

**“Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración”**

**Patricia Valcárcel Fernández**  
Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Vigo

**ÍNDICE**

I.- NOTA PRELIMINAR. CUANDO “QUERER ES PODER” O DE CÓMO CUANDO EL LEGISLADOR QUIERE, SABE HACER QUE EL DERECHO SIRVA PARA RESOLVER PROBLEMAS .....	2
II.- DATOS GENERALES DEL FUNCIONAMIENTO DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. ¿HAY MOTIVOS PARA EL OPTIMISMO? .....	5
1. Aclaración previa .....	5
2. Incremento constante del número de recursos que se interponen .....	5
3. Sentido de las resoluciones: una elevada “tasa de éxito” a favor de los recurrentes .....	7
4. Tiempo medio de resolución del recurso: cuando la rapidez es la tónica .....	9
5. Bajo porcentaje de resoluciones de los órganos de recursos impugnadas en el contencioso.....	11
6. Bajo porcentaje de estimación de los recursos contenciosos interpuestos contra las resoluciones de los órganos de recursos contractuales .....	11
III.- EL LIMITADO ALCANCE DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: UN RECURSO PARA “LA GUINDA DEL PASTEL” .....	12
IV.- EL ASPECTO ORGÁNICO DEL SISTEMA: LOS ÓRGANOS Y “TRIBUNALES” ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES .....	18
1. Organigrama básico: un “crisol” de posibilidades, no todas igualmente satisfactorias .....	18
2. ¿Órganos administrativos cuasi-jurisdiccionales?: La STJUE de 6 de octubre de 2015, <i>Consorti Sanitari del Maresme</i> , C-203/14 .....	22
V.- NATURALEZA DEL RECURSO ESPECIAL .....	27
1. Naturaleza potestativa: un lastre para garantizar el efecto útil de las Directivas de Recursos.....	27
2. Carácter revisor con un alcance particular .....	32
3. Inatacabilidad de las resoluciones de los órganos de recursos en vía administrativa: una forma de defender la independencia funcional .....	33
VI.- PIEDRAS ANGULARES DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: LA ESPECIALIZACIÓN O PROFESIONALIZACIÓN, LA INDEPENDENCIA Y EL LIDERAZGO	36
1. La especialización y la profesionalización como estrategia para fortalecer la calidad institucional de la Administración .....	36
2. Notas esenciales de la independencia funcional. Un ejemplo ilustrativo: la anulación del contrato para la gestión del servicio de abastecimiento de aguas en alta Ter-Llobregat .....	43
3. La relevancia del liderazgo en la procura de la buena administración: el caso de una coordinación institucionalizada que comenzó siendo informal .....	50
VII.- CONCLUSIONES .....	53

## **I.- NOTA PRELIMINAR. CUANDO “QUERER ES PODER” O DE CÓMO CUANDO EL LEGISLADOR QUIERE, SABE HACER QUE EL DERECHO SIRVA PARA RESOLVER PROBLEMAS**

El recurso administrativo especial en materia de contratación con el que hoy contamos está genéticamente determinado, al menos en parte, por una serie de condicionantes ligados al Derecho de la UE. En concreto, trae causa de la trasposición a nuestro ordenamiento de las llamadas Directivas de Recursos (Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, modificadas por la 2007/66/CE), dictadas con el objetivo principal de garantizar de forma rápida y eficaz el cumplimiento de las Directivas sustantivas en el ámbito de los contratos públicos.

Las Directivas de Recursos dejan a los Estados miembros una gran capacidad de decisión para escoger cómo mejor asegurar legalmente la protección efectiva que tienen que proveer, lo que es clara expresión del conocido “principio de autonomía institucional”. Este principio se hace particularmente evidente en relación con el establecimiento del tipo y la naturaleza de los órganos que pueden designarse como responsables de conocer en “primera instancia” los recursos a los que se refieren dichas Directivas. La coordenada básica que imponen las normas europeas es que el sistema por el que se opte en cada Estado sea “rápido y eficaz”. En síntesis, tales exigencias de rapidez y eficacia se traducen, a los ojos del Derecho europeo, en que: **a)** el recurso lo conozca un órgano independiente, **b)** se resuelva en un plazo breve de tiempo, y **c)** el procedimiento previsto para resolverlo impida que el contrato en relación con el que se plantea se perfeccione antes de que se resuelva el recurso, pudiendo adoptarse para ello medidas cautelares. Desde la perspectiva de quienes interponen los recursos, cabría añadir, además, que un sistema de recursos se considerará atractivo cuando: **a)** se sustancia con resoluciones de calidad, **b)** dictadas en poco tiempo y **c)** con un coste bajo.

Hasta llegar a diseñar el sistema vigente el legislador español dio varios “palos de ciego”. Desde negar literalmente que las Directivas de Recursos necesitasen de trasposición porque nuestro ordenamiento ya satisfacía los objetivos fijados en las mismas, a establecer un sistema *ad hoc* en la versión original de la Ley 30/2007 que hacía aguas porque no respetaba la exigencia de independencia de los órganos competentes para resolver estos recursos<sup>1</sup>. Finalmente, y ante la intuición de que el Reino de España podía ser sancionado de nuevo por el TJUE por no trasponer con tino estas Directivas<sup>2</sup>, se dicta la Ley 34/2010 que es la que fija el modelo actual

---

<sup>1</sup> En este trabajo nos centramos en la configuración actual del recurso especial, si bien, en orden a tener una visión completa de la evolución del sistema, conviene tener en cuenta trabajos como los de MORENO MOLINA, José Antonio; *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos (Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto)*, La Ley, Madrid, 2010; GIMENO FELIU, José María; “El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos. El Tribunal Administrativo Central (y autonómicos) de Recursos Contractuales”, en *Observatorio de contratos públicos 2010*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 211 a 318; NOGUERA DE LA MUELA, Belén; “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*, nº 298, 2009, pp. 95-111; o el número 288, de *Documentación Administrativa*, que es un excelente Monográfico sobre *Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales: Central y Autonómicos*, dirigido por el Profesor BASSOLS COMA.

<sup>2</sup> A través varios pronunciamientos jurisdiccionales promovidos por la Comisión Europea y que condenaron al Reino de España, el hoy TJUE dejó claro que nuestro ordenamiento no se adaptaba a las exigencias que imponía la Directiva 89/665/CEE. *Cfr.* las Sentencias de 15 de mayo de 2003, Comisión c. España, As. C-214/00; de 16 de

con el que contamos. En esta Ley, para garantizar la “rapidez y eficacia” exigibles, se apostó por definir un recurso administrativo especial que se aparta de la concepción general prevista en el ordenamiento español para los recursos administrativos. Este hecho, por sí mismo, es ya muy significativo.

Las reflexiones que a continuación se presentan no buscan analizar si es completamente correcta la trasposición que se ha hecho a nuestro ordenamiento de las Directivas de Recurso. Por lo que, sin perjuicio de ciertas consideraciones que habrán de hacerse al Derecho europeo que servirán para explicar por qué el legislador español ha regulado de la forma en que lo ha hecho este recurso administrativo, el enfoque principal del estudio es otro. La exposición se aborda con un marcado perfil de Derecho interno, no en vano nos reunimos en esta ocasión para analizar si la configuración que en España se hace de los recursos administrativos funciona o no y, en su caso, cómo podría mejorarse.

Pero tampoco se busca realizar un análisis exhaustivo de todos los aspectos y régimen jurídico del recurso especial en materia de contratación, por otra parte, recientemente acometido de manera brillante por el Profesor SANTAMARÍA PASTOR<sup>3</sup>. Lo que se ha pretendido es, de un lado, ensalzar aquellos elementos de este recurso especial que, a mi juicio, pueden considerarse sus fortalezas y, de otro, identificar algunos aspectos que pueden lastrarlo y que, de modificarse, contribuirían a mejorarlo configurándolo como un mecanismo de control de un ámbito de actividad pública en plena consonancia con el “derecho a una buena administración”<sup>4</sup> tal como vienen poniendo de manifiesto distintas voces y se ha subrayado de manera especial por el Profesor GIMENO FELIÚ<sup>5</sup>. Derecho a una buena administración, que, recordemos, es definido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales justamente por referencia a que las instituciones, los órganos y los organismos públicos traten los asuntos de cualquier persona de manera imparcial, equitativa y los atiendan en un plazo razonable<sup>6</sup>. En este sentido, llama la

---

octubre de 2003, Comisión c. España, As. C-283/00; y muy especialmente la STJUE de 3 de abril de 2008, Comisión c. España, As. C-444/06.

<sup>3</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR; Juan Alfonso; *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015.

<sup>4</sup> Conuerdo plenamente con el Profesor PONCE SOLÉ cuando de manera condensada y sumamente ilustrativa explica que el cambio de coordenadas históricas y el avance en la madurez que han experimentado las sociedades occidentales y sus sistemas jurídicos determina que la en su día importante lucha jurídica contra las inmunidades del poder haya evolucionado hoy hasta convertirse en la lucha por la “buena administración”. Cfr. PONCE SOLÉ, Juli; “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 11, 2014, p. 7.

<sup>5</sup> Cfr. GIMENO FELIÚ, José María; *Observatorio de Contratación Pública. Informe especial. Sistema de control de la contratación pública en España. (Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*, diciembre de 2015, en especial pp. 6 y ss. Disponible en: [http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos\\_INFORME\\_ESPECIAL\\_OBP\\_C\\_RECURSO\\_ESPECIAL\\_Y\\_DOCTRINA\\_2015\\_0f8f25d8%232E%23pdf/chk.13f88f1fcc7d3864e48c973df4e880f7](http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_INFORME_ESPECIAL_OBP_C_RECURSO_ESPECIAL_Y_DOCTRINA_2015_0f8f25d8%232E%23pdf/chk.13f88f1fcc7d3864e48c973df4e880f7)

<sup>6</sup> El origen del reconocimiento normativo del derecho fundamental a la buena administración se localiza en la Recomendación nº R (80) 2, del Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptada el 11 de marzo de 1980, relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas. A partir de aquí, la jurisprudencia tanto del actual TJUE como del TEDH ha ido paulatinamente aquilatando su contenido. Además, la inclusión explícita de este derecho en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, significó un gran impulso para el mismo que jurídicamente se vio muy reforzado cuando el

atención que las nuevas Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, hayan perdido la ocasión de sancionarlo expresamente como tal<sup>7</sup>.

Adelantando alguna conclusión, veremos que, al igual que ha sucedido en otras ocasiones, ha sido la “obligación” de dar cumplimiento “real” a las demandas del Derecho europeo la que ha movido al legislador español a crear un sistema que, aun con sus imperfecciones, está sirviendo con un grado muy razonable de calidad para cumplir los objetivos para los que fue creado. De tal suerte que la valoración global que hoy en día se hace de forma generalizada de este recurso especial es positiva. Se aprecia que las instituciones comunitarias han puesto empeño en exigir a los Estados la observancia del Derecho europeo y han dado muestra de saber velar de forma efectiva por su cumplimiento no dejándose “embaucar” por meros formalismos en todo punto contrarios al principio de “buena gestión pública”, de “buena administración”.

En lo que al tema que nos ocupa se refiere, el legislador español, si bien un poco a “regañadientes”, ha dado con una fórmula que está cumpliendo las expectativas. Aunque en un primer momento, como en otras ocasiones, se resistió a integrar los requerimientos de las Directivas de Recursos, finalmente ha establecido un sistema que responde a sus exigencias, y también a las de los administrados cuando “usan” un remedio jurídico.

¿Por qué da la sensación de que si no se hubiese visto forzado a atender las demandas europeas el legislador español no habría hecho el esfuerzo por crear un sistema realmente efectivo? ¿Por qué ha de ser el legislador europeo el que mueva al nacional a buscar un mecanismo que dé buenos resultados? ¿Por qué el legislador nacional no es más autoexigente?. Lo mismo que hablamos hoy de “principio de buena administración”, al legislador le corresponde actuar guiado por la máxima de “buena legislación”<sup>8</sup>, que habría de impulsarle a diseñar las normas pretendiendo su mayor eficacia y a modificarlas cuando se detecta que son insuficientes o mejorables para solucionar los problemas.

En el caso de la regulación de los recursos administrativos ordinarios –pero también en el del recurso administrativo especial en materia de contratación- el legislador tiene un campo en el que todavía podría hacer mucho. Como se aprecia viendo los avances que ha supuesto la regulación vigente del recurso especial en materia de contratación, ha demostrado que cuando quiere...puede.

---

Tratado de Lisboa otorgó a dicha Carta rango de Derecho primario, y por tanto, fuerza vinculante.

<sup>7</sup> En el ordenamiento jurídico estatal, como referencias explícitas, si bien tangenciales, a la buena administración tenemos que citar tres, referidas todas ellas a la libertad de incluir pactos en distintos negocios jurídicos del sector público. En concreto, el artículo 25.1 del TRLCSP -que se mantiene en los mismos términos en el artículo 34 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público-, y los artículos 111.1 y 187.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

<sup>8</sup> Para el ejercicio de las potestades normativas de las Administraciones las Leyes 39/2015 y 40/2015 hacen hoy nutridas referencias al principio de “buena regulación”.

## **II.- DATOS GENERALES DEL FUNCIONAMIENTO DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. ¿HAY MOTIVOS PARA EL OPTIMISMO?**

### **1. Aclaración previa**

Un punto de partida clave para afrontar una valoración global del sistema de recursos especiales en materia de contratación pública ha de basarse en un análisis de los resultados principales que arroja su funcionamiento. A este respecto, para efectuar las reflexiones que se presentan en este estudio se asumen los datos ofrecidos por el más amplio trabajo comparativo sobre el particular realizado hasta la fecha, el elaborado por el *Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa (CIJA)* de la Universidad Autónoma de Madrid y divulgado en su *Informe sobre la Justicia Administrativa. Tributos, contratos públicos y responsabilidad patrimonial* correspondiente al año 2015. Uno de los bloques de los que consta este documento se refiere precisamente a la justicia administrativa en el sector de la contratación pública cuya autora es DÍEZ SASTRE<sup>9</sup>. El análisis, ciertamente riguroso y exhaustivo, se ha llevado a cabo partiendo de la información de las Memorias de actividad que anualmente elaboran los órganos y tribunales de recursos contractuales. Aunque en el estudio se advierte que hay ciertos parámetros que dificultan la comparativa o la extracción de conclusiones definitivas debido a que el grado de detalle e información recogida en las citadas Memorias no es siempre coincidente u homogéneo, ello no empaña la utilidad de conocer y contrastar los datos existentes al menos para tener una idea fundada de la tendencia general de la evolución del sistema<sup>10</sup>.

