

RECURSOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA *

SPECIAL ADMINISTRATIVE REMEDIES IN GOVERNMENT PROCUREMENT

*Álvaro Hernán Ferrero ***

Resumen: Se analiza el régimen de recursos administrativos especiales en materia de contratos públicos. La primera parte refiere a la evolución de los recursos administrativos, marcando las diferencias entre estos y los recursos judiciales, para luego referir a los regímenes generales de los recursos administrativos y la implementación de los recursos administrativos especiales para determinadas materias. Luego, se analiza un sistema de impugnación administrativa especial en particular: el recurso administrativo en materia de contratación pública. Para ello, se realiza un comentario sobre la legislación española, por ser ésta el mejor ejemplo de un sistema como el que se presenta en este trabajo, examinando los aspectos más relevantes de la regulación actual del sistema de recursos español en la materia, tales como su ámbito objetivo, la legitimación activa y los actos que pueden ser recurridos. También se aborda el estudio de las características principales del órgano encargado de conocer y resolver dichos recursos y de adoptar todas aquellas medidas complementarias necesarias para garantizar la eficacia del recurso.

Palabras - clave: Recursos administrativos - Contratación pública - Administración pública - Derecho administrativo - Tribunal administrativo.

Abstract: We analyze the special administrative remedies regime in government procurement. The first part concerns the evolution of administrative resources, marking the differences between these and the appeals, and then we refer to general systems of administrative remedies and the implementation of administrative remedies specialized

* Trabajo recibido el 12 de septiembre de 2012; aprobado el 4 de marzo de 2013.

** Master en Administración y Gerencia Pública (Universidad de Alcalá), Abogado (Universidad Nacional de Córdoba), Adscripto de la Cátedra de Derecho Procesal Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

for particular subjects. Afterward, we analyze a special administrative challenge system, in particular: the administrative remedies in public procurement. To do this, we place a comment on Spanish legislation, since this is the best example of a system like the one presented in this paper, examining the most relevant aspects of the current regulatory system of Spanish resources in the subjects, such as their application field, the standing and the acts that can be challenged. It also deals with the study of the main characteristics of the organ responsible for hearing and resolving these resources and adopts all measures necessary to ensure the effectiveness of the remedy.

Keywords: Administrative remedies – Government procurement – Public administration – Administrative law – Administrative tribunal.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Recursos administrativos y judiciales. Origen y diferencia.- III. Los recursos administrativos especiales.- IV. El recurso administrativo especial en materia de contratación pública de España.- V. El órgano especializado en la resolución de los recursos contractuales.- VI. Bibliografía.

I. Introducción

El sistema de recursos administrativos especiales en el ámbito de la contratación pública es un tema novedoso y actual, que comienza a despertar interés en estos días en la doctrina luego de la implementación exitosa del mismo en España. Pocos son los países iberoamericanos que cuentan con un sistema impugnativo propio para las contrataciones públicas. Además de España, sólo Costa Rica, Nicaragua y Panamá regulan este tipo de procedimiento administrativo.

En este trabajo analizaremos el régimen de recursos administrativos en materia de contratos públicos. En una primera parte comentaremos sobre la evolución de los recursos administrativos, marcaremos las diferencias con los recursos judiciales, para luego referirnos a los regímenes generales de los recursos administrativos y la implementación de los recursos administrativos especiales para determinadas materias.

En una segunda parte nos referiremos a un sistema de impugnación administrativa especial en particular. Nos estamos refiriendo al recurso administrativo en materia de contratación pública. Para ello, comentaremos la legislación española, por ser esta un claro ejemplo de este sistema, examinando los aspectos más relevantes de la regulación actual del sistema de recursos español en la materia, tales como su ámbito objetivo, la legitimación activa y, por último, los actos que pueden ser recurridos. También abordaremos el estudio de las características principales del órgano encargado de conocer y resolver dichos recursos y de adoptar todas aquellas medidas complementarias necesarias para garantizar la eficacia del recurso, tales como las medidas provisionales o la indemnización por daño.

Examinaremos críticamente el ordenamiento jurídico español en materia de recursos dentro del procedimiento de contratación pública. En concreto, se estudian los

siguientes medios: el recurso especial en materia de contratación; la reclamación en el procedimiento de adjudicación de contratos; la cuestión de nulidad; y, por último la articulación de todos ellos con los recursos ordinarios de alzada y reposición. Para ello, se realiza un análisis crítico relativo a las últimas reformas llevadas a cabo y en especial respecto a la innovación más comentada: el nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Además, se expone la legislación autonómica complementaria a las disposiciones básicas de las leyes estatales en esta materia y se efectúa un análisis comparativo de los órganos de resolución de los recursos en materia contractual creados y previstos en la legislación de las Comunidades Autónomas (CCAA).

II. Recursos administrativos y judiciales. Origen y diferencia

Los recursos administrativos se enmarcan dentro del sistema de control (1) de la Administración Pública. La Administración Pública, como instrumento del Estado para servir a los intereses generales (artículo 174 Constitución de la Provincia de Córdoba), está sujeta a una serie de controles encaminados a garantizar la efectividad del Derecho, esto es, que las acciones que llevan a cabo los agentes públicos cumplan con lo normativamente prescripto. La manera de lograr un acercamiento entre lo legislado y la práctica jurídica es controlando la forma en cómo se lleva a la práctica lo prescripto por las normas jurídicas.

Cuando el comportamiento de los agentes de la administración pública contraría los preceptos legales, el ciudadano o administrado tiene la posibilidad de reclamar al propio Estado la observancia de las leyes que aseguran su derecho. Esta apelación al Estado puede dirigirse hacia los órganos constitucionales a los que la Carta Magna le confiere funciones de control sobre la Administración Pública (por ejemplo el Defensor del Pueblo o el Poder Judicial) o puede exigir primeramente a la misma Administración Pública que revea su comportamiento y, si no obtiene respuestas de esta, recurrir al poder judicial para reclamar la efectividad del derecho.

Entonces, hay recursos que son interpuestos ante la misma Administración Pública (los denominados recursos administrativos), y también otros que se articulan en un proceso judicial (los recursos judiciales) que son parte de un control externo atribuido a los Tribunales de Justicia. A través de estas vías, el administrado puede reclamar por la vulneración de sus derechos o intereses legítimos por parte de la Administración Pública, o lo que es igual, resolver un conflicto en el que una de las partes es la Administración Pública. Cabe preguntarse cuál es la justificación o fundamento de los recursos administrativos ante la existencia de un proceso judicial que, en definitiva, cumplen la misma función: controlar que la actuación de la Administración Pública sea respetuosa con el ordenamiento jurídico.

A este respecto hay que apuntar, en primer término, cuáles son las diferencias sustanciales entre uno y otro tipo de recurso. Los recursos administrativos dan lugar a un

(1) Para profundizar sobre el tema se puede consultar a SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *El control de las administraciones públicas y sus problemas*, Espasa Calpe, Madrid, 1991 y a LAZO VITORIA, Ximena: *El control interno del gasto público estatal. Un estudio desde el derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2008.

verdadero “procedimiento administrativo de carácter impugnatorio con autonomía y sustantividad propia” (2) el cual, además, se tramita y resuelve en el seno mismo de la Administración Pública, actuando esta como parte interesada, aun cuando se le otorgue mayor o menor autonomía al órgano encargado de resolverlo. En cambio, las acciones judiciales o jurisdiccionales se tramitan en un proceso ante un órgano jurisdiccional integrado en el Poder Judicial que actúa como un tercero imparcial e independiente. En conclusión, la diferencia estriba principalmente en la autoridad encargada de resolver el recurso y el carácter con que esta actúa y el procedimiento o proceso que debe seguirse para su tramitación (3).

Por otro lado, si se analiza la evolución histórica de este instituto puede observarse que no siempre existió esta delimitación tan clara entre el procedimiento de impugnación administrativa y el proceso judicial o, lo que es lo mismo para nuestro caso, jurisdicción administrativa o jurisdicción judicial, en efecto, hasta que no se instauró un poder judicial independiente, ambas jurisdicciones se confundían en una misma autoridad. En la baja edad media y en edad moderna, el Rey poseía el poder jurisdiccional si bien se iba configurando todo un aparato administrativo encargado de la resolución de los litigios. Junto a ello se contemplaba un procedimiento rígido y formalista en el que se aseguraba la contradicción entre las partes. A ello se lo llamó en un primer momento “lo contencioso” denominación que se utilizaba para designar los procesos para resolver litigios de distinta naturaleza (criminal, civil, etc.), en contraposición a “lo gubernativo” que, por el contrario, era una vía administrativa de reclamación sin juicio contradictorio con una simple audiencia instructiva y una providencia gubernativa.

