

La experiencia del funcionamiento del recurso administrativo especial y de los tribunales administrativos de contratación pública en España

I. Introducción: aproximación al fundamento del control en la contratación pública

El proceso de transposición del nuevo paquete legislativo europeo sobre contratación pública de 2014, obliga a reflexionar sobre el modelo de control de los contratos públicos para validar, en su caso, las soluciones adoptadas o, por contar, proponer alternativas de revisión ⁽¹⁾. Trataré, sucintamente, de explicar la solución española ⁽²⁾.

La materia de los contratos públicos es de tal importancia económica y social que no puede “relajarse” el principio de control por mor de una mal entendida eficacia administrativa, pues, en todo caso, cualquier diseño de justicia administrativa en-

cuentra su seña de identidad fundamental en el principio de tutela efectiva y, especialmente, de buena administración. El *Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo* núm. 10 de 2015, relativo a la *Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión*, recuerda que la política de la Unión Europea en relación a la contratación pública constituye un pilar fundamental en relación a la consolidación del mercado interior y en torno a la consecución de una racionalización de los fondos públicos que garantice la sostenibilidad del sistema. En este entorno, el incumplimiento de las normas sobre contratación pública y la falta de un sistema de análisis de errores, para el consecuente atajo de los mismos, ha supuesto una fuente importante de desajustes que termina afectando a la transparencia, a la competencia y a la corrupción ⁽³⁾.

Esta idea, además de la propia lógica del principio de eficiencia, conduce, de manera ineludible, a fijar un sistema de control previo rápido y efectivo como principal herramienta para gestionar de forma más eficiente los fondos públicos, de tal forma que se presenta como una oportunidad de inversión (y nunca un gasto, que deba ajustarse a reglas de “austeridad”) pues los datos acreditan las importantes ventajas económicas de un modelo de control eficaz, en tanto favorece la transparencia y la concurrencia y permite corregir las patologías e “inercias” administrativas. Así, en esta cuestión, como ya advirtiera el profesor

⁽¹⁾ Vide J. M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; J. A. MORENO MOLINA, “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; J. A. MORENO MOLINA y P. DOMÍNGUEZ ALONSO, “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; M. M. RAZQUIN, “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 196, 2015, pp. 97-13. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M. A. BERNAL BLAY, “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42.

⁽²⁾ En extenso me remito a mi estudio *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*, Número monográfico especial (2016) *Observatorio de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016 (disponible en www.obcp.es).

⁽³⁾ Me remito a mi estudio “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-105.

J. M. BAÑO LEÓN ⁽⁴⁾, postulados autocomplacientes que impiden ver la realidad efectiva y que lastra al sistema de contratación pública de tal manera que los principios comunitarios de libertad de circulación, mercado interior o igualdad de trato se presentan como una “ilusión óptica” que desaparecen cuando nos acercamos al concreto procedimiento ⁽⁵⁾.

Conviene insistir en la “fuerza” de los principios europeos de la contratación pública, que han mutado la práctica nacional de la contratación pública y que tienen su fundamento en los Tratados, como bien recuerda el Considerando primero de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.

II. El fundamento europeo de la regulación del control de la contratación pública

El derecho europeo ha tenido especial preocupación por el control de los contratos públicos. Así, las Directivas 89/665 y 92/13 – modificadas por Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 – han determinado un sistema propio de control en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Estas Directivas “procesales” han sido una auténtica revolución jurídica ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ J. M. BAÑO LEÓN, “El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional”, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 337.

⁽⁵⁾ Sobre el significado de estos principios me remito a J. A. MORENO MOLINA, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006; *idem*, “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación”, en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, pp. 3429 y segs. del tomo II, y C. VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, 2007.

⁽⁶⁾ J. M. GIMENO FELIU, *El control de la contratación pública*, Civitas, Madrid, 1995; *idem*, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de Contratos públicos y propuesta de reforma*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006. Interesa el trabajo de NOGUERA DE LA MUELA, “La Directiva recursos y sus consecuencias prácticas”, obra colectiva (dir. J. M. Gimeno) del Grupo de Investigación del CGPJ de 2015, *Contratación administrativa*, con especial incidencia del derecho europeo.

Las citadas Directivas obligan a los Estados a establecer un régimen especial de reclamaciones en materia de procedimiento contractual que permita a los interesados solicitar por un procedimiento ágil el control de aquellos actos de los poderes adjudicadores que se dicten durante el procedimiento administrativo de adjudicación de un contrato en tiempo útil para que las incidencias que puedan plantearse puedan tramitarse y resolverse antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Como afirma el quinto considerando de dicha Directiva 89/665 ya citada: “*dada la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, los organismos competentes para entender de los recursos deberán estar habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que [la entidad adjudicadora] podría eventualmente adoptar*” y que “*la brevedad de los procedimientos requiere un tratamiento urgente de las infracciones anteriormente mencionadas*”.

Las Directivas de “recursos” arbitran una serie de procedimientos de control/impugnación que tienen por fin controlar y corregir posibles incumplimientos de la normativa comunitaria de contratación pública ⁽⁷⁾. Su objetivo es, evidentemente, animar a la participación de las empresas europeas a licitar en los contratos públicos de obras y suministro ⁽⁸⁾. El artículo 81 de la Directiva 2004/18 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, insiste en la necesidad de incorporar un mecanismo de recurso rápido y eficaz, apuntando la posibilidad de que pueda sustanciarse en una agencia independiente.

⁽⁷⁾ El control establecido en esta Directiva, como destaca la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 18 de junio de 2002 (*Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs*), se opone a que una normativa nacional limite el control de la legalidad de la cancelación de una licitación únicamente al examen del carácter arbitrario de tal decisión.

⁽⁸⁾ Por todos, J. L. PIÑAR MAÑAS, “El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria”, en libro homenaje al profesor González Pérez, Civitas, Madrid, 1993, pp. 781 y segs.; J. A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho español y comunitario*, Mc-Graw-Hill, Madrid, 1996, pp. 199-265; B. NOGUERA DE LA MUELA, “El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español”, en el libro colectivo *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 95-130.

Pero el objetivo de las mismas no es solamente ofrecer un marco de recursos a los licitadores ⁽⁹⁾. La finalidad del recurso en contratación se debe contextualizar desde la óptica del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial. Por último, la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente por adjudicación directa, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción.

Así lo ha reconocido de forma expresa la STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, asunto C- 61/14, que recuerda que la “*Directiva 89/665, de Recursos, debe interpretarse necesariamente a la luz de los derechos fundamentales recogidos en la citada Carta, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en su artículo 47 (véase, en este sentido, la sentencia Ryneš, C-212/13, apartado 29)*”. Este derecho fundamental es de aplicación al margen del importe del contrato, motivo por el que la regulación de contratos no cubiertos deberá ser equivalente. Así, la opción nacional que se adopte debe preservar el principio de equivalencia de sistemas de control así como que la solución legal no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) ⁽¹⁰⁾.

