



Roj: **STS 992/2025 - ECLI:ES:TS:2025:992**

Id Cendoj: **28079130032025100036**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **11/03/2025**

Nº de Recurso: **7303/2021**

Nº de Resolución: **267/2025**

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

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATS 14746/2022,**
STS 992/2025

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 267/2025

Fecha de sentencia: 11/03/2025

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7303/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/03/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por: MAB

Nota:

R. CASACION núm.: 7303/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 267/2025

Excmos. Sres.

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José Luis Gil Ibáñez

D.ª Berta María Santillán Pedrosa

D. Juan Pedro Quintana Carretero

D.ª María Pilar Cancer Minchot

En Madrid, a 11 de marzo de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 7303/2021 interpuesto por la entidad MULTIANAU, S.L., representada por el procurador D. Ignacio de Anzizu Pigem y defendida por el letrado D. Salvi Pagés Cuspinera, contra el auto de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de junio de 2021 que desestima el recurso de reposición dirigido contra auto de la misma Sala y Sección de 29 de enero de 2021 resuelve el incidente de inejecución de la sentencia 182/2020 dictada en el recurso contencioso-administrativo 198/2017. Se ha personado como parte recurrida el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, representado por el procurador D. Vicente Ruigómez Muriedas y defendida por el letrado D. Rafael Herrero Iturriaga.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia nº 182/2020, de fecha 21 de enero de 2020 (recurso contencioso-administrativo 198/2017) en cuya parte dispositiva se acuerda:

<< FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

1º.- Estimar en parte el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por MULTIANAU SL contra la resolución de fecha 4 de abril de 2017 del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic que estimó el recuso especial en materia de contratación interpuesto por OPTIMA y que se amplió el presente recurso a la resolución de fecha 25 de mayo de 2017 del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona por el que se acuerda modificar la adjudicación del contrato de servicios de limpieza y recogida selectiva de los edificios y locales municipales adscritos a las gerencias y distritos del Ayuntamiento de Barcelona (Lotes 1 a 10), expediente de contratación 1/17, contrato 16002928, dictado en ejecución de la anterior resolución, resoluciones que se anulan por ser contrarias a derecho, ordenando i la retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración de las ofertas presentadas, excluyéndose la realizada por OPTIMA FACILITY SERVICES SL para que se formule una nueva adjudicación.

2º.- No hacer imposición de costas>>.

Por el Ayuntamiento de Barcelona se promovió incidente de inejecución de la referida sentencia. Tal incidente fue resuelto por auto de la Sección 5ª de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de enero de 2021 en cuya parte dispositiva se acuerda:

<< Hemos resuelto: Estimar el incidente de inejecución de sentencia planteado por la representación del Ayuntamiento de Barcelona, declarar la inejecución de la sentencia dictada en estas actuaciones y denegar la pretensión de la actora en cuanto a la condena del Ayuntamiento citado a abonarle la indemnización correspondiente por los daños sufridos>>.

De la fundamentación jurídica del auto interesa reproducir aquí los siguientes fragmentos:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- [...]

Como se ha adelantado, la sentencia dictada en estas actuaciones estimó parcialmente el recurso, anuló las resoluciones impugnadas y dispuso la retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración de las ofertas presentadas a los efectos de una nueva valoración excluyendo la realizada por "Optima Facility Services SL", adjudicándose los contratos nuevamente.

Las circunstancias a considerar son las siguientes:

- En fecha 13 de julio de 2016 del Ayuntamiento de Barcelona aprobó el expediente de contratación de los servicios de limpieza y recogida selectiva en los edificios y locales municipales adscritos a las gerencias y distritos municipales -lotes 1 a 10-.
- En fecha 16 de noviembre de 2016 se rechazó la oferta presentada por la licitadora "Optima Facility Services SL" a los 10 lotes, al considerar su oferta anormal o desproporcionada.
- En la misma fecha 16 de noviembre de 2016 el Ayuntamiento adjudicó los lotes, correspondiendo el lote no 1 -Distrito de Ciutat Vella- y el lote no 10 -Distrito de San Martín- a la licitadora "Multianau, SL".
- Mediante resolución de fecha 4 de abril de 2017 Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público estimó el recurso especial interpuesto por la recurrente "Optima Facility Services, SL"
- En fecha 27 de julio de 2017 el Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona ejecutó la anterior resolución, modificó la adjudicación de los lotes 1 y 10 y los atribuyó a "Optima Facility Services SL".
- La vigencia del contrato finalizó en fecha 30 de junio de 2019 según certificación aportada.

SEGUNDO.- La representación del Ayuntamiento de Barcelona solicita la inejecución de la sentencia poniendo de relieve que el contrato ya se ejecutó en su momento, circunstancia que no permite una nueva adjudicación. Un planteamiento que debemos compartir ya que ninguna trascendencia material podría tener la retroacción del proceso de contratación.

La actora alega por su parte que en su momento resultó adjudicataria de los lotes 1 y 10, adjudicación que quedó frustrada por la resolución del TCCSP y la nueva adjudicación efectuada por el Ayuntamiento en ejecución de la misma, pero la sentencia de este Tribunal ha restablecido la situación, de forma que la recurrente no sólo tiene una expectativa sino un auténtico derecho subjetivo al contrato.

La recurrente pone énfasis en que el derecho a la tutela judicial efectiva impone que la inejecución de la sentencia compense la misma mediante su equivalente económico y, en este sentido, precisa que ese equivalente queda constituido, de acuerdo con la última jurisprudencia, por el 10% del precio o del presupuesto correspondiente a los dos lotes de acuerdo con la previsión de los artículos 308 y 309 del Real Decreto legislativo 3/11, que se refieren a la resolución del contrato no imputable al contratista o, en todo caso, por el 6% correspondiente al beneficio industrial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 194.3 de la Ley 13/95.

En consecuencia, plantea la actora su derecho a que se le reconozca una indemnización de 434.322'71 y 215.152'13 euros más IVA según el primer criterio; o, en todo caso, de y 260.593'63 y 129.091'28 euros más IVA si se aplica el segundo criterio.

Por su parte la representación municipal se opone y argumenta que la adjudicación inicial a la actora nunca llegó a tener eficacia, ni se llegaron a suscribir los contratos dado que el acuerdo fue suspendido, primero, y anulado posteriormente por Tribunal Català de Contractes del Sector Públic.

Añade que el Ayuntamiento defendió la adjudicación inicial ante el citado tribunal especial de contratos y, posteriormente, no compareció ante este Tribunal para defender la resolución del mismo, de forma que la actora debería dirigir su reclamación a dicho órgano especial, no al Ayuntamiento que ha actuado de buena fe.

Subsidiariamente plantea la representación municipal que, no siendo posible la ejecución de la sentencia, la indemnización que correspondería sería en todo caso la relativa a los daños y perjuicios realmente acreditados con el límite máximo del 6% del precio del contrato correspondiente al beneficio industrial, IVA excluido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 313 de la Ley 9/17.

TERCERO.- De la secuencia de hechos antes referida se desprende que la actora había de resultar adjudicataria de los lotes 1 y 10, como ya lo había sido en su momento. Las partes no discuten dicho extremo, ni tampoco la imposibilidad de ejecución de la sentencia.

Por consiguiente, estamos inicialmente en el supuesto de sustitución del contenido de la sentencia por su equivalente económico de acuerdo con lo previsto en el artículo 105.2 de la Ley jurisdiccional.

Ahora bien, lo que plantea el Ayuntamiento es que no le corresponde el abono de tal cantidad, puesto que el daño sería imputable en todo caso a una resolución errónea del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic.

Es ésta una cuestión compleja que ha sido objeto de análisis por parte de esta Sala y sección en la sentencia dictada en fecha 15 de enero de 2020 (recurso no 239/16) en los siguientes términos, que aquí reiteramos:

[...]

Pues bien, en atención a la anterior doctrina, hemos de declarar la inejecución de la sentencia dictada en estas actuaciones por imposibilidad material una vez agotados completamente los contratos que habrían

de haber sido adjudicados al recurrente, sin que en este procedimiento quepa la posibilidad de condenar al Ayuntamiento de Barcelona a abonar a la recurrente una indemnización sustitutoria>>.

SEGUNDO.-Contra el auto que acabamos de reseñar la representación de Multianau, S.L. interpuso recurso de reposición que fue desestimado por auto de la Sección 5ª de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de junio de 2021.

Para fundamentar la desestimación del recurso de reposición, este auto de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña -ahora recurrido en casación- expone las siguientes razones:

<< (...) SEGUNDO.- 1.- Los motivos del recurso de reposición formulado por Multianau, S.L. son la nulidad por contravenir el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por lo que se refiere a la medida de suspensión cautelar solicitada de la ejecución de la resolución del TCCSP; la existencia de un derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios al amparo de la normativa jurisprudencia europea, no supeditado al requisito de que el órgano de contratación haya actuado culposamente; el necesario planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE, en el caso de que no se admitan las pretensiones formuladas en los anteriores motivos del recurso; y, finalmente, planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en el caso de que no se admitan las pretensiones formuladas en los anteriores motivos del recurso.

2.- En el recurso de reposición se solicita la revocación del auto de 29 de enero de 2021 y, en su lugar, se proceda a condenar al Ayuntamiento a abonarle la indemnización correspondiente por los daños sufridos; se reconozca la procedencia de la indemnización por lucro cesante y, subsidiariamente, si se considera que la Administración responsable del pago de la indemnización debe ser la Generalitat de Catalunya, en tanto que Administración que ha creado el TCCSP, se reconozca la imputación de dicha responsabilidad para garantizar la eficacia del recurso planteado por la actora; en defecto de todo lo anterior, si el Tribunal considera que la interpretación de la normativa aplicable conduce a la denegación de la indemnización, debe proceder a plantear una cuestión prejudicial europea antes de resolver el presente recurso; por último, subsidiariamente a todos los apartados anteriores, se solicita planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad dada la existencia de serias dudas acerca de la normativa aplicable.

