

La legitimación del concejal en el recurso especial en materia de contratación pública

Silvia Díez Sastre

RESUMEN

La transposición de las Directivas de recursos ha conducido a la introducción del llamado recurso especial en materia de contratación pública. Este recurso, de carácter precontractual y facultativo, permite impugnar los actos previos a la celebración del contrato de forma rápida y eficaz. Conforme a la legislación de contratación pública, cualquier persona con un interés legítimo afectado o perjudicado por el acto objeto de impugnación puede interponer este recurso. En el ámbito local se plantea la duda de si un concejal puede interponer este recurso para garantizar la legalidad de la actuación municipal, sin necesidad de probar un interés legítimo. Este trabajo propone una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico para dar respuesta a esta cuestión.

PALABRAS CLAVE: concejal, legitimación, recurso especial, contratos públicos.

ABSTRACT

The transposition into Spain of the Remedies Directives has resulted in the recognition of a new pre-contractual remedy, the so-called special remedy in public procurement. This pre-contractual remedy ensures a rapid and effective mean of redress when bidders consider that contracts have been awarded unfairly. According to the Spanish regulations on public procurement, this review procedure is available to any person having a legitimate interest, that is

or could be affected or harmed by an alleged infringement. At the municipal level arises the question whether a councilor can use this review procedure without demonstrating a personal legitimate interest. This paper offers a systematic interpretation of the legal regulations involved to give a response to this question.

KEY WORDS: councilor, standing, pre-contractual remedy, public contracts.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. LA LEGITIMACIÓN DEL CONCEJAL EN EL RECURSO ESPECIAL CONFORME AL DERECHO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. 1. La legitimación del concejal en la legislación de contratos públicos. **2.** Interpretación conforme al Derecho europeo. **A.** La regulación de las Directivas “de recursos” y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la legitimación en materia contractual. **B.** El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a nivel europeo. **C.** La legitimación del concejal en el recurso especial conforme al Derecho europeo. **III. LA LEGITIMACIÓN DEL CONCEJAL EN EL RECURSO ESPECIAL A LA LUZ DEL DERECHO LOCAL. 1.** La legitimación del concejal en la legislación de régimen local. **2.** Interpretación conforme a la Constitución. **3.** Proyección de la legitimación del concejal según el Derecho local al ámbito de la contratación pública. **IV. BIBLIOGRAFÍA.**

I. PLANTEAMIENTO*

- 1 El Derecho de la adjudicación de contratos públicos se ha erigido en uno de los sectores de referencia del proceso de europeización de la Parte Especial del De-

.....

* Este trabajo se adscribe al Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER 2012-34855, dedicado al estudio de «El desarrollo del Mercado Interior a través de los municipios», bajo la dirección del prof. Francisco Velasco Caballero.

Abreviaturas, siglas y acrónimos utilizados en este trabajo: art.: artículo; arts.: artículos; As.: Asunto; ATJ: Auto del Tribunal de Justicia; c.: contra; CE: Constitución Española de 1978 / Comunidad Europea; cit.: citado; coord.: coordinador; ed.: editor; FFJJ: Fundamentos Jurídicos; FJ: Fundamento Jurídico; GWB: *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Ley alemana contra las limitaciones a la competencia, de 26 de agosto de 1998; LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; LCSE: Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, conocida como la Ley de Contratos en los Sectores Especiales; LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; núm.: número; p.: página; pp.: páginas; PPN:

recho Administrativo¹. El especial interés de las instituciones europeas en este ámbito de actuación pública se ha consolidado en las últimas décadas a través de una intensa actividad normativa y una fecunda creación jurisprudencial. Como consecuencia, se ha exigido a los Estados miembros un profundo esfuerzo de adaptación de sus ordenamientos jurídicos². *La garantía de la competencia*

.....

Public Procurement Network; RAP: *Revista de Administración Pública*; REDA: Revista Española de Derecho Administrativo; Secc.: Sección; ss.: siguientes; SSTC: Sentencias del Tribunal Constitucional; SSTJ: Sentencias del Tribunal de Justicia; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia; STJ: Sentencia del Tribunal de Justicia; STPI: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia; TACPCAM: Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid; TACPJA: Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Junta de Andalucía; TACPAR: Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; TC: Tribunal Constitucional; TRLCSP: 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; UTE: Unión Temporal de Empresas, *vid.: videtur* (véase).

El artículo se estructura en párrafos numerados. Las remisiones internas se realizan empleando el símbolo “S”, seguido del número del párrafo correspondiente.

- 1 Thorsten SIEGEL: *Europäisierung des öffentlichen Rechts. Rahmenbedingungen und Schnittstellen zwischen dem Europarecht und dem nationalen (Verwaltungs-)Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 126 y ss. Sobre la idea de ámbitos de referencia y su importancia en la construcción sistemática del Derecho, ver Christoph MÖLLERS: «§ 3 Methoden», en Wolfgang HOFFMANN-RIEM / Eberhard SCHMIDT-A MANN / Andreas VO KUHLE: *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, Methoden-Ma stäbe-Aufgaben-Organisation*, C.H. Beck, München, 2006, pp. 121-175, pp. 169 y ss. Sobre la importancia de la contratación pública en el Derecho Administrativo, Eberhard SCHMIDT-A MANN: «Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en los Derechos alemán, europeo e internacional», en Javier BARNES VÁZQUEZ (ed.): *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2008, pp. 75-112, p. 91.
- 2 En el caso de España –al igual que en otros países– la adaptación a las reglas europeas de la contratación pública se incentivó por un número considerable de Sentencias de condena por incumplimiento del Derecho europeo: SSTJ de 15 de mayo de 2003, C-214/00, As. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, Ponente: V. Skouris, Abogado General: P. Léger; de 16 de octubre de 2003, C-283/00, As. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, Ponente: V. Skouris, Abogado General: S. Alber; de 13 de enero de 2005, C-83/03, As. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, Ponente: J. Macarczyk, Abogado General: J. Kokott; de 3 de abril de 2008, C-444/06, As. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, Ponente: J. Macarczyk, Abogada General: E. Sharpston; de 22 de abril de 2010, C-423/07, As. *Comisión Europea contra Reino de España*, Ponente: E. Juhász, Abogado General: P. Mengozzi. En torno a ellas, Belén NOGUERA DE LA MUELA: «El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», en José María GIMENO FELIÚ (coord.): *Contratación*

entre los operadores económicos en el Mercado Interior constituye el eje de esta nueva regulación, que se proyecta sobre la contratación de obras, suministro y servicios –tanto de los llamados “poderes adjudicadores” (Directiva 2004/18/CE³), como de las empresas que operan en los denominados sectores especiales (agua, transportes, energía y servicios postales –Directiva 2004/17/CE⁴)–, siempre que supere ciertos umbrales económicos determinados periódicamente por la Comisión Europea⁵.

- 2 Junto a la ordenación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, las instituciones europeas consideraron necesario que los Estados homogeneizaran los mecanismos de control de la actividad contractual pública. Solo de ese modo podría garantizarse el cumplimiento de las reglas sustantivas de adjudicación de contratos. De hecho, una de las novedades más importantes del Derecho europeo de la contratación pública –que le diferencia de otros sectores sometidos a un proceso de europeización– consiste precisamente en introducir normas específicas relativas a la tutela de los derechos de los interesados. Esto significa que *los ordenamientos jurídicos nacionales deben habilitar determinadas vías de defensa a favor de quienes quieran denunciar posibles incumplimientos de las reglas de adjudicación de los contratos públicos.*
- 3 Las denominadas Directivas de “recursos” (89/665/CEE y 92/13/CEE, reformadas por la Directiva 2007/66/CE) han delineado progresivamente este modelo de tutela, tanto para la contratación general de los poderes adjudicadores, como para la contratación en los sectores especiales, respectivamente. De forma sintética, puede decirse que el sistema vigente de recursos contractuales tiene como objetivo garantizar una reacción rápida y eficaz frente a los incumplimientos de las normas de adjudicación, que permita asegurar la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa. Con esa

.....

de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 95-130, esp. 106 y ss.

- 3 Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.
- 4 Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.
- 5 En la actualidad, estos umbrales se fijan en el Reglamento (CE) núm. 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos.

finalidad se obliga a los Estados a configurar dos tipos de recursos: por un lado, un *recurso precontractual* –que facilite la impugnación de las decisiones relevantes de las fases de preparación y adjudicación del contrato y que paralice la firma del contrato cuando se cuestione la corrección jurídica de la adjudicación–; por otro lado, de forma complementaria, un *recurso postcontractual* dirigido contra un contrato ineficaz –debido, básicamente, a la vulneración de las normas que permitían interponer el recurso precontractual con todas sus garantías⁶–. Los detalles en torno a estas vías de recurso se contienen en las Directivas –es el caso del objeto, los plazos, los efectos suspensivos y la legitimación, entre otros–.