El sistema diseñado por las Directiva 89/665 y 2007/66, pretende que exista un recurso rápido y eficaz, que exige independencia en su diseño ⁽¹¹⁾. No

⁽⁹⁾ Sobre ello, el excelente estudio de S. DIEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

⁽¹⁰⁾ Criterio interpretativo fijado en las sentencias TJUE de 6 de mayo de 2010, *Club Hotel Loutraki y otros*, asuntos C-145/08 y C-149/08, apartado 74; y de 12 de marzo de 2015, *Vigilo*, asunto C-538/13, apartado 39.

⁽¹¹⁾ Téngase en cuenta que las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores frente a la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen como finalidad reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en la que las irregularidades aún puedan ser subsanadas (sentencia Comisión/Austria, apar-

tiene porque ser un órgano judicial (aunque sí jurisdiccional, en la interpretación de la Unión Europea) y basta, como se reconoce en la STJUE de 4 de febrero de 1999, *Köllensperger* (apartado 29), que sea un órgano administrativo en donde actué en calidad de Presidente “*una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos*” ⁽¹²⁾.

tado 20 y jurisprudencia citada). El TJUE ha manifestado en abundantísima y uniforme jurisprudencia que el principio de efectividad de la aplicación del derecho de la Unión y las eventuales dificultades en esa aplicación que pueden derivar de disposiciones procesales de un Estado miembro, deben considerarse atendiendo al lugar que ocupan dichas disposiciones nacionales en el conjunto del ordenamiento jurídico y sus peculiaridades (por ejemplo, apartado 35 de STJUE de 8 de julio de 2010, *Susanne Bulicke*. Igualmente apartado 38, STJUE de 18 de enero de 2011, *Souzana Berkizi-Nikolakaki*). El fundamento del recurso especial exige, pues, una interpretación que facilite el control de las posibles ilegalidades, de tal manera que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex*, apartados 30 a 32).

⁽¹²⁾ Debe advertirse, sin embargo, que la instancia administrativa no es ni obligatoria ni suficiente, sino que, por contra, esta Directiva parece considerar a la vía jurisdiccional (en el sentido dado por la jurisprudencia del TJUE, en el que se admiten los supuestos de arbitraje) como la única que verdaderamente garantiza a las empresas un tratamiento imparcial e independiente de los litigios y las presuntas infracciones. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la STJUE de 4 de febrero de 1999, al afirmar que “los requisitos recogidos en el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, no se aplican a disposiciones como las que regulan la composición y el funcionamiento del *Tiroler Landesvergabeamt* (organismo de control) al no darse la nota de independencia. Según el Tribunal, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia. Sentencia que recuerda la jurisprudencia anterior: la sentencia de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult*, apartado 23; y las sentencias de 30 de junio de 1966, *Vaassen-Göbbels*; de 11 de junio de 1987, *Pretore di Salò*, apartado 7; de 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, apartados 7 y 8; de 27 de abril de 1994, *Almelo y otros*, apartado 21; y de 19 de octubre de 1995, *Job Centre*, apartado 9. Esta jurisprudencia viene a validar el sistema de recurso especial implantado en España. Vide M. A. BERNAL BLAY, «El sistema de tutela de la “buena administración contractual”: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento», *Revista española de derecho administrativo (REDA)*, núm. 160, 2013, pp. 190-213.

III. La opción española: un recurso administrativo especial

La opción legislativa española, para transponer las exigencias de un recurso rápido eficaz, y tras dos condenas del TJUE por insuficiencia del sistema (SsTJUE de 15 de mayo de 2003 y de 3 de abril de 2008), ha sido la de regular un recurso administrativo *ad hoc* cuya competencia se residencia en un Tribunal administrativo independiente especializado (a diferencia, por ejemplo, de la opción de Francia) ⁽¹³⁾. Su regulación vigente se encuentra en los artículos 40 a 49 de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) de 2011 ⁽¹⁴⁾. Este régimen de recursos y de organización

⁽¹³⁾ Vide J. A. MORENO MOLINA, “La Ley 34/2010 y la adaptación en España del derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 25 (2010).

⁽¹⁴⁾ Vide, en la doctrina reciente, J. M. GIMENO FELIU, “El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos”, libro colectivo *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, 2011, pp. 211-258; J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, “El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010; J. A. MORENO MOLINA, “La Ley 34/2010 y la adaptación en España del Derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, *cit.*; e I. GALLEGRO CORCOLES, en la *Addenda* al libro colectivo *Contratación del Sector Público Local*, La Ley, 2.ª ed., 2010, pp. XIX a LXX; S. Díez SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012, y de la misma Autora, “El recurso especial en materia de contratación pública”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, 2011, pp. 127-162; M. PULIDO QUECEDO, *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 65 a 130; A. PALOMAR OLMEDO, “El nuevo régimen de recursos en el ámbito de la contratación pública”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 105, 2011, pp. 41-65. También J. TORNOS MAS, “Los tribunales independientes para la resolución de los recursos administrativos en materia de contratos del sector público”, en *Derecho Administrativo y regulación económica. Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, Madrid, La Ley, 2011, p. 806; B. NOGUERA DE LA MUELA, “La buena legislación en los contratos del sector público: una necesidad inaplazable”, en Montoro Chiner, M. J. Karl-Peter Sommermann (dirs.), *Gute Rechtsetzung, Speyer Forschungsberichte*, Speyer, 2015, pp. 57 a 86; S. Díez SASTRE, “El recurso especial en materia de contratación pública”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, 2011, pp. 127-162; E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “Virtualidad práctica del recurso especial en materia de contratación pública: una figura inacabada”, *RAP*, núm. 188, 2012, pp. 365 y segs.; J. DEL OLMO ALONSO, “El tribunal administrativo central de recursos contractuales: consideraciones sobre los requisitos de admisibilidad de los recursos”, *Justicia Administrativa*, núm. 59, 2013, pp. 41 y segs.; M. A. BERNAL BLAY, «El sistema de tutela de la “buena ad-

ministración contractual”: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento», *cit.*; J. M. CARTERA CUARTANGO, *El procedimiento administrativo del recurso especial en materia de contratación*, Madrid, Bosch, 2014. Sobre la “cuestión de nulidad”, resulta de gran interés el estudio de I. GALLEGRO CORCOLES, “Contratos públicos y régimen cualificado de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad”, en libro colectivo *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, 2011, pp. 259-320.

del Tribunal Administrativo Central ha sido objeto de desarrollo reglamentario mediante Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entrada en vigor el 25 de octubre de 2015). Nos encontramos ante una disposición reglamentaria que constituye en su mayor parte normativa básica dictada al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución (Disposición Final Primera), y en consecuencia de aplicación general a todas las administraciones públicas y poderes adjudicadores dependientes de ellas comprendidas en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ⁽¹⁵⁾.