TERCERO.- 1.- Los autos de 23 de junio de 2017 y de 3 de octubre de 2017 desestimaron la solicitud de suspensión de la resolución de 4 de abril de 2017 del TCCSP que estimaba recurso especial en materia de contratación que había interpuesto un licitador, y solicitaba la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas. En primer lugar, debemos indicar que las resoluciones eran susceptibles de interposición de recurso de casación, conforme a la nueva configuración actual. La situación es idéntica por lo que se refiere a la sentencia definitiva. El auto que se recurre en reposición deniega la pretensión de la actora para que sea condenado el Ayuntamiento de Barcelona a abonar una indemnización por los daños que son alegados, resolviéndose que en este procedimiento no cabe la posibilidad de efectuar esta condena, por las consideraciones que se contienen en el auto de 29 de enero de 2021, y la eventual indefensión que, en definitiva, se produciría a la Corporación local, bajo el amparo de una supuesta indefensión de Multianau, S.L. que no se ha producido.

2.- La alegación referida a la existencia de un derecho a indemnización por los daños y perjuicios, con soporte según criterio de la representación procesal de Multianau, S.L. en normas de Derecho Comunitario, en la consideración de que el reconocimiento de aquel no se encontraría supeditado a que el órgano de contratación haya actuado culposamente, es una cuestión sobre el fondo del asunto sobre el que se ha pronunciado la sentencia, susceptible de ser recurrida en casación ante el Tribunal Supremo. Ciertamente es una cuestión controvertida tributaria de precisión legislativa y, en última instancia, fijación de doctrina jurisprudencial sobre el reparto de responsabilidad cuando las resoluciones judiciales confirman que la actuación del órgano de contratación fue ajustada a Derecho, y se anulan las del tribunal de recursos contractuales.

En definitiva, versa sobre la condena de una Administración que obró legítimamente y así ha sido reconocido en sentencia judicial y que, de seguirse el criterio propuesto por la representación procesal de la recurrente en reposición Multianau, S.L., llevaría "de facto" a condenar a la Administración diligente, sin haber podido defenderse de forma concreta, con el consiguiente riesgo de indefensión. El derecho a ser resarcido por quien se vio excluido de la licitación indebidamente de acuerdo a la decisión judicial, no puede traducirse automáticamente en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en este caso, del Ayuntamiento de Barcelona. Y todo ello sin perjuicio de instar la reclamación en otro procedimiento, como se indica en el auto recurrido en reposición.

3.- La representación procesal de Multianau, S.L. indica, de forma subsidiaria, que habría de plantearse cuestión prejudicial ante el TJUE y, finalmente, planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en el caso de que no se admitan las pretensiones formuladas en los anteriores motivos del recurso.

Por lo que se refiere a la invocación del artículo 267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 234 TCE) no concurren los requisitos en este estado procesal para que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie con carácter prejudicial, ya que no está en cuestión la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea, ni se ha estimado necesario antes del dictado de la sentencia una decisión al respecto, además de no es un asunto pendiente ante la jurisdicción española que no sea susceptible de ulterior recurso judicial de Derecho interno, por lo que se refiere a la obligatoriedad de someter la cuestión al TJUE.

Lo mismo puede señalarse respecto de la solicitud de planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional. Además de tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria en la que es posible una interpretación acorde con la Constitución Española, el artículo 35 de la LOTC establece, entre otros requisitos, que de la validez de una norma con rango de ley, no en los casos de ausencia de la misma o falta o insuficiencia u oscuridad de regulación, y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución. El artículo 35.2 establece que el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, estableciendo posteriormente un procedimiento específico. En este caso concreto la sentencia ha sido dictada y puede ser recurrida, como hemos dicho, en casación.

Por todo lo expuesto el recurso de reposición ha de ser desestimado.

CUARTO.- Pese a desestimarse el recurso de reposición se estima la no imposición de costas a la parte recurrente.[...]>>.

TERCERO.-Notificado a las partes el auto que resolvió el recurso de reposición, preparó recurso de casación contra dicho auto la representación procesal de Multianau, S.L., siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección 1ª de esta Sala de fecha 27 de octubre de 2022 en el que, asimismo, se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta.

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

<<SEGUNDO.- La cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la que sigue:

Si, en el ámbito de un incidente de inejecución de sentencia planteado por la Administración condenada a la retroacción del procedimiento de adjudicación al momento anterior a la valoración de las ofertas presentadas y para que se formule nueva adjudicación, puede declararse el derecho de indemnización sustitutoria del adjudicatario inicial que después fue desplazado por el órgano de recursos contractuales y, en su caso, cuál debe ser el alcance de esa indemnización sustitutoria.

TERCERO.- Identificar como normas jurídicas que serán objeto de interpretación los artículos 308 y 309 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -TRLSCP-, y los artículos 31.2 y 105.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -LJCA-, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA>>.

CUARTO.-Mediante providencia de la Sección 4ª de 4 de noviembre 2022 se acuerda que, de conformidad con el acuerdo de la Presidencia de la Sala de fecha 30 de mayo de 2022, pasen las actuaciones a la Sección 3ª para que continúe en ésta la sustanciación del recurso de casación.

QUINTO.-La representación procesal de Multianau, S.L. formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito de fecha 19 de diciembre de 2022 en el que, tras exponer los antecedentes del caso, pasa a desarrollar los argumentos de impugnación que luego examinaremos; y termina el escrito solicitando que esta Sala dicte sentencia acogiendo las siguientes pretensiones:

<< i. Que, con estimación del presente recurso de casación, anule el Auto impugnado, con imposición de las costas del recurso a la Administración recurrida.

ii. Que, como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación del auto impugnado, este Tribunal al que nos dirigimos fije la interpretación de los artículos 308 y 309 del TRLSCP, en relación con los artículos 105.2 y 31.2 de la LJCA, en el sentido de que pueda declararse el derecho del licitador desplazado por una resolución del tribunal de contratos -que posteriormente es anulada en vía jurisdiccional- a una indemnización sustitutoria de su legítima adjudicación, debiendo la misma ser abonada por la entidad contratante y debiendo alcanzar dicha indemnización el porcentaje establecido en la normativa de contratación pública equivalente al beneficio industrial dejado de obtener.

iii. Que, se retrotraigan las actuaciones en sede de ejecución de sentencia, para que el Tribunal Supremo se sitúe en la posición procesal propia del tribunal de instancia, esto es, el Tribunal Superior de Justicia de

Cataluña, procediendo a la resolución estimatoria del recurso de reposición interpuesto por Multianau contra el Auto de 29 de enero de 2021 por el que se estima el incidente de inejecución de sentencia planteado por el Ayuntamiento de Barcelona, en los términos de la interpretación que se ha apuntado en el presente recurso de casación, sintetizado en el apartado anterior. Esto es:

a/ Que anule y deje sin efecto el Auto de 1 de junio de 2021, el cual resolvió el recurso de reposición interpuesto por Multianau contra el Auto de 29 de enero de 2021;

b/ Que se reconozca la procedencia de la indemnización por lucro cesante a favor de Multianau en los términos planteados en el presente recurso de casación, obligándose al Ayuntamiento de Barcelona, como entidad contratante, al pago de la misma.

c/ Que se reconozca la procedencia de la indemnización por lucro cesante a Multianau, S.L. equivalente al 10% de beneficio industrial, de conformidad con lo establecido en el artículo 309.3 en relación con el artículo 308.b del TRLCSP, por la cuantía de cuatrocientos treinta y cuatro mil trescientos veintidós euros con setenta y un céntimos (434.322,71 €) para el Lote 1, y doscientos quince mil ciento cincuenta y dos euros con trece céntimos (215.152,13 €), para el Lote 10, más IVA aplicable.

d/ Subsidiariamente a lo anterior, que se reconozca a Multianau una indemnización por los daños y perjuicios causados por la no adjudicación de los mencionados lotes equivalente al 6% del beneficio industrial, por la cuantía de doscientos sesenta mil quinientos noventa y tres euros con sesenta y tres céntimos de euro (260.593,63 €) para el Lote 1 y ciento veintinueve mil noventa y un euros con veintiocho céntimos de euro (129.091,28 €) para el Lote 10, más el IVA aplicable.

e/ Que, a la cuantía reconocida en concepto de beneficio industrial, se reconozca el abono de los intereses legales que se devenguen desde la fecha de la resolución de adjudicación de los lotes 1 y 10 del Contrato y hasta el momento de su efectivo e íntegro pago de la indemnización>>.

SEXTO.-Mediante providencia de 19 de diciembre de 2022 se tuvo por interpuesto el recurso formulado por la entidad recurrente y se dio traslado a las partes recurridas para que pudiesen formular su oposición.

SÉPTIMO.-La representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona formalizó su oposición al recurso mediante escrito de fecha 6 de febrero de 2023 en el que, tras reseñar los antecedentes del caso, expone los argumentos en los que sustenta su oposición, a los que más adelante nos referiremos. Y termina el escrito solicitando que se dicte sentencia en la que se acuerde la desestimación del recurso de casación.

OCTAVO.-Mediante providencia de 28 de marzo de 2023 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo; fijándose finalmente al efecto el día 4 de marzo de 2025, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Objeto del recurso de casación y antecedentes del caso.

El presente recurso de casación nº 7303/2021 lo interpone la representación de la entidad Multianau, S.L., contra el auto de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de junio de 2021 que desestima el recurso de reposición dirigido contra auto de la misma Sala y Sección de 29 de enero de 2021 que resuelve el incidente de inejecución de la sentencia 182/2020 dictada en el recurso contencioso-administrativo 198/2017.

Para un adecuado análisis de las cuestiones debatidas, comenzaremos señalando los antecedentes del caso que consideramos relevantes:

- La Comisión de Presidencia, Derechos de Ciudadanía, Participación y Prevención del Ayuntamiento de Barcelona, en la sesión del 13 de julio de 2016, aprobó el expediente de contratación de los servicios de limpieza y recogida selectiva de los edificios y locales municipales adscritos a las gerencias y distritos del Ayuntamiento de Barcelona (Lotes 1 a 10), expediente de contratación 1/17, contrato 16002928, así como el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (PPT) reguladores de los contratos, disponiendo la apertura de la licitación para su adjudicación. El valor estimado del contrato era de 54.766.553,22 euros y su objeto se divide en diez lotes, si bien los licitadores podían optar a cualquiera de los diez lotes pero sólo podían resultar adjudicatarios de un máximo de tres, según el orden de preferencia que hubieran indicado al efecto.

