



Roj: **STS 463/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:463**

Id Cendoj: **28079130042020100039**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **17/02/2020**

Nº de Recurso: **36/2018**

Nº de Resolución: **216/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 16496/2017,**
ATS 7006/2018,
STS 463/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 216/2020

Fecha de sentencia: 17/02/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 36/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: MTP

Nota:

R. CASACION núm.: 36/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 216/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

En Madrid, a 17 de febrero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 36/2018, interpuesto por la mercantil Sermos 32, S.L., representada por el procurador don Manuel Ortíz de Urbina Ruiz y defendida por el letrado don Marco Antonio Gómez López, contra la sentencia dictada el 4 de septiembre de 2017 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla y recaída en el recurso n.º 202/2013, sobre resolución n.º 2/2013, de 23 de enero de 2013, dictada en el recurso 17/12 por el Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla, que desestimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el acuerdo de adjudicación efectuado en relación con el procedimiento para la concesión administrativa de la gestión indirecta del servicio público de Mercado-Gourmet a implantar en los inmuebles conocidos como Naves del Barranco y Husillo del Barranco, expediente 130/2011, de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla.

Se han personado, como recurridos, de una parte, la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla, representada por la procuradora doña Isabel Calvo Villoria y defendida por el letrado don José Luis Márquez Diéguez, y, de otra, unión temporal de empresas Lonja del Barranco, S.L., representada por la procuradora doña Susana Gómez Castaño y defendida por el letrado don Antonio Jesús Uceda Sosa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso n.º 202/2013, seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, el 4 de septiembre de 2017 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS

Inadmitir por falta de legitimación activa el Recurso Contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D.^a Salud Jiménez Gutiérrez, en nombre y representación de la entidad mercantil SERMOS 32, S.L., frente a la referenciada actuación administrativa. Imponemos a la parte actora las costas del procedimiento que limitamos a MIL EUROS (1.000,00€)".

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la mercantil Sermos 32, S.L., que la Sala de instancia tuvo por preparado por auto de 14 de diciembre de 2017, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas, se tuvo por personados al procurador don Manuel Ortíz de Urbina Ruiz, en representación de la mercantil Sermos 32, S.L., como parte recurrente, y, como recurridos, de una parte, a la procuradora doña Isabel Calvo Villoria, en representación de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla, y, de otra, a la procuradora doña Laura Leyva Royo, en representación de la Unión Temporal de Empresas Lonja del Barranco.

CUARTO.- Sometida a la deliberación de la Sala la resolución sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de casación, por auto de 25 de junio de 2018, la Sección Primera acordó:

"Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de SERMOS 32, S.L. contra la sentencia de 4 de septiembre de 2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla (Sección Primera), dictada en los autos del procedimiento ordinario núm. 202/2013.

Segundo.- Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: si cada uno de los integrantes de una unión temporal de empresas (UTE) está legitimado para actuar individualmente en defensa de sus derechos para impugnar actuaciones administrativas adoptadas en la fase de adjudicación de un contrato administrativo.

Tercero.- Identificar como norma jurídica que, en principio, habrá de ser objeto de interpretación el artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Cuarto.- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.



Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme".

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 28 de junio de 2018 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar la interposición del recurso.

SEXTO.- Por escrito de 14 de septiembre de 2018, el procurador don Manuel Ortiz de Urbina Ruiz, en representación de la mercantil recurrente, interpuso el recurso anunciado, señalando como infringidos el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la legitimación activa de los miembros integrantes de una unión temporal de empresas.

Precisó como pretensiones deducidas que

"se case la sentencia de instancia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 4 de septiembre de 2017 que inadmite la legitimación activa de la entidad recurrente, por cuanto sí ostenta ésta interés legítimo a título individual como integrante de una UTE participante en el proceso licitatorio y que quedó en segundo lugar en el orden de adjudicación".

Y suplicó a la Sala que dicte sentencia estimando el recurso de casación y anulando la sentencia recurrida en los términos expuestos en el último apartado de su escrito, en el que pide la anulación de la sentencia y de la adjudicación y que se tenga por adjudicataria a la unión temporal de empresas Mercado de San Pedro.

SÉPTIMO.- Evacuando el traslado conferido por providencia de 28 de septiembre de 2018, la procuradora doña Susana Gómez Castaño, en representación de unión temporal de empresas Lonja del Barranco, se opuso al recurso por escrito de 18 de noviembre siguiente en el que interesó a la Sala que

"1- Inadmira, o subsidiariamente desestime, el mismo, por incurrir en la causa de inadmisión, prevista en el artículo 92.4 en relación con el 92.3.b) LJCA, consistente en no haber precisado la recurrente el sentido de sus pretensiones ni de los pronunciamientos que solicita.

2- Subsidiariamente, desestime el mismo por las razones expuestas en el presente escrito.

En ambos casos, con imposición de costas a la recurrente".

Por su parte, la procuradora doña Isabel Calvo Villoria, en representación de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla, formuló su oposición por escrito de 30 de noviembre de 2018, en el que solicitó, asimismo, la inadmisión del recurso de casación o, subsidiariamente, dijo, su desestimación, con fundamento en las razones expuestas en dicho escrito de oposición, y con imposición de costas a la recurrente.

OCTAVO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.

NOVENO.- Mediante providencia de 29 de julio de 2019 se señaló para la votación y fallo el día 19 de noviembre siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don José Luis Requero Ibáñez.

DÉCIMO.- Por otra providencia de 23 de octubre de 2019, en cumplimiento del acuerdo de la Sala de Gobierno de 24 de septiembre anterior, se returnaron las ponencias del Sr. Requero Ibáñez correspondiendo la resolución del presente recurso al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva y se trasladó el señalamiento al 28 de enero de 2020.

UNDÉCIMO.- En la fecha acordada, 28 de enero del corriente, dio comienzo la deliberación del presente recurso, que continuó hasta el 11 de febrero siguiente en que se produjo la votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Los términos del litigio y la sentencia de instancia.*

SERMOS 32, S.L., una de las sociedades de la unión temporal de empresas en constitución denominada Mercado de San Pedro, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución 2/2013, de 23 de enero, del Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla desestimatoria de su recurso n.º 17/12.

SERMOS 32, S.L. había impugnado el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Sevilla de 23 de noviembre de 2012 de adjudicación, por veinticinco años y con un canon anual de 250.000€, a la unión temporal de empresas a denominar Lonja del Barranco de la concesión de la gestión indirecta del servicio

público de Mercado- Gourmet a implantar en los inmuebles conocidos como Naves del Barranco y Husillo del Barranco (expediente n.º 130/2011 del Servicio de Contratación de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla).

El recurso especial de SERMOS 32, S.L. sostuvo ante el Tribunal Administrativo que Lonja del Barranco incurría en falta de solvencia y en las prohibiciones de contratar previstas en los apartados 1 e) y 2 a) del artículo 60 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. A saber, haber incurrido en falsedad en la declaración de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. Y que, por tanto, debía dejarse sin efecto el acuerdo de 23 de noviembre de 2012 y considerar adjudicataria a Mercado de San de Pedro. Señalaba SERMOS 32, S.L. que el órgano de contratación, al cual había planteado tal extremo, no había tenido en cuenta su denuncia.

El Tribunal Administrativo municipal no apreció la falta de solvencia alegada y consideró que era al órgano de contratación al que, previo procedimiento al efecto, correspondía declarar esa prohibición de comprobarse la existencia de la causa legal que la produce.

El recurso contencioso-administrativo pretendía la declaración de nulidad del acuerdo de adjudicación por la razón señalada y que se considerase adjudicataria a la unión temporal de empresas de la que formó parte SERMOS 32, S.L., cuya oferta había sido admitida y puntuada. Y, subsidiariamente, que se instara al órgano de contratación que resolviera, mediante el procedimiento debido, si Lonja del Barranco incurría en la indicada prohibición y, de confirmarse que así era, se adjudicara a Mercado de San Pedro la concesión.

