



Roj: **STSJ AR 1379/2015 - ECLI: ES:TSJAR:2015:1379**

Id Cendoj: **50297330012015100419**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **25/09/2015**

Nº de Recurso: **258/2012**

Nº de Resolución: **500/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JESUS MARIA ARIAS JUANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Sección Primera).

-Recurso número 258 del año 2012-

SENTENCIA: 00500/2015

SENTENCIA NÚM. 500 de 2015

ILMOS. SEÑORES

PRESIDENTE

Don Juan Carlos Zapata Híjar

MAGISTRADOS

Don Jesús María Arias Juana

Doña Isabel Zarzuela Ballester

En Zaragoza, a veinticinco de septiembre de dos mil quince.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (Sección Primera), el recurso contencioso-administrativo número 258 de 2012, seguido entre partes; como demandante el **AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA**, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Sonia Salas Sánchez y asistido por la Letrada Dña. María Jesús Palasí Soteras; y como demandado D. Carlos María, en su condición de concejal de dicho Ayuntamiento, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Nuria Juste Puyo y asistido por el Letrado D. Luis Montes Bel. Es objeto de impugnación el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de fecha 9 de octubre de 2012, por el que se estimó el recurso especial interpuesto por D. Carlos María, en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza, contra el procedimiento de licitación denominado "Gestión del Servicio Público de Saneamiento y Depuración de aguas residuales de la ciudad de Zaragoza bajo la fórmula de Sociedad de Economía Mixta", promovido por dicho Ayuntamiento, declarando la invalidez del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y anulando la licitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.2 TRLCSP.

Procedimiento : Ordinario.

Cuantía : Indeterminada.

Ponente : Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Arias Juana.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- La parte actora en el presente recurso, por escrito que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en fecha 10 de diciembre de 2012, interpuso recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo citado en el encabezamiento de esta sentencia.

SEGUNDO .- Previa la admisión a trámite del recurso y recepción del expediente administrativo, se dedujo la correspondiente demanda, en la que tras relacionar el Ayuntamiento recurrente los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables concluía con el suplico de que se dictara sentencia por la que, con estimación del recurso de declare nulo o anule, por no ser conforme al ordenamiento jurídico, el Acuerdo impugnado

TERCERO .- La representación de D. Carlos María , en su escrito de contestación a la demanda, solicitó, tras relacionar los hechos y fundamentos de derecho que, por su parte, estimó aplicables, que se dictara sentencia por la que se desestimase el recurso interpuesto, con imposición de costas a la Administración demandada.

CUARTO .- Sin haber lugar al recibimiento del juicio a prueba, y tras el trámite de conclusiones, se celebró la votación y fallo el día señalado, 24 de septiembre de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en el presente proceso por el Ayuntamiento de Zaragoza el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de fecha 9 de octubre de 2012, por el que se estimó el recurso especial interpuesto por D. Carlos María , en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza, contra el pliego de Pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado por el Gobierno de Zaragoza el 25 de julio de 2012, para la adjudicación del contrato de "Gestión del Servicio Público de Saneamiento y Depuración de aguas residuales de la ciudad de Zaragoza bajo la fórmula de Sociedad de Economía Mixta", declarando la invalidez de dicho Pliego y anulando la licitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.2 TRLCSP -texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público , aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-.

La representación municipal, en su pretensión de que se declare la nulo o anule el referido acuerdo, insiste en esta vía jurisdiccional, frente a las conclusiones a las que llegó dicho Tribunal Administrativo por las que rechazó la inadmisión del recurso, en la falta de legitimación del Sr. Carlos María para interponer el recurso especial, en la extemporaneidad del recurso especial por aquel formulado, y en que el contrato en cuestión no es susceptible de tal recuso especial; sosteniendo, en cuanto al fondo, que no existen las causas de nulidad ni anulabilidad apreciadas por dicho Tribunal.

Debiendo ponerse de manifiesto, con carácter previo al examen de los referidos motivos impugnatorios, que no obstante sostenerse por el concejal aquí demandado la carencia sobrevenida de objeto del presente recurso, por haber asumido el Ayuntamiento la gestión del servicio público de saneamiento y depuración a través de una sociedad de capital íntegramente municipal, lo cierto es que, como advierte la representación municipal, tal decisión vino motivada precisamente por la adopción del acuerdo del Tribunal Administrativo aquí impugnado y su carácter ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 TRLCSP; sin que la adopción de las medidas adoptadas, precisamente por tal ejecutividad, en orden a prestar los servicios de saneamiento y depuración de aguas residuales, implique la carencia sobrevenida de objeto, pues no hay desaparición real de la controversia, cuando por el Ayuntamiento sigue defendiendo que el acuerdo municipal impugnado es ajustado a derecho, y cuando la adopción de las referidas medidas no suponen la decisión de abandonar la posibilidad -caso de ser resuelto el recurso a su favor- de proseguir con la licitación de la gestión de tales servicios bajo la fórmula de Sociedad de Economía Mixta.

