

Id Cendoj: 47186330012010100118  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso  
Sede: Valladolid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 559/2009  
Nº de Resolución: 347/2010  
Procedimiento: Recurso de apelación  
Ponente: FELIPE FRESNEDA PLAZA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD

VALLADOLID

SENTENCIA: 00347/2010

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEON

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: 001

VALLADOLID

65588

C/ ANGUSTIAS S/N

Número de Identificación Único: 47186 33 3 2009 0101709

RECURSO DE APELACION 0000559 /2009

Sobre CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De AYUNTAMIENTO DE ZAMORA

Representante: PROCURADORA PAULA MARGARITA MAZARIEGOS LUELMO

Contra Luciano

Representante: PROCURADOR JOSE MARIA BALLESTEROS GONZALEZ

**SENTENCIA Nº 347**

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JESÚS B. REINO MARTÍNEZ

D. SANTOS H. DE CASTRO GARCIA

D. FELIPE FRESNEDA PLAZA

En Valladolid a doce de febrero de dos mil diez.

VISTO por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, el rollo de apelación nº **559/2009**, dimanante del recurso contencioso-administrativo nº. 47/2008 del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo Número Uno de Zamora, interpuesto por la Procuradora Sra. Mazariegos Luelmo, en representación del Ayuntamiento de Zamora, siendo parte apelada D. Luciano , representada por el Procurador Sr. Ballesteros González, siendo objeto de apelación la sentencia del referido Juzgado de 16 de abril de 2009 , y habiéndose seguido el procedimiento previsto para el recuso de apelación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La representación procesal de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número Uno de Zamora de fecha 16 de abril de 2009 , cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Que estimando el recurso interpuesto por D. Luciano , en su condición de concejal e integrante y portavoz del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Zamora frente al Decreto de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Zamora de fecha 13 de febrero de 2008, que inadmite el recurso de reposición presentado frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zamora de fecha 26/12/2007; DEBO DECLARAR Y DECLARO que ambas resoluciones son contrarias a derecho, dejando las mismas sin efecto.

Las costas del presente recurso se imponen a la Administración demandada".

SEGUNDO.- Una vez formalizado el recurso fue remitido a la Sala por el Juzgado por escrito de 23 de junio de 2009 , formándose rollo de apelación que fue registrado con el nº **559/2009**.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 9 de febrero de 2010.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FELIPE FRESNEDA PLAZA

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- El presente recurso de apelación se ha interpuesto frente a sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número Uno de Zamora de fecha 16 de abril de 2009 la cual estimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ahora apelado D. Luciano , frente a *Decreto de la Alcaldesa de Zamora de fecha 13 de 2008* , por la que se niega legitimación a dicho recurrente, Concejal Portavoz del Grupo Socialista del Ayuntamiento, para la interposición de recurso de reposición frente a acuerdo de la Junta de Gobierno Local del propio Ayuntamiento de 26 de diciembre de 2007 por el que se aprobaba el borrador del Convenio de Colaboración para la Finalización de los Trabajos de Revisión del Plan General de Ordenación Urbana.

La parte apelante acepta en el escrito de formalización del recurso los argumentos de la sentencia apelada sobre la existencia de legitimación en el Concejal recurrente para impugnar el acuerdo de la Junta de Gobierno, por lo que nada se ha de decir sobre esta cuestión, debiendo analizarse el resto de los motivos de impugnación en los términos que se expresaran en los apartados siguientes.

SEGUNDO.- El primer motivo de impugnación del recurrente se refiere a la falta de inclusión en el orden del día del acuerdo que fue aprobado y su consideración por la Junta de Gobierno Local, previa declaración de urgencia.

Sobre este particular se ha de considerar que se encuentra acreditado que se efectuó declaración de urgencia por unanimidad de los concejales, según consta en el acta de la sesión del órgano que aprobó el Convenio, sin que para la adopción de dicha declaración se expresara motivo alguno que justificara la urgencia.

Para analizar la cuestión debatida ha de traerse a colación el *artículo 51 del Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril* , por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, que establece:

"Serán nulos los acuerdos adoptados en sesiones extraordinarias sobre asuntos no comprendidos en su convocatoria, así como los que se adopten en sesiones ordinarias sobre materias no incluidas en el respectivo orden del día, salvo especial y previa declaración de urgencia hecha por el órgano correspondiente, con el voto favorable de la mayoría prevista en el art. 47,3 L 7/1985 de 2 abril".

