

LA LEGITIMACIÓN EN EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: UNA APRECIACIÓN CASUÍSTICA¹

Legitimation in the special resource on public procurement: a case-by-case assessment

POR: DR. FERNANDO VICENTE DAVILA

Investigador Doctor

Universidad de Vigo (España)

fernando.vicente@uvigo.es

RESUMEN: La transposición de las Directivas de Recursos a nuestro régimen nacional ha permitido que el legislador español en ejercicio del principio de autonomía procesal optase por configurar un nuevo recurso administrativo, el recurso especial en materia de contratación pública (REC), sobre una legitimación más amplia que la de mínimos establecida por la normativa comunitaria. Tras seis años de funcionamiento en nuestro derecho, la legitimación como pieza esencial de este nuevo mecanismo de control ha suscitado toda una serie de dificultades interpretativas en la práctica. Ante esta problemática hermenéutica en la articulación procesal y de fondo del REC, se ha hecho necesario que los nuevos tribunales administrativos hayan ido resolviendo sobre la existencia de una ventaja o perjuicio con cada pretensión que se interpone para apreciar la legitimación del recurrente. La tarea jurisdiccional ha ido paulatinamente depurando esta cuestión, cargada de excepciones y de matices a dilucidar en cada caso concreto. Teniendo en cuenta este estado de la cuestión, nuestro abordaje pretende exponer y analizar los criterios interpretativos adoptados a fin de aportar claridad y predictibilidad en la interposición del REC bajo la perspectiva del efecto útil de las directivas en las que trae causa.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública, recurso especial, legitimación activa, interés legítimo, perjuicio.

ABSTRACT: Transposition of the Remedies Directives into national law has enabled Spanish legislature, to set a new administrative remedy, the special remedy in public procurement (SRC) under the principle of procedural autonomy of the Member States, for a broader formulation than the minimum established by the European regulation. After six years of operation/implementation under our law, the legitimation as an essential element of this new mechanism of control has raised a lot of interpretative difficulties in practice. Faced with this hermeneutic problem on procedural and substantive nature of SRC, the new administrative courts have become necessary to gradually solve on the existence of advantage or injury, when the claim is presented to assess the legitimation. The jurisdictional task has gradually refined this issue, which is

¹ * Recibido para publicación: 31 de mayo de 2017.
Enviado para evaluación externa: 8 de junio de 2017.
Recibida evaluación externa positiva: 3 de julio de 2017.
Aceptado para publicación: 6 de septiembre de 2017.

full of exceptions and nuances that have to be clarified case-by-case. In view of this state of the issue, our approach aims to exposure and analyze the interpretative criteria adopted in order to provide clarity and predictability on the legitimation of SRC, under the perspective of the practical effectiveness of those directives.

KEYWORDS: Public procurement, special remedy, active legitimation, legitimate interest, injury.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- MARCO COMUNITARIO. 1.- UN CAMBIO RADICAL EN EL SISTEMA DE CONTROL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 2.- EL FUNDAMENTO COMUNITARIO EN LA CONFIGURACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. III.- MARCO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA LEGITIMACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: 1.- LA PROBLEMÁTICA DE LA LEGITIMACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. 2.- LA LEGITIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA GENERAL DEL INTERÉS LEGÍTIMO. *A) Un concepto amplio, pero no universal. B) El interés legítimo: aspecto nuclear en la apreciación de la legitimación administrativa en materia contractual.* 3.- ANÁLISIS DE SUPUESTOS GENERALES Y ESPECIALES. *A) Legitimación del licitador o del potencial candidato. B) Legitimación de otros sujetos que no participan en la licitación. C) Polémica suscitada en la legitimación de los sujetos especiales: el supuesto del concejal.* IV.- REFLEXIONES FINALES: LA LEGITIMACIÓN A LA LUZ DEL EFECTO ÚTIL DE LAS DIRECTIVAS. V.- BIBLIOGRAFÍA

I.-INTRODUCCIÓN²

En los últimos tiempos, la situación que se ha vivido en Europa ha puesto de manifiesto la amenaza que resulta de la detección de multitud de casos de tramas de corrupción pública y de irregularidades contractuales que han puesto en tela de juicio los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir el derecho de adjudicación en la contratación pública. Ante este escenario todos aquellos mecanismos de control como el recurso especial en materia de contratación pública (REC), incorporado en nuestro

² Abreviaturas utilizadas: **art.:** artículo; **CE:** Constitución española; **LBRL:** Ley de Bases de Régimen Local; **LCAP:** Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; **LCSP/2007:** Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; **LCSP/2017:** Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; **LPACAP:** Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; **LJCA:** Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; **REC:** Recurso especial en materia de contratación pública; **TAR ANDALUCÍA:** Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Andalucía; **TAR ARAGÓN:** Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón; **TAR CASTILLA y LEÓN:** Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Castilla y León; **TAR MADRID:** Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; **TARC:** Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; **TJCE:** Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; **TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea; **TRLCSP/2011:** Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; **TC:** Tribunal Constitucional; **TS:** Tribunal Supremo; **UE:** Unión Europea; **UTE:** Unión temporal de empresas.

derecho en virtud de las exigencias comunitarias, adquieren una importancia trascendental para atajar esta situación y garantizar así una contratación transparente de las administraciones públicas bajo el principio de buena administración que se viene a erigir en el nuevo pilar que debe sustentar la contratación pública. En la articulación procesal de este recurso administrativo, la configuración del elemento de la legitimación destaca sobre manera por su importancia fundamental en la tutela de los derechos legales de los licitadores y terceros interesados, en la medida que condiciona las oportunidades de acceso a las pretensiones de impugnación y la depuración de los incumplimientos contractuales que lesionan sus intereses³. Esto conduce a considerar que la configuración de esta pieza básica bajo parámetros de cierta seguridad jurídica y predictibilidad pasa a ser determinante para contribuir en gran medida a que el REC sea el medio de impugnación realmente efectivo que se pretende desde las instancias comunitarias. Hay que destacar que la legitimación en su dimensión dicotómica, procesal y de fondo, incide directamente en la confianza en el tráfico jurídico, y a la postre, en esa deseada necesidad de confianza en lo público, cifrada en términos actuales de buena administración de los recursos públicos. La transposición del derecho comunitario que se ha llevado a cabo a nuestra legislación nacional del elemento de la legitimación bajo una consideración amplia, desde la perspectiva comunitaria, y bajo la teoría del interés legítimo en nuestro derecho, ha determinado en nuestro derecho que aquel que pretenda impugnar en materia administrativa contractual debe demostrar siempre una afectación o lesión de sus intereses. En la práctica sin embargo y a la luz de la casuística, diversa y variada, se han puesto de manifiesto problemas interpretativos respecto a la tarea de dilucidar cómo ese interés concreto se materializa en determinados supuestos, y en otros, se observa un el difícil encaje bajo esta teoría. Teniendo en cuenta este estado de la cuestión, nuestro abordaje se basa en el análisis de esta problemática suscitada a la luz de los criterios interpretativos adoptados por las resoluciones de los órganos administrativos especiales lo cual nos permite clarificar la problemática surgida respecto a la accesibilidad a este recurso especial.

II.- EL MARCO COMUNITARIO

1.- UN CAMBIO RADICAL EN EL SISTEMA DE CONTROL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La finalidad de la Unión Europea con las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE y⁴ había sido proporcionar un sistema de garantía de transparencia y de no discriminación

³ La preocupación de la UE en la contratación pública se mantiene actualmente gravitando sobre la implementación de un eficaz sistema de mecanismos de control. *Cfr.* Recomendación de Decisión del Consejo Europeo sobre el déficit excesivo de agosto de 2016 señalaba: “*Los datos ponen de manifiesto que existen divergencias en la ejecución de los contratos públicos en las entidades y autoridades de contratación y que la falta de mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública*”. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11552-2016-INIT/es/pdf>

⁴ Las dos directivas que han determinado el origen de los recursos contractuales han sido la Directiva 89/665/CEE, 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; y la Directiva homóloga en el ámbito de

mediante la utilización de unos mecanismos de impugnación que, siendo eficaces y rápidos, garantizaran la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria y con ello a la expansión y profundización en el mercado único comunitario. La instauración de este modelo de control desde la legislación comunitaria ha tenido una repercusión trascendental en la legislación de la contratación pública española y en sus principios informadores. El interés público había constituido durante décadas el eje conformador de una serie de principios inspiradores de nuestra legislación en materia de contractual pública hasta que estas directivas comunitarias introdujeron los nuevos principios legislativos en esta materia: la libre competencia, la no discriminación y la transparencia⁵. Tal como afirma SANTAMARÍA PASTOR, este nuevo marco ha supuesto un cambio radical y el abandono de un modelo de control edificado sobre la base del principio de autotutela administrativa, en el que, al presumirse la legalidad de las decisiones de las entidades contratantes, siempre primaba el interés público de continuar con un contrato frente a la opción de analizar sus posibles irregularidades⁶. Este sistema de control de antaño, dominado por la presunción de veracidad y legalidad del actuar de las administraciones públicas en su actividad contractual, dio paso a un sistema europeo que pretendía garantizar los principios del Mercado Interior de los Estados miembros y proporcionar así seguridad jurídica y tutela a los operadores económicos, en el que surgieron con fuerza los nuevos parámetros de eficacia, integridad y buena administración, y en el que el REC, como elemento estrella en esta transposición de las previsiones de control comunitarias vendría a contribuir de manera real y directa a la efectiva materialización de estos nuevos principios. El conjunto de estas directivas conocidas como “Directivas de recursos” vino a delimitar así un marco de objetivos y límites procesales que a modo de garantía debería operar en cada uno de los Estados miembros. Posteriormente ambas directivas, serían modificadas de forma sustancial por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, 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 obras. La neutralidad procesal de este marco comunitario permitía en cada uno de estos estados la libertad en uso de la autonomía institucional para determinar cómo configurar su sistema control de la contratación pública en cada régimen nacional siempre que esa arquitectura de los recursos nacionales cumpliera con las finalidades comunitarias. La transposición a nuestro ordenamiento jurídico no estuvo exenta de vicisitudes que dejaron en evidencia la resistencia a incorporar de manera efectiva este recurso en nuestro ordenamiento⁷. Diversos pronunciamientos del TJUE, pusieron de manifiesto ciertas insuficiencias del sistema español de recursos hasta que finalmente el REC fue incorporado en nuestro

los llamados sectores excluidos, la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

⁵ En este sentido se expone también el TARC en su resolución 121/2012, de 23 de mayo.

⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J. Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público, Aranzadi, 2015, en especial, págs. 48-64.

⁷ Las Directivas de Recursos diseñaron un régimen de control de “mínimos” correspondiendo a los Estados concretar la concreta arquitectura de control desde la óptica de los principios referidos: STJUE de 27 de febrero de 2003, *Santex*, ap. 47 y STJUE de 24 de junio de 2004, Comisión Austria. En España la transposición, al igual que en otros Estados miembros, la adaptación a estas directivas de contratación pública se incentivó por un número considerable de Sentencias de condena por incumplimiento del Derecho europeo.

ordenamiento jurídico a través del art. 1 del TRLCSP/2011. El nuevo sistema de control de la contratación pública en España a través del REC, vendría a atenuar la presunción de acierto administrativo que dimanaba de los contratos públicos y a permitir analizar en vía administrativa, antes de la formalización del contrato, si las decisiones sobre la contratación administrativa eran conformes o no con la normativa vigente. Tal como afirma DÍEZ SASTRE⁸, el legislador español incorporaría la redacción originaria de las Directivas en aspectos concretos, sin embargo, en otros como respecto a la formulación de la legitimación del REC se ha apartado de la regulación de mínimos. La amplia formulación en nuestro derecho, tal como expondremos a continuación, ha generado grandes dudas interpretativas que se han ido resolviendo por la jurisprudencia contenciosa y administrativa. La última actualización de esta formulación de la legitimación vendrá dada por la transposición comunitaria de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014⁹ que se a nuestro ordenamiento a través de la nueva Ley de Contratos del Sector Público (LCSP/2017), que entrará en vigor el próximo 9 de marzo de 2018¹⁰, y que en aras de una mayor seguridad jurídica brindará nuevos matices y concreciones respecto a determinados sujetos que ya habían venido consolidándose por la vía jurisprudencial.

2.- EL FUNDAMENTO COMUNITARIO EN LA CONFIGURACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La finalidad del recurso de contratación, se debe contextualizar no solo a la luz los principios arriba mencionados y de las previsiones de esas directivas, sino también bajo el fundamento del propio art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que *toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial*. Esta imbricación con este derecho fundamental y los principios informadores, tal como afirman desde la doctrina los profesores SANTAMARÍA PASTOR y GIMENO FELIU, se ha ido también consolidando en la jurisprudencia que lo ha ido reconociendo reiteradamente en varias resoluciones. En concreto, la sentencia del TJUE, de 6 de octubre de 2015, Orizzonte Salute, C-61/14, es muy esclarecedora en este sentido, ya que destaca que la Directiva 89/665 debe interpretarse necesariamente a la luz de los derechos fundamentales recogidos en la citada Carta, y en particular, del derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el art. 47. Esto ha facilitado que muchos

⁸ DÍEZ SASTRE, SILVIA; “La legitimación del concejal en el recurso especial en materia de contratación pública”, Anuario Aragonés del Gobierno Local, 2013, p. 219.

⁹ Con este nuevo texto legal se incorporarán las Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, institución de larga tradición jurídica en el derecho español, y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, dejando la transposición de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales a otra ley específica posterior, que asimismo incorporará al ordenamiento jurídico español la parte de la Directiva 2014/23/UE que resulte de aplicación a los sectores citados.

¹⁰ La nueva ley ha sido sancionada bajo la denominación de *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* se incorporará en nuestro ordenamiento bajo la pretensión de lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio. Esta nueva ley entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

autores reflexionen sobre la importancia de abordar la legitimación como pieza clave de articulación de este recurso estableciendo una necesaria conexión jurídica entre la legitimación administrativa del REC, el derecho a la tutela judicial efectiva y la tutela de los operadores económicos para conforme a ella adoptar una senda hermenéutica que cohoneste con el *acquis communautaire*¹¹.

Según el art. 1.3 de la Directiva 89/665/CEE la legitimación para recurrir debe corresponder “*como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicado por una presunta infracción*” de las normas de adjudicación. El criterio del perjuicio, por tanto, ha aparecido a la luz de esta normativa comunitaria vinculado al interés en la obtención del contrato, si bien, en todo caso, el sujeto legitimado para interponer el recurso es determinante: *quien tenga o haya tenido interés en obtener el contrato*. En un principio la interpretación comunitaria de esta legitimación parecía aparecer circunscrita a solo los operadores económicos que tendrían interés en obtener el contrato. Esta identificación de los sujetos legitimados con los operadores económicos aparecía así del todo congruente con la finalidad del Derecho europeo de la adjudicación de contratos públicos y encontraba sentido en el fin último de esta regulación: garantizar la competencia en el Mercado Único de la UE, el llamado Mercado Interior, en el que sus destinatarios, los operadores económicos que operaban en él, son los que merecen ser objeto de protección frente a incumplimientos en la fase de adjudicación¹². En suma, si bien la directiva comunitaria solo se centraba en que los operadores económicos tuviesen la oportunidad de interponer los recursos previstos en las Directivas, la jurisprudencia comunitaria fue abriendo camino a otros supuestos¹³, al tiempo que la discrecionalidad de la propia directiva había dejado abierta la vía para que cada derecho

¹¹ Esta necesidad de una interpretación contextualizada iría avanzando con la jurisprudencia del TJUE. La sentencia del TJUE, de 11 de enero de 2005, en el asunto Stadt Hall es ilustrativa: en ésta se matizó que los mecanismos no serán correctos cuando hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, tal y como se deriva del principio de efectividad comunitaria. Este criterio interpretativo está reiterado en varias sentencias: TJUE de 6 de mayo de 2010, Club Hotel Loutraki y otros, C-145/08 y C-149/08, apartado 74, y de 12 de marzo de 2015, eVigilo, C-538/13, apartado 39; sentencias del TJUE de 20 de septiembre de 2001, Banks, apartado 121, y de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan, apartado 29.