De todos los extremos susceptibles de valorarse, se centra la atención en aquellos más relevantes al objeto de formar una opinión sobre este recurso especial, a saber: el número de recursos que se interponen; el sentido de las resoluciones que se dictan; el tiempo medio de resolución del recurso; el porcentaje de resoluciones de los órganos de recurso que se impugnan ante el contencioso; y el porcentaje de estimación de los recursos contenciosos interpuestos contra estas resoluciones.

### **2. Incremento constante del número de recursos que se interponen**

Por lo que se refiere al volumen de actividad, desde que en 2010 comienzan a ponerse en marcha los órganos encargados de conocer el recurso especial hasta la actualidad (diciembre de 2015), éstos han dictado más de 6.000 resoluciones.

Una consideración diacrónica de los años 2011-2014, que son los años para los que hay Memorias de actividad disponibles de varios de estos órganos, arroja que la tendencia es hacia un aumento progresivo del número total de recursos que cada año se interponen, lo que obedece a distintas razones. Obviamente, poner en marcha un instrumento nuevo implica que los

---

<sup>9</sup> Cfr. DÍEZ SASTRE, Silvia; “El funcionamiento de la justicia administrativa: La Administración de los contratos públicos”, *Informe sobre la Justicia Administrativa. Tributos, contratos públicos y responsabilidad patrimonial*, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa (CIJA), 2015, pp. 103-163.

<sup>10</sup> Únicamente se hará referencia en estas páginas a aquellos aspectos tratados en el informe que se considera pueden tener una incidencia más directa en la valoración general del recurso especial, remitiéndonos al propio documento para conocer el resto de importantes aspectos que se han analizado y de los que se pueden extraer otras interesantísimas conclusiones.

operadores que pueden valerse del mismo tardan un tiempo en conocerlo y familiarizarse con él. A medida que el sistema trasciende y se “populariza” es cuando empieza a usarse.

El aumento de recursos parece deberse a la confianza que, poco a poco, este mecanismo ha generado entre los potenciales recurrentes. Para comprenderlo hay que tener en cuenta la situación de la que se partía. La configuración de los recursos administrativos -especial y ordinarios- aplicables en este ámbito antes de 2011, no invitaba a los eventuales recurrentes a considerar que podían ver resueltas en un breve lapso de tiempo y/o satisfechas sus pretensiones. Hasta entonces el número de recursos que en relación con la fase precontractual de los contratos públicos se interponían siguiendo los cauces existentes, era muy escaso. Las razones, puede intuirse, eran principalmente dos. En primer término, el saber que aun en el supuesto de que la resolución última del caso, normalmente ya en sede judicial tras haber consumido la vía administrativa, fuese favorable para el recurrente, lo normal era que el contrato al que afectaba se encontrase ya en sede de ejecución cuando no ya totalmente ejecutado y, por ello, el resarcimiento posible solo era realizable a través del reconocimiento de una indemnización o resarcimiento<sup>11</sup>. En segundo lugar, la reticencia a plantear recursos por parte de quienes son concurrentes habituales en las licitaciones publicas, bien por el temor a ser visto con malos ojos en futuros procedimientos contractuales, bien porque, incluso, hubiesen podido incidir de alguna forma en el resultado de un procedimiento formando parte de algún acuerdo colusorio o de algún cártel creado entre varios licitadores para repartirse el mercado de los contratos públicos de un determinado sector o territorio<sup>12</sup>.

Hoy la situación se está invirtiendo. La realidad demuestra que la rapidez que veremos se da en la resolución del recurso especial, la calidad de las resoluciones y la independencia apreciable en el funcionamiento del sistema, han servido de acicate para el aumento del número de interposiciones. A results del actuar de los órganos que resuelven estos recursos los interesados parecen haber llegado al convencimiento de que se estimarán o desestimarán sus pretensiones pero cuando, respectivamente, deban ser estimadas o desestimadas; que no se desestimarán por

---

<sup>11</sup> Sobre importancia de contar con un mecanismo que favorezca una auténtica tutela restitutoria en esta materia por contraposición a la tutela resarcitoria, *cfr.* DÍEZ SASTRE, Silvia; *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

<sup>12</sup> Lamentablemente, el escaso control sobre los procedimientos contractuales que hasta hace poco existía en España y la inercia seguida por muchos entes del sector público al convocar sus licitaciones, favoreció durante tiempo que en ciertos ámbitos con relevante repercusión económica el sector privado con el que se contrataba actuase repartiéndose el mercado. Distintas resoluciones de los órganos de defensa de la competencia en España han ido destapando muchas irregularidades en la contratación pública de nuestro país canalizadas a través de cárteles y acuerdos colusorios. Algunos de los casos más significativos o recientes son los siguientes: sanción impuesta por la CNMC en el expediente S/0453/12, 4 de diciembre de 2014, “rodamientos ferroviarios”; sanción impuesta por la CNMC en el expediente S/0429/12, 8 de enero de 2015, “residuos”; sanción impuesta por la CNC en el expediente S 0316/2010, 25 de marzo de 2013, “Sobres de papel”; sanción impuesta por la CNC en el expediente S/0226/10, 19 de diciembre de 2011, “Licitaciones de carreteras”; o la sanción impuesta por el TDC en el expediente 476/99, 25 de octubre de 2000, “Agencias de viaje”. Sobre la prevención de acuerdos colusorios y cárteles en la contratación pública, *cfr.* VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia; MIÑO LÓPEZ, Antonio; “Hacia la prevención de los cárteles en la contratación pública”, en *La lucha contra los cárteles en España*, (Dir.: José María Beneyto y Jerónimo Mañillo), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 877- 940; MIÑO LÓPEZ, Antonio; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia; “Colusión en la contratación pública (*bid rigging*): Propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la Directiva de contratos de 2014”, en *Observatorio de la contratación pública 2013*, (Dir.: José María Gimeno Feliu. Coord.: Miguel Ángel Bernal Blay), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 425-487.

sistema ni se dejará vencer el plazo de resolución del recurso sin que se dé una respuesta. De otra parte, la interpretación amplia que han hecho los órganos de recurso especial en lo tocante a la legitimación exigible para interponerlo también ha podido influir en el incremento del número de asuntos. Sin olvidar tampoco que, en última instancia, la leve recuperación de la crisis económica que parece sentirse, influye en el aumento de los contratos públicos que se celebran y, con ello, en el volumen de negocios en el marco de los que puede haber la interposición del recurso especial<sup>13</sup>. En el caso particular del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) el aumento exponencial de los asuntos de que conoce tiene en buena medida su explicación en la firma de convenios con las CCAA que renuncian a poner en marcha su propio órgano y le derivan la resolución de los recursos que les afectan.

No se dispone de datos oficiales fiables acerca del número de recursos en vía administrativa que antes de la entrada en vigor de este sistema se interponían para impugnar las actuaciones que ahora son objeto del recurso especial, pero sí se sabe que la recurribilidad ha aumentado notablemente. Sería ingenuo pensar que esto se debe a que a partir de un cierto momento los poderes adjudicadores han empezado a hacer mal las cosas.

### **3. Sentido de las resoluciones: una elevada “tasa de éxito” a favor de los recurrentes**

Uno de los aspectos más interesantes a la hora de analizar la utilidad de un sistema es el grado de satisfacción que del mismo tienen los “usuarios”. Es claro que un particular estará satisfecho cuando un recurso por él interpuesto se resuelve a su favor, pero no es este el grado de satisfacción que valoramos. Por el contrario, interesa conocer si el órgano que resuelve un recurso actúa como un tercero entre las partes enfrentadas; esto es, si lo hace con auténtica independencia e imparcialidad revisando sin prejuicios el fondo de la actuación impugnada y resolviendo el conflicto a favor de quien estime tiene mejor derecho. Aunque no hay datos absolutamente concluyentes, por no existir un compendio que dé cuenta general de la suerte que corren los recursos administrativos ordinarios, la sensación generalizada es que el sistema no es muy efectivo y que es muy escaso el porcentaje de estimaciones que en ellos se dan. No está ocurriendo así en lo tocante al recurso especial. La experiencia de estos cinco años de funcionamiento del sistema evidencia que el porcentaje de recursos resueltos a favor de los recurrentes es considerablemente alto. De las Memorias de actuación disponibles se extrae *grosso modo* que del número total de recursos presentados, algo más de un tercio finalizó con una resolución de inadmisión, otro tercio con la desestimación y el tercer tercio con la estimación total o parcial de las pretensiones formuladas<sup>14</sup>. Vayamos por partes.

a) Las inadmisiones.- Se aprecia que en el primer año de funcionamiento de estos órganos hubo un porcentaje mayor de inadmisiones, lo que pudo obedecer a la falta de madurez interpretativa de los elementos de admisibilidad exigidos. Parece que paulatinamente esta circunstancia se ha ido limando algo. En todo caso, de 2011 a 2014 el porcentaje de inadmisiones ha oscilado, en

<sup>13</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR; Juan Alfonso; *Los recursos especiales (...) opus cit.* p. 47; DÍEZ SASTRE, SILVIA; “El funcionamiento (...) opus cit. p. 107.

<sup>14</sup> Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Juan; “Reflexiones sobre la inadmisión de los recursos en los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación”, OBCP, 28 de septiembre de 2015, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.205/reImenu.3/chk.e734204965d80fff14e91c455116f777>.

función del año y del órgano que resuelve, entre el 6% y el 45%, pudiendo situarse la media de inadmisiones en torno al 20%. Un porcentaje elevado de inadmisiones, invita a reflexionar si pudiese estarse dando un abuso en la interposición de estos recursos o un mal planteamiento de los mismos por los recurrentes. Para el primer supuesto, existe la posibilidad prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP -y usada efectivamente por los órganos de recursos<sup>15</sup>- de imponer una sanción si se aprecia temeridad o mala fe en la interposición. En relación con la segunda hipótesis, es cierto que estos órganos han ido depurando la interpretación de aspectos tales como el alcance de la legitimación para recurrir o como afrontar el cómputo de los plazos para recurrir. Ahora bien, en particular en relación con la legitimación, el hecho de que con carácter general se haya mantenido una exégesis amplia de la misma para la interposición del recurso puede incitar a los operadores económicos a estimarse habilitados para ello.

b) Las desestimaciones.- El porcentaje de desestimaciones se sitúa de forma variable en función del año y del órgano entre el 24 y el 50%.

c) Los desistimientos.- El porcentaje de asuntos en los que se produce el desistimiento de la parte recurrente oscila entre el 1 y el 5% en función de los distintos órganos y años analizados.

d) Las estimaciones totales o parciales.- También el porcentaje de estimaciones totales o parciales oscila considerablemente en función del órgano de recurso y del año considerado moviéndose en una horquilla entre el 19 y el 43% del total de recursos presentados. Además, salvo en el caso del tribunal de Aragón, en 2014 se observa una evolución al alza del número de resoluciones estimatorias.

Una perspectiva muy interesante la ofrece el análisis de la llamada “tasa de éxito del recurso”<sup>16</sup>. Se trata de una expresión que alude al porcentaje de estimación total y parcial en relación con los asuntos resueltos pero en los que hay un pronunciamiento en cuanto al fondo; esto es, excluyendo tanto los supuestos en los que se produjo la inadmisión del recurso como aquellos otros en los que hubo un desistimiento. Si discriminamos las resoluciones sobre la base de la citada “tasa de éxito” a favor de los recurrentes, observamos que el porcentaje de asuntos en los que los obtienen una estimación total o parcial de sus pretensiones es todavía más alta y llega en algunos casos a superar el 50%. Tal sucede en relación con el tribunal de recursos catalán en el que la tasa de éxito se situó en el 56% en el año 2012 y en el 54.38% en el año 2013, o con el TACRC en el que la tasa de éxito en 2013 fue del 53.06%.

La tendencia de estos datos estadísticos es bastante estable en todos los ejercicios analizados y se mantiene en términos semejantes desde la creación del recurso especial en todos los órganos

---

<sup>15</sup>Algunas de las Memorias anuales de actividad de estos órganos también proporcionan información relativa a las multas por temeridad o mala fe en la interposición del recurso que han ido imponiendo. Se aprecia que trata de un mecanismo al que se recurre en diversas ocasiones y, en general, del que se está haciendo un uso bastante cauteloso. A título de ejemplo, es interesante dejar constancia de las multas impuestas por el TACRC entre 2011 y 2014. Este tribunal en 2011 impuso 3 multas por un importe total 3.000 €; en 2012 impuso otras 3 multas por un importe total de 3.000 €; en 2013 impuso 28 multas cuyo importe total ascendió a 26.427,10 € y en 2014 impuso 40 multas por un importe total de 55.504 €.

<sup>16</sup> Concepto que fue propuesto por BERNAL BLAY, Miguel Ángel; “El sistema de tutela de la buena Administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160, 2013, pp. 189-216.



creados para su resolución.

#### **4. Tiempo medio de resolución del recurso: cuando la rapidez es la tónica**

Se ha indicado que la eficacia del recurso especial ésta íntimamente ligada a la rapidez en la resolución de los asuntos. El artículo 1 de la versión original de la Directiva 89/665/CEE ya asociaba en particular la eficacia del recurso a la prontitud en su resolución.

En este sentido, bien puede concluirse claramente que uno de los puntos fuertes del sistema es la enorme rapidez con la que hasta la fecha estos órganos están resolviendo los recursos que se interponen. Pese a que la forma de presentación de los datos respecto de esta cuestión tampoco es homogénea en sus Memorias de actividad, se trasluce de las mismas que en las anualidades analizadas los recursos suelen resolverse antes de que transcurra un mes natural.

