión de licencias urbanísticas de obras, deberán*

*cumplimentarse los siguientes trámites: b) Incorporación del informe o informes técnicos, redactados por personal titulado competente, en los que se valorará la conformidad del proyecto con el planeamiento urbanístico vigente”. Preceptos, que, como puede observarse, ninguna referencia o exigencia expresa contienen sobre la titulación específica del técnico que debe emitir los citados informes preceptivos.*

Asiste razón a la entidad reclamante y a las terceras interesadas cuando afirman que las funciones objeto del contrato pueden ser desempeñadas por arquitectos técnicos, y ello es así, recalcamos, en atención a las concretas funciones de asesoramiento a desarrollar, en las que el núcleo viene referido por la emisión de informes en las distintas fases en que la Administración desarrolla su potestad urbanística; cuestión resuelta por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 4 de febrero de 2008 en los siguientes términos: “(...) *De lo que se trata en éste recurso es determinar si un Arquitecto técnico puede llevar a cabo, como funcionario de plantilla de dicho Ayuntamiento o, cubriendo la plaza en concepto de provisión temporal, las funciones o competencias que dicho Ayuntamiento le encomiende. Estas se circunscriben en esencia a realizar informes técnicos urbanísticos en los expedientes de licencias de obras, planeamiento de desarrollo, gestión y disciplina urbanística etc., etc.*

*TERCERO.- Es claro y evidente a juicio de la Sala que un Arquitecto técnico no puede elaborar un proyecto de edificación de un bloque de viviendas con un determinado número de viviendas que ocupa una superficie concreta de terreno, tenga una altura, consuma un determinado volumen edificatorio etc. Pero sí tiene competencia para informar a la Corporación acerca de si tal proyecto se ajusta a lo previsto en el planeamiento aprobado por el Municipio y si cumple lo ordenado en relación con alturas, volúmenes, etc.*

*Con mayor razón si cabe se puede admitir tal conclusión por cuanto el funcionario técnico informante no está emitiendo un juicio de valor acerca de la bondad del proyecto en cuestión, pues ello si supondría una ingerencia en algo para lo que no es competente ya que si no está facultado para realizar proyectos mal podrá enjuiciar los proyectos ajenos. Lo que se le pide es un informe acerca de si tal proyecto es adecuado al planeamiento y ello a los meros efectos de informar de manera no vinculante al órgano municipal que es en definitiva quien da o niega la licencia y sin*

*perjuicio también, de que la Corporación si lo estima necesario en algún caso pueda pedir otros informes externos; es decir a personas no funcionarias, si la trascendencia, importancia o dificultad del caso así lo aconsejara hacer.*

En consecuencia, a la vista de las concretas funciones previstas en el pliego, debemos concluir que, en contra de lo sostenido por la reclamante, las mismas pueden ser desempeñadas por arquitectos técnicos; conclusión que no queda desvirtuada por la jurisprudencia citada en el escrito de interposición de la reclamación, toda vez que se refiere a supuestos de redacción de proyectos de pavimentación, instrumentos de planeamiento y proyectos de urbanización, función ésta – la de redacción de proyectos – que no se encuentra entre las detalladas en el pliego como objeto del contrato. Al propio tiempo debe señalarse que las citadas funciones también pueden ser desarrolladas por un arquitecto, toda vez que ninguna especialidad en las mismas se advierte, ni se alega por las partes, como para entender lo contrario.

Sentado lo anterior, y sin perjuicio de lo razonado en los fundamentos de derecho precedentes, no podemos obviar que nos encontramos ante la licitación de un contrato de asistencia técnica, donde la determinación de la titulación constituye uno de los requisitos de solvencia técnica establecidos en el PCAP, cuya cláusula sexta exige, en relación con la solvencia técnica o profesional “*Aportación de titulación académica del título de aparejador/Arquitecto Técnico*”.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 10.1 LFCP “*Podrán celebrar los contratos regulados en la presente Ley Foral las personas naturales o jurídicas, de naturaleza pública o privada y españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional y no se encuentren incurso en causa de prohibición de contratar, requisitos que deberán concurrir en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas*”.

Por su parte, el artículo 14.1 del mismo texto legal establece que “*Los licitadores deberán acreditar la solvencia técnica o profesional para la ejecución del contrato, entendiéndose por ella la capacitación técnica o profesional para la adecuada*

*ejecución del contrato, bien por disponer de experiencia anterior en contratos similares o por disponer del personal y medios técnicos suficientes. El nivel de solvencia técnica o profesional será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada al importe económico del contrato”;* añadiendo en su apartado segundo los distintos medios para acreditar la capacidad técnica, según la naturaleza, la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de las asistencias, entre los cuales el apartado f) contempla la *“Aportación de las titulaciones académicas y profesionales de los empresarios y del personal de dirección de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato”*.