¹² La primera jurisprudencia que fue surgiendo desde el TJUE fue también pronunciándose en torno a la legitimación en los recursos contractuales también aparecía concebida para los operadores económicos.

¹³ Una de las cuestiones interpretativas que surgió planteaba si podría exigirse una legitimación tan solo al recurrente que había participado en el procedimiento de adjudicación o si también lo podría hacer los licitadores excluidos. Al respecto, el Tribunal señaló que no podía exigirse el requisito de la participación, porque el licitador puede, en muchos supuestos, no haber participado precisamente porque las cláusulas eran ilegales. Esto no impide, obviamente, tal como vino a reconocer esta originaria jurisprudencia comunitaria, que quepa exigir una interposición del recurso previa a la decisión de adjudicación por razones de eficacia y rapidez. Así mismo, esta jurisprudencia también afinaría en determinados supuestos, que no cabía impedir que un licitador recurriese a la adjudicación cuando no se le notificó en tiempo la exclusión, puesto que le fue imposible atacar antes esa decisión. A juicio del Tribunal, una interpretación en sentido opuesto supondría una restricción indebida del derecho de acceso a la justicia. Entre todos estos supuestos que involucraban a los operadores económicos, pronto también se comenzarían a plantear si las empresas que formaban parte de una UTE podrían interponer por separado un recurso contractual. El Tribunal vino a admitir que esa posibilidad también era conforme a las Directivas, siempre que no se vulnerasen los principios de efectividad y equivalencia en la ejecución del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros.

nacional decidiese ampliar esa oportunidad a legislar la posibilidad de recurrir a otros sujetos.

III.- MARCO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA LEGITIMACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La cuestión de la legitimación activa del REC nos conduce ineludiblemente al concepto de legitimación existente en nuestro derecho y a la doctrina en el proceso contencioso-administrativo de la cual ha ido deduciendo *mutatis mutandis* la legitimación administrativa en la contratación pública. Este abordaje teórico requiere manejar con meridiana claridad la distinción histórica que la doctrina administrativista ha ido matizando entre la capacidad procesal "*legitimatío ad processum*", referida a aquella relativa a la aptitud para actuar válidamente en juicio y sinónima de la capacidad de obrar; y la "*legitimatío ad causam*" definida como la relación especial que debe existir entre la persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es ese sujeto el que debe actuar como actor o como demandado en el proceso según se trate. Esta legitimación así entendida es la que la doctrina entiende que permite que sean los sujetos, personas físicas o jurídicas, los que la ostentan, los cuales figurarán como partes en el proceso y respecto a los cuales se les examinará su pretensión en cuanto al fondo. Y, por otra parte, deriva la cuestión de su posición legitimadora, activa o pasiva, según la situación del sujeto en que se halle respecto de la pretensión procesal, predicándose la activa para el que la pretende, y la pasiva, de aquél frente al que la pretensión se formula.

La legitimación activa, al igual que el régimen especial que configura el REC, debemos contemplarla como un elemento más dentro de las especialidades del régimen que configura este recurso y en el ámbito del derecho de adjudicación de contratos públicos, el cual ha sido objeto de una intensa actividad normativa y de una gran creación jurisprudencial por parte de la UE y de los órganos administrativos especiales¹⁴.

1.- LA PROBLEMÁTICA DE LA LEGITIMACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La legitimación en nuestro derecho se ha visto envuelta de varias ambigüedades y problemas hermenéuticos. Hay que partir del hecho que desde la doctrina es pacífica la consideración que la teoría general de la legitimación no está suficientemente elaborada. Reflejo de ello, se apunta el hecho de que de que no alcanza a proporcionar respuestas resueltas a cuestiones básicas y elementales entre las que se sitúan las propias relaciones de conexión entre la legitimación procesal y la legitimación en el ámbito del procedimiento de los recursos administrativos. Este punto de partida en la doctrina de la legitimación también resulta de gran trascendencia para la cuestión que nos ocupa: la

¹⁴ Las Directivas Recursos establecieron la exigencia de transposición a los Estados miembros bajo el principio de neutralidad procesal que permitió que en Estados miembros, como España, se configurase bajo una formulación más amplia de la que establecen las Directivas conectando internamente con la doctrina jurídica española del interés legítimo que había emanado de la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa sobre la base del recurso contencioso-administrativo reconocido en el art. 19 de la LJCA y del concepto de interesado en el procedimiento administrativo del art. 4 de la LPACAP.

legitimación administrativa del REC. Estas dificultades residen en la dogmática jurídica que ha proporcionado una construcción teórica que adolece de estar no del todo acabada. La problemática resulta de cómo determinar si el interés es o no una situación jurídica subjetiva, o una mera posición de hecho; si es de carácter material o procesal; si equivale o no al derecho o a la acción; si la noción de derecho subjetivo abarca exclusivamente la titularidad, o si también comprende otras posiciones de ventaja; si el derecho subjetivo es reconducible al concepto de interés o si, por el contrario, este último no es más que una modalidad de los derechos subjetivos, de tipo reflejo o reaccional; o incluso, si cabe distinguir el interés en recurrir del interés objeto del proceso. Desde la academia destaca la postura que apunta que la construcción teórica de la legitimación en nuestro ordenamiento se ha elaborado de forma inversa, es decir, se ha partido de un apriorismo conceptual basado en que debe otorgarse legitimación a quienes sean titulares de un derecho subjetivo o de un interés; para acto seguido, dotar a estas nociones de un contenido determinado en orden a definir un nivel de acceso lo más amplio posible al recurso. Lo cierto es que esta ambigüedad no ha sido zanjada con una racionalización de tipo legislativo, por lo que han sido la doctrina y la jurisprudencia las que se han encargado hasta el momento de acometer cierta racionalización y determinación de criterios razonables sobre la legitimación en nuestro derecho.

Por otra parte, también se argumenta que estas ambigüedades o dificultades de las que adolece la legitimación proceden de la propia regulación de la legitimación y que se suscitan en sede de la teoría sobre legitimación y el derecho procesal civil. En concreto, se apunta que parte de su origen estriba en la regulación que brindaba la LJCA de 1956, que supuso el primer texto legislativo del ordenamiento español en el que aparecieron el concepto y un régimen positivo de la legitimación procesal¹⁵.

Con todo, esta doctrina es pacífica respecto a la necesidad de reunir los requisitos de la lesión como aspecto nuclear de la legitimación. Esta teoría lleva a considerar que estaría legitimada aquella persona que ha sufrido una lesión ilegítima en alguno de los bienes de los que dice ser titular y a lo que se ha referido en multitud de ocasiones la doctrina jurisprudencial. Entre las más recientes, y a título de ejemplo, destaca la sentencia del TS de 30 de mayo de 2011, recurso de casación 6297/2008, que precisa, en relación al orden contencioso-administrativo, que *"el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo*

¹⁵ La noción de legitimación que incorporó esta ley contenciosa procedía de la teoría del proceso civil, y ésta a su vez bebía del contenido conceptual del recurso francés por exceso de poder y de la tenencia de un derecho o interés. Hay que destacar que la Ley 29/1998 vino a suprimir la “legitimación por interés directo” que establecía la LJCA de 1956 y la sustituyó por la de “interés legítimo”. Termina también así la nueva Ley 29/1998, con una distinción tradicional en la legislación anterior que diferenciaba entre los legitimados para pedir la declaración de no ser conformes a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones y quienes pretendieren, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma. Sin embargo, la actual LJCA no diferencia ya entre la legitimación del “titular de un derecho derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados” tal como se establece en el art. 28.2 LJCA y la legitimación por interés legítimo.

entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida". Esta doctrina también incide en que esta regla general de la legitimación por interés legítimo es también tributaria de la amplitud con que el art. 24.1 de la CE se ha interpretado al reconocer éste: *"todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos"*.

Desde la academia, GÓMEZ DÍAZ se ha ocupado de analizar el derecho subjetivo y el jeroglífico que supone el concepto de interés. Así pone de manifiesto que detrás del interés legítimo existen una serie de dificultades derivadas de la discusión doctrinal en torno a los criterios distintivos del derecho subjetivo y del interés legítimo. Desde un punto de vista teórico la necesidad de mantener el derecho y el interés como títulos legitimadores alternativos se ha observado innecesaria; si bien desde la perspectiva del derecho positivo, sin embargo, es conveniente que las normas jurídicas consagren esta dualidad y, sobre todo, que se asignen a cada uno de los títulos consecuencias jurídicas diversas tal como se lleva a cabo por el ordenamiento procesal administrativo.

A la luz de esta construcción, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha subrayado reiteradamente que la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos¹⁶. Esta jurisprudencia se ha preocupado de insistir en establecer la ligazón entre la legitimación y la existencia de un interés legítimo de la parte a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que sitúa siempre el análisis de la legitimación en la búsqueda de ese interés, cuya alegación y prueba, cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se lo arroga¹⁷. Esta es una doctrina que se ha repetido hasta la saciedad por la jurisprudencia del TS en los últimos cuarenta años, tal como afirma GONZÁLEZ PÉREZ, y pocas diferencias existen, como por otra parte resulta lógico, con la doctrina emanada del TC.

2.- LA LEGITIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA GENERAL DEL INTERÉS LEGÍTIMO

El art. 42 del TRLCSP/2011¹⁸ - art. 48 de la LCSP/2017 todavía sin vigor- establece quienes están legitimados bajo una dualidad de títulos legitimadores: los derechos

¹⁶ TS Sala Tercera (1ª) 13-7-16 (Recurso ordinario 2542/15).

¹⁷ Esta es una doctrina que se ha repetido hasta la saciedad por la jurisprudencia del TS en los últimos cuarenta años -por todas, sentencias de la Sala Tercera (5ª) 12-11-12 y 13-7-16 (Recurso 2542/15)-, tal como afirma GONZÁLEZ PÉREZ, y pocas diferencias existen, como por otra parte resulta lógico, con la doctrina emanada del TC. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J.; "Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa", Madrid, Civitas, 1978, p 412 ss.

¹⁸ El art. 42 TRLCSP/2011 establecía: *"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."* La nueva redacción de la nueva ley incorpora unas especificaciones respecto a la redacción precedente, respecto a los interés

subjetivos y los intereses legítimos, y en virtud de una situación jurídica: la de conexión con el objeto del recurso¹⁹ con una redacción casi literal a la establecida en la Directiva de recursos en este sentido²⁰. Tal como describe CANO CAMPOS esta conexión del art. 42 TRLCSP/2011 se ha establecido no sólo a los perjuicios ya causados en los derechos e intereses por el acto que se impugna “*que se hayan visto perjudicados*” sino también a los de producción futura “*o puedan resultar afectados*”. Esta interpretación debe ser comprendida siempre y cuando no incluyamos en ella las lesiones meramente hipotéticas, aleatorias o potenciales, pues para iniciar un proceso es preciso que la lesión del derecho o interés sea real y efectiva, aunque la misma no sea actual sino futura. De tal manera que hay lesión legitimadora desde el momento en que la administración ha realizado todas las actuaciones formales que le permiten o habilitan para producir una lesión, aunque dichas actuaciones no hayan supuesto aún una alteración del estado real de cosas existentes²¹. Esta conexión de afectación o perjuicio que se establece en la redacción legal del título legitimador podría ser redundante si la contemplamos a luz del criterio jurisprudencial que ya existía y que concebía al interés legítimo como cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida que exponíamos anteriormente (i.e. STC 52/2007, entre otras). La aplicación de la regla de legitimación prevista en el art. 42 TRLCSP/2011 no supone una ampliación del ya de por sí amplio régimen general de legitimación establecido a partir de la interpretación que se ha venido haciendo del art. 19.1.a) LJCA, cuya redacción parecía no precisar una conexión con el objeto del recurso.

En consecuencia, la legitimación del REC basada en la dualidad de títulos no es otra que la legitimación tradicional existente en el proceso contencioso-administrativo. Esto nos lleva a considerar varias consecuencias. La primera versaría sobre la distinción de títulos *ex art. 42 del TRLCSP/2011*. Tal distinción sería la misma que la establecida a partir art. 19 de la LJCA y sobre la que planea la misma situación: un imposible

legítimos, se concreta que estos pueden ser *individuales y colectivos*, y se aclara que la afectación puede ser *de manera directa o indirecta*, en concreto el art. 48 establece: “*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*”. Respecto a los sujetos se otorga legitimación *ex lege a las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación y a la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados*.

¹⁹ Hay que destacar que la redacción de este art. 42 del TRLCSP/2011 no era concordante con la prevista en la letra a) del art. 19. de la LJCA.

²⁰ El art. 1.3 de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 dispone que «Los Estados miembros velarán porque, con arreglo a las modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recursos sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción».

²¹ En cambio, la lesión potencial basta para la legitimación procedimental a que se refiere el art. 4 LPACAP y en esto se diferencia de la impugnatoria que aquí tratamos: al iniciarse un procedimiento administrativo se genera un estado de lesión potencial para todos los intereses que pueden verse afectados por la resolución; la lesión no se ha producido aún, ni es seguro que se produzca, pero existe la posibilidad de la misma. Vid. A. B. GÓMEZ DÍAZ, *El acceso al recurso contencioso...*, cit., pág. 231-232.

deslinde sobre la que la doctrina ha debatido entre las figuras del derecho subjetivo e interés legítimo que existía con anterioridad al hilo de la legitimación de interposición del recurso contencioso-administrativo. La segunda, vendría postulada por la corriente mayoritaria que ha derivado sobre esta dualidad y que significaría tal como indica CANO CAMPOS²², decantarse hacia una interpretación reduccionista, hasta el punto de que ambos conceptos, derecho subjetivo e interés legítimo, se consideren uno sólo, ya bien asumiendo que el interés constituye un derecho subjetivo de carácter reaccional, o bien simplemente considerando innecesaria la noción de derecho subjetivo como título legitimador, bastando un mero interés legítimo.

En suma, teniendo cuenta estos criterios interpretativos, la tesis dominante para la apreciación de la legitimación en el REC se basaría en la regla general del interés legítimo que ha girado en torno al mencionado art. 19.1.a de la LJCA. Sobre esta tesis de amplio predicamento jurisprudencial, cabría destacar tres aspectos de proyección a la cuestión que nos ocupa. Por un lado, la consideración doctrinal de que en todo derecho subjetivo subyace siempre una posición de interés. GARCÍA ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, SANTAMARÍA PASTOR, y GÓMEZ DÍAZ²³ entre otros, definen los derechos subjetivos como intereses jurídicamente protegibles. Por otro, la consideración jurisprudencial del TC, que entiende que la legitimación debe ser interpretada de forma amplia y generosa, ya que el concepto de interés, dada su mayor amplitud y menor nivel de exigencia es suficiente por sí solo para considerar que alguien tiene legitimación. Y, por último, considerar que la legitimación es analizada por la propia jurisprudencia y doctrina sin la necesidad de dilucidar la existencia o no de un derecho subjetivo, sino únicamente centrado en la concurrencia o no de un interés legítimo en el recurrente.