Estos preceptos son también de aplicación a la Junta de Gobierno Local por dimanar así de lo establecido en el *artículo 113 del Reglamento de Organización Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre* .

El concepto de urgencia referido en los citados preceptos, expresa un concepto jurídico indeterminado, no tratándose de una facultad de carácter discrecional. Por lo tanto, la fiscalización jurisdiccional no se refiere a determinar si concurren los elementos reglados que perviven en toda facultad discrecional, sino que se tratará de apreciar si realmente existía y se encontraba justificada la urgencia alegada por la Alcaldía, y ratificada por el Pleno para la aprobación de los acuerdos impugnados. Dicha fiscalización, ha de analizar, así, si concurren los hechos que se invocaron para determinar la urgencia para analizar un asunto no incluido previamente en el orden del día.

TERCERO.- Ha de considerarse que para constatar la declaración de urgencia no basta con su mera alegación y aprobación por el órgano, sino que ha de justificarse motivadamente la concurrencia de los hechos que la motivan y ello porque limita considerablemente las posibilidades de adecuada preparación por parte de los Concejales de los asuntos a tratar y consecuentemente de ejercicio adecuado de su derecho de participación política y de desempeño de la función o cargo público para el que han sido elegidos por los ciudadanos, conforme al *artículo 23.2* de la Constitución y debe merecer una interpretación estricta.

El expresado derecho a participación en asuntos públicos como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1.995, recogiendo doctrina del Tribunal Constitucional , viene configurado por las siguientes notas características:

1<sup>a</sup>. Es un derecho fundamental de configuración legal, por cuanto corresponde a la Ley ordenar los derechos y facultades que pertenezcan a los distintos cargos y funciones públicas, pasando aquéllos, en virtud de su creación legal, a quedar integrados en el status propio de cada cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares defender, al amparo del *artículo 23.2* de la Constitución española, el "ius in officium" que consideren ilegítimamente constreñido.

2<sup>a</sup>. El citado derecho constitucional garantiza no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también a mantenerse en ellos sin perturbaciones ilegítimas y a que no se les impida desempeñarlos de conformidad con lo que la Ley disponga.

3<sup>a</sup> La norma contenida en el *artículo 23.1* resulta inseparable de la del *artículo 23.2* , cuando concierne a parlamentarios o miembros electivos de Entidades Locales, en defensa del ejercicio de sus funciones, ya que ello comporta también el derecho mismo de los ciudadanos a participar, a través de la institución de la representación, en los asuntos públicos

Ha de considerarse, por otro lado, que la participación de los Concejales en las sesiones plenarias constituye una de las manifestaciones más importantes de la función representativa que tienen encomendada por la Ley, de ahí que las normas jurídicas reguladoras de la materia sean especialmente rigurosas en su ordenación, que en este caso afecta a la garantía del derecho de información de los Concejales sobre los asuntos a tratar a fin de asegurar la formación libre de la voluntad de un órgano colegiado, democrático y representativo, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1.995 .

Por ello el *artículo 46.2, b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril* , reguladora de las Bases del Régimen Local, dispone que la documentación íntegra de los asuntos incluidos en el orden del día, que deban servir de base al debate y, en su caso, votación, deberá figurar a disposición de los Concejales, desde el mismo día de la convocatoria, en la Secretaría de la Corporación, añadiendo el *artículo 15 del ROF* que los servicios administrativos locales estarán obligados a facilitar la información, sin necesidad de que el miembro de la Corporación acredite estar autorizado, entre otros supuestos, cuando se trate del acceso de cualquier miembro de la Corporación, a la información y documentación correspondiente a los asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados de que formen parte, en cuyo supuesto la consulta general del expediente puede realizarse mediante entrega de copia, por autorizarlo así el *artículo 16.1,a) del citado Reglamento* .

CUARTO.- A tenor de todas las consideraciones efectuadas en los apartados precedente debiera entenderse que no se encuentra acreditada la concurrencia de la urgencia alegada, sin embargo ello no siempre genera la nulidad del acuerdo recurrido, en cuanto que la falta de motivación es un vicio de mera anulabilidad del acto y lo que se trata de analizar es la incidencia que su falta puede tener en el ejercicio del

derecho de participación en los asuntos públicos que corresponde a los concejales, en cuanto que pudiera haber hurtado la debida participación en el asunto, al no haber podido preparar un adecuado conocimiento del asunto, pudiendo viciar la formación de su voluntad.

