

DOS DISFUNCIONES DEL RECURSO DE ALZADA IMPROPIO PARA LOS PODERES ADJUDICADORES NO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA; LEGITIMACIÓN Y SUSPENSIÓN

Alejandro Blázquez Lidoy
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. URJC

El recurso especial en materia de contratación (art. 44) es de aplicación a las licitaciones de todos los poderes adjudicadores, sean Administración Pública en sentido estricto o sean poderes adjudicadores no Administración Pública (PANAP). En concreto, se aplica a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, (sociedades mercantiles públicas y fundaciones del sector público).

Los límites para la aplicación del recurso especial son cuantitativos. El recurso especial solo opera cuando el valor estimado sea superior a 100.000 € en servicios y suministros o a 3 millones de euros en el caso de obras. Si los umbrales son inferiores, regirá el sistema de los recursos comunes.

El régimen jurídico de los PANAP es complejo. Si el contrato está sujeto a regulación armonizada, *“La preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada que concierten los poderes adjudicadores a que se refiere el presente Título se regirán por las normas establecidas en las Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro II de esta Ley”* (art. 318). Si, por el contrario, no está sometido a regulación armonizada, el artículo 318 se refiere solo, a la adjudicación, excluyendo la aplicación la normativa referente a la preparación de los contratos. Es decir, no serían de aplicación los artículos 115 a 130 de la LCSP. Por su parte, el artículo 319 dispone que *“los efectos y extinción de los contratos... se regirán por normas de derecho privado”*. Los PANAP firman contratos privados (art. 26.1.b). Y con relación al régimen de recursos, el artículo 27.1.c) de la LCSP determina que *“Serán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo las siguientes cuestiones:... Las referidas a la preparación, adjudicación y modificaciones contractuales... de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública”*. Por su parte, el artículo 27.2 de la LCSP dispone que *“El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver: a) Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado anterior”* (nos remitimos, para un análisis del régimen jurídico de los PANAP a otro estudio nuestro [BLÁZQUEZ LIDOY, A. (2018), “El régimen jurídico de las fundaciones públicas en la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017)”, *Anuario de Derecho de Fundaciones 2017*, págs. 66 a 154].

Si no es aplicable el recurso especial de contratación, el artículo 44.6 de la LCSP dispone que en *“el caso de actuaciones realizadas por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, aquellas se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela”*. Este recurso se ha calificado como *recurso de alzada impropio* (Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 28 de febrero de 2018 e Instrucción 3/2018 de la Abogacía General del Estado).

La LCSP, al hacer una remisión a la Ley 39/2015 sin tener en consideración la idiosincrasia de la adjudicación de los contratos públicos, presenta problemas vinculados al tiempo. Como hemos señalado, y con relación al objeto de recurso, éste solo podría alcanzar a la fase de adjudicación, pero no a cuestiones vinculadas a la fase de preparación, al estar ésta excluida de su régimen jurídico (art. 318 de la LCSP). Y lo que se refiere a los tiempos, el plazo para interponer el recurso de alzada es de 1 mes (artículo 122 de la Ley 39/2015), frente a los 15 días hábiles del recurso especial (art. 50.1 de la LCSP). En el caso de los contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 100.000 €, los plazos para presentación de proposiciones no pueden ser inferior a 15 días naturales (art. 156.6 para el procedimiento abierto y 159.3 en el procedimiento abierto simplificado). De hecho, es posible que un procedimiento de adjudicación esté ya concluido (adjudicado y firmado el contrato) y, sin embargo, siguiera en vigor el plazo para interponer un recurso de alzada impropio.

Y, precisamente, esta disfunción temporal afecta a dos cuestiones objeto de este comentario; la legitimación para recurrir y la solicitud de suspensión. Cabe analizar si tiene legitimación para impugnar los pliegos recurrir quien interpone el recurso de alzada impropia, sin haberse presentado a la licitación, antes de que transcurra el mes pero con posterioridad a que haya finalizado el plazo para presentar una oferta. Y cabe también preguntarse si se puede solicitar la suspensión del procedimiento de adjudicación con la interposición del recurso de alzada impropio si, en el momento en que llegue al titular del órgano decisor, el contrato ya ha sido adjudicado.