Centrándonos en esta idea clave del interés legítimo la teoría dominante ha encontrado conveniente analizar donde se produce el deslinde entre la acción popular y la legitimación administrativa. Según ésta, la articulación en nuestro ordenamiento de la legitimación amplia del REC con base en la teoría del interés legítimo puede alcanzar a los licitadores, los perjudicados y los potencialmente afectados en sus derechos o intereses legítimos por el acto impugnado, pero no a cualquier persona interesada en la salvaguarda genérica de la legalidad o de los recursos públicos, porque no existe una acción pública en materia contractual reconocida en nuestro derecho. No existe una

²² Sostiene CANO CAMPOS que en Italia se ha sostenido recientemente que es una noción mal construida, ideológicamente comprometida y totalmente desconocida en la teoría del Derecho y refiriendo para ello los trabajos sobre intento de distinción realizados por M. LÓPEZ BENÍTEZ, «Concepto y funcionalidad de la noción de “interesado” en el ámbito del Derecho Administrativo español», en E. CARBONELL PORRAS (dir.), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, págs.; y sobre la formación del concepto y su significado, el estudio de L. MEDINA ALCOZ, «La formación del concepto de “interés legítimo”».

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA E. y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, definen los derechos subjetivos como situaciones de interés en servicio de los cuales el ordenamiento confiere un poder a favor de su titular. *Cfr. Curso de Derecho Administrativo II*, 13ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013, pág. 35). Vid. también J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, Ceura, 1991, IDEM, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Comentario, Madrid, Iustel, 2010, pág. 223; Y A. B. GÓMEZ DÍAZ, *El acceso al recurso contencioso. Un estudio sobre la legitimación en el proceso administrativo*, Madrid, Iustel, 2014, pág. 177.

legitimación abierta a cualquier persona o entidad en defensa de intereses generales o de la legalidad en general, si no se ostenta un interés legítimo y directo en la adjudicación del contrato de que se trate, si no tiene o ha podido tener interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción en materia de contratación. La jurisprudencia contenciosa ha reconocido que la acción pública, sólo es posible en los campos en los que legalmente se abre de forma expresa esta posibilidad. En este sentido resulta muy significativa la sentencia del TS de 11 de febrero de 2003, que declara que los diputados y senadores no están legitimados activamente para impugnar la adjudicación de un contrato administrativo, pues para que exista un interés legítimo en la jurisdicción contencioso administrativa, la resolución impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de los recurrentes. Y con este mismo criterio, la resolución de 1 de junio de 2011 del TAR MADRID rechaza la legitimación de los usuarios del servicio objeto del contrato, y la resolución 211/2012 del TACR niega la legitimación a quien no acredita representación de los trabajadores a quien dice defender y apela a un interés general. Sin embargo, con base en el principio de buena administración sobre el que pivota la nueva arquitectura comunitaria de control en la contratación pública, se ha abierto una vía doctrinal que aboga por la posibilidad de configurar una acción colectiva del derecho a la buena administración y su exigibilidad a nivel jurisdiccional. Esta vía, apoyada por administrativistas como GIMENO FELIU y nutrida de aportaciones doctrinales de PONCE y PRATS, ha sostenido la oportunidad de incorporar la previsión de una acción pública para la interposición del REC en las propuestas de modificación del proyecto de la nueva ley de contratos del sector público, si bien el texto final aprobado ha obviado la ocasión de modificar este aspecto²⁴.

²⁴ El proyecto de Ley 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 ha sido aprobado de forma definitiva por el Congreso de los Diputados el 26/10/2017, su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", el 9 de noviembre de 2017, y su entrada en vigor a los cuatro meses de dicha publicación, el 9 de marzo de 2018. Autores como GIMENO FELIU y PONCE han reivindicado desde la doctrina un status de acción pública para la legitimación del REC. En concreto GIMENO FELIU argumenta que esta vinculación de la contratación pública al derecho a una buena administración fue expresamente ya planteada en el Acuerdo 44/2012, del TAR ARAGÓN. *Cfr.* “Novedades del anteproyecto ley contratos sector público. La trasposición de las directivas de contratación pública en España congreso internacional sobre contratación pública”. Cuenca, 21 y 22 de enero de 2016, pág.12. Esta opinión, que liga la funcionalidad institucional a la dimensión colectiva del derecho a una buena administración es la que mantiene también J. PRATS CATALA, en su trabajo “La lucha contra la corrupción como parte integrante del derecho, el deber y las políticas de buena administración”, Cuadernos de Derecho Público núm. 31, 2007, p. 21. Este autor concibe el derecho a una buena administración como un derecho colectivo de participación y control público. PONCE por su parte también matiza que una de las expresiones del derecho a la buena administración -reconocido ya en diversos estatutos y leyes- aunque no la única sí también significativa, debería ser la capacidad ciudadana de reaccionar contra la corrupción que impide la buena administración y apunta como conveniente instaurar una acción pública en defensa de la buena administración en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. *Cfr.* J. PONCE, “La prevención de la corrupción mediante la garantía de un derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local”, en Anuario de Derecho Local 2012, IDP, Barcelona, 2013, pp. 136-137. En el documento de la propuesta de modificaciones elaborado por el Observatorio de Contratación Pública se proponía modificar el artículo 48. La propuesta de modificación de este artículo resultaba en coherencia con la consideración general del artículo 1.3 para ampliar al máximo la legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación (apartado 2.1.). *Cfr.* “Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público...”, documento elaborado por los siguientes miembros del Observatorio de Contratación Pública:

3.- Análisis de supuestos generales y especiales

Tal como afirma la profesora DÍEZ SASTRE²⁵, la legitimación del REC mantiene una configuración muy amplia respecto a la posibilidad de recurrir, exenta de formalidades, y centrada en la posible lesión de la posición jurídica-subjetiva del particular o de su esfera de intereses. Con base en los pronunciamientos y jurisprudencia emanada de los tribunales se puede elaborar toda una casuística sobre los sujetos, que permite configurar los criterios empleados para reconocer o no la existencia de un interés legítimo y, por tanto, de una posición legitimadora para la interposición del REC. Su estudio debe partir de la naturaleza inespecífica que le otorga el art. 42 del TRLCSP/2011 al utilizar la expresión “derechos o intereses legítimos” como títulos habilitantes. Bajo esta referencia genérica hay que diferenciar dos aspectos tal como sistematiza SANTAMARÍA PASTOR²⁶. Por un lado, las situaciones jurídicas que habilitan para interponerlo, debiéndose apreciar un interés para ello; y por otro, las actuaciones administrativas objeto de impugnación que afectan a las posibilidades de recurrir. Para el primer aspecto es necesario acudir a la teoría del interés legítimo superadora de la distinción de antaño en nuestra doctrina entre derecho e interés que ya recondujo nuestro TS, y centrarse en la tarea de dilucidar la existencia de un interés, y en segundo término, verificar si nos hallamos entre intereses individuales y colectivos, cuestión que adolece de límites difusos en muchos casos y problemas para la determinación de los supuestos en que las entidades asociativas y corporativas pueden invocar un interés colectivo²⁷. Para el segundo aspecto, hay que tener en cuenta toda la problemática que se deriva de la diferente legitimación para los sujetos recurrentes de los tipos de actuaciones que son objeto de impugnación, y objeto de examen supuesto a supuesto.

A) Legitimación del licitador o del potencial candidato

José María Gimeno Feliú y José Antonio Moreno Molina (Directores); Carmen de Guerrero Manso; Rafael Fernández Acevedo; Isabel Gallego Córcoles; Ximena Lazo Vitoria; Teresa Moreo Marroig; Teresa Medina Arnáiz y Patricia Valcárcel Fernández, pág. 1. Publicado el 30 de enero de 2017, en el blog del Observatorio de la Contratación Pública http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem_detalle/id.282/reلمenu.3/chk.7616e54145ba897955b6eb508987575a. En esta misma línea, organizaciones como Transparencia Internacional habían solicitado, vía enmienda al proyecto de ley de Contratos del Sector Público, incorporar al art. 48 la acción pública con la siguiente redacción: “Será pública la acción para interponer el recurso especial en materia de contratación, así como para el posterior recurso contencioso-administrativo en esta materia.” Disponible en http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/02/enmiendas_proyecto_ley_contratos_publicos.pdf (consultado el 13/05/2017).

²⁵ Cfr. DIEZ, S.; La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos, Marcial Pons, 2012, págs.169-170.

²⁶ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; Los recursos especiales en materia de contratos del sector público, Aranzadi, 2015, págs. 83-101.

²⁷ Siguiendo a SANTAMARÍA PASTOR, no existe criterio alguno que permita distinguir un interés colectivo del simple interés plural, esto es, el que pueden ostentar conjunta y simultáneamente, por las mismas razones, un corto número de personas con ocasión de una actuación administrativa que les afecta. Cfr. *opus cit.*, p.88.

El supuesto de la legitimación del licitador o candidato o del potencial licitador o candidato, varía en función del tipo de acto que se pretende recurrir, y dentro de cada tipo, tener en cuenta la singularidad de cada acto la cual determina la legitimación de aquéllos para interponer el REC. En el caso de *los participantes en la licitación*, la prueba de la existencia de un interés legítimo para interponer el REC puede probarse con facilidad, por el simple hecho de participar²⁸. Sobre esta afirmación general caben matices. Como ejemplo los supuestos que se rechazan por la falta de legitimación del licitador que impugna un acto de adjudicación del contrato sin antes haber recurrido en tiempo su exclusión de la licitación. En estos se carece de legitimación porque el resultado del recurso no depararía afectación alguna a su esfera jurídica²⁹. Sin embargo, sobre este supuesto ha existido cierta controversia sobre si estos rechazos por extemporaneidad cohonestan con la aplicación útil de las directivas tal como viene siendo rebatido desde varias posiciones doctrinales. La doctrina jurisprudencial establecida sobre la regla general que exige la intervención del recurrente en el procedimiento de contratación para poder recurrir tiene sus excepciones generales en aquellos supuestos en que la no intervención en el procedimiento, cuyos actos se impugnan, es debido a la impugnación de las propias condiciones exigidas en los pliegos de contratación, generalmente por no poder ser cumplidas por el recurrente, o resultarle en exceso onerosas, o resultar nulas de pleno de derecho³⁰. Es representativa de estos supuestos la resolución del TAR ANDALUCÍA 87/2013 que alude a la sentencia del TS de 20 de julio de 2005, Secc. 4ª, según la cual no es necesario ostentar la condición de licitador para gozar de legitimación en un procedimiento de recurso contra los pliegos, cuando precisamente no se ha participado en la licitación en razón al contenido de los mismos³¹.

Entre los supuestos de los *licitadores que no participaron en la licitación* pero que podrían haberlo hecho, la apreciación de legitimación también aparece como sencilla, tal como se deduce en varios pronunciamientos de los tribunales administrativos, puesto que estos licitadores demuestran el interés legítimo legalmente exigido³². En todo caso, en estos supuestos se exige que la condición de interesado se pruebe, por lo que tal circunstancia debe acreditarse de algún modo como por ejemplo acreditando la

²⁸ En primer lugar, debemos también contemplar bajo esta legitimación a otras entidades con personalidad jurídica ya que no sólo las sociedades mercantiles tienen la posibilidad de interponer recurso. En concreto también una comunidad de bienes (i.e. resolución 051 /2012 TARC); una asociación (i.e. resolución 051 /2012 TARC); una fundación (i.e. resolución 051 /2012 TARC), etc., podrían participar en un procedimiento de contratación pública e impugnar mediante el REC.

²⁹ Vid. Resolución 41/2002, de 19 de abril de 2002, TAR MADRID.

³⁰ Vid. Resolución 096/2013, TAR ANDALUCÍA; y Resolución 103/2013, TAR MADRID.

³¹ Pues bien, al objeto de examinar la legitimación de la empresa recurrente, conviene traer a colación: “*Tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (...), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede (...) descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condición/es en que es convocado. Por tanto, a la luz de esta doctrina jurisprudencial, no es necesario ostentar la condición de licitador para gozar de legitimación en un procedimiento de recurso contra los pliegos, cuando precisamente no se ha participado en la licitación en razón al contenido de los mismos.*” (TAR ANDALUCÍA 87/2013). En igual sentido TAR ANDALUCÍA 84/2013; TAR MADRID 132/2012.

³² Vid. Resolución 179/2011, de 29 de junio de 2011, TACRC. En conexión con la jurisprudencia constitucional (SSTC 119/2008, 38/2010).

coincidencia del objeto social de la empresa que pretende el recurso con el objeto de la contratación³³. Respecto a estos casos es ilustrativa la resolución del TAR ARAGÓN 40/2013 que establece: “se acredita en el expediente la legitimación de XXX para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42 TRLCSP/2011, que, por el objeto de su actividad social y sus pretensiones, puede y tiene interés en presentarse a la licitación, denunciando precisamente que los pliegos impugnados se lo impiden”. La argumentación doctrinal de estas reglas especiales también se ha ocupado de matizar que en cualquier caso, no sería admisible pretender a través de recurso frente a los pliegos, la modificación del objeto contractual definido en los pliegos para poder adquirir ese interés que habilita para la interposición del recurso, ya que la definición del objeto es una potestad discrecional de la administración, sin más límites que los derivados de la justificación de la necesidad de contratación y del no fraccionamiento del citado objeto con el fin de eludir los procedimientos legales de contratación³⁴. En esta tipología de los licitadores que participan o podrían participar en la licitación surge la cuestión de comprobar como la impugnación de un acto u otro de la contratación puede determinar singularidades en la interposición del REC³⁵.

i) casos de impugnación del anuncio de licitación, pliegos y resto de documentación

Los criterios generales adoptados por los tribunales administrativos ponen de relieve que la legitimación del licitador que impugna los actos de naturaleza preparatoria como los anuncios y de documentación del procedimiento de contratación, exigen que la intervención del mismo en el procedimiento de contratación sobre el que recurre. La primera duda interpretativa que se suscita es si se podría estimar si esta participación en el procedimiento de contratación, cuyos actos preparatorios se impugnan, puede interpretarse como una actuación contraria al principio de congruencia³⁶. Según este principio no podría admitirse legitimación al considerarse que la participación del licitador es un acto consentido del contenido de los pliegos cuya observancia sujeta a los licitadores y sobre cuya validez no podrían pronunciarse los tribunales en virtud del mismo. La aplicación sin excepción de esta regla supone que la participación en el procedimiento significaría una aceptación incondicionada de lo establecido en los pliegos, y consecuentemente los candidatos que participan no podrían pretender la modificación de los mismos. Tal como analizaremos a continuación, la regla general es que esta impugnación es, en principio, admisible en orden a legitimar al recurrente, pero

³³Vid. Resolución 21/2010, de 16 de diciembre de 2010, TACRC; Acuerdo 49/2012, de 9 de mayo de 2012, TAR MADRID.

³⁴Estas reglas son aplicables a los casos de legitimación de la empresa no participante en el proceso de contratación que impugnan el acto de adjudicación, cuando se alegue que el procedimiento de contratación no ha seguido las pautas marcadas por los pliegos.

³⁵Entre estas singularidades destacan por su especial problemática las de aquellos licitadores que no recurrieron la exclusión en tiempo y pretenden recurrir posteriormente el acto de adjudicación, las de aquellos que no participaron en la licitación e invocan una lesión de un interés, o la de empresas que forman parte de una UTE e impugnan algún acto de la contratación.