- Concurrieron a la licitación varias empresas, entre ellas a Multianau, S.L. y Optima Facility Services, S.L. Esta última formuló una oferta para los diez lotes de la licitación que, por aplicación de las previsiones de la cláusula

9.1 a) del PCAP, entró en presunción de contener valores anormales o desproporcionados (precio "inferior en un 4% a la media del total de los oferentes con oferta válida)

- Mediante resolución de 16 de noviembre de 2016, el órgano de contratación rechazó, entre otras, la oferta presentada por la empresa Optima en los diez lotes licitados; y la excluyó de la licitación "al no considerarse suficientes las alegaciones aportadas en trámite de audiencia..."

- Optima Facility Services, S.L. interpuso contra la resolución del Ayuntamiento recurso especial en materia de contratación Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público solicitando la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas a los efectos de que se tuviera en cuenta su oferta.

- Por la resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público de 4 de abril de 2017 se estimó el recurso especial interpuesto por Optima Facility Services, S.L.

- La Comisión de Presidencia, Derechos de Ciudadanía, Participación y Prevención del Ayuntamiento de Barcelona, en la sesión del 13 de julio de 2016, aprobó el expediente de contratación de los servicios de limpieza y recogida selectiva de los edificios y locales municipales adscritos a las gerencias y distritos del Ayuntamiento de Barcelona (Lotes 1 a 10), expediente de contratación 1/17, contrato 16002928, así como el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (PPT) reguladores de los contrato, disponiendo la apertura de la licitación para su adjudicación. El valor estimado del contrato era de 54.766.553,22 euros y su objeto se divide en diez lotes, si bien los licitadores podían optar a cualquiera de los diez lotes pero sólo podían resultar adjudicatarios de un máximo de tres, según el orden de preferencia que hubieran indicado al efecto.

- Concurrieron a la licitación varias empresas, entre ellas a Multinau, S.L. y Optima Facility Services, S.L. Esta última formuló una oferta para los diez lotes de la licitación que, por aplicación de las previsiones de la cláusula 9.1 a) del PCAP, entró en presunción de contener valores anormales o desproporcionados (precio "inferior en un 4% a la media del total de los oferentes con oferta válida)

- Mediante resolución de 16 de noviembre de 2016, el órgano de contratación rechazó, entre otras, la oferta presentada por la empresa Optima en los diez lotes licitados; y la excluyó de la licitación "al no considerarse suficientes las alegaciones aportadas en trámite de audiencia...". Y, según indica el auto recurrido en casación, en esa misma fecha de 16 de noviembre de 2016 el Ayuntamiento adjudicó los lotes, correspondiendo el lote nº 1 -Distrito de Ciutat Vella- y el lote nº 10 -Distrito de San Martín- a la licitadora "Multinau, SL".

- Optima Facility Services, S.L. interpuso contra la resolución del Ayuntamiento que la había excluido de la licitación recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, solicitando la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas a los efectos de que se tuviera en cuenta su oferta.

- Por la resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público de 4 de abril de 2017 se estimó el recurso especial interpuesto por Optima Facility Services, S.L.

- En cumplimiento de lo resuelto por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, el Pleno del Ayuntamiento de Barcelona Ayuntamiento, tras incorporar las ofertas excluidas y realizar una nueva valoración, adoptó en fecha 26 de mayo de 2017 el acuerdo de adjudicar los lotes 1 y 10 del contrato de referencia a la empresa Optima Facility Services, S.L. Con fecha 22 de junio de 2017, una vez transcurrido el plazo para la interposición de un posible recurso especial de contratación contra la segunda adjudicación sin que ningún interesado lo interpusiese, se formalizó el contrato entre el Ayuntamiento de Barcelona y la empresa Optima Facility. La ejecución del contrato se inició el 1 de julio de 2017 y su vigencia era de 2 años; y no habiendo tenido lugar la prórroga que se contemplaba como posible por acuerdo de las partes, la vigencia del contrato finalizó el 30 de junio de 2019.

- Entre tanto, Multinau S.L. había interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público de 4 de abril de 2017; recurso que fue luego ampliado para dirigirlo también contra la resolución del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona de fecha 25 de mayo de 2017 que acordó modificar la adjudicación del contrato en cumplimiento de lo que había resuelto el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público.

- El recurso contencioso-administrativo de Multinau S.L. fue estimado en parte por sentencia 182/2020, de 21 de enero de 2020, de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la que se anulan las resoluciones impugnadas -la del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público de 4 de abril de 2017 y la del Ayuntamiento de Barcelona de 25 de mayo de 2017-, ordenando la retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración de las ofertas presentadas, excluyéndose la realizada por Optima Facility Services S.L., para que se formule una nueva adjudicación.

- El Ayuntamiento de Barcelona planteó la imposibilidad de ejecución de la sentencia aduciendo la imposibilidad de retroacción del procedimiento de licitación al momento anterior a la valoración de las ofertas presentadas excluyendo la realizada por Optima Facility Service, S.L para que se formulase una nueva adjudicación, dado que el contrato había finalizado su vigencia el 30 de junio de 2019. De este escrito se dio traslado a la recurrente que solicitó que se le reconociese una indemnización por lucro cesante equivalente al 10% del beneficio industrial.

- La Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó auto con fecha 29 de enero de 2021 en el que, estimando el incidente, se declara la inejecución de la sentencia y se deniega la pretensión de Multianau S.L. en cuanto a la condena del Ayuntamiento citado a abonarle la indemnización correspondiente por los daños sufridos. El citado auto fue confirmado en reposición por auto de la misma Sala de 1 de junio de 2021, ahora recurrido en casación, cuya fundamentación jurídica hemos dejado reseñada en el antecedente segundo de esta sentencia.

Conocidos estos antecedentes, procede que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular la señalada en el auto de admisión del presente recurso.

SEGUNDO.-Cuestión que reviste interés casacional y normas jurídicas que resultan de aplicación.

Como hemos visto en el antecedente tercero, el auto de la Sección Primera de esta Sala de 27 de octubre de 2022 señala que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si, en el ámbito de un incidente de inejecución de sentencia planteado por la Administración condenada a la retroacción del procedimiento de adjudicación al momento anterior a la valoración de las ofertas presentadas y para que se formule nueva adjudicación, puede declararse el derecho de indemnización sustitutoria del adjudicatario inicial que después fue desplazado por el órgano de recursos contractuales y, en su caso, cuál debe ser el alcance de esa indemnización sustitutoria.

El auto identifica las normas jurídicas que han de ser objeto de interpretación: artículos 308 y 309 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSCP) y los artículos 31.2 y 105.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ello sin perjuicio -señala el propio auto- de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 90.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

TERCERO.-Planteamiento de la parte recurrente

La representación procesal de la recurrente, Multianau, S.L., aduce los siguientes argumentos y motivos de impugnación:

A/ Infracción de los artículos 308 y 309 del TRLSCP.

El auto recurrido incurre en un flagrante quebranto de los artículos 308 y 309 del TRLSCP (disposiciones temporalmente aplicables al contrato de servicios aquí enjuiciado), al producirse una denegación de plano de la indemnización a la que el licitador que se ha visto privado de resultar legítimo adjudicatario del contrato en cuestión, tenía reconocidamente derecho a percibir, teniendo en cuenta que sus pretensiones fueron estimadas en vía jurisdiccional mediante la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

En fase de ejecución, la referida Sala declaró la imposibilidad de ejecución de la sentencia toda vez que, según su criterio, el daño no sería imputable al órgano de contratación -el Ayuntamiento de Barcelona-, sino a una resolución errónea del TCCSP, por lo que no se podía condenar a la entidad contratante a asumir la indemnización pretendida. De este modo, en la medida en que el auto impugnado priva indefectiblemente a la recurrente la posibilidad de recibir la indemnización por lucro cesante que legítimamente tenía derecho a percibir, no cabe duda de que se ha impedido la ejecutividad de la decisión jurisdiccional.

Los artículos 308 y 309 del TRLSCP contemplan el reconocimiento de una indemnización en el ámbito de la contratación pública en los supuestos en los que, como aquí sucede, tras haberse reconocido el derecho de un licitador a la adjudicación de un contrato, ésta ya no es posible por razones materiales al haberse ya consumado su ejecución. Al amparo de dichos preceptos, la jurisprudencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, establece, como regla general, la procedencia de la indemnización de un determinado porcentaje del beneficio industrial dejado de obtener, que debe calcularse teniendo en cuenta el precio ofertado en el contrato cuya prestación no se ha podido ejecutar. Dicho porcentaje viene determinado en la propia legislación de contratos del sector público, y resulta de aplicación uniforme por mandato legal, siempre que quede acreditado el derecho consolidado a la adjudicación que debe ostentar la compañía, tal y como ha ocurrido en el presente supuesto de hecho. A este respecto, resulta ilustrativa

la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2004, así como sentencias de su Sección 4ª de 2 de julio de 2004 (recurso 3885/2000), 15 de noviembre de año 2004 (recurso 6812/2001), 19 de julio de 2005 (recurso 6852/2001) y 24 de enero de 2006 (recurso 4600/2001) y de su sección 7ª, sentencia de 15 de noviembre de 2011 (recurso 2800/2009). Del contenido de dichas sentencias, se desprende que en los casos de no haberse adjudicado el contrato a un determinado licitador que tenía derecho a dicha adjudicación, a salvo de que ese licitador acredite cumplidamente los daños reales causados, se estima que consiste en el lucro cesante derivado de la falta de adjudicación y, ese lucro cesante se concreta en el llamado beneficio industrial, que desde siempre se ha considerado que es el 6% del presupuesto de ejecución material.

Por su parte, en el caso de los contratos de servicios, existen resoluciones judiciales más recientes (por todas, sentencia nº 686/2020, de 8 de junio, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, del Tribunal Supremo) que han estimado la procedencia de abonar una indemnización por un porcentaje del 10% del beneficio industrial, teniendo en cuenta la previsión contenida en el artículo 309.3 en relación con el artículo 308.b del TRLCSP, siendo dicha norma de aplicación temporal al contrato de servicios objeto de enjuiciamiento en el presente recurso de casación.