“Lo contencioso” no es equiparable al control jurisdiccional de nuestros días, principalmente por la ausencia de un auténtico poder judicial independiente. Pero si hay similitudes en cuanto al procedimiento formalizado y en la existencia de un órgano especializado para resolver los litigios.

Más adelante, la legislación fue diferenciando aquellos asuntos exclusivamente gubernativos, los cuales no podían demandarse en la vía contenciosa sino que sólo admitían una reclamación administrativa. Sin embargo, a medida que se iba consolidando un sistema de división de poderes y asegurando la independencia del poder judicial fue adquiriendo mayor importancia la cuestión sobre quien debía ser el órgano competente para resolver los litigios de carácter gubernativo. En algunos casos, se resolvió este aspecto creándose lo que se denominó la “justicia administrativa” en la que la resolución quedaba en manos de un órgano del poder ejecutivo. En España, a partir de mediados del siglo XIX se implantó un sistema de “jurisdicción retenida” en la que el Consejo de Estado asesoraba en los litigios en materia administrativa y el poder ejecutivo resolvía. Luego, se implantó un modelo de “jurisdicción delegada” en el cual se crean órgano

(2) SARMIENTO ACOSTA, Manuel: *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1996 p. 43.

(3) GORDILLO, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 4*, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000 ps. 107 y 115 SARMIENTO ACOSTA, Manuel: *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1996 p. 47.

de naturaleza mixta, compuestos por magistrados y por funcionarios administrativos, encargados de juzgar a la Administración. Por último se llega a un sistema en el que la resolución de estos litigios puede demandarse en la órbita del poder judicial (4).

Así, garantizada la posibilidad de demandar judicialmente al Estado por su actuación administrativa se excluyó definitivamente la potestad jurisdiccional exclusiva de la Administración Pública, subsistiendo, sin embargo, la obligación de que el administrado recurriera previamente ante la propia Administración para poder luego recurrir ante el poder judicial.

En un primer momento, se establecieron varios procedimientos impugnatorios administrativos configurados de manera rigurosa y en distintos niveles o instancias y con carácter prescriptivo de tal modo que obligaba al ciudadano a agotar la vía previa administrativa para poder interponer demandas judiciales. Por ello, la impugnación contra las decisiones de las Administraciones Públicas fue evolucionando hacia la unificación en un solo recurso y sin excesivo rigorismo formal. De un procedimiento de recurso muy formalista y en distintos niveles se evolucionó a un sistema poco formalista y unificado en un único recurso.

¿Cuál es entonces el fundamento o la razón de la existencia de los recursos administrativos? Dos son las principales argumentaciones que se han ensayado. Una es la de considerarlos un mecanismo de autocontrol de la propia Administración (5). La interposición de un recurso le otorga la oportunidad de reconsiderar su actuación y corregir sus actos antes de ser llevada a los tribunales de justicia. Como señala el Tribunal Constitucional de España en su Sentencia 288/1994 “a través de los recursos como medios jurídicos de impugnación, los ciudadanos contribuyen eficazmente a promover la legalidad de la actuación administrativa”. Para Sarmiento Acosta esto no es más que una facultad o privilegio que le otorga el ordenamiento jurídico a la Administración para “tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas” (6). Además este mecanismo de autocontrol puede servir para descongestionar el saturado sistema judicial (7).

El segundo de los fundamentos (8), considera al recurso como un instrumento de garantía para la defensa de los derechos e intereses de los administrados (9). Este argu-

(4) SARMIENTO ACOSTA, *Op. Cit.* p. 70.

(5) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *El control de las administraciones públicas y sus problemas*, Espasa Calpe, Madrid, 1991 pp. 147 y 148. PARADA VÁZQUEZ, José R.: *Derecho administrativo I*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 607 a 609.

(6) SARMIENTO ACOSTA, *Op. Cit.* p 45.

(7) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Vid. El control...* pp. 136, 140 y 149.

(8) Si bien existen otros fundamentos esgrimidos por la doctrina entendemos que estos dos son los más importantes. Por ejemplo, Santamaría Pastor considera que los recursos administrativos cumplen el rol de ser válvulas de escape racional de la conflictividad permanente de la sociedad. SANTAMARÍA PASTOR, Juan A. *Op. Cit.* p. 190.

(9) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás: *Curso de derecho administrativo II* Civitas, Madrid, 2008 pp. 528 a 530 y PARADA VÁZQUEZ, José R.: *Derecho administrativo I*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 607 a 609.

mento ha sido rebatido por parte de la doctrina por la ineficacia que tiene en la práctica el recurso administrativo, pues “la Administración no suele tener interés en realizar un control sobre sus propias decisiones, ralentiza su resolución y tiende a desestimar de forma mecánica una parte significativa de los recursos que se le presentan” (10).

En definitiva, el recurso administrativo en vez de configurarse como un medio de defensa de los derechos de los particulares, puede terminar siendo un obstáculo para el acceso a la justicia. Por ello, se ha propuesto otorgarle un carácter potestativo para no impedir el acceso directo al contencioso administrativo judicial (11) o la supresión de los plazos de caducidad para su interposición (12). Estas son medidas que intentan convertir a los recursos administrativos en un verdadero mecanismo de garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos.

También se propone en algunos ámbitos la sustitución de los recursos administrativos por otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la conciliación, la mediación o el arbitraje (13). Otra de las medidas de reforma que la doctrina considera necesaria es la de desvincular el órgano que resuelve el recurso de aquel de quien emanó el acto administrativo impugnado, haremos referencia a este aspecto en el apartado siguiente y al tratar sobre el nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y también la de establecer recursos especiales y exclusivos para determinados ámbitos o sectores, que veremos en el capítulo inmediato posterior.

III. Los recursos administrativos especiales

Los recursos administrativos especiales son aquellos previstos en una norma jurídica especial, distinta de la que regula el procedimiento administrativo común, y que por tanto, dan lugar a un procedimiento impugnatorio particular. Son recursos reservados para determinados ámbitos o materias y que son excluyentes, desplazando a los recursos ordinarios en su respectivo ámbito de aplicación.

En la evolución histórica de los recursos administrativos se observa que para contrarrestar la inseguridad jurídica que producía la dispersión y proliferación de distintos recursos administrativos se avanzó hacia una sistematización y unificación de los mismos que permitía que todos los actos de la administración pudieran ser impugnados por un mismo recurso. En Argentina, esta labor se acometió con la sanción de la Ley de Procedimientos Administrativo N° 19.549 de 1972 y en España con la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 que se encargó de simplificar el sistema de recursos e intentó la uniformidad de todo el sistema, objetivo que no se consiguió porque, entre otros motivos, existían numerosas excepciones que contenía la misma

(10) LAZO VITORIA, Ximena: *Op. Cit.* p. 61.

(11) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás: *Curso de derecho administrativo II* Civitas, Madrid, 2008 p. 532.

(12) PARADA VÁZQUEZ, José R.: *Op. Cit.*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 609.

(13) SANTAMARÍA PASTOR, Juan A. *Op. Cit.* p. 187-192, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Op. Cit.* p. 136.

ley y que remitía a normas especiales (14). En Argentina ocurrió algo similar, la misma ley dispuso la subsistencia de procedimientos administrativos especiales para los organismos militares y de seguridad y defensa.

En España, la vigente ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimientos Administrativos Común (LRJPAC) establece la posibilidad de crear procedimientos de impugnación específicos para sustituir a los recursos ordinarios contemplados en la ley, en aquellos supuestos o ámbitos sectoriales determinados en los que la especificidad de la materia así lo justifique. También dispone que estos recursos especiales puedan interponerse ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas. En Argentina la ley 19.549 no contiene una disposición similar que habilite expresamente a crear procedimientos impugnativos especiales, pero como veremos más adelante se ha legislado en este sentido.