SEGUNDO .- Sostiene, en primer lugar, la representación municipal en esta vía jurisdiccional que el Sr. Carlos María carecía de legitimación para interponer el recurso especial en su calidad de concejal del Ayuntamiento y ello con base en las mismas razones que ya expuso ante el Tribunal Administrativo -que reproduce- y en la fundamentación del voto particular emitido por el vocal D. Guillermo frente al Acuerdo adoptado -que en parte también transcribe-, añadiendo que en materia de contratación no existe la acción pública como sucede en materia urbanística.

Tal motivo impugnatorio no puede prosperar, y al efecto hemos de remitirnos a los razonamientos que en respuesta a tal cuestión se dio por el Tribunal Administrativo, que en ningún momento alude a la existencia de una acción pública en esta materia -que efectivamente no la hay, y, por el contrario, afirma expresamente que no tiene en estos momentos apoyo legal-. La legitimación del Sr. Carlos María le viene conferida, en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 b) de la Ley de Bases del Régimen Local y de la doctrina tanto constitucional como jurisprudencial recaída al respecto, por su condición de concejal del Ayuntamiento que si bien no votó en contra del acuerdo municipal impugnado fue por la razón de no formar parte del órgano que lo adoptó. En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional 173/2004 -citada en el acuerdo recurrido-, declara que el



concejal por su condición de miembro del Ayuntamiento "está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación", y en la que se concluye que "al negar legitimación al concejal recurrente para impugnar, en vía contencioso-administrativa, un acuerdo municipal en cuya adopción no pudo intervenir, no sólo limitó o redujo la labor del control que obligatoriamente ha de realizar un representante de los ciudadanos, sino que cerró el acceso a la jurisdicción de quien, por existir una expresa previsión legal que suponía dicha legitimación, ostentaba un interés concreto y legítimo para impetrar en su defensa la tutela judicial efectiva, con claro desconocimiento del derecho reconocido en el art. 24 de la Constitución ". Doctrina reiterada en las sentencias de 108/2006 y 2010/209, y que fue posteriormente asumida por el Tribunal Supremo; siendo significativa la de 10 de mayo de 2012 - citada en la más reciente de 26 de septiembre de 2014 - en un supuesto en el que se negaba la legitimación a un concejal por el hecho de no haber asistido a la sesión plenaria en la que se había aprobado el Acuerdo más tarde impugnado, y que el Alto Tribunal reconoció con base en los siguientes razonamientos:

"Así, el art. 209 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), establece:

"1. Contra los actos y acuerdos de las Entidades Locales que pongan fin a la vía administrativa, los interesados podrán, previo recurso de reposición o reclamación previa en los casos en que proceda, ejercer las acciones pertinentes ante la jurisdicción competente.

2. Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo, podrán impugnar los actos y acuerdos de las Entidades Locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico los miembros de las Corporaciones Locales que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos".

Pues bien, desde una perspectiva normativa y jurisprudencial los concejales de un Ayuntamiento pueden recurrir los actos o disposiciones de éste en supuestos de infracción del ordenamiento jurídico, siempre con la condición de no haberlos apoyado.

Los concejales cuentan con una legitimación directamente derivada de la condición de representantes populares, además de la más abstracta de defensa de la legalidad, frente a la que tan solo se impone la exigencia de haber concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad del órgano colegiado municipal, que resulta equiparable a quienes no hubieran formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento, pues es idéntico, en uno y otro caso, el interés en el correcto funcionamiento de la corporación que subyace en el título legitimador que ahora se examina.

La Sentencia de la Sección Quinta de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 3 de marzo de 2010 (rec. cas. núm. 7520/2005), afirmó que "(r)especto a la condición de concejal del Ayuntamiento demandado y a su participación como tal en la adopción de las decisiones municipales impugnadas, consta en el expediente administrativo que se opuso expresamente a la aprobación inicial del Estudio de Detalle y que no asistió a la sesión en que se llevó a cabo su aprobación definitiva, si bien hay que entender que había manifestado claramente y de antemano su oposición al referido acuerdo aprobatorio del Estudio de Detalle.

