



Recurso nº 510/2020 C. Valenciana 135/2020

Resolución nº 853/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 24 de julio de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. A. Q. C., contra los Pliegos que han de regir el contrato de la *“Prestación de servicio de procuradores en la representación procesal de Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana en los procedimientos judiciales”*, expediente 20/037, convocado por la Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La entidad Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana, anunció en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 20 de mayo de 2020, la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato arriba indicado, con un valor estimado que asciende a 240.000 euros, y dividido en tres lotes.

Segundo. Se trata de un contrato de Servicios, cuyo CPV es 79112000: Servicios de representación jurídica. El valor estimado del contrato se cifra en 240.000 euros y el plazo de ejecución es de 3 Años. El objeto del contrato consiste en la representación procesal de la entidad Ferrocarrils de las Generalitat Valenciana en los procedimientos judiciales que se encomienden al adjudicatario por los Servicios Jurídicos de dicha entidad.

Tercero. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), en aplicación de



la Disposición Adicional cuarta de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública.

Cuarto. La entidad contratante remitió el expediente de contratación acompañado del informe al recurso el día 12 de junio de 2020.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento de contratación, en fecha 16 de junio de 2020, para que presentaran las alegaciones que a su derecho conviniera, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite.

Sexto. La Gerencia de FGV resuelve, el día 6 de julio de 2020, desistir del procedimiento de adjudicación del contrato objeto de este recurso especial, de conformidad con el artículo 152.4 de la LCSP, con base en la infracción no subsanable del artículo 147 LCSP al fijar los criterios de desempate. El desistimiento del contrato fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 9 de julio e incorporado al expediente remitido al TACRC el día 21 de julio.

Séptimo. Disconforme con el contenido de los Pliegos, D. A. Q. C. basa el recurso en los siguientes motivos de impugnación: 1) Disconformidad a derecho de la Cláusula Tercera del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) en tanto que impide el uso de la sustitución entre procuradores cuando la misma opere de forma abusiva o en fraude de ley; 2) Disconformidad a derecho de la Cláusula 4 del PPT, toda vez que perfila como criterio de adjudicación del contrato el descuento general sobre el arancel que los licitadores establezcan en sus ofertas, si bien, no establece ni especifica que ha de operar la limitación de descuento de 12 puntos porcentuales que recoge el artículo 2 del Real Decreto 1373/2003 de 7 de noviembre por el que se aprueba el arancel de derechos de los Procuradores de los Tribunales; 3) Inadecuación a derecho del criterio de desempate establecido en el apartado M del Cuadro del Pliego de Cláusulas administrativas (en adelante PCAP), en tanto que fija



que en caso de empate, el primer criterio a aplicar será el del mayor número de pleitos en el ámbito de transporte.

Octavo. El órgano de contratación en la emisión del correspondiente informe al recurso, de fecha 12 de junio de 2020, y tras efectuar una serie de consideraciones, solicita que se tenga por comunicado a este Tribunal el anuncio de desistimiento a la continuación del expediente de contratación, al objeto de corregir el error padecido en lo referente a los criterios de desempate (atinente a la impugnación del cuadro del PCAP). En cuanto a la impugnación de la cláusula Tercera del PPT sostiene su adecuación a derecho: y en lo tocante a la impugnación de la cláusula Cuarta del PPT, manifiesta que la impugnación efectuada por el recurrente no se aparta del contenido de los pliegos pues la interpretación que hace el órgano de contratación es la de que los procuradores que concurran a la licitación conocen las normas arancelarias de obligado cumplimiento, las cuales establecen un límite del 12 puntos porcentuales de descuento en los aranceles, por lo que no resultarían admisibles descuentos ofrecidos por los licitadores por debajo de lo establecido en la norma imperativa. Destaca el informe del órgano de contratación que este extremo ya fue aclarado en una de las preguntas de los licitadores en la plataforma.

Noveno. Con fecha 16 de junio de 2020, la secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que alegaran lo que a su derecho conviniera, sin que se hayan presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El régimen jurídico aplicable al contrato que nos ocupa viene determinado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) en aplicación de la Disposición Adicional cuarta de la Ley 31/2007 antedicha.