Este recurso alcanza a cualquier decisión en sentido amplio, sin limitarse en exclusiva a los actos adjudicatarios ⁽¹⁶⁾. Por ello son recurribles los anuncios

ministración contractual”: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento», *cit.*; J. M. CARTERA CUARTANGO, *El procedimiento administrativo del recurso especial en materia de contratación*, Madrid, Bosch, 2014. Sobre la “cuestión de nulidad”, resulta de gran interés el estudio de I. GALLEGRO CORCOLES, “Contratos públicos y régimen cualificado de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad”, en libro colectivo *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, 2011, pp. 259-320.

⁽¹⁵⁾ Por todos, además de más de la monografía de J. SANTAMARIA PASTOR (*Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015), me remito al trabajo de E. HERNÁEZ SALGUERO, “El control de los contratos mediante recurso especial. Características y principal doctrina”, obra colectiva (dir. J. M. Gimeno) del Grupo Investigación del CGPJ de 2015, *Contratación administrativa*, con especial incidencia del derecho europeo.

⁽¹⁶⁾ Se trata de una interpretación ya asentada en el derecho comunitario. Son impugnables todas las decisiones de los poderes adjudicadores sujetas al Derecho comunitario europeo sin ninguna restricción por lo que se refiere a su naturaleza y contenido decisiones (STJUE de 19 de junio de 2003, *GAT*), esto es, el recurso es susceptible en la medida en que una decisión de una entidad adjudicadora vulnera los derechos que confiere el Derecho comunitario en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público (STJUE de 23 de enero de 2003, *Makedoniko Metro y Michaniki*). En particular, además del acto de adjudicación, también se puede recurrir la cancelación de una licitación para la adjudicación del contrato con posterioridad a la presentación o apertura de las ofertas (SsTJUE de 18 de junio de 2002, *HI*; y de 2 de junio de 2006, *Koppensteiner*), las decisiones adoptadas sin procedimiento formal –como sucede con convenios y encargos directos sin cumplir los requisitos (SsTJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*, y de 18 de enero de 2007, *Auroux*) los actos o resoluciones

de licitación, los pliegos y otros documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, así como los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Respecto de estos últimos, se entiende que son actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores

Contra sus resoluciones, no es posible recurrir en vía administrativa lo ya acordado por un órgano de recursos contractuales ya que la propia lógica del sistema impide que, una vez exista pronunciamiento, la posterior adjudicación “reabra” un nuevo plazo de impugnación por los mismos motivos del recurso inicial. Así, cuando el recurso presentado, en tanto tenga por finalidad cuestionar lo que ya fue –o pudo ser– debe ser inadmitido, por cuanto existe ya cosa juzgada en vía administrativa. Y solo será posible, ex-artículo 49 TRLCSP, recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa ⁽¹⁷⁾.

La principal característica de este nuevo recurso es su diseño desde la perspectiva de una verdadera

que excluyen una oferta antes de la selección de la mejor (STJUE de 19 de junio de 2003, *Hackermüller*). También los casos de ausencia de indicación en el anuncio relativo a un contrato de la cantidad o la extensión global de tal contrato (STJUE de 11 de octubre de 2007, *Lämmerzahl*) y en los que se incorporan cláusulas de licitación incompatible con la normativa comunitaria (STJUE de 18 de marzo de 2004, *Siemens y ARGE*).

⁽¹⁷⁾ El Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) 12/2011, de 12 de julio, afirma que tras la existencia de un recurso administrativo especial previo no es posible sino la fiscalización ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues otra “interpretación generaría una clara inseguridad jurídica, al reabrirse un procedimiento ya concluido que cumplió las formalidades jurídicas exigidas, sin que las mismas puedan ser objeto de revisión por este Tribunal”. Y concluye diciendo: “En consecuencia, este Tribunal, en tanto reiteración de un objeto de recurso anterior, no puede variar el Acuerdo inicialmente adoptado, sin que obste, lógicamente, la posibilidad de que se pueda recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El Acuerdo ya adoptado es cosa juzgada formal y por ello no es posible dictar una nueva resolución que vaya en contra de lo ya decidido, siendo ésta una causa de inadmisión recogida en artículo 21.2 c) Ley 3/2011 de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón”.

eficacia procedimental. Para ello, en los casos de impugnación de la adjudicación, de conformidad con lo previsto en las Directivas y la jurisprudencia citada, el recurso suspende la adjudicación y no podrá formalizarse el contrato (perfección) hasta que no haya resolución expresa. Para los demás actos, el TRLCSP prevé tutela cautelar a través de medidas provisionales.

Del sistema diseñado se infiere que los poderes adjudicadores estarán obligados a cancelar una adjudicación declarada ilegal por el órgano de control (STJUE de 4 de diciembre de 2003, *EVN AG*), sin que sea admisible la regla general de que un contrato nulo continúe su ejecución (STJUE de 3 de abril de 2008, *Comisión/Reino de España*). Y así debe interpretarse el régimen del recurso especial contenido en el TRLCSP, con el fin de garantizar su efecto útil. Es decir, dentro del plazo de recurso especial, el incumplimiento del plazo suspensivo de la formalización no puede derivar en una cuestión de nulidad. Así, la estimación del recurso especial dará lugar a la anulación de la adjudicación y “arrastrará a esa invalidez sobrevenida” lógicamente, al contrato indebidamente formalizado. Por lo tanto, la formalización del contrato sin esperar la resolución del recurso supone directamente incurrir en una nulidad absoluta de pleno derecho ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ Así lo ha entendido el Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre, del TACPA, donde se afirma, ante un supuesto de formalización incumpliendo el periodo de espera, que «En el diseño inicial de la “Directiva Recursos» de 1989 se establecía que los efectos de la declaración de invalidez de la adjudicación se determinarían con arreglo al Derecho nacional. Era, por tanto, este derecho el que determinaba la sanción que anudaba a la declaración de invalidez de los actos precontractuales (artículo 1.6), que, en consecuencia, podía ser bien la conservación del contrato, bien la declaración de ineficacia de los contratos celebrados con vulneración del Derecho europeo, como ha sido la solución tradicional en nuestro ordenamiento. Es decir, la Directiva permitía la declaración de invalidez de un contrato aun en impugnación de un acto de adjudicación. Sin embargo, las prácticas nacionales eludían el efecto del recurso, permitiendo que un contrato nulo pudiera continuar desplegando efectos, lo que fue considerado ilegal en la STJUE de 3 de abril de 2008, por la que se condenaba al Reino de España por este motivo.