A pesar de la pretensión de unidad de las mencionadas leyes siguieron proliferando nuevos recursos especiales, principalmente en materia económico-administrativa. Es justamente en esta materia en donde se ha consolidado la especialización *materiae ratione* de los recursos y es este el ámbito con mayor desarrollo legislativo sobre especialización impugnatoria (15). Uno de los avances más significativo de este desarrollo legislativo es la creación de organismos administrativos con ciertos rasgos judiciales, con independencia funcional y especializados en la resolución de estos recursos.

En España la ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria reguló los recursos administrativos especiales (las reclamaciones económico-administrativas y la reposición previa a estas) creados con “el propósito de agilizar y racionalizar la Hacienda y el de propiciar instrumentos de garantías para el particular” (16). En Argentina, la Ley de Procedimiento Fiscal 11.683 regula el procedimiento impugnativo especial en materia tributaria (recurso de reconsideración ante la Administración Federal de Ingresos Públicos y de apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación).

En ambos países, la resolución de los recursos administrativos en materia de tributos nacionales es resuelta por organismos administrativos especializados. En España los órganos competentes son el Tribunal Económico-Administrativo Central y los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Locales; en Argentina en cambio existe un único organismo centralizado denominado Tribunal Fiscal de la Nación.

Para Sánchez Morón (17) atribuir la resolución de los recursos administrativos a “órganos especializados de control no sometidos a instrucciones” es la solución más adecuada para otorgarle eficacia al sistema de recursos administrativos de tal modo que sirvan de garantía efectiva para los administrados. Observa el citado autor, al re-

(14) Ver SARMIENTO ACOSTA, *Op. Cit.* p. 100.

(15) *Ibidem* p. 186 y ss.

(16) *Ibidem* p. 187 y 220.

(17) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Op. Cit.*, p. 148-149.

ferirse a los *administrative tribunals* británicos, cuatro ventajas en la implementación de estos órganos: garantiza un control objetivo e imparcial, pueden extenderse en el control de discrecionalidad y en la sustitución de las decisiones recurridas sin plantearse el problema de equilibrio de poderes, ofrecen mayores garantías de acierto al estar integrado por personal técnico y constituyen un filtro eficaz de litigios descargando de trabajo al sistema judicial.

La acusada complejidad de ciertas materias ha llevado a la doctrina a proponer la creación de un procedimiento impugnatorio particular distinto de los recursos ordinarios y el establecimiento de organismos independientes y especializados. Así Sánchez Morón hace veinte años atrás planteó la conveniencia de establecer un órgano dotado de independencia funcional en algunas áreas de actuación de la Administración, como por ejemplo en materia de contratación pública (18).

De todos modos, hay que tener presente la advertencia formulada por Sarmiento Acosta al valorar la vía especial económico-administrativa. Como apunta dicho autor si bien la especialidad es necesaria en determinadas materias “esa misma especialidad no debe pervertir o adulterar la razón fundamental de su configuración: la de garantizar los derechos del particular,” (...) “la especialidad debe existir en la medida de lo absolutamente imprescindible” (...) “una tendencia hacia las especialidades impulsadas por el deseo de hacer frente a materias y problemas concretos con regulaciones específicas, lo que al final obtiene no es un sistema garantista, sino más bien lo contrario” (19).

La especialización material de los recursos en el ámbito de los contratos públicos también encuentra su justificación en la intención de mejorar los instrumentos de garantías para el administrado, objetivo final que busca la normativa comunitaria sobre recursos (20). En este sentido, Gimeno Feliú afirma que debe existir un sistema de control de la contratación pública mediante un mecanismo de recursos rápidos y eficaces “que permitan la supervisión y revisión de los procedimientos de adjudicación de contratos” y que otorguen un mayor marco de seguridad jurídica a los potenciales oferentes a fin de que éstos participen en los procedimientos licitatorios sin temor de verse perjudicados por posibles ilegalidades (21).

Otro procedimiento especial de impugnación administrativa es el contemplado para las contrataciones públicas. Si bien, como dijimos más arriba, este último es un recurso administrativo novedoso, comienza a consolidarse su implementación. Un

(18) SÁNCHEZ MORÓN, *Vid. El control ...*p. 151.

(19) SARMIENTO ACOSTA, *Op. Cit.* p. 220 y 404.

(20) Directiva 89/665/CEE cuando señala en los considerandos 36 y 17 que “la presente Directiva pretende garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela judicial efectiva y a una audiencia imparcial” y que “los procedimientos de recurso deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona (...) que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción”.

(21) GIMENO FELIÚ, *Novedades de la ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Ed. Civita, Pamplona, 2010, p. 298.

importante desarrollo legislativo se ha instrumentado en España y, al igual que el establecido para los tributos, este recurso administrativo especial cuenta ya con una importante jurisprudencia administrativa producto de la encomiable labor llevada a cabo por los tribunales especializados creados para resolver estos recursos. El nuevo sistema de impugnación administrativa para las contrataciones públicas se inicia con la sanción de la ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) (22) y de la ley 31/2007, de 30 de Octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), y se profundiza y vigoriza con la reforma operada por la ley 34/2011.

En los párrafos que siguen profundizaremos sobre la implementación de los recursos administrativos especiales en materia de contratación pública en España.

IV. El recurso administrativo especial en materia de contratación pública de España

La reforma operada mediante la ley 34/2010 tuvo por finalidad adaptar la normativa sobre contrataciones públicas a las prescripciones de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento y la Comisión Europea (que modifica la Directiva 89/665/CEE). Actualmente toda la regulación contemplada en esta ley se encuentra en el texto refundido del Real Decreto Legislativo 3/2011 (RDLCSP).

Entonces, luego de las reformas de la LCSP y la LCSE introducidas por la ley 34/2010 existen en la legislación española (23) cinco procedimientos de recursos diferentes para impugnar actos administrativos ejecutados en el marco del procedimiento de contratación pública. Nos referimos al recurso especial en materia de contratación pública regulado en la RDLCSP, a la reclamación en los procesos de adjudicación de contratos de la LCSE, a la cuestión de nulidad regulada en la RDLCSP, a la cuestión de nulidad regulada en la LCSE y a los recursos administrativos ordinarios previstos en la LRJPAC.

Comenzaremos por referirnos a los procedimientos legislados en la RDLCSP y la LCSE, es decir, el recurso especial, la reclamación y las dos cuestiones de nulidad. Según la actividad que realice el poder adjudicador corresponde la aplicación de la ley que regula uno u otro instituto. Si las actividades que realiza el ente contratante están relacionadas con el agua, la energía, los transportes y los servicios postales, la revisión a solicitud de parte se realizará de acuerdo con lo prescrito en el Capítulo I del Título VII de la LCSE denominado "Reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos". En cambio si sus actividades no se vinculan con las mencionadas antes, la impugnación se tramitará de acuerdo con el Capítulo VI del Libro I de la RDLCSP, denominado "Recurso especial en materia de contratación". Además, estas leyes regu-

(22) Texto refundido por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

(23) La mayoría de las disposiciones de las leyes en materia de contratación pública (30/2007 y 31/2007 y sus reglamentos, etc.) tienen carácter básico pero existe legislación autonómica complementaria que contiene normas sobre recursos administrativos en esta materia tales como la Ley 3/2003 de la Las Islas Baleares y 6/2006 de Navarra.

lan de forma muy parecida un medio de impugnación particular para determinados supuestos especiales de nulidad que ambas denominan cuestión de nulidad.

Al comparar los textos legales que regulan estos procedimientos (real decreto legislativo 3/2011 y ley 31/2007) se pone de manifiesto que se ha legislado en dos cuerpos normativos diferentes mecanismos de recursos que son casi idénticos.

Para adecuar todo el régimen de recurso de las contrataciones administrativas a las nuevas directivas europeas, la ley 34/2010 introdujo un nuevo Libro al texto de la LCSP (Libro VI, hoy Capítulo VI del Libro I del RDL CSP) dedicado por entero al régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y una nueva Sección dentro del Libro I dedicada a los supuestos especiales de nulidad. El real decreto legislativo 3/2011 agrupó todo el sistema de revisión de las decisiones y de invalidez en materia de contrataciones públicas dentro del Libro I. Además, la reforma de 2008 modificó otros artículos para cumplir con la exigencia europea de implementar un recurso eficaz como, por ejemplo, el artículo referido a la perfección de los contratos, a la adjudicación del contrato y notificación de la misma y sobre la formalización del contrato.