De las anteriores consideraciones se desprende que, tanto la normativa de contratos aplicable a este supuesto (TRLCSP), como la jurisprudencia de nuestros Tribunales, prevén sin lugar a duda, el derecho a recibir una indemnización por lucro cesante al no poder llevarse a cabo un contrato al que se hubiera tenido derecho a ser adjudicatario.

B/ Además de la infracción de los preceptos citados, debe tenerse en cuenta que la regulación de dicha indemnización en nuestro ordenamiento jurídico nacional tiene origen en el Derecho de la Unión Europea; en particular, la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1981, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (en adelante, "Directiva 89/665") -modificada posteriormente por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007-.

El auto de 1 de junio de 2021 aquí recurrido también incurre en infracción de los preceptos de dicha Directiva que regulan el derecho a la indemnización por daños y perjuicios del licitador desplazado indebidamente, siendo éste el artículo 2, apartados segundo y sexto, de la Directiva 89/665. Así, el artículo 2.6 de la Directiva establece que la habilitación de un recurso eficaz en materia de control de la contratación pública debe incorporar necesariamente la posibilidad de una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción, indicándose expresamente en el texto legal que dicha indemnización podía suplir el derecho del legal adjudicatario a devenir contratista efectivo. Asimismo, el artículo 2.9 de la Directiva 86/665 establece que los Estados Miembros deben prever expresamente la posibilidad de que los afectados puedan impugnar ante un órgano jurisdiccional las resoluciones de los órganos de recursos contractuales.

Haciendo una interpretación integradora de los anteriores preceptos, resulta evidente que el legislador europeo está abogando para la implementación de un recurso eficaz en el que auténticamente se asegure la ejecutividad de la tutela de sus decisiones, cuando, de forma expresa, el texto normativo incorpora la necesidad de abono de dicha compensación en el caso que el legítimo adjudicatario no pueda ejecutar el contrato. Así pues, atendiendo al texto literal de dicha Directiva, no tiene sentido que existan supuestos en que se pierda la posibilidad de indemnización en el subsiguiente recurso jurisdiccional, cuando es un derecho expresamente reconocido por la normativa que resulta de aplicación.

A mayor abundamiento, cabe añadir que el derecho a la indemnización al que aquí nos referimos ha sido expresamente reconocido e interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de la Sala Tercera del TJUE de 30 septiembre de 2010 (asunto C-314/09), que aborda la cuestión de si debe considerarse contraria a la Directiva 89/665 cualquier normativa nacional que, de un modo u otro, supedita el derecho del licitador a solicitar una indemnización de daños y perjuicios al requisito de que la entidad adjudicadora haya actuado culposamente, o únicamente aquella normativa nacional que imponga a dicho licitador la carga de demostrar tal conducta culposa.

La citada sentencia del TJUE se refiere a un caso en el que el órgano de contratación adjudicó el contrato a una empresa que no cumplía las condiciones para ser adjudicataria, existiendo previamente una resolución del órgano responsable de recursos contractuales austríaco que confirmaba que dicha empresa no debía ser excluida. Posteriormente, en el orden jurisdiccional nacional austríaco se concluyó que la oferta de la empresa adjudicataria debió ser excluida, cuestionándose en dicha sede la posibilidad de responsabilizar al órgano de contratación de los daños sufridos por la empresa recurrente y que debería haber sido quién ejecutara el contrato. Dice la citada STJUE:

"35. En este sentido, interesa destacar, en primer lugar, que ni en la redacción de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartados 1, 5 y 6, ni en la del sexto considerando de la Directiva 89/665 se indica en absoluto que la infracción de la normativa en materia de contratos públicos de la que pueda derivarse el derecho a una indemnización de daños y perjuicios a favor de la persona perjudicada deba presentar características particulares, como la de estar asociada a una actuación culposa, demostrada o presunta, de la entidad adjudicadora o como la de que no concurra en ella ninguna causa de exención de responsabilidad".

De lo anterior, se colige que, en esencia, el TJUE está analizando cuál debe ser el régimen de responsabilidad de la Administración en relación con el derecho del licitador a solicitar una indemnización de daños y perjuicios, posicionándose indudablemente a favor de dar preponderancia y priorizar el derecho del interesado a obtener una indemnización de daños y perjuicios sin que una disposición nacional pueda oprimir de ningún modo la concesión de ésta. Esa la interpretación que realiza el TJUE es clave para la resolución del supuesto que aquí nos ocupa, en la medida en que, dicho sentido debe ser el predominante en el marco de la interpretación de los artículos 308 y 309 del TRLCSP, especialmente, a los efectos de determinar el alcance de la indemnización sustitutoria que aquí se pretende. Es más, el TJUE analizó en dicha Sentencia las consecuencias que se derivarían del hecho de interpretar que el abono de la indemnización por daños y perjuicios deberían quedar supeditada al régimen culposo de la administración, pronunciándose en el sentido de que el licitador en cuestión correría el riesgo de obtener "tardíamente una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de lo mucho que podría dilatarse un procedimiento civil", asimilable en nuestro ordenamiento jurídico a un procedimiento de responsabilidad patrimonial.

En definitiva, la *ratio decidendi* del auto aquí recurrido conlleva un posicionamiento contrario a lo establecido en la referida sentencia del TJUE. A este respecto, debemos poner de manifiesto que el régimen de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas que defiende el TJUE en la precitada sentencia y que, por su parte, pretendemos que acoja este Tribunal Supremo, se encuentra avalado por nuestro ordenamiento jurídico nacional.

En efecto, el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas se ha articulado en nuestro ordenamiento jurídico como un sistema de carácter objetivo. Esto implica que para apreciar la imputación de responsabilidad a la Administración no es necesario que concurra o se acredite la existencia de dolo o culpa por su parte, es decir, el elemento subjetivo (se cita STC 112/2018, de 17 de octubre, del Pleno del Tribunal Constitucional, en la que se confirma que el artículo 106.2 CE consagra un sistema objetivo de responsabilidad de las Administraciones Públicas. Y si aplicamos dicha doctrina al caso que aquí estamos analizado nos encontraríamos ante una clara existencia de lesión (la no adjudicación del contrato al licitador) existiendo un nexo causal directo con la actuación de la entidad contratante, esto es, haber ejecutado la resolución del tribunal de contratos y denegado la adjudicación al legítimo adjudicatario.

De hecho, existen sentencias de tribunales nacionales que, en supuestos análogos al que aquí se examina, se pronuncian en este sentido, posicionándose a favor de condenar a la entidad contratante para que sea ésta la administración que debe abonar la indemnización solicitada por el licitador desplazado. Cabe citar sentencia nº 232/2015, de 14 de mayo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; sentencia de 24 de julio de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) de la Audiencia Nacional (recurso 1089/2016), en la que, de forma idéntica a la anterior sentencia y al supuesto aquí enjuiciado, se impugnaba una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y el fallo de la sentencia confirmó la anulación de dicha resolución. En este sentido, la Audiencia Nacional confirmó la adjudicación inicial efectuada a favor del recurrente, condenando a la entidad contratante a que se le indemnizara por el beneficio industrial dejado de obtener.

En consecuencia, la interpretación que realiza el auto recurrido constituye una grave vulneración de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la Constitución por cuanto se está privando flagrantemente del derecho del licitador que ha visto estimadas sus pretensiones a obtener una indemnización, bajo el pretexto que no se puede identificar un deudor responsable, provocando una pérdida total de eficacia y utilidad a los recursos contencioso-administrativos interpuestos por parte de licitadores contra las resoluciones de los tribunales de contratos que comportan una alteración de la adjudicación del contrato inicialmente acordada por el órgano de contratación.

C/ Infracción de los artículos 31.2 y 105.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

El artículo 105.2 de la LJCA establece que cuando concurren causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte que no pueda ser objeto de cumplimiento de pleno. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado dicha imposibilidad de un modo claramente restrictivo, en aras a no poner en riesgo lo decidido por el propio Tribunal, así como en el contenido

de la sentencia. La STS de 27 de enero de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, del Tribunal Supremo, que muestra un posicionamiento inequívoco en favor del derecho a obtener la ejecución de toda sentencia, incluso ante el supuesto en que quede acreditada la causa que habilita la imposibilidad material o legal de cumplimiento de ésta. Tal interpretación del Tribunal Supremo está estrechamente alineada con la inveterada doctrina constitucional que ha reconocido y afirmado que la ejecución de las sentencias forma parte del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (SsTC 167/1987, 92/1988 y 107/1992).

En el caso que nos ocupa, la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consistente en la estimación del incidente de inexecución de sentencia promovido por el Ayuntamiento de Barcelona infringe el texto literal del artículo 105.2 de la LJCA así como la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo, al denegar la procedencia de la sustitución del derecho a la adjudicación del contrato por el equivalente económico consistente en el importe del beneficio que Multianau dejó de obtener.

