

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 30 de junio de 2016.

VISTOS los recursos interpuestos por don J.P.F., contra el proceso de Selección de Candidaturas a la Dirección Artística del Teatro Español y contra el proceso de Selección de Candidaturas a la Dirección Artística de las Naves 10, 11 y 12 de Matadero Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 23 de mayo de 2016 se anunció en el perfil de contratante de Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A. (en adelante Madrid Destino) el proceso de Selección de Candidaturas a la Dirección Artística del Teatro Español y de las Naves 10, 11 y 12 de Matadero Madrid. En las bases consta que se trata de sendas convocatorias públicas en las que todavía no consta el precio a negociar y que se estructuran en dos momentos diferenciados: Preselección y Selección para negociar con aquellos que hayan sido seleccionados las condiciones definitivas del contrato.

En el apartado III de las bases se dice *“La persona seleccionada suscribirá con la empresa pública municipal Madrid Destino un contrato mercantil artístico de prestación de servicios.*

En caso de que la candidatura seleccionada corresponda a un equipo colegiado de dirección (de máximo tres personas), se suscribirá el correspondiente contrato mercantil con la entidad jurídica que las represente.

Sin perjuicio de que el proyecto artístico abarque desde el 1 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2019, el contrato tendrá, desde su firma, prevista para el mes de octubre de 2016, una duración de tres años, prorrogable anualmente de mutuo acuerdo, hasta un máximo de tres años más, durante los cuales la persona o equipo seleccionado realizará sus funciones con carácter de exclusividad”.

No consta, que se haya tramitado procedimiento de contratación: ni Resolución de inicio del expediente, ni pliegos, ni aprobación del expediente.

Segundo.- En el año 2014 Madrid Destino puso en marcha un proceso abierto de selección de la persona responsable de la Dirección Artística del Teatro Español.

Tras el proceso de selección resultó elegido director artístico del Teatro Español para los siguientes cuatro años el ahora recurrente.

El 10 de mayo de 2016 se le comunicó que con base en el acuerdo del Consejo de Administración de la empresa Madrid Destino celebrado ese mismo día, se había acordado su cese. El recurrente anuncia su intención de recurrir ante la jurisdicción de lo social al considerar que dicha actuación encubre un despido nulo.

Tercero.- El 8 de junio de 2016 tuvo entrada en este Tribunal los recursos especiales en materia de contratación, formulados por don J.P.F., en los que solicita que se *“anulen los citados procesos al camuflar en fraude de ley y con desviación de poder una externalización de la dirección artística de los teatros públicos de Madrid bajo la apariencia de un contrato excluido del ámbito de aplicación del TRLCSP incumpliendo los requisitos esenciales que debe tener todo contrato administrativo de servicios”.*

Se alega que *“Madrid Destino ha provocado sin causa alguna y de forma arbitraria la ruptura de un proceso realizado en 2014, no impugnado y que estaba vigente hasta 2018, dejando al Teatro Español sin Director artístico y además, aparentando realizar un proceso de selección de una persona física para dirigir artísticamente un Teatro, en realidad ha convocado sin sujetarse a los requisitos exigidos por el TRLCSP un contrato de servicios al que podrán optar personas jurídicas”*.

El 13 de junio el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Madrid Destino es una sociedad mercantil municipal que tiene, entre otros objetivos, la gestión de programas y actividades culturales, formativas y artísticas, la organización, apoyo y difusión de las mismas, la prestación de todos los servicios e infraestructuras integrantes o complementarios de estos programas y actividades, la gestión de cualesquiera centros, espacios, recintos, dependencias y/o servicios culturales, cuya gestión le fuera encomendada temporal o indefinidamente, o cuyo uso le fuera cedido por el Ayuntamiento de Madrid, incluida la contratación y ejecución de las obras, instalaciones, servicios y suministros para los mismos. Tanto el Teatro Español como las Naves de Matadero son servicios públicos que presta el Ayuntamiento de Madrid a través de la sociedad municipal.

A efectos de la aplicación del TRLCSP, Madrid Destino tiene la consideración de poder adjudicador.

De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y

Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Las bases objeto de los recursos fueron publicadas el 23 de mayo, e interpuestos los recursos, el 8 de junio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero.- En cuanto a los contratos que se recurren, se alega por el recurrente que se ha externalizado la dirección artística de teatros públicos de Madrid camuflándola bajo la apariencia de un contrato excluido del ámbito de aplicación del TRLCSP; se incumplen los requisitos esenciales que debe tener todo contrato administrativo de servicios en perjuicio de los ciudadanos.