- 4 En España, la transposición de las Directivas de recursos no ha sido fácil. Tras su aprobación en los años noventa, el legislador estaba seguro de satisfacer las exigencias europeas sin necesidad de llevar a cabo ninguna reforma⁷. La Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, así lo ponía de manifiesto: “el Derecho español se adapta ya a las exigencias y garantías procesales que contiene la Directiva comunitaria”. Las posteriores Sentencias de condena al Reino de España por incumplimiento del Derecho europeo convencieron al legislador de lo contrario⁸. El primer intento de transposición de las Directivas de recursos se llevó a cabo en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de Contratos en los denominados “sectores especiales” (LCSE)⁹. Estas leyes introdujeron el denominado “recurso especial” en materia de contratación pública. Este recurso pretendía satisfacer la exigencia del Derecho europeo de establecer un remedio precontractual que permitiera impugnar las actuaciones previas a la celebración del contrato. Sin embargo, *no se ajustaba bien a los requerimientos de las Directivas*

.....

6 Las causas especiales de ineficacia contractual se regulan en el artículo 2 *quinquies* de la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. En torno al sentido de estas causas de ineficacia contractual, Silvia Díez Sastre: *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012, pp. 193 y ss., y 202 y ss.

7 José María BAÑO LEÓN: «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson / Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 329-363, esp. p. 330.

8 *Vid. n. 2.*

9 Aunque el régimen de la LCSE se diferencia del establecido en la LCSP en algunos puntos, a lo largo de este trabajo se hará referencia únicamente a la LCSP, puesto que no hay divergencias sustanciales en torno a la legitimación para la interposición de los recursos contractuales.

de recursos y tampoco se hacía eco de las nuevas exigencias introducidas por la Directiva 2007/66/CE. La consecuencia fue la reforma de ambas leyes poco tiempo después de su aprobación. La Ley 34/2010 reformó la LCSP, la LCSE y la LJCA¹⁰ para adaptarlas al Derecho europeo¹¹ y sus cambios permanecieron en el nuevo Texto Refundido de la LCSP, que reordenó los contenidos de la LCSP¹².

- 5 Las modificaciones más importantes introducidas por la Ley 34/2010 afectaron a la *regulación del recurso especial* –cambiando, básicamente, su carácter obligatorio, el órgano de interposición del recurso por un tribunal administrativo independiente y desdoblando el momento de adjudicación y celebración del contrato–, así como a la *introducción de la mal llamada ‘cuestión de nulidad’* –que pretende transponer al Derecho español las exigencias de un recurso postcontractual que permita declarar ineficaz el contrato cuando haya incurrido en una de las causas especiales de ineficacia establecidas en la Directiva 2007/66/CE–. Estas nuevas vías de impugnación de la actividad contractual pública se reservan en exclusiva a determinados tipos de contratos caracterizados, principalmente, por sus elevadas cuantías. Esto se traduce en una partición del sistema de tutela de los licitadores, más reforzado en unos casos –con mayor trascendencia económica– que en otros –de menor relevancia económica, pero mayor incidencia en la práctica–. La consecuencia es un modelo que plantea algunos problemas de ajuste al Derecho europeo y constitucional, a diferencia de otros sistemas de nuestro entorno, que han extendido el sistema europeo de recursos a toda la contratación pública nacional¹³.

.....

10 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

11 Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

12 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 (TRLCSPP).

13 Es el caso de Austria, Bélgica, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Hungría, Italia, Lituania, Polonia, Rumanía, Eslovenia y Suecia, como señala el informe elaborado en 2010 por la Autoridad para la Supervisión de los Contratos Públicos de la red de contratación pública –*Public Procurement Network*, PPN–, bajo la presidencia de Italia: «The comparative survey on the national public procurement systems across the PPN». Disponible *on line*: <http://www.ppneurope.org/docs/ItalianPresidency/Comparative%20survey%20on%20PPN%20systems%20across%20PPN.pdf>

En torno a esta partición, ver Silvia DíEZ SASTRE: *La tutela...*, cit., pp. 303 y ss.

- 6 La transposición del régimen jurídico de ambos recursos ha tratado de ser fiel a las exigencias europeas –aunque no siempre haya alcanzado este objetivo–. Para ello el legislador ha recurrido a una copia literal del texto de las Directivas en cuestiones concretas. No obstante, hay aspectos puntuales en los que ha preferido ir más allá del Derecho europeo con el fin de crear un sistema de recursos completo y coherente. Así sucede en la fijación de los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de los recursos: junto a los contratos armonizados, previstos en las Directivas, se incluyen otros contratos relevantes por su objeto y su cuantía (arts. 37.1 y 40.1 TRLCSP). De igual manera, *la formulación de la legitimación en ambos recursos se aparta de la regulación de mínimos de las Directivas y converge con la tradición jurídica española, ciertamente generosa en este punto*. En la línea de la amplia legitimación reconocida para el recurso contencioso-administrativo (art. 19 LJCA) y del concepto de interesado en el procedimiento administrativo (art. 31 LRJPAC¹⁴), el legislador de contratos públicos se ha decantado por una configuración abierta de la legitimación ante los nuevos órganos de recursos contractuales. Así, el art. 42 TRLCSP –al igual que el art. 39.2 TRLCSP– señala que “[p]odrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados” bien por las decisiones objeto de recurso, bien por las causas especiales de nulidad contractual.
- 7 Esta amplia formulación de los sujetos legitimados para interponer, en concreto, el recurso especial ya ha planteado algunas dudas interpretativas que se han resuelto, caso por caso, por los nuevos tribunales de contratación pública –tanto a nivel estatal, como autonómico–. Así sucede, por ejemplo, con la legitimación de asociaciones de empresarios, sindicatos y comités de empresa, empresas que no participaron en la licitación y grupos municipales, entre otros. En muchos de estos supuestos, la cuestión en torno a su legitimación para impugnar decisiones contractuales ya se había planteado en sede contencioso-administrativa. De modo que la nueva jurisprudencia administrativa de los órganos de recursos contractuales ha asumido en su mayor parte el cuerpo jurisprudencial existente en la materia. Sin embargo, han surgido algunos supuestos complejos de legitimación que no encuentran un claro acomodo en las soluciones brindadas por los órganos judiciales. Es el caso de la legitimación del concejal para interponer el recurso especial. El fundamento de la legitimación en este caso es dudoso, pues implica dilucidar *si la condición de concejal ‘per se’ conlleva un estatus privilegiado a la hora de interponer el recurso*.

.....

14 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

- 8 La finalidad de este trabajo consiste precisamente en analizar la legitimación del concejal, en cuanto tal, para interponer el recurso especial en materia de contratación pública. Para ello, debe construirse un contexto metodológicamente apropiado, que facilite la interpretación sistemática de las normas implicadas en la solución del problema. La estructura de este art. pretende responder a esa exigencia. La legitimación del concejal en el recurso especial exige el análisis de dos bloques normativos, que se caracterizan por fundamentos y dinámicas, *a priori*, diferenciados: el Derecho de la contratación pública (II) y el Derecho local (III). A su vez dentro de cada uno de estos bloques, hay que aplicar dos cánones distintos de ajuste a Derecho: el respeto al Derecho europeo –que se proyecta de forma especialmente intensa sobre el Derecho de la contratación pública– y al Derecho constitucional –que en esta materia se centra, de manera clara, en el Derecho local–. La integración de las perspectivas de ambos grupos de normas tendrá como resultado una propuesta interpretativa de los preceptos que regulan la legitimación del concejal en el recurso especial. Ya adelanto que *la propuesta niega la legitimación del concejal, en cuanto tal, para interponer el recurso especial* en materia de contratación pública. Veamos las razones que justifican esta toma de postura.

II. LA LEGITIMACIÓN DEL CONCEJAL EN EL RECURSO ESPECIAL CONFORME AL DERECHO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

1. LA LEGITIMACIÓN DEL CONCEJAL EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

- 9 Como se ha señalado [§ 4], la legislación de contratación pública ha introducido un nuevo recurso administrativo, el recurso especial, de carácter precontractual y potestativo (arts. 40 y ss. TRLCSP). Este recurso habilita la impugnación, frente a un tribunal administrativo, de las actuaciones determinantes de las fases de preparación y de adjudicación de ciertos contratos antes de su celebración. Los plazos de interposición y resolución del recurso son llamativamente cortos, con el fin de resolver las controversias planteadas con la mayor celeridad posible y evitar perjuicios, tanto a los candidatos y licitadores, como a los poderes adjudicadores involucrados. Es más, con el fin de evitar que el contrato se celebre bajo la sospecha de posibles irregularidades en la licitación, la Ley prevé la suspensión automática de la celebración del contrato cuando se recurre la adjudicación del contrato. Estos rasgos esenciales de la configuración del recurso ponen sobre la pista de su finalidad principal: garantizar el cumplimiento de las normas europeas de adjudicación de contratos públicos mediante la protección de los operadores económicos interesados en la obtención del contrato, impidiendo que la adjudici-

cación favorezca a quien no presentó la oferta económicamente más ventajosa. Únicamente de ese modo se asegura el restablecimiento de la legalidad –la denominada tutela primaria o restitutoria– y se evita la causación de daños susceptibles de indemnización –esto es, la llamada tutela secundaria o resarcitoria–¹⁵. Esta es la plasmación práctica de la referencia europea a un mecanismo de recurso “rápido y eficaz”. Pues bien, *esta finalidad del recurso impregna todo su régimen jurídico y no puede perderse de vista a la hora de realizar una interpretación teleológica y sistemática de las reglas en torno a la legitimación* contenidas en el TRLCSP.