La rapidez en la resolución de estos recursos contrasta significativamente con la larga duración -endémica- que tienen los procesos en el contencioso-administrativo, que entre los años 2003 y 2013 se situó por encima de los 500 días y solo en un año se redujo a 422,03 días<sup>17</sup>.

El aumento del número de recursos que se viene experimentando no ha supuesto, al menos no por ahora, el colapso del sistema. Es cierto que hay pequeñas oscilaciones en cuanto a la duración de los procedimientos entre los distintos órganos y que últimamente se aprecia que algunos están demorando más tiempo que antes en dar respuesta a los asuntos de que conocen, pero, por el momento, estas variaciones no tienen entidad suficiente como para enturbiar el hecho contrastable y la sensación generalizada de que los recursos se resuelven con gran celeridad. A la rápida conclusión de los procedimientos contribuye mucho la especialización de los profesionales a los que se les encomienda el estudio de los casos.

Sin embargo, ésta que hasta ahora es una de las señas de identidad y orgullo del sistema, no está exenta de cambiar en el futuro, tirando por tierra el valor estratégico que supone. Y es que existen razones para temer que el número de recursos continúe creciendo. Entre ellas, el incremento de la confianza en el sistema entre los operadores, o el previsible aumento del número de contratos que celebren los poderes adjudicadores a medida que se vaya consolidando la esperable recuperación económica.

Otra de las circunstancias que podría abrir una enorme espita al incremento del número de recursos sería la -por ahora improbable- rebaja o eliminación de los umbrales económicos que hoy en día acotan su ámbito objetivo de aplicación. Ciertamente es que tal rebaja o eliminación incrementaría el número de contratos en relación con los que podría interponerse el recurso, y con ello, potencialmente, el número de recursos susceptibles de presentarse. No obstante, como se indicará, las experiencias que hasta la fecha existen en lugares en los que los umbrales son

---

<sup>17</sup> La duración media de los procesos en los Juzgados de lo contencioso entre 2003 y 2013 varía en función de los sectores, pero se sitúa por encima de los 350 días -en materia de contratos públicos se sitúa en los 387,16 días-. Por su parte, las Salas de lo Contencioso-Administrativo en los TSJ tardaron de media en resolver los procesos en materia de contratación 440,4 días en 2013. *Cfr.* DÍEZ SASTRE, Silvia; EGEA DE HARO, Alfonso; “Datos generales de funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Informe sobre la Justicia Administrativa. Tributos, contratos públicos y responsabilidad patrimonial*, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa (CIJA), 2015, pp. 45-48.

más bajos o no existen, no arrojan que el número de recursos se haya incrementado de una forma tan notoria.

En contraposición, hay también que valorar otros factores que podrían mitigar algo este posible aumento de recursos. Por ejemplo, el hecho de que la doctrina recogida en las resoluciones de los órganos de recursos haya servido para depurar muchos defectos estructurales o prácticas irregulares que existían en las contrataciones del sector público, hace que, siquiera en un pequeño porcentaje, se minore el número de recursos cuya interposición pudo tener sentido y ahora ya no tenga razón de ser<sup>18</sup>.

Sea como fuere, lo que resulta evidente es que de generarse un incremento sustancial del número de recursos, con independencia de las causas por las que se produjese, podría abrirse una peligrosa grieta capaz de comprometer la eficacia del sistema, pues constituiría un riesgo para mantener el actual tiempo medio de duración de estos procedimientos. Ahora bien, conocido el riesgo lo oportuno es hacer una buena gestión del mismo. En este caso, ello pasaría por equilibrar las dotaciones de medios asignados a la resolución de estos recursos. Considerando lo mucho que se ha hecho con medios bastante exigüos, el refuerzo que pudiera necesitarse seguramente no sería tan sustancial y no comportaría un aumento significativo ni del número de miembros de los órganos, ni de los costes globales aparejados al mecanismo<sup>19</sup>. Pero es que, además, en algunos casos la normativa ya prevé expresamente que tal incremento tenga que acometerse. Desde luego la normativa estatal valora que así pueda ocurrir cuando, precisamente, el volumen de asuntos sometidos a conocimiento del TACRC lo aconseje, de ahí que disponga que el mínimo de dos Vocales que lo integran pueda incrementarse reglamentariamente. En el mismo sentido, la D.A. 30 del TRLCSP prevé la posibilidad de que la Administración General del Estado (AGE) cree tribunales administrativos territoriales de recursos contractuales con sede en cada una de las capitales de Comunidad Autónoma, que hasta la fecha tampoco se ha utilizado.

---

<sup>18</sup> Con sus resoluciones, los órganos de recursos están contribuyendo a depurar muchas de las malas prácticas de las que adolecía la contratación pública en nuestro país. Así, es posible constatar que el control que realizan está permitiendo contener la utilización impropia del procedimiento negociado tan común entre nosotros; que se eliminen de los pliegos criterios de adjudicación poco objetivos; o que los órganos de contratación motiven adecuadamente los actos que dictan a lo largo del procedimiento contractual, etc.

<sup>19</sup> No es sencillo identificar de forma absoluta el coste de cada uno de los órganos o tribunales de recursos a la vista de los presupuestos generales de las Administraciones de las que dependen. El coste de mantenimiento de cada uno de ellos está en función de su tipología, y, además, su concreción cuenta con una limitación relevante: la regla general es que los tribunales no tengan presupuesto propio. De ahí que en las leyes de presupuestos respectivas no se suelen indicar los gastos relativos a los medios materiales que son necesarios para su correcto funcionamiento. Por lo común solo se consideran los gastos de recursos humanos y, en su caso, gastos extraordinarios derivados de dietas, viajes, etc. En todo caso, haciendo un ejercicio de aproximación suficiente al objeto de evidenciar lo que se explica, podemos afirmar que si tomamos como ejemplo el TACRC, que por volumen de recursos es el tribunal más grande, sus gastos salariales en el año 2014 fueron de 765.716 €; o que el Órgano de Recursos del País Vasco tiene presupuestada para 2015 la cantidad de 333.431 €. En el extremo opuesto tenemos los tribunales de Aragón y de la Comunidad Foral de Navarra, en los que sus miembros cobran dietas, por no tener dedicación exclusiva, y sus gastos en materia de personal –se entiende solo en relación con los miembros en sentido estricto del tribunal- han ascendido, en el ejercicio 2014, a 33.745 € y 30.000 €, respectivamente.

Con todo, una de las vías que ayudaría a contener y/o mejorar el lapso de duración total de estos procedimientos sería la utilización de medios electrónicos en su tramitación, lo que, además, recortaría los costes efectivos asociados a ellos<sup>20</sup>.

### **5. Bajo porcentaje de resoluciones de los órganos de recursos impugnadas en el contencioso**

De acuerdo con las Memorias de actividad de estos órganos el porcentaje de sus resoluciones que se impugna ante la jurisdicción contencioso-administrativa oscila en una horquilla entre el 3 y el 13%, de donde que cabe deducir que su grado de aceptación por las partes es elevado. Es cierto que una parte de resoluciones pueden no recurrirse en atención no a la conformidad de las partes, sino a causa de los costes económicos y temporales que supondría acudir a la vía contenciosa. No obstante, esto parece poco probable considerando el perfil medio de las empresas que participan en los procedimientos de contratación pública en relación con contratos de cuantía tan importante como los susceptibles de recurso especial, y que las Administraciones cuentan con sus propios servicios jurídicos para recurrir. Por ello, los datos permiten afirmar que el sistema puede servir para descongestionar la jurisdicción contencioso-administrativa de asuntos relacionados con la fase precontractual de la contratación pública

### **6. Bajo porcentaje de estimación de los recursos contenciosos interpuestos contra las resoluciones de los órganos de recursos contractuales**

La información disponible hasta la fecha no permite ser absolutamente concluyente, pero se aprecia que del total de resoluciones de los órganos de recursos impugnadas en vía contencioso-administrativa la mayor parte han sido ratificadas en primera instancia judicial. Si atendemos a los datos obrantes en la Memoria del TACRC relativa al ejercicio 2014, de los 55 recursos contenciosos interpuestos contra alguna de sus resoluciones en los que hasta febrero de 2015 había recaído sentencia, 40 han confirmado la resolución del TACRC y 15 se han estimado total o parcialmente.

Además, sin cuestionar el buen criterio de los órganos judiciales al resolver el grueso de los asuntos en los que han estimado el recurso y anulado la resolución administrativa, es importante hacer notar que, en alguna ocasión, se evidencia en ellos la falta de una especialización en la materia equiparable a la que tienen la generalidad de miembros de los órganos de recursos. Esto

---

<sup>20</sup> El 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 TACRC, -en la misma línea que hace ahora con carácter general la Ley 39/2015, (la LPACA)-, apuesta claramente por la utilización de medios electrónicos para la tramitación de estos procedimientos. Impone, de este modo, que todas las actuaciones, desde la interposición a la resolución de los recursos, se realicen por esta vía, con la única excepción de los supuestos en los que los interesados acrediten su imposibilidad de acceso a esa tramitación electrónica. Ya la DA 15ª del TRLCSP establece que las relaciones entre los distintos órganos de contratación y el TACRC así como las de éste y otros órganos administrativos implicados en el procedimiento se hagan empleando medios electrónicos, pero es evidente que ahora esta exigencia afectará a la generalidad de los procedimientos que se sustancien ante este Tribunal. Es cierto que el precepto se refiere únicamente a los recursos cuya competencia corresponde al TACRC, si bien debería ser la senda por la que vayan transitando el resto de órganos de recursos. Así lo han hecho ya algunos, como por ejemplo el los Tribunales navarro y catalán que opera exclusivamente, en el primer caso, y casi exclusivamente en el segundo, por medios telemáticos. En la Comunidad Foral de Navarra todo el procedimiento es ya enteramente electrónico y ni tan siquiera tiene un registro físico donde puedan remitirse ningún tipo de solicitud o comunicación.

les lleva, por ejemplo, a no tomar en consideración jurisprudencia relevante del TJUE en materia de contratación pública que sería aplicable en los procesos que conocen y que sí fue valorada por el órgano o tribunal de recursos. En este sentido, cabe considerar que algunas de las estimaciones de los recursos contenciosos pueden resultar cuestionables. Un ejemplo de la circunstancia que apuntamos se desprende de la Sentencia del TJUE *e-Vigilo* que será objeto de análisis en el epígrafe VI.1.

### **III.- EL LIMITADO ALCANCE DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: UN RECURSO PARA “LA GUINDA DEL PASTEL”**

El recurso especial en materia de contratación pública tiene un ámbito objetivo de aplicación muy reducido. En España esencialmente cabe acudir al mismo (ex artículo 40.1 del TRLCSP) para impugnar determinadas actuaciones precontractuales que se refieran a contratos que cumplan ciertos presupuestos. Con alguna matización puede decirse que el recurso básicamente se aplica en el marco de los contratos SARA<sup>21</sup> que sean celebrados por entidades que tengan la consideración de poder adjudicador<sup>22</sup>. Solo algunas CCAA en ejercicio de sus competencias han mejorado en este punto la legislación estatal y a través de su normativa han ampliado el ámbito objetivo de este recurso especial. Así ocurre en Aragón y en la Comunidad Foral de Navarra<sup>23</sup>. Dicho en otras palabras, el legislador estatal se ha conformado con cumplir las exigencias que le fijan las Directivas de Recursos y no ha ido más allá, como sí han hecho algunas CCAA y otros Estados donde aplican el sistema de recursos que han concebido para trasponer estas Directivas por debajo de los umbrales comunitarios<sup>24</sup>.

De lo anterior se deriva que para los contratos que no cumplan los presupuestos del artículo 40.1 del TRLCSP no cabe el recurso especial y las impugnaciones que deseen formularse se registrarán por la legislación general. Así, habrá que estar a la naturaleza del contrato y de la entidad que lo celebra para interponer, en su caso, un recurso administrativo ordinario y recurrir posteriormente a la vía judicial contenciosa, o, interponer directamente un recurso ante los tribunales.

Dejando al margen otros inconvenientes procesales no menores que la dualidad de regímenes comporta, hacer depender la aplicación del recurso especial del importe de los contratos conduce a que, en realidad, el recurso especial se aplique únicamente, permítaseme la expresión, a la “guinda del pastel” del total de contratos que se licitan. Así es, pues en realidad la mayor

---

<sup>21</sup> Sobre esta categoría *cf.* MORENO MOLINA, José Antonio; “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 178, 2009, pp. 175-213.

<sup>22</sup> Estos órganos además de los recursos precontractuales en materia de contratación pública a los que se refiere el TRLCSP conocen de las cuestiones de nulidad y de las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos regulados en 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.

<sup>23</sup> Actualmente la legislación aragonesa declara que cabe interponer el recurso especial en materia de contratación en relación con los contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a 1.000.000 de euros y con los contratos de suministros y de servicios que superen los 100.000 euros. Más lejos ha ido el legislador foral al regular la “reclamación en materia de contratación pública” -que es como su norma denomina al equivalente al recurso especial en materia de contratación- pues no exige cuantía mínima para plantearla.

<sup>24</sup> Así lo han hecho países como Austria, Bélgica, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Hungría, Italia, Lituania, Polonia, Rumanía, Eslovenia, Suecia o Portugal. *Cfr. The comparative survey on the national public procurement systems across the PPN*, Roma - December 2010, p. 22.

parte de los contratos que se celebran en nuestro país quedan al margen del control de este mecanismo. Y, con ello, casi de todo control efectivo, por cuanto este queda básicamente en manos del propio órgano de contratación, que ejerce de juez y parte al mismo tiempo.

La no extensión del sistema a la generalidad de los contratos del sector público con independencia de la cuantía a la que asciendan los negocios es una de las mayores críticas que se pueden verter sobre el mismo. El propio Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público entendió, ya en su día, que tal disparidad de regímenes no estaba suficientemente justificada<sup>25</sup>.