La sentencia objeto de este recurso de casación inadmitió el recurso contencioso-administrativo de SERMOS 32, S.L. porque concluyó que carece de legitimación activa para impugnar la actuación administrativa cuestionada. Acogió así el argumento de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla y de la co-demandada para los que esa legitimación asiste a la unión temporal de empresas en formación en la que estaba integrada pero no a SERMOS 32, S.L. individualmente. Frente a los argumentos en que la recurrente sustentaba su legitimación, la sentencia fundamentó su decisión en la de la Sección Séptima de esta Sala de 18 de febrero de 2015 (casación n.º 1440/2013), parte de la cual reproduce y, además, señaló que la participación de SERMOS 32, S.L. en Mercado de San Pedro se limitaba a un 25%, que había supeditado voluntariamente su status individual al general del colectivo y que, por eso, no estaba facultada para ejercer a título individual los derechos y acciones de esa unión temporal de empresas.

Explicó, también, que no se daba la circunstancia en que descansa el voto particular a esa sentencia de 18 de febrero de 2015 ya que, en el caso que contemplaba, el allí recurrente que vió inadmitido su recurso pretendía ser indemnizado por los perjuicios derivados de participar en el concurso. Finalmente, la sentencia de instancia entendió que el hecho de que el Tribunal Administrativo municipal hubiera reconocido a SERMOS 32, S.L. legitimación para interponer el recurso especial carece de relevancia porque se trata de "una materia de orden público cuya apreciación compete exclusivamente a la Sala, que goza de plena soberanía jurisdiccional".

SEGUNDO.- *La cuestión en que el auto de admisión aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

El auto de la Sección Primera de 25 de junio de 2018 admitió a trámite este recurso de casación. Según explica, existen pronunciamientos diversos sobre el extremo controvertido de la legitimación de los integrantes de las uniones temporales de empresas. Por eso, nos somete la cuestión que hemos recogido en los antecedentes y repetimos ahora:

"si cada uno de los integrantes de una unión temporal de empresas (UTE) está legitimado para actuar individualmente en defensa de sus derechos para impugnar actuaciones administrativas adoptadas en la fase de adjudicación de un contrato administrativo".

E identifica como precepto que, en principio, ha de ser objeto de interpretación el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción.

TERCERO.- *Las alegaciones de las partes.*

A) El escrito de interposición de SERMOS 32, S.L.

Sostiene que la sentencia de instancia ha infringido el artículo 19.1 a) de la Ley de la Jurisdicción que reconoce legitimación activa en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo. Legitimación que, nos dice, reconocen para interponer el recurso especial en materia de contratación el artículo 42 del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 y el artículo 48 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.



Nos recuerda el criterio amplio con el que la jurisprudencia ha entendido el interés legítimo al que se refiere el artículo 19 y que el Tribunal Constitucional ha visto vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción en supuestos de inadmisión de recursos por falta de legitimación. Se refiere a su sentencia n.º 33/2009.

Por otra parte, afirma que la de instancia ha infringido, además, el principio de buena fe, confianza legítima y lealtad institucional del artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, pues la oposición de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla que acoge es contradictoria con el proceder de su Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, órgano municipal, que sí tuvo a SERMOS 32, S.L. por legitimada para interponer el recurso especial, y le ha causado indefensión.

Asimismo, mantiene el escrito de interposición que la sentencia de instancia infringe la jurisprudencia de esta Sala sobre la legitimación activa de los miembros integrantes de una unión temporal de empresas.

A este respecto, se refiere, en primer lugar, a la sentencia de la Sección Séptima de 18 de febrero de 2015 (casación n.º 1440/2013) y se detiene en el voto particular que le acompaña en el que se defiende la legitimación negada por aquélla. Alude, igualmente, a la sentencia de la Sección Cuarta de 11 de julio de 2006 (casación n.º 410/2004), mencionada en ese voto, que sí reconoció esa legitimación a un miembro de una unión temporal de empresas. Y resalta que el voto reprocha que no se reconozca legitimación a quien sí se la reconoció la Administración concernida a través de su órgano de contratación.

Explica luego que, si bien la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2005 (asunto C-129/04), citada por la de esta Sala de 18 de febrero de 2015 (casación n.º 1440/2013) para apoyar su fallo, no reconoció la legitimación controvertida, posteriormente ha llegado a una solución diferente en la sentencia de 6 de mayo de 2010 (asuntos acumulados C-145 y 149/08). Después, menciona diversas resoluciones de varios órganos administrativos de contratación del sector público –Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía– todas en el sentido que propugna.

Y añade que no se han opuesto a su iniciativa los otros integrantes de la unión temporal Mercado de San Pedro. A este último respecto observa que otras empresas que formaron con ella esa unión, adujeron en diversos momentos del procedimiento de licitación el incumplimiento por la adjudicataria de los requisitos de solvencia y que estaba incurso en prohibición de contratar. Asimismo, observa que la sentencia de 22 de junio de 2009 (casación n.º 5822/2007) reconoció la legitimación a un recurrente integrado en una unión temporal de empresas a la vista de que no había oposición de los restantes integrantes de ella. Cita, además, en ese sentido, una sentencia de la Sala de Zaragoza.

Por último, SERMOS 32, S.L. explica el interés legítimo que le asiste. Nos dice que la unión temporal de empresas Mercado de San Pedro quedó en segundo lugar –su oferta recibió 73,84 puntos frente a los 87,14 puntos que logró la de Lonja del Barranco– y que su interés directo ha existido siempre. Así, señala que la unión temporal de empresas carece de personalidad jurídica y que los requisitos de capacidad, habilitación empresarial, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar son exigibles a sus miembros que son los que asumen luego la condición de contratistas. Y que, adjudicado el contrato, cada miembro de la unión goza de legitimación activa para litigar, precisamente, por haber quedado su oferta en segundo lugar sin que sea aceptable el argumento de la jurisprudencia contraria a reconocerla de la imposibilidad de resultar adjudicataria del contrato.

Siendo su pretensión principal la de que estimemos sus recursos de casación y contencioso-administrativo y anulemos la adjudicación a Lonja del Barranco y reconozcamos a Mercado de San Pedro como adjudicataria, formula la pretensión subsidiaria de que ordenemos al órgano de contratación incoar el procedimiento para declarar a Lonja del Barranco incurso en prohibición de contratar.

B) El escrito de oposición de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla

Sigue las mismas líneas del escrito de oposición de la adjudicataria de la concesión.

Así, expone, en primer lugar, los antecedentes del litigio, precisa que junto a SERMOS 32, S.L. otras cuatro personas jurídicas y una persona física tenían el compromiso de formar la unión temporal de empresas Mercado de San Pedro de ser adjudicatarios y que la participación de SERMOS 32, S.L. era minoritaria (25%) y nunca fue la representante única de esa unión en perspectiva. Por eso, afirma, SERMOS 32, S.L. no está en condiciones de vincular con su actuación a los demás componentes de la misma. Destaca, después, que la recurrente no reclama un derecho que le corresponda individualmente sino que se declare adjudicataria a una unión integrada por otras personas que no han recurrido, ni han dado su conformidad al recurso de SERMOS 32, S.L.



Por todo ello, ve evidente la concurrencia de la causa de inadmisibilidad apreciada por la sentencia. Recuerda, asimismo, que el artículo 59 del texto refundido –y, antes, el 48 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público– exige nombrar un representante único de la unión temporal de empresas y que la participación del recurrente en Mercado de San Pedro era del 25%. Sin embargo, resalta, el recurso no ha sido interpuesto por el representante único de la unión de la que participaba SERMOS 32, S.L. y no se ha acreditado una voluntad común de sus miembros. Más bien, dice, se puede presumir lo contrario, que no han convenido la interposición del recurso contencioso- administrativo, pues esos otros integrantes de Mercado de San Pedro sí recurrieron ante el Tribunal Administrativo actos recaídos en el procedimiento de licitación.