- 10 Las personas legitimadas para interponer el recurso especial deben tener un derecho o interés legítimo afectado o perjudicado por la decisión objeto de impugnación. No es necesario, por tanto, que prueben la titularidad de un derecho a la adjudicación, basta con un interés legítimo vinculado al contrato. Si se lee esta exigencia conforme a la finalidad del recurso, es indiscutible que existe un interés legítimo cuando se demuestra el interés en la obtención del contrato. Los candidatos y licitadores estarán legitimados, como regla general, para interponer el recurso especial. De hecho, la primera versión de la LCSP incluía una referencia expresa a los licitadores, que se suprimió posteriormente con la reforma operada por la Ley 34/2010¹⁶. *El núcleo de la regulación está, por tanto, en la idea de interés legítimo*, que abre la posibilidad de interponer el recurso a otros sujetos distintos de los operadores económicos vinculados con la licitación. El TRLCSP no ha optado, por tanto, por crear una acción pública en materia de contratación, que permita interponer el recurso basándose en un mero interés nomofiláctico, que persiga la depuración de actos ilegales¹⁷.
- 11 La jurisprudencia administrativa emanada de los nuevos órganos de recursos contractuales –tanto a nivel nacional, como autonómico– se ha ocupado de interpretar en la práctica la idea de interés legítimo. A su juicio, la legitimación descrita en el actual art. 42 TRLCSP incluye a dos grupos de sujetos: por un lado, los licitadores o posibles licitadores y, por otro lado, terceros no licitadores que demuestren un vínculo con el procedimiento de adjudicación. Esta distinción, sin embargo, no afecta al presupuesto de la legitimación. *En todos los casos hay que demostrar la existencia de un interés legítimo afectado o perjudicado por la actuación del poder adjudicador en el marco de una licitación*¹⁸. La prueba de esta circunstan-

.....

15 En torno a estos conceptos de tutela, Silvia DÍEZ SASTRE: *La tutela...*, cit., pp. 69 y ss.

16 Art. 37.3 LCSP: “El recurso podrá interponerse por las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, *en todo caso, por los licitadores*” (la cursiva es mía).

17 José Manuel MARTÍNEZ FERNÁNDEZ: «Los Tribunales...», cit., p. 56.

18 En este sentido, José Antonio MORENO MOLINA / Francisco PLEITE GUADAMILLAS: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 3ª ed., La Ley, Alcobendas, 2011, p. 450.

cia es más sencilla, por regla general, en el caso de los candidatos y licitadores. Pero ello no significa que su legitimación se apoye en un fundamento distinto.

- 12 El concepto de interés legítimo se ha descrito de forma exhaustiva por la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa: el recurrente debe probar que tiene un interés personal, directo y actual con el objeto del litigio y que su resultado puede repercutir de forma clara y suficiente en su esfera jurídica¹⁹. Los nuevos tribunales administrativos de recursos contractuales han asumido esta acepción del concepto de interés legítimo para resolver los supuestos problemáticos que se les han planteado hasta el momento. Con base en sus pronunciamientos puede elaborarse una *tipología de sujetos, que permite condensar los criterios empleados para reconocer o no la existencia de un interés legítimo* y, por tanto, legitimación, en la interposición del recurso especial²⁰:

a) En el caso de los *participantes en la licitación*, la prueba de la existencia de un interés legítimo para interponer el recurso especial puede probarse con facilidad. Sin embargo, esa legitimación se niega cuando quien impugna la adjudicación del contrato no recurrió en tiempo su exclusión de la licitación, de modo que el resultado del recurso –esto es, el sentido de la adjudicación– no podría afectar ya, de forma positiva o negativa, a su esfera jurídica²¹.

b) La legitimación de las *empresas que no hayan participado en la licitación*, pero que podrían haberlo hecho, también es sencilla, puesto que demuestran el interés legítimo legalmente exigido²². En palabras del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, hay que “ejercitar la condición de interesado de algún modo”. Así que, cuando logra probarse esa circunstancia, porque, por ejemplo, el objeto social de la empresa coincide con el objeto del contrato, no hay problema en reconocer la legitimación. De lo contrario, no existiría base legal para interponer el recurso²³.

.....

- 19 STC 45/2004. Rafael PÉREZ NIETO: «Tutela judicial efectiva y jurisdicción contencioso-administrativa», en María Emilia CASAS BAAMONDE / Miguel Ángel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER: *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Toledo, 2009, pp. 593-602, esp. p. 597.
- 20 Al respecto, en extenso, Miguel Ángel BERNAL BLAY: «Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011», en José María GIMENO FELIÚ (dir.) / Miguel Ángel BERNAL BLAY (coord.): *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 311-404, esp. pp. 350 y ss.
- 21 Acuerdo 41/2002, de 19 de abril de 2002, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid (TACPCAM).
- 22 Resolución 179/2011, de 29 de junio de 2011, TACRC. En conexión con la jurisprudencia constitucional (SSTC 119/2008, 38/2010).
- 23 Resolución 21/2010, de 16 de diciembre de 2010, TACRC; Acuerdo 49/2012, de 9 de mayo de 2012, TACPCAM.

c) Si recurre una *empresa que es parte de una Unión Temporal de Empresas (UTE)*, también se reconoce legitimación, puesto que basta probar que tiene un interés legítimo que le vincula con la licitación. Dicho de otro modo, el art. 42 TRLCSP legitima a cualquier entidad “cuando sus derechos e intereses resulten afectados, incluso parcialmente”²⁴. No obstante, no tendría legitimación si no reuniese los requisitos necesarios para llegar a ser adjudicataria, como puede ser la clasificación requerida para concurrir en la licitación²⁵.

d) Cuando el recurrente es un *sindicato o un comité de empresa* se tiene legitimación si se constata una verdadera conexión directa entre el recurso y los intereses de los trabajadores representados por la organización. Se aplica, a estos efectos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional conforme a la cual los sindicatos no son “guardianes abstractos de la legalidad” y deben probar un interés en sentido propio, específico y cualificado²⁶. Así, por ejemplo, tienen legitimación si recurren los pliegos que rigen la contratación en lo relativo a los horarios y los contratos de los trabajadores en los que debería subrogarse la empresa adjudicataria²⁷; o cuando la impugnación es un medio para proteger al colectivo de funcionarios representado, y evitar que sus funciones se ejerzan por terceros²⁸. En esos casos, se está tratando de evitar perjuicios para los trabajadores afectados. Sin embargo, se niega legitimación cuando no se consigue probar ningún vínculo directo entre los intereses de los trabajadores representados –el beneficio o perjuicio que sufrirían– y el asunto planteado²⁹; o cuando simplemente se alegan “perjuicios hipotéticos” para los trabajadores³⁰.

.....

24 Acuerdo 21/2012, de 21 de junio de 2012, TACPar; Acuerdo 47/2012, de 30 de octubre de 2012, TACPar.

25 Resolución 97/2012, de 19 de octubre de 2012, TARCJA.

26 Por todas, SSTC 210/1994, 101/1996, 24/2001, 84/2001 y, recientemente, STC 58/2011. Al respecto, María Isabel GALLEGO CÓRCOLES: «Observatorio de jurisprudencia en materia de contratos públicos», en José María GIMENO FELIÚ (dir.) / Miguel Ángel BERNAL BLAY (coord.): *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (2012), pp. 133-178, esp. p. 163; Rafael PÉREZ NIETO: «Tutela judicial...», cit., p. 598.

27 Acuerdo 1/2012, de 4 de enero de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPar).

28 Resolución 109/2012, de 6 de noviembre de 2012, TARCJA.

29 Resolución 89/2011, de 23 de marzo de 2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC); Acuerdo 18/2011, de 8 de junio de 2011, TACPCAM; Resolución 111/2012, de 9 de noviembre de 2012, TARCJA.

30 Resolución 44/2012, de 25 de abril de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA).

e) Las *asociaciones de empresas* también pueden estar legitimadas para interponer el recurso especial. En su caso, el interés que preside el recurso es el interés en la defensa genérica de la legalidad, así como la defensa de los intereses de los asociados mediante la recurrente, en cuanto a posibles participantes en la licitación³¹. Sin embargo, debe constatarse el vínculo entre el objeto social de los asociados y la licitación. De no probarse tal conexión, tampoco habría legitimación³².

f) La legitimación de los *grupos municipales* está estrechamente vinculada con la legitimación del concejal. Cabe entender que el grupo municipal estará legitimado para interponer recurso especial si lo están todos los concejales que forman parte del mismo –al igual que sucede en la jurisdicción contencioso-administrativa–. Además, el grupo municipal debe representar un interés legítimo que vaya más allá de la legalidad vigente³³. Así pues, hay que determinar cuándo un concejal está legitimado para interponer el recurso. Hasta el momento, el único pronunciamiento al respecto se ha realizado recientemente y ha reconocido legitimación al concejal con base en la jurisprudencia constitucional en torno al art. 63 LBRL³⁴. Esta cuestión, que constituye el objeto central del trabajo, se analiza en detalle más adelante [§§ 21 y ss.].

g) Por último, es posible entender que los *usuarios de un servicio* están legitimados para interponer recurso especial en materia de contratación pública, siempre que demuestren la conexión de su pretensión con la calidad del servicio³⁵.

