



Roj: **STS 4398/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4398**

Id Cendoj: **28079130032021100199**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **29/11/2021**

Nº de Recurso: **5355/2019**

Nº de Resolución: **1391/2021**

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

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 7942/2019,**
ATS 3344/2021,
STS 4398/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.391/2021

Fecha de sentencia: 29/11/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5355/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CON/AD

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5355/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1391/2021

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 29 de noviembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 5355/2020, interpuesto por la entidad Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, S.A., representada por el procurador de los Tribunales D. Ignacio Gómez Gallegos, con la asistencia letrada de D^a. María Teresa Tellechea Sánchez, contra la sentencia de 29 de marzo de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Málaga), dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 376/2017, a instancia dicha entidad, sobre adjudicación de contrato de obra del Hospital de Estepona.

Ha sido parte recurrida el Ayuntamiento de Estepona, representada por la procuradora de los Tribunales D^a. Natalia Gurra Martínez, defendido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 376/2017 seguido en la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Málaga), con fecha 29 de marzo de 2019, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que inadmitimos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador D. José Luis López Soto, en la representación indicada, contra el Acuerdo de adjudicación dictado el 21 de abril de 2017, por el Ayuntamiento de Estepona, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de la entidad Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, S.A., manifestando su

intención de interponer recurso de casación. Habiendo dictado el Tribunal de instancia auto de fecha 17 de junio de 2019, teniendo por debidamente preparado el recurso de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo,

TERCERO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Estepona, ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de parte recurrida, formulando en su escrito de personación presentado el 1 de septiembre de 2019, su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 LJCA; asimismo la parte recurrente, en la ya indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma mediante escrito presentado el 26 de septiembre de 2019.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección de Admisión acordó por auto de 18 de marzo de 2021:

"PRIMERO.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de Tecnología de la Construcción y Obras Públicas SA, contra la sentencia 29 de marzo de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Málaga), en el procedimiento ordinario núm. 376/2017.

SEGUNDO.- Precisar que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si las entidades que concurren a una licitación con el compromiso de constituir una asociación temporal de empresas, en concreto, una Unión Temporal de Empresas, (que, finalmente, no resulta adjudicataria), ostentan individualmente legitimación activa para ejercitar acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa con relación a la actuación administrativa desplegada en el procedimiento de contratación.

TERCERO.- Señalamos, además, que las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación son las contenidas en el artículo 24 de la Constitución Española, el artículo 394 del Código Civil y el artículo 7.2 y 8.e) Ley 18/1982, de 26 de mayo, Régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de sociedades de desarrollo regional.



Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas o cuestiones jurídicas, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso".

QUINTO.- Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 9 de abril de 2021 se comunicó a la parte recurrente la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación.

SEXTO.- Por providencia de 13 de abril de 2021 y de conformidad con el acuerdo de 6 de abril de 2021 del Excmo. Sr. Presidente de la Sala, se acordó pasar las actuaciones del presente recurso a esta Sección Tercera.

SÉPTIMO.- La parte recurrente presentó, con fecha 18 de mayo de 2021, escrito de interposición del recurso de casación en el que, después de alegar los motivos de impugnación a que más adelante se hará referencia, solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que, estimando el recurso anule la sentencia de instancia y ordene la retroacción de actuaciones al momento anterior a dictar sentencia ordenado a la Sala de instancia admitir la legitimación de TECOPSA y resolver el recurso.

OCTAVO.- Se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó la representación del Ayuntamiento de Estepona por escrito de 6 de julio de 2021, en el que impugnó las alegaciones de la parte recurrente con las consideraciones que luego se indicarán y solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que declare no haber lugar al presente recurso de casación, declarando expresamente la falta de legitimación de la entidad Tecnología de la Construcción y Obras Públicas S.A para instar acción para obtener la adjudicación de la licitación habida cuenta la expresa oposición de otro miembro de la UTE manifestada con la personación como codemandado en el recurso.

NOVENO.- Terminada la sustanciación del recurso, se acordó por providencia de 4 de octubre de 2021 que no había lugar a la celebración de vista pública, al considerarla innecesaria ateniendo a la índole del asunto, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 23 de noviembre de 2021, fecha en la que tuvo lugar el acto .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión litigiosa y la sentencia de instancia.