La calificación de los contratos a efectos de la legislación de contratos del sector público es una cuestión compleja que no puede resolverse con la simple denominación del contrato, sino que requiere un examen completo y detallado del objeto y del contenido de las obligaciones de las partes. Con independencia del *“nomen iuris”* que se otorgue al documento en que se encuentre formalizado, es conveniente preguntarse sobre la verdadera naturaleza jurídica del negocio que se esconde tras estas expresiones, y recordar la doctrina del Tribunal Supremo, que afirma que *“Los actos y contratos son lo que legalmente son y no lo que semánticamente puedan significar”*.

La dificultad en la calificación tanto de los contratos como de los actos recurridos, a efectos únicamente de determinar la competencia del Tribunal para resolver sobre la admisibilidad de los recursos y en su caso sobre el fondo de los mismos, se aumenta en este caso dado que en la documentación remitida solo figura una *“memoria justificativa con motivo de la celebración del proceso de selección”*. No aparece ni la decisión de inicio de los expedientes, ni debidamente aprobados los pliegos que han de regir las licitaciones, ni la elección del procedimiento elegido para adjudicar los contratos, ni la justificación de los criterios que se tendrán en cuenta para adjudicarlos y ni la aprobación de los expedientes.

Los contratos del sector público relativos a prestaciones de creación e interpretación artística y literaria y de espectáculos pueden ser contratos de servicios. El informe del órgano de contratación defiende su inclusión en la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, “Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos”, que sigue el régimen general de contratación del sector público en los aspectos relativos a la preparación, adjudicación, perfección y formalización contractual. No obstante, contiene una serie de particularidades referidas a su ejecución, cumplimiento y resolución como consecuencia de su carácter privado.

De acuerdo con el artículo 20 del TRLCSP *“tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas.*

Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo anexo (...).”

En todo caso, por tratarse de una contratación de un poder adjudicador que no tiene consideración de administración pública, sería un contrato privado del sector público que se rige por el TRLCSP.

La “memoria justificativa con motivo de la celebración del proceso de selección del Director artístico del teatro Español de Madrid”, señala que el presupuesto máximo disponible a negociar con los candidatos seleccionados previamente será de 85.000 euros anuales sin perjuicio de su concreción posterior. Cuantía que multiplicada por los tres años previstos de duración del contrato y otros tres de prórroga da un valor estimado que excede el importe de 209.000 euros. Por tanto, en principio, los contratos son susceptibles de recurso en virtud del artículo 40.1.b) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al acto que se recurre, el artículo 40.2 del TRLCSP, enumera

entre los susceptibles de recurso “a) *Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación*”.

Opone el órgano de contratación, en su informe a los recursos, que aunque estuviéramos ante unos contratos de los previstos como recurribles, la solicitud no se refiere a ninguno de los actos que pueden ser objeto de recurso porque los documentos contractuales que deben regir la contratación no son atacados, sino que lo son su finalidad, la naturaleza de los contratos que se suscribirán o el hecho de basarse en un desistimiento previo de su contrato que considera no conforme a derecho y se encuentra pendiente de demanda y sentencia.

Los recursos se interpusieron contra las bases reguladoras del proceso de selección de un director artístico, que según el informe del órgano de contratación forma parte del proceso de consultas previo a la tramitación de un procedimiento negociado con los preseleccionados, en el que se establecen las condiciones que deben regir la contratación. Viene considerando el Tribunal que respecto de los actos preparatorios solo es posible la interposición del recurso especial en cuanto dichos actos tienen incidencia en el contenido de los pliegos o determinan las condiciones de la licitación. Si se considera que las consultas de preselección tienen este carácter serían susceptibles de recurso, sin perjuicio de que en el recurso deba invocarse algún motivo relacionado con la selección de los candidatos o con el propio procedimiento. La disconformidad con dichas bases, bien debido al establecimiento de condiciones de participación discriminatorias o ilegales es susceptible de ser amparada mediante el acceso al recurso especial en materia de contratación de acuerdo con el artículo 40.2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Como cuestión procesal resta analizar la legitimación del recurrente. El artículo 42 del TRLCSP reconoce legitimación para la interposición del recurso especial en materia de contratación a toda persona física o jurídica “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”.