- 13 De los casos presentados, sin afán de exhaustividad, puede extraerse una misma *ratio* interpretativa. Quien interponga un recurso especial debe demostrar una conexión directa entre la finalidad del recurso y sus intereses personales directos. Por ello, incluso un licitador puede carecer de legitimación para interponer el recurso si el resultado ya no puede afectar a su posición subjetiva –como sucedía cuando no se había recurrido en tiempo su exclusión de la licitación–. Estas re-

.....

31 Acuerdo 36/2012, de 21 de agosto de 2012, TACPAR; Acuerdo 38/2012, de 10 de septiembre de 2012, TACPAR; Acuerdo 39/2012, de 12 de septiembre de 2012, TACPAR; Acuerdo 41/2012, de 27 de septiembre de 2012, TACPAR; Resolución 139/2011, de 11 de mayo de 2011, TACRC.

32 Acuerdo 67/2012, de 27 de junio de 2012, TACPCAM; Acuerdo 68/2012, de 27 de junio de 2012, TACPCAM; Acuerdo 74/2011, de 10 de noviembre de 2011, TACPCAM.

33 Acuerdo 22/2011, de 15 de junio de 2011, TACPCAM.

34 Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012, TACPAR.

35 En un supuesto similar, se niega legitimación a los padres y alumnos de una escuela para interponer una cuestión de nulidad, pues no lograron demostrar que la adjudicación a una empresa distinta afectaría a la calidad técnica del servicio (Acuerdo 11/2011, de 1 de junio de 2011, TACPCAM).

glas generales se deducen de la interpretación de la legislación de contratación pública, en sentido teleológico –por la finalidad del recurso– y sistemático –por su integración con la interpretación dada al concepto de interés legítimo en la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa–. Con base en ellas, puede afirmarse que un concejal podrá interponer recurso especial siempre que demuestre que ostenta un interés legítimo que se ve afectado o perjudicado por la decisión objeto de recurso. En sentido contrario, *de la legislación de contratos no se deriva ninguna regla que reconozca al concejal como un sujeto privilegiado a efectos de interponer el recurso especial*. Ahora bien, es posible que las exigencias de interpretación conforme al Derecho europeo puedan conducir a una solución distinta. Eso es lo que se analiza a continuación.

2. INTERPRETACIÓN CONFORME AL DERECHO EUROPEO

A. La regulación de las Directivas “de recursos” y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la legitimación en materia contractual

- 14 Las Directivas de recursos contienen una serie de mecanismos de garantía de las reglas que disciplinan los procedimientos adjudicación de contratos públicos. Persiguen la creación de vías de recurso rápidas y eficaces que permitan actuar en la fase en que las infracciones del Derecho europeo “aún pueden corregirse”. Esos recursos deben activarse antes y después de la celebración del contrato, para impedir que la infracción del Derecho europeo por un poder adjudicador quede libre de consecuencias negativas. En ambos tipos de recursos, la legitimación para recurrir corresponde “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” de las normas de adjudicación (art. 1.3 Directiva 89/665/CEE). El criterio del perjuicio, por tanto, puede unirse al simple interés en la obtención del contrato³⁶. Pero, en última instancia, *el sujeto legitimado para interponer el recurso es claro: quien tenga o haya tenido interés en obtener el contrato. Y solo los operadores económicos tienen interés en obtener el contrato*. Esta identificación de los sujetos legitimados es coherente con la finalidad del Derecho europeo de la adjudicación de contratos públicos. Se trata de garantizar la competencia en el Mercado Interior. De hecho, el título

.....

36 José María GIMENO FELIÚ: «La adjudicación de contratos en la LCSP y los mecanismos de control (el recurso especial)», en Jesús COLÁS TENAS / Manuel MEDINA GUERRERO (coords.): *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Fundación Democracia y Gobierno Local / Institución Fernando el Católico-Cátedra Royo Villanova, Barcelona, 2009, pp. 197-246, esp. p. 237.

competencial que habilita a las instituciones europeas a regular en esta materia es precisamente el Mercado Interior³⁷. Así que es lógico que los destinatarios de una norma orientada a proteger frente a incumplimientos en la fase de adjudicación sean los agentes económicos que operan en él.

- 15 De hecho, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en torno a la legitimación en los recursos contractuales se circunscribe exclusivamente a los operadores económicos. En concreto, se han planteado distintos tipos de casos en los que la legitimación del recurrente era problemática. En relación con la legitimación de operadores económicos se ha cuestionado si puede exigirse al recurrente que haya participado en el procedimiento de adjudicación. Al respecto, el Tribunal ha señalado que no puede exigirse esa participación, porque el licitador pudo no haber participado precisamente porque las cláusulas eran ilegales. Esto no impide, obviamente, que quepa exigir una interposición del recurso previa a la decisión de adjudicación por razones de eficacia y rapidez³⁸. También ha afirmado que no cabe impedir que un licitador recurra la adjudicación cuando no se le notificó en tiempo la exclusión, puesto que le fue imposible atacar antes esa decisión. A juicio del Tribunal, una interpretación en sentido opuesto supondría una restricción indebida del derecho de acceso a la justicia³⁹. En otro supuesto que involucra a los operadores económicos, se ha cuestionado si las empresas que forman parte de una UTE pueden interponer por separado un recurso contractual. El Tribunal ha admitido que esa posibilidad es conforme a las Directivas, pero, en su opinión, negar la legitimación también lo sería, siempre que no se vulneren los principios de efectividad y equivalencia en la ejecución del Derecho europeo por parte de los Estados miembros⁴⁰. Por otro lado, a la pregunta de si la legitimación

.....

- 37 Art. 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que prevé la competencia para adoptar las medidas necesarias para la aproximación de legislaciones en el Mercado Interior.
- 38 STJ (Sala 6ª), de 12 de febrero de 2004, C-230/02, As. *Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG y Republik Österreich* (ponente: R. Schintgen, Abogado General: L.A. Geelhoed). En este sentido, defiende esa interpretación a nivel nacional, Juan MESTRE DELGADO: «El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del Derecho comunitario europeo: Una nueva ordenación de las medidas cautelares. (Comentario a la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989)», *Noticias C.E.E.*, 74 (1991), pp. 35-40, esp. p. 39.
- 39 STJ (Sala 6ª), de 19 de junio de 2003, C-249/01, As. *Werner Hackermüller y Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG)* (ponente: R. Schintgen, Abogado General: J. Mischo).
- 40 STJ (Sala 4ª), de 6 de mayo de 2010, C-145/08 y C-149/08, As. *Club Hotel Loutraki AE, Athinaiki Techniki AE y Evangelos Marinakis c. Ethniko Symvoulio Radioteleorasis y Ypourgos Epikrateias* (ponente: E. Juhász, Abogada General: E. Sharpston); ATJ (Sala 6ª), de 4 de octubre de 2007, C-492/06, As. *Conorzio Elisoccorso San Raffaele y Elilombarda Srl, Azienda Ospedaliera*

puede extenderse a sujetos que no sean operadores económicos, el Tribunal ha ofrecido una respuesta positiva. En un supuesto en que se le preguntó si los recursos pueden emplearse por el ente adjudicador, estableció que las Directivas piensan en proteger a “operadores económicos” o a “empresas licitadoras”, pero no a las entidades adjudicadoras, sin perjuicio de que el Derecho nacional pueda ampliar el círculo de legitimados para interponer los recursos⁴¹.

- 16 Como puede verse, por tanto, *el Derecho europeo de los contratos públicos solo se preocupa de que los operadores económicos tengan la oportunidad de interponer los recursos previstos en las Directivas*. Si el Derecho nacional decide ampliar esa oportunidad a otros sujetos es una cuestión que queda fuera de su radio de acción. Por supuesto, el Derecho europeo no se opone a esa extensión de la legitimación. La mención a que “como mínimo” los interesados en la obtención del contrato pueden interponer el recurso [§ 14], pone claramente de manifiesto la posibilidad de que los Estados miembros amplíen la legitimación. De hecho, el efecto útil del Derecho europeo será mayor cuantos más sujetos puedan hacer uso del recurso y, por tanto, instar el cumplimiento de las normas de adjudicación de los contratos públicos. Esta idea constituye una pauta metodológica fundamental a los efectos de este trabajo y, a los efectos que aquí interesan, conduce a constatar que *las normas europeas de contratación pública tampoco introducen ninguna regla especial a favor de extender la legitimación a los concejales*; sin perjuicio de que el Derecho nacional adopte una decisión en ese sentido. No obstante, el deber de interpretación conforme al Derecho europeo exige cotejar el contenido del art. 42 TRLCSP con las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con el fin de determinar si es posible extraer alguna directriz interpretativa a efectos de extender el uso del recurso especial a los concejales. Esta cuestión se analiza en seguida.

B. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a nivel europeo

- 17 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho de la Unión Europea, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y que se consagra, tanto en los arts. 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como en el artículo 47.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –en la medida

.....

Ospedale Niguarda Ca Granda di Milano (ponente: L. Bay Larsen, Abogado General: Y. Bot); y STJ (Sala 2ª), de 8 de septiembre de 2005, C-129/04, As. *Espace Trianon SA y Société wallonne de location-financement SA (Sofibail) c. Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM)* (ponente: C. Gulmann, Abogada General: C. Stix-Hackl).