Debe recordarse que en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo esta parte solicitó mediante otrosí la adopción de medidas cautelares consistentes en la suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada, con suspensión de la tramitación del procedimiento de licitación, a los efectos de asegurar un resultado futuro del proceso y evitar así el riesgo de ineffectividad de la sentencia firme que se iba a dictar. A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña denegó la medida cautelar solicitada considerando que la resolución del TCCSP tenía presunción de veracidad y privilegio de ejecutividad, afirmando expresamente que se trataba de un daño susceptible de compensación económica. Tal circunstancia es completamente reveladora del quiebro al que ha sido sometido esta Sociedad por cuanto, a pesar de haber utilizado los instrumentos procesales que la LJCA habilita para dotar de efectividad a la tutela judicial efectiva que se pretendía en el procedimiento contencioso-administrativo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña denegó tanto la adopción de medidas cautelares, como también el reconocimiento de una indemnización sustitutoria *a posteriori*, dejando a esta parte incluso en una situación peor a la existente en el momento de interponer el recurso, teniendo en cuenta los costes incurridos y asociados a la tramitación del mismo. Por todo lo expuesto, no podemos más que insistir en la nulidad del contenido del auto de 1 de junio de 2021, por haber incurrido en una infracción del artículo 24 de la Constitución en relación con los artículos 105.2 y 31.2 de la LJCA.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el artículo 21 de la LJCA establece que los órganos administrativos a quienes les corresponde resolver los recursos especiales en materia de contratación no tendrán la consideración de parte demandada, debiendo serlo las personas o administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso. Dicho mandato legal es el que comporta que los tribunales administrativos de contratos no puedan ser parte demandada y que deba asumir dicha posición el órgano de contratación, pese a no haber dictado el acto impugnado, pudiendo interpretarse que es la Administración favorecida en la medida en que se ve beneficiada de la adjudicación de los servicios licitados y contratados en última instancia a OPTIMA. En consecuencia y derivando ello de una norma procesal imperativa, no puede esgrimirse como un obstáculo para el reconocimiento la indemnización, por cuanto ello comportaría una quiebra total del artículo 31.2 de la LJCA, en relación con el artículo 72.3 de la LJCA, en la medida en que se está impidiendo "la estimación de pretensiones reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada". Más aún cuando en el presente caso, el órgano de contratación ha comparecido en el procedimiento, conociendo desde un primer momento las pretensiones indemnizatorias de esta parte, sin que se le haya causado ninguna indefensión ni se hayan limitado sus posibilidades de defensa.

Además, el debate acerca de la Administración a la que debe imputarse la responsabilidad del pago de la indemnización se traduce en realidad en la imposición a la parte actora de la responsabilidad de identificar la parte demandada, con la fatal consecuencia de ver denegado el reconocimiento de sus derechos en caso de no hacerlo correctamente, cuando bajo el tenor literal del artículo 45 de la LJCA, la parte actora tiene la responsabilidad de identificar la resolución impugnada, pero no la identificación de la parte pasiva del proceso, dado que la misma debería quedar ya predeterminada en la regulación del artículo 21.1.a) LJCA, por cuanto establece quién deben considerarse parte demandada.

En definitiva, habiéndose dado en este caso cumplimiento al artículo 21 de la LJCA y habiendo comparecido el Ayuntamiento como parte demandada, quien por tanto, ha tenido oportunidad de hacer valer sus derechos y además, resulta la única que puede entenderse que de alguna manera ha sido beneficiada por el acto impugnado, resulta contrario a la tutela judicial efectiva que en fase de ejecución de la sentencia se determine que dicha Administración no puede ser responsable de la indemnización que se reconoce como procedente.

La representación de Multianau, S.L. termina el escrito solicitando que esta Sala dicte sentencia acogiendo las pretensiones que hemos dejado señaladas en el antecedente quinto.

CUARTO.-Posicionamiento de la parte recurrida.

La representación del Ayuntamiento de Barcelona fundamenta su oposición al recurso aduciendo las siguientes razones:

A/ La actuación del órgano de contratación fue ajustada a derecho. El Ayuntamiento de Barcelona no es el autor de la resolución administrativa impugnada y que motivó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de enero de 2020.

Resulta indubitado que el Ayuntamiento de Barcelona procedió conforme a derecho al adoptar el acuerdo de 16 de noviembre de 2016 por el que acordó rechazar la oferta presentada por Optima Facility, S.L. y excluir a esta empresa del procedimiento de licitación; y resulta igualmente indubitado que la actuación de este Ayuntamiento fue ajustada a la legalidad cuando en ejecución de la resolución del TCCSP de 4 de abril de 2017 dictó el acuerdo de 26 de mayo de 2017 por el que adjudicó a dicha empresa los lotes 1 y 10 del contrato de servicios de limpieza.

Que la recurrente pueda o no tener derecho a indemnización por estas actuaciones administrativas no es objeto de este proceso, porque lo que aquí se debate es si en el recurso contencioso-administrativo del que conoció el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y que motivó la sentencia de 21 de enero de 2020 y el incidente de inejecución estimado por auto de 29 de enero de 2021, confirmado por auto de 1 de junio de 2021, cabía o no condenar al Ayuntamiento de Barcelona a satisfacer una indemnización por los supuestos daños que se hayan podido irrogar a la recurrente. Dicho en términos más genéricos: se debate si cabe condenar a una Administración Local a satisfacer una indemnización por los daños que haya podido causar una resolución administrativa que no ha sido dictada por esa Administración Local sino por un órgano, en este caso un tribunal administrativo de recurso contractuales, que pertenece a la Administración Autonómica.

La cuestión así planteada ya ha sido objeto de resolución, además de por el auto impugnado, por otras sentencias que se pronuncian en la misma línea y a las que se refiere el auto recurrido en casación: sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de julio de 2016 (recurso 63/2013) y sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de enero de 2020 (recurso 239/2016). De lo declarado en estas sentencias resultan las bases para oponernos a la estimación del recurso de casación.

En primer lugar, porque conforme al artículo 21.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la consideración de parte demandada en los procesos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos de resolución de los recursos especiales y de las reclamaciones en materia de contratación corresponde a las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso o que se personen en tal concepto. Pues bien, en el caso aquí planteado este Ayuntamiento no podía comparecer como parte demandada porque, sencillamente, no era favorecida por el acto objeto de recurso dado que fue precisamente ese acto, es decir, la resolución del TCCSP de 4 de abril de 2017, la que anuló el acuerdo del órgano de contratación de 26 de mayo de 2017. Que este Ayuntamiento no compareciese como parte demandada es una decisión no sólo conforme con lo establecido en el artículo 21.3 LJCA sino totalmente coherente, porque hubiese supuesto una flagrante contradicción el hecho de que en vía administrativa ante el TCCSP se hubiese defendido la legalidad del acuerdo del órgano de contratación de 26 de mayo de 2017 y en vía jurisdiccional se hubiese defendido la legalidad de la resolución del TCCSP de 4 de abril de 2017 que precisamente anuló el acuerdo del órgano de contratación de 26 de mayo de 2017.

En segundo lugar, porque, como señala el auto recurrido, si se condenase al Ayuntamiento de Barcelona a satisfacer una indemnización a la recurrente se estaría causando una clara indefensión a esta parte, con vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, porque sería condenada en un proceso sin oportunidad de haber sido oída y sin haber conocido la imputación que se le realiza. La situación que se produciría en caso de condena a esta parte sería realmente paradójica porque se estaría condenando a una Administración que obró conforme a derecho, y así fue declarado por sentencia firme; y además la condena se produciría sin haber podido defenderse, con lo que se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho este que no puede verse conculcado por un eventual derecho indemnizatorio que pueda asistir a la recurrente pero que, tal y como señala el auto recurrido, debe ser instado en otro procedimiento.

En tercer lugar, porque siendo el acto desencadenante de la reclamación indemnizatoria de la recurrente la resolución del TCCSP de 4 de abril de 2017, es en esta órbita en la que hay que situar una eventual reclamación por los supuestos daños que se hayan podido irrogar a la recurrente. Aunque el régimen de responsabilidad patrimonial de los órganos administrativos encargados de la resolución de los recursos contractuales es una cuestión que no ha dejado de suscitar dudas, lo cierto es que su naturaleza de órgano administrativo a los efectos de la exigencia de responsabilidad patrimonial por sus actuaciones no plantea ningún problema. Y así lo declara la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de enero de 201 (recurso

246/2015, F.J. 3º). Es decir, que el TCCSP, al igual que el resto de órganos administrativos de resolución de recurso contractuales, está sometido al régimen de responsabilidad patrimonial que resulta del artículo 106 de la Constitución y los artículos 91 y 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, siendo competencia de la Generalitat conocer y resolver las reclamaciones que se formulen.

En consecuencia, cualquier eventual reclamación de la recurrente debe seguir el procedimiento establecido en las normas indicadas y frente a la Administración responsable, que en este caso es la Administración Autonómica, porque de ella procede la resolución administrativa que ha causado los supuestos daños y perjuicios alegados por la recurrente, sin que en modo alguno quepa condenar en este proceso al Ayuntamiento de Barcelona a satisfacer una indemnización a la recurrente dado que, en primer lugar, ha obrado conforme a derecho, y, en segundo lugar, la resolución administrativa impugnada fue la dictada por el tribunal catalán de contratos del sector público, órgano administrativo adscrito a la Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña y ante quien se debería, en su caso, residenciar cualquier reclamación de responsabilidad administrativa.

B/ Improcedencia de que la recurrente sea indemnizada con el importe del lucro cesante.

Sin perjuicio de lo reseñado en el apartado anterior, y en el hipotético supuesto que la Sala considere que la recurrente tiene derecho a percibir una indemnización y que esta indemnización la ha de satisfacer el Ayuntamiento de Barcelona en el marco del procedimiento que dio lugar a la sentencia cuya inejecución ha sido declarada por el auto recurrido en casación, entendemos que el importe de dicha indemnización en modo alguno puede incluir el lucro cesante, y debe limitarse exclusivamente a los gastos en los que haya incurrido la recurrente y cuya realización quede suficientemente acreditada.

Nos oponemos a que la indemnización reclamada incluya el concepto de lucro cesante porque las normas a las que se alude para dicha inclusión no son aplicables al supuesto de autos. En efecto, los artículos 308 y 309 TRLCSP no pueden amparar la pretensión indemnizatoria que se formula porque ambos preceptos están comprendidos en la regulación de las causas y efectos de la resolución de contratos de servicios. Resolver un contrato significa que deja de tener efectos un contrato previamente formalizado y perfeccionado, pero en el caso de autos no se puede hablar de resolución de contrato entre el Ayuntamiento de Barcelona y la recurrente Multianau, S.L. porque, sencillamente, en ningún momento llegó a existir un contrato formalizado y perfeccionado, dado que la resolución de 16 de noviembre de 2016, que adjudicó los lotes números 1 y 10 a la empresa Multianau, S.L. quedó suspendida por la interposición del recurso especial en materia de contratación por Optima Facility Services, S.L. Es decir, que la interposición del recurso especial en materia de contratación produjo *ex lege* suspensión de la tramitación y, por tanto, del acto de adjudicación del contrato (artículo 45 TRLCSP), que, en consecuencia, no llegó a tener efecto. Además, el contrato entre Multianau, S.L. y el Ayuntamiento de Barcelona correspondiente a los Lotes 1 y 10 nunca fue perfeccionado, y, en consecuencia, nunca llegó a tener existencia jurídica dado que conforme al artículo 27 TRLCSP los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con la formalización; si no hay formalización el contrato no queda perfeccionado y, por tanto, jurídicamente no es posible que se acuerde la resolución de un contrato que no ha llegado a ser previamente perfeccionado.