La idea de incluir toda la regulación de la revisión de decisiones en materia de contrataciones pública en un mismo apartado es fruto de las recomendaciones contenidas en el dictamen del Consejo de Estado (24). Esta medida ha sido aplaudida por Moreno Molina (25) para quien de este modo “se le otorga la relevancia que merece al régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y se garantiza una mayor seguridad jurídica que si se hubiera fragmentado la regulación de la materia en diversos Libros dentro de la compleja estructura de la LCSP”.

Una de las mejoras más plausibles llevadas a cabo con la reforma de 2008 es la de haber otorgado al recurso especial un carácter potestativo, cuestión que había sido sugerida por el Consejo de Estado. Esta loable medida de haber suprimido la obligatoria interposición previa de un recurso administrativo para acceder a la vía judicial se ve opacada con la posibilidad que otorga la misma ley de crear un recurso administrativo autonómico previo al recurso especial en materia de contratos públicos pues ello implica la existencia de un recurso administrativo previo a otro recurso administrativo.

Además, la reforma ha ampliado los actos que pueden ser objeto del recurso. En efecto, puede recurrirse contra el anuncio de licitación y de los actos de la Mesa de Contratación, a este respecto se ha aclarado que los actos de la misma que excluyen a algún oferente son considerados como actos de trámite que impiden continuar con el

(24) En efecto, dijo respecto a la técnica legislativa del proyecto que “lo más correcto sería dar un tratamiento separado a la previsión que tiene por objeto la creación del órgano estatal competente, insertándola en un nuevo capítulo del título I del Libro V. Otra posibilidad -que es la que resulta más aconsejable (...) es ubicar toda la regulación del régimen especial de revisión dentro de un nuevo Libro, el VI, lo que permitiría una mejor ordenación y estructuración de su contenido.” (Apartado VI inciso g del dictamen 499/2010).

(25) MORENO MOLINA, José Antonio: *Op. Cit.* p. 94.

procedimiento. La ley se refiere principalmente al informe previo que dirige la Mesa de Contratación al órgano encargado de la adjudicación, en el cual se determina cuál es la oferta de más bajo precio o la económicamente más ventajosa y sobre la cual formula su propuesta de adjudicación.

Se entiende que sólo procede su impugnación cuando el informe determine que algunas ofertas deben ser excluidas del procedimiento por no haber dado cumplimiento a las prescripciones del pliego o por no superar el umbral mínimo de puntuación. Esto último implica que no podría impugnar tal informe quien haya propuesto una oferta calificada como admisible en el informe de la Mesa pero que no resulte ser la indicada como la mejor oferta, en cambio, si podría hacerlo aquel a quien se le haya excluido su oferta. La situación de ambos pareciera ser la misma: ninguno de sus ofertas ha sido preseleccionada, pero habría algo que los diferencia: que quienes son excluidos no tienen posibilidad alguna de convertirse en adjudicatarios del contrato, no así quienes presentaron ofertas que si han sido valoradas (aunque no preferidas) ya que tendrán aún la oportunidad de impugnar el acto de adjudicación.

La legitimación activa del recurso es amplia al permitir interponer el mismo a todo aquel cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso (artículo 42 RDLCSP). Esta redacción permite interponer recursos incluso a quienes no han presentado oferta en el procedimiento licitatorio, por ejemplo, porque los pliegos de la licitación contenían cláusulas indicativas o discriminatorias que impedían su participación. Esto último es coherente con la previsión del artículo 40 de incluir como acto impugnabile al anuncio de la licitación y a los pliegos y demás documentos licitatorios. Es razonable considerar la situación de posibles oferentes que no han presentado propuesta por las exigencias discriminatorias contempladas en el pliego o demás documentación de la licitación y, en cambio, no sería sensato exigirle a estos que para poder impugnar tal decisión presenten oferta en la licitación aun sabiendo que no tienen posibilidad de convertirse en adjudicatarios por las cláusulas discriminatorias de la documentación licitatoria.

Respecto de las modificaciones a los trámites procedimentales del recurso llama la atención la incorporación al mismo del “anuncio del recurso” que no estaba contemplado en el texto original de la LCSP. Debe ser presentado ante el órgano de contratación ya que su finalidad es “poner en conocimiento del poder adjudicador denunciado la preparación del recurso” (26). Si bien la ley exige que deba realizarse antes de la interposición del recurso, una correcta jurisprudencia asentada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón admite la interposición del recurso aun cuando no se ha cumplido con este trámite al entender que “la falta de anuncio previo al órgano de contratación, se entiende subsanada por la presentación del recurso en el Registro del órgano de contratación que, a juicio de este Tribunal,

(26) ESCUIN PALOP, Vicente y Beatriz BELANDO GARÍN: *Los Recursos Administrativos*, Ed. Civitas, Navarra, 2011 p. 398.

y de acuerdo con el principio de eficacia procedimental, implicará la comunicación previa exigida” (27).

El ámbito objetivo de los recursos especiales en materia de contratación pública son los Contratos sujetos a regulación armonizada (SARA) y contratos con determinado monto y plazo, a los que el legislador consideró que por su significación económica y práctica pueden ser considerados como equivalentes a los SARA. Si es un SARA la impugnación se tramitará por la vía del recurso especial en materia contractual y si no lo es, se tramitará de acuerdo con la LRJPAC es decir por el régimen ordinario de recurso administrativo.

Al respecto, el Consejo de Estado en su dictamen 514/2006 del proyecto de la LCSP afirmó que “esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos” y volvió a reiterarlo en del dictamen 499/2010 del proyecto de ley de reforma de la LCSP. En dicha oportunidad remarcó que la “conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada. Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos” (28).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón también criticó esta medida señalando que “existe un importante elemento distorsionador de su aplicación, y que consiste en que el mencionado recurso sólo está previsto para determinados actos dictados por el órgano de contratación en el seno de procedimientos sujetos a regulación armonizada, pero no para esos mismos actos adoptados en contratos no sujetos a regulación armonizada” y que “la limitación del recurso a los contratos armonizados no tiene justificación” (29).

La doctrina especializada también recomienda universalizar el ámbito objetivo del recurso especial en materia contractual de la RDLCSP eliminando la diferenciación respecto a la regulación armonizada. Moreno Molina (30) tras señalar que esta distinción genera inseguridad jurídica y no garantiza la rapidez y eficacia de los recur-

(27) Establecida en el Acuerdo 1/2011 del 28 de marzo de 2011 (disponible en: https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/Tribunal_admvo_contratos/Acuerdo_001_%202011.pdf (Última consulta agosto de 2012) y reiterada posteriormente en Acuerdos posteriores.

(28) Dictamen 514/2006 sobre anteproyecto de LCSP y 499/2010 sobre anteproyecto de Ley de Modificación de la LCSP.

(29) Informe 18/2008 del 21 de julio, p. 2 y 5. (puede consultarse en https://www.aragon.es/estaticos/ImportFiles/15/docs/Areas/InformeActuacionesJuntaConsultiva/Informes/2008/INFORME18_2008.pdf).

(30) MORENO MOLINA, José A.: *Op. Cit.*, Ed. La Ley, Madrid, 2010 p. 173 y ss.

sos exigida por el derecho comunitario afirma que “los principios y las obligaciones aplicables a todos los contratos públicos deben ser en esencia los mismos” y por tanto “la distinción en nuestra LCSP entre contratos SARA y no SARA resulta muy cuestionable”. También Berasategui critica este sistema por entender que el mismo es discriminatorio ya que “no parece existir ninguna razón que justifique privar de esta protección jurídica a los perjudicados por actuaciones administrativas relacionadas con contratos públicos no sujetos a regulación armonizada, discriminación que parece contraria al principio constitucional de igualdad. Asimismo, podría incluso argumentarse que los contratos no sujetos a regulación armonizada pero cubiertos por los preceptos del Tratado de la Comunidad Europea y los principios generales del Derecho comunitario deberían gozar de la misma protección (principio de equivalencia) de la que gozan en derecho nacional los contratos sujetos a regulación armonizada” (31).

Como bien resalta el Consejo de Estado al referirse a las exigencias derivadas de las directivas comunitarias de recursos “esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada” (32).

El artículo 39 de la RDLCSP contempla otro mecanismo impugnativo denominado cuestión de nulidad. Con idéntica denominación aparece en la LCSE un procedimiento prácticamente igual al de la RDLCSP. Por lo que las observaciones que se efectuarán al artículo 39 bien son aplicables a la cuestión de nulidad de la LCSE.