Observa, a continuación que la jurisprudencia viene manteniendo la falta de legitimación en casos como el presente. Se refiere a las sentencias de 27 de septiembre de 2006 (casación n.º 5070/2002) y de 22 de junio de 2009 (casación n.º 5822/2007). Y resalta que la de 18 de febrero de 2015 (casación n.º 1440/2013) se pronunció en el mismo sentido que la de instancia. Dice que, siendo evidente la falta de legitimación activa de SERMOS 32, S.L., sus pretensiones son igualmente inadmisibles, tanto la principal como la subsidiaria. Es imposible, explica, que pretenda la adjudicación de la concesión cuando Mercado de San Pedro estaba formada por otras cinco empresas y la actora sólo ostentaba un 25%.

Aduce, seguidamente, la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla que el recurso de casación es inadmisibile porque no concreta, tal como exige el artículo 92.3 b) de la Ley de la Jurisdicción, las pretensiones y pronunciamientos que solicita. A ese respecto, invoca la sentencia n.º 1335/2018, de 19 de julio (casación n.º 3323/2017) y sostiene que el defecto es insubsanable y que, pese a no haber hecho uso la Sala de la facultad que le concede el artículo 92.4 de la Ley de la Jurisdicción, la causa de inadmisión subsiste.

Niega, por lo demás, que la sentencia vulnere su artículo 19 y señala que el voto particular a la sentencia de 18 de febrero de 2015 (casación n.º 1440/2013) no puede tener más valor que la propia sentencia y, en todo caso, descansa en circunstancias que no se dan aquí. En el asunto en que se dictó, precisa, la recurrente era la representante de la unión temporal, mientras que SERMOS 32, S.L. no lo es. Y esa misma razón fue determinante en las dos sentencias que cita el voto particular y reconocieron legitimación activa a un integrante de una unión. Tampoco coincide la pretensión hecha valer en el litigio en que se dictó la sentencia de 18 de febrero de 2015 –la de ser indemnizada la recurrente– y la que se mantiene en este pleito.

Observa que la eventual estimación del recurso no conlleva únicamente efectos positivos para el resto de los miembros de la unión temporal sino, también, riesgos empresariales y obligaría a los otros integrantes de la misma a realizar las inversiones necesarias para llevar a cabo el objeto de la licitación. En cambio, destaca, en el supuesto considerado por el voto particular de referencia, la estimación reportaría beneficios para todos ya que se pretendía el resarcimiento sin obligaciones. Esto mismo es lo que ocurría, añade, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de mayo de 2010 (asuntos acumulados C-145 y 149/08), citada en el voto particular.

El escrito de oposición continúa con la negación de todo valor a los pronunciamientos de órganos administrativos y, sobre la falta de oposición al recurso de los otros integrantes de Mercado de San Pedro, apunta que carece de importancia pues lo cierto es que ninguno ha comparecido en el proceso.

Rechaza que asista a SERMOS 32, S.L. el interés legítimo exigido por el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción para recurrir porque, como ya ha dicho, la estimación del recurso comportaría obligaciones para los restantes componentes de la unión temporal de empresas y, por último, dice de la pretensión subsidiaria que nada cambia sobre la falta de legitimación.

C) El escrito de oposición de la unión temporal de empresas Lonja del Barranco

Comienza exponiendo los antecedentes que considera relevantes y, a continuación, afirma que concurre en el recurso de casación la causa de inadmisión consistente en que no concreta las pretensiones ni los pronunciamientos que solicita, como ordena el artículo 92.3 b) de la Ley de la Jurisdicción. En particular, señala que el escrito de interposición, más allá de la anulación de la sentencia impugnada, no especifica, de acuerdo con su artículo 87 bis 2, si pide la devolución de los autos a la Sala de instancia o que resolvamos el litigio y, en este caso, en qué sentido.

Después, sostiene que no se ha producido la vulneración del artículo 19 y, para explicarlo, pasa a precisar las dos circunstancias concretas en que se fijó el voto particular a la sentencia de 18 de febrero de 2015 (casación n.º 1440/2013) para afirmar la legitimación de la integrante de una unión temporal de empresas que interpuso aquél recurso y que no se dan en este caso: el recurrente era su representante único y pretendía una indemnización. En cambio, SERMOS 32, S.L. no ha sido representante único de Mercado de San Pedro y, en vez de una indemnización, pretende la adjudicación de la concesión. Además, apunta que una de las sentencias que han reconocido legitimación a un componente de una de estas uniones ha tenido en cuenta, no sólo esa condición de representante único de las mismas del recurrente, sino que tenía una participación del 70% en ella.



Argumenta seguidamente sobre las consecuencias de la pretensión de ser adjudicataria para los otros miembros de Mercado de San Pedro: su eventual estimación, dice, les supondrá asumir obligaciones y el consiguiente riesgo económico sin que hayan participado del recurso, ni ejercido, habiendo podido hacerlo, ninguna acción procesal. Descarta, asimismo, que tenga relevancia alguna el parecer de los tribunales administrativos invocado por la actora y, sobre la falta de oposición de los demás partícipes en Mercado de San Pedro, entiende que carece de importancia, precisamente, porque no han comparecido en el proceso y que no es necesaria su oposición expresa para apreciar la falta de legitimación.

Niega, también, que asista interés legítimo a SERMOS 32, S.L. porque el que pretende hacer valer comporta obligaciones para los restantes miembros de la unión temporal de empresas en que participaba. Por eso, señala que estamos en un supuesto análogo al contemplado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2005 (asunto C-129/04) y no en el tenido en cuenta por la de 6 de mayo de 2010 (asuntos acumulados C-145 y 149/08).

Termina diciendo que tampoco asiste legitimación a SERMOS 32, S.L. respecto de su pretensión subsidiaria porque, si bien dice el escrito de interposición que, de estimarse, el Ayuntamiento de Sevilla podría licitar un nuevo concurso en el que podría presentarse individualmente o en una unión temporal de empresas, el suplico de la demanda pide la anulación de la sentencia y que se deje sin efecto el acuerdo de adjudicación, considerando adjudicataria a Mercado de San Pedro. Es decir, tanto la pretensión principal como la subsidiaria, se dirigen a que se tenga a Mercado de San Pedro por adjudicataria.

CUARTO.- *La jurisprudencia sobre la legitimación activa de los integrantes de una unión temporal de empresas.*

A) Las sentencias invocadas.

La sentencia de instancia se remite a la de esta Sala de 18 de febrero de 2015 (casación n.º 1440/2013) y ésta, a su vez, se apoya en otra anterior que también alude a pronunciamientos previos que negaron legitimación a los integrantes de una unión temporal de empresas para recurrir individualmente la adjudicación de una concesión [sentencias de 26 de junio de 2014 (casación n.º 1828/2013), 27 de septiembre de 2006 (casación n.º 5070/2002)] y reproduce el fundamento cuarto de la dictada por la Sección Tercera de esta Sala de 27 de septiembre de 2006 (casación n.º 5070/2006) que recoge la razón de decidir.

Descansa en la apreciación en estos casos de un supuesto de litisconsorcio activo necesario a partir de la relación jurídica material que se entabla entre las empresas que concurren bajo la forma de unión temporal. Aun reconociendo que la estimación del recurso de una sola de ellas afecta a sus intereses, no tiene por suficiente esa afectación para "otorgarles" legitimación al ser esos intereses derivados del común de la agrupación única que participó en el concurso y es la directamente afectada por la adjudicación. Además, se fija en que la acción individual no sólo pretende beneficios para quien recurre, sino obligaciones y riesgo económico para quienes no lo han hecho. Tiene por irrelevante la actitud de estos últimos de no oponerse y cita la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2005 (asunto C-129/04).