³⁶Esta doctrina se haya sostenida bajo el principio de prohibición de ir contra los propios actos y bajo el principio «Volenti non fit iniuria / No se hace injusticia al que la consiente» (citada en STS de 10 de noviembre de 1980, RJ 1980\4406, como fundamento de la aceptación por licitador de un pliego).

no imposibilita ni mucho menos la participación. Los tribunales administrativos precisan que en estos supuestos que tal impugnación debe efectuarse en un momento adecuado, y con carácter previo a la presentación de la oferta, pues el caso contrario, una presentación previa de oferta y un posterior de recurso especial desencadenaría un actuar contrario a los propios actos y, en definitiva, conculcar el denominado principio de congruencia³⁷. Este requisito adoptado por la jurisprudencia administrativa se ha traducido en la práctica y hasta el momento en todo un condicionante para el plazo de presentación del REC frente a actos previos por parte del que participa en el procedimiento de contratación porque debe siempre tener un *dies ad quem* anterior al de la presentación de ofertas. Sin embargo, respecto a las consecuencias de la aplicación de este principio merece especial atención el análisis doctrinal que se deduce de la resolución del TACRC 172/2011, de 29 de junio, que rechazaba la legitimación de un recurrente contra el acto de adjudicación. En este asunto se impugnaba, al mismo tiempo, el acto de adjudicación y determinadas previsiones de un pliego que establecían criterios de adjudicación contrarios, rechazándose esta última pretensión, porque tal impugnación debiera invocarse en el plazo oportuno, de forma que, pese a su eventual irregularidad, no podían enjuiciarse ahora por devenir extemporánea³⁸. Sobre este rechazo, argumenta críticamente BLANCO LÓPEZ, que el licitador constata la evidencia de las infracciones jurídicas contenidas en los pliegos, no inmediatamente tras su lectura, sino después de presentar su proposición y al ser valorada y comparada con otras presentadas. Tal como apunta, este matiz del momento de producción efectiva de la lesión en sus derechos - en la adjudicación- es clave para apreciar una posición habilitante para interponer el REC bajo una interpretación a la luz del efecto útil de la directiva de recursos³⁹ la cual que supone no aplicar la doctrina de los actos consentidos.

En esta casuística de la legitimación de aquellos que no participaron en la licitación y pretendan impugnar actos previos, los tribunales administrativos han interpretado que, en todo caso, la existencia de algún beneficio o perjuicio deberá quedar acreditado, o al menos no desacreditado. Y esta carga de prueba para el que recurre no puede carecer de

³⁷ En este sentido es ilustrativa la resolución del TARC 134/2013: “Sin embargo, afirmar como hace el órgano de contratación que el principio de congruencia impide presentar oferta en la licitación a quien interpone recurso contra los pliegos de la misma, o viceversa, puede interpretarse en un sentido restrictivo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el Art. 24 de la Constitución. (...)”. En el mismo sentido se pronuncian las resoluciones TAR ANDALUCÍA 074/2013; TAR 158/2012.

³⁸ Vid. artículo de estudio de la resolución realizado por BLANCO LÓPEZ, F. En este artículo crítica el criterio de rechazo que utiliza el Tribunal en base al principio de aceptación incondicional de los pliegos si presenta oferta. Justifica este autor que la justificación que lleva a cabo el Tribunal trae causa en la jurisprudencia del art. 145.1 TRLCSP/2011 - artículo que no ha tenido parangón alguno en el derecho comparado- y que refiere: “...su presentación presume la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas sin salvedad y reserva alguna”. Un principio de aceptación de pliegos que se constituye en *lex inter partes* sin que pueda ya reclamarse nada contra ellos puesto que el ejercicio de la autonomía de la voluntad está consagrado en art. 1091 Código Civil. Cfr. BLANCO LÓPEZ, F.; “Recurso especial en materia de contratación. Extemporaneidad”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2013, pág. 493.

³⁹ La jurisprudencia del TJUE ha destacado la necesidad de garantizar el efecto útil de la directiva 89/665 de forma que las disposiciones nacionales no obstruyan o hagan imposible la aplicación del derecho comunitario.

aptitud para participar en la convocatoria. Esta situación puede derivarse de la falta de correspondencia entre el objeto social de la empresa recurrente y el objeto de la licitación; o de la falta de la posesión de la clasificación exigida; o de carecer de la habilitación profesional o empresarial, etc⁴⁰. Es significativa la jurisprudencia administrativa que, en este sentido, ha rechazado la legitimación de una empresa licitadora cuyo objeto social es incompatible con el contrato de licitación (TAR CASTILLA y LEÓN 25/2012; TAR MADRID 049/2012)⁴¹; así como por no poseer una clasificación exigida en los pliegos (TAR CASTILLA y LEÓN 010/2013). Ahora bien, tal como establecen los tribunales administrativos, las faltas de aptitud deben ser apreciadas por el órgano de contratación en todo caso, no siendo tarea apreciable por los tribunales administrativos que conocen del recurso⁴².

ii) casos de impugnación de los actos de trámite cualificados

Bajo estos supuestos, aparte del acto de exclusión del licitador del procedimiento, la identificación de casos de actos de trámite que merecen la consideración de cualificados por los tribunales administrativos ha sido más limitada que en el caso anterior⁴³. En el caso de la legitimación en que se recurren los actos de exclusión, actos de trámite cualificados más significativos, hay que tener en cuenta el art. 151.4 del TRLCSP/2011 que impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar este acto de adjudicación a los candidatos descartados, o a los licitadores excluidos, incluyendo en la misma notificación, la información relativa a las razones que motivaron la exclusión con el fin de que licitador o candidato puedan, en su caso impugnar dicha exclusión. La interpretación de este precepto ha originado controversia sobre cuándo considerar el *dies ad quo*: si debe ser el momento en que éste es efectivamente objeto de notificación o si en otro anterior – i.e. en el que tuvo conocimiento de su exclusión-.

⁴⁰ Vid. (TARC 181/2013; TARC 279/2012; TAR MADRID 049/2012). En concreto respecto a la aptitud por adecuación de objeto social se pronuncia la resolución del TAR MADRID 084/2012: “*Los fines de X no coinciden con la totalidad del objeto del contrato y aunque pudiera admitirse una coincidencia parcial que le permitiera licitar al contrato y alegar ésta como legitimación para recurrir, tal argumentación decae desde el momento en que el ámbito territorial de sus fines está limitado al municipio de Pinto y el objeto del contrato se desarrollará en Parla, lo que le impediría ser licitador y en consecuencia ninguna ventaja puede obtener con la presentación del recurso.*”

⁴¹ Vid. Resolución 25/2012, TAR CASTILLA y LEÓN que refiere: “*En el presente caso la empresa recurre el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, pero no acredita su legitimación para interponer el recurso. El Art. X de sus estatutos señala que el objeto social consiste en “...” (...) En consecuencia, la empresa recurrente tiene un objeto social incompatible con el contrato de “...”*”. Por similar causa: TAR MADRID 049/2012.

⁴² Vid. Resolución (TARC 206/2013)] que establece: “*El órgano de contratación en su informe considera que [la recurrente] no podría resultar adjudicataria pues presume del escrito de recurso de la recurrente que no puede cumplir con el compromiso de adscripción de medios personales y materiales que exige (...) el PCAP. Ahora bien, en la medida que la recurrente ha concurrido a la licitación y no existe en el expediente, ni tampoco el órgano de contratación lo acredita en su informe más allá de referirse a una mera presunción basada en el escrito de recurso, documentación fehaciente que acredite la falta de aptitud de la recurrente de concurrir a la licitación entiende este Tribunal que XXX está legitimada para recurrir.*”

⁴³ Según el art. 40.2.b, último inciso del TRLCSP/2011): “*Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.*”

Este conocimiento de la exclusión del licitador o candidato se puede producir a menudo en un momento anterior al de la adjudicación, i.e. por colusión, si bien la normativa, sin perjuicio de que ello sea conveniente, no obliga a comunicar dicha exclusión en el mismo momento en que ésta sea apreciada pudiendo quedar diferida a un momento posterior del procedimiento su notificación. Esta duda interpretativa se ha suscitado porque tal obligación si se prevé en el art. 151.4 del TRLCSP/2011 -cuando se comunica el acto por el que se acuerda la adjudicación del contrato⁴⁴- pero no existe referencia normativa alguna a la posibilidad de que el licitador o candidato, que ha tenido conocimiento con anterioridad a la notificación de la adjudicación de su exclusión, pueda recurrir indistintamente, en ese momento, o una vez le sea notificado el acto de adjudicación. La postura de los tribunales administrativos ha sido unánime al respecto adoptando una interpretación sistemática de los arts. 40.2.b), 44.2.b) y 151.4 del TRLCSP/2011 que obligaría a concluir que la ley ha establecido en la práctica que ambas alternativas son posibles en un recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordadas por las Mesas de contratación: en un primer momento, contra el acto de trámite, que puede interponerse a partir del día siguiente a aquél en que el interesado ha tenido conocimiento de la exclusión; o en un segundo momento, contra el acto de adjudicación pudiendo interponerse en el plazo de quince días desde la notificación de la adjudicación de acuerdo con el art. 44.2 del TRLCSP/2011. Sin embargo, estas dos posibilidades apuntadas no serían acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario. De tal forma que, si la exclusión es notificada formalmente con anterioridad al envío de la notificación del acto por el que se acuerda la adjudicación, el plazo se iniciará el día de la recepción de tal comunicación. Si no se produce tal notificación previa a la del acto de adjudicación, pero el licitador o candidato conoce su exclusión por cualquier otro medio el plazo se iniciaría entonces tal como establece el art. 44.2.b)⁴⁵ una vez se “...haya tenido conocimiento de la posible infracción.” (TARC 160/2013)⁴⁶. Es de destacar que esta doctrina sí ha concretado que debe producirse un

⁴⁴ Vid. art. 151.4. del TRLCSP/2011: “La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante. La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al Art. 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos: a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura. b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta. c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas. (...)”

⁴⁵ Vid. art. 44.2.b): “Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

⁴⁶ Cfr. Resolución TARC 160/2013 que establece: “...la recurrente tuvo conocimiento de su exclusión el mismo día de la reunión de la mesa de contratación en la que se adoptó el acuerdo, es decir, el 12 de marzo de 2013, tanto por estar presente en el acto público como por haberse publicado en tal fecha en el Perfil de Contratante. Hay que señalar al respecto que los anuncios de licitación publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea, en el Diario Oficial de Extremadura y en el Perfil de Contratante señalaban las fechas de celebración de las reuniones de la mesa, así como la forma en que se darían a conocer los resultados de sus deliberaciones, indicando que se publicarían en el propio Perfil de Contratante. Además, hay constancia en el expediente remitido al Tribunal de que la comunicación a los

“conocimiento” de la exclusión que debe ir más allá del simple hecho en sí, y abarcar los motivos de la misma, así como los recursos procedentes, los plazos para su interposición y los órganos ante los que pueden interponerse (TAR MADRID 009/2012; TARC 97/2013 y TARC 137/2013)⁴⁷. Con todo, no parece que exista un criterio unívoco por parte de esta doctrina administrativa respecto a que actos en concreto deberían considerarse suficientes para poder concluir que el licitador excluido ha tenido conocimiento de su exclusión.

Otro aspecto problemático es el surgido respecto a los requisitos que debe reunir el objeto de la impugnación, ya que ésta no podrá tener como único objetivo la readmisión del licitador excluido sino, que además deberá pretender que el contrato le pueda ser adjudicado al excluido, ahora recurrente (TARC 162/2013)⁴⁸. Esta jurisprudencia también ha considerado recurrible la exclusión de un licitador por otro al que perjudica tal exclusión, siempre que esta se produzca en el momento en que es notificado el acto de adjudicación, y no en el momento en que la exclusión, como acto de trámite cualificado, es comunicada con anterioridad a aquella notificación. Sobre la posibilidad de que la exclusión de otro licitador pueda ser recurrida por otra empresa indirectamente perjudicada por tal exclusión, es paradigmática la resolución del TAR ARAGÓN 021/2013, que entiende que tal impugnación es posible una vez notificado el acto de adjudicación, pero no en el momento anterior en el que la exclusión, como acto de trámite cualificado, es notificada al licitador, pues de acuerdo con la exigencia del art.

licitadores de las deficiencias en la documentación general que debían subsanar, se llevó a cabo por esta vía de publicación en el Perfil, habiendo cumplido la recurrente con la presentación de la documentación requerida en el plazo otorgado al efecto.(...) Sentado lo anterior, y visto que el plazo transcurrido entre la fecha en que la exclusión se pone en conocimiento de la recurrente, el 12 de marzo de 2013 (...). Por el contrario, en la resolución del TAR ANDALUCÍA 107/2013 se establece: “*En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión fue adoptado por la mesa de contratación el 6 de junio de 2013 y consta en el acta de la mesa, la asistencia al acto público de la misma de un representante de la empresa recurrente. Ahora bien, dicho acuerdo no se le notificó por escrito a la recurrente, pero se le puso de manifiesto en el acto de vista del expediente que tuvo lugar el 24 de junio de 2013, por lo que el cómputo del plazo para interponer el recurso se ha de hacer desde el día 25 de junio.*”

⁴⁷ En concreto la resolución del TAR MADRID 009/2012 puntualiza: “*Por otro lado además de contener los motivos de la exclusión, para que la notificación surta efectos como dies a quo del término inicial del cómputo del plazo, la misma debe cumplir todos los requisitos formales para ello previstos en los arts. 58 y 59 de la (LRJ-PAC), singularmente la indicación del régimen de recursos procedente contra el acto de trámite de exclusión impugnado. De esta forma en el caso que ahora nos ocupa al no reunir la comunicación de la exclusión en el acto de la apertura de pliegos del día 24 de noviembre de 2011, los requisitos expuestos, dicha fecha no puede ser tenida en cuenta como dies a quo para el cómputo del plazo de presentación del recurso especial, debiendo considerarse que el mismo se interpuso dentro del plazo.*” En la resolución del TARC 060/2013 se hace referencia al caso al que el licitador de modo incompleto le ha sido comunicada su exclusión, podrá esperar para recurrir a que la misma le sea comunicada a través de la notificación del acto de adjudicación. Ahora bien, también podrá, en este caso alternativamente, formular el recurso en este momento en que tiene conocimiento –incompleto- de su exclusión.