El objetivo explicitado por la vigente Directiva 2007/66/CE es reforzar los mecanismos de recurso, para matizar la regla tradicional de indiferencia del Derecho europeo en relación con la suerte que habría de correr el contrato adjudicado con vulneración de las normas europeas sobre contratación pública. La actual Directiva de recursos pretende incorporar una sanción efectiva, proporcio-

IV. Organización y planta de los órganos de recursos contractuales en España

El nuevo recurso administrativo especial des-cansa sobre una nueva figura como son los “Tribunales administrativos”, a los que se les reconoce facultades, de plena jurisdicción con posible resta-

nada y disuasoria que funcione como mecanismo de cierre del sistema y que garantice el cumplimiento de todo el sistema de garantías de las normas sustantivas sobre contratación (de hecho, en la propuesta original de la Comisión la ineficacia era una posibilidad sólo en la circunstancia de que el período de suspensión no se observase por parte de la entidad contratante). De esta forma, el derecho de la Unión Europea obliga ahora a los Estados miembros a sancionar con “ineficacia” lo que la norma considera violaciones más groseras del Derecho de la Unión europea. Estos supuestos de especial gravedad son dos: las llamadas adjudicaciones directas – es decir, las adjudicaciones de contratos sin publicación previa de un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, siempre que ello sea preciso– y los casos en los que, además de haberse producido una infracción de una norma sustantiva que hubiese impedido al recurrente obtener la adjudicación a su favor, no se respete el periodo de suspensión previo a la formalización del contrato, o la suspensión automática de la adjudicación en los supuestos de interposición del recurso, establecidos en nuestro ordenamiento en los artículos 40.3 y 45 TRLCSP, respectivamente.

Es cierto que el recurso especial se limita a los actos de preparación y adjudicación. Sin embargo, para garantizar el efecto útil del recurso, y atendiendo a los principios de favor actionis y de economía procedimental, conviene acumular a este recurso la acción de nulidad –que no la cuestión de nulidad– derivada de nuestra resolución, tal y como aparece en el petitum de la UTE recurrente. Opción compatible con una tradición jurídica como la española, en la que se ha admitido con naturalidad que la invalidez de la adjudicación se transmite como lógica consecuencia al contrato, se haya perfeccionado o no.

Procede, en definitiva, una interpretación integradora del sistema de control por el Tribunal Administrativo de los distintos incidentes del contrato impugnado, con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva que deriva del artículo 24 CE y la eficacia del sistema de control administrativo diseñado por el TRLCSP (con fundamento en la Directiva 2007/66).

En definitiva, procede la tramitación del recurso especial. Y siendo ilegal la adjudicación, que debe recaer a favor de la UTE recurrente, al ser el operador económico que realiza la oferta económicamente más ventajosa no incurso en anormalmente baja, debe declararse igualmente, y de forma simultánea, la nulidad del contrato del IASS con la empresa ARALIA por infracción del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, al ser un acto que no ha respetado el procedimiento debido. Así se deriva por lo demás de la doctrina del TJUE en la Sentencia de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España, que considera contrario al derecho de la Unión que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos. En consecuencia, de conformidad con el artículo 35 TRLCSP, el contrato indebidamente perfeccionado debe entrar en fase de liquidación, debiendo restituirse a las partes de forma recíproca las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo».

blecimiento de la situación jurídica individualizada y, en su caso, indemnización, se manifiestan en el contenido de la resolución final ⁽¹⁹⁾. Una de las mayores críticas vertidas a la configuración del recurso especial en materia de contratación pública había sido la atribución de la competencia para la resolución del recurso, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, al propio órgano de contratación que dicta el acto objeto de recurso (al estilo del recurso potestativo de reposición recogido en el artículo 116 Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común, o al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública ⁽²⁰⁾). Resultaba cuestionable que, siendo el mismo órgano que dicta el acto recurrido el que haya de resolver el recurso (cuando se trate de contratos de Administraciones Públicas), el recurso pudiera ser eficaz ⁽²¹⁾. De

⁽¹⁹⁾ La opción ha sido, no obstante, cuestionada por S. DE LA SIERRA (“Un legislador impertinente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública”, *REDA*, núm. 149, 2011, pp. 107-1089) o A. SERRANO PASCUAL (“La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratación del sector público de Aragón, o cómo no se debe legislar”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Rev. 12/2011, 1539), al considerar que no se cumple con las reglas de la Directiva 2007/66, al exigir que en nombramiento del presidente sea equivalente al de juez. Opinión que no comparto, por formalista, y entiendo que no hay infracción en tanto la persona reúna las cualidades y estatus propio de la función jurisdiccional. Por el contrario, entiende ajustada a la Directiva 2007/66 esta regulación M. A. BERNAL BLAY, quien recuerda que el TJUE ya ha aplicado estos parámetros –STJUE de 4 de febrero de 1999, *Köllensperger*, apartado 29– admitiendo como válidos órganos administrativos en donde actuara en calidad de Presidente “una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos”.

⁽²⁰⁾ En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la existencia de órganos independientes para la resolución de recursos en materia de contratación contaba con dos antecedentes. Islas Baleares fue pionera al establecer un recurso, de carácter potestativo, residenciando la competencia para resolverlo en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears). Tres años después, la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra, incluyó también en su artículo 210 una reclamación en materia de contratación pública que los interesados pueden interponer ante la Junta de Contratación Pública.

⁽²¹⁾ Vide J. M. GIMENO FELIU, “Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público”, en libro colectivo *El Derecho de los Contratos del Sector Público*, Monografías, *Revista Aragonesa Administración Pública*, núm. X, 2008, pp. 45 a 48.

ahí que ahora se disponga la creación de un nuevo órgano administrativo al que atribuye la resolución de los recursos especiales en materia de contratación pública: el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, que a pesar de su denominación (Tribunal), no tendrá naturaleza jurisdiccional ⁽²²⁾.

La creación de este órgano administrativo llega luego de desechar la posibilidad de atribuir la competencia para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (opción preferida por el Consejo de Estado) ⁽²³⁾, o de crear una Sala especial dentro del Tribunal Económico-Administrativo Central ⁽²⁴⁾. La principal característica de

⁽²²⁾ M. PULIDO QUECEDO, *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, cit., pp. 25-65. *Idem*, "Competencias y legitimación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRECO): especial consideración de los supuestos de nulidad contractual", *Documentación Administrativa*, núm. 288/2010, pp. 65-98; y también J. J. PARDO GARCÍA-VALDECASAS, "El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales", *Documentación Administrativa*, núm. 288/2010, pp. 19-42.