41 STJ (Sala 3ª), de 21 de octubre de 2010, C-570/08, As. *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias c. Anatheoritiki Archi Prosforon* (ponente: E. Juhász, Abogado General: P. Cruz Villalón).

en que se aplique Derecho de la Unión Europea⁴². En relación con el derecho de acceso a la jurisdicción, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que para recurrir hay que estar “afectado directamente” por la decisión objeto del litigio⁴³. Además, aunque el Derecho nacional debe determinar la legitimación de un justiciable para ejercitar una acción judicial, el Derecho comunitario exige que no se atente contra el derecho a la tutela judicial efectiva. *Ese derecho se respeta cuando un particular dispone de una vía de recurso que le garantiza el acceso a la jurisdicción para defender los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico comunitario*⁴⁴. Esto significa que la defensa de los derechos debe poder realizarse ante un órgano jurisdiccional, no basta recurrir frente a una autoridad administrativa⁴⁵.

- 18 Con base en las líneas maestras de la jurisprudencia en torno al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, puede afirmarse entonces que *el acceso al recurso especial por parte del concejal no condiciona el ejercicio de su derecho de acceso a la jurisdicción*. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a nivel europeo es una regla de mínimos que exige que, al menos, haya una oportunidad de acceder a un juez para defender una posición jurídico-subjetiva protegida por el Derecho europeo. En el ámbito de la contratación pública, hay que tener en cuenta que el recurso especial constituye una vía facultativa previa al acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. De forma que la negación de legitimación al concejal en la vía del recurso especial dejaría incólume sus posibilidades de obtener la tutela de un juez sobre sus pretensiones. La interpretación de la legislación de contratos conforme al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a nivel europeo tampoco destapa ninguna obligación de extender la legitimación del recurso especial a los concejales *per se*.

C. La legitimación del concejal en el recurso especial conforme al Derecho europeo

- 19 La argumentación realizada hasta el momento pone de manifiesto que *el Derecho europeo no impone una interpretación que reconozca al concejal una posición privilegiada a los efectos de interponer el recurso especial en materia de contratación pública*. Las reglas generales en torno a la garantía de tutela judicial efectiva no

.....

42 STJ (Sala 2ª), de 22 de diciembre de 2010, C-279/09, As. *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH y Bundesrepublik Deutschland* (ponente: A. Rosas, Abogado General: P. Mengozzi).

43 STPI (Sala 2ª), de 31 de enero de 2008, T-95/06, As. *Federación de Cooperativas Agrarias de la Comunidad Valenciana c. Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (OCVV)*.

44 STJ (Sala 6ª), de 11 de septiembre de 2003, C-13/01, As. *Giudice di pace di Genova c. Safalero Srl y Prefetto di Genova* (ponente: J.N. Cunha Rodrigues, Abogado General: C. Stix-Hackl).

45 STJ (Sala 6ª), de 27 de noviembre de 2011, C-429/99, As. *Comisión c. República de Austria* (ponente: V. Skouris, Abogado General: A. Tizzano).

obligan a extender al concejal la legitimación en el recurso especial; y el Derecho europeo de los contratos públicos tiene como protagonista a los operadores económicos. De hecho, en otros países se ha mantenido una formulación estricta de la legitimación, refiriéndose directamente a quien pudo haber obtenido el contrato o tuvo interés en hacerlo. Es el caso, por ejemplo, de la normativa alemana, que solo reconoce legitimación para interponer los recursos contractuales a “la empresa que tenga interés en el contrato y que demuestre que se han vulnerado las reglas de adjudicación previstas en la Ley”⁴⁶. En el mismo sentido se ha transpuesto la Directiva en Austria, Reino Unido y Suecia –donde se hace referencia exclusivamente a la empresa interesada–⁴⁷.

- 20 Esto significa que la ampliación de *la legitimación en el recurso especial, más allá de los operadores económicos, debe explicarse en términos puramente nacionales*. Ese es el sentido que hay que darle a la idea de que la legitimación es amplia, tal y como señala de forma unánime la doctrina⁴⁸. El legislador español ha configurado la legitimación de forma más extensa que el legislador europeo, bien porque así lo ha querido voluntariamente o porque ha considerado que era constitucionalmente necesario. Una posible extensión de la legitimación a los concejales en razón de su cargo debe explicarse, en su caso, conforme al Derecho nacional. A continuación se aborda esta posibilidad.

III. LA LEGITIMACIÓN DEL CONCEJAL EN EL RECURSO ESPECIAL A LA LUZ DEL DERECHO LOCAL

1. LA LEGITIMACIÓN DEL CONCEJAL EN LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN LOCAL

- 21 Hasta el momento se ha visto cómo la legislación de contratación pública, interpretada conforme al Derecho europeo, no exige que los concejales en su condición de tales puedan hacer uso del recurso especial en materia de contratación pública; sin perjuicio de que puedan interponer el recurso siempre que demuestren la exis-

.....

46 § 107.2 GWB (Ley contra las limitaciones a la competencia – *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, de 26 de agosto de 1998).

47 Al respecto, ver el informe citado en la nota a pie núm. 13.

48 José Manuel MARTÍNEZ FERNÁNDEZ: «Los Tribunales Administrativos Autonómicos de recursos contractuales y el recurso especial en materia de contratación. Especial referencia al Tribunal de Castilla y León», *Contratación Administrativa Práctica*, 121 (2012), pp. 50-63; José María GIMENO FELIÚ: «El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos», en José María GIMENO FELIÚ (dir.) / Miguel Ángel BERNAL BLAY (coord.): *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 211-258,

tencia de un interés legítimo afectado por la decisión objeto de impugnación. Se plantea la pregunta, entonces, sobre si *existen otras normas, especialmente de Derecho local, que, con base en la naturaleza del cargo de concejal obliguen a realizar una interpretación sistemática del TRLCSP en sentido opuesto* y que, en consecuencia, obliguen a reconocer tal legitimación.

- 22 El sistema de legitimación del concejal ante la jurisdicción contencioso-administrativa se articula alrededor de varias reglas. En primer lugar, el concejal puede interponer recurso contencioso-administrativo conforme a la *legitimación general del art. 19.1 a) LJCA*. Este precepto permite al concejal impugnar acuerdos de órganos unipersonales o de órganos colegiados en los que no participa, tanto en su condición de particular como de representante de los ciudadanos, siempre que demuestre tener un interés legítimo afectado por la actuación impugnada⁴⁹. Junto a este supuesto general de legitimación, vinculado a la afectación de un interés legítimo subjetivo, *es posible acudir frente a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para ejercer una acción pública*, allí donde el legislador haya reconocido esa posibilidad. Por ejemplo, en materia urbanística y medioambiental el legislador ha querido extender la legitimación procesal a todo aquel que tenga interés en el cumplimiento de la legalidad, sin necesidad de probar la afectación de un interés personal directo. En este caso, hay derecho a acceder a la jurisdicción en los términos señalados por el legislador. No se produce, pues, una proyección extensiva del art. 24.1 CE, porque no hay una posición jurídico-subjetiva digna de protección.
- 23 Al lado de estos supuestos básicos de legitimación, hay que atender a una regla especial referida a los miembros de los órganos colegiados. El art. 20.a LJCA completa, así, la regulación general del art. 19.1.a LJCA. Este precepto niega le-

.....

esp. p. 245, del mismo autor: *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Alcance y efectos prácticos*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 87; José Luis GIL IBÁÑEZ: «El recurso especial en materia de contratación y las modificaciones de la LJCA», *Contratación Administrativa Práctica*, 112 (2011), pp. 34-47, esp. p. 38; José Antonio MORENO MOLINA: *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, La Ley, Getafe, 2010, p. 120; Manuel PULIDO QUECEDO: *El Nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Y la Modificación de la Legislación de Contratos Públicos y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 84; María Isabel GALLEGÓ CÓRCOLES: «Legitimación para instar la revisión de decisiones en materia de contratación pública», *Contratación Administrativa Práctica*, 75 (2008), pp. 47-56, esp. p. 49; María GUINOT BARONA: «El nuevo recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la LCSP», *Diario La Ley*, 6882 (2008), pp. 1-8, esp. p. 5.

- 49 Eloisa CARBONELL PORRAS: «El interés concreto de los concejales en el correcto funcionamiento de la corporación local como título de legitimación», *RAP*, 186 (2005), pp. 187-213, esp. p. 191.

gitimación general a los órganos de una entidad pública para interponer recurso contencioso-administrativo contra actos y disposiciones de la misma entidad⁵⁰. Esto significa que, conforme a esta regla, un concejal no puede interponer recurso contra los actos y disposiciones emanados del Ayuntamiento. Pero ello no implica que las personas físicas que forman parte de esos órganos no puedan impugnar los actos y disposiciones que afecten a sus derechos o a sus intereses legítimos con base en la regla general del art. 19.1.a LJCA. De este modo se evita que miembros no interesados defiendan judicialmente su posición personal frente a la posición de la mayoría, obviando los canales dispuestos a estos efectos en el funcionamiento del órgano⁵¹. Ahora bien, esta regla general contenida en el art. 20.a LJCA se matiza por la legislación local en relación con los concejales. El art. 63.1.b LBRL señala que “[j]unto 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”. *El legislador permite, así, a los concejales impugnar un acuerdo con base en su ilegalidad aunque no tengan un interés legítimo afectado*⁵². Esto supone una excepción al art. 20.a LJCA: si no se forma parte del órgano, solo cabe impugnar con base en la regla general del interés legítimo del art. 19.1.a LJCA; si se forma parte del órgano es posible impugnar siempre que se haya votado en contra. La legitimación del art. 63 LBRL constituye, por tanto, una legitimación *ex lege* para el contencioso-administrativo desconectada de la idea de interés legítimo que, *a priori*, parece proyectarse únicamente sobre los acuerdos de los órganos de los que se forma parte y contra los que se votó en contra.