⁴⁸ Vid. Resolución del TARC 162/2013: que establece: “*...aun cuando prosperase su recurso y se declarase que su proposición no debió ser excluida, quedaría clasificada sólo en cuarto lugar, sin posibilidad alguna de resultar adjudicataria, dada la puntuación obtenida en la oferta técnica. (...) En el caso que nos ocupa, procede inadmitir el recurso de XXX pues, aunque es comprensible su interés por defender la viabilidad de su proposición, únicamente puede perseguir la defensa genérica de la legalidad, en cuanto que no puede resultar adjudicataria del contrato en modo alguno ni obtener ninguna ventaja directa e inmediata de la modificación del acuerdo adoptado.*”

40.2.b. tales efectos tan sólo se producen respecto al licitador excluido, y por lo tanto único está legitimado en ese momento para recurrirla⁴⁹. Dentro de los actos que suponen la exclusión del licitador cabe señalar como susceptible de ser objeto de REC aquél por el que se excluye al licitador una vez su oferta es señalada como la más ventajosa, pero incumple lo preceptuado en el art. 151.2 TRLCSP/2011⁵⁰, al no haber presentado la documentación relativa al cumplimiento con las obligaciones tributarias, Seguridad Social, Garantía, y/o medios adscritos necesarios para que tenga lugar la adjudicación del contrato (TAR CASTILLA y LEÓN 017/2013; TAR ANDALUCÍA 025/2012).

iii) casos de impugnación de los actos de adjudicación

A priori, respecto a la legitimación relativa a los actos de adjudicación, una interpretación literal de la redacción del art. 37.3 LCSP/2007 “*El recurso podrá interponerse por (...) y, en todo caso, por los licitadores.*”, nos permitía considerar que cualquier licitador que no hubiera sido previamente excluido, se encontraría legitimado para impugnar la adjudicación del contrato. Sin embargo, esta regla también sería matizada por los tribunales administrativos. La doctrina recaída ha adoptado un criterio restrictivo, siendo necesario apreciar como posible el hecho de que, de prosperar el recurso, el recurrente obtuviese un beneficio cierto a su favor, de modo que, si tal posibilidad no se diese, el recurrente que ha participado en el procedimiento de contratación, carecería de legitimación para interponer el recurso. Esta postura doctrinal ha supuesto descartar como admisibles ciertos supuestos como aquel que pretendiéndose sólo la exclusión del licitador propuesto como adjudicatario, tal pretensión sea reivindicada por aquél cuya oferta, efectuada la valoración correspondiente, no se encontrase situado en segundo lugar, pues en efecto, de prosperar su reclamación no sería él quien obtuviese el beneficio, la adjudicación del contrato, sino un tercero, aquél cuya oferta ha sido valorada como la segunda más ventajosa siendo representativas en este sentido las resoluciones TAR MADRID 043/2012; TARC 171/2013. Para otros tribunales, sin embargo, tal razonamiento no es causa suficiente, pues se basa en una mera suposición de algo posible que no sustenta un interés real, efectivo y actual, exigiendo, para reconocer la legitimación, que existan indicios ciertos de que en su caso se reiniciara el procedimiento y que el licitador excluido tiene en la misma posibilidad de resultar adjudicatario (TARC 239/2012)⁵¹. Otras resoluciones administrativas han matizado este criterio declarando como admisibles aquellas

⁴⁹ Es también significativa la resolución del TAR ANDALUCÍA 086/2013 en la que se reconoce legitimación a los trabajadores de una empresa –actual adjudicataria del contrato que ahora se licita nuevamente- para recurrir el acto por el que se excluye a su empresa del proceso de contratación.

⁵⁰ Vid. art. 151.2 TRLCSP/2011: “*El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al Art. 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos*”.

⁵¹ Con similares argumentos es significativa la resolución del TAR ANDALUCÍA 103/2013, que también considera al recurrente legitimado, al entender que el supuesto de declararse desierto, existen indicios suficientes de que el procedimiento de contratación volvería a iniciarse.

posiciones en las que la pretensión de que el contrato no sea adjudicado a favor del propuesto como adjudicatario, es una posibilidad más, de entre las muchas existentes, de accionar contra el acuerdo de adjudicación adoptado. La pretensión podría contener así otros *petitum* –i.e. que se rectifique la valoración dada al recurrente de modo que, superando la de los demás partícipes, resultase él adjudicatario del contrato; o que se pretenda la exclusión no sólo del adjudicatario sino de todos los partícipes, o la de aquellos con una puntuación superior a la del recurrente- en cuyo caso también se encontraría legitimado el licitado excluido para interponer el REC (TAR MADRID 024/2013; TAR MADRID 107/2013; TAR ANDALUCÍA 103/2013).

Esta doctrina restrictiva respecto al licitador excluido que impugna el acto de adjudicación, también ha sido mantenida por el TJUE sobre la base del art. 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, siendo ejemplificativa la sentencia de 4 de julio de 2013, asunto *Fastweb* C-100/12⁵², que había esbozado unos principios sobre los cuales un licitador cuya oferta hubiese sido rechazada definitivamente por un poder adjudicador y que, por lo tanto, no fuera licitador afectado a efectos del art. 2 bis de la Directiva 89/665, se le podría negar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación y contra la celebración del contrato, aunque sólo se hubiesen presentado ofertas dos licitadores y la oferta del licitador seleccionado a quien se le había adjudicado el contrato, según alegaba el licitador no afectado y autor del recurso, también debía haber sido rechazada. Sin embargo, la reciente sentencia recaída en el asunto C-355/15⁵³

⁵² En la sentencia de 4 de julio de 2013, *Fastweb* C-100/12 se falla a favor de una interpretación *pro actione* basada en el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665/CEE [Directiva de recursos] (...) en la que el tribunal entiende que dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que a un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo no pudiéndosele negar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando el licitador excluido y el adjudicatario del contrato son los únicos que han presentado ofertas y aquel licitador sostiene que la oferta del adjudicatario también debería haber sido rechazada. La cuestión prejudicial había sido planteada por órganos jurisdiccionales italianos y versaba sobre un contrato que había sido adjudicado a una empresa y recurrido en base a lo establecido en la Directiva de recursos (89/665/UE) por otro licitador. Presentado el recurso ante el órgano jurisdiccional, la empresa adjudicataria planteó a su vez un recurso incidental, previsto en la normativa italiana, en el que se alegaba que la oferta no aceptada del recurrente debería haber sido excluida por no cumplir una de las exigencias mínimas previstas en el pliego de condiciones. Analizada por el tribunal nacional, este considera que ambos recurrentes tienen razón y que en consecuencia deben ser excluidos. El TJUE aprecia sin embargo legitimación porque existe un interés legítimo en que se excluya la oferta del adjudicatario, ya que dicha exclusión puede llevar en su caso a que la entidad adjudicadora no pueda proceder a la selección de una oferta adecuada. Esta interpretación estableciendo el derecho de los licitadores no excluidos definitivamente a recurrir, en particular, contra las decisiones de adjudicación de contratos adoptadas por las entidades adjudicadoras, sería también mantenida en la STJUE de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13 y confirmada recientemente por la STJUE de 11 de mayo de 2017, *Archus y Gama*, asunto C-131/16 en la que se concluye que el licitador excluido se encuentra legitimado para pedir la exclusión del adjudicatario, si con la misma logra que el procedimiento sea declarado desierto, siempre y cuando su propia exclusión no haya devenido firme. Con este pronunciamiento se resolvía la aparente contradicción que se podría haber establecido respecto a la STJUE recaída en el asunto C-355/15,- también relativa a un procedimiento de contratación en el que participaban dos licitadores y uno de los cuales había sido excluido-, en la que la falta legitimación se basó en que la exclusión del recurrente había sido confirmada por una resolución que había adquirido fuerza de cosa juzgada, y por lo tanto, definitiva.

⁵³ El considerando 35 de la sentencia del Asunto C-355/15 (21/12/16) que refiere: “*En estas circunstancias, no cabe interpretar el Art. 1, apartado 3, de la mencionada Directiva en el sentido de que*

resuelta por TJUE con ocasión de una cuestión prejudicial planteada ha venido a sentar un cambio de criterio respecto a esta cuestión que puede suponer un punto de inflexión respecto a la doctrina adoptada por los tribunales administrativos en España y la sentencia antes aludida. Este nuevo pronunciamiento del TJUE establece que el art. 1.3 de la Directiva 89/665/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que a un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando el licitador excluido y el adjudicatario del contrato son los únicos que han presentado ofertas y aquel licitador sostiene que la oferta del adjudicatario también debería haber sido rechazada. Este reconocimiento del tribunal ha fallado ahora en un sentido en el que no se requiere la acreditación de indicios de que una nueva licitación tenga lugar.

En esta línea menos restrictiva también se han pronunciado algunos supuestos admisibles por los tribunales administrativos como aquellos en los que por el desarrollo del proceso de selección que ha tenido lugar, tal empresa considerase que en el procedimiento de contratación no se han seguido las pautas establecidas en los pliegos, y que tal desarrollo pudiese haber permitido su participación y/o la adjudicación del contrato a su favor, se considera que la empresa que no ha participado en el procedimiento se encuentra legitimada para interponer REC contra el acto de adjudicación (TAR ARAGÓN 38/2013).

iv) casos de impugnación de los modificados del contrato

Sobre la falta de legitimación del adjudicatario para interponer el REC contra las modificaciones contractuales previstas del contrato habría que tener en cuenta lo establecido en el art. 40. 2 de la Ley⁵⁴. En virtud del mismo, cabe la interposición del REC contra las modificaciones contractuales previstas en el pliego, que incumplan los presupuestos para llevarla a cabo. En expresión del TAR ARAGÓN: *“Ello no obstante, y sin entrar a analizar si la modificación que se propone estaba o no prevista en el contrato, de lo anteriormente descrito se constata que la posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los*

se opone a que a un licitador como el consorcio se le niegue el acceso al recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, en tanto en cuanto deba considerarse a dicho consorcio un licitador definitivamente excluido en el sentido del Art. 2 bis, apartado 2, párrafo segundo, de la misma Directiva”. Y en su fallo declara: “El Art. 1, apartado 3, de la Directiva 89/665/CEE (...), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que a un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando el licitador excluido y el adjudicatario del contrato son los únicos que han presentado ofertas y aquel licitador sostiene que la oferta del adjudicatario también debería haber sido rechazada”.

⁵⁴ El art. 40.2 TRLCSP/2011 establece: *“Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.”.*

elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «ius variandi» en la medida en que está juego la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «ius variandi» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito.» (TAR ARAGÓN 003/2013). Por otra parte es de destacar que la doctrina ha criticado la inclusión del último párrafo de este apartado 2 del art. 40, que tuvo lugar a través de la disposición final primera de la *Ley 24/2011, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, - ...las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, (...), sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación...-* toda vez que cabe entender que una modificación contractual no prevista –las denominadas *modificaciones legales-*, pueden interpretarse como una nueva adjudicación, por lo que su exclusión del ámbito de aplicación del REC, debería considerarse como contraria a las Directivas de Recursos, y en base a la primacía del derecho comunitario sobre el nacional debería llevar a la inaplicabilidad de este último (STJUE, de 2 de junio de 2005, Asunto C-15/04, Koppensteiner GmbH).

v) el supuesto especial de la Unión Temporal de Empresas

Este supuesto lo constituyen todos aquellos casos en los que una empresa licitadora se halla formando parte de una UTE. En estos casos se ha venido reconociendo legitimación, puesto que basta probar que existe un interés legítimo de cada una de las integrantes de la UTE que le vincula con la licitación por su condición de participe en dicho procedimiento. Las dudas interpretativas se han venido planteando respecto a la exigencia de si deben ser todos los integrantes de la UTE quienes planteen el recurso, o si es posible que el mismo sea interpuesto por sólo uno o varios de los participantes en la UTE, y no por la totalidad. La interpretación mantenida por el TS ha sido clara, entre otras, las sentencias STS 1206/2005 y STS 1968/2008 son representativas, las cuales reconocen legitimación activa a cualquiera de los integrantes de la UTE para litigar en beneficio de la comunidad “*con la única consecuencia de que la sentencia dictada a su favor aproveche a los demás, sin que les perjudique la adversa o contraria*”. Ahora bien, cuando la interposición del recurso fuere individual, bien por uno sólo, bien por varios de los integrantes de la UTE pero no por la totalidad, se ha de acreditar la existencia de una voluntad común de los integrantes, por lo que no existirá tal legitimación cuando algún otro de los integrantes se muestre contrario o no favorable a la presentación del recurso (STS 4257/2009; TAR CASTILLA y LEÓN 002/2013; TAR ARAGÓN 036/2013; TAR ARAGÓN 047/2012). La doctrina también se ha ocupado de puntualizar que no tendría legitimación respecto a aquella empresa perteneciente a la UTE que no reuniese los requisitos necesarios para llegar a ser adjudicataria, como puede ser por carecer de la clasificación requerida para concurrir en la licitación. En Cataluña, el Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y se aprueba su organización y su funcionamiento, ya de modo expreso ha reconocido la competencia de cualquiera de los

miembros de la UTE para interponer recurso⁵⁵. El Reglamento de 2015 ha venido a aclarar *ex lege* esta cuestión reconociendo la doctrina existente hasta el momento⁵⁶.

B) Legitimación de otros sujetos que no participan en la licitación

Además de otros supuestos singulares que se han descrito anteriormente, la legitimación para recurrir los actos previos señalados en el art. 40.2.a) del TRLCSP/2011, se extiende también a aquellos otros que sin pretender participar en la contratación invocan la potencial lesión de un derecho propio, o la defensa de intereses de terceros para cuya defensa se encuentra habilitados por las leyes. Entre los sujetos no participantes en el procedimiento de contratación merece una atención especial los supuestos siguientes:

i) el supuesto del sindicato o un comité de empresa

Cuando el recurrente es un sindicato o un comité de empresa se tiene legitimación si se constata una verdadera conexión directa entre el recurso y los intereses de los trabajadores representados por la organización. En este supuesto también se aplica la doctrina general del interés legítimo, en virtud de la cual, la jurisprudencia del TC (STC 007/2001, STC084/2011, entre otras) ha precisado que los sindicatos no son “guardianes abstractos de la legalidad” y deben probar para cada REC también un interés en sentido propio, específico y cualificado⁵⁷. En concreto el TC también se ha reiterado en la aplicación de la teoría general del interés legítimo para este supuesto, esto es, siendo necesario que se aprecie ventaja o utilidad que obtendría el comité de empresa o sindicato recurrentes en caso de prosperar la pretensión ejercitada. De esta jurisprudencia se desprende el reconocimiento de que los sindicatos, tanto por el reconocimiento expreso de la CE como por obra de los Tratados internacionales, tienen atribuida una función genérica de representación y defensa, y no sólo de los intereses de sus afiliados, sino también de los intereses colectivos de los trabajadores en general; sin embargo, respecto de la legitimación procesal debe concretarse, en cada caso, mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada. Así en base a la existencia o no de ese vínculo entre los fines del sindicato y las pretensiones ejercitadas, en un mismo recurso se ha reconocido legitimación a un sindicato para impugnar ciertas cláusulas de los pliegos, en tanto no se le reconoce para impugnar otras⁵⁸. Sensus contrario no se ha apreciado en el caso de una subrogación de empresa como se establece en el caso resuelto por el TARC 277/2011. Así, en consecuencia, tendrían legitimación si recurren los pliegos que rigen la contratación en lo relativo a los horarios y los contratos de los trabajadores en los que debería subrogarse la empresa adjudicataria⁵⁹; o cuando la impugnación es un medio para proteger al colectivo de funcionarios representado, y evitar que sus funciones se ejerzan por terceros⁶⁰. La

⁵⁵ Vid. art. 16.2.

⁵⁶ Vid. art. 24. 5 del Reglamento de 2015.

⁵⁷ Por todas, SSTC 210/1994, 101/1996, 24/2001, 84/2001 y, recientemente, STC 58/2011.

⁵⁸ En la reciente sentencia de la AN se mantiene una interpretación *pro actione* -en contra de lo mantenido en la resolución del TARC 173/2015- que sostiene una legitimación activa de un sindicato para impugnar cuestiones laborales que afectan de modo singular a la relación de los trabajadores con su empresa. Vid. También resolución TAR MADRID 95/2013.

⁵⁹ Acuerdo 1/2012, de 4 de enero de 2012, del TAR ARAGÓN.