La acreditación de solvencia para poder optar a la adjudicación de contratos públicos, constituye el mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende garantizar, tanto desde el punto de vista financiero y económico como técnico o profesional, que los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato a cuya adjudicación concurren; finalidad que la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 5 marzo 2014 concreta en los siguientes términos: *“Dado que los contratos de las administraciones públicas guarda relación con los intereses públicos, el legislador ha establecido una serie de controles previos que tratan de garantizar que los agentes económicos que operan en el sector reúnan las condiciones de solvencia precisas que hagan previsible la normal ejecución de los contratos que celebren con Administración. El contratista debe acreditar, por lo tanto, su solvencia económica y financiera, y además la solvencia técnica o profesional que prevé su capacidad técnica expresada en medios materiales (maquinaria y tecnología) y humanos (titulación académica y profesional de sus cuadros técnicos, promedio de plantilla de personal en los tres años anteriores) y experiencia profesional (trabajos anteriores realizados) en relación con el tipo de contrato cuya adjudicación pretende”*.

Este Tribunal en diversos Acuerdos – por todos, Acuerdo 35/2016, de 5 de julio - ha tenido ocasión de señalar que para participar en una licitación las empresas y profesionales interesados deben acreditar que disponen de la suficiente capacidad y solvencia, así como que la entidad adjudicadora deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación, de forma clara, precisa e inequívoca, los



niveles mínimos de capacidad y solvencia que los candidatos y licitadores deben reunir, y estos niveles mínimos deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. Para la acreditación de este cumplimiento, la entidad adjudicadora también deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación los medios, de entre los recogidos en la norma (artículos 13 y 14 de la LFCP), que mejor sirvan para acreditar la solvencia de los licitadores, pudiendo escoger uno o más de ellos. Estos medios, en el caso de la solvencia técnica deberán tener, además, directa relación con la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de las asistencias que se pretenda contratar (artículo 14.2 LFCP). Por tanto, corresponde al órgano de contratación la determinación de los medios y documentos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación de referencia, correspondiendo también a aquél establecer los valores mínimos a partir de los cuales se entiende acreditada la solvencia y ello porque, en el caso de no fijar tales valores mínimos, la acreditación de la solvencia se convertiría en un mero formalismo que no garantizaría la correcta ejecución del contrato.

Así pues, los preceptos citados atribuyen al órgano contratación una facultad discrecional en orden a la determinación de los requisitos mínimos de solvencia a exigir en cada caso; facultad que deberá ser ejercitada con respeto a los límites establecidos por los mismos, sin que pueda admitirse una exigencia en tal sentido desproporcionada puesto que ello supondría una clara vulneración del principio de competencia.

En el mismo sentido, el Acuerdo 58/2014, de 1 de octubre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, razona que “(...) *Ya en el Acuerdo 2/2011, de 6 de abril, de este Tribunal, se significaba que el principio de igualdad, en la fase de solvencia, es de gran importancia práctica; pues lo que se pretende a la hora de valorar la aptitud de un contratista —mejor operador económico, en la terminología de la Directiva 2004/18—, es determinar la auténtica capacidad para hacer efectiva, en las condiciones pactadas, la prestación en cuestión que se demanda por el ente contratante, por cuanto lo importante, en la contratación pública, es la correcta ejecución del contrato adjudicado. Para contratar con los poderes adjudicadores los*

*contratistas deben cumplir una serie de requisitos previos que hacen referencia a la capacidad de obrar, la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica. Las condiciones de solvencia económica y financiera y profesional o técnica, además, tienen que estar vinculadas a su objeto y ser proporcionales al mismo.*

*De manera que, las exigencias de capacidad y solvencia se conforman como un requisito o condición sine qua nom, cuyo incumplimiento justifica la exclusión del licitador. Y ello para garantizar la consecución del interés público, que es causa de todo contrato público. De ahí la importancia de su ajustada concreción, pues el carácter desproporcionado de la solvencia que se exija, o la no directa vinculación, son un elemento de restricción indebida de la competencia. Y así, se recordaba en nuestros Acuerdos 9/2013, 45/2013 y 9/2014, indicando que corresponde al órgano de contratación determinar los requisitos que se van a exigir, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo, de forma que no deberán exigirse requisitos de solvencia que no observen la adecuada proporción con la complejidad técnica del contrato y con su dimensión económica. Ni requisitos que, por su aplicación práctica, alteren de hecho la solvencia mínima exigida, desnaturalizando el propio procedimiento de licitación elegido.*

*Como este Tribunal estableció en su Acuerdo 9/2014: «En el Derecho en general, y el ordenamiento jurídico de la contratación en particular, el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, alude a la idoneidad de la solvencia o del compromiso de adscripción medios personales o materiales exigidos para la ejecución de un determinado contrato.*

*Los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, que podemos denominar de justificación teleológica.*

*El primero, exige que toda medida restrictiva del acceso a un contrato público se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto formal, porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad y garantía de previsibilidad de la actuación de los órganos de contratación de las entidades del sector público.*

*El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material, porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad e idoneidad de los concretos*

*requisitos de solvencia, o del compromiso de adscripción de medios personales o materiales, la necesidad de gozar de la fuerza suficiente para enfrentarse a los valores representados por los principios básicos de la contratación del sector público, expresamente recogidos en el artículo 1 TRLCSP.*

*El principio de proporcionalidad requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos, de quienes están llamados a concurrir a una licitación pública, tienda a la consecución de fines legítimos, y sea cualitativa y cuantitativamente adecuada (...)*”.