Pues bien, aunque existe jurisprudencia que exige ineludiblemente la motivación para la justificación de la urgencia, como es la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2002 y 3 de enero de 2008 , recurso 7628/2003, existe también una corriente jurisprudencial que exige que se analice la incidencia que el déficit de motivación tiene en la formación de la voluntad del órgano colegiado, pues sin tal incidencia se convierte en mera irregularidad no es susceptible de ocasionar el efecto invalidante determinante de la nulidad del acuerdo recurrido (en este sentido pueden citarse las Sentencias de 21 de enero de 1936, 17 de junio de 1980, 15 de noviembre de 1984, 26 de abril de 1985 , 26 de marzo de 1987, 5 de abril de 1988 y 1 de marzo 2000 )

En el presente caso no puede considerarse que se haya acreditado que la declaración de urgencia, por si sola, haya tenido incidencia alguna en la formación de la voluntad de los concejales, ni, consiguientemente, en el procedimiento de adopción del acuerdo y ello por las siguientes razones:

A) Porque el rigor procedural respecto a la Junta de Gobierno Local es inferior a los asuntos del Pleno, de forma que la doctrina aplicable con carácter general al máximo órgano de representación de los asuntos municipales ha de ser aplicable de forma flexible a dicha Junta. Así los asuntos del Pleno requieren ser informados ordinariamente por las comisiones informativas - lo que no ocurre siempre respecto a los asuntos de la Junta de Gobierno, a no ser que actúen por delegación del Pleno, *artículo 123 RD 2568/1986, de 28 de noviembre* -, por lo que la declaración de urgencia hurta la posibilidad de intervención a este órgano de preparación y estudio de los asuntos del Pleno, lo que no acontece en los asuntos de los que conoce la Junta de Gobierno.

B) Porque todos los concejales presentes han acordado por unanimidad la declaración de urgencia, de forma tal que a ninguno de los que forman la voluntad del órgano puede entenderse que se le haya hurtado su derecho de participación o pueda existir algún tipo de déficit en la formación de su voluntad y por derivación en la del órgano colegiado.

De esta forma no pueden hacerse valer derechos de los que conforman la voluntad del órgano cuando ninguno de ellos ha reputado que existen omisiones o defectos en su participación en dicho órgano colegiado, sin que el Concejal recurrente en la instancia, apelado en este procedimiento, pueda hacer valer los derechos de los concejales presentes que forma parte de la Junta, ni exista acreditación de perjuicio alguno para los mismos.

Por todo ello, en el presente caso pese a la no motivación de la urgencia se ha de considerar que se trata de un vicio relativo, que a tenor de los razonamientos precedentes ha de considerarse que no tiene relevancia invalidante del acuerdo adoptado, por lo que en este concreto aspecto ha de ser acogido el motivo de impugnación efectuado.

QUINTO.- En lo que respecta al motivo de impugnación sobre la improcedencia de la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por tratarse de un convenio de colaboración excluido conforme al *artículo 3.1 c) de dicha Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* de su ámbito de aplicación, ha de decirse que dicho motivo no puede ser acogido, aceptando en este aspecto los argumentos que al respecto se expresan en la sentencia apelada en aplicación de la doctrina que se cita del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Así, efectivamente, en dicha sentencia de dicho Tribunal de Justicia (CE) Sala 2<sup>a</sup> , S 13-1-2005, nº C-84/2003 , se declara:

"61. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, es necesario declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 93/36 y 93/37 al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas y, en particular:

.....

- al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido y, en concreto, en el *artículo 3, apartado 1 , letra c)*, de éste los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas".

De esta forma la mera formulación de un convenio de colaboración entre entidades públicas no puede

entenderse que sustraiga a dicho pacto del ámbito de aplicación de la Ley contractual, si como acontece en el presente caso nos encontramos materialmente por el contenido de lo convenido a una materia que por su objeto debe estar comprendida en el ámbito de la contratación administrativa. Y así ha de entenderse que ocurre en el presente caso en el que nos encontramos ante un supuesto de contrato de consultoría o asistencia técnica como se desprende del *artículo 196.2 de la Ley*, por lo que no es posible sustraer del ámbito de aplicación de la norma una materia que debe ser objeto de licitación y en la que han de poder participar todos los interesados, a quienes en este caso se ha hurtado dicha posibilidad.