De lo dicho se deriva que la pretensión indemnizatoria no se produce en un supuesto de resolución de un contrato sino en un caso de declaración de nulidad del acto de adjudicación del contrato. La resolución del TCCSP de 4 de abril de 2017, que declara la nulidad de la adjudicación del contrato a Multianau, S.L. es a su vez declarada nula por la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña SJC de 21 de enero de 2020. En consecuencia, nos movemos en la órbita de la declaración de nulidad de resoluciones administrativas de adjudicación de contrato, y es en ese ámbito en el que se debe analizar la procedencia jurídica de la pretensión indemnizatoria de la recurrente.

Esta cuestión, que había planteado ciertas dudas en cuanto a lo que debía comprender una eventual indemnización a satisfacer al licitador afectado en sus derechos e intereses, ha venido a resolverse por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de agosto de 2022 (recurso 4111/2020), que fija como doctrina que en los supuestos en que se declare la nulidad del acto de adjudicación de un contrato administrativo no cabe indemnizar con el lucro cesante. Así, dicha sentencia declara en su F.J. 4: *"El artículo 35 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, debe interpretarse en el sentido de que en los supuestos en que se declare la nulidad del acto de adjudicación de un contrato administrativo, la obligación de indemnizar los perjuicios que haya sufrido el adjudicatario no comporta que se incluya en el quantum indemnizatorio los perjuicios derivados del lucro cesante"*.

Lo declarado en la mencionada sentencia es plenamente aplicable al supuesto de autos y, en consecuencia, sólo cabe indemnizar a la recurrente en relación con aquellos concretos gastos en los que haya incurrido en la preparación de su oferta y cuya realización resulte efectivamente acreditada.

QUINTO.-Cuestiones a examinar.

Planteado el debate casacional en los términos que acabamos de reseñar, abordaremos de manera diferenciada los siguientes puntos:

A/ Planteamiento general sobre la compensación económica en caso de que se declare la imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia.

B/ Supuesto específico en el que la resolución administrativa anulada en la sentencia cuya ejecución se declara imposible proviene del órgano que resuelve un recurso especial en materia de contratación administrativa que no ha sido parte en el proceso: procedencia de indemnización y determinación del obligado a abonarla.

C/ Criterios para la determinación y cuantificación de la indemnización.

SEXTO.-Planteamiento general sobre la compensación económica en caso de que se declare la imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia.

Como punto de partida, comenzaremos reseñando algunos fragmentos de las consideraciones que expusimos en sentencia nº 738/2023, de 6 de junio (casación 1320/2022, F.J. 3):

TERCERO.- Sobre la ejecución de las sentencias y la doctrina constitucional.

El artículo 24 de la Constitución consagra como una vertiente de este derecho fundamental el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos. De forma similar, el artículo 118 CE expresa la obligación de cumplimiento de las sentencias firmes que dictan los Tribunales. Se garantiza en los citados preceptos constitucionales (24 y 118 CE) el principio básico de todo el sistema judicial, que es el de la ejecución de las sentencias en sus propios términos.

El Tribunal Constitucional ha declarado (STC 22/2009, de 26 de enero , F.J 2) que el derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que garantía del cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen, lo que determina que este derecho tenga como presupuesto lógico y aun constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas. El derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce, así, en un derecho que actúa como límite y fundamento que impide que los jueces y tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley (STC 86/2006, de 27 de marzo , F.J 2).

Y ha indicado que, desde la perspectiva del artículo 24.1 CE , no puede aceptarse que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido, resultando sólo posible cuando concurren elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas (STC 285/2006, de 9 de octubre), recordando que el legislador ha previsto mecanismos para atender a los supuestos de imposibilidad legal o material de cumplimiento de las sentencias en sus propios términos.

Por ende, el principio general es el de la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos y que sólo, de forma excepcional, cuando concurren circunstancias de imposibilidad legal o material, debidamente justificadas, cabe ineficacia o suspender su cumplimiento.

En el ámbito contencioso administrativo, se contempla en la Ley de la Jurisdicción este principio constitucional en su artículo 103 de la LJCA [...]

Por su parte, el apartado 1º del artículo 105 artículo LJCA prevé que no puede suspenderse ni declararse la ineficacia total o parcial del fallo: [...]

Siendo la anterior la regla general, no obstante el apartado 2º del citado artículo 105 LJCA dispone una excepción a dicha regla de la ejecución en sus propios términos, por la concurrencia de causas de imposibilidad material o legal que impidieran su ejecución.

[...]

Y sobre la imposibilidad de ejecución, cabe traer a colación nuevamente la doctrina del Tribunal Constitucional que ha declarado que el derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos no impide que en

determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible, lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las Sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo (STC 73/2000, de 12 de marzo).

De lo anterior se desprende un criterio restrictivo a la hora de interpretar las excepciones a la regla de la ejecutabilidad del pronunciamiento judicial, de modo que la imposibilidad material o legal ex artículo 105.2 LJCA , deben ser entendidas y aplicadas con rigor y con los máximos criterios restrictivos en el reconocimiento de esa imposibilidad.

En fin, la imposibilidad de ejecución es una excepción que corresponde apreciar de forma razonada y motivada al órgano jurisdiccional en atención a las circunstancias concurrentes y acreditadas en cada caso. El Tribunal sentenciador debe examinar de forma concreta la concurrencia de la causa de imposibilidad legal o material con criterios eminentemente restrictivos, como hemos dicho, y justificar de forma suficiente los presupuestos que autorizan la inejecución de las sentencias firmes [...].

En el caso que nos ocupa, no se ha planteado controversia acerca de la declaración de imposibilidad de ejecución de la sentencia. La recurrente únicamente cuestiona que la Sala de instancia haya denegado la indemnización compensatoria. Y a esta cuestión pasamos a referirnos ahora.

La sentencia de esta Sala y Sección 3ª de 20 de julio de 2015 (casación 675/2014) vino a recordar, citando sentencias de la Sección 5ª de esta misma Sala de 26 de mayo de 2008 (casación 89/2006) y 19 de octubre de 2009 (casación 5929/2007), lo siguiente:

<< (...) según el tenor de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , en los casos de imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia la existencia de indemnización no es una consecuencia obligada y necesaria sino que la norma legal, además de facultar al órgano sentenciador para apreciar la concurrencia de las causas de imposibilidad, le faculta también para adoptar las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria "fijando en su caso la indemnización que proceda..." (artículo 105.2 citado).

La redacción del precepto denota que no es preceptivo que la indemnización exista en todo caso; y, en efecto, no la habrá cuando nadie la solicite. Ahora bien, habiendo sido solicitada la compensación sustitutoria, la decisión de denegarla habría merecido una respuesta más detenida por parte de la Sala de instancia, más allá de la escueta declaración de que "no procede fijar la indemnización solicitada">>.

Por tanto, si bien la existencia de indemnización no es una consecuencia obligada y necesaria, lo cierto es que, habiendo sido solicitada la compensación sustitutoria, la decisión de denegarla debe ser razonada y justificada.

En el caso al que se refiere la presente controversia no se cuestiona que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña motivó de manera suficiente la decisión de no imponer al Ayuntamiento de Barcelona la obligación de indemnizar a Multinau, S.L. Así, en el antecedente segundo hemos reseñado la fundamentación del auto de la Sala de instancia de 1 de junio de 2021 que desestimó el recurso de reposición dirigido contra auto de la misma Sala de 29 de enero de 2021 resolvió el incidente de inejecución de la sentencia.

Veamos entonces si tal decisión, estando motivada, es o no ajustada a derecho.

SÉPTIMO.-Singularidad del supuesto en el que la resolución administrativa impugnada en el proceso y anulada en la sentencia proviene del órgano que resuelve un recurso especial en materia de contratación administrativa, que no ha sido parte en el proceso.

No nos detendremos a exponer aquí las especificidades propias recurso especial en materia de contratación administrativa, cuestión de la que ya nos hemos ocupado en diversas ocasiones, siendo muestra de ello, entre otras, nuestras sentencias 456/2021, de 26 de marzo (casación 1749/2019, F.J. 4 y 5), y nº 840/2924, de 16 de mayo (casación 1648/2021, F.J. 2). Nos ceñiremos a examinar la singularidad que presenta el caso en el que, habiéndose declarado la imposibilidad de ejecución de una sentencia, sucede que la resolución administrativa impugnada en el proceso y que la sentencia anula proviene del órgano que resuelve un recurso especial en materia de contratación administrativa, que no ha sido parte en el proceso.

Como vimos al enunciar este apartado del debate, se suscitan varias cuestiones: la procedencia de que se abone una indemnización compensatoria a la parte favorecida por la sentencia que no puede ejecutarse; la determinación de quién es el obligado a abonar tal indemnización; y, en fin, los criterios para la cuantificación de la indemnización. Más adelante examinaremos el punto relativo a los criterios de cuantificación; de momento, abordaremos las cuestiones que se suscitan sobre la procedencia de la indemnización compensatoria y la identificación del obligado a satisfacerla.

La primera especificidad del caso viene dada por el hecho de que el órgano administrativo que dictó la resolución anulada en la sentencia, el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, no fue parte en el proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (<< (...) 3. En los recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público los citados órganos no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49>>).

Y también es oportuno que señalemos varios datos más:

(i) El Ayuntamiento de Barcelona no impugnó en vía jurisdiccional la resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público que había anulado su decisión de excluir a Optima Facility Services S.L. de la licitación; y tampoco se personó durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por Multinau, S.L. contra la citada resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público. La Corporación municipal compareció en las actuaciones más adelante, cuando ya se había dictado la sentencia que anulaba la resolución del Tribunal Catalán de Contratos y ordenaba la retroacción de las actuaciones para que se realizase una nueva adjudicación; y el Ayuntamiento lo hizo en ese momento precisamente para promover incidente en el que se declarase la imposibilidad de ejecutar la sentencia.