⁽²³⁾ Se descarta la opción del modelo francés (reclamada en nuestra doctrina por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Artículo 60 bis. Medidas provisionales", en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, 2.ª ed, Madrid, 2004, p. 325, en nota; BAÑO LEÓN, "El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional", cit., p. 362; y LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 77), objeto de reciente reforma – para adaptarlo a la Directiva 2007/66/CE – en la que ha adicionado un recurso contractual (*référé contractuel*) también jurisdiccional, residenciándose en la jurisdicción contencioso-administrativa. *Vide* Ordenanza núm. 2009-515, de 7 de mayo, y Decreto núm. 2009-1456, de 27 de noviembre de 2009 (arts. L 551-13 a L551-23 y R 551-7 a R 551-10 del Código de Justicia Administrativa). Por todos, O. DORCHES, "Recursos jurisdiccionales especiales en materia de contratación pública: el modelo francés", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 23, 2010.

⁽²⁴⁾ En la elaboración del Anteproyecto de Ley de modificación, el Gobierno se planteó residenciar la competencia para resolver este recurso directamente en la jurisdicción contencioso-administrativa (más concretamente, en los Juzgados Centrales y Provinciales de lo Contencioso-Administrativo). Sin embargo, tras el análisis realizado por diferentes órganos del Ministerio de Justicia se llegó a la conclusión de que, por diversas razones, no era esa la solución preferible. Así, la Secretaría General Técnica del citado Ministerio subrayó que tal atribución de competencia supondría la posibilidad de que actos de entidades de derecho privado fueran directamente impugnados ante dicha jurisdicción, lo que exigiría introducir la correspondiente modificación en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en cierta medida conduciría a desnaturalizar esa jurisdicción. Adicionalmente, señala que "la Secretaría de Estado de Justicia ha cuestionado la oportunidad de

este nuevo Tribunal administrativo será su independencia funcional (tanto del órgano como de sus miembros) en el ejercicio de sus competencias, independencia que se refuerza con la inamovilidad que deriva de la designación de sus miembros (art. 41.1, § 7, del TRLCSP), que sólo podrán ser removidos de sus puestos por las causas legalmente establecidas ⁽²⁵⁾.

En cuanto a su composición, quedará integrado el Tribunal por un mínimo de un Presidente y tres vocales (número que podrá ser ampliado), nombrados por un período de seis años entre funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado (en Derecho para el caso del Presidente), y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

En todo caso, como bien advierte J. A. RAZQUIN, la planta no es cerrada sino que se pretende un proceso organizativo dinámico ⁽²⁶⁾. Así, las Comunida-

introducir, de una forma u otra, procedimientos especiales para dar prioridad al conocimiento y resolución de determinadas cuestiones o reducir plazos al respecto, debido a que no se cuenta con los medios necesarios para cumplir tales exigencias. Hay que advertir que el informe del Consejo General del Poder Judicial de 11 de febrero de 2010, sobre el anteproyecto de Ley de modificación LCSP, no se pronunció expresamente sobre la opción de atribuir a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la competencia para conocer del recurso especial en materia de contratación y de la denominada cuestión de nulidad. En efecto, el citado informe sólo se ocupó de examinar la reforma proyectada para los artículos 10 y 11 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En la tramitación de la Ley de modificación TRLCSP, se planteó también la posibilidad de atribuir la competencia a una sala especializada en materia contractual dentro del Tribunal Económico-Administrativo Central, opción que fue desechada, entre otras razones, por la falta de especialización en materia contractual de sus miembros y la insuficiencia de medios humanos y materiales para cubrir ese nuevo ámbito de actuación. Esta opción se justificaba en la doctrina del TJUE que había considerado a estos tribunales como órganos jurisdiccionales a efectos de la cuestión prejudicial" (Sentencia de 21 de marzo de 2000, *Gabalfrisa*).

⁽²⁵⁾ Esa independencia del órgano encargado de resolver el recurso respecto del órgano que dictara el acto recurrido fue una reclamación constante de la doctrina académica desde un principio. Sobre estos nuevos tribunales puede citarse el número de *Documentación Administrativa*, núm. 288, 2010, monográfico sobre "Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales: Central y Autonómicos", dirigido por M. Bassols.

⁽²⁶⁾ J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, "El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público", cit., p. 25.

des Autónomas (así como las Asambleas Legislativas y las Instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo) podrán crear sus propios órganos para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública ⁽²⁷⁾, o bien suscribir un convenio con la Administración General del Estado para que sea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales quien conozca de los recursos planteados en sus respectivos ámbito de competencia (convenio en el que se estipularán las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias” –§ 4 del apartado 2 del artículo 41 TRLCSP) ⁽²⁸⁾. Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido, y si estuviera vinculado a más de una, el órgano competente para resolver el recurso lo será aquél que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que todas o varias de ellas, ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado. Para contratos subvencionados, la competencia correspon-

derá al órgano independiente que ejerza sus funciones respecto de la Administración a que esté adscrito el ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, al órgano ante el que el recurrente decida interponer el recurso de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado ⁽²⁹⁾.

Varias Comunidades Autónomas han optado por la creación de su propio órgano de recursos contractuales: la Comunidad de Madrid, Aragón, Andalucía, Cataluña, País Vasco (en el País Vasco se han creado también Tribunales Forales), Castilla y León, Canarias, Galicia y Extremadura. También se ha “reconfigurado” el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

La función de los órganos de control de los contratos públicos es la de control del procedimiento de licitación, pudiendo pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. Y, con la nueva regulación comunitaria,

⁽²⁷⁾ Las Comunidades Autónomas –o Asambleas legislativas– que no regulen su Tribunal o no convienen con el Tribunal estatal, quedan obligadas por la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 34/2010, resolviendo el recurso el órgano de contratación con las reglas ahora vigentes, pero con la “penalización” que consiste en la suspensión automática hasta que la levante el Juez si no hay estimación del recurso especial. Así lo ha recordado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

⁽²⁸⁾ En el Anteproyecto de Ley de modificación LCSP se preveía la posibilidad de creación de órganos independientes para la resolución del recurso especial por parte de las Diputaciones Provinciales, pero esta opción no pasó finalmente al Proyecto de Ley presentado en el Congreso. En consecuencia, parece que se impide que proliferen los tribunales de ámbito municipal –ni siguiera para grandes municipios. Por el contrario, J. A. MORENO MOLINA defiende que sí, existe tal potestad a favor de la Administración local (“Presentación de las últimas reformas LCSP y en especial de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP, La Ley de Contratos en los Sectores Especiales y la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa”, revista *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 102, 2010, pp. 25 y 26).