El voto particular a la sentencia de 18 de febrero de 2015, por su parte, hace referencia a sentencias anteriores de signo contrario [28 de febrero de 2005 (casación n.º 161/2002), 11 de julio de 2006 (casación n.º 410/2004), 23 de enero de 2012 (casación n.º 1429/2009)] y a la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de mayo de 2010 (asuntos acumulados C-145 y 149/08). A propósito de esta última, explica el voto particular que el Derecho de la Unión Europea se opone a una normativa nacional que se interpreta en el sentido de que los miembros de una unión temporal de empresas licitadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público se vean privados de la posibilidad de solicitar a título individual la reparación del perjuicio que hayan sufrido de forma individual a raíz de una resolución, adoptada por una autoridad distinta de la entidad adjudicadora que intervenga en dicho procedimiento de conformidad con las normas nacionales". Asimismo, destaca el voto particular de esa sentencia europea que la exigencia de que litiguen juntos necesariamente los integrantes de una unión temporal lleva, no sólo a que no puedan obtener la anulación del acto que les perjudica, sino que tampoco puedan acudir al tribunal competente para pedir la reparación del perjuicio sufrido individualmente.

A ellas se han de añadir las de 13 de mayo de 2008 (casación n.º 1827/2006) y de 23 de julio de 2008 (casación n.º 1826/2006), de 28 de febrero de 2005 (casación n.º 161/2002), de 11 de julio de 2006 (casación 410/2004), así como la de 13 de marzo de 2007 (casación 7406/2004), que reconocieron legitimación a empresas que accionaron por separado contra la adjudicación de una concesión a otra, pese a haber concurrido a la licitación en una agrupación.

Y, también, la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de junio de 2011 (asunto C-401/09), que admite la legitimación del recurrente que formaba parte de un consorcio sin contar con el poder del otro integrante.

En el mismo sentido, la Sala Primera de este Tribunal Supremo ha reconocido legitimación activa y pasiva a los integrantes de una unión temporal de empresas, en razón de que esta última carece de personalidad jurídica y



quienes la componen responden solidariamente de sus actos, todo ello conforme a la Ley 18/1982, de 26 de mayo, [sentencias n.º 141/2018, de 14 de marzo; n.º 688/2007, de 12 de junio; 58/2002, de 28 de enero].

B) El pronunciamiento más reciente de esta Sala.

En la sentencia n.º 1327/2019 (casación n.º 5824/2017) hemos confirmado la dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que corrigió en apelación la decisión de inadmisión del recurso contencioso-administrativo del Juzgado que lo conoció en primera instancia. Tuvo, pues, por legitimada a una empresa que impugnó individualmente una actuación administrativa que suponía la incautación de la garantía prestada por la unión temporal de empresas adjudicataria de un contrato de suministro e instalación de equipamiento audiovisual y acogió sus pretensiones.

El recurso de casación de la Universidad del País Vasco descansaba en las razones dadas por las sentencias de esta Sala contrarias a reconocer legitimación en estos casos y en el artículo 48.2 de la Ley de Contratos del Sector Público y la cuestión en que la Sección Primera de esta Sala advirtió interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia era exactamente la misma que aquí.

Pues bien, interesa recordar que en los fundamentos de nuestra sentencia n.º 1327/2019 señalamos, a propósito de la legitimación, que el artículo 48.2 de la Ley de Contratos del Sector Público no impedía reconocerla a la litigante, ya que se refiere a las cuestiones que surjan en la vida del contrato. Y que la idea que llevó al fallo de la sentencia de apelación era la de que, desde la perspectiva de la legitimación la recurrente a título individual tenía interés por el beneficio jurídico deducible de la eliminación del acto impugnado. De ahí que concluyéramos:

"3º En consecuencia, desde la interpretación del artículo 19.1.a) de la LJCA conjugado con el principio *pro actione* que cita la sentencia, a la vista de lo específico del caso, hay que concluir que, en efecto, BIENVENIDO GIL, S.L. tenía un interés legítimo en impugnar el acto de incautación de las garantías y evitar el perjuicio jurídico que para tal mercantil implicaría la eventual repetición contra las empresas integrantes de la UTE como obligadas solidarias. Cosa distinta habría sido adentrarse en la procedencia de esa incautación, pero sobre tal cuestión la parte recurrente, la Universidad, no ha planteado que la sentencia incurra en infracción alguna al ceñir su pretensión casacional a que se desestime el recurso de apelación y se confirme la sentencia de inadmisión dictada en primera instancia".

C) Conclusiones que resultan de lo anterior.

Es claro que el asunto presenta múltiples facetas y que, por la singularidad que representa cada caso, en las distintas sentencias aparecen los rasgos específicos del litigio correspondiente. Así, se ha destacado que no es lo mismo pretender un resarcimiento o evitar la incautación de las garantías presentadas en su día que instar la adjudicación del contrato o concesión. Se ha valorado si hay o no oposición de los demás integrantes de la proyectada unión temporal de empresas o si la que actúa en el pleito a resolver tenía o no la condición de representante único de la misma. Esos son los matices que aparecen en las sentencias invocadas.

Por otro lado, conviene precisar que la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2005 (asunto C-129/04), no tiene carácter dirimente en lo que ahora se discute ya que, lejos de decir que el Derecho de la Unión Europea niega la legitimación de las empresas integrantes de una unión temporal, se limita a afirmar que "no se opondrá" a una normativa nacional que establezca esa restricción, que es algo muy diferente y sitúa la cuestión en el ámbito del ordenamiento interno de España.

En este panorama jurisprudencial aparentemente indefinido se aprecia que las sentencias que han fallado a favor del reconocimiento de la legitimación individual de la que hablamos, tanto en la Sala Tercera cuanto en la Primera, atienden al principio *pro actione* y razonan desde la perspectiva propia de la identificación de un concreto interés legítimo en la empresa actuante. Es decir, atienden al elemento material que subyace al concepto de interés legítimo. En cambio, las que han negado la legitimación individual, en vez de preguntarse si beneficia o evita perjuicios a quien pretende la estimación de su recurso, acuden a una construcción formal que les lleva a negar el interés individual y admitir sólo el colectivo en virtud de la oferta común; o, pese a aceptar que ese interés individual existe, lo consideran insuficiente porque atribuyen a la previa actuación conjunta el efecto de desplazarlo por el de la unión temporal.

Al razonar de este modo, en vez de detenerse en la constatación de la concurrencia del sustrato material de la legitimación de la recurrente, anticipan un juicio sobre acontecimientos futuros e inciertos, como son los que puedan seguir a la estimación, si es que se acordara.

Esta argumentación contrasta, por un lado, con los términos incondicionados en que el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de

14 de noviembre [artículo 48 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público], se manifiesta sobre quienes pueden interponer el recurso especial en materia de contratación y, por el otro, con la orientación decididamente favorable al reconocimiento de la legitimación activa de los integrantes de las uniones temporales presente en las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales y de los órganos consultivos en materia de contratación administrativa que subraya el escrito de interposición.

Asimismo, no tiene en cuenta que las uniones temporales de empresas carecen de personalidad jurídica ni que sus miembros responden solidariamente frente a terceros, de acuerdo con los artículos 7 y 8 de la Ley 18/1982. E, igualmente, no repara en que la Ley de Enjuiciamiento Civil no impone el litisconsorcio activo necesario en supuestos como el presente (artículo 12.1).

QUINTO.- *El juicio de la Sala. La estimación del recurso de casación, la anulación de la sentencia y la retroacción de las actuaciones.*

A) No concurre la causa de inadmisibilidad opuesta por los escritos de oposición.

Debemos comenzar nuestro examen de la controversia diciendo que no advertimos la causa de inadmisibilidad que oponen la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla y Lonja de San Pedro. El escrito de interposición sí expresa las pretensiones que ejercita la recurrente SERMOS 32, S.L. En realidad, ambas oposiciones vienen a reconocer que sí las contiene porque se dedican a razonar por qué, a su entender, la recurrente carece de legitimación para formularlas. Y es que SERMOS 32, S.L. nos pide que anulemos la sentencia de instancia y el acuerdo de la Junta de Gobierno Local que adjudicó la concesión a Lonja del Barranco y tengamos por adjudicataria a la unión temporal de empresas a denominar Mercado de San Pedro.

