



Roj: STSJ CL 983/2015 - ECLI:ES:TSJCL:2015:983

Id Cendoj: 09059330012015100050

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Burgos

Sección: 1

Fecha: 27/02/2015

Nº de Recurso: 181/2014

Nº de Resolución: 43/2015

Procedimiento: Recurso de Apelación

Ponente: JOSE MATIAS ALONSO MILLAN

Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA CON/AD

BURGOS

SENTENCIA: 00043/2015

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SECCION 1ª

Presidente/allmo. Sr. D. Eusebio Revilla Revilla

SENTENCIA DE APELACIÓN

Número: 43/2015

Rollo de APELACIÓN N° : 181 / 2014

Fecha : 27/02/2015

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SORIA- P.O. 51/14

Ponente D. José Matías Alonso Millán

Secretario de Sala : Sr. Ruiz Huidobro

Escrito por : MIS

Ilmos. Sres.:

D. Eusebio Revilla Revilla

D. José Matías Alonso Millán

Dª. M. Begoña González García

En Burgos a veintisiete de febrero de dos mil quince.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha visto en grado de apelación el recurso número **181/2014** interpuesto por la mercantil "Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A.", representada por la procuradora doña María Montserrat Jiménez Sanz y defendida por la letrado Sra. Sánchez Álvarez, contra el auto de fecha 7 de octubre de 2014, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Soria, por el que se acuerda inadmitir el recurso interpuesto contra la desestimación presunta por silencio negativo del recurso interpuesto contra el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Soria con fecha 21 de octubre de 2013 por el que se



adjudicaba el procedimiento abierto para la selección de un socio privado para la constitución de una sociedad de economía mixta, destinada a la gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración de la ciudad de Soria a favor de la UT GS Inima Environment S.A, y Valoriza Agua S.L. (VALORINIMA S.L.) y se acordaba la exclusión de diferentes licitadores, entre ellos Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A., contra el que se anunció el correspondiente recurso especial en materia de contratación en el que se indicaba la consideración de este recurso como subsidiario de reposición para el supuesto de que el Tribunal procediese a su inadmisión; así como contra toda actividad administrativa que haya salido instrumentalmente para la adopción de los acuerdos que hayan dado lugar al acto anterior.

Habiéndose personado ante esta Sala, como apelados, el Excelentísimo Ayuntamiento de Soria, representado por el procurador don César Gutiérrez Moliner y defendido por el letrado Sr. Aguirre Pardillos, y las codemandadas "Acciona Agua Servicios, S.L.", representada por la procuradora doña Elena Cobo de Guzmán Pisón, y "Gestión y Técnicas del Agua, S.A.", representada por el procurador don Miguel Ángel Esteban Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - Que por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. 1 de Soria, en el procedimiento ordinario número 51/2014, se dictó auto cuya parte dispositiva dice:

"Se estima la alegación previa formulada por el Ayuntamiento de Soria al amparo de lo dispuesto en el art. 69.c de la LJCA , debiendo archivar el procedimiento".

SEGUNDO- Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la parte actora, que fue admitido en ambos efectos y, después de realizar las alegaciones que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia por la que, con estimación del presente recurso, sea revocado el auto recurrido y, en su lugar, declare la continuación del Procedimiento Ordinario 51/2014 interpuesto por FCC-Aqualia ante la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra el acto de adjudicación del Pleno del Ayuntamiento de Soria de 23-10-2013.

Por la Administración apelada se presentó escrito oponiéndose al recurso de apelación presentado y solicitando se dicte sentencia desestimatoria del recurso de apelación y confirmatoria de la resolución judicial de inadmisión, con expresa imposición de costas a la parte apelante.

Las codemandadas no formularon alegaciones.

Remitidos los autos a esta Sala, se señaló para votación y fallo el día 26 de febrero de 2015.

TERCERO- En la tramitación del presente recurso de apelación se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la actora se apeló el auto porque entiende que es contrario al ordenamiento jurídico en base a las siguientes alegaciones:

1).-La actuación de la actora es correcta ante la falta de claridad recogida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en lo que a los medios de impugnación en vía administrativa y contencioso-administrativa se refiere.