(ii) En el curso de ese proceso la representación de Multinau, S.L. solicitó la suspensión de la resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público que era objeto de impugnación, medida cautelar que fue denegada por autos de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de de 23 de junio de 2017 y de 3 de octubre de 2017.

Tomando en consideración estos datos que acabamos de indicar, el criterio de esta Sala se asienta en los postulados que siguen.

1/ Según hemos visto en el F.J. 4, el Ayuntamiento de Barcelona insiste en señalar que no sólo no fue autor del acto que se impugnaba en el proceso, y que fue anulado en la sentencia, sino que la actuación primera del Ayuntamiento -excluyendo a Optima Facility Services, S.L. de la licitación- se ajustaba a lo que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declararía luego que debía hacerse; y si el Ayuntamiento modificó luego aquella decisión originaria fue, sencillamente, para dar cumplimiento a lo decidido por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, cuya resolución sería luego anulada por la sentencia. Añade el Ayuntamiento de Barcelona que el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, al igual que el resto de órganos administrativos de resolución de recurso contractuales, está sometido al régimen de responsabilidad patrimonial que resulta del artículo 106 de la Constitución y los artículos 91 y 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, siendo competencia de la Generalitat de Cataluña conocer y resolver las reclamaciones que se formulen. Y que, en consecuencia, cualquier eventual reclamación de la recurrente debe seguir el procedimiento establecido en las normas indicadas y frente a la Administración responsable, que en este caso es la Administración Autonómica porque de ella procede la resolución administrativa que ha causado los supuestos daños y perjuicios alegados por la recurrente. No cabe condenar en este proceso al Ayuntamiento de Barcelona a satisfacer una indemnización a la recurrente dado que, en primer lugar, el Ayuntamiento ha obrado conforme a derecho, y, en segundo lugar, la resolución administrativa impugnada en el proceso y anulada en la sentencia fue la dictada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, órgano administrativo adscrito a la Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña, ante la que se debería, en su caso, residenciar cualquier reclamación de responsabilidad administrativa.

Este planteamiento del Ayuntamiento de Barcelona que acabamos de sintetizar no puede ser acogido pues parte de una premisa desenfocada que conduce a una conclusión errónea.

No nos encontramos aquí ante una reclamación por responsabilidad patrimonial dirigida frente a una Administración Pública al amparo de los preceptos que señala el Ayuntamiento (artículos 106 de la Constitución, 91 y 92 de la Ley 39/2015, y 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público) sino ante una pretensión compensatoria planteada de conformidad con lo previsto en el artículo 105.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; esto es, formulada por la parte favorecida por una sentencia cuya ejecución ha devenido imposible. Y, siendo este el caso, están fuera de lugar las alegaciones del Ayuntamiento referidas a su falta de culpabilidad y en las que identifica al Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público como "Administración responsable".

2/ Establecido así que en la presente controversia se examina pretensión indemnizatoria planteada al amparo de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa,

entendemos que el abono de la compensación corresponde al Ayuntamiento de Barcelona, en tanto que órgano de contratación. Y a ello no cabe oponer la "falta de culpabilidad" que el Ayuntamiento aduce en su defensa pues la indemnización que se contempla en el citado artículo 105.2 no se fundamenta en un criterio de responsabilidad subjetiva (culpa) sino que opera sobre un parámetro objetivo como es el de la compensación a la parte favorecida por una sentencia que no puede ejecutarse.

3/ La redacción del artículo 21.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa resulta escasamente clarificadora a la hora de señalar quién ha de ser parte demandada en los procesos en que se impugnen las resoluciones de los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales. Así, tras disponer el precepto, en sentido negativo, que "no tendrán la consideración de parte demandada" los órganos que resuelven estos recursos especiales en materia de contratación, la norma legal añade, ahora ya en sentido positivo "...siéndolo las personas o Administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49".

En relación con lo dispuesto en el citado artículo 21.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, el Ayuntamiento de Barcelona aduce que no puede ser considerado una "Administración favorecida" por el acto impugnado en el proceso cuando este -la resolución del recurso especial en materia de contratación- había anulado, precisamente, una decisión municipal; y que por ello el Ayuntamiento no se personó durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, es indudable que, en tanto que órgano promotor de la licitación y adjudicador del contrato, el Ayuntamiento de Barcelona era responsable de ejecutar la sentencia que anuló la resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y ordenó la retroacción del procedimiento para que se formulase una nueva adjudicación. Y, precisamente en esa condición, el Ayuntamiento compareció ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia y promovió incidente aduciendo que la sentencia era de imposible ejecución.

De lo anterior resulta que, con independencia de la equívoca redacción del artículo 21.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es indudable que el Ayuntamiento de Barcelona, órgano adjudicador del contrato, era responsable de ejecutar la sentencia, lo que lo coloca en la posición de Administración obligada al pago de la indemnización que se fije, conforme a lo previsto en el artículo 105.2 de la misma Ley, en el caso de que resulta imposible la ejecución de la sentencia.

4/ El Ayuntamiento de Barcelona alega que si se le condenase a satisfacer una indemnización a la recurrente se estaría causando a la Corporación municipal una clara indefensión, con vulneración del artículo 24 de la Constitución, porque sería condenada en un proceso sin oportunidad de haber sido oída. Pues bien, tampoco cabe acoger este alegato.

Por lo pronto, no es ocioso recordar que, a diferencia de lo que hizo en su momento la entidad Multinau, S.L., el Ayuntamiento de Barcelona no impugnó en vía jurisdiccional, pudiendo haberlo hecho, la resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público que había anulado su decisión de excluir a una determinada empresa de la licitación. Y también hemos visto que si bien la Corporación municipal no estuvo personada, por decisión propia, durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por Multinau, S.L., sí compareció en las actuaciones más adelante, cuando ya se había dictado la sentencia; y fue precisamente el Ayuntamiento de Barcelona quien promovió el incidente para que se declarase la imposibilidad de ejecutar la sentencia, formulando allí las alegaciones que consideró oportunas a fin de que no se le impusiese la obligación de indemnizar, alegaciones que, por cierto, fueron acogidas en los autos de la Sala de instancia de 29 de enero y 1 de junio de 2021.

En consecuencia, entendemos que el Ayuntamiento de Barcelona no ha sufrido indefensión, ni cabe apreciar vulneración alguna del artículo 24 de la Constitución.

OCTAVO.-Sobre la indemnización compensatoria por la imposibilidad de ejecutar la sentencia y los criterios para su cuantificación.

Como punto de partida, la indemnización que fije el órgano jurisdiccional al amparo de lo previsto en el artículo 105 la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debe cuantificarse en atención a las circunstancias del caso y a los concretos perjuicios sufridos por la parte que se ha visto privada de su derecho a la ejecución de la sentencia.

Como hemos visto en el F.J. 3, en el caso que nos ocupa la parte recurrente invoca los artículos 308 y 309 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, señalando que dichos preceptos contemplan el reconocimiento de una indemnización en el ámbito de la contratación pública en los supuestos en los que, como aquí sucede, tras haberse reconocido el derecho de un licitador a la adjudicación de un contrato, ésta ya no es posible por razones materiales al haberse ya consumado su ejecución. Y de la jurisprudencia que interpreta y aplica

los citados preceptos se desprende la procedencia de la indemnización de un determinado porcentaje del beneficio industrial dejado de obtener, que debe calcularse teniendo en cuenta el precio ofertado en el contrato cuya prestación no se ha podido ejecutar. Dicho porcentaje viene determinado en la propia legislación de contratos del sector público, y resulta de aplicación uniforme por mandato legal, siempre que quede acreditado el derecho consolidado a la adjudicación que debe ostentar la compañía, tal y como ha ocurrido en el presente supuesto de hecho; y viene cifrado para el contrato de obras en el 6% del presupuesto de ejecución material y en el caso de los contratos de servicios en el 10% del beneficio industrial. Además -señala la representación de Multinau, S.L.- debe tenerse en cuenta que la regulación de dicha indemnización en nuestro ordenamiento jurídico nacional tiene origen en el Derecho de la Unión Europea; en particular, la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1981, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (en adelante, "Directiva 89/665"), modificada posteriormente por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007.

Frente a ese planteamiento de la entidad Multinau, S.L., la representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona aduce que, en el hipotético supuesto que la Sala considere que la recurrente tiene derecho a percibir una indemnización y que el Ayuntamiento es quien debe satisfacerla, el importe de dicha indemnización en modo alguno puede incluir el lucro cesante y debe limitarse exclusivamente a los gastos en los que haya incurrido la recurrente y cuya realización quede suficientemente acreditada. Los artículos 308 y 309 TRLCSP que invoca la recurrente no pueden amparar la pretensión indemnizatoria que se formula porque ambos preceptos están comprendidos en la regulación de las causas y efectos de la resolución de contratos de servicios. Resolver un contrato significa que deja de tener efectos un contrato previamente formalizado y perfeccionado, pero en el caso de autos no se puede hablar de resolución de contrato entre el Ayuntamiento de Barcelona y la recurrente Multinau, S.L. porque, sencillamente, en ningún momento llegó a existir un contrato formalizado y perfeccionado, dado que la resolución de 16 de noviembre de 2016, que adjudicó los lotes números 1 y 10 a la empresa Multinau, S.L. quedó suspendida por la interposición del recurso especial en materia de contratación por Optima Facility Services, S.L. (artículo 45 TRLCSP); de manera que el contrato entre Multinau, S.L y el Ayuntamiento de Barcelona correspondiente a los Lotes 1 y 10 nunca fue perfeccionado dado que, conforme al artículo 27 TRLCSP, los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con la formalización. De ello se deriva que la pretensión indemnizatoria no se produce en un supuesto de resolución de un contrato sino en un caso de declaración de nulidad del acto de adjudicación del contrato. En consecuencia, sólo cabría indemnizar a la recurrente en relación con aquellos concretos gastos en los que haya incurrido en la preparación de su oferta y cuya realización resulte efectivamente acreditada.