En cuanto a los acuerdos impugnados emanados de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento, hemos de admitir, pues no lo negó el Ayuntamiento al evacuar sus conclusiones, que el demandante, al adoptarse aquéllos, no formaba ya parte de dicha Comisión de Gobierno.

En definitiva, la excepción de falta de legitimación del demandante en la instancia debe ser rechazada y por ello desestimado el primero de los motivos de casación alegados" (FD Primero).

Asimismo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 173/2004 y 108/2006 vinieron a establecer que, junto a la legitimación general para poder acceder al recurso o proceso contencioso-administrativo según el art. 19.1 a) de la vigente LJCA , existe una legitimación "ex lege", que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el Ordenamiento jurídico, no tratándose de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan los diputados de una Diputación y los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto -inclusive puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la mencionada LBRL, desprendiéndose esa otra fuente o modalidad de título legitimador de una interpretación conjunta de los arts. 20 a) de la LJCA y 63.1 b) de la LBRL.



Este art. 63.1.b), desarrollado en el art. 209.2 del ROF, de modo significativo, comienza estableciendo que junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo (y por tanto con separación de sus requisitos, léase de la caracterización del interés como relación entre sujeto y objeto de la pretensión) "podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del Ordenamiento jurídico (...) los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos".

Aquella doctrina del Tribunal Constitucional ha declarado que no tendría sentido admitir la legitimación de ese miembro de una corporación local únicamente cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento de los representantes mayoritarios, y más aún cuando es idéntico, en uno y otro caso, el "interés en el correcto funcionamiento de la corporación" que subyace en el título legitimador que ahora se examina.

En definitiva, el Tribunal Constitucional entiende, en interpretación acorde con el art. 24.1 de la CE, que los representantes electos de las Corporaciones locales están legitimados para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo.

De este modo los concejales ostentan la condición de representantes populares de las correspondientes corporaciones locales, condición de la que dimana su legitimación ad hoc para poder impugnar los actos del Ayuntamiento que consideren contrarios al ordenamiento jurídico, y que se traduce en un interés concreto de controlar su correcto funcionamiento, como medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de los fines propios y específicos del municipio como entidad local, no siendo para ello un déficit de legitimidad el no haber asistido a la sesión del órgano plenario en el que se adoptaron los acuerdos recurridos".

Y tales razonamientos, que fundamentan la legitimación de los concejales para impugnar en la vía contencioso administrativa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervino, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 TRLCSP; sin que su artículo 42, relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan, en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida; interés -e incluso obligación-, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 LBRL.

No estimándose, frente a lo sostenido por la representación municipal y el voto particular a que se ha hecho alusión, que el artículo 42 TRLCSP diseñe una legitimación adicional y específica hasta el punto de excluir la que ostentan los concejales, cuando, como no puede por menos de reconocerse, la legitimación para interponer el recurso especial no se contrae a los contratistas, sino que se extiende a "toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso". Como tampoco puede servir de fundamento a la postura municipal la invocada Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, cuando -no se niega- dicho artículo 42 recoge una legitimación más amplia que la recogida en aquella, al disponer que los procedimientos sean accesibles "como mínimo" a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción; por lo que nada obsta a que la normativa nacional amplíe el acceso al recurso especial en los términos que lo ha hecho la española.

TERCERO :- Distinta suerte ha de correr el segundo de los motivos impugnatorios aducidos por la Administración recurrente, esto es, la extemporaneidad de la interposición del recurso especial, y ello partiendo, precisamente, de la específica legitimación que tenía conferida el Sr. Carlos María, por su condición de concejal del Ayuntamiento. Y es que, en efecto, el Acuerdo impugnado se adoptó, como ha quedado expuesto, por el Gobierno de Zaragoza -del que, se insiste, no formaba parte dicho concejal- en la sesión de 25 de julio de 2012 y el recurso especial no se interpuso hasta el 24 de septiembre siguiente, transcurrido ampliamente el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2. No pudiendo acogerse, en este particular, lo razonado en el Acuerdo impugnado -asumiendo lo sostenido por el Sr. Carlos María al interponer el recurso especial y que mantiene en su contestación a la demanda-, de que el plazo para recurrir contra los pliegos no comenzaba a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores -que fue la del 24 de septiembre-, de acuerdo con el criterio que había mantenido el Tribunal Administrativo en anteriores acuerdos, y que se sustenta en la interpretación del artículo 44.2, en relación con el 158 TRLCSP, relativo, este último a "información a los licitadores"; y no podemos acogerlo por cuanto que la posición del Sr. Carlos María no puede equiparse a la de éstos y no puede desconocerse la específica legitimación que tiene conferida, así como el acceso que en tal condición