1. Legitimación para recurrir

En la Ley 39/2015, disponen que son interesados los *“titulares de derechos o intereses legítimos individuales”*. En el ámbito del recurso especial de contratación, están legitimados para interponer el recurso *“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”* (art. 48 LCS). El artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles *“como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un*

determinado contrato”, expresión ésta que se refiere “a la persona que, al presentar su oferta para el contrato público de que se trate, haya demostrado su interés en obtenerlo” (cfr.: apartado 19 Sentencia TJCE, Sala Segunda, 8 de septiembre de 2005 –asunto C 129/04-) (Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales de 14 de mayo de 2021, recurso núm. 1439/2020). En definitiva, en el ámbito de la contratación pública, el concepto de interés legítimo para recurrir debe ser el mismo con independencia del valor estimado del contrato. No existe un concepto de interés legítimo distinto para los contratos de valor estimado inferior a 100.000 € y otro para importes superiores.

La legitimación activa para recurrir ha sido objeto de análisis por los distintos tribunales administrativos de contratación. Así, por todas, la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 17 de noviembre de 2022 (recurso núm. 444/2022) ha señalado que el “análisis de la legitimación para interponer recurso debe basarse en la relación entre el sujeto recurrente y la pretensión en que funda su impugnación, de forma tal que la anulación del acto impugnado produzca un beneficio, o su confirmación un **perjuicio cierto y no hipotético para el legitimado**. Así se recoge en la STC 67/2010, de 18 de octubre «Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con 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 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 (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, **la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso** (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC2004, 45], F 4)».

Y, como consecuencia de tal premisa, se ha concluido (por todas, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 5 de febrero de 2021 (recurso núm. 1481/2020) que “el artículo 43.4 TRLCSP (artículo 49.4 de la LCSP) dispone que la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, **al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados**. Ello lleva aparejado el hecho de que, **si no se presenta una oferta**, por mucho que se haya formulado recurso, **el recurrente perderá la posibilidad de participar en la licitación, en la cual, evidentemente, estará interesado con carácter general**. Por tanto,

es ostensible que no es similar la posición del licitador recurrente, que la del recurrente licitador, pues en el primer caso, nos encontramos con un sujeto que presenta una propuesta, y sin embargo, pretende cambiar las reglas a posteriori; mientras que en el segundo caso, tenemos a una entidad que cuestiona las reglas que han de regir, la contratación, pero que aun así, decide participar en el procedimiento por si las mismas no fueran modificadas. Y todo ello, porque como hemos visto, la interposición del recurso, aun cuando se soliciten y adopten medidas cautelares, no afecta al plazo de presentación de ofertas”.

Es necesario, por tanto, distinguir dos situaciones a los efectos del recurso de alzada impropio. La regla general es que *“únicamente los operadores económicos que han presentado oferta al procedimiento, están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo estos pueden llegar a obtener la adjudicación del contrato”*. Esto supondrá, por un lado, su deber de presentar una oferta en los plazos del procedimiento y, además, podrá recurrir en alzada en el plazo de un mes desde la publicación de los pliegos en el perfil del contratante.

De manera excepcional, sí se admite la legitimación de quienes no han presentado una oferta *“en aquellos casos en que el empresario recurrente impugne una cláusula del Pliego que le impida participar en condiciones de igualdad con la correspondiente licitación. En este último supuesto, ha señalado este Tribunal que es necesario que exista en el recurrente una intención directa en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores, de modo que debe justificarse esa intención en participar en el proceso (Resoluciones TACRC 235/2018, 686/2019, 523/2019, 990/2019, entre otras)”*. Por tanto, para que se aplique la regla de excepción, aquel que no haya presentado una oferta debe justificar de *“modo adecuado y suficiente que las cláusulas contractuales controvertidas pueden determinar su imposibilidad de acceder al procedimiento en condiciones de igualdad o, al menos, afectar a sus intereses legítimos”*.

Y es aquí, entonces, donde aparecen los problemas vinculados a los plazos. En concreto, si existe interés legítimo cuando se interpone el recurso de alzada impropio con posterioridad a la finalización del plazo para presentar una oferta. Por poner un ejemplo. El plazo de un para presentar ofertas se fija en 15 días naturales desde el día siguiente a la publicación del anuncio en el perfil del contratante. El recurrente presenta el recurso de alzada impropio en el plazo de 1 mes a contar desde el día siguiente a la publicación, alegando la ilegalidad de una cláusula del Pliego que le ha impedido participar en condiciones de igualdad.