En nuestra opinión, la cuestión de nulidad es un recurso administrativo ya que presenta todas las características de este, tanto es así que se ha configurado del mismo modo que el recurso especial del artículo 40 de la RDLCSP pues se tramita de igual forma que dicho recurso, con algunas salvedades de menor importancia, y es resuelto por el mismo órgano. En cambio, no se asimila a la denominada “acción de nulidad” contemplada en el artículo 102 de la LRJPAC (el procedimiento de revisión de oficio a solicitud del interesado), porque este último se dirige a declarar la nulidad de actos que ya no pueden ser anulados de otra forma por haberse puesto fin a la vía administrativa o no se haya recurrido en plazo (33). En contraste la cuestión de nulidad tiene establecido un plazo de interposición y según se deduce del artículo 39.2 RDLCSP puede incluso articularse antes de que transcurra el plazo para recurrir por la vía del artículo 41 RDLCSP.

(31) BERASATEGUI, Javier: “El control administrativo independiente en la contratación pública”, en *Diario La Ley* Nº 6650, Sección Doctrina, 13 Feb. 2007, Año XXVIII, Ed. La Ley. p. 1 a 5.

(32) Dictamen 514/2006, del 25 de mayo, sobre el anteproyecto de LCSP.

(33) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho Administrativo. Parte General*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010 p. 564 y 565. En igual sentido se expresa Belando Marín para quien estamos ante un recurso extraordinario para supuestos especiales de nulidad que “se inicia siempre de parte, se requiere ser interesado (...) y sólo pueden invocarse ciertos motivos de nulidad: los del artículo 37.1 LCSP” ESCUIN PALOP, Vicente y BELANDO GARÍN, Beatriz: *Los Recursos Administrativos*, Ed. Civitas, Navarra, 2011 p. 403.

Este nuevo instrumento responde a la exigencia de la directiva sobre recursos 89/665/CEE introducida en el artículo 2 quinquies que obliga a los Estados miembros a declarar la ineficacia de los contratos en determinados casos que han sido recogidos en el artículo 37 de la RDL CSP.

La finalidad de este instrumento es darle la oportunidad a todo aquel cuyos derechos o intereses legítimos hayan sido afectados por alguno de los supuestos de nulidad enunciados en artículo 37 de la RDL CSP de reclamar ante la Administración Pública. Dichos supuestos especiales se refieren a la concurrencia de determinados vicios que invalidan los efectos propios de los contratos ya adjudicados.

Los cinco supuestos de contratos nulos son sólo aplicables a los contratos Sujetos a Regulación Armonizada y a determinada categoría de contratos de servicios asimilables a estos (34). Alguna doctrina ha criticado que esta reforma –al introducir nuevos supuestos de nulidad contractual– ha producido una ruptura en la uniformidad del régimen de nulidades. Ello es así porque, como ya se ha indicado, la cuestión de nulidad sólo es procedente contra determinados contratos. En esta línea, como bien subraya Muñoz Machado “resulta desconcertante la decisión del legislador de diversificar el régimen de invalidez, distinguiendo entre dicho contrato y los demás regulados en la ley, simplemente porque unos están sujetos a regulación armonizada y otros no” (35).

Esta diversificación de regímenes de invalidez supone también la diferenciación de regímenes impugnatorios pues la cuestión de nulidad sólo es aplicable a los supuestos especiales de nulidad del artículo 37. Como ya mencionamos más arriba respecto al recurso especial, es incomprensible la situación creada por la nueva regulación pues ahora “existen cuestiones ordinarias de nulidad que se han de hacer valer por los recursos ordinarios y supuestos especiales de nulidad con respecto de los cuales cabe la cuestión de nulidad” (36).

La tramitación de este medio impugnatorio se diferencia del procedimiento del recurso especial en que no es necesario anunciar su interposición al órgano de contratación, no tiene efectos suspensivos, se elevan a siete los días de plazo para que el órgano de contratación formule alegaciones en relación con la solicitud de medidas cautelares y con la interposición de la cuestión de nulidad, y para que remita al órgano del recurso el expediente, acompañado del correspondiente informe. También se amplía el plazo para interponerla que será de treinta días hábiles desde la publicación de la adjudicación del contrato o desde la notificación a los licitadores afectados. Si no se ha cumplido con la publicación o la notificación el plazo es de seis meses a contar desde la formalización del contrato (artículo 39.3 RDL CSP). En todo lo demás el procedimiento es el mismo.

(34) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros.

(35) MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público*, T. IV, Ed. Iustel, Madrid, 2011 p. 384.

(36) *Ibidem* p. 387.

A la luz de cuanto se ha expuesto se puede afirmar que la existencia de cuatro procedimientos distintos de revisión de las decisiones adoptadas en el marco de una contratación pública afecta la seguridad jurídica. La oportunidad de solucionar, por lo menos en parte, este problema fue desaprovechada con la aprobación de la ley 34/2010 ya que como hemos visto no eliminó los capítulos sobre las “reclamaciones” y los “supuestos especiales de nulidad de los contratos” de la LCSE, ni realizó una remisión completa a las disposiciones de la LCSP. Por el contrario, se limitó a reproducir su articulado con pequeñas modificaciones; y tampoco universalizó el ámbito material de aplicación de la LCSP al no haber eliminado la distinción de procedimiento de recurso según el contrato sea o no un SARA.

A la crítica efectuada en el párrafo precedente, debemos agregar otra derivada de una eventual problemática que puede surgir al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.2 RDLCS. Este permite establecer un recurso administrativo previo a la interposición del recurso especial contemplado en la Ley (37). Esto significa que está abierta la posibilidad de que exista en la legislación española un recurso administrativo de legislación autonómica previo a otro recurso administrativo de regulación estatal, que en definitiva prolongaría la vía administrativa previa a la jurisdicción. Como subraya Muñoz Machado esta previsión “implica permitir a las CCAA que establezcan una regulación especial de los recursos administrativos, que parece confrontarse con la idea de que el procedimiento administrativo común, del que forman parte los recursos, tiene que ser uniforme en todo el territorio del Estado” (38). Si alguna CCAA legislara al respecto estaríamos ante un sexto recurso administrativo en la materia que conllevaría la creación de una doble instancia administrativa y por tanto no garantizan las exigencias comunitarias de rapidez y eficacia de las revisiones de los contratos (39).

Esto es posible porque toda la normativa sobre contratación pública tiene carácter de legislación básica según lo prescribe el artículo 149.1.18ª de la Constitución Española, tal como lo recuerda la disposición final 2ª de la RDLCS, por lo tanto las CCAA pueden dictar legislación autonómica complementaria en esta materia para el ámbito de su competencia, respetando por supuesto toda la normativa básica (40).

(37) La ley 5/2010 de la Comunidad Autónoma del País Vasco expresamente descarta la posibilidad de interponer este recurso administrativo previo (Disposición Adicional Octava).

(38) MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Op. Cit.*, T. IV, Ed. Iustel, Madrid, 2011 p. 391 y 392.

(39) Para Belando Garín esta doble instancia “está amparada directamente por la Directiva 2007/66/CE” y por tanto es conforme con el derecho comunitario. ESCUIN PALOP, Vicente y BELANDO GARÍN, Beatriz: *Op. Cit.*, Ed. Civitas, Navarra, 2011 p. 381. No nos consta en que artículo se consagra ello, quizás refiera al artículo 2.9 de la Directiva 89/665/CEE que permite que las resoluciones del órgano del recurso sean impugnadas mediante un recurso jurisdiccional o ante un órgano jurisdiccional independiente de aquél. Por lo tanto si se permite la impugnación mediante un recurso jurisdiccional (es el caso de España con el recurso contencioso administrativo) no es necesario establecer una doble instancia administrativa. Lo que si queda claro es que este sistema no cumple con la exigencia de rapidez y eficacia del artículo 2.1 de la Directiva de recurso.

(40) Por ejemplo Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Cataluña; Ley 1/2010, de 27 de abril, de Cantabria y Ley Foral 24/2010, de 28 de setiembre, de Navarra y la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de las Islas Baleares.

