

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

En Madrid, a 6 de septiembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don L.A.J., portavoz del Grupo Municipal Sí Se Puede y don F.H.H., portavoz del Grupo Municipal Ganar Torrejón (IU-EQUO), contra la Resolución del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, de fecha 10 de julio de 2017, por la que se anuncia licitación de la “Concesión de servicios para la gestión y explotación de los aparcamientos municipales Parque Central, Plaza Mayor y Plaza de España de Torrejón de Ardoz”, número de expediente: P.A. 30/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 14 de julio de 2017 se publicó en el DOUE, en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y el 18 de julio en el BOE, la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para la adjudicación del contrato de concesión de servicios mencionado. El valor estimado de la licitación es de 6.150.000 euros, su duración de 5 años pudiendo prorrogarse por cinco más. El 26 de julio de 2017, se publica en la Plataforma la rectificación del Pliego que rige esta contratación y se fija la fecha límite para presentación de ofertas

el 21 de agosto.

Segundo.- El 4 de agosto de 2017, los portavoces de los grupos municipales arriba señalados presentaron ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la *“Resolución del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, por la que se anuncia licitación para la concesión de servicios para la gestión y explotación de los aparcamientos municipales: Parque Central, Plaza mayor y Plaza de España de Torrejón de Ardoz publicada en el BOCM el 18 de julio del presente, por tratarse de un acto contrario al ordenamiento jurídico que otorga unos derechos al concesionario que no le corresponden en perjuicio de las arcas e intereses municipales debiéndose declarar el proceso de licitación nulo de pleno derecho”*.

No se discute la categoría jurídica del contrato objeto del recurso, únicamente se solicita la nulidad de la Resolución y que en consecuencia se declare la nulidad de la licitación debiendo el Ayuntamiento proceder a iniciar una nueva convocatoria previa tramitación de los actos preparatorios preceptivos en los que se incluya un reparto de los gastos y gravámenes que respete los intereses municipales y no vulnere normativas y principios alguno procediendo a la publicidad procedimental legalmente prevista, en concreto por los siguientes motivos:

- Inviabilidad económica porque los gastos, tasas e impuestos son asumidos por el propio Ayuntamiento lo que arroja unas cifras de pérdidas estimadas por los recurrentes en 41.016,57 euros que además asume los gastos de luz, agua y comunidad si los hubiere así como los gastos referidos el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, tasas de vados, recogida de residuos sólidos urbanos, gastos que no figuran en el estudio de viabilidad económico financiera,
- Incorrecta determinación del personal a subrogar porque incluye en la relación un auxiliar administrativo con fecha de antigüedad del 5 de julio de 2017 que es la misma fecha que figura en la emisión del pliego de condiciones, y que los 4 primeros trabajadores figuran con antigüedad del

año 2008 a pesar de que la adjudicación de estos dos aparcamientos es del año 2010.

- Incumplimiento de los trámites preceptivos en la preparación del expediente porque el estudio de viabilidad Económico-Financiero es publicado en el perfil del contratante el día 26 de julio, mucho después de haber sido publicada la licitación.

Tercero.- Por la Secretaria del Tribunal se dio traslado del mismo al órgano de contratación para que remitiera copia del 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), lo que verificó el 18 de agosto de 2017.

En el informe el órgano de contratación en primer lugar advierte que el recurso se interpone contra un acto que no es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 del TRLCSP y, en su caso, solicita se desestimen las pretensiones de las recurrentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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 recurso al tratarse de un contrato calificado como de concesión de servicios sometido a regulación armonizada.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que a pesar de indicarse en el escrito de recurso que se interpone contra el anuncio de la licitación, debe entenderse que se ha interpuesto contra el anuncio y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas de una concesión de servicios sujeta a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso

especial al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.a) del TRLCSP, toda vez que los fundamentos del recurso se basan en el contenido de las publicaciones oficiales de dicho actos.

Tercero.- Especial examen merece el estudio de la legitimación del recurrente ante la consideración de que no existe ningún privilegio a favor del Concejal en orden a apreciar la legitimación para impugnar los actos de las Corporaciones a las que pertenecen, debiendo analizarse tanto la existencia de legitimación *ad causam* como *ad procesum*, en los términos en que se ha manifestado este Tribunal entre otras, en las resolución 65/2014, de 10 de abril.

“De acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP podrá interponer el recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”.

Por su parte el artículo 63.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), establece que *“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: (...)*

b) Los miembros de las Corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos”.

Debe hacerse una interpretación conjunta de ambos preceptos y plantearse, si se da la presencia de un interés legítimo del que sea titular el grupo municipal o el concejal a título individual, es decir, si la resolución objeto de recurso afecta a derechos e intereses colectivos de los que están habilitados para su defensa y puedan recurrir, esto es legitimación *ad causam*.