En este sentido, y conforme a los principios proclamados en el artículo 21 LFCP, la licitación de los contratos, en principio, debe estar abierta a todas las empresas que, por razón de su actividad, puedan realizar la prestación que constituya el objeto del mismo. Razones de eficacia, sin embargo, exigen garantizar que las empresas que concurren a una licitación reúnan los requisitos que les permitan ejecutar el contrato, lo que justifica la exigencia de cumplimiento de los requisitos jurídicos que afectan a la personalidad y capacidad de obrar a que se refieren los artículos 10 y ss del mismo cuerpo legal; resultando que dentro de estos requisitos de solvencia técnica se engloba, precisamente, la posibilidad de exigir determinadas titulaciones en los medios personales que deben intervenir en la ejecución del contrato.

Conviene recordar en este punto, la consolidada jurisprudencia de los Tribunales así como la doctrina de los órganos de resolución de recursos contractuales sobre la limitación de las licitaciones a determinadas titulaciones oficiales. Así, como ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales trayendo a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras Resoluciones, la 160/2011 de 8 de junio, y la 112/2012, de 16 de mayo «(...)frente al principio de exclusividad y monopolio competencial ha de prevalecer el principio de "libertad con idoneidad" (por todas, STS de 21 de octubre de 1987 (RJ 1987,8685), de 27 de mayo de 1998 (1998,4196), o de 20 de febrero de 2012 (JUR 2012,81268)), principio este último coherente con la jurisprudencia del TJUE sobre la libre concurrencia (SSTJUE de 20 de septiembre de 1988 y de 16 de septiembre de 1999), debiendo dejarse abierta la entrada para el desarrollo de determinada actividad, como regla general, a todo título

*facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos que se correspondan con la clase y categoría de las actividades a desarrollar (STS de 10 de julio de 2007 (RJ 2007,6693))».*

En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2009 se afirma lo siguiente: «(...) *Con carácter general la jurisprudencia de esta Sala vienen manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad, pues (...) la jurisprudencia ha declarado con reiteración que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la titulación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido».*

Es importante destacar – tal y como pone de relieve el Acuerdo 123/2016, de 16 de diciembre de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón - que no se trata del reconocimiento de un derecho a la igualdad de todos los profesionales, sino de aquéllos que tienen «la capacidad técnica real para el desempeño de las respectivas funciones», elemento éste que, a falta de previsión normativa, debe ser objeto de un análisis casuístico. En definitiva, la jurisprudencia rechaza el monopolio de competencias a favor de una profesión técnica determinada, al mantener la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un determinado nivel de conocimientos técnicos. Por ello, la reserva competencial a una titulación o profesión debe ser objeto de interpretación restrictiva.

Así pues, y conforme a lo dispuesto en el artículo 14.2.f) LFCP, como requisito de solvencia técnica podrá exigirse que se disponga de la titulación necesaria para la ejecución de los trabajos objeto del contrato, pero no cabe circunscribir tal exigencia a una titulación determinada, cuando existan otra u otras que habilitan para ejecutar los trabajos, toda vez dicha restricción resulta contraria al principio de concurrencia y, por ende, nula de pleno derecho, en la medida en que no concurren circunstancias que, de forma razonable y en atención a las funciones específicas que constituyan el objeto del contrato, justifiquen tal decisión.

Así lo pone de relieve la Sentencia de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de septiembre de 2011, cuando dice que: “(...) -A la Administración corresponde garantizar la solvencia técnica y profesional de los contratos de consultoría y asistencia, como es el objeto del expediente de contratación de referencia, de acuerdo con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, conforme a la cual, la acreditación de la solvencia técnica para aquellos contratos que no sean de obras ni de suministro, podrá realizarse, según el objeto del contrato, por "las titulaciones académicas y profesionales de los empresarios y del personal de dirección de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato" ( art. 19. a) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). Y la exigencia de una titulación determinada, como requisito de solvencia técnica, deberá realizarse, en todo caso, respetando el principio de igualdad y no discriminación (art. 11.1, idem). (...) TERCERO.- La pretensión procesal de la entidad demandante está dirigida a la declaración de nulidad o, en su caso, de anulabilidad del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, que entiende " restringe a equipos consultores de arquitectos, y en los que el jefe del equipo sea un arquitecto y no se incluye a los titulados ingenieros de caminos, canales y puertos que poseen competencias exclusivas sobre la materia, para la dirección de obra y ejecución de una edificación como la que es objeto del contrato: edificio de redes y almacenes, dentro de la zona de influencia portuaria".