El esquema que se acaba de exponer recoge un panorama bastante amplio, complicado y para nada alentador. Como señala Sarmiento Acosta, haciendo referencia a los fracasos en la unificación de los recursos, “uno de los recursos técnicos indispensables para que cualquier sistema de recursos pueda establecer elementos de garantía es su flexibilidad y claridad, esto es, que los recursos conformen un sistema inteligible y coherente para el ciudadano medio, lo cual conduce derechamente a la unificación del sistema” (41). Queda claro entonces que este sistema de recursos, compuesto por cinco procedimientos diferentes, agrava el problema de la inseguridad jurídica ya que el contratista para poder impugnar en sede administrativa deberá hacer un pormenorizado estudio de las leyes administrativas, deberá bucear entre las previsiones, remisiones, excepciones, anexos y demás intrínquilis de las leyes RDLCSP, LCSE y LR-JPAC, deberá conocer complicadas disposiciones tales como si ha contratado con un poder adjudicador o no, si el contrato está o no sujeto a regulación armonizada, si supera los umbrales fijados por la ley de acuerdo al método de valoración que la misma Ley dispone, si el contrato se relaciona con las actividades de la LCSE, si está incluido en alguna de las excepciones que menciona la RDLCSP, etc. Todo ello para saber que norma es la aplicable a su caso y así poder hacer uso de su derecho a reclamar la revisión de un acto o hecho administrativo que lesiona sus intereses.

Siguiendo a Sarmiento Acosta (42) podemos afirmar que la simplificación en un único procedimiento recursivo es la mayor garantía para el justiciable. No es necesario someterlo a estos vericuetos más si tenemos presente que para impugnar en la vía administrativa no es necesario contar con el patrocinio o representación de un letrado versado en derecho. Caso contrario se desanima al particular, quien termina por desistir de su opción de recurrir los actos que considera lesivos o se ve en la necesidad de asesorarse jurídicamente para poder impugnar.

V. El órgano especializado en la resolución de los recursos contractuales

La normativa comunitaria prescribe que sea un órgano independiente quien declare la ineficacia de los contratos públicos, pero no obliga a que tenga esta característica quien se ocupe de resolver los recursos que no estén referidos a las causales de nulidad enumeradas en la directiva, y tampoco exige que dicho ente ostente el carácter de jurisdiccional ni que sea un órgano administrativo o judicial.

Veamos ahora cual ha sido la opción adoptada por el legislador español al momento de establecer el órgano encargado de resolver el recurso (43). Durante la tramitación del anteproyecto de la ley 34/2010 se fueron barajando distintas propuestas respecto a la naturaleza del órgano de resolución de los recursos. Las Secretarías Técnicas del Ministerio de Economía y Hacienda (MEH) y del Ministerio de Justicia, la

(41) SARMIENTO ACOSTA, Manuel: *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1996 p. 404.

(42) *Ibidem*.

(43) Puede consultarse al respecto a PULIDO QUECEDO, Manuel: *El Nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 47 a 60.

Comisión de Economía y Hacienda de Diputados y el Grupo de diputados opositores del Partido Popular estuvieron a favor de que la competencia recayera en un órgano administrativo. En solitario estuvo la propuesta del Consejo de Estado de encargar esta atribución a un organismo de naturaleza jurisdiccional (en el sentido nacional del término, es decir órgano judicial).

Quienes estuvieron a favor de crear un órgano administrativo propusieron que se encomendase la tarea a un organismo ya existente como el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) (44). Pero esta opción fue rechazada por la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia porque los miembros del TEAC no tienen la especialización necesaria en materia de contratación pública ni dispone de medios humanos y materiales para hacerse cargo de esa nueva función.

El citado Ministerio también descartó la opción de encargar el conocimiento del recurso especial a la jurisdicción contencioso-administrativa. Concluyó que atribuir competencia a los juzgados en lo contencioso-administrativo no es la mejor solución pues supondría la posibilidad de impugnar ante dicha jurisdicción actos de Derecho privado, desnaturalizándose así dicha jurisdicción. Para Gimeno Feliú la complejidad normativa desaconseja aplicar en España un recurso jurisdiccional en lo contencioso-administrativo especial en materia de contratos públicos (45).

El Consejo de Estado en su dictamen 499/2010 rebatió los argumentos esgrimidos por el Gobierno para desechar la posibilidad de encargar el conocimiento de estos recursos a un órgano jurisdiccional y consideró que la atribución de competencia a un órgano de esta naturaleza es el modelo que mejor se ajusta a las directivas comunitarias (46). Expuso que en el ordenamiento jurídico español existen procedimientos especiales cuyo conocimiento es encargado a la jurisdicción contencioso administrativa tales como el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, la cuestión de ilegalidad y el procedimiento en caso de suspensión previa de acuerdos, todos ellos regulados en la ley 29/2008, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). Argumentó también que, en caso de crearse un recurso administrativo tal como el propuesto, la celeridad que se obtiene en la tramitación del mismo en sede administrativa podría perderse durante la prosecución del recurso en sede judicial. A conclusiones semejantes llega López

(44) Berasategui propuso encargar la tarea de resolver los recursos contractuales a un organismo que además se encargase de la Defensa de la Competencia. BERASATEGUI, Javier *Op. Cit.* y Gimeno Feliú recomendó para esta tarea a la Junta Consultiva de Contratación Pública citado en MORENO MOLINA, José Antonio: *Op. Cit.*, p. 113.

(45) GIMENO FELIÚ, José María: *Op. Cit.*, p. 350.

(46) López-Contreras González también coincide en que debería encargarse la resolución del recurso a los juzgados contencioso administrativo estableciendo un recurso jurisdiccional especial y breve LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, María: “El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares” en MORENO MOLINA, José A.: *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, ed. CEMCI, Granada, 2008, p. 305.

Contreras-González (47) para quien el ordenamiento jurídico español no cumple con la directiva 89/665/CEE ya que, si bien se garantiza la rapidez y eficacia del recurso administrativo especial, no se puede decir lo mismo de la impugnación en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Coincide Moreno Molina (48) con los argumentos anteriores y por ello cree que la mejor propuesta para asegurar la rapidez y efectividad del recurso contractual, tal como lo exigen las directivas europeas, hubiera sido la de configurar un recurso de naturaleza jurisdiccional y atribuir el conocimiento de estos a los juzgados en lo contencioso administrativo. Además opina que esta opción es la que mejor garantiza la independencia del órgano encargado de resolver el recurso tal como prescribe la Directiva 89/665/CEE.

Finalmente, para hacer frente a las exigencias de la Unión Europea (UE) la ley 34/2010 optó por crear, en el ámbito de la Administración General del Estado (AGE), un nuevo órgano administrativo, adscripto al Ministerio de Economía y Hacienda (artículo 41 RDLCSP), encargado de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación pública de la RDLCSP, de las reclamaciones de la LCSE y de las cuestiones de nulidad contempladas en ambas leyes. La ley denomina a dicho organismo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Este órgano de control tiene competencia sólo en el ámbito de la Administración General del Estado aunque está previsto que pueda actuar también en el ámbito de las CCAA si éstas celebran un convenio con la AGE en el que además se estipulen los gastos derivados de esta transferencia de competencias.

Respecto a los integrantes del organismo, el artículo 2.9 de la directiva de recursos, prescribe que para el caso de regularse un recurso administrativo, que los miembros del órgano independiente de resolución del recurso estén sometidos a las mismas reglas de nombramiento y causales de remoción a las que están sujetos los jueces y que a su presidente se le exija las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que a un juez. Pareciera que la UE recela de la eficacia de los órganos administrativas para resolver cuestiones jurídicas y así exige la creación de un órgano administrativo cuasi judicial.

Siguiendo las recomendaciones de la directiva 89/665/CEE el nombramiento y las causas de remoción del Presidente y de los dos Vocales (49) de este nuevo órgano son similares a las establecidas para los jueces. Se exige para su nombramiento la condición de funcionario de carrera con título de licenciado o de grado con más de quince

(47) Ibidem p. 303.

(48) MORENO MOLINA, José Antonio: *La reforma de la ley de contratos del sector público en materia de recursos*, Ed. La Ley, Madrid, 2010 p. 113.

(49) En el proyecto original el número de vocales era de tres pero se aceptó la propuesta del grupo de diputados opositores de reducirlo a dos pero con la posibilidad de incrementar reglamentariamente su número a medida que el volumen de tareas así lo aconseje.

años de actividad profesional, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo y relacionado con la contratación pública. De este modo, este ente autónomo está formado por especialistas en derecho lo que le otorgarían a sus resoluciones cierta “auctoritas” que en opinión de Gimeno Feliú contribuye a que las mismas sean aceptadas por las partes y desistan de acudir a los tribunales de justicia.