- 24 En este punto hay que tener en cuenta que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha interpretado el ámbito de aplicación de este precepto de forma amplia [*vid. infra* § 36]. Entiende que la legitimación especial del concejal se proyectaría tanto a la vía administrativa, como contencioso-administrativa. Ciertamente, el Capítulo en el que se incardina el artículo se dedica de forma abierta a la “[i]mpugnación de actos y acuerdos y ejercicio de acciones”; por lo que tal interpretación parece, en principio, posible. Sin embargo, el precepto alude literalmente a otros sujetos legitimados en la vía contencioso-administrativa y no a

.....

50 Art. 20.a LJCA: “No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública: a. Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente”.

51 Eloísa CARBONELL PORRAS: «El *interés...*», cit., pp. 193 y ss.

52 Antonio, FANLO LORAS: «La impugnación de los acuerdos locales por los miembros de las Corporaciones Locales que hubieran votado en contra ¿un caso de judicialización de las discrepancias políticas locales?», *Documentación Administrativa*, 220 (1989), pp. 67-84.

los sujetos legitimados en vía administrativa. Esto puede llevar a pensar que el legislador quería establecer una regla excepcional para la vía contencioso-administrativa, vinculada, específicamente, al art. 20.a LJCA; nada más. Si hubiese querido que la regla se aplicara a la vía administrativa, habría hecho referencia expresa a ella. Obviamente ello no impide interpretar que la legitimación se extiende también a los recursos administrativos que se configuran como presupuestos de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa –como en el caso del recurso de alzada–. De lo contrario, la legitimación especial para el ámbito jurisdiccional quedaría frustrada en esos casos. Pero el precepto no se refiere sin más a cualquier recurso administrativo.

- 25 En esa clave, la regla de legitimación contenida en el art. 63.1.b LBRL supone una excepción a la regla general de legitimación con base en el interés legítimo contenida en el art. 19.1.a LJCA. Por esa razón, por la propia naturaleza de este precepto, no puede realizarse una interpretación analógica de esta excepción. *Solo cabe aplicar esta regla de legitimación allí donde el legislador la prevea expresamente*⁵³. La finalidad del art. 63.1.b LBRL es ampliar las vías de defensa de la legalidad. Al no apoyarse en un interés legítimo, no se aplica la jurisprudencia extensiva del art. 24.1 que se apoya en la defensa de posiciones jurídico-subjetivas; sino que debe hacerse una interpretación restrictiva, circunscrita al ámbito definido por el legislador⁵⁴. Esta idea es fundamental a la hora de proyectar la extensión de la legitimación del art. 63.1.b LBRL sobre la legislación de contratación pública en relación con el recurso especial. Ahora bien, debe hacerse compatible con la interpretación que la jurisprudencia constitucional ha realizado sobre esta especial regla de legitimación procesal a favor de los concejales y que es objeto de análisis a continuación.

2. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

- 26 De acuerdo con la formulación general del derecho de acceso a la jurisdicción –como manifestación del art. 24.1 CE–, están legitimados ante los órganos judiciales quienes acrediten tener un interés legítimo y aquellos que ejercen una acción pública en interés de la legalidad, cuando así lo haya previsto expresamente el legislador. Existe, por tanto, una regla general de legitimación para los casos en que se demuestre la titularidad de un interés legítimo⁵⁵; y una regla excepcio-

.....

53 Eloisa CARBONELL PORRAS: *Los órganos colegiados. Organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, CEPC, Madrid, 1999, p. 275.

54 *Ibidem*, p. 277.

55 Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson / Civitas, Madrid, 2008, p. 366.

nal para la mera defensa de la legalidad, que debe preverse por el legislador caso por caso y que no es susceptible de aplicación analógica. *El legislador es el responsable de dotar de contenido al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción* –que se configura como un derecho prescricional de configuración legal conforme a la jurisprudencia constitucional–. En cualquier caso, la clave de bóveda del sistema está en la idea de interés legítimo. Existe un interés legítimo cuando se pueda obtener un beneficio o un perjuicio de forma directa. Como se ha visto [§ 22], en el ámbito local esto significa que, con carácter general, los concejales podrán impugnar aquellos acuerdos o decisiones de los órganos municipales que vulneran sus intereses legítimos como particulares o como representantes de los ciudadanos; o aquellos acuerdos que sean susceptibles de impugnación mediante una acción pública –como, por ejemplo, en el ámbito urbanístico o medioambiental–.

- 27 La legitimación del concejal en calidad de tal, se interpreta por el Tribunal Constitucional conforme al art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Esta dimensión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se somete a un estricto análisis de conformidad con el principio *pro actione*. Ese análisis se proyecta sobre la actividad, tanto del legislador –que no puede configurar el derecho de forma rigorista o impeditiva– como del aplicador –que debe realizar una interpretación y aplicación proporcionadas del derecho–. Ahora bien, es importante tener en cuenta que, desde finales de los años noventa –en concreto desde las SSTC 88/1997 y 38/1998–, *el Tribunal Constitucional entiende que el test aplicable al acceso a la jurisdicción es un test de proporcionalidad y no un deber de maximización de la tutela judicial efectiva*. Esto significa que solo tienen relevancia constitucional “aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican”. Sería contrario al derecho constitucional de acceso a la jurisdicción una interpretación excesivamente gravosa o rigorista de los requisitos de procedibilidad, así como una interpretación de las reglas de acceso que lleven –en el caso y en el futuro– a que los derechos e intereses legítimos afectados carecieran de todo cauce procesal para ser defendidos⁵⁶.
- 28 Conforme a la jurisprudencia constitucional, la legitimación del concejal conforme al art. 63 LBRL sería perfectamente conforme a Derecho. El concejal siempre tiene legitimación cuando demuestra un interés legítimo y, además, cuando votó en contra de las decisiones del órgano colegiado en el que se incardina. Sin embargo, *la hermenéutica de la legitimación de los concejales en el ámbito conten-*

.....

56 Carles VIVER PI SUNYER / Héctor LÓPEZ BOFILL: «Derecho a...», cit., pp. 31 y ss.

cioso-administrativo se modificó radicalmente en la STC 173/2004⁵⁷. Esta Sentencia resolvía el recurso de amparo interpuesto por un concejal contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 22 de marzo de 2002. En este pronunciamiento el Tribunal estimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de instancia, que inadmitía el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Alcalde de Castrourdiales –que resolvía el nombramiento de una funcionaria interina en el Ayuntamiento–. El recurso de amparo se apoyaba en la vulneración por la Sentencia en apelación del art. 24.1 CE. En concreto, se aducía la violación del derecho de acceso a la jurisdicción del concejal recurrente, reconocido en el art. 63 LBRL y en conexión con los arts. 19.1 y 20 LJCA.

- 29 En los Fundamentos Jurídicos, el Tribunal Constitucional analiza el concepto de interés legítimo como título de legitimación general en el proceso contencioso-administrativo. Señala que la apreciación del interés legítimo es una cuestión de legalidad ordinaria. Sin perjuicio de ello, afirma que el interés legítimo en el contencioso-administrativo es una “relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión [...] 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). [...] para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica [no necesariamente patrimonial] de quien acude al proceso” (FJ 3). Además, afirma que *la interpretación de las normas de acceso a la jurisdicción debe realizarse de forma amplia y no restrictiva con base en el principio pro actione* “con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden y la consecuencia del cierre del proceso”.
- 30 Junto a esta exposición de la legitimación general en el proceso contencioso-administrativo, el Tribunal señala que hay una legitimación *ex lege* referida a los concejales. De modo que la legitimación de los concejales ex art. 63 LBRL no se correspondería con la regla general del interés legítimo, sino con la intención del legislador de ampliar esa legitimación⁵⁸. Para el Tribunal, esta legitimación de atri-

.....