La pretensión principal no puede tener acogida, pues no hay norma que ampare esa exclusividad. En principio y de acuerdo con la legislación aplicable. puede ser llevada a cabo la obra de autos, por un ingeniero o un arquitecto. Las disposiciones

*legales vigentes no defieren la competencia específica a una titulación determinada, más allá de los supuestos comprendidos en el art. 2.1 a) de la referida Ley de Ordenación de la Edificación, por lo que en los restantes supuestos se produce una concurrencia competencial entre las habilitaciones de las distintas profesiones, sin otra limitación que la que se desprende de la formación propia de cada una de ellas en función del tipo de obra a realizar. Y así se establece, efectivamente, en la Sentencia de la Sala Tercera de Tribunal Supremo de 10 de julio de 2007, recurso de casación núm. 11542/2004 EDJ 2007/135758 ("...esta Sala ha autorizado y admitido la intervención de distintos profesionales en concurrencia de acuerdo con la naturaleza y contenido de los proyectos a realizar, así en las sentencias de 25 de enero de 1999 y de 31 de diciembre de 1973, citadas en la 16 de febrero de 2005, y confirmadas por la 16 de febrero de 2002...").*

*En conclusión, no existe norma ni base jurídica en este caso, que atribuya la exclusividad que se reclama por la parte recurrente. Pero tampoco la Ley 38/1999 establece para la obra edificatoria de autos una reserva competencial a la titulación de arquitecto, sino que para dicho proyecto por el uso principal al que se va a destinar las obras a proyectar, se reconoce la competencia concurrente de otras titulaciones académicas y profesionales habilitantes con capacidad técnica suficiente, como es el caso de los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos.*

*Tras reconocerse en el presente caso esa competencia concurrente para los Ingenieros de Caminos Canales y Puertos, se trata de dilucidar si dicha titulación académica y profesión tiene capacidad técnica real para el desempeño de las funciones que conlleva el proyecto sometido a licitación. En este sentido la respuesta ha de ser afirmativa. (...)*

*Asimismo citamos la Sentencia de fecha 30 de enero del 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, (ROJ: STSJ CL 229/2009), Recurso: 164/2008 EDJ 2009/35129 : "...la Sala concluye en este extremo afirmando que procede estimar el recurso por cuanto que se considera que al excluir de la licitación en el concurso y contrato de autos a los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos infringe claramente el tantas veces citado art. 11.1 al lesionar los principios de libertad de concurrencia, de igualdad y de no discriminación, ya que si de conformidad con lo ya argumentado en los anteriores fundamentos de derecho y de conformidad con lo establecido en los arts.*

11.2, 15.1, 19 y 197, todos del TRLCAP también, al igual que en los arquitectos, en los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos concurren los requisitos de capacidad y solvencia técnica, así como la compatibilidad reseñada en el citado art. 197 y pese a ello no se permite la licitación de tales titulados no ofrece ninguna duda a la Sala que se están restringiendo de forma infundada e injustificada y sin concurrir datos objetivos tales principios.

Y para corroborar que se produce esa infracción es preciso recordar que según el art. 1.3 de la LOE 38/1999 cuando las Administraciones Públicas actúen como agentes del proceso de la edificación se regirán por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y en lo no dispuesto en la misma por las disposiciones de dicha Ley; y siendo así las cosas venimos reiterando que el TRLCAP impone que los contratos de las Administraciones Públicas se ajustaran a los principios de libertad de concurrencia (salvo excepciones que se prevean en dicha Ley) de igualdad y de no discriminación. Por otro lado, los arts. 196, 197 y 206 de TRCAP no autorizan ni justifican la discrecionalidad que la Administración dice haber utilizado en el presente caso para permitir solo la licitación en el concurso del "arquitecto" colegiado, toda vez que esa elección o discriminación no responde a criterios legales y menos aún a criterios objetivos; la Administración (folio 118 del expediente) insiste en que en atención a la discrecionalidad que le permite el art. 206.12 del TRLCAP se ha decantado en atención al objeto del concurso por los arquitectos, excluyendo a los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. Sin embargo no puede hablarse del ejercicio de una facultad discrecional ajustada a derecho cuando esa opción que verifica la Administración atenta contra los principios de libre concurrencia, igualdad y no discriminación por cuanto que excluye del concurso a unos titulados y profesionales con capacidad técnica y académica reconocida tanto legal y reglamentariamente como jurisprudencialmente para poder ser licitadores del mencionado concurso dado y en igualdad de condiciones que a los arquitectos a los cuales en el presente caso la Ley no les reconoce una competencia exclusiva ni preferente, como ya hemos indicado. Es decir que si tanto a los arquitectos como a los ingenieros de caminos, canales y puertos se les exige los mismos requisitos de capacidad técnica, habilitación legal y compatibilidad para poder ser destinatarios del concurso y contrato de autos, y además en ambos titulados concurren tales requisitos,

*la exclusión de uno a favor de los otros implica una clara discriminación y atentado a los principios de libertad de concurrencia e igualdad, principios, que según el art.11.1 del TRLCAP rigen a modo de principios rectores en la contratación administrativa. Por otro lado, sería más entendible la discrecionalidad de la Administración a la hora de establecer los criterios objetivos en el pliego de condiciones que permitan elegir al mejor contratista, es decir al contratista con mejor y más capacidad y solvencia, pero no parece que en el presente caso estemos ante una discrecionalidad ejercitada con arreglo a derecho cuando de la licitación se excluye no a unos determinados contratistas, sino a todos los técnicos o profesionales con una determinada titulación académica, sobre todo cuando a estos titulados tanto legal y reglamentariamente como su propia titulación les reconoce la capacidad y solvencia técnica para poder ser destinatarios y eventuales licitadores de referido concurso y contrato.*