La designación del Presidente y los Vocales la realiza el Consejo de Ministros a propuesta de los Ministros de Economía y Justicia. Al mes siguiente de entrada en vigor de la ley el Consejo de Ministros designó los funcionarios para la provisión de estas plazas. La duración del mandato es de seis años improrrogables, salvo para la primera composición del Tribunal que por sorteo se determinará cuál de los vocales durará tres años en sus funciones. Terminado el plazo de su mandato el vocal cesado continuará en sus funciones hasta tanto tome posesión de su cargo la persona que haya de sustituirlo.

Se garantiza que los miembros del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) gozan de inamovilidad e independencia en sus funciones y que sólo pueden ser removidos por las causales siguientes: por expiración de su mandato, por renuncia aceptada por el gobierno, por pérdida de la nacionalidad española, por incumplimiento grave de sus obligaciones, por condena a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito y por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de sus funciones.

La independencia del Tribunal se manifiesta en que no tiene un superior jerárquico y que ningún órgano administrativo puede revisar sus decisiones. Los artículos 39 de la RDLCS y 108 de la LCSE expresamente establecen que no procede la revisión de oficio contra las resoluciones o cualquiera de los actos que dicte el Tribunal, ni estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control financiero de las Administraciones. Esta disposición fue introducida durante el debate parlamentario por el Grupo Socialista motivando su enmienda en que “la independencia de los órganos competentes para resolver el recurso especial en materia de contratación es incompatible con la posibilidad de que sus resoluciones sean revisadas o fiscalizadas en vía administrativa” (50).

Pero existe actualmente una circunstancia que puede ir en contra de la independencia del TACRC, por ser este un órgano adscrito al MEH no goza de partidas presupuestarias propias ni tiene la facultad de designar su personal por lo que los gastos necesarios para su funcionamiento y el nombramiento de personal lo realiza la Subsecretaría de Economía y Hacienda. En opinión del Presidente del TACRC no ha habido problemas por dicha circunstancia, pues todo el personal seleccionado por el mismo Tribunal fue designado por la Subsecretaría y que cuentan con todos los insumos necesarios para la realización de sus tareas. Sin embargo, cree que en algún momento esto podría llegar a ser contrario a su independencia y por tanto aboga por

(50) Enmienda número 24. Boletín Oficial de las Cortes Generales N° 79-5 de 21 de junio de 2010. Nótese que en la misma enmienda se propuso introducir el mismo texto en los proyectos de ley de la LCSP y de la LCSE lo que produjo el error en el artículo 108 de esta última que comentamos más arriba.

que en un futuro no muy lejano pueda conseguir que le sea atribuida al Tribunal una partida propia del presupuesto (51).

El legislador al establecer un organismo independiente tuvo presente otra de las exigencias de las Directivas comunitarias: que el recurso que debe resolver dicho órgano sea rápido. La decisión de crear un tribunal administrativo y no judicial obedece principalmente a esta última exigencia pues no podía garantizarse esta si se encargaba su resolución a los juzgados. Los recursos que resuelve el TACRC según su Presidente demoran una media de 4 semanas, lo que demuestra que se está cumpliendo con lo esperado (52).

Las decisiones del TACRC pueden ser recurridas por los particulares o por las Administraciones Públicas (AAPP) mediante recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. La circunstancia de que este órgano actué de manera independiente a los demás organismos de la AGE produce una particularidad respecto a la legitimación activa del recurso contencioso administrativo. Cuestión que fue advertida por el Grupo Socialista al motivar su enmienda al proyecto de ley argumentando que “la peculiaridad de los órganos resolutorios de estos recursos y reclamaciones, en especial su independencia, exigen que se regule de forma específica la forma en que las diferentes Administraciones Públicas pueden recurrir contra sus decisiones. Con objeto de mantener esta singularidad ha parecido lo más adecuado asimilarlos en todo a la posición de los órganos jurisdiccionales suprimiendo la posibilidad de que sean considerados como demandados en los recursos contencioso administrativos que se interpongan contra sus resoluciones” (53). Con la modificación de los artículos 19 y 21 de la LJCA se permite a las AAPP impugnar las resoluciones del TACRC siendo consideradas en este caso como parte demandada las personas favorecidas por el acto objeto del recurso. Cuando quien demanda es el particular, la parte demandada es la Administración Pública y nunca el órgano de resolución del conflicto.

En el proyecto original de la LCSP se facultaba a los órganos de contratación a instar ante el Tribunal la declaración de lesividad de sus resoluciones pero durante el tratamiento del mismo fue suprimido siguiendo con lo aconsejado por el Consejo de Estado. El Consejo estimó que este mecanismo no permitía garantizar el acceso al órgano de contratación a la vía contencioso administrativa, especialmente grave para el caso de contrataciones de los Ayuntamientos pues el órgano del recurso no tiene el carácter de local, y por ello propuso que se crease un mecanismo impugnatorio específico. Finalmente la ley acogió su sugerencia con la modificación de determinados artículos de la LJCA para permitir a las AAPP impugnar las resoluciones del TACRC sin necesidad de agotar la vía mediante la declaración de nulidad.

(51) Estas afirmaciones son el resultado de una breve entrevista concedida gentilmente por el Presidente del TACRC Dr. Juan J. Pardo García-Valdecasas el día 12 de mayo de 2011 en una reunión programada durante la realización de las prácticas del Máster en Administración Pública de la Universidad de Alcalá.

(52) *Ibidem*.

(53) Enmienda número 34. Boletín Oficial de las Cortes Generales N° 79-5 de 21 de junio de 2010.

En octubre de 2010 comenzó a funcionar este nuevo organismo y con ello el Tribunal ha debido enfrentar el problema de falta de personal para llevar a cabo sus funciones. Como nos comenta su Presidente en un primer momento, al no tener personal suficiente, se necesitó de la colaboración de los abogados del Cuerpo de Abogados del Estado para ayudar en sus tareas a los Vocales del TACRC. Actualmente, esta cuestión ya ha sido solucionada con la incorporación de nuevo personal funcional.

En esta primera etapa se desestimaron gran número de recursos y esto se debió principalmente a que se impugnaban actos de procedimientos contractuales iniciados antes de la entrada en vigor de las reformas introducidas por la ley 34/2010 y que según la LCSP en su nueva redacción no eran impugnables. Es el caso de la antigua adjudicación provisional que por ser un acto de mero trámite no es recurrible (54). Actualmente las inadmisiones no superan el 10 % y se producen principalmente por incompetencia del Tribunal para resolver actos dictados por las AAPP autonómicas o interposición fuera de plazo. Luego de seis meses de funcionamiento el Tribunal ya ha resuelto unos 160 recursos aproximadamente.

Antes de avanzar es necesario realizar una aclaración sobre la característica de este nuevo órgano, para ello debemos retomar lo dicho sobre el sentido que le otorga el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) al concepto de organismo jurisdiccional. Dijimos que el Tribunal es un órgano administrativo pero ello no implica negarle la condición de “órgano jurisdiccional” de acuerdo con el concepto autónomo de derecho comunitario que hemos comentado en los párrafos anteriores. Ahora bien, debemos dilucidar si el TACRC es un órgano jurisdiccional y para ello nos valdremos de la jurisprudencia sentada por el TJCE en el caso *Gabalfrisa y Otros*. En este caso se reconoció al Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña la característica de órgano jurisdiccional por reunir todas las condiciones necesarias para ser considerado como tal.

Según el TJCE las característica que debe reunir un órgano para ser considerado jurisdiccional son: a) origen legal y permanencia, b) que la jurisdicción sea obligatoria al ser necesario reclamar previamente ante estos para poder recurrir en vía contencioso-administrativa, c) que sus resoluciones firmes tengan fuerza obligatoria, d) que sus resoluciones se adopten dentro de un procedimiento contradictorio, d) que aplique normas jurídicas es decir que esté obligado a motivar sus decisiones y a resolver de acuerdo con lo establecido en las leyes, y e) que sea un órgano independiente, esto es, que resuelva las reclamaciones contra las decisiones de Administración sin recibir instrucción alguna de la misma.