57 STC 173/2004, de 22 de octubre de 2004, ponente: Pascual Sala Sánchez.

58 María José ALONSO MAS: «La legitimación de los concejales para impugnar acuerdos de los órganos municipales de los que no forman parte. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 173/2004, de 18 de octubre (RTC 2004, 173)», REDA, 125 (2005), pp. 149-161, esp. p. 152.

bución legal deriva “del mandato representativo recibido de sus electores” y “[n]o 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 [...] y que se traduce en un interés concreto –inclusive puede hablarse de una obligación– de controlar su correcto funcionamiento” (FJ 4). Según la jurisprudencia sentada en esta Sentencia, *los concejales tienen un interés concreto en el correcto funcionamiento de la Corporación –distinto de un interés abstracto en la legalidad– que les permite impugnar ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa los actos de los órganos municipales unipersonales o colegiados –en este último caso, siempre que no hayan votado previamente en contra–. No es necesario, por tanto, que los concejales formen parte del órgano para poder impugnar sus actuaciones, debido a esa legitimación plena y previa que acompaña a su condición de representantes de los ciudadanos. Entre la legitimación general del art. 19.1 LJCA –apoyada en la idea de interés legítimo– y la acción pública –configurada sectorialmente por el legislador–, hay un *tertium genus*, que extiende la legitimación de los concejales frente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo en función de su representación democrática. Por esa razón, el Tribunal estima el recurso de amparo por vulneración del art. 24.1 CE.*

- 31 Esta Sentencia se acompañó de un voto particular, a cargo del magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas. A su juicio, la interpretación conjunta que realiza la Sentencia de los arts. 63 LBRL y 20 LJCA es artificiosa, porque la legitimación contenida en el art. 63 LBRL es simplemente una concreción del art. 19.1.a LJCA: es el interés legítimo en defender el criterio mantenido en la votación. Luego no es más que una “manifestación singularizada de un tipo de interés legítimo” (FJ 2). Además, sostiene el magistrado que *la sentencia parte de una premisa errónea: que el concejal está legitimado plenamente* y que el interés concreto en el buen funcionamiento de la Corporación es algo distinto de un interés abstracto en la legalidad (FFJJ 3 y 4).
- 32 Con posterioridad, el Tribunal Constitucional ha ratificado esta jurisprudencia. Así, por ejemplo, en su Sentencia 210/2009⁵⁹, entiende de nuevo el Tribunal que se vulnera el art. 24.1 CE en su vertiente de derecho de acceso a la justicia cuando no se reconoce legitimación activa a un concejal para impugnar la resolución de un proceso de funcionarización llevado a cabo en su Ayuntamiento. En ese caso, *el Alto Tribunal reconoce el interés concreto del concejal respecto al objeto del proceso –interés ligado al buen funcionamiento de la Corporación– y ampara al recurrente*. Además, señala que debe aplicarse un canon reforzado debido a que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el caso planteado, se impetra para la defensa de derechos fundamentales sustantivos, como son los derechos reconocidos en el art. 23 CE.

.....

59 STC 210/2009 (Sala 1ª), recurso de amparo núm. 7647/2005, ponente: Manuel Aragón Reyes.

- 33 Esta jurisprudencia ha sido objeto de numerosas críticas⁶⁰. El Tribunal Constitucional deriva una legitimación específica de la Ley y al mismo tiempo afirma que tal legitimación es plena, inmanente y previa a la Ley. Además, el fallo se apoya en una interpretación integradora del art. 63 LBRL con el art. 20 LJCA y no en la inconstitucionalidad del art. 63 LBRL, que, supuestamente, limita la legitimación de los concejales de manera contraria al texto fundamental⁶¹. Pero este no es el momento de desarrollar la crítica a una jurisprudencia constitucional ciertamente dudosa. Simplemente, hay que tener en cuenta que tanto la jurisprudencia constitucional como la contencioso-administrativa han asumido de manera uniforme la solución brindada en la STC 173/2004. De modo que, con independencia de la opinión que merezca la jurisprudencia, debe ser objeto de aplicación. Así pues, *el concejal tiene derecho a acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa y, así, a hacer efectivo su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, en todos los casos, salvo cuando haya manifestado su voto favorable en un asunto determinado*. Esta precisión es importante. La jurisprudencia constitucional se preocupa del contenido del art. 63 LBRL en conexión con el acceso a la jurisdicción consagrado en el art. 24.1 CE. De hecho, el derecho fundamental contenido en el art. 24.1 CE se predica únicamente del acceso a la jurisdicción, esto es, a la posibilidad de que un juez conozca del asunto. No se extiende al ámbito de los recursos administrativos que pueda articular el legislador; con una excepción. En los casos en que los recursos administrativos se configuren como una vía previa obligatoria para acceder a la jurisdicción, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva debería proyectarse sobre ellos. Esta idea no aparece como tal de forma expresa en la jurisprudencia constitucional, pero parece ser un claro resultado de la misma. Cuando un recurso administrativo constituya un requisito de acceso a la jurisdicción, su régimen jurídico debe interpretarse también conforme a los exigentes cánones del derecho de acceso a la jurisdicción que ha identificado el Tribunal Constitucional.

3. PROYECCIÓN DE LA LEGITIMACIÓN DEL CONCEJAL SEGÚN EL DERECHO LOCAL AL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

- 34 Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la legitimación del concejal ex art. 63.1.b LBRL le permite acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa con el fin de defender el buen funcionamiento de la Corporación. Solo cuando no haya votado en contra del acto impugnado, pudiendo

.....

60 En este sentido, Eloísa CARBONELL PORRAS: «El interés...», cit., pp. 203 y ss.

61 María José ALONSO MAS: «La legitimación...», cit., p. 152; Eloísa CARBONELL PORRAS: «El interés...», cit., p. 211.

hacerlo, le estará vedada la vía jurisdiccional, en razón de la doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*). Esta legitimación se ubica, así, en un punto intermedio entre la legitimación general ordinaria apoyada en la defensa de un interés legítimo subjetivo –garantizada en el art. 19.1.a LJCA– y las acciones públicas que pueda establecer el legislador con carácter facultativo en sectores concretos. En estos casos *el concejal no defiende un interés subjetivo propio, ni tampoco la mera legalidad*. Busca el bien de su Corporación en razón de su cargo. Es llamativo que esta legitimación se haya apoyado por el Tribunal Constitucional en el art. 24.1 CE y solo de forma indirecta en el art. 23 CE, pues únicamente una interpretación extensiva del derecho al ejercicio de los cargos públicos podría justificar esta legitimación plena del concejal ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

- 35 No obstante, a los efectos que aquí interesan, hay que prestar atención al ámbito de aplicación de esta doctrina constitucional. Puesto que la legitimación plena del concejal se apoya en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en concreto, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, es en ese contexto y no en otro donde debe aplicarse la jurisprudencia del Tribunal. Esto significa que *la legitimación del concejal funciona para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa* [supra §§ 26 ss.] Ese es el sentido literal del art. 63 LBRL y también del art. 24.1 CE, que garantiza la posibilidad de que un juez conozca del asunto planteado. En el ámbito de la contratación pública, esto se traduce, por ejemplo, en que el concejal puede impugnar los pliegos de una licitación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, la extensión de esa legitimación a vías de recurso de otra naturaleza –en concreto, administrativas– quedaría excluida, a no ser que el legislador las configure como un presupuesto de acceso a la vía judicial. Por supuesto, el legislador podría extender la legitimación del concejal a más casos, pero en virtud de la Constitución el concejal solo podría emplear aquellas vías de recurso necesarias para llegar a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. Esto significa que la legitimación para acceder al recurso de alzada debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia constitucional; pero no así la legitimación para hacer uso del recurso de reposición.
- 36 Esta interpretación no se ha compartido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, donde puede encontrarse una extensión de la legitimación del concejal a recursos no obligatorios para acceder a la vía judicial, como el recurso de reposición. Es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de septiembre de 2006⁶². En el asunto de autos se impug-

.....

62 STSJ de Madrid de 4 de septiembre de 2006, recurso contencioso-administrativo núm. 1906/2003, ponente: Rafael Estévez Pendás.

naba un acuerdo municipal que había inadmitido el recurso de reposición interpuesto por uno de los concejales del Ayuntamiento contra el acto de adjudicación de un contrato de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria. A juicio del Tribunal, *debía haberse admitido el recurso de reposición como consecuencia de la jurisprudencia constitucional en torno a la ampliación de la legitimación del concejal*. En este sentido, se ha apuntado también que “quien puede lo más, puede lo menos” (*qui potest plus potest minus*) en relación con la posibilidad de que un concejal que puede interponer recurso de reposición, inste la revisión de oficio de un acto⁶³.

- 37 Desde mi punto de vista, sin embargo, esta interpretación de la jurisprudencia constitucional es errónea. *El art. 24.1 CE no puede interpretarse como un deber de extender cualquier medio de recurso a los concejales*. La consecuencia de una teoría similar conllevaría un desapoderamiento claro de la competencia del legislador para configurar los recursos en vía administrativa y contencioso-administrativa. El legislador no podría establecer recursos específicos para destinatarios concretos necesitados de un reforzamiento de su tutela. Además, en el ámbito municipal tendría como efecto alterar el complejo sistema de controles internos y externos diseñado por el legislador. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (en la interpretación del Tribunal Constitucional) solo exige que los concejales puedan acceder a la jurisdicción para defender el correcto funcionamiento de la Corporación –esto es, la legalidad, a modo de acción pública–, nada más.
- 38 A favor de este argumento hay que tener en cuenta la jurisprudencia en relación con la utilización del trámite de información pública por los concejales y los grupos municipales. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Moraleja de Enmedio que inadmitía las alegaciones de uno de los Grupos Municipales y que aprobaba definitivamente el Presupuesto de 2007. El Grupo Municipal afectado recurrió este acuerdo, precisamente porque impidió a sus miembros participar en el trámite de información pública previsto en la elaboración de los presupuestos municipales. El acuerdo se apoyaba en que la información pública no era el cauce adecuado para canalizar la participación de los miembros del grupo municipal en la elaboración del presupuesto (FJ 2). Por su parte, el Tribunal señaló que la Ley –en concreto, el art. 170 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales– no reconocía entre los participantes en la información pública a los grupos municipales, puesto que la participación de estos últimos se articulaba mediante debates plenarios. Dicho de otro modo, los concejales no son los interesados a los que se dirige la información pública, sin que ello menoscabe el derecho de los concejales a participar como re-

.....