A su vez, la pretensión subsidiaria, consiste en que, previa anulación de la sentencia y del acuerdo de adjudicación, ordenemos al órgano de contratación incoar el procedimiento para declarar la prohibición de contratar de la adjudicataria.

No hay, por tanto, incumplimiento del requisito impuesto por el artículo 92.3 b) de la Ley de la Jurisdicción ni, en consecuencia, ha sido indebidamente admitido a trámite este recurso de casación.

B) SERMOS 32, S.L. posee un interés legítimo para recurrir y la sentencia de instancia infringe el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción.

El artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción anuda la legitimación para ser parte en el proceso contencioso-administrativo a la titularidad de un derecho o de un interés legítimo. En este litigio, se discute si a la recurrente en la instancia y en casación, SERMOS 32, S.L., le asiste, no un derecho, sino el interés legítimo al que se refiere este precepto.

Es conocida --tanto que no requiere de cita de sentencias-- la reiterada y constante jurisprudencia que identifica este interés legítimo con el consistente en obtener con el fallo estimatorio un beneficio o una ventaja o en evitar gracias a él un perjuicio o una desventaja. Apreciar su concurrencia es cuestión que se debe resolver caso por caso, atendiendo a las circunstancias concretas de cada litigio. Así, pues, se trata de ver si, de acoger sus pretensiones, SERMOS 32, S.L. lograría un beneficio o ventaja o evitaría un perjuicio o desventaja, de prosperar su recurso.

La apreciación de sustento material de la legitimación ha de hacerse atendiendo a las características singulares de cada caso pues solamente a partir de ellas se podrá establecer si, efectivamente, de la suerte del recurso contencioso-administrativo, puede resultar para quien lo interpone el beneficio o ventaja o la evitación del perjuicio o desventaja en que consiste el interés legítimo. Desde esta perspectiva, no es, en principio, relevante la actitud extraprocesal de quienes, formaban parte de la unión temporal de empresas y, mucho menos, la presunción de cuál pudiera ser en el escenario de la hipotética estimación. Debe contar solamente la relación de la recurrente con el objeto del litigio y, en particular, la que se producirá de prosperar sus tesis.

En este caso, SERMOS 32, S.L. quiere que, previa anulación de la sentencia de instancia, anulemos también la adjudicación a Lonja del Barranco de la concesión y sentemos la consecuencia de que sea Mercado de San Pedro la adjudicataria.

No busca, pues, una indemnización para ella sino la concesión para la unión de la que formaba parte. Extremo éste al que dan importancia los escritos de oposición e, incluso, la sentencia de instancia, pues subrayan que en este caso no es el resarcimiento lo que se pide y así dan a entender que, de haberlo solicitado --como sucedía en los asuntos en que sentencias de esta Sala y del Tribunal de Justicia reconocieron legitimación a un integrante de una unión temporal de empresas-- sí debería reconocérsele legitimación. Ahora bien, si se repara en la razón esencial por la que se le ha negado, no es porque la estimación posible del recurso no beneficie a SERMOS 32, S.L. o no le evite un perjuicio, sino por una razón distinta: el carácter colectivo de la

oferta presentada a la licitación y la consiguiente subordinación de quienes componen la unión temporal de empresas a la actuación en conjunto.

Es decir, la negativa descansa en un juicio sobre la viabilidad futura de una adjudicación en tales circunstancias. O sea, en el juicio anticipado sobre acontecimientos por suceder al que hemos hecho referencia antes.

Esta justificación elude la cuestión principal a efectos de la legitimación, que no es otra que la de responder si con el recurso se logra el beneficio o ventaja o se evita el perjuicio o desventaja de los que venimos hablando. Y no tiene en cuenta que, pese a no pedirse aquí un resarcimiento sino, en último extremo, la adjudicación de la concesión, a SERMOS 32, S.L. sí le asiste el interés legítimo que requiere el artículo 19.1 a) de la Ley de la Jurisdicción pues la eventual anulación de la adjudicación y la declaración de adjudicataria de Mercado de San Pedro, le colocaría, en cuanto integrante de esa unión temporal de empresas, como hemos dicho, en una posición activa o de ventaja cuyas consecuencias no es el caso de determinar ahora. Es decir, la estimación sí supondría un beneficio para SERMOS 32, S.L. y en obtenerlo, precisamente, reside su interés, que es legítimo, concreto, material, no un mero interés por la legalidad.

Este es un motivo suficiente para fundamentar la legitimación activa de SERMOS 32, S.L., correctamente apreciada por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla –que no la discutió su legitimación y le ofreció recurso contencioso-administrativo contra su resolución, aunque ahora la corporación municipal defiende lo contrario– y no desvirtúa la participación minoritaria de la actora –de un 25%– en la unión temporal de empresas.

Al pronunciarnos de este modo, no sólo seguimos la consolidada jurisprudencia sobre el sentido del interés legítimo del artículo 19.1 a) de la Ley de la Jurisdicción, sino también el criterio más favorable al acceso al proceso, a su vez, manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial. Criterio que observan, además, las sentencias de 28 de febrero de 2005 (casación n.º 161/2002), de 11 de julio de 2006 (casación n.º 410/2004), de 13 de mayo de 2008 (casación n.º 1827/2006), de 23 de julio de 2008 (casación n.º 1826/2006) y de 23 de enero de 2012 (casación n.º 1429/2009). Y, también, la n.º 1327/2019, de 8 de octubre (casación n.º 5824/2017), en la que se resolvía la misma cuestión que aquí nos ha planteado la Sección Primera.

Precisamos así la jurisprudencia sobre la cuestión. porque la distinción que parece subyacer a ella en función de si se pide o no la adjudicación de la concesión para negar la legitimación cuando se reclama individualmente pero no cuando se pretenden, igualmente de modo individual, resarcimientos o evitar pérdidas desconoce un extremo fundamental. El representado por el hecho de que, también, cuando se quiere el reconocimiento de la condición de adjudicataria de la concesión a la unión temporal de empresas de la que forma parte la que recurre en solitario, se defiende la obtención de una posición de ventaja, no sólo para ella sino también para todas las que la integraban porque, de ser el fallo favorable a esta pretensión, se encontrarán en la misma situación activa o de ventaja.

Procede, pues, estimar el recurso de casación y anular la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de Sevilla pues ha infringido el artículo 19.1 a) de la Ley de la Jurisdicción.

C) La retroacción de las actuaciones.

A la hora de resolver sobre las pretensiones conforme al artículo 93 de la Ley de la Jurisdicción, debemos acordar la retroacción de las actuaciones a fin de que por la Sala de instancia se juzgue sobre los extremos de fondo del litigio. Es verdad que la recurrente no lo pide, sino que pretende, según se ha dicho ya varias veces, la anulación de la adjudicación o que se declare la prohibición de contratar en que, dice, se encontraba la adjudicataria. Consideramos, no obstante, que la pretensión de la demanda no impide, desde el principio de la congruencia, este pronunciamiento ya que al pedir lo más incluye lo menos. Por otra parte, está justificado porque la Sección Primera de la Sala de Sevilla, por apreciar indebidamente la inadmisibilidad del recurso, no entró en el núcleo de la demanda.

SEXO.- *La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.*

Falta solamente dar respuesta a la cuestión que nos ha sometido el auto de la Sección Primera de 23 de junio de 2018 y, tras los razonamientos que hemos expuesto, ha de ser coincidente con la que establecimos en la sentencia n.º 1327/2019, de 8 de octubre (casación n.º 5824/2017).