Segundo. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y el Convenio celebrado con la Comunidad Valenciana publicado en el BOE de fecha de 17 de abril de 2013.

Tercero. El recurso ha sido presentado en el registro del Tribunal en fecha 9 de junio de 2020, y, por tanto, en el plazo de quince días a contar desde la publicación del Anuncio en el que se contienen los Pliegos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.1 b) LCSP.

Cuarto. El acto recurrido es susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1.a) y 44.2 a) de la LCSP, al referirse a los pliegos que rigen la contratación, versar sobre un contrato cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, y haber sido convocado por una Entidad Pública empresarial con la condición de poder adjudicador.

Quinto. En cuanto a la legitimación, el artículo 48 de la LCSP establece que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*. Por tanto, el recurrente ostenta dicha legitimación, por tratarse de un procurador que, por razón de la actividad que desarrolla, podría estar interesado en participar en la licitación (vid. entre otras, Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 498/2013).

Sexto. Consta en el expediente el desistimiento del procedimiento de adjudicación por parte de la entidad contratante, tal y como se ha referido en el antecedente de hecho sexto de esta resolución, con base en la infracción no subsanable del artículo 147 LCSP al fijar los criterios de desempate. El recurso especial en materia de contratación ha resultado privado de su objeto de forma sobrevenida, debiendo ser inadmitido. No obstante, se abordará el fondo del asunto, *obiter dicta*.



Séptimo. El primer motivo de impugnación se refiere a la Cláusula Tercera del PPT del contrato, en tanto que, según el recurrente, impide el uso de la sustitución entre procuradores cuando la misma opere de forma abusiva o en fraude de ley.

Corresponde en primer lugar, comprobar los términos en los que está redactada la cláusula impugnada: “3. SERVICIOS A REALIZAR”. Comienza la Cláusula estableciendo que *“Además de la función general consistente en la representación procesal de FGV, los servicios a realizar comprenderán las siguientes prestaciones: (...)”*, y enumera 14 prestaciones unas con mayor concreción, y otras de forma más genérica. Para a continuación fijar la especificación objeto de controversia:

“Por otro lado, la subcontratación no procede dado que, las cualidades técnicas y personales del contratista son determinantes para la ejecución del contrato.

No obstante, sí se admite el uso con carácter excepcional de la figura de la sustitución profesional que deberá utilizarse con el más absoluto respeto, especialmente en los artículos 25 y 26.2.9º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), los artículos 29 y 39 d) del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España y, los artículos 9 y 28.bis del Código Deontológico de los Procuradores de los Tribunales.

A tal efecto se considerará ejercicio abusivo o en fraude de ley de tal derecho, el uso de la sustitución continuada en el tiempo y extendida por norma a todas las comparecencias y actuaciones personales en un mismo procedimiento judicial entre las que se encuentran a título ilustrativo, la de acudir a los Juzgados y Tribunales ante los que se ejerza la profesión, a las salas de notificaciones y servicios comunes durante el periodo hábil de las actuaciones, así como la de realizar los actos de comunicación (incluyendo lo que deban practicarse personalmente) y demás actos de cooperación con la administración de justicia que su representado le solicita o que se acuerden en el transcurso del procedimiento.



Asimismo, ese uso ocasional deberá preservar el más absoluto respeto a la normativa de protección de datos de carácter personal y en todo caso la confianza que debe imperar en el contrato de mandato representativo a partir del momento en que se produzca la adjudicación.”

AQC entiende que esta cláusula entraña una limitación al derecho de sustitución entre procuradores que no resulta admisible que atenta contra el derecho a la libre competencia. Sin embargo, este Tribunal no aprecia que la forma en la que se perfila la posibilidad de sustitución entre procuradores en la cláusula transcrita conculque el ordenamiento jurídico y con ello, la posibilidad de sustitución entre procuradores contenida en el artículo 543 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985.