Los preceptos reguladores del recurso especial en materia de contratación constituyen ley especial respecto de la legislación reguladora del procedimiento administrativo con carácter general, de manera que la existencia o no de

legitimación al caso concreto debe examinarse a la luz del artículo 42 del TRLCSP.

Conforme a las Directivas de recursos (artículo 1.3 Directiva 89/665/CEE), debe reconocerse legitimación para interponer el Recurso Especial “*como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicado por una presunta infracción*”. Como vemos en este punto el derecho nacional excede del concepto de legitimación que ofrecen como un mínimo las Directivas comunitarias de recursos, por lo tanto los supuestos que exceden de la protección de las Directivas deben lógicamente interpretarse conforme al Derecho nacional.

Cabe aplicar también en el ámbito del Recurso Especial la distinción clásica en derecho procesal entre legitimación *ad procesum* y legitimación *ad causam*, entendiéndose por la primera, la capacidad de ejercicio del derecho exigida a las personas para poder ejercitar por sí mismos sus derechos y obligaciones en el campo del Derecho Procesal, dicho en otras palabras la capacidad jurídico-procesal de ejercicio de los sujetos particulares del proceso; y por la segunda, la que tiene la parte material, y que está íntimamente vinculada con la capacidad de goce del derecho material objeto del recurso.

Respecto de la legitimación *ad causam*, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la misma equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso 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. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Este Tribunal viene señalando en reiteradas ocasiones respecto de la legitimación *ad causam*, (vid Resolución nº48/2013, 95/2013, 11/2011, etc.) que para precisar el alcance del citado precepto en caso de terceros interesados no licitadores, ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial antes mencionada.

Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, 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 de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4).”*

Más concretamente respecto de la legitimación del Concejal, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, ha mantenido reiteradamente que por lo que se refiere a los miembros de las corporaciones locales, *“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 se trata 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, en cuanto ahora importa, 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 artículo 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local. Esta otra fuente o modalidad de título legitimador, expresamente utilizada por el recurrente en su escrito, independiente del derivado del régimen general -y por tanto no sujeto a la existencia de un interés caracterizado como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de la que resulta para aquél una ventaja o utilidad jurídica en sentido amplio (...) encaja claramente en un interpretación conjunta de los artículos 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL, que el concejal, por su condición de miembro -no de órgano- del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido 'mediante sufragio universal, libre, directo y secreto' de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los artículos 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), 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."

En este caso la aprobación de los pliegos y de la convocatoria se produjo por la Junta de Gobierno y por lo tanto un concejal que no forma parte de ella, no puede votar en contra de los Acuerdos de aquella, por lo que está legitimado para impugnar los referidos acuerdos, tal como admite la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de septiembre de 2006.

El criterio seguido por la generalidad de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, es el de que debe

examinarse la presencia de la legitimación *ad causam* en los concejales recurrentes, siempre con el límite de la defensa genérica de la legalidad, sobre todo si se tiene en cuenta que se produciría en caso contrario una especie de división de la causa, en tanto en cuanto dichos concejales como miembros de la corporación local, sí que podrían impugnar los actos dictados por sus corporaciones en materia de contratación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que como decimos, se configura como alternativa al recurso especial.

Este examen debe hacerse intentando equilibrar el acceso al recurso en virtud del principio *favor acti*, con el carácter de recurso especial del mismo y con su finalidad, de manera que se evite en todo caso que el mismo sea utilizado para fines ulteriores de los que presiden el recurso especial, de forma que corresponde a los recurrentes determinar cuál es el interés legítimo que persiguen y en qué forma se vería satisfecho con la resolución del Tribunal sin que en tal caso pueda ser suplida dicha actividad de justificación. Ello no significa que deba hacerse una argumentación exhaustiva o profunda al respecto es suficiente una alegación o identificación somera del interés cuya presencia corresponde apreciar al Tribunal. Este interés se presume siempre *ex lege* para los licitadores, tal y como resultaba de la anterior redacción de la Ley 30/2007 cuando después de señalar que la legitimación correspondía a los titulares de un derecho o interés legítimo añade en su artículo 37.3 “*y en todo caso, por los licitadores*”.

Aplicando a este caso lo anterior resulta que son varios los motivos de impugnación hechos valer por los Concejales.

En cuanto a la inviabilidad económica de la concesión aduciendo al respecto que se produciría un importe negativo para el Ayuntamiento de más de 41.000 euros anuales, como consecuencia de la no percepción de una serie de impuestos y la asunción de los gastos de luz y agua, debe reconocerse legitimación a los recurrentes ya que se trata en definitiva de obtener un beneficio para la Corporación mediante el establecimiento de unas condiciones de ejercicio de la concesión que no supongan detrimento de los ingresos públicos.