*Por ello, en este caso no ofrece ninguna duda que la exclusión de la condición de licitadores de los "ingenieros de caminos, canales y Puertos" no puede ser entendido como un ejercicio legítima de una facultad discrecional de la Administración sino del ejercicio de una facultad administrativa que contraviene los principios de libre concurrencia, igualdad, y no discriminación, lo que en aplicación del art. 62.a) del TRLCAP en relación con el art. 62.1.a) de la Ley 30/1992 determina que el concurso objeto de licitación en el presente caso sea nulo por cuanto que al excluir a los ingenieros de Caminos, Canales y Puertos de la posibilidad de ser contratistas o licitadores, se está lesionando derechos y libertades de amparo constitucional, como es el principio de igualdad y no discriminación que en el presente caso y respecto del presente concurso asiste a los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, al igual que dicho derecho también asiste a los arquitectos, únicos contratistas a los que se dirige la Administración demandada. "(...) A tenor de los razonamientos precedentes, acogiendo el pedimento subsidiario contenido en la demanda, debe anularse el apartado "equipo y dedicación" del pliego de prescripciones técnicas particulares, en cuanto fijan como titulación para la Dirección de la Obra exclusivamente el de Arquitectos, con exclusión de los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. En consecuencia se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto anulando por un lado la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto con fecha 22.04-2009, y por otro lado el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares en su apartado "equipo y dedicación",*



*reconociéndose el derecho a los ingenieros de caminos, canales y puertos para poder ser licitadores del citado concurso. Dicha nulidad conlleva los efectos previstos en el art. 35.1 LCA 30/2007, de 30 de octubre”.*

La misma doctrina se recoge en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 193/2011, que razona que “(...) *La entidad convocante ha entendido que la afirmación anterior en el sentido de que los puntos de los pliegos que fueron impugnados eran nulos por resultar restrictivos de la competencia implicaba la necesidad de modificar los mismos en el sentido de suprimir la exigencia de que el autor del proyecto fuera un ingeniero superior aeronáutico o un ingeniero técnico aeronáutico. Tal decisión no puede por menos que considerarse plenamente adecuada al contenido de la resolución ejecutada, pues aparte de coincidir plenamente con la parte dispositiva de la misma, coincide también con los razonamientos de los fundamentos de derecho. En particular el fundamento de derecho quinto en el que se argumenta que `no existe reserva de competencia alguna a favor de los ingenieros aeronáuticos en la que pueda considerarse incluida la redacción de los proyectos de edificación de las terminales aeroportuarias, por lo que, sin excluir la posibilidad de que sean estos profesionales quiénes los elaboren, debe admitirse igualmente la posibilidad de que sean otros los profesionales, entre ellos los arquitectos, que los firmen y aparezcan como sus autores . En conclusión, pues, deben considerarse como cláusulas contrarias al principio de no discriminación a que se refiere el artículo 19 de la ley 31/2007, de 30 de octubre, -Ídem TRLCSP- las que son objeto de la presente reclamación. Por todo ello, el Tribunal debe declarar la nulidad de los dos apartados de los pliegos indicados que deberán ser sustituidos por otros en que no se excluya de la posibilidad de ser autores del proyecto a otros profesionales que puedan estar habilitados legalmente para ello (...)*”

Así las cosas, considerando que tanto los arquitectos técnicos como los arquitectos ostentan capacidad técnica para el desarrollo de las concretas funciones de asesoramiento urbanístico que constituyen el objeto del contrato de asistencia técnica que nos ocupa, y sin perjuicio de la estimación de la reclamación en atención a los motivos referidos en el anterior fundamento de derecho con la declaración de nulidad

de pleno derecho que ello conlleva, este Tribunal advierte que, atendido el concreto objeto del contrato de asistencia técnica que nos ocupa, la limitación de la titulación a los arquitectos técnicos prevista como requisito de solvencia técnica resulta restrictiva y contraria al principio de competencia y, por ende, no resulta ajustada a derecho en la medida en que dicha previsión adolece, igualmente, de vicio de nulidad de pleno derecho conforme a lo dispuesto en los artículos 126.2.a) LFCP en relación con el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En consecuencia, previa deliberación, por mayoría, con el voto particular del Presidente del Tribunal, don Javier Martínez Eslava, y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

#### ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación interpuesta por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro frente a la convocatoria para la contratación de los servicios de aparejador municipal –arquitecto técnico municipal y asesor municipal del Ayuntamiento de Falces, y anular el procedimiento de adjudicación desde el anuncio de licitación, sin posibilidad de convalidación alguna.

2º. Notificar este acuerdo al Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro, al Ayuntamiento de Falces y al resto de interesados en el procedimiento, y acordar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 7 de septiembre de 2017. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, Ana Román Puerta. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.

VOTO PARTICULAR que formula el Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, don Javier Martínez Eslava, al Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro frente a la convocatoria para la contratación de los servicios de aparejador municipal –arquitecto técnico municipal y asesor municipal del Ayuntamiento de Falces.