⁶⁰ Vid. Resolución 109/2012, de 6 de noviembre de 2012, TAR ANDALUCÍA.

afectación al interés legítimo en estos casos, deriva de evitar perjuicios para los trabajadores afectados lo que origina una conexión directa legitimadora para la interposición del REC. Por el contrario, se niega legitimación cuando no se consigue probar ningún vínculo directo entre los intereses de los trabajadores representados, o, dicho de otro modo, el beneficio o perjuicio que sufrirían, y el asunto planteado⁶¹; o cuando simplemente se alegan “perjuicios hipotéticos” para los trabajadores⁶². Por lo tanto, cuando no existe ese vínculo directo entre los fines y ámbito del sindicato y el objeto del recurso, éste será inadmitido por falta de legitimación. En este sentido es significativa la resolución del TAR ANDALUCÍA 101/2013 que niega la legitimación por la falta de acreditación de un interés cualificado y específico. Estos reconocimientos jurisprudenciales han sido confirmados con la mención expresa que brindará la nueva Ley de Contratos del Sector Público en cuya redacción de su art. 48 se reconoce legitimación a los sindicatos *cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación.*

ii) el supuesto de los delegados de los trabajadores y los trabajadores

Similares criterios se mantienen respecto a la legitimación de los delegados de los trabajadores, o los propios trabajadores. Es representativa de esta legitimación la resolución TARC 292/2012, en la que se reconoció legitimación a determinadas personas, en su condición de trabajadoras de la empresa de limpieza para mediante la interposición del REC para impugnar los pliegos de prescripciones técnicas que habían de regir la contratación del servicio de limpieza. Con igualdad de criterio se ha apreciado para los delegados de los trabajadores resulta ilustrativa la resolución TAR ANDALUCÍA 086/2013.

iii) el supuesto de las asociaciones de empresas y los colegios profesionales

Las asociaciones de empresas también pueden estar legitimadas para interponer el REC. Las premisas señaladas, y desarrolladas en la resolución del TARC 172/2013, respecto a la legitimación activa de los sindicatos, han sido aplicables a estos supuestos, variando el ámbito de representación, a las organizaciones empresariales, asociaciones y, en definitiva, a cualquier entidad representativa de grupos de personas tanto físicas como jurídicas en la defensa de los intereses generales de sus asociados. Han sido muchos y variados los supuestos en los que se reconoce la legitimación respecto a las asociaciones y federaciones empresariales (TARC 132/2013; TAR ARAGÓN 048/2013; TAR CASTILLA y LEÓN 018/2012; TAR MADRID 108/2013; TAR MADRID 080/2013. Respecto a la legitimación de los colegios profesionales lo han sido las resoluciones del TARC 126/2013; TAR ARAGÓN 045/2013; TAR ANDALUCÍA 076/2013; TAR

⁶¹Vid. Resolución 89/2011, de 23 de marzo de 2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TARC); Acuerdo 18/2011, de 8 de junio de 2011, TAR MADRID; Resolución 111/2012, de 9 de noviembre de 2012, TAR ANDALUCÍA.

⁶² Vid. Resolución 44/2012, de 25 de abril de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía TAR ANDALUCÍA.

ANDALUCÍA 002/2013. En todos estos supuestos, el interés que preside el recurso es el interés en la defensa genérica de la legalidad, así como la defensa de los intereses de los asociados mediante la recurrente, en cuanto a posibles participantes en la licitación. Sin embargo, en todo caso debe constatarse el vínculo entre el objeto social de los asociados y la licitación sino no existiría legitimación.

Merece especial atención, los pronunciamientos del TAR ANDALUCÍA que han venido avalando un concepto amplio de legitimación en muchos acuerdos (Acuerdo 45/2013 en relación al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid; el Acuerdo 54/2013 en relación a la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos; y el Acuerdo 57/2013, respecto de la Federación de Empresas de Transportes de Mercancías de Zaragoza, respecto de asociaciones o colegios profesionales). Esta doctrina sería reconocida por el Reglamento del 2015 que ha reconocido legalmente la legitimación para impugnar actos del órgano de contratación a las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato, pero únicamente *“cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”*. En este mismo sentido se recogerá en el nuevo art. 48 sobre legitimación dedica la nueva ley de contratación pública al establecer que (en) todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados. La impugnación únicamente podrá, por ello, referirse a las resoluciones de aprobación de los pliegos ya que la impugnación de los acuerdos de exclusión de un licitador o de adjudicación del contrato no suponen la defensa de intereses colectivos, estándoles vedada, en consecuencia, esta posibilidad.

iv) el supuesto de los grupos municipales

La legitimación de los grupos municipales está estrechamente vinculada con la legitimación del concejal. En concreto, respecto a éste, existe acuerdo en la doctrina de los tribunales administrativos, en considerar, al amparo de lo dispuesto en el art. 63.1.b), de la LRBL, que los concejales a título individual se encuentran legitimados para recurrir los pliegos aprobados por el pleno de la corporación municipal salvo en el caso de que, formando parte del órgano colegiado que haya adoptado el acuerdo aprobatorio de los mismos, no hayan votado en contra de su adopción (TARC 125/2013; TAR ANDALUCÍA 089/2013). La apreciación de la legitimación de los grupos municipales ha encontrado eco en varios pronunciamientos. Destaca la doctrina mantenida por el TACR, que considera que el grupo municipal tiene *“capacidad para ser parte”* a pesar de carecer de personalidad jurídica distinta de sus integrantes, pero no lo está para recurrir la aprobación del expediente de contratación ni los pliegos aprobados por el Ayuntamiento del que forman parte (TARC 057/2013; TARC 203/2013). Así se mantiene también por el TAR MADRID (TAR MADRID 002/2012; TAR MADRID 68/2013), que considera legitimado al grupo municipal a recurrir los pliegos cuando todos sus integrantes hubieran votado en contra de su aprobación y anunciado su intención de recurrirlos. Esta postura de los TAR MADRID y también del TAR ARAGÓN⁶³ basa la legitimación del grupo municipal, solo en el caso de que conste que todos y cada uno de sus miembros votaron en contra del acuerdo recurrido y expresaron

⁶³ Cfr. en TAR MADRID 68/2013 y en la Memoria 2012-2013 del mismo tribunal, pág.19.

su decisión de recurrir el acto. Tales posicionamientos parecen revelar que la diferencia no estriba tanto en la necesidad de acuerdo de todos los integrantes del grupo municipal, como en el reconocimiento o no de la posibilidad de que éste pueda ir más allá de la mera defensa de la legalidad, lo que en efecto no constituiría causa suficiente para fundar la legitimación con base en el art. 42 del TRLCSP/2011.

C) La polémica suscitada en la legitimación de sujetos especiales: el supuesto del concejal

En el estudio de este tipo de supuestos especiales, es significativo el caso del concejal cuando pretende impugnar una irregularidad en la contratación pública que se lleva a cabo en una corporación. Tal como hemos apuntado anteriormente, en muchos de estos casos resulta clave dilucidar la existencia de una conexión específica entre el acto impugnado y la actuación o el estatuto de la profesión, y ello obliga inexcusablemente a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto en cada caso concreto. El caso de la legitimación del concejal constituye un caso paradigmático y representativo de las dificultades de dilucidar los criterios interpretativos de la legitimación en derecho administrativo por cuanto se han desplegado diversas líneas argumentales al respecto. Sobre este supuesto especial ha girado un interesante debate doctrinal y jurisprudencial en el que han surgido planteamientos relacionados con fundamentos constitucionales y de atribución excepcional *ex lege* que difieren de los que se han utilizado para justificar la legitimación en los sujetos que hasta el momento hemos analizado⁶⁴.

Las primeras resoluciones de los tribunales administrativos se apoyaron en la doctrina de considerar la legitimación del concejal partiendo de las reglas generales de la legitimación en la jurisdicción contencioso-administrativa que se deducen del art. 19.1.a LJCA. Bajo éstas, el concejal estaría habilitado para impugnar los acuerdos de órganos unipersonales o de órganos colegiados en los que no participa, tanto en su condición de particular como de representante de los ciudadanos, siempre que demostrase ostentar un interés legítimo afectado por la actuación impugnada. Junto a este supuesto general de legitimación coexiste una regla especial relativa a los miembros de los órganos colegiados que el art. 20.a LJCA completa al mencionado art. 19.1.a LJCA que establece la regulación general. Conforme a este precepto se debe negar legitimación general a los órganos de una entidad pública que pretendan interponer recurso contencioso-administrativo contra actos y disposiciones de la misma entidad⁶⁵. Esto significa que, conforme a esta regla, un concejal no puede interponer recurso contra los actos y disposiciones emanados de la corporación local. Ahora bien, a su vez esta regla contenida en el art. 20.a LJCA tiene una excepción establecida por la legislación local en relación con los concejales en virtud del art. 63.1.b LBRL. Esta disposición del

⁶⁴ La legitimación sobre sujeto ha generado todo un debate doctrinal que descansado en el hecho la inexistencia de una interpretación *pro actione* basada en la legislación comunitaria y la búsqueda de un soporte legal para apreciarla en nuestro derecho. Esta cuestión del concejal ha merecido un abordaje exhaustivo por DÍEZ SASTRE.

⁶⁵ El art. 20.a) LJCA establece: “No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública: a. Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente”.

régimen local que podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos. El legislador español permite así, a los concejales impugnar un acuerdo con base en su ilegalidad, *aunque no tengan un interés legítimo afectado*. La legitimación del art. 63 LBRL constituye, por tanto, una legitimación *ex lege* para el contencioso-administrativo, y *mutatis mutandis* en la jurisdicción administrativa⁶⁶, desconectada de la idea de interés legítimo que, a priori, parece proyectarse únicamente sobre los acuerdos de los órganos de los que se forma parte y respecto a los que se votó en contra.

Desde la jurisprudencia constitucional, la STC 173/2004 supuso un espaldarazo a esta atribución de legitimación *ex lege*. En este recurso de amparo se fundamentó la vulneración por la sentencia en apelación del art. 24.1 CE para defender la atribución de legitimación del concejal. En concreto, se aducía la violación del derecho de acceso a la jurisdicción del concejal recurrente, reconocido en el art. 63 LBRL en conexión con los arts. 19.1 y 20 LJCA. En los fundamentos jurídicos, el TC afirma que el interés legítimo debe interpretarse con base en el principio *pro actione* y que la legitimación *ex lege* referida a los concejales ex art. 63 LBRL deriva “*del mandato representativo recibido de sus electores*” y “[*n*]o se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan [...] y que se traduce en un interés concreto – inclusive puede hablarse de una obligación– de controlar su correcto funcionamiento” (FJ 4). Desde la academia este reconocimiento de la legitimación de los concejales en función de su representación democrática se ha calificado de un *tertium genus* entre la legitimación general del art. 19.1 LJCA, apoyada en la idea de interés legítimo, y la acción pública, configurada sectorialmente por el legislador.

También existe un acuerdo mayoritario deducido de la doctrina de los tribunales administrativos en considerar, al amparo de lo dispuesto en el art. 63.1.b), de la LRRL, que los concejales a título individual se encuentran legitimados para recurrir los pliegos aprobados por el Pleno de la Corporación municipal salvo en el caso de que, formando parte del órgano colegiado que haya adoptado el acuerdo aprobatorio de los mismos, no hayan votado en contra de su adopción (TARC 125/2013; TAR ARAGÓN 066/2013; TAR ANDALUCÍA 089/2012; y TAR ARAGÓN 44/2012)⁶⁷. De entre toda esta doctrina administrativa el acuerdo del TAR ARAGÓN 44/2012 ha resultado ser todo un referente paradigmático en la formación de esta base doctrinal. En este

⁶⁶ Tal como argumenta DÍEZ SASTRE, en este punto hay que tener en cuenta que la jurisprudencia contencioso-administrativa que entiende que la legitimación especial del concejal se proyectaría también sobre la vía administrativa, como contencioso-administrativa. Cfr. DÍEZ SASTRE...*opus cit.*, p. 311.

⁶⁷ El acuerdo del TAR ANDALUCÍA 089/2012 estableció: “*En el caso que ahora nos ocupa, los recurrentes [concejales] no concretan el interés público que dicen defender, ni el beneficio que pretenden obtener. Parece que el interés que preside el recurso interpuesto es la subsanación de determinadas deficiencias del PPT relativas a la extensión del servicio objeto del contrato y que pueden afectar a las necesidades de los vecinos del municipio cuyos intereses colectivos, de forma genérica, representan dichos Concejales. Por tanto, parece que el interés que preside el recurso interpuesto, en este último aspecto, va más allá de la defensa genérica de la legalidad, por lo que cabe admitir legitimación ad causam...*”]

pronunciamiento se vendría a interpretar que el derecho a la tutela judicial efectiva atribuye legitimación activa amplia a todos aquellos titulares de derechos e intereses legítimos, e impone una obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales brindan respecto a la posibilidad de acceder a los procesos administrativos o judiciales. Este acuerdo se apoyó en todo un elenco de otros acuerdos dictados anteriormente por el propio TAC ARAGÓN (Acuerdo 36/2012, y Acuerdo 38/2012,); del TAC MADRID (Resolución 11/2011); y del TARC (Resolución 122/2012); así como en sentencias del TC como la arriba aludida (STC 173/2004). En suma, la argumentación establecida en el Acuerdo 44/2012, relativo a la legitimación de los concejales, y que sirve de base a la formación de esta postura mayoritaria se puede sintetizar en varias premisas. En primer lugar, se asume que el TRLCSP/2011 optó de inicio por un régimen de legitimación amplio, donde basta el interés legítimo para poder interponer el REC, siendo éste el criterio mantenido en la jurisprudencia por el TC entendido como una titularidad potencial de una ventaja o utilidad jurídica. En segundo lugar, se reconoce que, junto a esa legitimación general basada en el interés legítimo, existe una legitimación *ex lege* derivada del mandato representativo recibido de sus electores, en una interpretación conjunta de los arts. 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL. Y, en tercer lugar, que la jurisprudencia sobre la legitimación del concejal se debería aplicar no sólo en vía contencioso-administrativa sino también en vía administrativa, sobre la base del principio general de quien puede lo más, puede lo menos.

A la par de esta postura se han significado *otras minoritarias* contrarias a tal interpretación y que ha tenido sustento en el voto particular del acuerdo 44/12 del TAR ARAGÓN. En la argumentación sostenida por este voto particular del magistrado Jesús Colás Tenas, se fundamentó ampliamente la carencia de legitimación del concejal recurrente sobre la base de que la legitimación que exige el art. 42 TRLCSP/2011 debe realizarse de manera estricta. El vocal la cuestiona por la falta de concreción de los intereses legítimos que se han visto *perjudicados, o pueden resultar afectados que le legitime para la interposición del recurso especial; en la condición del concejal ajeno al mundo empresarial, al mercado de la contratación pública, y en su consecuencia, al sistema de reglas sobre su competencia que el recurso especial y el Tribunal están llamados a garantizar; y manifestando que entender lo contrario sería admitir la legitimación para interponer el REC a quien invoca la defensa de la legalidad lo cual equivaldría a defender la existencia de una acción pública en nuestro Derecho en materia de contratación del sector público.* Otra postura, también crítica y significativa, es la argumentada en el voto particular en la STC 173/2004. Esta ha contrastado en primer lugar con la interpretación que se mantuvo en esta misma sentencia 173/2004, en la que el magistrado Vicente Conde Martín de Hijas en voto particular, rebate la argumentación de una apreciación de un *tertium genus* en la legitimación del concejal articulada sobre los arts. 63 LBRL y 20 LJCA es un ejercicio artificioso. A su juicio, esta interpretación conjunta que se realiza es simplemente una concreción del art. 19.1.a LJCA, del interés legítimo en defender el criterio mantenido en la votación; y ello, entiende, no es más que una “manifestación singularizada de un tipo de interés legítimo” (FJ 2). Además, se sostiene también que la sentencia parte de una premisa errónea: que el concejal está legitimado plenamente y que el interés concreto en el buen funcionamiento de las corporaciones es algo distinto de un interés abstracto en la legalidad (FFJJ 3 y 4).