Ya avanzó este Tribunal en la Resolución 1251/2019, que *“Por otro lado, la figura de la sustitución entre Procuradores, amparada por el artículo 29 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, aprobado por Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, ha de verse como un instrumento de uso excepcional, que permita solventar la imposibilidad puntual de atender al mismo tiempo la práctica de diligencias que han sido señaladas para igual fecha y hora en distintos órganos judiciales, y no hubiera sido posible suspender o aplazar alguna de las actuaciones judiciales por causa ajena a la voluntad de las partes. En estos casos, la sustitución es posible incluso cuando el procurador sustituto no se encuentre facultado en el apoderamiento del procurador sustituido, ni tampoco que el procurador sustituido acredite la necesidad de la sustitución. Sin embargo, la sustitución no puede ser empleada como medio habitual de ejecución del contrato de prestación de servicios de representación procesal que se licita por el órgano de contratación, pues se eludiría el resultado que persigue la prohibición de subcontratación que impone la cláusula I del cuadro de características del Pliego, en claro fraude del Ley (art. 6.4 del Código Civil). Acudir a la figura de la sustitución como medio habitual de actuación profesional sería en la práctica la realización de una actuación equivalente a la subcontratación, dado que, el procurador sustituto puede tener derecho a ser retribuido por el adjudicatario, al igual que el subcontratista por el contratista principal, y ello porque, según el artículo 29 del Estatuto*



General de los Procuradores de los Tribunales de España, la sustitución se rige por las normas del contrato de mandato contempladas en el Código Civil, el cual, en el artículo 1711 párrafo segundo, dice: “si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a los que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo”

En cuanto al marco normativo de la sustitución entre procuradores. efectivamente, el derecho de sustitución se ampara principalmente en el art. 543.4 de la LOPJ, en los artículos 25, 26 de la LEC y en el artículo 29 del Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España. Establece este último: Sustitución del procurador en determinadas actuaciones:

“Los procuradores podrán ser sustituidos, en el ejercicio de su profesión, por otro procurador de la misma demarcación territorial, con la simple aceptación del sustituto, manifestada en la asistencia a las diligencias y actuaciones, en la firma de escritos o en la formalización del acto profesional de que se trate. Para que opere la sustitución entre procuradores no es necesario que el procurador sustituto se encuentre facultado en el apoderamiento del procurador sustituido, ni que el procurador sustituido acredite la necesidad de la sustitución. En todo caso, las sustituciones de procuradores se registrarán por las normas de contrato de mandato contempladas en el Código Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

Este derecho ha de ejercitarse conforme a las consignas marcadas por el Código Deontológico de los Procuradores aprobado por el Consejo General de Procuradores de España, que principian por imponer su debido cumplimiento a los colegiados. Así, su artículo 3 dispone:

“Obligación de conocimiento. Todos los procuradores colegiados tienen la obligación de poseer un exacto conocimiento de las presentes Normas Deontológicas de Actuación Profesional. Su ignorancia, en ningún caso podrá alegarse como excusa para el correcto cumplimiento de lo que en ellas se establece. Su infracción será objeto de sanción disciplinaria.”



Y así, sus artículos 9 y 28 bis establecen que:

“Artículo 9.-Del ejercicio abusivo o en fraude de ley de la sustitución profesional. Se prohíbe el ejercicio abusivo o en fraude de ley del derecho de sustitución profesional, cuando éste comporte un incumplimiento de las obligaciones y deberes del Procurador o de las funciones de representación procesal o y auxilio con los órganos jurisdiccionales previstas en la Ley, los Estatutos Generales o el Código Deontológico.

Artículo 28.bis.-Encubrimiento o colaboración con el ejercicio abusivo o en fraude de ley del derecho de sustitución profesional. Ningún Procurador podrá encubrir con su actuación o firma un comportamiento ilegal o contrario a los deberes profesionales de otros Procuradores. Particularmente, se abstendrá de colaborar, amparar o tolerar el ejercicio abusivo o en fraude de ley del derecho de sustitución profesional de otro procurador, cuando comporte un incumplimiento de sus obligaciones y deberes o de las funciones de representación procesal o de colaboración y auxilio con los órganos jurisdiccionales.”

Por ello, se aprecia que la cláusula Tercera del PPT no pugnaría con los límites que al ejercicio abusivo del derecho de sustitución establece el propio Código Deontológico al que todos los licitadores, por su colegiación, se deben.