En estos casos, a nuestro juicio, el recurrente no tendría interés legítimo y el recurso de alzada impropio debería inadmitirse. La doctrina administrativa exige que *“exista en el recurrente una intención directa en participar en condiciones de igualdad con otros licitadores, de modo que debe justificarse esa intención en participar en el proceso”*. La intención de participar en el proceso en condiciones de igualdad exige que se pruebe o demuestre que existía antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas. Es decir, presentar el recurso de alzada más tarde del plazo de finalización de presentación de ofertas acredita que el recurrente tenía

interés directo en participar en la fecha de presentación del recurso, pero no prueba que tuviera tal interés en el plazo vigente para presentar ofertas. Dicho en otros términos, ¿no es posible que el recurrente hubiera conocido el procedimiento con posterioridad a la finalización de plazo de licitar y, en ese momento, cuando ya no podía licitar en igualdad de condiciones, decida impugnar los pliegos? ¿podría acreditar el recurrente que no se presentó en los plazos legales porque teniendo intención de hacerlo no pudo por la solvencia? En definitiva ¿podría acreditar el recurrente que no se le pasaron los plazos legales para presentarse? En palabras del Tribunal Supremo, se trata de probar que el recurrente no es un “*francotirador*” que “*interviene a destiempo en una contienda que no le ha afectado y a la que no ha atendido*” (citado, entre otras, en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 13 de abril 2018 (recurso núm. 199/2018))

Aceptar la legitimación activa del recurrente en estos casos supondría vulnerar el principio de igualdad de trato en la contratación. Supondría permitir que, una vez finalizado los plazos de presentación de ofertas, cualquier sujeto que no se hubiera presentado a la licitación en plazo, pudiera aducir sin prueba alguna que no lo hizo porque si bien tenía intención de hacerlo no pudo por el contenido de los pliegos, permitiendo una suerte de ampliación de los plazos de impugnación para los licitadores no diligentes. **En definitiva, parece que la manera de acreditar interés directo en participar en una licitación sería presentar el recurso de alzada impropio antes de la finalización del plazo para la presentación de ofertas.** Si el licitador tenía tiempo para preparar oferta en los plazos legales, tenía el mismo tiempo para interponer en plazo el recurso de alzada. Y, a nuestro juicio, también podrá acreditarse la legitimación en aquellas situaciones donde el licitador, antes del vencimiento del plazo, comunica formalmente al órgano de contratación que tiene interés en participar en la licitación e identifica de manera concreta cuáles son los vicios de los pliegos que le han impedido de forma efectiva presentar su oferta. En cualquier caso, si no ha interpuesto el recurso de alzada antes de la finalización del plazo para presentar ofertas ni tampoco ha comunicado formalmente en dicho plazo su interés en participar identificando de manera concreta los vicios que le impiden participar, perdería la legitimación para interponer el recurso. Cualquier otra interpretación supondría vulnerar el principio de igualdad de trato.

Por tanto, el plazo para interponer el recurso de alzada impropio, cuando se impugnan los pliegos con base en que al recurrente se le ha impedido participar en el procedimiento de contratación, es de un mes si el plazo de presentación de ofertas fuera mayor. En caso contrario, entendemos que el plazo debe ser la finalización para presentar ofertas, salvo en aquellos casos donde en dicho plazo hubiera comunicado formalmente su interés en participar identificando de manera concreta los vicios que le impiden presentar la oferta, en cuyo caso el plazo sería de un mes.

2. La suspensión del procedimiento

La segunda disfunción vinculada a los plazos es la de la suspensión del procedimiento de adjudicación. En el recurso especial, si lo que se recurre es la adjudicación se suspende la tramitación (art. 53 de la LCSP) y si se recurre otro acto, las personas legitimadas pueden solicitar medidas cautelares, sobre las que deberá pronunciarse el órgano de competente en los 5 días hábiles siguientes (art. 49 de la LCSP).

Si opera el recurso de alzada impropio, el régimen de suspensión será el general establecido en la Ley 39/2015 (art. 117). Se puede aplicar, incluso, de oficio (apartado 2). Y el apartado 4 del artículo 117 determina que *“La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido un mes desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para decidir sobre la misma, el órgano a quien compete resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto”*.