Es decir, la interpretación del artículo 19.1.a) de la LJCA, en relación con el principio *pro actione*, en las particulares circunstancias del caso, lleva a concluir que SERMOS 32, S.L. tenía un interés legítimo en impugnar el acto de adjudicación de la concesión de la gestión indirecta del servicio público de Mercado-Gourmet a implantar en los inmuebles conocidos como Naves del Barranco y Husillo del Barranco, expediente 130/2011, de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla.

SÉPTIMO.- *Costas.*



A tenor de lo establecido por el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación. No se hace imposición de las de instancia por ordenarse la retroacción de las actuaciones.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento quinto,

(1.º) Dar lugar al recurso de casación n.º 36/2018 interpuesto por SERMOS 32, S.L. contra la sentencia dictada el 4 de septiembre de 2017, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla y anularla.

(2.º) Reconocer a SERMOS 32, S.L. legitimación para impugnar la adjudicación de la concesión de la gestión indirecta del servicio público de Mercado-Gourmet a implantar en los inmuebles conocidos como Naves del Barranco y Husillo del Barranco, expediente 130/2011, del Servicio de Contratación de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla acordada por su Junta de Gobierno Local el 23 de noviembre de 2012.

(3.º) Retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que por la Sala de instancia se resuelva el recurso n.º 202/2013.

(4.º) Estar respecto de las costas a los términos del último de los fundamentos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia: 17/02/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número: 36/2018

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

VOTO PARTICULAR que, al amparo de lo dispuesto en el art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formula el Magistrado D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo al disentir de la decisión adoptada por la Sección en la sentencia pronunciada el 17 de febrero de 2020 en el recurso 36/2018.

PRIMERO.- Creo que a la hora de resolver la cuestión de interés casacional objetivo planteada por el auto de 25 de junio de 2018, referida a "si cada uno de los integrantes de una unión temporal de empresas (UTE) está legitimado para actuar individualmente en defensa de sus derechos para impugnar actuaciones administrativas adoptadas en la fase de adjudicación de un contrato administrativo.", esta Sala y Sección debió acudir al criterio fijado en la sentencia dictada el 18 de febrero de 2015 (recurso de casación 1440/2013), que transcribo a continuación:

"CUARTO.- Esta Sección en su reciente Sentencia de 26 de junio de 2014, recurso de casación 1828/2013, siguió la línea marcada por la Sentencia de 27 de setiembre de 2006, recurso de casación 5070/2002 respecto a que la denegación de la legitimación para recurrir la adjudicación de una concesión a dos empresas que formaron parte de una agrupación de empresas más amplia y que accionan en solitario no es contraria ni a la regulación de la legitimación en la Ley de la Jurisdicción, ni a la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre la noción de interés legítimo, ni, en fin, al derecho de acceso a los recursos.

Así el FJ Cuarto de aquella inicial decía:

Tal como admiten las sociedades recurrentes, la existencia de un litisconsorcio activo necesario depende de la relación jurídica material que se trata de hacer valer en el proceso. Así, a reserva de una expresa previsión normativa, que no se da en este caso, la existencia o no de tal litisconsorcio activo necesario dependerá de la naturaleza de dicha relación jurídica material que, en el caso presente, se entablaba por una agrupación



de empresas que concurre a una adjudicación de la concesión. En este sentido la asociación de empresas es una forma jurídica que contempla el ordenamiento como una de las varias posibles para participar en este tipo de adjudicaciones. De esta manera, cuando una empresa concurre bajo esa cobertura jurídica lo hace como una opción libre, en vez de hacerlo de forma separada. Al optar por esa forma de concurrir está libremente vinculando su interés al conjunto de la asociación de empresas, que será la entidad afectada por la decisión de la Administración convocante tanto si se le adjudica el concurso como si no. En caso afirmativo, la agrupación de empresas debía constituir una forma jurídica apropiada a la gestión de la concesión que sería la titular de los derechos y obligaciones derivados de la adjudicación y, en caso contrario, la propia agrupación sería la perjudicada por la decisión administrativa. En ambos casos será la entidad colectiva la que, por libre decisión de sus integrantes, ostentará jurídicamente un interés legítimo para recurrir cualquier decisión de la Administración sobre el concurso, empezando por la propia adjudicación. En este sentido, las empresas que integran la asociación no poseen a título individual relevancia jurídica, puesto que no han concurrido como tales al concurso.

Ciertamente se puede argumentar, como lo hacen las actoras, que la decisión favorable o desfavorable para la agrupación de empresas afecta a sus propios intereses individuales. Pero siendo ello cierto, no basta para otorgarles la correspondiente legitimación, puesto que tal interés económico y empresarial es meramente derivado del común de la agrupación de empresas, única que ha participado en el concurso y que resulta directamente afectada por la adjudicación.

Semejante supuesto no tiene relación alguna con otros en los que intervienen entidades con caracteres jurídicos diversos o en los que estarían en juego relaciones jurídicas de muy diferente naturaleza. Así, nada tiene que ver el supuesto de autos con la obsoleta noción de legitimación corporativa, como aducen las actoras, puesto que aquí se trata de una libre opción de la empresas afectadas que han preferido constituir un consorcio de empresas en vez de concurrir de manera individual al concurso. También resulta claro que no puede equipararse el supuesto de la agrupación de empresas con colectivos indeterminados cuyos intereses difusos pueden ser postulados por cualquiera de los sujetos pertenecientes a tales colectivos: aquí no se trata de intereses difusos sino de un haz de derechos y obligaciones bien concretos, los derivados de la hipotética adjudicación o de la denegación, y que necesariamente afectan a la totalidad de empresas, ciertas y determinadas, que integran la agrupación de empresas. Finalmente y sin ánimo exhaustivo, tampoco puede compararse al supuesto de cotitularidad de bienes o derechos, por ejemplo en supuestos de reversión, respecto a los que esta Sala ha admitido el ejercicio del citado derecho por uno o varios de ellos en la medida en que "en realidad los condominos son propietarios de toda la cosa común al mismo tiempo que de una parte abstracta de la misma y les corresponden todos los derechos de la propiedad, con la amplitud que abarca el concepto jurídico de dominio [...]" (entre otras, Sentencia de 31 de enero de 1.997 - Apelación 13.632/1.991 -).

No puede olvidarse, tampoco, respecto a los citados términos de comparación u otros hipotéticos, que en el caso de autos la acción procesal pretendida por las actoras no sólo conlleva presuntos beneficios empresariales, sino también obligaciones positivas y el consiguiente riesgo económico de toda actividad empresarial, obligaciones y riesgo que afectarían a sujetos que no han ejercitado acción procesal alguna pudiendo hacerlo. A este respecto, es manifiestamente insuficiente la circunstancia señalada por las recurrentes de que el resto de las empresas integrantes de la agrupación no han manifestado su voluntad contraria a la interposición del recurso o no han renunciado a su voluntad de concursar bajo la forma de la agrupación empresarial. Ni han manifestado tal oposición o desistimiento ni lo contrario: pero en este caso la forma jurídica colegiada libremente escogida por todas las empresas para participar en el concurso requería que fuese ese mismo colectivo de miembros determinados, y a quienes les afecta de manera directa su iniciativa común, el que actuase en defensa de un interés legítimo que necesariamente les incluye a todos ellos.

En este sentido el paralelismo de la acción procesal emprendida por las actoras hay que trazarlo más bien respecto a la no participación en un concurso, supuesto al que la parte pretende restringir la denegación de la legitimación. Precisamente, en puridad las asociaciones actoras no han participado en cuanto tales en el concurso, de donde deriva de forma natural su falta de interés legítimo individual y su consiguiente falta de legitimación.