Lo que contiene la cláusula impugnada no es una limitación del derecho de sustitución sino una delimitación y concreción de lo que constituye en esta institución un abuso de derecho, abuso de derecho que se proscribe en general en el artículo 7 del Código Civil al establecer que *los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*, y que *la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo*. Por ello, tal delimitación es conciliable con las necesidades del órgano de contratación.

Con la cláusula impugnada no se intenta excluir de forma artificiosa a los licitadores; se trata de que sean los licitadores los que efectivamente presten el servicio, ya sea



telemáticamente, cuando el desarrollo de la actividad profesional lo aconseje o exija, ya sea presencialmente en el resto de los supuestos de actuación procesal. Se trata de una limitación además conciliable con la voluntad del órgano de contratación de mantener un control sobre la identidad de los procuradores que prestarán el servicio, pues se prohíbe en el pliego la subcontratación. Lo que además se presenta como una exigencia admisible a la vista del tipo de servicio objeto de contratación pues el servicio de procuraduría descansa en el contrato de mandato, el cual se funda en la confianza mutua de los contratantes.

Por ello, este motivo no hubiera prosperado.

Octavo. Como segundo motivo de impugnación, AQC invoca que la Cláusula 4 del PPT es contraria a derecho toda vez que perfila como criterio de adjudicación el descuento general sobre el arancel que los licitadores establezcan en sus ofertas, si bien, no establece ni especifica que ha de operar la limitación de descuento de 12 puntos porcentuales que recoge el artículo 2 del Real Decreto 1373/2003 de 7 de noviembre por el que se aprueba el arancel de derechos de los Procuradores de los Tribunales.

La cláusula en cuestión establece:

“4. HONORARIOS PROFESIONALES

El profesional que reciba el encargo irá minutando pleito a pleito, debiendo controlar los Servicios Jurídicos de FGV, que la facturación en cómputo anual no supera el límite establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas.

El abono de las minutas emitidas por el profesional adjudicatario se realizará conforme a lo establecido a la normativa arancelaria de los procuradores de los Tribunales de España, quedando expresamente excluida la facturación de cualquier gasto de kilometraje, dietas, desplazamientos, hospedaje y similares que pudiera ocasionar el servicio.



El profesional presentará facturas de carácter trimestral por importe global correspondiente a los servicios de representación procesal realizados a la finalización del procedimiento judicial en la primera instancia, y en su caso los finalizados subsiguientes recursos.

Sobre este arancel se ofertará un porcentaje de descuento general. De esta forma, aquellos procuradores que no oferten baja alguna sobre dicho arancel obtendrán "0" puntos y obtendrán "100" puntos el licitador que realice la mayor baja, valorándose el resto de ofertas de forma proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula: puntuación = 100 por "baja ofertada, dividido entre mayor baja ofertada. Se entiende por baja el porcentaje general de descuento sobre el arancel vigente, ofertado por el licitador (sin impuestos, sin IVA)."

La baja en el porcentaje de descuento forma parte nuclear de los criterios de adjudicación a tenor de lo recogido en el apartado H del Cuadro de características del PCAP, que fija los siguientes criterios de adjudicación del contrato:

"Criterios de adjudicación sobre 100 puntos:

Evaluables por juicio de valor: hasta 0 puntos.

Evaluables de forma automática: hasta 100 puntos".

De tal suerte resulta que el porcentaje de descuento sobre los aranceles es el único criterio de adjudicación. Y al efecto, los licitadores han de presentar, en el modelo recogido en el Anexo III-a que acompaña a los Pliegos, la siguiente declaración que conforma sus respectivas ofertas: *"Se comprometo, a tomar a su cargo la ejecución los trabajos con estricta sujeción a los expresados requisitos y condiciones, para los AÑOS, por el precio que se fije en las disposiciones arancelarias vigentes con una disminución de ---puntos porcentuales (redondear 2 decimales). Asimismo, se comprometo a no minutar en ningún*



caso cualquier gasto, por dietas, Kilometrajes, hospedaje y similares que pudiera ocasionar la prestación de los servicios.”