⁽²⁹⁾ Especial interés tiene la cuestión de la transitoriedad. Las Comunidades Autónomas –arrastrando a toda su administración local y poderes adjudicadores no administración pública– pueden, de no constituir su propio Tribunal, convenir con el del Estado, estableciendo el sistema de retribución o compensación. De no firmar este convenio, y en tanto no dispongan de tribunal, la competencia para la resolución de los recursos continuará encomendada a los mismos órganos que la tuvieran atribuida con anterioridad. Esta posibilidad, aun con el régimen de no ejecutoriedad de los actos impugnados ante la jurisdicción si so se estimo el recurso especial, implica una evidente pérdida de eficacia del mecanismo de control, como bien ha denunciado, entre otros, E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN en su trabajo “Virtualidad práctica del recurso especial en materia de contratación pública: una figura inacabada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 188, 2012, p. 383.

también de las cuestiones que puedan esconder actuaciones que afecten al procedimiento de licitación, como los modificados, convenios que sean contratos públicos o encargos a entes instrumentales si no se cumplen los requisitos para tener la consideración de medio propio. En todo caso, su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulta racional y razonable ⁽³⁰⁾.

Tras cinco años de funcionamiento existe ya una doctrina administrativa consolidada de estos órganos de recursos contractuales, que refuerza la función de mejora en las actuaciones de las Administraciones Públicas. Una doctrina que resulta bastante uniforme –aun con ciertas discrepancias– que se justifica con la coordinación real que existe entre estos órganos ⁽³¹⁾. Esta doctrina, junto con la del TJUE, está permitiendo una “codificación” de la contratación pública ⁽³²⁾. De hecho, esta doctrina es la que permite, principalmente, validar la independencia del control que se efectúa por estos órganos de recursos contractuales. De ahí la exigencia –como ineludible a esa nota de independencia– de publicar las resoluciones. Práctica que realizan la mayoría de los órganos de recursos contractuales y que complementan como Memorias anuales de actividades y selección de la principal doctrina.

⁽³⁰⁾ Acuerdo TACPA 13/2011, de 14 de julio.

⁽³¹⁾ El resultado de las reuniones y acuerdos se puede consultar en www.obcp.es. En concreto, la segunda reunión celebrada en Sevilla en 2013, <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.542/recategoria.118/re/menu.2/chk.a9ec2b6701d083fbafa009d2a42d9654>. Resulta de interés la opinión de J. C. ROMAR VILLAR, “Diferencias en la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales, en relación al recurso especial en materia de contratación”, en [obcp.es](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.132/re/menu.3/chk.77a16fe6a7172a34370e0ca59255b6d7) (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.132/re/menu.3/chk.77a16fe6a7172a34370e0ca59255b6d7>).

⁽³²⁾ Me remito en extenso a mi trabajo «La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», *REDA*, núm. 172, 2015, pp. 81-122. En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea (en relación con el impacto de la jurisprudencia en el

V. La valoración del funcionamiento del modelo español: un modelo de éxito

La experiencia de cinco años de funcionamiento del recurso especial en materia de contratación pública, implantado como necesaria respuesta al reiterado incumplimiento de los principios europeos de control determinados en la Directiva 89/665 (modificada por la Directiva 2007/66) y de acatar la decisión de la STJUE de 3 de abril de 2008 (Asunto C-444/86), publicada ya la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre) ⁽³³⁾, aconseja un primer balance de su funcionamiento, de la principal doctrina adoptada y, por supuesto, de cuáles deben ser las líneas de mejora de su funcionamiento.

Sin duda, el modelo, como ha explicado J. SANTAMARIA PASTOR ⁽³⁴⁾, ha aportado un escenario distinto a lo que venía siendo la práctica habitual del control de los contratos públicos en España, que se fundamentaba más en la idea de autotutela de la Administración y la presunción de legalidad de sus decisiones, de tal forma que “primaba” siempre el

proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, *vide* M. COZZIO, “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013). No en vano, como bien ha advertido C. CHINCHILLA MARIN, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE. “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79.

⁽³³⁾ Sobre la insuficiencia de nuestro sistema de recursos, por todos, puede citarse a J. TORNOS MAS, “Los tribunales independientes para la resolución de los recursos administrativos en materia de contratos del sector público”, en *Derecho Administrativo y regulación económica. Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, 2011, p. 806. De especial interés son los trabajos de J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, “Nueva condena a España por incumplimiento de la directiva sobre recursos en materia de contratos públicos”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 4, 2008, pp. 5-8; y J. VÁZQUEZ MATILLA, “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008: la vulneración de la Directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 45, 2008, pp. 148-191.

⁽³⁴⁾ Lo explica de forma muy clara en su monografía *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, en especial, pp. 48-64.

interés público de continuar con un contrato frente a la opción de analizar las posibles irregularidades.

Por ello, puede afirmarse que el nuevo régimen del recurso especial en materia de contratación pública es una novedad relevante tanto desde un plano dogmático como de gestión práctica. El cumplimiento de plazos con carácter general y contenido de las resoluciones –como se ha puesto de relieve en el *Informe sobre la Justicia Administrativa 2015. Especial contratos públicos* ⁽³⁵⁾– han permitido validar el sistema, como se acredita en el volumen de recursos. La creación y puesta en funcionamiento de estos órganos de recursos contractuales ha supuesto un notable avance en la necesidad de un efectivo control que, además de garantizar el derecho a la tutela, permita una gestión más eficiente de los fondos públicos y posibilite la eficacia del derecho a una buena administración ⁽³⁶⁾. Asimismo, se ha “generado” una importante doctrina administrativa que, por su inmediatez, ayuda a la correcta interpretación jurídica (lo que favorece una mayor seguridad del modelo) ya que puede servir para “modificar y corregir” aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias ⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ *Informe sobre la Justicia Administrativa 2015. Especial contratos públicos* (coordinado por S. Díez), elaborado por el Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid que centra su atención, en particular, en Tributos, Contratos Públicos y Responsabilidad Patrimonial, que debe servir de base tanto para la toma de decisiones de política legislativa y de justicia (se puede consultar en <http://cijauam.org/wup-content/uploads/2015/03/Informe-sobre-la-Justicia-Administrativa-2015.pdf>).

⁽³⁶⁾ Así lo advierte J. PONCE en su trabajo “El órgano administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del derecho a una buena administración”, *Revista Documentación Administrativa*, núm. 288, 2010, p. 206.

⁽³⁷⁾ Y muy ligada a esta idea de transparencia –vinculada con la de seguridad jurídica y predictibilidad– debería, como bien han sugerido P. VALCÁRCEL y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, consolidar un adecuada transparencia de los informes o resoluciones dictados por los órganos consultivos en materia de contratación o los especializados en la resolución de los recursos contractuales. La publicación en las distintas páginas web de los informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública estatal –y de los emanados de los equivalentes órganos autonómicos–, así como de las resoluciones de los Tribunales u órganos especializados en recursos contractuales, ya estatal ya autonómicos, garantizando un acceso fácil y rápido a su doctrina constituye una pieza seminal para el mejor engranaje de un funcionamiento transparente del sistema. “Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, en libro colectivo dirigido por

Aunque este sistema pueda resultar cuestionable desde la perspectiva del derecho comparado, donde mayoritariamente se ha optado por un modelo judicial. Esta opción, desde la lógica del sistema, quizá parece la más coherente, aunque desde la realidad práctica quizá no resulta tan desacertada la opción del tribunal administrativo, a la vista de los tiempos “extensos” que actualmente marcan los Tribunales contencioso-administrativos en la resolución de los recursos.