63 María Isabel GALLEGO CÓRCOLES: «Legitimación para...», cit., p. 54.

presentantes de los vecinos. Simplemente se trata de un papel distinto, jurídico y político; “tanto unos como otros tienen cauces determinados y concretos donde pueden hacer valer sus intereses” (FJ 3). La *ratio decidendi* de este asunto es fundamental a los efectos que aquí interesan. *La condición de concejal no permite hacer uso de cualquier medio de participación o de defensa creado por el legislador*. La Ley diseñará distintos mecanismos a favor de los vecinos y, en su caso, los concejales. Por ello, salvaguardado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que permitiría al concejal acudir a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa para impugnar una actuación en un contrato público sometido a recurso especial, no es necesario entender que está legitimado para interponer directamente el recurso especial.

- 39 Ahora bien, incluso aceptando la posibilidad de que la legitimación del concejal ante la jurisdicción contencioso-administrativa se extienda a los recursos administrativos ordinarios –obligatorios o no–, no cabe realizar una interpretación extensiva de la excepción del art. 63.1.b LBRL a sectores donde el propio legislador ha establecido un régimen de recursos *ad hoc*, con una dinámica de funcionamiento específico. Es el caso de la vía de reclamación económico-administrativa o del recurso especial en materia de contratación pública. En relación con la primera puede encontrarse un pronunciamiento del Tribunal Supremo en este sentido. En la Sentencia de 28 de septiembre de 2011⁶⁴ el Tribunal resuelve el recurso de casación interpuesto por un Grupo Municipal contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que, a su vez, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el mismo Grupo Municipal contra la resolución administrativa que había inadmitido recurso de reposición contra una resolución catastral de ponencia de valores. En instancia, no se permitió que el Grupo Municipal interpusiera recurso de reposición “por falta de interés directo, personal y actual en la anulación del acto”. La Sala *a qua* entendió que los recurrentes carecían de representatividad de la entidad local; sin perjuicio de que individualmente pudieran estar legitimados en su calidad de ciudadanos –cosa que no probaron– (FJ 1). Es más, a los efectos que aquí interesan, el Tribunal señaló que “la legitimación democrática que ostentan los actores no es suficiente para justificar legitimación en la vía económico-administrativa, que se rige por sus propias reglas” (FJ 3). Esas reglas se contienen en el art. 30 del Real Decreto 391/1996. Conforme al apartado primero de este precepto, están legitimados para interponer reclamación económico-administrativa: a) los sujetos pasivos y en su caso, los responsables de los tributos; b) cualquier otra persona cuyos intereses legítimos resul-

.....

64 STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Secc. 2ª), de 28 de septiembre de 2011, recurso de casación núm. 3012/2007, ponente: Óscar González González.

ten afectados por el acto administrativo de gestión; c) El interventor general de la Administración del Estado o sus delegados, en las materias a que se extienda la función fiscalizadora que le confieran las disposiciones vigentes. *Para el Tribunal, los concejales no están incluidos en ninguno de los supuestos de legitimación de la norma aplicable.* Por esa razón, la inadmisión del recurso interpuesto por el Grupo Municipal se considera conforme a Derecho. Es más, añade el Tribunal que esta decisión no vulnera el art. 23.1 CE, ya que el derecho de los ciudadanos a participar en asuntos públicos a través de sus representantes “debe ejercitarse a través de los cauces y órganos encargados legalmente de esta representación, que en cuanto a la interposición de recursos no es otro que el Ayuntamiento”. Como puede apreciarse en esta Sentencia, el problema no es si quien puede lo más –impugnar en sede jurisdiccional– puede lo menos –recurrir en vía administrativa–; sino si “quien puede lo general puede lo especial”.

- 40 El recurso especial comparte la naturaleza administrativa de los recursos ordinarios regulados en la Ley 30/1992, de alzada y reposición. Pero es un recurso creado para satisfacer unas necesidades específicas: la tutela de los intereses afectados o perjudicados por los procedimientos de contratación. Por esa razón y por su carácter potestativo no es posible entender una extensión de la legitimación al concejal, en su condición de tal, en virtud de la jurisprudencia constitucional. *El concejal podría interponer recurso especial en la medida en que acredite un interés legítimo, no de forma privilegiada, con base en el interés en el buen funcionamiento de la Corporación*⁶⁵.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MAS, M^ªJ.: «La legitimación de los concejales para impugnar acuerdos de los órganos municipales de los que no forman parte. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 173/2004, de 18 de octubre (RTC 2004, 173)», *REDA*, 125 (2005), pp. 149-161.

BAÑO LEÓN, J.M^ª: «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2^a ed., Thomson / Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 329-363.

BERNAL BLAY, M.Á.: «Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011», en José María GIMENO FELIÚ (dir.) y Miguel Ángel BERNAL BLAY (coord.),

.....

65 En este sentido, Isabel GALLEGO CÓRCOLES: «Artículo 37», en Fernando CASTRO ABELLA (coord.): *Contratación del Sector Público Local*, La Ley / El Consultor, Alcobendas, 2010, pp. 327-346, esp. 341 y ss.

- Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (2012), pp. 311-404.
- CARBONELL PORRAS, E.: «El interés concreto de los concejales en el correcto funcionamiento de la corporación local como título de legitimación», *RAP*, 186 (2005), pp. 187-213.
- *Los órganos colegiados. Organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, CEPC, Madrid, 1999.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M^a: *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a ed., Thomson / Civitas, Madrid, 2008.
- DÍEZ SASTRE, S.: *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012.
- FANLO LORAS, A.: «La impugnación de los acuerdos locales por los miembros de las Corporaciones Locales que hubieran votado en contra ¿un caso de judicialización de las discrepancias políticas locales?», *Documentación Administrativa*, 220 (1989), pp. 67-84.
- GALLEGRO CÓRCOLES, M^ªI.: «Observatorio de jurisprudencia en materia de contratos públicos», en José María GIMENO FELIÚ (dir.) / Miguel Ángel BERNAL BLAY (coord.): *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (2012), pp. 133-178.
- «Artículo 37», en Fernando CASTRO ABELLA (coord.): *Contratación del Sector Público Local*, La Ley / El Consultor, Alcobendas, 2010, pp. 327-346.
 - «Legitimación para instar la revisión de decisiones en materia de contratación pública», *Contratación Administrativa Práctica*, 75 (2008), pp. 47-56.
- GIL IBÁÑEZ, J.L.: «El recurso especial en materia de contratación y las modificaciones de la LJCA», *Contratación Administrativa Práctica*, 112 (2011), pp. 34-47.
- GIMENO FELIÚ, J.M^a: *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Alcance y efectos prácticos*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- «El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos», en José María GIMENO FELIÚ (dir.) / Miguel Ángel BERNAL BLAY (coord.): *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (2011), pp. 211-258.
 - «La adjudicación de contratos en la LCSP y los mecanismos de control (el recurso especial)», en Jesús COLÁS TENAS / Manuel MEDINA GUERRERO (coords.): *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Fundación Democracia y Gobierno Local / Institución Fernando el Católico-Cátedra Royo Villanova, Barcelona, 2009, pp. 197-246.
- GUINOT BARONA, M^a: «El nuevo recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la LCSP», *Diario La Ley*, 6882 (2008), pp. 1-8.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M.: «Los Tribunales Administrativos Autonómicos de recursos contractuales y el recurso especial en materia de contratación. Especial referencia al Tribunal de Castilla y León», *Contratación Administrativa Práctica*, 121 (2012), pp. 50-63.
- MESTRE DELGADO, J.: «El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del Derecho comunitario europeo: Una nueva ordenación de las medidas cautelares. (Comentario a la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989)», *Noticias C.E.E.*, 74 (1991), pp. 35-40.

- MÖLLERS, Christoph: «§ 3 Methoden», en Wolfgang HOFFMANN-RIEM / Eberhard SCHMIDT-A MANN / Andreas VO KUHLE: *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, Methoden-Ma stäbe-Aufgaben-Organisation*, C.H. Beck, München, 2006, pp. 121-175.
- MORENO MOLINA, J.A.: *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, La Ley, Getafe, 2010.
- MORENO MOLINA, J.A. / PLEITE GUADAMILLAS, E.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 3ª ed., La Ley, Alcobendas, 2011.
- NOGUERA DE LA MUELA, B.: «El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», en José María GIMENO FELIÚ (coord.): *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 95-130.
- PÉREZ NIETO, R.: «Tutela judicial efectiva y jurisdicción contencioso-administrativa», en María Emilia CASAS BAAMONDE / Miguel Ángel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Toledo, 2009, pp. 593-602.
- PULIDO QUECEDO, M.: *El Nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Y la Modificación de la Legislación de Contratos Públicos y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- SCHMIDT-A MANN, Eberhard: «Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en los Derechos alemán, europeo e internacional», en Javier BARNES VÁZQUEZ (ed.): *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2008, pp. 75-112.
- SIEGEL, T.: *Europäisierung des öffentlichen Rechts. Rahmenbedingungen und Schnittstellen zwischen dem Europarecht und dem nationalen (Verwaltungs-)Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- VIVER PI SUNYER, C. / LÓPEZ BOFILL, H.: «Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión», en Carles VIVER PI SUNYER (coord.): *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 19-165.