Desde luego, la eliminación o, por lo menos, la rebaja de los límites a partir de los cuales quepa interponer el recurso especial se compadecería mejor con el espíritu de la normativa europea de otorgar una protección efectiva a los intereses generales y a los derechos de los interesados en resultar adjudicatarios de cualquier contrato promovido por el sector público. Así lo dejó claro también la Comisión Europea en su Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02), 1.8.2006, que aconseja la existencia de recursos eficaces al margen del importe del contrato.

Uno de los argumentos invocados para descartar la ampliación del ámbito objetivo de aplicación del recurso especial por debajo de los umbrales comunitarios es el incremento sustancial de recursos especiales que podría experimentarse, que, de producirse, supondría un aumento de la burocracia y el riesgo de colapso en la actividad de los órganos encargados de resolverlos. No obstante, este miedo debiera disiparse por dos razones. En primer lugar, las experiencias que existen de extensión del recurso especial por debajo de los umbrales citados descartan, al menos de forma concluyente, que haya tenido lugar un aumento tan sustancial del número de recursos en comparación con los que se presentan cuando rigen los límites cuantitativos aludidos. Por lo que a España respecta, así se evidencia en las CC.AA de Aragón y la Comunidad Foral de Navarra en las que, como indicamos, se han rebajado y eliminado, respectivamente, los umbrales. En segundo término, porque aunque el miedo fuera real, la solución pasaría por dotar de medios (personales, materiales y económicos) suficientes a los órganos que han de resolverlos.

Todo lo anterior debería tenerse en cuenta a la hora de valorar la posible extensión del recurso especial por debajo de los contratos SARA al integrar al Derecho interno las Directivas de contratación de 2014, momento que podría aprovecharse para apostar, si no ya por eliminar los umbrales, al menos sí para rebajarlos sustancialmente. Sin embargo, parece que no es por este derrotero por donde se irá. En efecto, la crítica de la que nos hacemos eco no desaparecería de aprobarse en los términos en que se ha presentado el Anteproyecto de LCSP de 2015. Aunque su artículo 44 parece eliminar cualquier atisbo de delimitación del ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación en atención a los umbrales económicos, acto seguido se remite a una Disposición Adicional 35, que elimina toda esperanza por cuanto claramente indica que *“sólo podrán ser impugnadas en vía de recurso especial las actuaciones enumeradas en el*

---

<sup>25</sup> Dictamen disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2006-514>

artículo 44.2 cuando se refieran exclusivamente a contratos y concesiones sujetos a regulación armonizada (...)”. Esta opción ya ha sido cuestionada por algunas de las instituciones que han presentado alegaciones al Anteproyecto de Ley. Así lo ha hecho la CNMC en cuyo informe señala que “(...) el que los contratos o concesiones no sujetos a regulación armonizada no cuenten con posibilidad de recurso especial en materia de contratación pública supone un enfoque absolutamente formalista, de mera transposición formal y no material, profunda, del Derecho de la UE, en perjuicio de los propios operadores y en última instancia de los contribuyentes”<sup>26</sup>. En la misma línea se ha manifestado también el Consejo Económico y Social en su Dictamen 8/2015, de 25 de Junio de 2015<sup>27</sup>; Transparencia Internacional España en el documento sobre Medidas de transparencia y prevención de la corrupción en Subvenciones, Licitaciones y Contratos públicos, de octubre de 2015, (medida III.- 2)<sup>28</sup> y el *Observatorio de Contratación Pública* en su *Informe especial sobre el Sistema de control de la contratación pública en España*<sup>29</sup>.

En suma, debería abordarse una modificación más ambiciosa que exceda la mera transposición de las Directivas europeas.

La extensión del ámbito de aplicación del sistema de recursos a la generalidad de los contratos del sector público constituiría un gran avance en la lucha contra la corrupción y la colusión en este sector. Así es, una de las potenciales ventajas que se derivarían de esta extensión sería un mayor control de las prácticas ilícitas (colusión, corrupción) en contratos que hasta ahora quedan al margen del sistema de recursos y que tantas disfunciones e ineficiencias provocan. Esto redundaría en un incremento de la integridad global de la contratación pública<sup>30</sup> y en un uso más eficiente de los fondos públicos<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. IPN/CNMC/010/15 INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. Disponible en: <http://www.cnmc.es/desktopmodules/buscadorexpedientes/mostrarfichero.aspx?dueno=1&codigoMetadato=709299>

<sup>28</sup> Documento disponible en: <http://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2015/10/Transparencia-Internacional.-60-medidas-contrala-corrupci%C3%B3n.2015.pdf>

<sup>29</sup> Cfr. GIMENO FELIU, José María; *Observatorio de Contratación Pública. Informe especial (...) opus cit.* pp. 144 a 148. En la misma línea RAZQUIN LIZARRAGA, MARTÍN MARÍA; “Contratos públicos y recursos”, OBCP, 16 de enero de 2012, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.39/relcategoria.121/relmenu.3/chk.cde1d1056cb5e36db81ab321a8f51ad0>

<sup>30</sup> Una explicación muy solvente acerca de cómo a través de la regulación en materia de contratación pública puede fomentarse la integridad la ha realizado el Profesor GIMENO FELIÚ, José María; “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 37-105.

<sup>31</sup> Lamentablemente la colusión y la corrupción son dos tipos de prácticas que se han demostrado muy ligadas a la actividad contractual del sector público. Distintos informes han cuantificado porcentualmente los enormes sobrecostes que pueden significar para las arcas públicas. Desde las autoridades de competencia se pone de relieve que los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión pueden incrementarse en más de un 20%. Por su parte, la corrupción pueden implicar un incremento del precio final del contrato que oscila entre un 20 y un 25%, pudiendo incluso llegar a un 50%. Ante este panorama, los beneficios para el interés público que con su “purga” puede contribuir el recurso especial es palmaria. Cfr. *Guía sobre contratación pública y competencia*, Comisión Nacional de la Competencia, 2011, p. 30. Disponible en: [http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias\\_y\\_recomendaciones/GUIA\\_CONTRATACION\\_v4.pdf](http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf);

Si lo que se busca es contar con un sistema realmente eficaz y se aprecia que el mantenimiento de un doble mecanismo en función de la cuantía del contrato se compecece mal con dicha meta, lo pertinente sería eliminar la barrera de los importes. Debería optarse, como sugiere el Profesor GIMENO FELIÚ, por un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato, lo que supondría una nueva dimensión que, precisamente, estaría en consonancia con lo que se entiende por el derecho a una buena administración<sup>32</sup>.

Además, tal solución demostraría que a través de sus disposiciones el Estado protege y vela por el efecto útil de la normativa comunitaria, en este caso, de las Directivas de Recursos, y de los principios en los que ésta descansa.

Es más, incluso, hay ya voces que cuestionan si actualmente tiene sentido mantener tan elevadas las cuantías para definir los umbrales comunitarios en las Directivas sustantivas de contratos y si no se ha desaprovechado la ocasión para actualizarlos a la baja al hilo de la aprobación de las Directivas de 2014<sup>33</sup>. Su bajada comportaría significativos logros en la procura de los objetivos europeos en esta materia<sup>34</sup>.

Desde otro punto de vista, pero con íntima conexión con este aspecto, todavía hay que plantear un importante elemento de debate. Las Directivas sustantivas de contratos se venían centrando en la armonización de los procedimientos contractuales aplicables a las fases de preparación y adjudicación de los contratos. En consonancia con esto, el ámbito de aplicación de la Directiva de Recursos se ceñía a las actuaciones precontractuales. De ello se desprende que el alcance objetivo del recurso especial en materia de contratación es limitado, también, desde este punto de vista. Hasta la fecha, al menos en el marco del Estado, es discutible que pueda plantearse en relación con actuaciones que no sean precontractuales.

Ahora bien, que ello fuese así, no implicaba que las instituciones europeas hayan sido ajenas a los comportamientos excesivos que se pueden producir durante la fase de ejecución contractual, en particular en relación con los modificados. Desde antiguo el TJUE en distintos pronunciamientos ha tenido ocasión de construir una doctrina, bien consolidada ya, acerca de la modificación de los contratos públicos basándose en los principios estructurales del TFUE. De las sentencias que han ido dictándose<sup>35</sup> se extrae una conclusión nítida: que una vez adjudicado un contrato público la modificación de sus disposiciones durante la ejecución puede constituir una nueva adjudicación en el sentido de las Directivas europeas cuando tales variaciones hacen que el contrato ejecutado presente características sustancialmente diferentes de las del contrato

---

Report from the Commission to the Council and the European Parliament. EU anti-corruption report, COM(2014) 38 final Brussels, 3.2.2014, p. 21.

<sup>32</sup> Cfr. GIMENO FELIÚ, José María; *Observatorio de Contratación Pública. Informe especial. (...) opus cit.* p. 14.

<sup>33</sup> Cfr. TELLES, Pedro; “The good, the bad, and the ugly: the eu’s internal market, public procurement thresholds, and cross-border interest”, *Public Contract Law Journal*, Vol. 43, No. 1, 2013, pp. 18-19.

<sup>34</sup> Apréciase que los importes vuelven a subir a partir del 1 de enero de 2016 como consecuencia de la actualización que realizan los Reglamentos Delegados (UE) de la Comisión 2015/2170, 2015/2071 y 2015/2072, de 24 de noviembre de 2015, por los que se modifican, respectivamente, las Directivas 2014/24/UE, 2014/25/UE y 2014/23/UE.

<sup>35</sup> Cfr. la Sentencia Succhi di Frutta de 29 de abril de 2004 As C-496/199, auténtico *leader case*; la Sentencia de 19 de junio de 2008, Asunto C-454/06 Pressetex achrichtenagentur GmbH contra Republik Österreich (Bund); la Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013, As T- 235/11; o la STJUE de 8 de mayo de 2014, Asunto C-161/13, Idrodinamica.

inicial licitado y, por consiguiente, pongan de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar aspectos esenciales del mismo. La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación original, habrían favorecido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o supuesto la adjudicación del contrato a una oferta distinta de la seleccionada. Se entiende que este tipo de modificaciones sustanciales alteran el contrato de forma tal que lo convierte en algo materialmente diferente a lo establecido en los pliegos de contratación.

Pues bien, pese al uso abusivo de las modificaciones contractuales en nuestro país -donde son una patología crónica- y a la constatación de que en muchas ocasiones tales modificaciones entrañaban nuevas adjudicaciones contractuales, el legislador estatal se desmarcó con un artículo 40.2 del TRLCSP que excluye del recurso especial los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en los pliegos. No han sido pacíficas las opiniones sobre el particular y buena parte de la doctrina<sup>36</sup> ha criticado con contundencia esta solución considerando que no es acorde con la *ratio* última de la normativa europea. No en vano el TJUE ya había dejado claro que una modificación contractual, cuando supera los límites admisibles en los que legítimamente puede admitirse, es ilegal y esconde, *de facto*, una nueva adjudicación. De ahí que por tratarse en realidad de una adjudicación contractual nueva, pero adjudicación al fin y a la postre susceptible de comprometer la finalidad de las Directivas sustantivas, sí debía entenderse incluida en el marco de afectación del recurso especial.

Nuevamente, la normativa de algunas CCAA se ha puesto a la cabeza y admite la interposición del recurso especial contra los modificados que se hagan en el marco de contratos ya perfeccionados<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Cfr. GIMENO FELIÚ, José María; “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”, *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013, pp. 135 y ss.; MORENO MOLINA, José Antonio; *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos (Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto)*, La Ley, Madrid, 2010, p. 101; VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier; *La modificación de los contratos públicos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 266 a 275; GALLEGO CÓRCOLES, Isabel; “Modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública”, en *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 162 a 164 y “La apresurada exclusión de las modificaciones contractuales del ámbito del recurso especial en materia de contratación”, OBCP, 5 de septiembre de 2011, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.21/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.edb22783aea84659b3d125e252138544>; BERNAL BLAY, Miguel Ángel; “El control sobre la modificación de los contratos públicos”, OBCP, 1 de septiembre de 2011, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.19/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.a39b8afb1c367912520decc9a61b05a3>; FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; “La modificación de los contratos en el nuevo Derecho europeo de la contratación pública”, *Actas del I Congreso Luso-Español de Contratación Pública*, celebrado en Guimarães, en octubre de 2014, (en prensa), manejada por deferencia del autor la versión pro manuscrita.

<sup>37</sup> La Ley 3/2012, de 8 de marzo, de medidas fiscales y administrativas de Aragón, introdujo un artículo 12.bis en su Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público, sobre “*Publicidad de los modificados*”. En el mismo sentido se expresa el artículo 20 de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra. Se ha llegado a sugerir que desde el punto de vista del Derecho interno las implicaciones que se siguen de estas dos normas podría llegar a plantear ciertas dudas de constitucionalidad por vulneración de las bases estatales, dado el carácter básico de la totalidad del artículo 40 del TRLCSP. Más tímidas y con un alcance limitado a la publicación de los modificados



En cualquier caso, las Directivas sustantivas ya sí se refieren de forma expresa a ciertas cuestiones relacionadas con la ejecución de los contratos e incluyen una parte íntegramente dedicada a esta cuestión, siendo tres los aspectos a los que aluden: la subcontratación, la modificación y la resolución<sup>38</sup>.

Por eso la “discusión” sobre la exclusión o no de los aspectos relativos a la ejecución del contrato del ámbito objetivo del recurso especial, puede entenderse superada. En efecto, la Directiva 89/665/CEE, tras su modificación por la Directiva de Concesiones de 2014, dispone en su artículo 1.1, párrafo 3º, que *“en lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/23/UE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa”*<sup>39</sup>.

Conviene tener presente que el TJUE ya dejó bien sentado que nuestro sistema general de recursos, el previsto en la Ley 30/1992 (y ahora en la LPAC/2015<sup>40</sup>), no es un sistema eficaz, al menos para su aplicación a la contratación pública, por lo que cabe pensar que ha de ampliarse el ámbito de aplicación objetiva del recurso especial en materia de contratación para dar cabida a las nuevas exigencias de la Directiva de Recursos. El Anteproyecto de LCSP de 2015 así lo hace en su artículo 44.2.d) en relación con las modificaciones. Además, en dicho texto desaparece la regulación autónoma de la cuestión de nulidad, que pasa a integrarse en la regulación del recurso especial, lo que de algún modo también indica que se aboga por una regulación del recurso ya no exclusivamente precontractual.