Finalmente es preciso rechazar que esta inadmisión vulnere la jurisprudencia constitucional en relación con el derecho al proceso y respecto a la noción de interés legítimo. En cuanto al interés legítimo y por las razones expresadas, el mismo corresponde a la asociación empresarial. En cuanto al acceso a la jurisdicción, ha de ejercitarse de acuerdo con los requisitos procesales previstos por el ordenamiento jurídico que, en este caso y con el fundamento visto, priva de legitimación a las empresas pertenecientes a la agrupación empresarial a título individual, precisamente por falta de interés legítimo. Y ni siquiera apelando al criterio de una interpretación favorable al ejercicio de los derechos fundamentales puede desconocerse el incumplimiento de



un requisito necesario para el acceso a la jurisdicción como la existencia de interés legítimo, aun interpretado éste con la amplitud a que obliga el artículo 24 de la Constitución.

Por último, la solución a la que se llega por vía interpretativa respecto a quien ostenta interés legítimo para recurrir una adjudicación en un concurso público no contraría el derecho comunitario, que siempre ha mostrado un gran énfasis en garantizar el acceso a la revisión jurisdiccional de las decisiones relativas a la contratación pública. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha declarado expresamente que el derecho comunitario (en concreto, el artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1.989) "no se opone a que, según el Derecho nacional, únicamente la totalidad de los miembros de una unión temporal de empresas sin personalidad jurídica que haya participado, como tal, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público y a la que no se haya adjudicado ese contrato pueda interponer un recurso contra la decisión de adjudicación, y no sólo uno de sus miembros a título individual" (Sentencia de la Sala Segunda, de 8 de septiembre de 2.005, en el asunto C-129/04 , entre Espace Trianon S.A., Société wallonne de location-financement S.A. (Sofibail) y Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi(FOREM)).".

SEGUNDO.- La razón de decidir de esta sentencia de 18 de febrero de 2015 está en la interpretación del artículo 19.1 de la LJCA y por residenciar el interés legítimo, no en las diferentes empresas que integran la UTE, sino en la propia UTE en su conjunto, salvo manifestación expresa de aquellas en sentido contrario o diferente.

Por tanto, admitiendo que la Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 8 de septiembre de 2.005, en el asunto C-129/04, no resuelva expresamente la cuestión de la legitimación activa de los miembros integrantes de la UTE por decir únicamente que el Derecho Comunitario (en concreto, el artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1.989) "no se opone a que, según el Derecho nacional, únicamente la totalidad de los miembros de una unión temporal de empresas sin personalidad jurídica que haya participado, como tal, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público y a la que no se haya adjudicado ese contrato pueda interponer un recurso contra la decisión de adjudicación, y no sólo uno de sus miembros a título individual", y, por tanto, deba resolverse la cuestión en función de las previsiones del derecho español, sostengo que esa decisión no puede ser otra que la adoptada en la STS de 18 de febrero de 2015 (recurso de casación 1440/2013).

La afectación de los intereses legítimos que sienta como criterio legitimador el artículo 19.1 de la LJCA está claramente vinculado a la manifestación que, de su interés, haya concretado el recurrente en su demanda, siendo claro que, en este caso, viene representado por su interés en la adjudicación, de manera que no puede considerarse que el posible beneficio o perjuicio venga referido a otra cosa diferente o a algo indefinido o genérico.

Por ello, sostener que existe un beneficio propio no es admisible cuando la efectividad de la adjudicación no es un beneficio exclusivo sino conjunto de las mercantiles integrantes de la UTE. Así, la posibilidad de actuar en beneficio de la UTE (como supuesta comunidad de intereses de cara a la licitación pública) precisaría, en todo caso, de una conducta positiva de la recurrente en esa dirección, es decir, de la aportación de una decisión de los miembros de la UTE en su favor pues parece evidente que cuando alguna de las empresas que compongan la UTE hubiera renunciado al ejercicio de la acción judicial o se opusiera al mismo, no cabría reconocer legitimación a otro de los miembros de la unión de empresas (SSTS de 22 de junio de 2009, Rec. 5822/2007, y de 14 de julio de 2011, Rec. 3163/2008).

Por ello, la Sala debió tomar en consideración el artículo 59.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (coincidente con el artículo 48.2 de la LCSP 2007 y con el 69.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014), cuando establece que "los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo", con lo que resulta evidente que, salvo actuación conjunta, solo el representante o apoderado podrá accionar individualmente en nombre de la UTE hasta su extinción.

De entenderse que este precepto debe interpretarse en el sentido de que hace referencia exclusiva a la actuación de la UTE una vez adjudicado el contrato se olvidaría que con ello se haría de mejor derecho, contra toda lógica, a quien no ha obtenido la adjudicación y ha concurrido a ella uniendo y vinculando su interés al del resto de los miembros de la UTE. Por ello, desde el inicio del procedimiento de adjudicación y hasta la extinción, el criterio ha de ser el mismo, el de actuación conjunta o el de representación o apoderamiento de todos a uno de los miembros de la UTE. Y ha de ser así tanto para reclamar contra la no adjudicación (caso



este recurso) como para reclamar sobre los efectos de la extinción (caso del recurso de casación 5824/2017, resuelto por esta misma Sala y sección en sentencia 1327/2019, de 8 de octubre).

Este y no otro debe ser el alcance de la previsión del artículo 42 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actual artículo 48 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014), cuando dispone que "Podrá 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 por las decisiones objeto de recurso". Y, en igual sentido, el artículo 24.2 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuando dice que "En el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.". También aquí, en los dos casos, la clave está en delimitar cual sean los derechos o intereses legítimos perjudicados o afectados, que no serán los mismos en casos de impugnación de la adjudicación que en casos, como los resueltos en otros recursos, de reclamación de perjuicios económicos propios o individualizables.

Y, con ello, considero que no se desatiende el principio pro actione, sino que se aplica en sus justos términos, negando la identificación de un concreto interés legítimo en la empresa actuante por no tenerlo en exclusiva en función de lo que pide, sin que para ello se acuda a una construcción formal.

Parece lógico que quien no puede, por sí solo, optar a una adjudicación por la forma en que participó en el procedimiento iniciado para ello, no pueda, por sí solo, accionar procesalmente para lograrla. Es decir, que no puede albergar un interés legítimo en la anulación de una decisión quien resulta patente de antemano que no puede, por sí solo, optar el efecto directamente derivado de la anulación pues no sería quien debería ejecutar el contrato.

Por tanto, pese al criterio mayoritario de deslindar absolutamente la legitimación procesal y la legitimación sustantiva, considero que, en casos como el de autos, ello no es posible pues conllevaría la imposición de una carga injustificada, debiendo tramitarse todo un proceso para luego negar el derecho por el vicio concreto de negar la titularidad del derecho a quien ha accionado para obtenerlo.

Del conjunto normativo analizado deriva, a mi entender, que el derecho nacional impone la actuación conjunta de los miembros de la UTE o de alguno de ellos con poder otorgado al efecto por los demás, para reclamar contra la no adjudicación del contrato en la licitación pública a la que concurrió. Por tanto, es relevante a estos efectos la Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 8 de septiembre de 2005, en el asunto C-129/04, cuando dice que que el derecho comunitario (en concreto, el artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989) "no se opone a que, según el Derecho nacional, únicamente la totalidad de los miembros de una unión temporal de empresas sin personalidad jurídica que haya participado, como tal, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público y a la que no se haya adjudicado ese contrato pueda interponer un recurso contra la decisión de adjudicación, y no sólo uno de sus miembros a título individual."

TERCERO.- A ello no se opone la decisión adoptada por esta misma Sala y Sección en sentencia 1327/2019, de 8 de octubre (recurso de casación 5824/2017) al resolver la siguiente cuestión de interés casacional: "Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: si cada uno de los integrantes de una unión temporal de empresas(UTE) está legitimado para actuar individualmente en defensa de sus derechos para impugnar actuaciones administrativas adoptadas en las fases de efectos y extinción de un contrato administrativo del que ha resultado previamente adjudicatario como UTE.", cuestión que afectaba a una supuesto de liquidación de un contrato de suministro e instalación del equipamiento audiovisual de la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación, contrato adjudicado a la unión temporal de empresas PROMOTORA DE VIDEO SA-BIENVENIDOGIL, S.L. (en adelante, la UTE) y se acuerda la incautación de la garantía definitiva constituida de 74.835,28 de euros por daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual por 109.503,56 de euros.