El cumplimiento estricto de los plazos (aunque con unos inicios un tanto “asimétricos” en este aspecto), la publicidad de los acuerdos y resoluciones –y su fundamentación–, así como la importe “tasa de éxito” en la resolución de los recursos ⁽³⁸⁾, han dotado de credibilidad el sistema al cumplirse con las notas de rapidez, eficacia e independencia que se pretendía con este nuevo recurso. Sistema de recursos que lejos de la idea de gasto, debe contemplarse como una eficaz y rentable inversión, pues está permitiendo una mejor gestión en la Administración, corrigiendo prácticas viciadas, lo que se traduce en importantes ahorros económicos ⁽³⁹⁾. Por otra parte, la labor de coordinación entre Tribunales Administrativos, tendente a lograr la máxima seguridad jurídica e igualdad de todos los operadores, con independencia del ámbito de actuación subje-

D. Sorace, *Amministrazioni Pubbliche dei contratti*, Ed. Scientifica, Nápoles, 2013. Y ello porque, como bien indican, “estos órganos están sirviendo para limpiar y depurar la contratación del sector público. Además, se está comenzando a apreciar como los entes del sector público contratantes están adaptando su comportamiento a la vista de las resoluciones de los tribunales, por ejemplo: redactan mejor los pliegos, concretan más y mejor los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación del contrato” (pp. 371-373). M. A. BERNAL BLAY ha destacado también la labor didáctica de estos tribunales administrativos y la *auctoritas* de su doctrina. “Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011”, en libro colectivo *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 328-331.

⁽³⁸⁾ Este concepto de tasa de éxito (que es el número o porcentaje de recursos estimados, descontando casos de inadmisión) es explicado por M. A. BERNAL BLAY en las “I Jornadas jurídicas sobre el sistema de tutela de la buena administración contractual (Sevilla, 7 y 8 de noviembre de 2013)”.

⁽³⁹⁾ Vide M. A. BERNAL BLAY, «El sistema de tutela de la “buena administración contractual”: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento», *cit.*, pp. 210-211.

tiva o territorial en que actúen, han dotado de mayor credibilidad al sistema ⁽⁴⁰⁾.

Lo importante, en definitiva, es preservar un control útil, basado en la pronta respuesta y en la especialización e independencia de estos tribunales administrativos, estatal o autonómicos, regulando una planta de carácter cerrada, que impida su extensión en el ámbito local o institucional, y que incluya mecanismos de coordinación que favorezcan la unidad de doctrina y, por ello, la predictibilidad y seguridad jurídica. Ese debe ser, en definitiva, el eje de reforma que avance en la senda del control efectivo y sirva de herramienta efectiva frente a la corrupción y dote de credibilidad al sistema ⁽⁴¹⁾.

Este sistema de “justicia administrativa especial” (cuyas ventajas ha destacado el profesor J. SANTA-MARIA PASTOR), ha sido reforzado por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras admitir a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), ha declarado, por la sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, asunto C-203/14, que en estos tribunales se dan las notas de carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción que justifican su consideración como órgano jurisdiccional en el

⁽⁴⁰⁾ El anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 2015 contiene una referencia expresa a la necesidad de coordinación de los Tribunales en su Disposición adicional vigésima cuarta. “Coordinación entre los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación.” “Los diferentes órganos de recurso que sean creados acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento. Dichos órganos podrán además proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos.”

⁽⁴¹⁾ Esta es la conclusión defendida en mi trabajo “Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del INFORME CORA. Balance y prospectiva”, *Revista Derecho Público de Cataluña*, núm. 47, 2013, donde se viene a argumentar sobre la complementariedad del modelo (y no duplicidad) y el efecto útil en el control y su función profiláctica. Por ello, encaja mal con esta filosofía la exigencia de una tasa para la interposición del recurso (opción adoptada en Cataluña mediante Ley 2/2014, de 27 de enero).

sentido del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ⁽⁴²⁾.

Este reconocimiento de órgano jurisdiccional a efectos del derecho comunitario europeo, tiene especial consecuencia en lo relativo al obligado cumplimiento de sus Acuerdos o resoluciones, que tiene el carácter de ejecutivos y ejecutorios. Así, una resolución de estos Tribunales, en tanto órganos “jurisdiccionales” (lo que explica que no tengan la condición de demandado, tal y como previene la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998), deben ser cumplidas en sus propios términos (como ha confirmado el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de noviembre de 2014). *Máxime* cuando se ha incumplido con la regla de la suspensión *ex lege* en los supuestos de adjudicación y se ha procedido a formalizar, de forma indebida, un contrato ⁽⁴³⁾.

Esto significa que, salvo que el Tribunal competente de la jurisdicción contencioso, haya dictado auto concediendo tutela cautelar donde se suspenda la eficacia de lo resuelto por estos Tribunales Administrativos, sus resoluciones deben ser cumplidas de forma directa y sin demora, sin que pueda condicionarse en modo alguno al fallo definitivo del Tribunal contencioso. Solo así se da cumplimiento a la arquitectura jurídica del recurso especial y su fundamento, no se olvide, en las Directivas recursos. En consecuencia, la Administración afectada por una resolución de estos tribunales, en tanto son decisiones ejecutivas y ejecu-

⁽⁴²⁾ E. HERNÁEZ SALGUERO, ya había defendido este carácter “cuasijurisdiccional”. “El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 28, 28 de junio de 2013, p. 88. Igualmente, M. J. SANTIAGO, “Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro”, *Revista Auditoría Pública*, núm. 66, 2015, pp. 105-118.

⁽⁴³⁾ Cuestión analizada y resulta por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 55/2013, en relación a la formalización de un contrato sin respetar el plazo de *stand hill* que exigen las Directivas, de tal manera que tramitando el recurso especial, al aceptar las pretensiones del mismo y declarar ilegal el acto de adjudicación, acuerda declarar la nulidad del contrato indebidamente celebrado, acordando, *ex-artículo 35 TRLCSP*, que el contrato indebidamente perfeccionado debe entrar en fase de liquidación, debiendo restituirse a las partes de forma recíproca las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo.

torias en sus propios términos (y que no responden a criterios jerárquicos, pues debe insistirse en la nota de independencia), no puede justificar la inaplicación de la misma bajo ningún concepto.