El auto apelado considera que la Ley posibilita la impugnación del acto de adjudicación por dos vías alternativas: la vía ordinaria por medio del recurso de reposición o la vía especial por medio de recurso especial en materia de contratación. Sin embargo el art. 40 del Texto Refundido exige que se tiene que considerar la naturaleza del contrato y del acto objeto de impugnación. Según lo establecido en este precepto, la elección del recurso en vía administrativa del acto de adjudicación en el contrato objeto de litigio, dependerá de dos factores, que son su duración y el presupuesto de gastos del primer establecimiento. La dificultad estriba en el concepto jurídico indeterminado de "gastos del primer establecimiento", que no está debidamente regulado por la Ley, y que se agrava porque la doctrina de los diferentes Tribunales no es unánime.

2).-Se declara la inadmisión de recurso especial en materia de contratación porque el Pliego declara expresamente que el recurso no cabe porque los gastos de primer establecimiento no superan los 500.000 €. Esta doctrina no es la que se sigue por otros Tribunales; así, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 299/2014.

3).-La inseguridad jurídica creada es evidente. Ante las dudas surgidas, se presentó el recurso especial en materia de contratación y solicitando de forma subsidiaria en el supuesto de que el Tribunal de Recursos



Contractuales de Castilla y León lo inadmitiese, su calificación como recurso de reposición. Su desestimación por silencio administrativo es objeto del presente recurso contencioso-administrativo.

4).-Se pretende con esta solución privar al licitador de su derecho a revisión de los actos en vía administrativa, institución legal que supone una garantía para el particular, evitando la necesidad de impugnación en vía contencioso-administrativa, con los mayores costos económicos que conlleva y el perjuicio que supone la mayor dilación en el tiempo para su resolución.

5).-Carece de fundamento la afirmación recogida en el auto apelado de que la aquí actora presentó un recurso especial en materia de contratación y que de esta forma renunció a la interposición del recurso de reposición; la actora dejó abierta la posibilidad de interponer recurso de reposición de forma subsidiaria. Es evidente que, según se establece en el art. 40.5 del Texto Refundido, el recurso especial en materia de contratación y el recurso de reposición no se pueden utilizar simultáneamente, siendo excluyentes entre sí. Pero la actuación de esta parte está amparada en la Ley, ya que hay que tener en cuenta que la intención no era otra que solicitar la vía de recurso adecuada ante el riesgo de que no se admitiese el recurso especial en materia de contratación.

6).-Procede insistir en el contenido del artículo 110 de la Ley 30/92, que constituye un deber de la Administración el atribuir al recurso el carácter que legalmente le corresponda, atendiendo, fundamentalmente, al contenido del acto.

7).-El escrito del interesado en el que se solicita la revocación, nulidad o ineficacia de un acto administrativo es un recurso, por lo que no se puede afirmar ahora la inexistencia de recurso en vía administrativa previo al inicio de la impugnación contencioso-administrativa.

8).-El contenido de la Resolución de fecha 26 de septiembre de 2014, resolutoria del Procedimiento Ordinario 531/2013, no es aplicable al caso que nos ocupa. Las decisiones contenidas en el auto de 26 de septiembre de 2014 no son aplicables al caso que nos ocupa, porque resuelve cuestiones que no son semejantes a las aquí planteadas: la aquí actora no impugnó ante el Tribunal Superior de Justicia la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, y que exclusivamente ha impugnado en vía jurisdiccional ordinaria, ante el Juzgado, la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra el acto de adjudicación del Ayuntamiento de 23-10-2013.

9).- El auto apelado incurre en falta de motivación, careciendo en alguna de las afirmaciones y decisiones de apoyo jurídico en las que fundamentarlas. La falta de motivación se encuentra además en el fallo del auto. Los fundamentos jurídicos desarrollados a lo largo del auto no tienen relación con las alegaciones a que se refiere la parte dispositiva del mismo: En efecto, el Ayuntamiento defiende la inexistencia de un acto administrativo por entender que no se ha interpuesto recurso de reposición previo y que por tanto no hay silencio administrativo y que la vía del recurso utilizada en vía administrativa y contencioso-administrativa no es la adecuada, afirmando, de forma errónea, que se han utilizado dos vías de recurso administrativo simultáneamente. Esto deriva en la falta de motivación al desconocer en realidad esta parte cuáles son los motivos por los que se adopta esta decisión.