Como manifesté en el momento de la presentación de la reclamación y, posteriormente, durante la deliberación del Acuerdo, disiento de la decisión mayoritariamente adoptada. Dentro del máximo respeto hacia el parecer de mis compañeras del Tribunal, quiero expresar mi discrepancia con su fundamentación jurídica y con el fallo, que sostengo en virtud de los siguientes fundamentos de derecho:

PRIMERO.- Con fecha 10 de abril de 2017, doña P.L.C. remitió a la dirección de correo electrónico del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra una reclamación en materia de contratación pública frente a la convocatoria anunciada el Portal de contratación de Navarra el día 30 de marzo de 2017, promovida por el Ayuntamiento de Falces para la “*Contratación de los servicios de Aparejador Municipal-Arquitecto Técnico Municipal y Asesor Municipal*”.

Por casusas que no han sido acreditadas, dicha reclamación no se formuló a través del cauce telemático normativamente establecido, pese a que se ha constatado que se produjeron varios intentos por parte de la reclamante de hacerlo por ese medio.

La reclamante, en el correo electrónico remitido el 10 de abril manifiesta lo siguiente: *“Buenos días: Llevo desde el viernes día 7 de abril intentado enviar por el soporte la reclamación que adjunto. Cuando le doy a terminar me sale en medio de la pantalla una rueda dando vueltas y no lo envía. He hablado con el soporte y las indicaciones que me han dado no han tenido éxito. Es por ello y teniendo en cuenta que me fina hoy, que lo tengo que presentar por esta vía.”*

Respecto a estos intentos de acceso al sistema, el Director del Servicio de Sistemas de Información Corporativos de la Dirección General de Informática, Telecomunicaciones e Innovación Pública del Departamento de Presidencia, Función Pública, Interior y Justicia del Gobierno de Navarra, órgano responsable del Portal de Contratación de Navarra, según lo determinado en el Decreto Foral 198/2015, de 9 de Septiembre, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Presidencia, Función Pública, Interior y Justicia, informa con fecha 31 de mayo de 2017 lo siguiente:

*“- Que la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, cuya dirección es*

<https://hacienda.navarra.es/reclamaciones/mtoreclamaciones.aspx>,

*utiliza un sistema de control de acceso y representación gestionado por Gobierno de Navarra cuya auditoría ha sido revisada y se ha detectado que el usuario (reclamante) permaneció activo y de forma reiterada en la aplicación desde las 9:55 horas del día 7/4/2017 hasta las 17:44 horas del día 8/5/2017, detectándose un total de 6.340 interacciones con el sistema de control de acceso y representación.*

*- Que el problema para realizar la presentación de la reclamación por parte la usuaria P.L.C. entre el 7/4/2017 y 8/5/2017 a través de la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, cuya dirección es*

<https://hacienda.navarra.es/reclamaciones/mtoreclamaciones.aspx>

*encajaría en un problema técnico de configuración de la máquina del usuario (navegador de Internet, J... -un lenguaje de programación concreto-, vista de*

*compatibilidad...), ya que dependiendo de los navegadores de Internet utilizados por los usuarios y de sus versiones, en determinados casos es necesario realizar diferentes acciones por parte del usuario sobre su navegador de Internet para que el canal de envío seguro, utilizado por la aplicación web de Presentación de reclamaciones funcione correctamente.*

*En resumen, los sistemas que soportan la aplicación web del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de Reclamaciones han funcionado correctamente en el periodo comprendido entre las 9:55 horas del día 7/4/2017 y las 17:44 horas del día 8/5/2017, habiendo de tenerse en cuenta, en todo caso, que los sistemas telemáticos se ofrecen utilizando diversos componentes tecnológicos y en ocasiones, en función de los navegadores que esté utilizando el usuario y de sus versiones, puede requerir realizar determinadas configuraciones que pueden implicar cierta complejidad y, al respecto, se ha comprobado que el usuario (reclamante) estuvo intentando realizar el trámite administrativo de forma ininterrumpida, durante el periodo de tiempo citado.”*

Es decir, queda acreditado que la reclamante intentó acceder al sistema de presentación de reclamaciones del Portal de Contratación de Navarra y, al no conseguirlo, desistió y envió la reclamación a una dirección de correo electrónico totalmente ajena al sistema normativamente establecido.

SÉGUNDO.- Dispone el artículo 212.1 de la LFCP que la reclamación en materia de contratación pública se presentará telemáticamente en el Portal de Contratación de Navarra, ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, conforme a las prescripciones que se determinen reglamentariamente.

A estos efectos, el Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre establece en los apartados 1 y 3 de su artículo 12 que los interesados podrán acceder al Portal de Contratación a través del Portal de Navarra ([www.navarra.es](http://www.navarra.es)) o directamente a través de “[www.contrataciones.navarra.es](http://www.contrataciones.navarra.es)” y que el acceso al Portal se realizará de forma que se garantice un control de la autenticación de los usuarios, aplicando modos de acceso estandarizados con un nivel de seguridad alto e integrable en los sistemas de autenticación de la infraestructura del Gobierno de Navarra. Tras la autenticación se

realizará la autorización de los usuarios utilizando, en lo posible, las metodologías implantadas en el Gobierno de Navarra.

El apartado 2 del citado artículo determina que *“El uso del Portal supone la aceptación incondicional de las condiciones de su utilización”*.