tiene a los acuerdos adoptados por el Gobierno Municipal, conforme a la Ley de Bases del Régimen Local, al Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, y al Reglamento Orgánico Municipal. Así, el apartado segundo del artículo 138 de este último Reglamento, establece que "dentro de los dos días hábiles siguientes a la celebración de las sesiones de la Junta de Gobierno Local, el Concejal-Secretario de la misma deberá remitir a todos los Grupos municipales un extracto de los acuerdos adoptados, a reserva de los términos que resulten de la aprobación del acta correspondiente"; y el apartado tercero que "los expedientes relativos a los acuerdos adoptados por la Junta de Gobierno Local podrán consultarse por todos los miembros de la Corporación después de la finalización de las sesiones, en la Oficina de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al Concejal-Secretario de la misma o, una vez devueltos, en el Servicio responsable de su tramitación"; y según el informe del titular de la Asesoría Jurídica, en trámite de alegaciones al recurso especial interpuesto, con alusión al concejal recurrente, "pudo tener conocimiento y conoció las bases desde el momento en que fueron aprobadas en fecha 25 de julio de 2015 y así consta que fueron examinadas y copiadas por todos los grupos políticos el mismo día de su aprobación".

Siendo claro, y no se cuestiona en el acuerdo impugnado, que el Sr. Carlos María recurrente tuvo, o pudo tener, cumplido conocimiento del contenido de los Pliegos el mismo día 25 de julio -y, en cualquier caso, con la publicación de la licitación efectuada días mas tarde en el Diario Oficial de la Unión Europea, Boletín Oficial del Estado, Boletín Oficial de Aragón y en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Zaragoza-, no puede ser obstáculo al inicio del cómputo del referido plazo de los quince días para la interposición del recurso especial, desde el conocimiento del acuerdo municipal, el hecho de que en los pliegos se hiciera constar que no cabía recurso especial en materia de contratación, pues ello se fundamentaba en el artículo 40.1.c) TRLCSP y en que, según los mismos, en el contrato que se licitaba el importe de los gastos de primer establecimiento no ascendían en modo alguno del importe de 500.000 euros previstos en aquel.

Aparte de que al Sr. Carlos María no debía notificársele -y no se efectuó- el acuerdo municipal en cuestión, como si de un interesado se tratara, fuera de su condición de concejal, no resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial a que se refiere el Acuerdo aquí recurrido en relación a las notificaciones erróneas o defectuosas, que, efectivamente, no pueden perjudicar a su destinatarios. Los pliegos establecían, en su cláusula 27, que los gastos de primer establecimiento no ascendían en modo alguno del importe de 500.000 euros, mínimo para el acceso al recurso especial, por lo que nada obstaba a que, como hizo el Sr. Carlos María, si bien extemporáneamente, se interpusiera el recurso especial cuestionando el importe fijado y manteniendo que superaba el límite legal que posibilitaba el acceso a tal recurso, partiendo de la distinta consideración de lo que, a su juicio, deben comprender los gastos de primer establecimiento. Ninguna indefensión, ni quiebra del principio de confianza legítima, cabe apreciar desde el momento en que, conocido cual era el motivo por el que se consignaba en los pliegos que no cabía recurso especial, podía interponerlo en plazo combatiendo tal motivo, como también podía haber acudido directamente a esta vía jurisdiccional.

Consecuentemente con lo expuesto, habiéndose interpuesto el recurso especial fuera del plazo legalmente previsto, procede, acogiendo tal motivo impugnatorio del Ayuntamiento recurrente, y haciendo ya innecesario el examen de los demás aducidos por su representación en la demanda, la anulación del Acuerdo recurrido, por no ser el mismo conforme a derecho, por cuanto debió declarar la inadmisibilidad del recurso especial.

CUARTO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas del presente recurso al demandado. Si bien al amparo de la facultad prevista en el apartado tercero de dicho artículo, se determina que el importe de las mismas no podrá rebasar la cantidad de 1.500 euros.

FALLO

PRIMERO.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo número 258 del año 2012, interpuesto por el **AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA**, contra el Acuerdo referido en el encabezamiento de la presente sentencia, el cual anulamos por no ser conforme a derecho.

SEGUNDO.- Imponemos las costas al demandado, con el límite establecido en el último fundamento de esta resolución.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.