Alega el recurrente su interés en que la anulación le produce un claro efecto positivo actual y futuro en sus intereses legítimos, ya que el proceso de selección que había superado en el año 2014 tenía una duración de 4 años en consonancia con la duración de su proyecto artístico que resultó seleccionado por el comité asesor, y ha sido “injustamente abortado” acudiendo a un cese que contradice el espíritu, la finalidad y la letra del proceso citado, que respondía al modelo de buenas prácticas de artes escénicas en el sector público.

Añade que el tribunal del orden jurisdiccional social no podría entender que no hubiera presentado la impugnación de este proceso si solicitó la nulidad del despido del que ha sido objeto, ya que según la ley la declaración de nulidad del despido debe tener como único objeto la readmisión al mismo puesto de trabajo que se desempeñaba antes del despido.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2010, de 18 de octubre: “(...) *este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte del mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3; y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4)*”.

La legitimación se extiende a cualquier persona cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en el recurso. Estarán legitimados para dicha impugnación todos aquellos que, por razón de la actividad desarrollada, pudieran, siquiera en potencia, participar en la licitación, se creyeran de algún modo perjudicados por el pliego y por

ende, pudieran verse afectados por la eventual estimación del recurso.

El reconocimiento de la legitimación activa, considerada como obtención de un beneficio o evitación de un perjuicio, exige entrar a conocer sobre los motivos de recurso y poner en evidencia el resultado previsible que se obtendría en el ámbito personal del recurrente. Las cuestiones que determinarán dicho reconocimiento, deben afectar a los derechos o intereses legítimos que se puedan ver perjudicados o puedan resultar afectados por las convocatorias objeto del recurso.

Aplicando la doctrina expuesta relativa a la legitimación al caso concreto, el Tribunal no comprende cuál sería el beneficio que obtendría el recurrente en el supuesto de prosperar sus recursos. Resulta que se invocan en los diferentes motivos de los recursos cuestiones relativas a la extinción de la anterior relación como director artístico del Teatro Español. En ese caso los derechos o intereses legítimos del recurrente que están en juego se dilucidarán en la jurisdicción social. No cabe alegar los intereses en una cuestión diferente y diferenciada para sustentar la legitimación necesaria para la presentación del recurso especial. El interés en un procedimiento diferente o en otra causa, no es suficiente para sustentar la legitimación. En todo caso ese interés se refiere a una sola de las convocatorias impugnadas (el Teatro Español) y no se da para recurrir las bases de la convocatoria para la dirección artística de las naves de Matadero. El reconocimiento de legitimación por esta causa conduciría a que se debería mantener vacante el puesto, hasta dilucidar una reclamación de parte, frente a una decisión de la empresa.

El acuerdo de desistimiento del contrato que tenía formalizado el recurrente no puede ser objeto de recurso especial en materia de contratación. Está claro que la decisión que se tome respecto de ese acuerdo tiene efectos en la esfera jurídica de don J.P.F., positivos o negativos en función del respaldo de sus pretensiones o de su denegación, pero ese es un procedimiento distinto al de este recurso.

Hipotéticamente, cabría entender que el recurrente como licitador obtendría como otro eventual beneficio un pronunciamiento de sumisión del contrato a distintos

trámites del TRLCSP a los que se ha sujetado, pues la naturaleza de contrato de servicios no se discute, y ello bien, mediante la necesidad de hacerlo con un procedimiento abierto o con un procedimiento negociado con publicidad, pero ni se invoca una infracción concreta de la ley ni el Tribunal puede suplir dicha falta por aplicación del principio de congruencia.

La anulación de las bases por sí misma, sin invocar otros motivos que afecten a la posibilidad de ser licitador o las mejores condiciones en que podría serlo, no afecta a la esfera jurídica del recurrente, pues no conseguiría con ello alguna ventaja que justifique el derecho o interés legítimo afectado por la resolución de los recursos.

En consecuencia, no se acredita ninguna ventaja o evitación de algún perjuicio que permita legitimar activamente al recurrente más allá de un genérico interés en el cumplimiento de la legalidad que no es suficiente para reconocerle tal legitimación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir los recursos especiales, interpuestos por don J.P.F., contra el proceso de Selección de Candidaturas a la Dirección Artística del Teatro Español y contra el proceso de Selección de Candidaturas a la Dirección Artística de las Naves 10, 11 y 12 de Matadero Madrid, por falta de legitimación activa.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la

interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.