Ahora bien, ¿nuevamente habrá de ser el Derecho europeo el que marque los ritmos y fije las fronteras al legislador nacional? Convendría recapacitar adecuadamente acerca de si no sería más útil extender el recurso especial a todos los contratos y a cualesquiera de sus fases. Si se llegase a la conclusión de que en pos de la efectividad de la normativa del sector esto debe ser así, obviamente habría que redimensionar los órganos de recursos contractuales, pues de lo

---

hay que tener también en cuenta la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y el buen gobierno de las Illes Balears, que dispuso en su artículo 19.2 f) la obligación de publicar en el perfil de contratante *“las modificaciones del contrato adjudicado que representen un incremento igual o superior al 20% del precio inicial del contrato, si procede”* y la Ley 1/2012, de 24 de enero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2012, que alude en su artículo 40 a la obligación de dar publicidad *“en Internet”* a los contratos menores, las modificaciones contractuales y contratos complementarios. En un plano distinto, la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ha incluido ciertas obligaciones de publicidad que afectan a los contratos públicos. En concreto, su artículo 8.1.a) impone obligaciones de publicidad activa que han de canalizarse a través del Portal de Transparencia. A diferencia de los *“perfiles de contratante”* y de la *“Plataforma de Contratación del Sector Público”*, el *“Portal de Transparencia”* está dirigido a la ciudadanía general, en orden a que pueda conocer lo que hace la Administración y así, ejercer un control sobre la misma. Con un objetivo, pues, parcialmente distinto, sí exige la publicación de las modificaciones contractuales.

<sup>38</sup> Cfr. en la Directiva 2014/24/UE el Capítulo IV y en la Directiva 2014/23/UE el Título III.

<sup>39</sup> Cfr. FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; *“La modificación de los contratos (...) opus cit.*

<sup>40</sup> Cfr. las atinadas observaciones del Profesor BAÑO LEÓN sobre la victoria del inmovilismo en la *“nueva”* regulación de los recursos administrativos. BAÑO LEÓN, José María; *“La reforma del procedimiento. viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados”*, DA, nº 2, 2015.

contrario el buen funcionamiento que en líneas generales están teniendo acabaría sucumbiendo y el sistema podría “morir de éxito”.

#### **IV.- EL ASPECTO ORGÁNICO DEL SISTEMA: LOS ÓRGANOS Y “TRIBUNALES” ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES**

##### **1. Organigrama básico: un “crisol” de posibilidades, no todas igualmente satisfactorias**

Desde el punto de vista organizativo, la principal novedad que en su día significó la aprobación de la Ley 34/2010 se localizó en apostar por la creación de órganos administrativos *ad hoc* caracterizados por su independencia funcional para resolver el recurso especial en materia de contratación.

La propia Ley creó el TACRC -adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda- como órgano competente en el ámbito estatal para conocer de los recursos interpuestos en relación con contratos del Estado.

Para el caso de los contratos celebrados en el nivel autonómico, en virtud del principio de autoorganización, es la normativa de las CCAA la que ha de determinar si optan por crear sus propios órganos de recursos con un funcionamiento basado en similares parámetros de independencia que los previstos para el TACRC, o se decantan por suscribir el pertinente convenio con la AGE para que sea el órgano estatal el que conozca de los recursos que afecten a contratos de su ámbito.

En lo que hace a los contratos vinculados a las entidades locales, la competencia para resolver los recursos especiales se atribuye a los órganos que determinen las normas de las CCAA cuando éstas tengan atribuidas facultades normativas y de ejecución en materia de régimen local y contratación. En el supuesto de que no exista previsión expresa al respecto en la legislación autonómica, la competencia corresponde al mismo órgano que resuelva los recursos para las CCAA en cuyo territorio se integran las entidades locales afectadas.

Finalmente, en relación con los recursos interpuestos contra actos de poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas pero formen parte del sector público, se resuelve que la competencia esté residenciada en el órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido. Y para el caso de los contratos subvencionados se sanciona que la competencia corresponda 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.

Además de lo anterior, la legislación estatal, -en una decisión cuestionable como se dirá respecto de las instituciones análogas autonómicas-, habilita para que otros organismos del poder público como las Cortes Generales, puedan crear su propio tribunal u órgano independiente de recursos; si bien, pueden optar porque los recursos contra sus contratos los

conozca el TACRC. En esta disyuntiva, las Cortes Generales se han decantado por crear su propio órgano de recursos<sup>41</sup>.

Lo relevante a nuestros efectos es la diferencia entre la Ley 34/2010 y la versión original de la Ley 30/2007, que es palmaria. En esta última se establecía que sería competente para conocer de este recurso especial el órgano de contratación correspondiente; esto es, el mismo órgano que había elaborado los pliegos, había valorado las ofertas o había adjudicado provisionalmente el contrato. Este órgano era “juez y parte”, resultando comprensibles los temores acerca de la efectividad del recurso. Era, este aspecto, una de las cuestiones que más recelos había despertado y que más abiertamente se oponía a las exigencias de la Directiva de Recursos.

En suma, la reforma de 2010 apuesta por órganos de naturaleza administrativa especializados e independientes para resolver los recursos en materia de contratación. Con ello se trata de garantizar la calidad de las resoluciones y su neutralidad.

Sin embargo, las alternativas que hemos visto permite la legislación básica para articular el esquema de órganos encargados de conocer este recurso especial son diversas, y esto ha dado lugar a que se haya configurado un modelo de planta abierta y plural caracterizado por su potencial carácter dinámico<sup>42</sup>. Circunstancia que no está exenta de inconvenientes.

El organigrama actual es el siguiente:

Las CCAA de Aragón, Andalucía, Castilla y León, Canarias, Cataluña, Extremadura, Galicia<sup>43</sup>, Comunidad de Madrid, Comunidad Foral de Navarra y País Vasco, cuentan con órganos de recurso propios. El esquema seguido a la hora de crearlos no ha sido tampoco homogéneo. Algunas han optado por crear un órgano nuevo en su estructura administrativa, mientras que otras se han decantado por atribuir las funciones relacionadas con el recurso especial a organismos ya existentes de los que, en cierto sentido, se puede predicar la independencia y especialización que han de presidir la resolución de estos recursos. En concreto, Castilla y León y Extremadura han atribuido esta competencia a su respectivo Consejo Consultivo, órgano equivalente autonómico al Consejo de Estado.

Por su parte, las CCAA de Cantabria, Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, La Rioja, Principado de Asturias, Región Murcia, y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, han atribuido la competencia para la resolución de los recursos que se planteen en relación con sus contratos al TACRC, suscribiendo para ello el pertinente convenio.

El dinamismo al que antes se ha aludido se refleja, por ejemplo, en que inicialmente los órganos de Cataluña y Andalucía funcionaban como órganos unipersonales, pero el volumen de trabajo y otros problemas prácticos que se apreciaron movieron a estas autonomías -con buen criterio- a

---

<sup>41</sup> Cfr. la Resolución de 18 de enero de 2011, del Letrado Mayor de las Cortes Generales, por la que se publica la de 21 de diciembre de 2010, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, por la que se crea el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales. «BOE» núm. 21, de 25 de enero de 2011.

<sup>42</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR; Juan Alfonso; *Los recursos especiales (...) opus cit.*, p. 49; RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio; “El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25 (2010), p. 25.

<sup>43</sup> Como se explicará más adelante, por ahora el caso gallego es especial.

modificar su estructura para configurarlos como órganos colegiados. De modo que actualmente solo funcionan como órganos unipersonales los del País Vasco y Canarias. Por otra parte, las CCAA de Extremadura y Galicia que en un principio celebraron convenio con el Estado lo han denunciado y actualmente cuentan con su propio órgano de recursos, si bien en Galicia aún no está operativo y en el momento de redactar estas líneas el convenio sigue funcionando.

Por lo que se refiere al ámbito local, ya se ha indicado que la determinación acerca de quién ha de resolver los recursos que afecten a sus contratos corresponde a las CCAA si tienen atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y de contratación. Pues bien, las CCAA de Aragón, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Foral de Navarra, Comunidad de Madrid, Galicia y Extremadura, han atribuido directamente al órgano autonómico creado para la resolución de sus recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones previas, la competencia para conocer también los que se interpongan en relación con los contratos de las Administraciones locales de su ámbito territorial.

De otra parte, las CCAA que han celebrado un convenio con el Estado han optado por atribuir al TACRC también la resolución de los recursos que se interpongan contra los contratos vinculados a los entes locales sitos en su territorio.

A su vez, la normativa de las CCAA de Andalucía y Canarias permite que todas sus entidades locales creen sus propios órganos de recurso y la del País Vasco que lo hagan los de más de 50.000 habitantes. La regulación de Andalucía y la del País Vasco establece que en el caso de que no se creen estos órganos de ámbito local será el órgano de recursos autonómico el competente para conocer también de los recursos contra los contratos de sus entes locales. Más cuestionable es la solución por la que se decanta la normativa canaria –que era, por cierto, la solución establecida en Andalucía antes de su reforma- por cuanto dispone que los entes locales pueden atribuir la competencia para resolver sus recursos al órgano autonómico previa celebración del oportuno convenio. ¿Qué ocurre si no se crean los órganos de recursos locales pero tampoco se firman los convenios, que es la situación que en muchos casos se da a día de hoy? No parece que se deba aplicar la solución que recoge la D.A.2ª de la Ley 34/2010 acerca de que sean sus órganos de contratación los competentes para resolver, pues esta solución era transitoria y atendiendo a la literalidad de la disposición solo se aplicaría a las CCAA. En suma, lo prudente sería que el recurso lo conociese el órgano autonómico.

Con todo, lo cierto es que la habilitación a favor de las entidades locales ha tenido materialización efectiva en el País Vasco y en Andalucía. En la primera Comunidad han creado su propio órgano de recursos las tres Diputaciones forales. En la segunda, lo han creado municipios como los de Sevilla, Granada, Córdoba, Málaga, Huelva, Jaén, Linares, Puerto de Santa María, La Línea de la Concepción, Alcalá de Guadaíra, Úbeda, Estepona, Torremolinos, y hasta hace poco también Marbella<sup>44</sup>, y las Diputaciones provinciales de Jaén, Huelva, Cádiz, Málaga o Granada.

La opinión mayoritaria de la doctrina<sup>45</sup> es crítica con la existencia de órganos de recursos a nivel

---

<sup>44</sup> Este último suprimido por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento marbellí de 30 de julio de 2015.

<sup>45</sup> Cfr. GIMENO FELIU, José María; “Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las

local. Se considera que es perniciosa y puede distorsionar el funcionamiento global del sistema. La principal objeción a su existencia descansa en que es fácilmente constatable a la vista de la composición de muchos de los que existen que quienes los integran son paralelamente miembros de los órganos de contratación que convocan los contratos que se impugnan, han trabajado preparando los documentos contractuales, etc., motivo por el que cabe cuestionar su independencia e imparcialidad. Precisamente a este respecto resultan sumamente interesantes las reflexiones efectuadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en su Informe 9/2013, de 26 de julio sobre “*Composición y características de los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación pública de las entidades locales*”. Además, la existencia de estos órganos puede propiciar que sea más difícil llevar a cabo la importante labor de coordinación entre los órganos de recursos, a la que nos referiremos en el apartado VI.3, y contar con una doctrina lo más asentada posible de su quehacer. Tampoco puede perderse de vista que al no estar generalizada su existencia en todo el territorio pueden generar confusión a los licitadores a la hora de identificar con exactitud ante quién plantear el recurso del que pretenden valerse. En este sentido, cabe destacar que la regulación de la Comunidad Autónoma de Cataluña en un primer momento también contenía una disposición equivalente a la del País Vasco y que fue eliminada aprovechando la modificación realizada para transformar en colegiado su órgano de recursos, en una suerte de depuración del mecanismo fruto de la experiencia y la reflexión.

Una situación particular se plantea en CCAA como Canarias y Andalucía en relación con el control a través del recurso especial de los contratos de ciertas instituciones de autogobierno y de sus Universidades públicas. Por ejemplo, en relación con las Universidades públicas, lo usual es que la normativa autonómica disponga que tales contratos se conocerán por sus órganos de recursos, en el caso de que lo hubiesen creado, o por el TACRC si la Comunidad en cuestión ha optado por celebrar un convenio con el Estado. No obstante, en estas Comunidades se determina que para que sus órganos propios de recursos puedan conocer de los recursos contra los contratos que pretendan celebrar sus Universidades, habrá de firmarse previamente un convenio, con las contrariedades que hemos visto de ello se pueden seguir.

Finalmente, la normativa de algunas CCAA en las que se ha optado por crear un órgano de recursos propio, también contiene habilitaciones permitiendo que ciertas instituciones y poderes públicos autonómicos puedan crear los suyos si se salvaguarda la independencia. Así, sus Asambleas legislativas o instituciones análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo pueden optar entre crear un órgano específico o atribuir la competencia al órgano de recurso

---

previsiones del informe de la comisión para la reforma de las administraciones públicas. Balance y prospectiva”, *Revista Catalana de Dret públic*, núm. 47 (2013); p. 89. DOI: 10.2436/20.8030.01.13; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia; FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; “La organización administrativa para el control de la contratación pública en España. En particular, los órganos consultivos y de recursos”, en *L’Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica Napoli XXXIII, Napoli, 2013; BERNAL BLAY, Miguel Ángel; “La independencia de los órganos de recurso especial de las Entidades Locales”; OBCP; 16/09/2013; <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.118/releategoria.208/relemenu.3/chk.c4a6addeb3d6aa48e7d137827c4a8f12>; SANTIAGO FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> José; “La resolución del recurso especial en materia de contratación en el caso de las Entidades Locales de Andalucía: novedades del Decreto 120/2014”, OBCP, 22/09/2014, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.168/releategoria.121/relemenu.3/chk.07c28a31df67a2e11b94eed5c9cf7d6b>;

autonómico. Esto ha movido, por ejemplo, a que creen sus órganos de recursos específicos el Parlamento de Cataluña o las Cortes de Aragón. Esta habilitación conduce al mismo orden de reflexiones que se han expuesto en relación con las entidades locales, en tanto en cuanto estas instituciones podrían carecer de masa crítica suficiente para hacer que la independencia del órgano fuese real.