El presente recurso de casación núm. 5355/2020 lo interpone la representación procesal de la entidad Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, S.A., contra la sentencia de 29 de marzo de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Málaga), que inadmitía el recurso contencioso-administrativo núm. 376/2017, interpuesto por dicha entidad, mediante el que se pretendía la anulación de la adjudicación y se solicitaba una indemnización de 84.891,50 euros por el beneficio dejado de percibir, dado que ya se había ejecutado la obra del hospital. Entendía que su oferta, presentada con el compromiso de constituir una Unión Temporal de Empresas (UTE), debió ser la mejor puntuada y, consiguientemente, la merecedora de la adjudicación.

Mediante la indicada sentencia se inadmitió el recurso ex artículo 69.b) Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

Razona la sentencia que la actora acudió a la licitación junto a la entidad Electricidad Feryssan S.L., como UTE, que es cierto que su oferta era más baja y que ya se ha ejecutado la obra. Sin embargo, con base a la jurisprudencia que invoca - STS de 18 de febrero de 2015-, rechaza que ostente legitimación activa ya que, al optar por concurrir en forma de asociación de empresas está libremente vinculando su interés al conjunto de la asociación de empresas que será la entidad afectada por la decisión de la adjudicación. De tal forma que, tanto en caso de adjudicación como en caso distinto, la entidad colectiva, por libre decisión de sus integrantes, es la que ostentará el interés legítimo por recurrir cualquier decisión de la Administración en el concurso. Finalmente, considera que ello no conculca el artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, conforme a lo declarado en la de STJUE 8 de septiembre de 2005, C-129/04).

SEGUNDO.- La preparación del recurso de casación y la cuestión que presenta interés casacional.

Contra la anterior sentencia ha preparado recurso de casación la representación procesal de la mercantil Tecnología de la Construcción y Obras Públicas SA, la que, en resumen, denuncia como infringido el artículo 24 de la Constitución Española, el artículo 394 del Código Civil, los artículos 7.2 y 8.e) Ley 18/1982, de 26 de mayo, Régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de sociedades de desarrollo regional y la jurisprudencia (SSTS 22 de junio de 2009 -recurso de casación núm. 5822/2007-, 23 de julio de 2008 -recurso de casación núm. 1826/2006- y de 23 de enero de 2012 -recurso de casación núm. 1429/2009-). Añade que la

sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2005 (C-129/04), invocada por la sentencia impugnada, no contempla un supuesto igual.

Argumenta la mercantil que el compromiso de constituir la UTE no se ha materializado ya que no se le adjudicó el contrato, siendo así que la participación en la asociación temporal ascendía a un 80%.

En el presente caso, el debate se circunscribe a la legitimación procesal activa a título individual de aquellas entidades que concurren a una licitación con el compromiso de constituir una asociación temporal de empresas, para impugnar y ejercitar pretensiones ante la actuación administrativa desplegada en el seno del procedimiento de contratación. Más en particular, la legitimación procesal que, en su caso, puede corresponder a aquellas que resultan perjudicadas ante la adjudicación irregular del contrato que ya se ha ejecutado.

Y, como señala el auto de admisión del presente recurso de casación, la STS de la Sección Cuarta de esta Sala de 28 de febrero de 2005 (recurso de casación núm. 141/2002 -se refiere al 161/2002-) contempla un supuesto en el que en vía **judicial** el representante actuó a título individual.

Así, es aconsejable un pronunciamiento de este Tribunal Supremo en aras al principio de seguridad jurídica y atendiendo al **derecho** a la **tutela judicial efectiva**, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, de aquellas entidades que acuden a la licitación con el compromiso de constituir una asociación temporal de empresas (UTE) y ejercitan pretensiones **judiciales** a título individual.

En definitiva, la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si las entidades que concurren a una licitación con el compromiso de constituir una asociación temporal de empresas, en concreto, una Unión Temporal de Empresas, (que, finalmente, no resulta adjudicataria), ostentan individualmente legitimación activa para ejercitar acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa con relación a la actuación administrativa desplegada en el procedimiento de contratación.

TERCERO.- Los precedentes de la Sala.