Es evidente que aquí no nos encontramos ante un supuesto de extinción del contrato adjudicado a una UTE, sino de una decisión administrativa de adjudicación a un tercer licitador, en el que solo una de las empresas que presentaron la oferta de la UTE está cuestionando esa decisión. Por tanto no puede aplicarse una doctrina en la que "se declara que del artículo 48.2 de la LCSP -reproducido en las leyes contractuales posteriores- se deduce que la vida de la UTE se mantiene hasta la extinción de la relación contractual y tratándose de un contrato de suministro rige el artículo 268 de la LCSP de 2007 según el cual se entiende ejecutado con el acto de recepción,



luego se extingue con el cumplimiento. Por tanto, es la UTE, como parte contratista, quien estaría legitimada conforme al artículo 19.1.b) de la LJCA en relación con el artículo 18, párrafo segundo, ambos de la LJCA, para litigar respecto de las cuestiones derivadas de ejecución bien por sí o junto con las entidades que la integran."

CUARTO.- Considero que tampoco es contrario el criterio que mantengo lo declarado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de mayo de 2010 (asuntos acumulados 145 y 149 del 2008) resolviendo la cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional griego en el asunto Club Hotel Loutraki AE, Athinaiki Techniki AE, Evangelos Marinakis y otros, ya citada en el voto particular de la sentencia que sienta el criterio mayoritaria con el que considero que debe resolverse la cuestión de interés casacional planteada y que es la dictada por esta Sala Tercera el día 18 de febrero de 2015 (recurso de casación 1440/2013). Como veremos, se trata de dos problemas diferentes.

El órgano jurisdiccional remitente preguntaba, en esencia, si la Directiva 89/665 se oponía a una normativa nacional con arreglo a la cual, conforme a su interpretación por ese órgano jurisdiccional, únicamente la totalidad de los miembros de una unión temporal de empresas licitadora está legitimada para interponer un recurso contra la resolución de adjudicación de un contrato, adoptada por una entidad adjudicadora, de modo que los miembros de dicha unión temporal, a título individual, se verían privados no sólo de la posibilidad de que se anulara tal resolución de la entidad adjudicadora, sino también de la posibilidad de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos de forma individual como consecuencia de irregularidades acaecidas en el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, ello porque esta acción es independiente de aquella -la de anulación- y solo puede ser ejercitada por la UTE en su conjunto.

El TJUE afirma "74. La regulación procesal de estos recursos, sin embargo, no debe ser menos favorable que la referente a los recursos semejantes establecidos para la protección de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06, Rec. p. I-2483, apartados 44 y 46 y jurisprudencia citada).".

En función de ello dice que "78. En cuanto al principio de efectividad, procede señalar que, con arreglo a la normativa nacional cuestionada en el litigio principal, un licitador -como la demandante en el litigio principal- se ve privado de toda posibilidad de reivindicar, ante el tribunal competente, la reparación del perjuicio que haya sufrido a raíz de una infracción del Derecho de la Unión por un acto administrativo que pueda haber influido en el desarrollo e incluso en el resultado del procedimiento de adjudicación del contrato público. Tal licitador se encuentra, de este modo, privado de la tutela judicial efectiva de los derechos que el Derecho de la Unión le reconoce en esta materia".

La respuesta a la cuestión prejudicial fue que "El Derecho de la Unión, en particular el derecho a una tutela judicial efectiva, se opone a una normativa nacional, como la cuestionada en el litigio principal, que se interpreta en el sentido de que los miembros de una unión temporal de empresas, licitadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, sean privados de la posibilidad de solicitar, a título individual, la reparación del perjuicio que hayan sufrido de forma individual a raíz de una resolución, adoptada por una autoridad distinta de la entidad adjudicadora, que intervenga en dicho procedimiento de conformidad con las normas nacionales aplicables, y que pueda influir en su desarrollo".

En este asunto se afrontaba una situación de derecho nacional que impedía una acción de reparación de daños ejercitada por miembros de una UTE, no todos los que la integraban, porque la acción de indemnización era independiente de la acción de nulidad y ésta solo podía ejercitarse por la totalidad de los miembros de la UTE en su conjunto.

Esta no es la situación que integra el objeto de la reclamación que ha derivado en este recurso de casación que, por el contrario, se ajusta en todo al criterio sentado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2005 reseñada por el criterio mayoritario de la sentencia de 18 de mayo de 2015. Efectivamente, el recurso contencioso-administrativo a resolver pretendía la declaración de nulidad del acuerdo de adjudicación por una cuestión atinente a la solvencia del adjudicatario y que se considerase adjudicatario a la unión temporal de empresas de la que formó parte. Y, subsidiariamente, que se instara al órgano de contratación que resolviera, mediante el procedimiento debido, si Lonja del Barranco incurría en la indicada prohibición y, de confirmarse que así era, se adjudicara a Mercado de San Pedro la concesión.

Así, esta diferencia resulta esencial para la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de mayo de 2010, donde se dice que "79. Como ha puesto de manifiesto la Abogado General en los apartados 107 a 116 de sus conclusiones, hay que poner de relieve, a este respecto, que estas circunstancias son distintas de las del asunto que concluyó con la sentencia Space Trianon y Sofibail, antes citada. En efecto, mientras que este último asunto versaba sobre un recurso de anulación contra una resolución de adjudicación que



había privado del contrato en cuestión a la unión temporal de empresas licitadora en su conjunto, el presente asunto se refiere, de hecho, a una demanda destinada a obtener la reparación del perjuicio sufrido, en opinión de la demandante, a causa de una resolución ilegal de una autoridad administrativa que había comprobado que existía una incompatibilidad, en el sentido de la normativa nacional correspondiente, en el caso del único licitador demandante."

QUINTO.- Y la diferencia de situaciones es también el elemento que no permite tomar en consideración la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de junio de 2011 (asunto C-401/09), que se cita para decir que "admite la legitimación del recurrente que formaba parte de un consorcio sin contar con el poder del otro integrante".

Lo que resuelva la sentencia es una alegación formulada en vía de recurso de casación ante el TJUE por una parte (BCE) y al considerar que no procede admitir el recurso de casación en la medida en que ha sido promovido en nombre y por cuenta del consorcio (E2Bank) y sin que para ello se hubiera otorgado ningún poder.

Lo que se alegaba era que una de las dos empresas mercantiles que integraban el consorcio (Evropaiki Dynamiki) interpuso el recurso de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia en nombre y por cuenta de dicho consorcio aportando para ello un poder suscrito por un representante de la otra mercantil "Engineering Ingegneria Informatica SpA", que también forma parte del referido consorcio, pero que el alcance de dicho poder se limitaba al procedimiento entablado ante el Tribunal de Primera Instancia y no facultaba al apoderado a recurrir en casación ante el Tribunal de Justicia.

La sentencia reconoce esa legitimación porque el poder precisa que éste seguirá siendo eficaz por todo el tiempo necesario, para llevar a cabo todas las acciones judiciales, con arreglo a las disposiciones aplicables, y que en estas circunstancias, debe considerarse que el poder de que se trata es igualmente bastante con respecto al presente recurso de casación interpuesto ante el Tribunal de Justicia.

Por tanto, no se cuestionaba el interés legítimo de una sociedad integrante del consorcio para poder accionar por sí sola en nombre del consorcio, sino si el poder que empleó para ello era suficiente para mantener la impugnación en vía casacional o solo permitía hacerlo en la primera instancia.

SEXTO.- Por todo ello, la Sala debió declarar como doctrina que "cada uno de los integrantes de una unión temporal de empresas(UTE) no está legitimado para actuar individualmente en defensa de sus derechos para impugnar actuaciones administrativas adoptadas en la fase de adjudicación de un contrato administrativo".

Partiendo de esa doctrina debió desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia de instancia.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.