En definitiva, convendría depurar el número de órganos de recursos contractuales garantizando que en los que existan se respeten las notas de independencia y especialización en la forma que luego se señalará<sup>46</sup>.

## **2. ¿Órganos administrativos cuasi-jurisdiccionales?: La STJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14**

Los órganos a los que se confiere la resolución de los recursos especiales en materia de contratación pública son claramente órganos administrativos. A este respecto es posible que la denominación ampliamente mayoritaria entre ellos de “tribunales”, pese a que suele ir seguida del adjetivo “administrativos”, pueda no considerarse como la más acertada a los efectos de evitar malentendidos derivados de la propia denominación. No obstante ello, sí es cierto que esta denominación de “tribunales” le confiere al órgano administrativo un plus o áurea de relevancia e independencia que puede servir para infundir una mayor confianza entre los operadores económicos.

En esta línea, una de las notas que no es extraño encontrar referida a los órganos encargados de conocer de estos recursos es la de “cuasi-jurisdiccionales”. Obviamente cuando se apela a este calificativo para referirlo a este tipo de órganos de evidente naturaleza administrativa lo que se quiere es destacar la singularidad que tienen respecto de la mayoría de órganos administrativos.

Uno de los principios básicos de la organización administrativa es el de jerarquía, que se refiere a una ordenación de órganos y que aunque solo opera entre órganos que ejercen en distinto nivel la misma competencia dentro de la línea operativa, es lo habitual que un órgano administrativo esté ordenado jerárquicamente respecto de algún otro al menos desde el punto de vista funcional. Pues bien, como se verá, los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación no responden a planteamientos basados en dicha ordenación. Antes al contrario, aunque en buena lógica, como órganos administrativos que son, están integrados en la estructura de una Administración pública mediante la adscripción a alguno de sus órganos, este hecho no afecta al desempeño de sus funciones, que han de ejercerse con total y plena autonomía e independencia.

Así, la característica por antonomasia que define a estos órganos administrativos es su absoluta independencia funcional, que, de otra parte, es la nota esencial que también sirve para definir el desempeño de sus competencias por el Poder Judicial. Es el dato de su independencia -que puede predicarse no solo del órgano sino también de sus miembros, como luego se verá-, lo que les confiere un *status* singular en el orbe de la Administración.

---

<sup>46</sup> Cfr. GIMENO FELIU, José María; *Observatorio de Contratación Pública. Informe especial (...) opus cit.* en especial pp. 150-151.

Por lo que se refiere ahora al órgano, de esta independencia se siguen una serie de consecuencias que afectan, principalmente, al régimen jurídico aplicable a sus resoluciones o acuerdos.

De una parte, destacan las amplias facultades decisorias que tienen atribuidas, que es otro rasgo que asemeja la actuación de estos órganos a la realizada desde el contencioso administrativo. Así:

a) Pueden acordar la adopción de medidas provisionales y cautelares en orden a velar por la efectividad de la resolución que en su día se dicte, no limitadas a la mera suspensión del acto.

b) Pueden anular las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluidas 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. Si de ello se deriva que el órgano de contratación ha de adjudicar el contrato a otro licitador, se le concederá un plazo de diez días hábiles para que requiera al licitador seleccionado a fin de que presente la documentación pertinente para la adjudicación del contrato (artículo 47.2 del TRLCSP). Es decir, su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, por lo que no pueden sustituir el juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable.

c) Pueden anular los contratos que se hubiesen perfeccionado sin haber respetado el plazo de suspensión o en los que concurra alguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 37.1 del TRLCSP.

d) Cuando se solicite por los interesados y concurran los requisitos para ello, podrán imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso (artículo 47.3 del TRLCSP).

e) Pueden acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación, si continuase suspendido, y de las restantes medidas cautelares que se hubiesen acordado, así como, si procediera, la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas (artículo 47.4 del TRLCSP).

f) Tienen potestad para imponer sanciones si aprecian temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares. La sanción oscilará entre 1.000 y 15.000 euros, fijándose la que corresponda en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores (artículo 47.5 del TRLCSP).

De otra parte, la Ley “blinda” las resoluciones que dictan los órganos de recursos mediante una protección específica en orden a salvaguardar su respeto y acatamiento. Además de poder adoptar medidas provisionales y cautelares, sus resoluciones son directamente ejecutivas, existiendo la posibilidad de lograr su cumplimiento recurriendo al empleo de los medios de ejecución forzosa. Destaca, asimismo, el hecho de que las mismas exclusivamente pueden

atacarse a través de la interposición de recursos contencioso-administrativos. Como luego se comentará, no son susceptibles de ser recurridas en vía administrativa, ni de revisión de oficio, ni tampoco están sujetas a fiscalización por los órganos de control interno de las Administraciones a las que están adscritos los órganos de recursos. Así como tampoco están sometidas al requisito de la declaración de lesividad previo a su impugnación ante el contencioso por la propia Administración a la que se adscribe el órgano de recursos (artículo 19.4 de la LJCA), lo que es un indicativo más de su independencia.

Todo ello es lo que permite reconocer que los órganos que resuelven recursos especiales en materia de contratación tienen una posición institucional singular en comparación con la que ostentan el común de los órganos administrativos, posición institucional singular que puede calificarse de “*cuasi-jurisdiccional*”.

Que los órganos que resuelven los recursos en materia de contratación gozan de una naturaleza administrativa especial que los acerca a las características propias de los órganos jurisdiccionales *stricto sensu*, ha quedado claro a la luz de la reciente STJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, a la que, por su trascendencia, conviene dedicar atención. El pronunciamiento trae causa de la cuestión prejudicial plantada por un órgano de recursos autonómico -*el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público*- ante el TJUE. Es sabido que la posibilidad de que ciertos órganos nacionales eleven ante el Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales constituye un instrumento esencial para la correcta y uniforme interpretación y aplicación del Derecho de la UE. Hoy en día, la regulación de este instrumento clave se localiza en los artículos 19.3 b) del TUE y 267 del TFUE. A los efectos que ahora importa, ambos indican que estas cuestiones deben plantearse por un “*órgano jurisdiccional*”.

Esta referencia podría hacer pensar que solo órganos integrados en el Poder Judicial estarían habilitados para plantearlas, y normalmente así sucede, son órganos judiciales los que las plantean. Sin embargo, nuevamente desde las instituciones comunitarias se aboga por mantener un concepto interpretativo flexible basado en consideraciones funcionales, en este caso, de lo que se deba entender por “*órgano jurisdiccional*”. Esta interpretación funcional es la que permite incluir además de a algunos órganos del Poder Judicial a otros órganos de naturaleza administrativa pero en los que se reconoce un *status* particular que los acerca funcionalmente a los anteriores. Tal ocurriría con los Tribunales económico-administrativos o, ahora, con los órganos administrativos que resuelven los recursos especiales en materia de contratación. Así es, según se ha encargado de ratificar en diversas Sentencias el TJUE<sup>47</sup>, la noción de “*órgano jurisdiccional*” a la que alude el artículo 267 del TFUE es un concepto comunitario, ajeno a las calificaciones que se apliquen en cada Estado para designar a los órganos que pueden presentar cuestiones prejudiciales.

Por lo que a España se refiere, el TJUE en su Sentencia de 21 de marzo de 2000, *Gabalfrisa*,

---

<sup>47</sup> Por ejemplo, en sus Sentencias de 30 de junio de 1966, 61/65, *Vaassen-Göbbels*; 14 de diciembre de 1971, 43/71, *Politi*; 11 de junio de 1987, 14/86, *Pretore di Salò/X*; 30 de marzo de 1993, C-24/92, *Corbiau*; 19 de octubre de 1995, C-111/94, *Job Centre*; 12 de diciembre de 1996, C-74/95 y C-129/95, *Procesos penales seguidos contra X*; 17 de septiembre de 1997, C-54/96, *Dorsch Consult*; 22 de octubre de 1998, C-9/97 y C-118/97, *Jokela y Pitkäranta*; 12 de noviembre de 1998, C-134/97, *Victoria Film*, y 2 de marzo de 1999, C-416/96, *El-Yassini*.



*S.L./Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT)*, ya había declarado que los Tribunales Económico-Administrativos españoles por su configuración y el carácter obligatorio de su jurisdicción sí podían plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo. Ya antes, también en relación con España, el TJCE consideró órgano jurisdiccional a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales al antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia -Asunto 67/91-.

En atención a lo anterior, la naturaleza administrativa de los órganos de recurso contractual no constituiría, de partida, ningún obstáculo al reconocimiento de legitimación para plantear una cuestión prejudicial.

Pues bien, en su Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, el TJUE ha entendido que, efectivamente, los órganos que conocen de los recursos especiales en materia de contratación pueden ser considerados “órgano jurisdiccional” a los efectos del artículo 267 del TFUE. El asunto tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Catalán del Contratos del Sector Público. Dejando al margen la temática de fondo sobre la que versaban la cuestión, lo que hace el TJUE al objeto de analizar su admisibilidad es verificar si concurren los requisitos que viene exigiendo para considerar a un órgano “órgano jurisdiccional”, a saber: a) el origen legal del órgano; b) su vocación de permanencia; c) la obligatoriedad de su jurisdicción; d) el carácter contradictorio del procedimiento que sigue; e) la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y f) su independencia.

El TJUE comienza indicando que el Tribunal catalán es, de acuerdo con el Derecho español, un órgano administrativo, pero reitera que este hecho, en sí mismo, no es decisivo a efectos de su apreciación como “órgano jurisdiccional”. En lo tocante a los requisitos citados, al TJUE no le plantea problemas constatar el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter contradictorio del procedimiento que ante él se sigue, ni la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas.

Tampoco le genera duda el reconocimiento del criterio de su independencia. Son interesantes las consideraciones que realiza al respecto. Entiende que el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público tiene la condición de tercero en relación con la autoridad que adoptó la decisión recurrida en el litigio principal y que ejerce sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a vínculo jerárquico o de subordinación alguno respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones, estando así protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de juicio de sus miembros. Además, para el TJUE es pacífico que dicho Tribunal ejerce sus funciones con total respeto de la objetividad y de la imparcialidad frente a las partes en lid y a sus respectivos intereses en relación con el objeto del litigio. En esta misma línea de ensalzamiento de la independencia, el TJUE alude a que de acuerdo con su normativa reguladora –en concreto el artículo 8, apartado 4, del Decreto 221/2013 de la Generalitat de Cataluña-, sus miembros son inamovibles, y solo pueden ser cesados por alguna de las causas expresamente enumeradas en esa disposición. Por todo lo anterior el TJUE concluye que no hay duda de la independencia de este órgano de recursos.

Más comprometido para el TJUE resulta analizar el criterio del carácter obligatorio de la jurisdicción del órgano remitente de la cuestión prejudicial. El TJUE es consciente de que el artículo 40.6 del TRLCSP declara que el recurso especial tiene carácter potestativo y que quien interpone un recurso en materia de contratación puede optar entre el recurso especial o el recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, el Tribunal otorga especial valor a dos circunstancias. Primera, al hecho de que las resoluciones del órgano remitente, cuya competencia no depende de un acuerdo entre las partes, son vinculantes para estas últimas. Segunda, a las explicaciones proporcionadas por el Gobierno español en la vista previa basadas en que la experiencia revela que, en la práctica, los licitadores en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos no recurren, por lo general, a la posibilidad de interponer directamente un recurso contencioso-administrativo sin haber presentado previamente ante el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público un recurso especial como el que se examina en el litigio principal. Esencialmente, los tribunales contencioso-administrativos intervienen pues, por lo común, como “segunda instancia”, de modo que la tarea de velar por el respeto del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos en la Comunidad Autónoma de Cataluña incumbe en primer término al órgano de recursos.

Dadas estas circunstancias, el TJUE concluye que el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público cumple igualmente el criterio del carácter obligatorio de su jurisdicción, de ahí que termine reconociendo que tiene el carácter de “órgano jurisdiccional” en el sentido del artículo 267 del TFUE.

No cabe duda de la enorme trascendencia de esta sentencia desde el punto de vista institucional. Es relevante por un lado, que el TJUE reconozca la independencia efectiva de estos órganos, pero también subyace a la misma el importante papel que cabe reconocerles como garantes del cumplimiento del Derecho europeo. Una Sentencia en sentido contrario hubiese caído como un “jarro de agua fría” en España, pues hubiese dejado en entredicho nuestro sistema de recursos, que, en la práctica, está dando buenos frutos y se está poniendo en Europa como un ejemplo de trasposición de las Directivas de Recursos con la que auténticamente se satisface su efecto útil.

La conclusión que la Sentencia del TJUE refiere al Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público perfectamente podría extrapolarse al TACRC y a los órganos autonómicos de recursos equivalentes al catalán. En tanto que en la práctica son estos órganos los que están casi monopolizando el conocimiento de los recursos en esta materia -pues pese a su carácter potestativo, los recurrentes escogen esta vía casi en el 100% de los casos- ante una duda interpretativa del Derecho europeo, es adecuado que tengan en sus manos la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial. En definitiva, para el Derecho europeo estos órganos y tribunales son “órganos jurisdiccionales”. Aunque para nuestro Derecho interno no forman parte, obviamente, del Poder Judicial, la similitud de las funciones que desempeñan estos órganos con las atribuidas a los jueces y tribunales, hace necesario remarcar el *status* particular que tienen en comparación con la generalidad de los órganos administrativos. Atribuirles el calificativo de “órganos cuasi-jurisdiccionales”, puede resultar indicativo de todo lo anterior, sin que con ello se postule la existencia de una nueva categoría jurídica. Más cuestionable sería extender la misma calificación, por ejemplo, a los órganos creados a nivel local por las razones

anteriormente referidas, dado que no es claro que cumplan todos los requisitos que el TJUE ha entendido que sí cumple el Tribunal catalán.