10).-Hay que añadir que la solicitud del Ayuntamiento no está correctamente fundamentada, porque, como ya se ha demostrado, sí que existe recurso de reposición previo a la vía contencioso-administrativa. La causa de inadmisibilidad que se invoca no es aplicable a los hechos que se exponen, ya que en este artículo se establece la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo en los supuestos de disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación.

Se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24 de la Constitución. La Constitución proclama formalmente la "obligación de motivar" en el artículo 122.3. El auto que se apela adopta la decisión basándose en meras suposiciones, sin fundamentos jurídicos desarrolladores injustificados y sin entrar a resolver de forma explícita las diferentes cuestiones planteadas por las partes. El resultado es que se deja a la actora en una situación de indefensión.

Por su parte, la representación procesal de la Administración se opuso al recurso de apelación en base a las siguientes alegaciones:

1.-La recurrente nunca interpuso recurso de reposición contra el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Soria, el día 21 de octubre de 2013. Sin haber interpuesto recurso de reposición no cabe recurso contra una pretendida desestimación presunta de un recurso de reposición inexistente.

2.-Interpuso recurso especial en materia de contratación; lo que hizo bajo su responsabilidad porque ello estaba expresamente excluido en el Pliego de condiciones. La actual legislación en materia de contratos del sector público determina que la opción por el recurso especial excluye la posibilidad del recurso administrativo ordinario. El inicio de la vía potestativa del recurso especial implica para quien la utiliza que el acto impugnado



no pone fin a la vía administrativa hasta que se pronuncia el Tribunal Especial de Recursos contractuales contra cuya resolución ya no será competente el Juzgado.

3.-El Pliego de Cláusulas Administrativas es claro en cuanto a la inexistencia de recurso especial, al recogerse que no cabe presentar el recurso especial en su cláusula tercera. La apelante ni llegó a interponer recurso de reposición ni podía siquiera aferrarse a él al optar por el recurso especial que lo excluye expresamente.

4.-Al anunciar la interpretación futura del recurso de apelación, la apelante vino a solicitar que se tuviera por subsidiariamente interpuesto recurso de reposición. Pero eso es inadmisibile por tres razones: 1.-Porque ello se hacía sobre la base de un escrito de anuncio de futuro recurso y no sobre la base de un escrito de recurso, por lo que el mero anuncio queda ahí y no constituye un recurso. 2.-Porque la vía del recurso especial en materia de contratación excluye la del recurso ordinario a tenor de lo que disponen los apartados 5 y 6 del art. 40 del Real Decreto Legislativo 3/2011 . 3.-Porque la invocación del artículo 110.2 de la Ley 30/1992 es incorrecta a efectos de considerar una pretendida versatilidad universal de cualquier escrito; este precepto sólo es aplicable en el caso del error involuntario en la calificación del recurso, pero no es válido como calificación subsidiaria deliberada.

5.-Es aplicable la doctrina recogida en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia 211/2014 dictada por la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, en recurso de apelación 105/2014, de fecha 26 de septiembre de 2014 . Esta sentencia recoge, en su fundamento jurídico séptimo, que el recurso ahora es potestativo pero excluyente de cualesquiera otros medios impugnatorios de naturaleza administrativa. De esta sentencia se infiere que la iniciación potestativa de la vía especial impide la ulterior activación de la contencioso-administrativa ante el Juzgado para quien ha optado por ella. Según esta sentencia, la iniciación de la vía especial comporta que el acto administrativo que impugna deje de poner fin a la vía administrativa hasta que resuelva el Tribunal Especial de Recursos Contractuales; y, a partir de ahí, contra su resolución resulta que ya no será competente el Juzgado.