Pasamos a recoger la jurisprudencia sobre la legitimación activa de los integrantes de una unión temporal de empresas expuesta recientemente en la **sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 26 de marzo de 2021 dictada en el RCA 1749/2019** :

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

La cuestión de interés casacional ha sido examinada en nuestra reciente **sentencia núm. 216/2020, de 17 de febrero, dictada en el recurso de casación núm. 36/2018** , en la que se examinó la siguiente cuestión de interés casacional:

"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".

La única diferencia respecto al caso que nos ocupa es que en este litigio la declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo se produce respecto a una resolución del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Guipúzcoa que, previamente, había declarado la inadmisión a trámite del recurso especial en materia de contratación que formuló la hoy actora, Construcciones Murias, S.A., por haber desistido previamente en el citado recurso las restantes empresas integrantes de la UTE, concretamente Construcciones Moyúa, S.L., Excavaciones Viuda de Sainz, S.A. y Altuna y Uría, S.A.

Se trata, por tanto, de una cuestión ya resuelta y, por exigencia de los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y de seguridad jurídica, debemos resolver ahora del mismo modo y estar a la interpretación de los preceptos, sin más precisión que la advertencia de que, en el caso que nos ocupa, el efecto de falta de legitimación se atribuye, en la resolución del órgano administrativo que conoce del recurso especial de contratación, al desistimiento del resto de las empresas de la UTE, circunstancia que no altera en absoluto la atribución de legitimación que ha de reconocerse a cada una de las empresas integrantes de la UTE, de forma individual, conforme a nuestra doctrina jurisprudencial, expresada en la sentencia de 17 de febrero de 2020, cit. Y en segundo lugar, que la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo que declara la sentencia recurrida, por falta de legitimación activa, no justifica la razón por la que se niega legitimación activa a la empresa que impugna una resolución administrativa, cuando es obvio que quien ha visto rechazada por esta causa el recurso administrativo que interpuso, goza de legitimación ante la jurisdicción, por ser titular de un interés legítimo [art. 19.1.a) LJCA] para impugnar la decisión administrativa que le negó la condición de interesado en vía administrativa. Otra cosa es si esa denegación de interés legítimo en vía administrativa es ajustada a **Derecho** o no, lo que determinaría, en caso de considerarse conforme a **Derecho** una sentencia



desestimatoria. Dicho de otra forma, la resolución administrativa que deniega la condición de legitimado para interponer un recurso administrativo, en este caso un recurso especial en materia de contratación, afecta sin duda a la esfera de interés legítimo de quien ha visto inadmitido su impugnación y, por tanto, debe otorgársele legitimación en el proceso contencioso-administrativo.

Pues bien, en nuestra sentencia de 17 de febrero de 2020, cit, analizamos la evolución jurisprudencial sobre la cuestión, también la **sentencia de 18 de febrero de 2015 (rec. cas. núm. 1440/2013)**, en la que se apoya la sentencia aquí recurrida, y declaramos la legitimación individual de una de las empresas concurrentes en la UTE para impugnar el acto de adjudicación. Así pues, por exigencia de los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y de seguridad jurídica, debemos resolver ahora del mismo modo y estar a la interpretación de los preceptos. Reproducimos a continuación la argumentación de nuestra sentencia de 17 de febrero de 2020 que examina todos y cada una de las cuestiones aquí suscitadas:

"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 de 8 de octubre (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 opone" 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">>.

Y dicha **STS de 17 de febrero de 2020 (RCA 36/2018)** daba respuesta a la cuestión de interés casacional en estos términos:

"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".

Al minucioso examen de los antecedentes jurisprudenciales que se acaba de recoger, añadimos ahora también lo que se resuelve por esta Sala en la propia **sentencia de 26 de marzo de 2021 dictada en el RCA 1749/2019** que acabamos de transcribir respecto a la cuestión casacional planteada allí y que resulta aplicable al presente recurso:

"QUINTO.- *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 las



sentencias núm. 1327/2019, de 8 de octubre (rec. cas. núm. 5824/2017) y la núm. 216/2020, de 17 de febrero (rec. cas. núm. 36/2018).

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 cada una de las entidades que conforman una Unión Temporal de Empresas (UTE) ostentan individualmente legitimación activa para interponer el recurso especial en materia de contratación y, por tal razón, ante el desistimiento de alguna o algunas de las empresas integrantes de esa UTE pueden las demás proseguir con el recurso, con las consecuencias que de ello se deriven para la relación principal.