Por tanto, de acuerdo con lo señalado en el artículo 212.1 de la LFCP, el único medio válido para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra es el cauce telemático establecido en el Portal de Contratación de Navarra. En el citado artículo se fija una vía especial regulada con carácter preceptivo para la tramitación de las reclamaciones, sin que en ningún caso puedan considerarse como una vía alternativa los registros administrativos, electrónicos u ordinarios, propios del Gobierno de Navarra o ajenos, que sirven de puerta de entrada de documentación para la tramitación en otros procedimientos de impugnación ordinarios, o cualquier otro medio como el correo postal, la mensajería o el correo electrónico. En coherencia con ello, la LFCP establece como causa de inadmisión de la reclamación (artículo 213.3.f), la presentación de la misma fuera del cauce telemático establecido en esta Ley Foral.

Como hemos significado en anteriores acuerdos (por todos el Acuerdo 13/2017, de 22 de marzo) la pretensión de la LFCP es diseñar un procedimiento ágil de recurso frente a las decisiones de las entidades adjudicadoras de contratos públicos. Para ello el legislador navarro ha optado por emplear como instrumento la tramitación enteramente telemática del procedimiento a través del Portal de Contratación de Navarra, no como un derecho, sino como una obligación de los intervinientes en el mismo. Por ello, no cabe admitir opciones sobre la forma de presentación, salvo cuando se acredite que ha existido un error técnico y, consecuentemente, la presentación por otro medio que no sea el cauce electrónico del Portal de Contratación de Navarra debe conllevar ineludiblemente la inadmisión, sin posibilidad alguna de subsanación.

Los restantes tribunales administrativos de recursos en materia de contratación pública, han mantenido una posición unánime al respecto. Sin carácter exhaustivo, así lo

confirman la Resolución 232/2012, de 24 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que inadmite por extemporáneo un recurso que se presentó en otro registro y entró extemporáneamente en el registro del Tribunal; la Resolución 105/2013, de 7 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía; las Resoluciones 23/2012, de 8 de noviembre, y 26/2012 de 5 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León y el Acuerdo 15/2012, de 27 abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Como se ha informado por el Director del Servicio de Sistemas de Información Corporativos de la Dirección General de Informática, Telecomunicaciones e Innovación Pública, la reclamante intentó acceder al sistema electrónico de reclamaciones sin conseguirlo.

También se ha informado que el problema para realizar la presentación de la reclamación por parte del usuario encajaría en un problema técnico de configuración de la máquina del usuario (navegador de Internet, J... -un lenguaje de programación concreto-, vista de compatibilidad...), ya que dependiendo de los navegadores de Internet utilizados por los usuarios y de sus versiones, en determinados casos es necesario realizar diferentes acciones por parte del usuario sobre su navegador de Internet para que el canal de envío seguro, utilizado por la aplicación web de presentación de reclamaciones funcione correctamente.

Finalmente, el Director del Servicio también informa:

- Que la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, permaneció operativa el día 7/4/2017 desde las 9:55 horas, (momento en el que la reclamante P.L.C. inició la presentación telemática de su reclamación) hasta las 17:44 horas del día 8/5/2017 (momento en el que el reclamante realizó el último intento de la presentación de la reclamación a través de la aplicación web, contra la licitación correspondiente a la “Contratación de los servicios de Aparejador Municipal – Arquitecto Técnico

Municipal y Asesor Municipal” promovida por el Ayuntamiento de Falces), ya que en ese periodo no se muestran errores o excepciones que indiquen problemas de infraestructura ni en los servidores WEB ni de Base de datos, en los que se encuentra desplegada dicha aplicación web.

- Que la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, utiliza un canal seguro gestionado por Gobierno de Navarra para la incorporación de los documentos aportados por los reclamantes y no hay registrados envíos, ni fallidos ni correctos, para el canal para el usuario P.L.C., NIF= 33427347K durante los días comprendidos entre el 7/4/2017 y 8/5/2017.

En nuevo informe del mismo órgano, emitido a requerimiento del Tribunal con fecha 29 de junio, se expresa lo siguiente:

*“Los problemas que experimentan en general las empresas no son causados por versiones concretas de los navegadores, o requisitos técnicos que no tiene configurados previamente (esas cuestiones las saben resolver más o menos rápidamente los técnicos de soporte), sino por configuraciones de J... (un lenguaje de programación concreto), que afectan de modo parecido a todos los navegadores (aunque no exactamente de la misma manera, y en cada caso, la forma de solución es diferente).*

*El problema se centra en la firma mediante certificado. Firmar con certificado implica ejecutar programas en el puesto de trabajo del usuario, aunque a aplicación sea web y sea suficiente con un navegador en general, la firma con certificado (todas las operaciones criptográficas) se basan en leer un certificado que está en el puesto de trabajo, y ejecutar un algoritmo complejo de cifrado; para ello, la tecnología habitual hoy en día es ejecutar un applet de J..., que es una pequeña aplicación que se descarga automáticamente en el puesto y se ejecuta. Desde que O.....(una empresa) se ha hecho cargo de J... (antes lo mantenía la empresa S..., pero O..... compró S..), la seguridad de esta tecnología ha ido cayendo, de modo que muchos virus aprovechan estos mecanismos para propagarse a los puestos de trabajo (y las versiones de J... no*