6.-Sin recurso de reposición no cabe la interposición del recurso contencioso-administrativo contra una pretendida resolución presunta desestimatoria de tal recurso de reposición.

7.- El auto apelado está motivado y acoge alguno de los argumentos del Ayuntamiento y se apoya especialmente en la sentencia 211/2014 antes indicada. En el improbable caso de que se entendiese que hay falta de motivación, no sería determinante de indefensión ya que esta cuestión quedaría enervada con la propia existencia de este recurso de apelación.

SEGUNDO .- Es indudable que origina dudas la redacción del artículo 40 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.

Este artículo 40 presenta la siguiente redacción:

"1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros (193.000 y 200.000, en redacciones anteriores a la actual) y

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.

2. Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.



c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.

3. Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

4. No se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el artículo 113 de esta Ley.

5. No procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos enumerados en este artículo, salvo la excepción prevista en el siguiente con respecto a las Comunidades Autónomas.

Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

6. El recurso especial regulado en este artículo y los siguientes tendrá carácter potestativo .

Ahora bien, la interpretación que se debe dar a este precepto siempre tiene que ponerse en relación con los principios que recoge la Constitución, especialmente, en cuanto a las pretensiones planteadas en esta apelación, el principio "pro actione", que se comprende dentro del derecho a la tutela judicial efectiva regulado por el artículo 24 de la Constitución .

TERCERO.- El primer acercamiento que procede hacer a la cuestión planteada, es el relativo a si es aplicable el artículo 110 de la Ley 30/92 . La Administración local manifiesta que no es aplicable y que además no existe error en cuanto a la interposición del recurso, siendo la propia recurrente la que interpuso el recurso administrativo especial, en lugar del recurso de reposición, con pleno conocimiento de que interponía este recurso, por lo que no existe error ninguno.

Es indudable que el artículo 110 es aplicable al supuesto concreto, y así claramente lo manifiesta nuestro Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 7, en sentencia de fecha 28 de enero de 2014, dictada el recurso de casación núm. 3368/2012 , ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas:

TERCERO.- En el análisis del motivo referido debe empezarse haciendo la observación de que en al referirse a la sentencia se distorsiona en una medida apreciable su fundamentación desde el inicio, pues en la exposición del motivo se dice que «la sentencia menciona como fundamento jurídico tanto el art. 37 de la Ley de contratos del sector público como el art. 110 de la Ley 30/1992 » .

La lectura del Fundamento Primero de la Sentencia pone de manifiesto que la desestimación de la inadmisibilidad en ningún momento se fundó en el art. 37 LCAP , sino exclusivamente en el art. 110.2 de la Ley 30/1992 .

Esa distorsión inicial se continúa más adelante en la argumentación del motivo, cuando imputa a la Sentencia que, a pesar de que reconoce que el recurso especial en materia de contratación se interpuso extemporáneamente, rechaza la inadmisibilidad porque entiende aplicable el art. 110.2. Ley 30/1992 , y porque en la comunicación del Secretario General del Departamento de Interior existe un defectuoso pie de recurso. Al razonar así, exponiendo con corrección parte de lo que la sentencia dice, se oculta incorrectamente otra parte de la fundamentación de la Sentencia, que es de relevante transcendencia para fijar en este caso el sentido de la aplicación del art. 110.2 Ley 30/1992 , como clave de fundamentación de la desestimación de la inadmisibilidad. En efecto, la sentencia, no sólo reconoce la extemporaneidad del recurso especial en materia de contratación , sino que antes de ello (párrafo segundo del Fundamento de Derecho Primero) reconoce igualmente que «el contrato objeto de este recurso quedaba fuera del ámbito de los contratos sometidos a una regulación armonizada de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2.d) de la Ley 30/2007 de contratos del sector público y, por tanto, al margen también del recurso especial en materia de contratación según lo previsto en el art. 34.1 de la Ley citada » .

La sentencia reconoció los dos motivos en los que la demandada fundaba la alegación de inadmisibilidad; pero, pese a ello, la rechazó, aplicando el art. 110.2 de la Ley 30/1992 , porque «si no procedía el recurso especial



en materia de contratación la Administración había de haber recalificado el recurso de acuerdo con lo previsto en el artículo 110.2, tomándolo en definitiva como un recurso administrativo ordinario» .