Se concluye con ello, que el descuento que se fije sobre los aranceles se constituye como elemento determinante de las ofertas.

Desde el punto normativo, el artículo 2 del RD 1373/2003 por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales dispone:

“Artículo 2. Incremento y disminución del arancel

Los derechos de arancel podrán ser objeto de un incremento o una disminución de hasta 12 puntos porcentuales cuando así lo acuerde expresamente el procurador con su representado para la determinación de los honorarios correspondientes a su actuación profesional.”

Lo cierto es que, partiendo de una interpretación sistemáticas de los pliegos, el apartado Tercero del PPT “Servicios a realizar” establece la obligación de los licitadores de:

“13. Cumplir con las normas deontológicas exigibles a los procuradores de los Tribunales de España.

14. Todas aquellas obligaciones y responsabilidades que deriven del Real Decreto 1281/2002 por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España o norma que lo sustituya.” Y que el artículo 2 transcrito contiene una disposición general imperativa aplicable con independencia del contenido de los Pliegos. Asimismo, el órgano de contratación ha interpretado la cuestión de fondo planteada por el recurrente, en el sentido de afirmar la imposibilidad de aceptar ofertas que presenten un descuento superior a 12 puntos porcentuales; por otra parte, asiste la razón a la entidad contratante cuando sostiene el más que seguro conocimiento de tales normas por los procuradores que concurran a la licitación y la imperatividad en lo tocante al límite del 12 % de descuento.



Por ello, el motivo no hubiera prosperado, sin perjuicio de que el órgano de contratación pueda mejorar la precisión del PPT incluyendo expresamente este límite.

Noveno. Como último motivo de impugnación, sostiene el recurrente que no resulta ajustado a derecho el criterio de desempate establecido en el apartado M del Cuadro del Pliego de Cláusulas administrativas, en tanto que fija que, en caso de empate, el primer criterio a aplicar será el del mayor número de pleitos en el ámbito de transporte.

Así, establece dicho apartado M:

“Apartado M del Cuadro resumen del Pliego de cláusulas administrativas:

2) Igualdad de proposiciones. Se modifica los criterios a aplicar en caso de empate en la puntuación global, de la cláusula 3.3.2, incluyéndose como primer criterio a aplicar el de mayor número de pleitos en el ámbito del transporte. En caso de empate, la justificación será solicitada por FGV.”

Esta previsión excepciona los criterios de desempate recogidos en la cláusula 3.3.2 del PCAP que establece:

“3.3.2. Igualdad de proposiciones

Si dos o más proposiciones coincidieran en la puntuación global, siendo éstas las más ventajosas, tendrá preferencia la proposición de aquella empresa que acredite a instancias de FGV alguna de las siguientes condiciones sociales o de igualdad; y por este orden:

- Las que acrediten un mayor porcentaje de trabajadores discapacitados, o en situación de exclusión social, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.



- Las que acrediten menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla.
- Las que acrediten un mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla.

En última instancia la propuesta de adjudicación se realizará mediante sorteo.”

Como es de ver, los criterios que recoge el apartado 3.3.2 del PCAP son los que precisa el artículo 147.2 de la LCSP, como supletorios de aplicación general, en defecto de previsión en los pliegos.

El órgano de contratación ha manifestado en su informe que la excepción que contiene el Cuadro obedece a un error, y que su voluntad es la de desistir del procedimiento de contratación –como luego así ha sucedido- para corregir y consignar los criterios previstos en el artículo 147 de la LCSP; Se aprecia también por este Tribunal que este criterio de desempate no está vinculado al objeto del contrato. De no haberse acordado y publicado en el perfil de contratante el desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato, procedería estimar el recurso en este punto y acordar la supresión de la previsión del Cuadro de características, del criterio de desempate; de modo que operaran los criterios de desempate que con carácter general contiene la cláusula 3.3.2 del PCAP o los que pudieran fijarse respetando el artículo 147 LCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir por pérdida sobrevenida de objeto el recurso interpuesto por D. A. Q. C., contra los Pliegos que han de regir el contrato de la “*Prestación de servicio de procuradores en la representación procesal de Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana en los procedimientos judiciales*”, expediente 20/037, convocado por Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.