(54) Ver al respecto los Acuerdos 1/2010 y 19/2011 en los que el Tribunal fundamenta la inadmisión del recurso por haberse impugnado la adjudicación provisional a la que considera un acto de mero trámite que no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos pues “la adjudicación provisional, (...) ni decide sobre la adjudicación (ésta se acordará en la adjudicación definitiva), ni produce indefensión o perjuicio irreparable, porque el recurrente aún podría recurrir contra la adjudicación definitiva, ni finalmente determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, pues la oferta del recurrente aún no ha sido definitivamente descartada pudiendo ser adjudicatario mientras no se resuelva definitivamente sobre la adjudicación”.

A mi juicio, el TACRC cumple de igual modo con estas condiciones salvo con una, puesto que su jurisdicción no es obligatoria ya que el recurso especial en materia de contratación pública es potestativo y puede acudirse a la vía judicial sin necesidad de articularlo previamente. Por lo tanto no es un órgano jurisdiccional en el sentido otorgado a este concepto por el Derecho comunitario.

Además del TACRC, la ley 34/2010 ha previsto que puedan constituirse tribunales similares en cada una de las capitales de las CCAA a los que denomina Tribunales Administrativos Territoriales. Estos Tribunales se irán constituyendo a medida que lo exija el número de asuntos sometidos al conocimiento y resolución del TACRC y tendrían la competencia exclusiva para la resolución de los recursos interpuestos contra los actos de la Administración territorial del Estado o de los organismos y entidades dependientes del mismo que tengan competencia en todo o parte del territorio de la correspondiente CCAA. El nombramiento y la remoción de sus miembros están sujetos a las mismas disposiciones establecidas para los miembros del TACRC.

El artículo 41.2 de la RDLCSF prevé la posibilidad de que las CCAA creen, a través de las correspondientes normas autonómicas, órganos para resolver los recursos en materia de contratación pública. Debiendo, no obstante, garantizar su independencia y que su titular, o su presidente, en caso de que sea un órgano colegiado, posea cualificaciones jurídicas y profesionales adecuadas en materia de contratación pública. La norma básica estatal no establece otros requisitos para la creación de los citados órganos pudiendo, por tanto, cada CCAA constituirlo de acuerdo a sus necesidades particulares (55). Puede por ejemplo ser unipersonal o colegiado, dedicarse exclusivamente a resolver los recursos contractuales o tener asignadas además otras competencias, etc.

De todas formas, las CCAA pueden atribuir la competencia para la resolución del recurso al TACRC mediante la celebración de un convenio con la AGE. Esta previsión legal tiene dos fundamentos: unificar la jurisprudencia administrativa respecto a los recursos contractuales y evitar el aumento del gasto público por la creación de múltiples organismos.

Mientras las CCAA no constituyan un órgano independiente o no atribuyan competencia al TACRC para resolver los recursos, dicha tarea seguirá encomendada a los órganos que la venían realizando. Pero los recursos que se interpongan deberán tra-

(55) Durante el debate parlamentario el Grupo Socialista defendió la posición de no exigir otros requisitos para la constitución de los órganos autonómicos por respeto a la distribución de competencias constitucionales. Por su parte, el Grupo Mixto propuso una enmienda en la que establecía que debía tener análogas características al TACRC, que estuviese adscrito a la Consejería de Economía y Hacienda de cada CCAA y se compusiera de un Presidente y un mínimo de tres vocales. El Grupo parlamentario del PP también propuso que se constituyera de forma análoga al TACRC. Ver "Enmiendas presentadas en relación con el Proyecto de Ley de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras", en el Boletín Oficial de las Cortes Generales Serie A N° 79-5 del 21 de junio de 2010.

mitarse de acuerdo con la LCSP y serán directamente recurribles mediante recurso contencioso administrativo (disposición transitoria séptima de la RDLCSP).

Sólo algunas Comunidades Autónomas han constituido organismos especiales para la resolución de estos tipos de recursos, tales como Islas Baleares, Madrid, Aragón, Navarra y la Ciudad Autónoma de Melilla.

Por último, sólo nos cabe remarcar que sería muy importante que en un futuro cercano se acometa en nuestro país una reforma semejante a la realizada en Europa respecto al sistema de recursos administrativos en materia de contratación pública. La especialización material de los recursos en el ámbito de los contratos públicos encuentra su justificación en la intención de mejorar los instrumentos de garantías para el administrado, garantizar que las decisiones adoptadas en los procedimientos de contratación, puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible. Además, la complejidad de esta materia aconseja la creación de un recurso especial con un procedimiento particular distinto de los recursos ordinarios y que el órgano encargado de resolverlos sea un organismo independiente y especializado. Ya existe en Argentina una experiencia similar en este sentido con la implementación de los recursos especiales en materia de tributos y de esta experiencia debería desecharse la centralización del Tribunal Fiscal de la Nación e implementarse un órgano especializado para resolver los recursos contractuales teniendo presente nuestro sistema federal.

VI. Bibliografía

- AA. VV.: *Contratos Públicos en España, Portugal y América Latina*, MORENO MOLINA, José Antonio y MATILLA CORREA, Andry (Coord.), Ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2008.
- AA. VV.: *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, SAINZ MORENO, Fernando (director), Madrid, 2004.
- AA. VV.: *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, MORENO MOLINA, José Antonio (Coord.) CEMCI, Granada, 2008.
- BERASATEGUI, Javier: “El control administrativo independiente en la contratación pública”, en *Diario La Ley* N° 6650, Sección Doctrina, 13 Feb. 2007, Año XXVIII, Ed. La Ley.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel: “Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de Diciembre de 2007” en *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, N° 100, Septiembre 2010, p. 31, Ed. La Ley.
- CONSEJO DE ESTADO (2010) “Expediente N° 499/2010: Dictamen relativo al anteproyecto de Ley de modificación de las Leyes 30/2007 y 31/2007, en http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=consejo_estado&id=2010-499 Setiembre 2012.
- CONSEJO DE ESTADO (2006) “Expediente N° 514/2006: Dictamen relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público” en http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=consejo_estado&id=2006-514 Setiembre 2012.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2010): “Informe al anteproyecto de ley de modificación de las leyes 30/2007 y 31/2007 en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=152035&Download=false&ShowPath=false> Setiembre 2012.

- ESCRIHUELA MORALES, F. Javier: “El nuevo recurso especial en materia de contratación (ley 34/2010, de 5 de agosto)”, en *Contratación Administrativa Práctica*, N° 103, Ed. La Ley, Madrid, Diciembre 2010, p. 70.
- ESCUIN PALOP, Vicente y BELANDO GARÍN, Beatriz: *Los Recursos Administrativos*, Ed. Civitas, Navarra, 2011.
- FARRANDO, Ismael: *Contratos administrativos*, Abeledo Perrot, Bs As, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás: *Curso de derecho administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2008.
- GIMENO FELIU, José María: *El derecho de los contratos del sector público*, Gobierno de Aragón (Departamento de Presidencia), Zaragoza, 2008.
- *Novedades de la ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Ed. Civita, Pamplona, 2010.
- GORDILLO, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 4, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000.
- LAZO VITORIA, Ximena: *El control interno del gasto público estatal. Un estudio desde el derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2008.
- *Legislación de Contratación Pública*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010.
- MORENO MOLINA, José Antonio: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público estudio sistemático*, Madrid, Ed. La Ley, 2007.
- *La reforma de la ley de contratos del sector público en materia de recursos*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público*, T. IV, Ed. Iustel, Madrid, 2011.
- PARADA VÁZQUEZ, José R.: *Derecho administrativo I*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- PULIDO QUECEDO, Manuel: *El nuevo tribunal administrativo central de recursos contractuales*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio: “La Ley 34/2010, de 5 de agosto: el nuevo régimen de los recursos en materia de contratación pública”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* N° 9/2011, Ed. Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho administrativo Parte general*, Tecnos, Madrid, 2010.
- *El control de las administraciones públicas y sus problemas*, Espasa Calpe, Madrid, 1991.
- SARMIENTO ACOSTA, Manuel: *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- SESÍN, Domingo Juan: *Administración Pública, actividad reglada, discreción y técnica*, Depalma, Bs. As., 2004.
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGON (2011): “Guía de Procedimiento ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón”, en https://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/Tribunal_admvo_contratos/guia_procedimiento_cuestion_nulidad.pdf Setiembre de 2012.