En este sentido, carece de fundamento jurídico todo el esfuerzo argumentativo de las partes recurridas por tratar de atribuir un significado relevante al hecho del desistimiento del recurso especial de contratación por las demás empresas de la UTE. Reconocida la legitimación para impugnar de forma separada a cada una de las empresas de la UTE, en este caso a Construcciones Murias, S.A., es por completo irrelevante el desistimiento posterior de las demás empresas de la UTE, pues el interés legítimo individual de cada una de ellas es incuestionable, y así ha de ser reconocido a Construcciones Murias, S.A. que tenía un interés legítimo tanto en impugnar el acuerdo de Bidegi por el que se adjudicó el contrato de las obras de terminación de la variante GI-632 Tramo Antzuola-Bergara, como en continuar con el recurso especial de contratación, con independencia del desistimiento que hicieron otras empresas que iban a integrar la UTE con la que participó en el procedimiento de contratación".

CUARTO.- La respuesta a la cuestión planteada en el presente recurso de casación.

Así, a la vista de la jurisprudencia que se acaba de recoger, debemos concluir que las entidades que concurren a una licitación con el compromiso de constituir una asociación temporal de empresas, en concreto, una Unión Temporal de Empresas (que, finalmente, no resulta adjudicataria), ostentan individualmente legitimación activa para ejercitar acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa con relación a la actuación administrativa desplegada en el procedimiento de contratación.

El interés legítimo, ex artículo 19.1.c) LJCA, que ostenta en este caso la entidad Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, S.A. parece claro - *"interesa la declaración de una situación jurídica individualizada, consistente en indemnizar a la recurrente en la cantidad correspondiente al beneficio que dejó de obtener como consecuencia de no habersele adjudicado la realización de las obras, perjuicio que cifra en la cantidad de 84.891,50 euros"*.

Y como la Sala *"a quo"* se ha atenido para denegar la legitimación a la resuelto por la STS de 18 de febrero de 2015 (recurso de casación núm. 1440/2013), como quiera que la posición que allí sostuvo esta Sala ha sido superada por la jurisprudencia más reciente que se acaba de exponer -y atendido el propio Voto Particular que en aquella sentencia se formuló- no puede prosperar la posición del Ayuntamiento recurrido.

En cuanto a las conjeturas que se hacen en los escritos de interposición y oposición al recurso sobre la posición de la otra empresa -Electricidad Ferysan, S.A.- que concurrió al proceso de adjudicación del contrato de obra del Hospital de Estepona con el compromiso de constituir una UTE son irrelevantes.

Se personó ante la Sala *"a quo"* -por cierto con el mismo Procurador que la hoy recurrente- afirmando que *"procede por el presente a personarse en autos (...) manifestamos nuestra conformidad con el recurso planteado con la recurrente"* (escrito presentado el 22 de marzo de 2018 y que por diligencia de ordenación de 5 de abril de 2018 se acordó *"tener por personado y parte, en el presente recurso contencioso-administrativo al Procurador D. José Luis López Soto, en nombre y representación de Electricidad Ferysan, S.A. como codemandado"*). A continuación, no constan más actuaciones (tampoco parece que se le notificase la sentencia).

En todo caso, no hubiera cabido la figura del codemandante -figura no admitida por nuestro ordenamiento procesal contencioso-administrativo-, pero no ofrece demasiadas dudas su conformidad con la posición de la hoy recurrente, aunque ello sea procesalmente inocuo.

En consecuencia, el recurso de casación ha de ser estimado, con retroacción de las actuaciones a fin de que por la Sala de instancia se juzgue sobre los extremos de fondo del litigio, una vez que hemos declarado la plena legitimación de la entidad Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, S.A. para interponer y sostener el recurso contencioso-administrativo.

QUINTO.- Sobre las 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 establecidas en los fundamentos tercero y cuarto:

Primero.- Que ha lugar al recurso de casación núm. 5355/2019, interpuesto por la entidad Tecnología de la Construcción y Obras Públicas, S.A. contra la sentencia de 29 de marzo de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Málaga), dictada en el recurso núm. 376/2017, que casamos y anulamos.

Segundo.- Ordenar la retroacción de actuaciones para que la Sala de instancia juzgue sobre los demás extremos de fondo del litigio.

Tercero.- No hacer especial pronunciamiento sobre las costas del presente recurso de casación en los términos del último fundamento jurídico.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