La apelación en la Sentencia al art. 110.2 Ley 30/1992 tiene que ver así, no solo con la extemporaneidad del recurso especial , como en cierto modo la argumentación del motivo plantea, sino con la inobservancia por la Administración de un mandato legal, dado el error de la parte en la interposición de un recurso que legalmente no procedía, en el que se impugnaba una resolución perfectamente recurrible por otra vía. Y es en relación con esa posible vía, a través de la que la Administración debía haber canalizado el recurso incorrectamente interpuesto, respecto de la que en la sentencia se indica a continuación el defecto de la notificación de la resolución de 20 de enero de 2010, por no incluir *«un pie de recurso con la indicación de los que resultaban procedentes tal como exige el artículo 58.2 de la Ley 30/1992 »* .

La clave del motivo para poder admitir que la Sentencia haya vulnerado el art. 110.2 Ley 30/1992 , consiste en la inaplicabilidad al caso de dicho artículo, porque solo es aplicable a la recalificación de un recurso administrativo ordinario denominado erróneamente siempre que se deduzca su carácter verdadero; pero no en el caso del recurso especial previsto en el art. 37 LCSP . Tal tesis no es aceptable, pues el art. 110.2 Ley 30/1992 no hace distinción alguna según la índole ordinaria o especial de los recursos interpuestos, careciendo así de la mínima consistencia jurídica el planteamiento de la parte.

Resulta así que la fundamentación de la sentencia asentada en el art. 110.2 Ley 30/1992 no resulta desvirtuada por el motivo.

E igualmente resulta no desvirtuada la afirmación de la Sentencia del defecto de notificación de la resolución recurrida, de desestimación (o inadmisibilidad, tanto da) del incorrecto recurso especial en materia de contratación, pues lo que la Administración debió indicar, y no indicó en dicha resolución, era que contra su resolución no cabía ningún recurso administrativo y solo el recurso contencioso-administrativo; por lo que privó al administrado de la información a que tenía derecho.

Tal defecto es el que, como la Sentencia indica, le abre al demandante la vía del recurso contencioso-administrativo. No se trata, pues, en este caso de abrir el acceso a la jurisdicción mediante la formulación de recursos administrativos que no proceden, sino de la formulación de un recurso administrativo procedente, porque la administración no cumplió la exigencia legal del art. 110.2 Ley 30/1992 , como la sentencia con total corrección jurídica razona.

Se impone así la desestimación del motivo".

Por tanto, también en este supuesto es aplicable lo recogido en el artículo 110.2 de la Ley 30/92 . Por otra parte, el error a que se refiere este precepto en ningún caso puede considerarse como un error material, sino que basta con que la parte considere erróneamente que el recurso que procede es uno concreto, aún cuando sea distinto del que la propia administración le ha indicado que procede interponer. En el caso de que erróneamente haya considerado la parte recurrente que cabía un concreto recurso y la Administración haya considerado que el recurso que cabe sea otro, lo que procede es que la propia Administración indique esta procedencia y reconduzca el escrito de interposición del recurso hacia el recurso que realmente cabe. Es decir, si se interpuso este recurso especial previsto en el art. 40, la Administración, al considerar que no era el recurso interpuesto el correcto, debió reconducir este recurso al que estimase correcto. El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, al dictar la Resolución 67/2013, de 28 de noviembre, por la que inadmite el recurso especial interpuesto por la aquí recurrente-apelante, debió remitir el recurso interpuesto por esta mercantil a la Administración local considerándolo como recurso potestativo de reposición, para que la Administración local competente para resolver este recurso de reposición adoptase la resolución que considerase en derecho. Precisamente este es el criterio que siguió este Tribunal al resolver el recurso 66/2013, en Resolución 68/2013, de 28 de noviembre, en la que en su fundamento de derecho quinto expresamente recoge: " *Inadmitido el recurso especial, procede recordar no obstante que, en los supuestos referidos a contratos y actos distintos a los señalados en el art. 40.1, es de aplicación lo dispuesto al efecto en el art. 40.5 del TRLCSP que dispone que "Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto del recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa". En este sentido, de conformidad con lo establecido en los artículos 116 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , cabe la interposición del recurso potestativo de reposición previo al contencioso- administrativo, en el plazo de un mes contado a partir del día siguiente al de la notificación del acto objeto del recurso.*

Sentado lo anterior, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992 , según el cual "El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca



su verdadero carácter", procede remitir el escrito de recurso al órgano de contratación al objeto de que determine si procede admitir su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre".