## V.- NATURALEZA DEL RECURSO ESPECIAL

### 1. Naturaleza potestativa: un lastre para garantizar el efecto útil de las Directivas de Recursos

Buena parte de la doctrina y de la práctica administrativista parece haber llegado al convencimiento de que sería más apropiado establecer normativamente un régimen para los recursos administrativos ordinarios caracterizado siempre por el carácter potestativo de su interposición. De ser así, la impugnación de un acto en vía administrativa o contenciosa sería alternativa y emprender uno u otro camino dependería de la exclusiva voluntad del interesado, de tal suerte que solo si optase previamente por la impugnación del acto en vía administrativa, sucesivamente podría acudir a la vía jurisdiccional. Esta opinión descansa en la idea muchas veces avalada por la experiencia de que, en realidad, el agotamiento de la vía administrativa a través de un recurso como el de alzada supone una carga para los particulares que han tenido que esperar a acudir al orden contencioso a obtener una desestimación de las pretensiones que formularon en vía administrativa de recurso, cuando no una falta de respuesta al mismo. Muy extendida es la sensación de que un elevadísimo porcentaje de los recursos administrativos ordinarios no se estiman y es precisamente esta idea la que mueve a considerar que sería mejor dejar en manos de los afectados la decisión de embarcarse en el periplo de un recurso administrativo o acudir directamente a la vía jurisdiccional.

Considerando lo anterior, podría pensarse que la configuración actualmente vigente del recurso especial en materia de contratación como un recurso potestativo (ex. artículo 40.6 del TRLCSP) goza de una valoración mayoritariamente favorable por parte de la doctrina.

Nada más lejos de la realidad. De hecho, se identifica esta característica como uno de los aspectos susceptibles de mejora de cara a una futura revisión de su régimen jurídico<sup>48</sup>.

En la versión original de la LCSP este recurso tenía carácter obligatorio, situación que se

---

<sup>48</sup> A favor de atribuir carácter obligatorio a este recurso se manifiestan GIMENO FELIU, José María; “Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la comisión para la reforma de las administraciones públicas. Balance y prospectiva”, *Revista Catalana de Dret públic*, núm. 47 (2013); pp. 99-100. DOI: 10.2436/20.8030.01.13; MARTÍNEZ TRISTÁN, Gerardo; “¿Es el recurso especial la solución o el problema”, en *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013, pp. 49; CUDERO BLAS, Jesús; “Algunas reflexiones sobre el recurso especial en materia de contratación tras la aprobación del RD Leg. 3/2011, de 14 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista de Jurisprudencia*, núm. 2, 10 de mayo de 2012; BERNAL BLAY, Miguel Ángel; “Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 26, 2011, p. 9; VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, Patricia; FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; “Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, en *Amministrazione Pubbliche dei contratti*, Ed. Scientifica, Nápoles, 2013, p. 362-363; NOGUERA DE LA MUELA, Belén; “La Directiva “Recursos” y sus consecuencias prácticas”. Material del Curso “Contratación administrativa con especial incidencia del Derecho europeo”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 29 y 30 de octubre de 2015. En contra, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso; *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 71-72.

modificó con la Ley 34/2010, que lo convierte en un recurso potestativo acogiendo con ello la sugerencia que en su día había plasmado el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006 emitido con ocasión de la tramitación de la que finalmente fue Ley 30/2007, de Contratos de Sector Público. En aquel entonces, el alto órgano consultivo entendió que debían suprimirse o modificarse (por ejemplo, sustituyendo la expresión “deberán” por “podrán”) aquellas expresiones del texto sometido a su parecer que configuraban el recurso especial como de obligada interposición previa para acceder posteriormente, en su caso, a la vía contenciosa. El mismo parecer lo reitera en su Dictamen 499/2010, de 29 de abril, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales para su adaptación a la normativa comunitaria. En estos pareceres el Consejo de Estado consideró que debía configurarse el recurso especial en materia de contratación como un recurso potestativo y no obligatorio. No explicaba la razón de fondo que le llevaba a pronunciarse en tal sentido, pero no es difícil imaginarla. Y es que, en efecto, uno de los temas candentes que de ordinario está encima de la mesa cuando se habla de recursos administrativos es el dilucidar si conviene atribuirles carácter obligatorio o potestativo, siendo la segunda de las opciones cada vez más defendida a la vista de la escasa utilidad que parece tener la vía ordinaria de recurso.

En todo caso, antes de la reforma introducida por la Ley 34/2010, esto es, con la redacción original de sistema de recursos prevista en la Ley 30/2007, no era extraño considerar criticable el carácter obligatorio que se atribuía a este recurso especial, y ello por cuanto entonces su resolución correspondía al mismo órgano que había dictado el acto recurrido, hecho que permitía cuestionar su auténtica utilidad en la práctica, convirtiéndose, en consecuencia, en un obstáculo para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Aludíamos antes a que uno de los elementos de los que desde la UE se hace depender la eficacia general del recurso en materia de contratos es la independencia de las instancias llamadas a resolverlo. Siendo esto así, parece dudoso que pueda considerarse que gozan intrínsecamente de ese carácter los recursos que se interponen y se resuelven ante los órganos de los que emanaron los actos recurridos o ante sus superiores jerárquicos. Sin afirmar de partida que en tales casos (en los que se basa el sistema de recursos administrativos ordinarios) quede mermado todo viso de eficacia, quizás sí se puede resolver la cuestión dejando que, en estos casos, sea el interesado en impugnar una decisión administrativa el que decida si considera que le merece la pena agotar la vía administrativa (recurso de alzada) o insistir en que se revise una decisión y se modifique por otra basada en las pretensiones inicialmente planteadas (recurso de reposición). Es quizás en estas situaciones en las que se puede hacer potestativo el recurso.

En esta tesitura, posiblemente la mejor solución pasa no tanto por apostar de forma maniquea entre defender siempre el carácter potestativo de los recursos administrativos o su carácter obligatorio, sino por reconocer uno u otro carácter dependiendo del contexto. Así, el carácter obligatorio de los recursos administrativos seguramente sea útil reconocerlo en los ámbitos sectoriales en los que hay recursos especiales caracterizados por la profesionalización e independencia de quienes los resuelven y no tanto en relación con los recursos “ordinarios”

donde a la luz de la experiencia convendría dejar en manos de los interesados el escoger si quieren dar a la Administración una oportunidad para modificar la decisión que les afecta.

Sea como fuere, por lo que hace en particular al recurso especial en materia de contratación pública, la práctica está demostrando que atribuir carácter obligatorio al recurso sí podría suponer importantes ventajas y, paralelamente, contribuiría a eliminar algunos inconvenientes como los que a continuación se enumeran:

**a)** En primer lugar, que se declare su carácter obligatorio, naturalmente, no entraña merma alguna de las garantías de los interesados, por cuanto siempre queda expedita la posibilidad posterior de impugnación en sede judicial.

**b)** La calidad de las resoluciones y acuerdos adoptados por los órganos de recursos al resolver las controversias de que conocen ha hecho que los recurrentes confíen en el sistema. Aunque es una intuición fruto del contacto con distintos operadores, podría decirse que los recurrentes no consideran que la interposición de este recurso sea una pérdida de tiempo. Al contrario, parece existir entre ellos el convencimiento mayoritario de que si su recurso no se ha estimado es porque no debía estimarse. Esta intuición, en parte, viene avalada por el escaso número de recursos contenciosos que se interponen contra las resoluciones de estos órganos y por el hecho de que, en los casos en los que se ha recurrido la resolución del recurso especial en vía contenciosa, los tribunales en su mayor parte han ratificado sus decisiones.

**c)** La especial rapidez que viene caracterizando, al menos hasta ahora, la resolución de estos recursos especiales determina que su articulación como obligatorio no conllevaría abocar a los particulares recurrentes a adentrarse en un pesado procedimiento que quién sabe si llega a resolverse efectivamente o se ve afectado por la aplicación de la técnica del silencio administrativo.

**d)** Además, aunque desde las instituciones comunitarias no se ha cuestionado lo que a continuación se indicará, el configurar este recurso como potestativo supone que, en la práctica, se esté dejando en manos de los interesados en recurrir el respeto efectivo de la normativa comunitaria de contratación. Es evidente que si optan directamente por la interposición de un recurso contencioso-administrativo no se aplicará el procedimiento *ad hoc* que exige el Derecho europeo para garantizar el efecto útil de las Directivas de Recursos y será difícil que pueda corregirse a tiempo –antes de la formalización del contrato- la eventual irregularidad que pudiera existir<sup>49</sup>. Ha de ser el sistema que establezca el legislador el que garantice el efecto útil del Derecho europeo y no, en cada caso, la voluntad de los recurrentes.

**e)** La atribución a este recurso de carácter obligatorio contribuiría a solventar problemas procesales no menores que actualmente provoca su carácter potestativo. En efecto, explica BERNAL BLAY<sup>50</sup> que el carácter potestativo del recurso especial en materia de contratación supone *de facto* la existencia de una doble vía de recurso para la impugnación de las actuaciones

---

<sup>49</sup> Incluso podría decirse que, de hecho, es un recurso “obligatorio”, si lo que se busca es evitar que, en tanto se resuelva, el contrato en relación con el que se plantea entre en fase de ejecución.

<sup>50</sup> Cfr. BERNAL BLAY, Miguel Ángel; “Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas”, *Cuadernos de Derecho Local* (QDL), núm. 26, 2011, pp. 9-10.

que se lleven a cabo en el seno de un procedimiento de contratación, -la administrativa especial y la jurisdiccional-. Este hecho genera inconvenientes prácticos de calado habida cuenta de las diferencias procesales que existen entre ambas vías. De entre ellas, la más evidente se localiza en el distinto plazo que rige para la interposición de los recursos: 15 días hábiles, computados de manera diferente en función del acto que se recurra, para el recurso especial en materia de contratación, y dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso, para la interposición de un recurso contencioso-administrativo.

f) Apunta la Profesora NOGUERA DE LA MUELA<sup>51</sup> que otra de las disfuncionalidades que pueden producirse tiene que ver con la posibilidad de adoptar medidas cautelares, en particular, la suspensión del acto recurrido. Sabido es que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.3 de la Directiva 89/665/CEE, la interposición del recurso especial –o incluso antes con adopción de una medida provisional- cuando el acto que se recurre es el de adjudicación, se produce la suspensión del expediente de contratación. Esta suspensión es automática y tiene lugar *ope legis* hasta tanto el órgano de recursos no se pronuncie expresamente acordando el levantamiento de la suspensión dentro del plazo de cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, o bien hasta que se dicte resolución que resuelva el recurso especial.

Pues bien, la garantía de suspensión automática del procedimiento cuando se recurre la adjudicación que prevé la regulación del recurso especial, no se observaría tan automáticamente de interponerse un recurso contencioso-administrativo. Así es, a tenor de la regulación prevista para las medidas cautelares –contenida en los artículos 129 y 130 de la LJCA-, se sigue que la suspensión del acto de adjudicación, -que se traduce en la imposibilidad de formalizar el contrato-, se adoptará, en su caso, si lo solicita una de las partes y acredita que la no suspensión puede hacer perder su finalidad legítima al recurso. Además, la medida cautelar puede denegarse cuando de su adopción pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, aspecto que habrá de ponderar el juez o Tribunal en forma circunstanciada. Por consiguiente, el carácter obligatorio del recurso especial puede ofrecer una protección jurídica al recurrente más rápida y eficaz, acorde con la Directiva 89/665/CEE, sobre todo si a través del mismo se consigue garantizar que eventuales infracciones puedan ser corregidas antes de la celebración del contrato, lo que claramente está ocurriendo con la configuración del recurso que tenemos actualmente.

g) El carácter potestativo del recurso puede provocar que en relación con un mismo procedimiento contractual se abran distintos mecanismos de impugnación. Debe tenerse en cuenta que los procedimientos de contratación pública generan normalmente relaciones multilaterales. No es infrecuente que a un mismo procedimiento concurren varios licitadores. Cuando ello es así pudiera darse el caso de que los que concurren impugnen distintos actos (ej: los pliegos, la exclusión del procedimiento de un licitador o el mismo acto de adjudicación) o incluso el mismo acto, utilizando para ello vías diferentes. Las dificultades que de esto se

---

<sup>51</sup> Cfr. NOGUERA DE LA MUELA, Belén; “La Directiva “Recursos” y sus consecuencias prácticas”. Material del Curso “Contratación administrativa con especial incidencia del Derecho europeo”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 29 y 30 de octubre de 2015.

derivarían quedarían mitigadas si se atribuye al recurso carácter obligatorio, pues aunque se impugnasen distintos actos, todos los recursos se conocerían por el mismo órgano.

Hoy, el carácter potestativo del recurso hace que frente a los actos enumerados en el artículo 40.2 del TRLCSP el recurrente pueda optar entre interponer el recurso especial ante el órgano de recursos que proceda o plantear directamente un recurso contencioso-administrativo. Si escoge esta segunda vía, los juzgados competentes para el conocimiento del asunto serán, por lo general, los de primera instancia, en tanto que si se interpone previamente el recurso ante el órgano especial de recursos y luego decide recurrir la resolución que éste dicte, el recurso habrá de interponerlo ante los TSJ (si se recurren actos de entidades autonómicas o locales), o ante la Audiencia Nacional (si se recurren actos de entidades estatales). ¿Qué ocurre si dentro de un procedimiento de contratación, un mismo acto administrativo es recurrido por unos licitadores ante el órgano de recursos competente, en tanto otros, optan por acudir directamente a la vía contenciosa?. Esto podría desembocar en un complejo “embrollo” procesal, dado que sobre un mismo asunto pueden estar conociendo simultáneamente un órgano administrativo de recursos y un Juzgado del orden contencioso; y, a su vez, si la resolución adoptada por el primero fuese recurrida finalmente en el orden contencioso, sobre ese mismo asunto estaría conociendo el Juzgado de lo contencioso y el TSJ de Comunidad Autónoma correspondiente, que, a su vez, sería el competente para conocer en apelación del recurso interpuesto ante el juzgado de lo contencioso.