Por otro lado, frente a lo que se alega por la representación procesal del Ayuntamiento no es preciso para la aplicación de esta doctrina el planteamiento de cuestión prejudicial alguna, en cuanto que ya sido resuelta la materia por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, según se ha expresado anteriormente, siendo por lo tanto una cuestión clara que no precisa de pronunciamiento alguno reiterando tal doctrina por el Tribunal, por lo que se ha de efectuar una interpretación de la legislación española que se adecue a la normativa comunitaria de aplicación.

SEXTO.- De conformidad con ello deberíamos analizar si en el presente caso la contratación efectuada pudiera ser subsumible en las hipótesis que la legislación aplicable autoriza para entender procedente el procedimiento negociado. La respuesta ha de ser negativa, y ello por cuanto que aunque se pudiera entender que por la cuantía hubiera sido posible acudir a dicho procedimiento negociado, faltan en el presente caso los requisitos mínimos para entender justificada la procedencia de acudir a dicho procedimiento, cuales son:

- Se carece del requisito establecido en el *artículo 202 del Texto Refundido de la Ley de Contratos* que se refiere a que "al expediente de contratación deberá incorporarse un informe del servicio interesado en la celebración del contrato, en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato".

En el presente caso los informes existentes en el procedimiento no cumplen tales exigencias.

-La necesidad de que se justifique la excepción al procedimiento licitatorio que fuera procedente, ya que el procedimiento negociado es una excepción respecto al sistema general, y en este caso ni por la cuantía, ni por la existencia de un previo convenio del que el ahora vigente debiera ser continuación existe justificación alguna a dicha excepción licitatoria.

-De entenderse procedente por la cuantía la excepción a la licitación, no se habrían interesado las ofertas a posibles licitadores a que se hace referencia en el *artículo 92 del Texto Articulado de la Ley de Contratos*.

-No se encuentra justificada la fiscalización del gasto a que se refiere el *artículo 67.2 de la Ley*, sin que este aspecto pueda entenderse subsanado con lo que se expresa sobre la existencia de informe "in voce" por el Interventor de Fondos de la entidad.

-Tampoco se encuentra acreditada la posibilidad a la excepción licitatoria prevista en el *artículo 210 e)*, en cuanto que se trate de repetición de estudios o trabajos similares, ya que no se encuentra acreditada la existencia de dichos estudios previos, siendo una mera alegación de la representación del Ayuntamiento apelante, pues al ser una excepción al procedimiento de licitación general dicho supuesto ha de estar plenamente acreditado.

El motivo de impugnación debe, por lo tanto, ser desestimado.

SEPTIMO.- En lo relativo a la impugnación que se efectúa sobre la imposición de las costas en la instancia, no puede ser acogido tampoco el motivo, ya que es al órgano de instancia al que corresponde básicamente manifestarse sobre este aspecto de las costas, y lo razonado sobre la existencia de temeridad en la Administración es asumido por la Sala si se tiene en cuenta que en el acto recurrido se declaró una inadmisión por falta de legitimación del actor, siendo evidente la existencia de la misma, y que este aspecto fue mantenido en la contestación a la demanda, por más que en el presente procedimiento se haya aceptado expresamente lo consignado sobre el particular en la sentencia apelada.

OCTAVO.- Por todo ello ha de desestimarse el recurso de apelación interpuesto, debiendo estarse a lo expresado en la sentencia apelada sobre estimación del recurso contencioso-administrativo.

NOVENO.- En cuanto a las costas de esta instancia, de conformidad con el *artículo 139.2 de la LJCA* , pese a la desestimación del recurso de apelación teniendo en cuenta que alguno de los motivos de apelación han sido estimados, y que la fundamentación de esta sentencia no es plenamente coincidente con la de instancia procede no imponerla a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

**F A L L O:**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº Uno de Zamora de fecha 16 de abril de 2009 , debiendo estarse a lo acordado en dicha sentencia sobre estimación del recurso contencioso-administrativo todo ello sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Así por esta nuestra sentencia, que no es objeto de recurso ordinario alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que en ella se expresa en el mismo día de su fecha, estando celebrando sesión pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de lo que doy fe.