Desde la academia han tenido eco voces críticas aduciendo que, de seguirse la doctrina mayoritaria, no cabría más que calificar a la legitimación del concejal para recurrir los acuerdos municipales relativos a contratación, como una *legitimación ad causam genérica*, y de lo cual podría colegirse que tal interpretación nos situaría ante una expresión que contendría una contradicción en sus propios términos. Entre estos autores críticos, destaca la argumentación sostenida por DÍEZ SASTRE que destaca que “... *incluso aceptando la posibilidad de que la legitimación del concejal ante la jurisdicción contencioso-administrativa se extienda a los recursos administrativos ordinarios –obligatorios o no-, no cabe realizar una interpretación extensiva de la excepción del art. 63.1.b. LRBRL a sectores donde el propio legislador ha establecido un régimen de recursos ad hoc, con una dinámica de funcionamiento específica. Es el caso de la vía de reclamación económico-administrativa o del recurso especial en materia de contratación pública*”. Esta autora viene a mantener que, si bien a la luz constitucional se entiende como un deber de extender cualquier medio de recurso a los concejales ex art. 24.1 CE, ello no implicaría extender la legitimación al concejal a la legitimación del REC. En este sentido apunta la mencionada autora que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, bajo la interpretación constitucional, solo exige que los concejales puedan acceder a la jurisdicción para defender el correcto funcionamiento de la Corporación, y esto es, la legalidad, a modo de acción pública. Según este criterio sólo correspondería al legislador determinar qué recursos específicos establece, como sería el caso del REC, puesto que lo contrario significaría alterar el sistema ya diseñado por el legislador y *desligar el debate de la relación de quién puede lo más, puede lo menos*. Bajo esta postura el REC debería ser contextualizado como un producto de una necesidad específica, para la protección ágil y rápida de los intereses afectados o perjudicados por los procedimientos de contratación pública, de ahí que dada esta especialidad y su carácter potestativo no sea posible entender una extensión de la legitimación al concejal, en su condición de tal, en virtud de la jurisprudencia constitucional aludida.

Otras críticas son las que defendido desde la academia autoras como ALONSO MAS y CARBONEL PORRAS⁶⁸, las cuales han puesto en tela de juicio esta legitimación específica de los concejales criticando también que se utilice esa conexión integradora entre el art. 63 LBRL y el art. 20 LJCA, aunque no por la inconstitucionalidad del art. 63 LBRL. Sostienen que a tenor de esta jurisprudencia constitucional, aunque no aparece explícitamente en ésta, la apreciación que vincula el art. 63 LBRL en conexión con el acceso a la jurisdicción consagrado en el art. 24.1 CE únicamente brinda el acceso a la jurisdicción, esto es, a la posibilidad de que un juez conozca del asunto pero no se extendería a todo el ámbito de los recursos administrativos si no tan solo a aquellos que constituyan vía previa obligatoria para acceder a la jurisdicción, y sobre los que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se proyectaría obre ellos. Es decir, solo cuando el recurso administrativo constituya un requisito de acceso a la jurisdicción, sí sería posible interpretarse la legitimación conforme al derecho de acceso

⁶⁸ María José ALONSO MAS: «La legitimación...», cit., p. 152; Eloísa CARBONELL PORRAS: «El interés...», cit., p. 211.

a la jurisdicción que ha identificado el TC. Sin embargo, este planteamiento habría perdido fuerza si finalmente se hubiese establecido una naturaleza obligatoria de haberse aprobado varias de las enmiendas que se habían planteado en la tramitación de la nueva ley de contratación pública⁶⁹.

Este debate doctrinal sobre la base de esta jurisprudencia constitucional y administrativa que ha sostenido esta legitimación *ex lege* del concejal sería zanjado con la aprobación 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*. Este reglamento otorgó legitimación, de conformidad con el art. 63 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local, a los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdo impugnados. En este caso particular, habría que considerar, que esta atribución no se encuentra limitada a la impugnación de los pliegos, sino que puede extenderse a todos los actos dictados por el órgano de contratación y que el recurrente considere lesivos para la entidad local.

IV.- REFLEXIONES FINALES: LA LEGITIMACIÓN A LA LUZ DEL EFECTO ÚTIL DE LAS DIRECTIVAS

Tras estos seis años de funcionamiento del REC, la legitimación como epicentro de su sistema procesal se ha revelado como un parámetro apropiado para evaluar cómo ha operado el REC respecto a su finalidad de tutela y defensa de los licitadores y terceros ante los incumplimientos e irregularidades en la contratación pública en nuestro país. A nivel práctico, la valoración general de este medio de impugnación es calificada hoy en día de positiva, a la luz del incremento constante del número de interposiciones que se observa, en cuya tendencia ha incidido de forma inequívoca tanto la formulación amplia de su legitimación como la propia tasa de éxito del recurso⁷⁰.

⁶⁹ El Congreso aprobó el pasado 19 de octubre la nueva Ley de contratos, publicada en el BOE como la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que entrará en vigor el próximo 9 de marzo de 2018. Una norma esencial para el funcionamiento administrativo y que supone la transposición de las Directivas europeas de contratos al ordenamiento español, concretamente, las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. A pesar del incumplimiento del plazo de transposición, febrero del año 2016, la nueva Ley de Contratos (LCSP/2017) ha sido finalmente aprobada logrando un amplio consenso político a su paso por el Congreso, pues de las 1.081 enmiendas presentadas por los partidos políticos, una gran mayoría (975) han sido incorporadas, y con el rechazo de las tres enmiendas remitidas por el Senado.

⁷⁰ En el momento actual se constata una tendencia constante en las interposiciones del REC – i.e. en el período entre 2000-2015 se han registrado más de 6000 resoluciones- por la paulatina tarea de clarificación en la definición de los supuestos para interponerla que han llevado a cabo los tribunales. A generar esta confianza entre los potenciales recurrentes puede haber contribuido la apropiación de la nota de rapidez inherente a la naturaleza de este nuevo medio de impugnación y que se contraponen con la posibilidad de soluciones extemporáneas que brindaba nuestro ordenamiento cuando sobre un contrato ya ejecutado recaía una sentencia favorable *a posteriori*. En esta confianza también ha redundado la «tasa de éxito del recurso», concepto acuñado por Bernal Blay, que revela que más del 50% de las resoluciones recaídas son favorables al recurrente lo que supone un gran porcentaje a favor de los recurrentes.

Contrasta sin embargo con esta efectividad práctica, la problemática que ha girado en torno a la configuración de la legitimación desde su incorporación a nuestro régimen de recursos tanto a nivel doctrinal y jurisprudencial. Esta incorporación vino precedida de una transposición comunitaria de este mecanismo de control y, por ende, de la legitimación, de forma tardía y azarosa, lo que motivó incumplimientos por la resistencia de engarce a nuestro derecho. La base doctrinal de la legitimación contractual del REC vino a entroncar con la interpretación tradicional de la legitimación del recurso contencioso-administrativo existente en nuestro derecho y así, por tanto, con el aspecto nuclear de esta teoría: la noción de interés legítimo. Sin embargo, la aplicación de esta teoría de la legitimación existente en nuestra tradición administrativa puede haber heredado *mutatis mutandis* parte de sus debilidades y ambigüedades, lo que a la postre, puede haber significado mantener parte de la problemática interpretativa actual en esta nueva sede administrativa contractual.

El funcionamiento ha puesto de manifiesto que el encaje en esta teoría ha supuesto una serie de disfunciones y dificultades en la práctica, a la hora de alcanzar esa finalidad de amparo y tutela de los operadores económicos que pretenden amparar las Directivas de Recursos, tal como apuntan varios autores como DÍEZ SASTRE, VALCÁRCEL y BLANCO entre otros⁷¹. Observando la variada casuística, la tarea de dilucidar la legitimación en la práctica se ha revelado como una cuestión compleja. Por una parte, porque no sólo es posible reconducirla a una cuestión procesal previa de admisibilidad, sino también porque su determinación se extiende a una cuestión adicional al fondo del asunto, que el tribunal tiene que abordar de forma preliminar antes de dicho fondo. Por otra parte, además de los supuestos en los que se emplea la expresión “legitimación” para referirse a la apreciación de una ventaja o perjuicio para el recurrente, existen otros casos en los que se refiere a un requisito añadido fijado como imprescindible para la interposición del recurso y que constituye más bien un presupuesto de procedibilidad, como es el supuesto de la legitimación de las personas jurídicas a las que se les requiere de un poder de representación. En suma, todas estas cuestiones específicas contribuyen a generar una cierta indefinición del propio concepto de legitimación.

Por otra parte, la aplicación de la teoría del interés legítimo a la legitimación administrativa contractual revela debilidades. Esta teoría alcanza para brindar una ratio interpretativa, válida y general en abstracto, para dilucidar qué sujetos y en qué condiciones son susceptibles de ser recurrentes en cada caso. Sin embargo, en la práctica, se observan casos en los que la concreción para determinar el cómo o el cuándo de ese interés concreto lesionado a través de la identificación de una ventaja o perjuicio, requiere tener en cuenta muchos matices jurídicos, lo que genera dificultad para proponer criterios generales. En otros casos, la polémica se ha originado porque el

⁷¹ Muchas de las resoluciones recaídas por los nuevos tribunales administrativos que han declarado la inadmisión por la falta de situaciones habilitadores como recurrentes han puesto en entredicho si la interpretación argüida por los mismos ha obedecido a una adecuada aplicación útil de las Directivas de las que trae causa este recurso. Ver argumentación de Francisco Blanco López en su artículo Recurso especial en materia de contratación. Extemporaneidad; y RAFAEL FERNÁNDEZ ACEVEDO; “El efecto útil de las directivas de recursos y de contratos como límite a la caducidad del recurso contra los actos de la licitación: a propósito de la Doctrina eVigilo”.

difícil encaje de la teoría del interés personal afectado, respecto a determinadas situaciones jurídicas como los supuestos de los miembros de las corporaciones locales, son de difícil justificación y subsunción bajo esta teoría general del interés legítimo. El análisis de las numerosas resoluciones recaídas muestra que cada supuesto en cuestión debe resolverse por los tribunales mediante soluciones jurídicas *ad hoc*, de forma que se tenga presente en todo caso el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la garantía de la efectividad del derecho comunitario establecido por las Directivas de recursos en aras de una efectiva protección de los derechos de los licitadores y a un auténtico saneamiento de la contratación pública.

En esta tarea jurisdiccional se han venido observando recientes pronunciamientos con un soporte doctrinal que aboga por una interpretación cada vez más abierta o “relajada” en la apreciación de la ventaja o utilidad del recurrente⁷². Entre estos supuestos se sitúa la solución brindada para el caso del licitador excluido que impugna un acto de adjudicación bajo la pretensión de que la contratación quede desierta, en los que, desde la jurisprudencia comunitaria, se han venido apreciando posiciones habilitantes para recurrir basadas en el propósito de beneficiarse de la adjudicación en una posible futura licitación.

No debemos olvidar que no sería hasta el año 2010, con la creación y entrada en funcionamiento de los Tribunales de Recursos, que la sistemática procesal del recurso especial en materia de contratación no se puso en marcha. El análisis de las resoluciones de los tribunales administrativos especiales en esta etapa primigenia, pone de manifiesto que al igual que sucedía con la legitimación en sede contenciosa, más allá de esta cuestión de su apreciación estaba la necesidad de observación específica caso a caso. En esta senda interpretativa, se puede observar un contraste entre las resoluciones dictadas por los tribunales especiales en los primeros años de funcionamiento del REC y en las de los últimos años. En esta primera jurisprudencia sobre la legitimación del REC que empezaba a consolidarse se carecía de claridad y predictibilidad en algunos de los

⁷² Una interpretación conjunta de varias sentencias del TJUE ha venido a poner de manifiesto la necesidad de tener en cuenta la efectividad de las Directivas a la hora de apreciar una legitimación. Tal postura ha propiciado una interpretación *pro actione* como la que argumenta FERNÁNDEZ ACEVEDO a la luz del análisis de la jurisprudencia comunitaria. Son ejemplificativos los pronunciamientos como el caso Lámmmerzabill, de 11/10/2007, que a propósito de la interpretación del art. 2 quater de la Directiva 89/665, se establece que los plazos para interponer no pueden impedir el ejercicio de los derechos ex art. 1.1. de la propia directiva; o como la sentencia Santex de 27/02/2003, en la que se matiza a su vez que la articulación nacional de la previsión del recurso por la normativa comunitaria no debe de privar del efecto útil de la directiva; y la más reciente doctrina del caso eVigilo de 12/03/2015, que apunta a la existencia de una serie de matices en defensa del efecto útil de las directivas, los cuales deben imponerse a la hora de apreciar la legitimación amplia en nuestro derecho. En el apartado 58 de esta paradigmática sentencia se establece que las directivas comunitarias, sobre esta materia: “... deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato”. *Cfr.* RAFAEL FERNÁNDEZ ACEVEDO; “El efecto útil de las directivas de recursos y de contratos como límite a la caducidad del recurso contra los actos de la licitación: a propósito de la Doctrina eVigilo”.

supuestos más problemáticos o dudosos que habían surgido y que con el tiempo se fue alcanzando. Sin embargo, actualmente tal como reconoce la jurisprudencia, tampoco puede llevarse a cabo una afirmación ni una negación indiferenciada para todos los casos, lo que nos obliga a considerar el problema de la legitimación, al tratarse de una cuestión de fondo, todavía como una cuestión abierta a los matices que plantea cada caso y, sin duda, a las dudas interpretativas que puede seguir planteando en el futuro.

Ante este abordaje casuístico se observa que existen muchos supuestos que han puesto de relieve estos importantes matices de variada índole son elementos clave para apreciar la legitimación en recurrentes. Esto ha supuesto que se hayan dictado resoluciones dispares tales como los que se han centrado en dirimir el momento en el que se materializa la lesión del interés del afectado, *ex ante* o *ex post* del acto de adjudicación, lo que a la postre resulta ser determinante para admitir o no la legitimación del recurrente⁷³. Los matices en muchos de estos casos también resultan determinantes tanto por las distintas posiciones jurídicas que presentan los sujetos recurrentes como por los actos de la contratación que se pretenden impugnar. En otros supuestos, respecto terceros no licitadores, nos hemos encontrado con supuestos polémicos de legitimación como lo es el caso del concejal que en el inicio de la interpretación jurisprudencial y académica había encontrado soluciones controvertidas tal como se han puesto de manifiesto con argumentación crítica ciertos autores (ALONSO MAS; CARBONEL PORRAS y DÍEZ SASTRE), y que recientemente han encontrado acomodo en una justificación de legitimación que se escapa a la doctrina del interés afectado hallándola en un *tertium genus*: el interés por el buen funcionamiento de la corporación conforme al derecho local y constitucional, que pone en cuestión la lesión de un interés personal o colectivo.