Por tanto, no admitido el recurso especial, debió la Administración local considerar como interpuesto el recurso potestativo de reposición. No puede alegar la Administración local que realmente desconocía que debiera entenderse interpuesto este recurso de reposición por cuanto que el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León no había remitido su Resolución 67/2013, de 28 de noviembre, indicando esta circunstancia de que se le remitía para que resolverse sobre la interposición de recurso de reposición; y ello porque, aunque no se dijese absolutamente nada en esta Resolución 67/2013, no es menos cierto que sí que se indicaba en la Resolución 68/2013, y ambas resoluciones están dictadas por el mismo motivo, resolviendo la misma cuestión, relativas a la interposición de un recurso especial contra la misma resolución de la Administración local y, en suma, se refieren justamente a la misma Administración, al mismo expediente administrativo y al mismo contrato. Por tanto, recibida por el Ayuntamiento la Resolución 67/2013, de 28 de noviembre, debió tramitar el recurso de reposición y debió considerarse como interpuesto este recurso potestativo de reposición. Por lo acordado en la sesión ordinaria de la Junta de Gobierno Local de 13 de diciembre de 2013, el Ayuntamiento, al menos en esta fecha, ya había recibido esta Resolución 67/2013, por lo que, al ver que esta resolución acordaba la inadmisión de recurso especial, debió, por aplicación del artículo 110.2 de la Ley 30/1992, considerar interpuesto el potestativo recurso de reposición.

Por tal circunstancia, es entendible la interposición de recurso contencioso-administrativo por parte de la mercantil aquí recurrente-apelante, debiéndose entender interpuesto en tiempo y forma, pues se interpuso con fecha 21 de febrero de 2014; es decir, trascurrido un mes de plazo que tenía la Administración para resolver el recurso de reposición.

CUARTO.- También se alega que, una vez elegida la vía del recurso especial, no cabe interponer o considerar interpuesto el recurso de reposición, sino que elegida aquella vía, resuelve el recurso el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales y contra el mismo cabe recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, habiendo perdido competencia el Juzgado. Es decir, siguiendo esta teoría, una vez elegida una vía no puede elegirse la otra y no pueden seguirse las dos vías simultáneamente. Para fundamentar esta solución se alega la sentencia 2011/2014, de fecha 26 de septiembre, de esta misma Sala, dictada en el Rollo de Apelación núm. 105/2014. Sin embargo, esta sentencia no recoge lo pretendido por la Administración y lo estimado por el Juzgado en el auto objeto de esta apelación: en aquel caso, conocido perfectamente por las partes, se acordaba confirmar la resolución apelada porque se había seguido a la vez dos vías incompatibles, ya que se había recurrido ante el Juzgado la resolución dictada por la Administración local y al unísono se había recorrido ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en ejercicio del recurso especial, esta misma resolución de la Administración local. La sentencia invocada lo que indicaba es que no podía escogerse conjuntamente ambas vías, sino que habría que esperar a que se resolviese una de las vías y que, además, si se había recurrido ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, ya no procedía el recurso de reposición en el supuesto de que lógicamente este Tribunal conociese del recurso especial ante el mismo interpuesto. En el supuesto presente concurre una circunstancia especial, que es que este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales no ha conocido del recurso especial, sino que ha inadmitido el mismo, por lo que, en virtud de esta inadmisión, lo que se debió hacer, y que realizó en la Resolución 68/2013, de 28 de noviembre, es remitir el recurso interpuesto por el administrado en vía administrativa para que por la Administración local resolviere sobre este recurso como si de recurso de reposición se tratase. Es indudable que si contra esta resolución de inadmisión del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales se hubiese interpuesto recurso contencioso-administrativo, sería estimable la causa de inadmisibilidad planteada ante el Juzgado, por cuanto que todavía estaríamos conociendo de la misma cuestión por dos vías incompatibles, que es lo que ocurría en el supuesto resuelto por la sentencia dictada en el Rollo de Apelación núm. 105/2014, puesto que la mercantil que interpuso el recurso ante el Juzgado (cuyo auto fue objeto de apelación dando lugar al indicado rollo de apelación) había recurrido en vía contencioso-administrativo a la vez la inadmisión (Resolución 68/2013) del recurso especial que la misma interpuso contra la resolución de la Administración local, dando lugar al Procedimiento Ordinario 139/2013 de esta Sala (en el que se ha dictado providencia en que se señala para votación y falló el día 19 de marzo de 2015). Por tanto, no era posible en aquel procedimiento admitir el recurso interpuesto ante el Juzgado hasta tanto la resolución de inadmisión (Resolución 68/2013) dictada por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales quedase firme, que no ocurrirá sino hasta que sea firme la correspondiente sentencia que se dicte en el Procedimiento Ordinario 139/2013 en el caso de que considere ajustada a derecho dicha Resolución 68/2013.