Sin embargo, tras el examen del estudio de viabilidad económica y de los Pliegos, el motivo de recurso debe desestimarse.

Rige aquí el principio de libertad de pactos por lo que el Ayuntamiento puede organizar el régimen de ingresos y gastos de la forma que le resulte más conveniente. Teniendo en cuenta que cuanto mayores sean los gastos a cargo del concesionario, menor será su oferta de canon concesional (% sobre los ingresos brutos) puede ser conveniente minorar esos conceptos de gastos para obtener un canon mayor, sin que eso signifique necesariamente que el Ayuntamiento pierda dinero con la concesión y sin que sea contrario al principio de eficiencia que debe regir toda contratación pública.

Por otro lado debe tenerse en cuenta que el Pliego fija las tarifas del aparcamiento, que son los ingresos con los que va a contar el concesionario y puede resultar más conveniente para el Ayuntamiento, desde un punto de vista social, mantener unas tarifas moderadas para un aparcamiento municipal, que añadir gastos a cargo del concesionario que pudieran finalmente obligar, al tener que garantizar el equilibrio económico de la concesión, a un incremento de las tarifas.

En cuanto al segundo motivo expuesto, incorrecta relación del personal a subrogar, debemos recordar que la obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio, se deriva del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que la establece en el caso de la denominada sucesión de empresas, en transposición de lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, *“El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los*

compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”.

Respecto de la procedencia de la sucesión de empresas, dos sentencias del Tribunal Supremo, de 11 de mayo de 2001, dictada en el Recurso de Casación 4206/2000, y de 3 de junio de 2002, dictada en el Recurso de Casación 4892/2000 respectivamente, viene a determinar que la única vía por la que puede operar una subrogación obligatoria, partiendo de la premisa de que no existe sucesión de empresa en la sucesión de contratos administrativos, es porque así lo establezca la norma sectorial contenida en el convenio colectivo de aplicación.

En consecuencia, se trata de una cuestión de índole laboral que deberá determinarse teniendo en cuenta el convenio colectivo de aplicación y afectará a aquellos trabajadores que cumplan las condiciones allí establecidas.

Asimismo ha señalado este Tribunal en diversas resoluciones que no es preciso que la obligación de subrogar a los trabajadores del servicio anterior estuviera recogida con carácter general en los pliegos, puesto que dicha obligación no deriva de los pliegos, sino del régimen jurídico laboral aplicable a las relaciones existentes entre los empleadores y empleados, de manera que *a sensu* contrario, si procediera legalmente la subrogación de trabajadores, ninguna virtualidad tendría desde la óptica del derecho de los trabajadores y la correlativa obligación del empleador, que se estableciera lo contrario en los pliegos. Por tanto, la información sobre los trabajadores objeto de subrogación es una cuestión que afecta a las empresas licitadoras, al actual adjudicatario y finalmente a los propios trabajadores sin que en ningún caso se trate de una cuestión de legalidad general o de interés corporativo que motive el reconocimiento de legitimación activa los concejales para recurrir.

Si se considera que existe información errónea en el listado de trabajadores a subrogar, les corresponde a los licitadores o a los trabajadores afectados la

impugnación del anexo correspondiente del Pliego puesto que el posible perjuicio derivado de esa información errónea sería para el licitador o en su caso el trabajador pero no para la Corporación.

En consecuencia, no procede tampoco reconocer legitimación a los recurrentes en relación con la información incluida en el Pliego sobre los trabajadores a subrogar.

La misma conclusión de falta de legitimación se produce respecto de la alegación relativa al incumplimiento de los trámites preceptivos en la preparación del expediente, al no resultar acreditado el interés del recurrente más allá de la defensa genérica de la legalidad, no existiendo acción pública en el recurso especial en materia de contratación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 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.- Desestimar el recurso interpuesto por don L.A.J., portavoz del Grupo Municipal Sí Se Puede y don F.H.H., portavoz del Grupo Municipal Ganar Torrejón (IU-EQUO), contra la Resolución del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, de fecha 10 de julio de 2017, por la que se anuncia licitación de la “Concesión de servicios para la gestión y explotación de los aparcamientos municipales Parque Central, Plaza Mayor y Plaza de España de Torrejón de Ardoz”, número de expediente: P.A. 30/2017, en cuanto a la falta de viabilidad económica de la concesión e inadmitirlo respecto de la subrogación de los trabajadores, por falta de legitimación.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista.

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.