Los contratos de los PANAPs, como hemos reseñado, son de carácter privado, y la jurisdicción competente con relación a los efectos y extinción es la civil. Cuando se interpone el recurso de alzada y se solicita la suspensión es posible que el procedimiento de adjudicación haya concluido y el contrato privado esté firmado, de tal manera que se estará, entonces, en fase de ejecución.

Por ejemplo, en los procedimientos abiertos simplificados (art. 159 de la LCSP) el plazo para presentar proposiciones se puede limitar 15 días naturales. En caso de haya criterios que dependan de un juicio de valor, el plazo para valorar no puede superar los 7 días naturales. Y una vez recibida la diversa documentación, en un plazo de 5 días se adjudicará y se podrá firmar de manera inmediata (art. 153.3 párrafo tercero). Es posible, por tanto, que el plazo total del procedimiento sea inferior a 1 mes, teniendo en consideración que los PANAP, además, deberían tener mayor agilidad que una Administración en la tramitación. De esta manera, cuando se impugne un pliego, y teniendo en consideración que el recurso debe prepararse, es posible que cuando la Administración vaya a conocer sobre la suspensión el contrato esté adjudicado y firmado. Y esta situación se puede llevar al extremo en el caso del procedimiento *simplificadísimo* del artículo 159.6 de la LCSP en tanto es posible, incluso, que el contrato este ejecutado cuando se interponga el recurso de alzada. Este procedimiento permite un plazo de 5 días hábiles en el caso de bienes disponibles en el mercado y es posible que terminado el plazo se abran las ofertas, se valoren, se adjudique y se firme la aceptación por el contratista. Y, de manera inmediata, éste entrega los bienes. De esta manera, cuando se interpusiera el recurso su ejecución ya habría finalizado.

Esta situación es especialmente significativa cuando lo que se impugna es el acuerdo de adjudicación. Si el contrato no es susceptible del recurso especial, no opera la limitación temporal de los 15 días hábiles para la formalización del contrato (art. 153.3). Por el contrario, se deben formalizar *“no más tarde de los quince días hábiles siguientes”* a la notificación de la adjudicación (párrafo 3 del artículo 153.3). Se puede formalizar, por tanto, de manera

inmediata. De esta manera, el recurrente podría impugnar mediante un recurso de alzada impropio la adjudicación el día siguiente y, en la misma fecha, estar firmado el contrato privado. Parece que lo normal será, por tanto, que cuando la Administración vaya a conocer sobre la suspensión el contrato, éste estuviera firmado y nos encontraríamos en fase de ejecución.

La cuestión es, por tanto, qué acontece en aquellos casos donde se solicita la suspensión a la Administración pero, cuando tiene que pronunciarse, el procedimiento de contratación ya está concluido (adjudicado y firmado). Bajo esta premisa, y una vez terminado el procedimiento de adjudicación estamos, ya en fase de ejecución y, por tanto, el régimen jurídico de los PANAP es estrictamente privado (art. 319) y la jurisdicción competente es la civil (artículo 27.2). A nuestro parecer, al estar limitado el recurso de alzada impropio al procedimiento de adjudicación, la suspensión del procedimiento no es posible si no se acuerda antes de terminar éste. No parece posible, en términos jurídicos, acordar la suspensión del procedimiento de adjudicación cuando este ya ha concluido. Nos encontraríamos ante una suerte de desaparición del objeto del procedimiento como causa de su terminación. La medida cautelar habría perdido su razón de ser.

Igualmente, en el caso de que el procedimiento de adjudicación haya concluido antes de que pase 1 mes desde la solicitud, tampoco sería aplicable el silencio positivo del artículo 117.3 (*“La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido un mes desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro electrónico”*).

En definitiva, el recurso de alzada impropio en el caso de los PANAPs origina disfunciones derivadas del régimen de plazos del procedimiento de adjudicación y el especial régimen jurídico de estos poderes adjudicadores. La remisión en abstracto al recurso de alzada de la Ley 39/2015, sin que el legislador haya realizado ninguna precisión vinculada a las circunstancias específicas de los procedimientos de adjudicación de la LCSP, dan lugar a disfunciones que afectan a la posición de las partes en el procedimiento. En este caso, a la legitimación para recurrir y a la suspensión del procedimiento de adjudicación.