Es cierto, como señala la representación del Ayuntamiento de Barcelona, que el contrato entre el Ayuntamiento de Barcelona y la recurrente Multinau, S.L. no llegó a formalizarse, porque la adjudicación acordada en favor de esta empresa quedó en suspenso *ex lege* por la interposición del recurso especial en materia de contratación. Sin embargo, es un hecho admitido que cuando Optima Facility Services, S.L. interpuso ese recurso ante el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público el Ayuntamiento de Barcelona ya había decidido la adjudicación del contrato correspondiente a los lotes 1 y 10 a la entidad Multinau, S.L. Así lo señala claramente el auto de la Sala de instancia de 29 de enero de 2021, que declaró la imposibilidad de ejecutar la sentencia, en cuyo F.J. 1 se reseña una relación de hechos en la que se indica: << (...) - En fecha 16 de noviembre de 2016 se rechazó la oferta presentada por la licitadora "Optima Facility Services SL" a los 10 lotes, al considerar su oferta anormal o desproporcionada. - En la misma fecha 16 de noviembre de 2016 el Ayuntamiento adjudicó los lotes, correspondiendo el lote nº 1 -Distrito de Ciutat Vella- y el lote nº 10 -Distrito de San Martín- a la licitadora "Multinau, SL"...>>. Y más adelante, en su F.J. 3, el propio auto de 29 de enero de 2021 señala: << (...) De la secuencia de hechos antes referida se desprende que la actora había de resultar adjudicataria de los lotes 1 y 10, como ya lo había sido en su momento. Las partes no discuten dicho extremo, ni tampoco la imposibilidad de ejecución de la sentencia (...)>>.

Ello significa que, aunque el contrato entre el Ayuntamiento de Barcelona y la recurrente Multinau, S.L. no había llegado a formalizarse, cuando se declaró la imposibilidad de ejecutar la sentencia la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no tenía duda -y tampoco las partes lo cuestionaban- de que el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia habría determinado que Multinau, S.L. fuese adjudicataria de los lotes 1 y 10, como ya lo había sido en su momento.

Así las cosas, la imposibilidad de ejecutar la sentencia privó a Multinau, S.L. no ya de su derecho a participar en la licitación y de una legítima expectativa a la adjudicación sino que la privó de una adjudicación del contrato que todos los intervinientes y el propio órgano jurisdiccional daban por sentada, aunque el contrato no hubiese llegado a formalizarse.

En estas circunstancias, la indemnización en favor de Multinau, S.L. no puede quedar reducida -como pretende el Ayuntamiento de Barcelona- al importe de los gastos en los que hubiese incurrido la recurrente en la preparación de su oferta sino que ha de equipararse a la prevista para casos de resolución del contrato por causa no imputable al contratista; en concreto, la que se contempla en el artículo 309.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, esto es, el 10% del beneficio dejado de obtener. Y según la cuantificación que realizó Multinau, S.L. en la pieza separada del incidente de inejecución, sin que tal cálculo haya sido rebatido ni cuestionado, ese 10% asciende a la cuantía de cuatrocientos treinta y cuatro mil trescientos veintidós euros con setenta y un céntimos (434.322,71 €) para el Lote 1, y doscientos quince mil ciento cincuenta y dos euros con trece céntimos (215.152,13 €), para el Lote 10, más IVA aplicable.

Ya sabemos que la presente controversia se refiere a la indemnización prevista en el artículo 105.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para los casos en que se declara la imposibilidad de ejecutar una sentencia; y como hemos señalado al inicio de este apartado, la indemnización que se fije al amparo de del citado artículo 105.2 debe cuantificarse en atención a las circunstancias del caso y a los concretos perjuicios sufridos por la parte que se ha visto privada de su derecho a la ejecución de la sentencia. Pues bien, en el caso presente, para cuantificar esa indemnización hemos acudido a los preceptos reguladores de los contratos públicos por ser esta una referencia normativa adecuada dado que contempla supuestos que, en lo relativo a determinación y cuantificación de perjuicios, consideramos equiparables.

En fin, tiene razón la recurrente cuando aduce que ha de tomarse en consideración lo declarado por Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la vía especial de impugnación en materia de contratación administrativa, y, en particular, sobre determinación y cuantificación de conceptos indemnizables.

En este sentido, es oportuno citar la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (asunto C-314/09), en cuya parte dispositiva se establece: << La Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 [...] en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que supedita el derecho a obtener una indemnización de daños y perjuicios, derivada de una infracción del Derecho en materia de contratación pública por parte de la entidad adjudicadora, al carácter culposo de esta infracción,...>>.

Más recientemente, la STJUE de 6 de junio de 2024 (asunto C-547/2022), que interpreta diversos preceptos de la citada Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1981, contempla específicamente que el licitador puede sufrir diversas clases de perjuicios, que pueden consistir en no haber obtenido la adjudicación de un contrato público (lucro cesante) pero también en el perjuicio derivado de la pérdida de oportunidad al ser privado de la posibilidad de participar en el procedimiento de licitación (apartados 31, 32, 33, 38 y 39 de la sentencia). Esta sentencia recuerda, con cita de pronunciamientos anteriores, que el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que la reparación de los daños causados a los particulares por infracciones del Derecho de la Unión debe ser adecuada al perjuicio sufrido, en el sentido de que debe permitir, en su caso, compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos (apartado 35). Concepto este último, el de "compensación íntegra" de los daños, que guarda correspondencia o paralelismo con la figura de la "satisfacción equitativa" acuñada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Pues bien, en el caso que nos ocupa no se trata de que la recurrente quedase privada de la posibilidad de participar en la licitación, con la consiguiente pérdida de la expectativa de adjudicación del contrato sino que sufrió un perjuicio significativamente más tangible, pues, como hemos visto, el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, que resultó de imposible ejecución, habría determinado que Multinau, S.L. fuese adjudicataria del contrato. De ahí que, a efectos de cuantificación de la indemnización, hayamos considerado el caso equiparable a una resolución del contrato por causa no imputable al contratista.

NOVENO.-Respuesta a la cuestión de interés casacional.

De conformidad con las consideraciones expuestas en los apartados anteriores, y dando respuesta a la cuestión de interés casacional delimitada en el auto de admisión del presente recurso, debemos declarar lo siguiente:

1/ Pese a que la redacción del artículo 21.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa resulta equívoca cuando señala quién ha de ser parte demandada en los procesos en que se impugnen las resoluciones de los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales, si en un proceso de esa índole la sentencia anula la resolución impugnada -proveniente de un órgano administrativo que, por virtud del propio precepto, no ha sido parte en el proceso- y luego se declara la imposibilidad de ejecutar la sentencia, la indemnización que el órgano jurisdiccional fije en favor del recurrente, al amparo de lo previsto en el artículo 105.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa LJCA, habrá

de abonarla el órgano adjudicador del contrato, responsable de la ejecución de la sentencia, aunque no haya comparecido en el proceso.

2/ La indemnización que fije el órgano jurisdiccional al amparo de lo previsto en el citado artículo 105.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se cuantificará en atención a las circunstancias del caso y a los concretos perjuicios sufridos por la parte que se ha visto privada de su derecho a la ejecución de la sentencia.

DÉCIMO.-Resolución del recurso.

Por las razones expuestas, y de conformidad con la doctrina expuesta en el apartado anterior, procede que declaremos haber lugar al recurso de casación interpuesto en representación de la entidad Multianau, S.L., contra el auto de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de junio de 2021 que desestima el recurso de reposición dirigido contra auto de la misma Sala y Sección de 29 de enero de 2021, debiendo quedar anulados y sin efecto los referidos autos en cuanto deniegan la indemnización pretendida por la recurrente.

Y entrando esta Sala a resolver el incidente relativo a la imposibilidad de ejecución de la sentencia 182/2020, de 21 de enero de 2020 (recurso contencioso-administrativo 198/2017), procede mantener la declaración de imposibilidad de ejecución de la sentencia pero con reconocimiento del derecho de la recurrente a ser indemnizada por el Ayuntamiento de Barcelona en una cantidad equivalente al 10% de beneficio industrial dejado de obtener, lo que implica la cuantía de cuatrocientos treinta y cuatro mil trescientos veintidós euros con setenta y un céntimos (434.322,71 €) para el Lote 1, y doscientos quince mil ciento cincuenta y dos euros con trece céntimos (215.152,13 €), para el Lote 10, más el IVA que resulte aplicable.

DECIMOPRIMERO.-Costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y tampoco la imposición de las costas del incidente relativo a la imposibilidad de ejecución de la sentencia ni las derivadas del recurso de reposición interpuesto contra el auto recaído en dicho incidente, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas, de lo que es indicativo el distinto parecer manifestado en el auto recurrido en el recurso de casación y en esta sentencia que lo resuelve.

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

FALLO

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

1/ Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de la entidad MULTIANAU, S.L., contra el auto de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de junio de 2021 que desestima el recurso de reposición dirigido contra auto de la misma Sala y Sección de 29 de enero de 2021, debiendo quedar anulados y sin efecto los referidos autos en cuanto deniegan la indemnización pretendida por la recurrente.

2/ En el incidente relativo a la imposibilidad de ejecución de la sentencia 182/2020, de 21 de enero de 2020, de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso contencioso-administrativo 198/2017), mantenemos la declaración de imposibilidad de ejecución de la sentencia, ya acordada por la Sala de instancia, pero reconociendo ahora el derecho de MULTIANAU, S.L. a ser indemnizada por el Ayuntamiento de Barcelona en una cantidad equivalente al 10% de beneficio industrial dejado de obtener, lo que implica la cuantía de cuatrocientos treinta y cuatro mil trescientos veintidós euros con setenta y un céntimos (434.322,71 €) para el Lote 1, y doscientos quince mil ciento cincuenta y dos euros con trece céntimos (215.152,13 €), para el Lote 10, más el IVA que resulte aplicable.

3/ No se imponen las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y tampoco las costas del incidente relativo a la imposibilidad de ejecución de la sentencia, ni las derivadas del recurso de reposición interpuesto contra el auto recaído en dicho incidente.

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

Así se acuerda y firma.