En este estado dinámico de los límites de la legitimación del REC, se observa una paulatina tendencia hacia posturas que se han venido decantando por una legitimación *pro actione* cada vez menos restrictiva a la luz del Art.24 de la CE y del efecto útil de las directivas. Así, por ejemplo, los primeros pronunciamientos negaban la posibilidad de recurrir los actos adjudicación a aquellos licitadores que no partiesen con una posibilidad de ser adjudicatarios si prosperase el recurso, pero la senda más reciente de los pronunciamientos de los tribunales y de ciertos aportes académicos defiende que esto es posible, poniéndose así de manifiesto una línea de interpretación menos restrictiva. También en los casos de las empresas licitadoras que forman parte de una UTE, también destacan otra línea de pronunciamientos analizados que revelan esta tendencia de adopción de criterios *pro actione*, levantando limitaciones y reservando y acotando los efectos de condena y multa a aquellas empresas de la UTE que recurran, tal como ha venido a reglamentar el reciente Real-Decreto de 2015.

Esta casuística de matices variada también deriva del tipo de interés individual o colectivo que se invoca. Así se ha permitido que determinados sujetos titulares de intereses colectivos como las asociaciones representativas de intereses relacionados con

⁷³ Este es el caso paradigmático del licitador que pretende recurrir el acto de adjudicación cuando con anterioridad no se había recurrido en tiempo su exclusión de la licitación respecto del cual no puede apreciarse extemporaneidad si la lesión se materializa en la propia operativa de selección de la oferta más ventajosa que conoce con la notificación del acto de adjudicación y no antes.

el objeto del contrato, solo puedan impugnar “cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados” y respecto a resoluciones de aprobación de los pliegos, ya que la impugnación de los acuerdos de exclusión de un licitador o de adjudicación del contrato no suponen la defensa de intereses colectivos.

En todo caso, dilucidar el beneficio claro y directo que podría obtener el recurrente a resultas de la estimación de su recurso o, en su formulación opuesta: un perjuicio claro que podría evitar, se convierte en una cuestión crucial para el fondo del asunto en el que la argumentación con solidez y consistencia jurídica de estos aspectos a la hora de incorporar las pretensiones en la formulación del recurso es clave para la estimación de una posición habilitante.

Un sistema procesal que se precie, eficaz y rápido, tal como preconizan las directivas, requiere que cada Estado Miembro acote suficientemente las reglas y condiciones en las que los recursos especiales no puedan ser desestimados. Este objetivo en parte se ha pretendido con la reciente aprobación del Real-Decreto de 2015 mediante las incorporaciones de criterios específicos que ya se habían venido reconociendo por jurisprudencia. La nueva ley de contratos – recientemente aprobada por el Congreso el pasado 19 de octubre⁷⁴- también ha avanzado en la senda del Reglamento del 2015, reconociendo una legitimación amplia y consolidando parte de la doctrina que han venido manteniendo los tribunales administrativos⁷⁵. Sin embargo, a la vista de algunas de estas recientes concreciones normativas, lejos de atajar con claridad ciertas dudas, pueden causar cierta confusión y polémica en el futuro. Este es el caso de las UTEs en el que las situaciones que pueden generarse en el seno de las mismas pueden ser incómodas porque, si bien se prevé que ante una eventual resolución estimatoria se beneficien todos sus miembros, en el caso de una resolución desestimatoria, podría ocasionar multas sólo a alguno de ellos. A su vez el derecho de apartamiento de una de

⁷⁴ El proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en su tramitación parlamentaria recibió varias enmiendas de los grupos parlamentarios que estaban planteadas para clarificar algunas de las controversias que se habían suscitado en ciertos supuestos. En concreto el Grupo Parlamentario Socialista a través de la enmienda nº 497 había planteado una mejora técnica en la redacción del art. 48 proponiendo la siguiente redacción: “Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica con derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos”, la cual perdía mención alguna relativa a la lesión o perjuicio o afectación de los derechos o intereses. También aduciendo argumentos de simplificación se propuso el reconocimiento expreso de legitimación a las organizaciones sindicales cuando el objeto del recurso verse sobre condiciones de empleo o subrogación de las mismas – supuesto que hasta el momento se venía denegando por los tribunales especiales- y que finalmente sería incorporado en el texto final. Se venía argumentando que en la práctica y en algunas ocasiones, se venía denegando la legitimación de las organizaciones sindicales, pese a que dicha posibilidad, amparada en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en aquellos supuestos en que la pretensión tenía por objeto preservar bien el volumen de empleo, bien la adecuada subrogación de personal o bien el mantenimiento de los derechos y condiciones laborales. Por su parte, el Grupo Parlamentario Mixto a través de la enmienda nº 843 propuso la incorporación del reconocimiento expreso de las organizaciones empresariales sectoriales afectadas. En este mismo tenor literal se reprodujo en la enmienda nº 216 del grupo parlamentario de Esquerra Republicana. Boletín oficial del Congreso de los Diputados de 16 de marzo de 2017. Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-2.PDF (consultado el 13/05/2015).

⁷⁵ Tal como indica GIMENO FELIU 1016 p. 23 esta nueva ley avanza afortunadamente hacia una legitimación amplia, bajo la finalidad del control basado en el derecho a una buena administración que inspira las nuevas directivas de contratación pública.

las empresas va a suponer que si alguna de las empresas firmantes del compromiso no deseara interponer el recurso podrá ponerlo de manifiesto al órgano competente en cualquier momento del procedimiento anterior a la resolución, y en tal caso no se le tendrá por comparecida en el recurso y no le será exigible la multa por temeridad o mala fe que pueda imponerse a la entidad o entidades recurrentes. Por otro lado, el Real Decreto tampoco descendió a pronunciarse sobre la legitimación activa en determinados supuestos controvertidos, que han dado lugar a pronunciamientos de los tribunales administrativos de contratación, como es el caso de a legitimación de los partidos políticos y los grupos parlamentarios, los sindicatos, el comité de empresa e incluso los trabajadores de la empresa que viene prestando los servicios objeto del contrato.

Ante este estado de la cuestión surge la necesidad de una clarificación de criterios generales y específicos en torno a determinadas cuestiones y aspectos problemáticos de la legitimación del REC mediante soluciones jurisprudenciales y doctrinales que brinden claridad, seguridad jurídica y predictibilidad. Esta necesidad no ha quedado zanjada por la reciente normativa ni por la redacción continuista mantenida por nueva ley de contratación pública que se brinda a la legitimación por lo que deberán ser los propios tribunales los que continúen esta tarea de depuración de este elemento clave, bajo la misma dimensión del REC como recurso previo potestativo. Por otra parte, entendemos que el efecto útil de las directivas de recursos, como guía interpretativa, deber jugar un papel crucial para perfilar los límites de la legitimación, y en suma para la eficacia en la aplicación de este medio de impugnación. La nueva Ley de Contratos del Sector Público a pesar de haberse presentado como toda una “ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública”, tal como la ha definido GIMENO FELIU, ha perdido toda una oportunidad para sancionar una auténtica dimensión amplia de la legitimación mediante la atribución de una acción popular para el REC, y así materializar de forma inescindible un vínculo entre este medio de impugnación y la efectiva realización del derecho a una buena administración⁷⁶.

V.- BIBLIOGRAFÍA

⁷⁶ Autores como GIMENO FELIU sostienen que el fundamento de este derecho fundamental se recoge en la Ley orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la UE y el Tratado constitutivo de la CE, y que las consecuencias y sentido el derecho a una buena administración estudiado por autores como J. TORNOS MAS; B. TOMÁS MALLÉN; J. RODRÍGUEZ ARANA; J.B. LORENZO DE MEMBIELA y J. CARRILLO DONAIRE constituye todo un importante soporte doctrinal para defender una postura de defensa para invocar una acción colectiva de este derecho. *Cfr.* “Novedades del anteproyecto ley contratos sector público. La trasposición de las directivas de contratación pública en España congreso internacional sobre contratación pública”. Cuenca, 21 y 22 de enero de 2016, pág. 12. Autores como SANZ LARRUGA también vincula este derecho al de participación en las decisiones y asuntos públicos entendiendo que ambos son en muchos casos una garantía para lograr el cierto de la decisión administrativa. *Cfr.* SANZ LARRUGA, F.J. “El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a la una buena administración”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2009, p. 747

ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. Enmiendas al proyecto formuladas por los Grupos Parlamentarios, <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1142/relcategoria.118/relmenu.2/chk.e9fc1c2c1af8e154a3be33ab255ed468> (05/05/2017)

ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. Dictamen del Consejo de Estado, <http://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2015/03/Consejo-Estado.-Dict-116-2015.Anteproyecto-Ley-contratos.pdf>

BALLESTEROS MOFFA, L. A.; “Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes de contratación pública en materia de recursos, y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Justicia Administrativa*, nº 50, 2011, págs. 25 y ss.

BERNAL BLAY, M. A.; “El sistema de tutela de la “buena administración contractual”: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, en *REDA*, nº 160, 2013.

BERNAL BLAY, M. A.; “El sistema de tutela de la buena Administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 160, 2013, págs. 189-216.

BLANCO LÓPEZ, F.; “Recurso especial en materia de contratación. Extemporaneidad”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2013, págs. 493-527.

CANO CAMPOS, TOMÁS.; “La legitimación especial en el contencioso-administrativo de la contratación”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 37, 2014, págs. 1-26.

CANTERA CUARTANGO, J. M. *El procedimiento administrativo del recurso especial en materia de contratación*, Madrid, Bosch, 2014.

DE LA SIERRA, S.; “Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública”, en *REDA*, nº 149, 2011, págs. 91 y ss.

DEL OLMO ALONSO, J.; “El tribunal administrativo central de recursos contractuales: consideraciones sobre los requisitos de admisibilidad de los recursos”, *Justicia Administrativa*, nº 59, 2013, págs. 41.

DÍEZ SASTRE, S.; “El recurso especial en materia de contratación pública”, *Anuario de Derecho Municipal*, nº 5, 2011, págs. 127-162.

DÍEZ SASTRE, S.; “La legitimación del concejal en el recurso especial en materia de contratación Pública”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2012, nº 4, págs. 293-322.

DÍEZ SASTRE, S. *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (dirs.); *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, 2008.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.; “El efecto útil de las directivas de recursos de Contratos como límite a la caducidad del recurso contra los actos de la licitación: a propósito de la Doctrina eVigilo”, en *Observatorio Contratación Pública*, 08/06/2015, (<http://www.obcp.es>)

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.; “Sistema nacional de recursos en materia de contratación y efecto útil de las directivas”, en *Las vías administrativas de recurso a debate*, (Coordinador, LÓPEZ RAMÓN, F.), Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016, INAP, Madrid, 2016, págs. 511-522.

FRANCH, M.; GÓNZALEZ, N.; “La regulación del recurso especial en materia de contratación en la legislación española tras la adopción de las directivas comunitarias de recursos”, *Revista Internacional de Contratos Públicos*, nº 2, 2013, págs. 1-29.

GALLEGO CÓRCOLES, I.; “La contratación local ante las sucesivas reformas de la Ley de Contratos del Sector Público”, en *Anuario de Derecho Municipal*, nº 4, 2011, págs. 133-166.

GALLEGO CÓRCOLES, I.; “Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible extensión de las modificaciones contractuales ex lege de su ámbito de aplicación”, *La Ley*, nº 7718, 2011, págs. 1-8.

GIL IBAÑEZ, J. L.; “El recurso especial en materia de contratación y las modificaciones de la LJCA”, en *Contratación Administrativa Práctica*, nº 112, 2011, págs. 34 y ss.

GIMENO FELIU, J. M^a “El nuevo sistema de recurso en materia de contratos públicos”, en J. M^a GIMENO FELIU (dir.), *Observatorio de Contratos públicos*, 2010, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 211 y ss.

GIMENO FELIU, J. M.; “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 37-105.

GIMENO FELIU, J. M.; Informe especial. Sistema de control de la contratación pública en España. Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora, *Observatorio de Contratación Pública*, 2015.

GIMENO FELIU, J.M.; *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

GIMENO FELIU, J. M^a; “Novedades del anteproyecto Ley Contratos Sector Público. La trasposición de las directivas de contratación pública en España” Congreso internacional sobre contratación pública, Cuenca, 21 y 22 de enero de 2016.

GIMENO FELIU, J. M.; *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública*, Observatorio de Contratación Pública, 2017.

GÓMEZ DÍAZ, A. B; “El acceso al recurso contencioso. Un estudio sobre la legitimación en el proceso administrativo”, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2014.

RAZQUIN, M. M.; “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, *RAP*, nº 196, 2015, págs. 97-13

SANZ LARRUGA, F.J. “El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a la una buena administración”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2009, págs. 747-751-

MANCHADO DE ARMAS, J.; GUERRERO RODRIGÁLVAREZ, M.; “Reflexiones sobre la legitimación activa del licitador no adjudicatario para interponer recurso especial en materia de contratación frente a la resolución de adjudicación”, *Observatorio de Contratación Pública*, 2016.

MENÉNDEZ SEBASTIAN, E. M^a; “Virtualidad práctica del recurso especial en materia de contratación pública: una figura inacabada”, *RAP*, nº 188, 2012.

MORENO MOLINA, J.A.; “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 115 a 163

MORENO MOLINA, J.A.; “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el *Liber amicorum*, Tomás-Ramón Fernández, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss.

MORENO MOLINA, J.A “La Ley 34/2010 y la adaptación en España del derecho de la unión europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 25, 2010.

MORENO MOLINA, J.A.; DOMÍNGUEZ ALONSO, P.; “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en la obra colectiva *La contratación*

pública a debate: presente y futuro, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, págs. 139-164

NOGUERA DE LA MUELA, B.; “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, en *Noticias de la Unión Europea*, nº 298, 2009, págs. 95 y ss.

PÉREZ ROLDAN, M., “El recurso administrativo especial en materia de contratación pública y las medidas provisionales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 15, 2008, págs. 49-90.

PULIDO QUECEDO, M.; “Competencias y legitimación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: especial consideración de los supuestos de nulidad contractual”, *Revista Documentación Administrativa*, nº 288, 2010, págs. 65-97.

RAZQUIN LIZÁRRAGA, J. A.; “El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de contratos del sector público”, *Revista General de Derecho Administrativo (RGDA)*, nº 25, 2010.

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.; “La legitimación en el proceso contencioso-administrativo”, *Revista de Jurisprudencia*, 2016.

RUIZ BARBADILLO, C.; “El sistema de recursos en materia de contratación en la Ley 30/07, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público. Especial incidencia en el Recurso Especial en materia de contratación”, *Revista Jurídica de España*, págs. 1-24.

RUIZ DE CASTAÑEDA, A.; BERNAL BLAY, M.A.; “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos*, 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 23-42.

SALGUEIRO MOREIRA, C.M.; “El recurso especial en materia de contratación tras la reforma de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público por la ley 34/2010”, *Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia*, nº 6, 2011, págs. 293-309.

SANTAMARÍA PASTOR, J.; *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., “Incidencia de la Constitución sobre las normas que regulan la legitimación en el proceso contencioso administrativo”, en *Incidencia de la Constitución en los procesos contencioso-administrativos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, pág. 158

TORNOS MAS, J.; “Los tribunales independientes para la resolución de los recursos administrativos en materia de contratos del sector público”, en *Derecho Administrativo*

y *regulación económica*, Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz, Madrid, La Ley, 2011, pág. 806.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; “Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración” Actas del XI Congreso AEPDA, Zaragoza, 2016, págs 1-55.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; “El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena Administración”, *Las vías administrativas de recurso a debate*, (Coordinador, LÓPEZ RAMÓN, F.), Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016, INAP, Madrid, 2016, págs. 303-368.