No es menos cierto que junto a las luces se observan ciertas sombras. La primera, y principal, la no extensión integral del sistema ya que este recurso no debe depender del importe del contrato. Así, para los contratos no armonizados no existe este recurso y el TRLCSP remite a la legislación general, lo que genera una dualidad de recursos con reconocimiento de la doble jurisdicción –civil o administrativa– en función de su naturaleza o no de Administración Pública, con la quiebra del principio de los actos separables ⁽⁴⁴⁾. Esta opción, es claramente criticable y debemos insistir en la necesaria “apertura” del sistema de recursos especiales en materia de contratación pública a todos los contratos (y a todas sus materias) se encuentre o no sometidos a regulación armonizada ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴⁾ S. DEL SAZ, “La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?”, *RAP*, núm. 174, 2007, p. 349. *Vide*, también, JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU, “El ámbito subjetivo de aplicación TRLCSP: luces y sombras”, *RAP*, núm. 176, 2008, pp. 9-54.

⁽⁴⁵⁾ Me remito a mi trabajo “Los Tribunales Administrativos Especiales de Contratación Pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?”, en libro colectivo coord. por Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014; pp. 25-138. M. RAZQUIN LIZARRAGA (“Contratos públicos y recursos”, *Observatorio de contratación pública*, 16 de enero de 2012): “En definitiva, al igual que ocurre en materia tributaria, también en el ámbito de los contratos públicos, es obligado defender que los ciudadanos puedan interponer recursos especiales ante este órgano administrativo e independiente, ya creado y existente. Estoy seguro que esta vía significará un cumplimiento real y eficaz del derecho fundamental de acceso a la justicia para el ciudadano. Además probablemente, tras la obtención de la resolución de este primer recurso administrativo, es muy probable que el ciudadano ya no acuda a los recursos jurisdiccionales. Por tanto, la solución aquí propuesta también supondrá que los Jueces y Tribunales se vean descargados de recursos y puedan resolver, mientras tanto, los numerosísimos asuntos que tienen pendientes en este momento. Pero, además, en esta época de crisis, la ampliación de los recursos especiales en materia de contratación pública constituirá un medio que no generará un mayor gasto público (o cuando menos un elevado gasto público) y supondrá un gran ahorro para las maltrechas economías de los empresarios y ciudadanos privados, que también necesitan no malgastar su ya exiguo dinero”.

Por otra parte, la articulación práctica en España pone de manifiesto ciertas disfunciones, en tanto la planta autonómica de estos Tribunales a fecha de hoy no está cerrada, generando asimetrías poco compatibles con el principio de seguridad jurídica. Y la extensión –a mi juicio sin justificación legal– al ámbito local genera indebida distorsión que cuestiona la esencia del modelo ⁽⁴⁶⁾. En necesario determinar de forma clara el número de órganos de recursos contractuales, que deberán garantizar en todo caso la nota de independencia y especialización y la debida colegialidad ⁽⁴⁷⁾. Asimismo, el actual carácter potestativo genera evidentes disfunciones procesales que deben ser corregidas mediante su consideración de recurso obligatorio ⁽⁴⁸⁾.

Pero como conclusión o reflexión final, puede afirmarse que el sistema de recurso especial, ha permitido modular la presunción de acierto administrativo en los contratos públicos y analizar –antes de la formalización del contrato– si esa decisión es conforme o no con la normativa vigente. El cambio sobre como controlar a la Administración es evidente. Este recurso especial está sirviendo para consolidar un nuevo modelo de gobernanza en contratación pública y puede ser un instrumento principal que asegure la gestión eficiente y libre de corrupción de los contratos públicos ⁽⁴⁹⁾. Convendría, por ello, diseñar un concreto régimen de recursos único al margen del

⁽⁴⁶⁾ Igualmente, P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, *cit.*, p. 373.

⁽⁴⁷⁾ Es también necesaria una reflexión sobre el modelo de compatibilidad de los miembros del Tribunal. Esta opción permite captar a especialistas, pero debe contemplarse tal opción desde un sistema de Tribunal Administrativo estable y con medios materiales y personales propios, que tenga esa única competencia. Y debe vigilarse de forma activa los posibles conflictos de interés (visibles y difusos) en aras a preservar la nota de objetividad.

⁽⁴⁸⁾ Las explica bien G. MARTINEZ TRISTAN, “¿Es el recurso especial la solución o el problema?”, en libro colectivo *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, pp. 45-54.

⁽⁴⁹⁾ Me remito sobre esta cuestión a mi trabajo “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (dir., con M. Villoria), Atelier, Barcelona, 2016.

importe del contrato ⁽⁵⁰⁾. La lógica de un Derecho Administrativo garantista moderno, vinculado al derecho a una buena administración ⁽⁵¹⁾, aconseja ex-

tender el ámbito del recurso especial, sin que pueda servir de objeción una mayor “carga burocrática” ⁽⁵²⁾.

JOSE MARÍA GIMENO FELIU

⁽⁵⁰⁾ Postulaban ya hace tiempo un recurso especial de alcance general, con independencia de la cuantía del contrato, entre otros, J. M. BAÑO LEÓN, “El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional”, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, ob. cit., p. 337; NOGUERA DE LA MUELA, “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CEE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 298, 2009 (ejemplar dedicado a: *Contratos de las Administraciones Públicas*), pp. 105-106.

⁽⁵¹⁾ Sobre esta cuestión es ineludible la cita al trabajo de J. PONCE SOLE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). Sobre las consecuencias y sentido del derecho a una buena administración, sin ánimo exhaustivo, se pueden consultar los trabajos de J. TORNOS MAS, “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública”, libro *Homenaje al profesor L. Martín-Retortillo*, Zaragoza, 2008, pp. 629 a 641; B. TOMÁS MALLÉN, *El derecho fundamental a una buena administración*, Madrid, INAP, 2005; J. RODRÍGUEZ ARANA, *El buen gobierno y la buena administración de las Instituciones Públicas*, Madrid, Aranzadi, Cizur Menor, 2006; J. B. LORENZO DE MEMBIELA, “La buena administración como estrategia promotora de la excelencia gestora”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2007, núm. 30, pp. 445 y segs.; y J. CARRILLO DONAIRE, “Buena administración ¿un principio, un mandato, un derecho subjetivo?”, *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 1137-1165.

⁽⁵²⁾ Como bien explica el profesor BERMEJO VERA, resulta necesaria una nueva configuración de los sistemas de justicia administrativa, que ponga la atención en la efectividad del control administrativo, sin que pueda mermarse su efectividad por mor de intereses de la propia Administración. “La resolución extrajudicial de conflictos”, en libro colectivo *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015, pp. 149-212.