Ahora bien, no recurrida la declaración de inadmisibilidad, la vía elegida de acudir ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales ha quedado agotada y este Tribunal no ha entrado a resolver sobre la cuestión planteada, sino que ha inadmitido el recurso, por lo que, en aplicación del artículo 110



de la Ley 30/92 , debe considerarse este recurso especial como recurso de reposición y ser resuelto el mismo por la Administración local. No habiéndose resuelto por la Administración local en plazo, debe considerarse desestimado este recurso de reposición (denominado recurso especial por la parte e interpuesto indebidamente ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales) por silencio administrativo, pudiendo acudir a la vía contencioso- administrativa, como ha realizado la parte.

Otra solución implicaría dejar totalmente sin tutela judicial efectiva a la parte aquí recurrente-apelante y vulnerarse, además del art. 24 de la Constitución , el artículo 110.2 de la Ley 30/92 .

Por todo lo dicho, procede estimar el recurso interpuesto.

ÚLTIMO.- Respecto de las costas de esta instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la ley 29/98, de 18 de julio , no procede imponerlas a ninguna de las partes al estimarse el recurso de apelación interpuesto.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente.

FALLO

Que se estima el recurso número **181/2014** interpuesto por la mercantil "Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A.", representada por la procuradora doña María Montserrat Jiménez Sanz y defendida por la letrado Sra. Sánchez Álvarez, contra el auto de fecha 7 de octubre de 2014, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Soria , por el que se acuerda inadmitir el recurso interpuesto contra la desestimación presunta por silencio negativo del recurso interpuesto contra el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Soria con fecha 21 de octubre de 2013 por el que se adjudicaba el procedimiento abierto para la selección de un socio privado para la constitución de una sociedad de economía mixta, destinada a la gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración de la ciudad de Soria a favor de la UT GS Inima Environment S.A, y Valoriza Agua S.L. (VALORINIMA S.L.) y se acordaba la exclusión de diferentes licitadores, entre ellos Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A., contra el que se anunció el correspondiente recurso especial en materia de contratación en el que se indicaba la consideración de este recurso como subsidiario de reposición para el supuesto de que el Tribunal procediese a su inadmisión; así como contra toda actividad administrativa que haya salido instrumentalmente para la adopción de los acuerdos que hayan dado lugar al acto anterior; y, en virtud de esta estimación, se revoca el auto apelado y se dicta sentencia por la que se desestima la alegación planteada por la Administración local, mandándose continuar la tramitación del procedimiento.

No ha lugar a imponer las costas de esta apelación a ninguna de las partes.

Dese al depósito constituido el destino legal.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno.

Devuélvase los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución para ejecución y cumplimiento.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala, de todo lo cual, yo el Secretario, doy fe.