*responden lo suficientemente rápido a estos problemas de seguridad que se detectan); la respuesta de las empresas propietarias de los navegadores (o de las comunidades en el caso de navegadores de software libre) ha sido la de restringir la ejecución de programas j..., si el puesto de trabajo (el navegador, las versiones de J..., etc.) no está configurado con un nivel de seguridad aceptable. Y como siempre sucede, más seguridad, implica restringir funcionalidad (si no tienes la llave correcta, no puedes abrir la puerta). Por ejemplo, una de las posibles configuraciones es no permitir ejecutar versiones de J... si no son la última (y sale una nueva versión de J... 5-6 veces al año o más).*

*Por tanto, no es una cuestión técnica sencilla de resumir, ni fácil de actualizar. No es tan simple como versiones concretas de un navegador o de otro, sino configuraciones de seguridad de todo el conjunto, del puesto de trabajo, de las versiones de J... instaladas, y de las configuraciones concretas del navegador en relación a la seguridad y la ejecución de programas (applets) de J... (estas configuraciones en concepto son parecidas, pero en cada navegador, y a veces según versiones, se hacen de modo diferente).*

*Es decir, recalco: no es un problema del portal de contratación, que no se haya hecho compatible con determinados navegadores, y por tanto podamos resumir diciendo que con tales navegadores funciona y con otros no; es un problema de seguridad de J..., culpa de O....., que como no es capaz de resolverlo de manera ágil, son los diferentes navegadores quienes protegen a los usuarios siendo muy restrictivos en la ejecución de programas J... y eso dificulta la firma de certificados, que hoy por hoy se basa en esas tecnologías (no en gobierno de Navarra, sino en todo el mundo). A veces se resuelve actualizando a la última versión de J... (que en un puesto de trabajo de una empresa no es trivial, y puede afectar a otras aplicaciones), cambiando configuraciones de los navegadores para permitir ejecuciones (cuando es posible), a veces es necesario hacer ambas cosas en conjunto, y además, lo que hoy te funciona o has arreglado, cambian la versión de J..., o cambia la manera de trabajar del navegador, y mañana te deja de funcionar, y es complejo y costoso encontrar el problema y la solución), pero la solución no suele ser sencilla y rápida de aplicar (y*

*normalmente requiere de que la persona que esté delante del ordenador tenga conocimientos informáticos avanzados, no vale con lo que le diga un operador por teléfono).*

En el caso que nos ocupa la reclamante intentó presentar la reclamación. Después, sin conseguirlo y no por problemas de la aplicación o del sistema general del Portal de Contratación de Navarra sino por problemas generados en su propio equipo informático que no pudo o supo resolver, decidió enviar un mensaje de correo electrónico a una dirección ajena al sistema de reclamación normativamente establecido, adjuntando el escrito de reclamación.

CUARTO.- La reclamación en materia de contratación pública es un medio de impugnación de carácter potestativo y sustitutivo de otros recursos (artículo 210.6 de la LFCP). Por ello, el interesado, a fin de oponerse a una decisión adoptada en un procedimiento de licitación de un contrato que le excluya de la licitación o perjudique sus expectativas, bien puede optar por uno de los recursos establecidos en la normativa reguladora del procedimiento administrativo (alzada o reposición) o bien puede interponer la reclamación ante este Tribunal, en cuyo caso le estará vedada la interposición simultánea de cualquier otro recurso administrativo basado en el mismo motivo (artículo 210.6 in fine de la LFCP).

Es al interesado a quien corresponde elegir el medio de impugnación que prefiera pero, no obstante, si escoge la reclamación ante este Tribunal, deberá ajustarse al procedimiento establecido ya que, como hemos significado, la norma que regula estos procedimientos (Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre) determina que el uso del Portal *“supone la aceptación incondicional de las condiciones de su utilización”*.

En consecuencia, si el sistema electrónico de reclamación funciona correctamente, tal y como se regula en la norma, el interesado nunca podrá alegar indefensión si no es capaz o no realiza el esfuerzo técnico o material necesario para utilizar el procedimiento electrónico, teniendo a su disposición, además, los demás medios de impugnación establecidos en el ordenamiento jurídico.

A todo esto se debe añadir que las normas que rigen el acceso a los recursos son de carácter imperativo (de orden público), no disponibles para las partes ni para el órgano que debe resolverlos. El examen de su observancia no está condicionado a la alegación de parte y puede el Tribunal apreciar de oficio la concurrencia de una causa que impida la admisión del recurso (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2005), por lo que es obligado examinar en fase de decisión la pertinencia de la formulación del recurso (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008).

Finalmente, siendo la regla de la posibilidad de subsanación la que debe presidir todo procedimiento, en un procedimiento especial con una regulación también especial, como es el caso, no resulta de aplicación en este punto la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Todo ello presidido por la especial celeridad perseguida.

Por ello, la reclamación debió ser inadmitida, como también debe ocurrir con cualquier otra que se interponga fuera del cauce telemático dispuesto por la norma (sea en papel, a través de los diversos registros, por correo electrónico, por fax, etc.).

En conclusión, reiterando previamente el profundo respeto que me merece la opinión de mis compañeras del Tribunal, debo manifestar mi oposición al Acuerdo adoptado.

Pamplona, 7 de septiembre de 2017. EL PRESIDENTE. Javier Martínez Eslava.