El supuesto de hecho planteado en el párrafo anterior, no es una mera ficción de laboratorio, sino que ya ha ocurrido en la práctica en alguna ocasión. Para dar muestra del “barullo” procesal al que aludimos, podemos dar cuenta de uno de estos casos:

Ante un procedimiento contractual algunos licitadores decidieron recurrir ante el órgano de recursos contractuales de Castilla y León el acuerdo de adjudicación de un contrato convocado por el Ayuntamiento de Soria. Otro decidió interponer recurso contencioso contra la misma adjudicación ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Soria que estimó la alegación previa formulada por el Ayuntamiento de Soria y acuerda por Auto el archivo del procedimiento.

El Ayuntamiento había argumentado que el hecho de que otros licitadores hubiesen recurrido ante el órgano de recursos hacía que el acto no hubiese agotado la vía administrativa para el que recurría ante el contencioso. El licitador afectado recurre ante el TSJ de Castilla y León el Auto del Juzgado. Y el TSJ resuelve que: *“en modo alguno se puede sostener que (...), la resolución del Pleno del Ayuntamiento ... no sea un acto que agote la vía administrativa respecto a la entidad recurrente, por el mero hecho de que haya sido interpuesto el recurso especial por la entidad X,S.A., o por que se hubiera interpuesto cualquier recurso potestativo por cualquier otra licitadora, si la hubiera, ello no tiene ninguna consistencia jurídica, ni lógica, es evidente, que el recurso especial previsto por la Ley introduce una disfunción en orden al posible conocimiento de las resoluciones que dicte dicho organismo, pero esto no puede conllevar que se modifique la naturaleza jurídica de un acto administrativo frente a una parte que no ha introducido dicho recurso especial, pero además según esto la tesis de las partes demandadas, como de la resolución apelada, podría llevar al absurdo de considerar que en los supuestos en*

*que un mismo acto administrativo se notifica a varios interesados, la interposición de un recurso potestativo por parte de uno de ellos implicaría que el acto dejase de agotar la vía administrativa para el resto, lo que evidentemente no encuentra amparo ni en el texto de la normativa, ni en su espíritu (...) (en) el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre, se ha establecido el carácter potestativo del medio de impugnación del recurso especial por lo que al legitimado, le es posible, aun cuando dicho recurso fuera procedente, prescindir de la vía administrativa y acudir directamente a la impugnación jurisdiccional del acto de adjudicación, como se ha hecho en este caso, sin que le pueda afectar o vincular lo realizado por otro licitador". STSJ de Castilla y León (Sede Burgos), (Rec. núm. 143/2014), de 14 de noviembre de 2014. Resolución: 68/2013, de 28 de noviembre de 2013, del Tribunal de recursos Contractuales de Castilla y León.*

h) Incluso, hasta la STJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, la configuración de este recurso como potestativo podría hacer pensar que ello supondría una limitación para que los órganos de recursos, llegado el caso, pudiesen plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Afortunadamente, en la sentencia citada, se reconoce que, pese al carácter potestativo del recurso, en tanto que en la práctica la gran mayoría de interesados lo interpone antes de acudir, en su caso, al contencioso-administrativo, y que además, el porcentaje de resoluciones de estos órganos que se recurren es muy bajo, los órganos de recursos contractuales de España son órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 del TFUE y, por consiguiente, pueden plantar cuestiones prejudiciales.

En definitiva, por razones como las que hemos enumerado consideramos suficientemente justificada la conveniencia de atribuir a este recurso carácter obligatorio. Con buen juicio, a nuestro criterio, esto es lo que se propone en el Anteproyecto de LCSP cuando en relación con este extremo su artículo 44.6 establece que: *"La previa interposición del recurso especial en materia de contratación será requisito imprescindible para interponer el recurso contencioso administrativo"*<sup>52</sup>.

## **2. Carácter revisor con un alcance particular**

El recurso especial en materia de contratación tiene, al igual que los recursos administrativos considerados ordinarios, carácter revisor en la medida en que a través del procedimiento se analiza la legalidad de las actuaciones llevadas a cabo por los órganos de contratación. Pero tal carácter no tiene en este recurso un alcance equivalente al que presenta en los recursos ordinarios de alzada y potestativo de reposición, en los que la estimación del recurso puede llevar aparejada la sustitución del acto recurrido por uno nuevo que contenga una declaración de voluntad nueva sobre el fondo del asunto<sup>53</sup>. En el recurso de alzada esto se entiende por cuanto la relación de jerarquía que existe entre el órgano que dicta el acto originario y el órgano que resuelve el recurso conlleva la atracción de la competencia para decidir sobre el fondo a favor

---

<sup>52</sup> Si bien esta opción no es por la que parecen apostar desde todas las instancias. Así, el Consejo Económico y Social en su Dictamen 8/2015, de 25 de Junio de 2015 Sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público, se manifiesta contrario a esta concepción entendiendo que debería mantenerse el carácter potestativo del recurso especial tal y como contempla la normativa actual, si bien no expresa las razones de fondo que le llevan mantener tal conclusión.

<sup>53</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR; Juan Alfonso; *Los recursos (...) opus cit.*, pp. 65 y ss.



del órgano superior. En el recurso potestativo de reposición, es claro que el mismo órgano que dictó el acto que luego se recurre ante él puede estimar las pretensiones del recurrente y dictar un acto que desplace al recurrido.

En cambio, en el recurso especial en materia de contratación el carácter revisor no implica de ordinario tan amplias facultades. El órgano de recursos revisa las decisiones que adoptan órganos de contratación, pero no ocupa respecto de los mismos una posición de jerarquía.

De ello se deriva que la resolución que dicta el órgano de recursos ha de limitarse a realizar un mero examen de la legalidad del acto que se recurra. A partir de mismo, de ser el caso, declarará su anulación y la retroacción de las actuaciones al momento pertinente del procedimiento. Pero habrá de ser el órgano de contratación el que, respetando la resolución del órgano de recursos, vuelva a dictar lo que proceda. En suma, la labor de los órganos de recursos es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales. Les corresponde únicamente verificar si la tramitación del procedimiento de contratación se ajustó o no a Derecho, pero no pueden sustituir a los órganos de contratación competentes adoptando una decisión respecto del expediente en relación con el que se plantee un recurso, so pena de incurrir en incompetencia material, sancionada con nulidad radical.

Por tanto, el ámbito del recurso ha de limitarse al examen y enjuiciamiento de la conformidad o no a Derecho del acto impugnado debiendo desecharse cualesquiera pretensiones que formulen los recurrentes en el suplico de sus recursos que vayan más allá de estos límites, que, en ningún caso, pueden ser atendidas.

Son múltiples las resoluciones dictadas por estos órganos que recuerdan los contornos de este carácter revisor no absoluto<sup>54</sup>.

Este carácter revisor del recurso no está reñido con las amplias facultades decisorias que vimos tienen reconocidos los órganos de recursos.

### **3. Inatacabilidad de las resoluciones de los órganos de recursos en vía administrativa: una forma de defender la independencia funcional**

El recurso especial en materia de contratación tiene carácter exclusivo. Con este calificativo se quiere aludir a que contra las resoluciones que dicten estos órganos no cabrá ningún control en vía administrativa. Luego aludiremos en particular a la fundamental nota de independencia como uno de los rasgos principales en los que descansa el funcionamiento del sistema. Precisamente una de las fórmulas legales a través de las que preservar esta independencia

---

<sup>54</sup> *Cfr.*, entre otras, Resoluciones del TACRC 334/2011, de 27 de diciembre; 783/2014, de 24 de octubre de 2014; 68/2015, de 19 de enero de 2015; 162/2015, de 13 de febrero; 281/2015, de 29 de marzo o 897/2015, de 5 de octubre de 2015. Resoluciones del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público 7/2014, de 13 de febrero; 28/2014, de 11 de marzo; 30/2014, de 8 de abril; 35/2014, de 7 de abril; 172/2013, de 16 de diciembre; 55/2015, de 25 de marzo; 62/2015, de 13 de marzo; 67/2015, de 13 de abril; 82/2015, de 29 de abril; 88/2015, de 30 de abril; 93/2015, de 11 de mayo; 122/2015, de 2 de julio; 123/2015, de 2 de julio o 150/2015, de 31 de agosto. Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos públicos de Navarra (TACPNA) 17/2014, de 3 de abril; 6/2013, de 16 de mayo o 4/2013, de 16 de mayo; Resolución 197/2014, de 20 de noviembre del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid o resolución 131/2013, de 28 de octubre del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

consiste en poner solo en manos del Poder Judicial (del orden contencioso-administrativo) cualquier clase de fiscalización que pueda hacerse de su actividad funcional.

Únicamente en el ámbito autonómico podría establecerse una excepción que afectase al carácter exclusivo del recurso, y ello por cuanto el legislador estatal en el artículo 41.3, 2º párrafo del TRLCSP deja abierta la posibilidad a que dentro del ámbito de autonomía competencial de las CCAA éstas puedan prever la interposición de un recurso administrativo previo al recurso especial. Esta posibilidad busca respetar el margen de decisión propio de los territorios autonómicos pero no ha sido utilizada hasta la fecha.

El carácter exclusivo del recurso se desprende del artículo 49 del TRLCSP que al referirse a los efectos de las resoluciones que dicten los órganos alude a que contra las mismas “*sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo (...)*”, y “*no procederá la revisión de oficio*”, -ni la regulada en el artículo 34 del TRLCSP, ni la común de la Ley 30/1992 o de la LPAC/2015-.

En relación con el alcance de la exclusividad, no obstante, es interesante dar cuenta de la evolución que ha experimentado su interpretación en algunos órganos de recurso. Así es, hasta 2014 algunos tribunales como el Central, el madrileño o el de Aragón entendían que el carácter exclusivo del recurso se reconducía a la imposibilidad de interponer contra sus resoluciones recursos administrativos ordinarios, pero que no alcanzaba a la interposición de recursos extraordinarios de revisión si se daban los presupuestos enumerados para ello en el artículo 118.1 de la Ley 30/1992 (artículo 125.1 de la LPAC/2015)<sup>55</sup>.

Tal conclusión se fundamentaba en la falta de regulación expresa por la legislación contractual del citado recurso extraordinario de revisión. De lo anterior se seguiría la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992 (LPAC/2015), que en su artículo 118 (artículo 125) regula el recurso extraordinario de revisión como el procedente contra las resoluciones administrativas firmes cuando concurre alguno de los supuestos excepcionales enumerados en dicho precepto.

Esta interpretación no era unánime<sup>56</sup>, y con el tiempo se ha superado. Se ha llegado a la común conclusión de que la aplicación supletoria de una norma –en este caso de la Ley 30/1992 (LPAC/2015)- en un ámbito especial -como el de la contratación- presupone siempre la existencia de una “laguna” legal o vacío normativo en la legislación especial, y ocurre que tal presupuesto no se cumple en el sector que nos ocupa. En efecto, en este ámbito el artículo 49.1 del TRLCSP sí que dispone claramente que contra las resoluciones dictadas en los procedimientos del recurso especial en materia de contratación SOLO cabe el recurso contencioso administrativo, lo que excluiría la posibilidad de interposición de cualquier otro recurso administrativo sea del tipo que sea, ordinario o extraordinario.

Se aboga por defender el sentido propio o literal del adverbio “solo” que significa “únicamente”

---

<sup>55</sup> Es posible encontrar distintas resoluciones en las que estos órganos entienden que sí cabía interponer contra ellas recurso extraordinario de revisión. Cfr. en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales la resoluciones 150/2011 de a 25 de mayo; 56/2012, de 22 de febrero de 2012; 490/2013, de 6 de noviembre o en el Tribunal Administrativo de Contratos públicos de Aragón el acuerdo 16/2012, de 17 de mayo.

<sup>56</sup> Por ejemplo, el actual Tribunal Catalán de Contratos del Sector público, se apartaba de ella.

o “solamente”, de acuerdo con la RAE. De ahí se sigue que el empleo por el legislador de un término tan unívoco en el artículo 49 del TRLCSP demuestra su voluntad de limitar la posibilidad de impugnación de las resoluciones de los órganos de recursos contractuales a la vía contencioso administrativa, descartando cualquier otra posibilidad de recurso. Este adverbio, con su contundencia, convierte en innecesarias referencias que excluyan tipos de recursos concretos. Sí tiene sentido, por el contrario, que el apartado segundo del artículo 49.1 del TRLCSP aclare que tampoco cabe que las decisiones de estos órganos se revisen de oficio, porque estas revisiones no constituyen propiamente recursos administrativos.

A mayor abundamiento, la interpretación actual de los órganos de recurso es coherente con el extraordinario cuidado que ponen por respetar el efecto útil de las Directivas de Recursos. En este aspecto, sus antecedentes históricos y legislativos así como su versión actual pugnan porque los Estados miembros creen un recurso especial que sea “rápido y eficaz”. Este objetivo se vería malogrado si se admitiera la posibilidad de revisar las decisiones de estos órganos a través de la interposición de otros recursos administrativos. A su juicio, este inconveniente se agudiza, si cabe más, en relación con el recurso extraordinario de revisión, a la vista de los plazos previstos para el mismo en la legislación vigente (cuatro años en el caso de error de hecho y tres meses desde la aparición de los documentos o firmeza de la sentencia en los restantes supuestos). Consideran que de admitirse que contra sus resoluciones quepa, llegado el caso, la interposición de un recurso extraordinario de revisión se estaría pervirtiendo la razón de ser del recurso especial, pues devendría imposible la resolución “rápida y eficaz”, su única razón de ser. Además, se estaría favoreciendo la creación de una situación de inseguridad jurídica prolongada en el tiempo que resulta incompatible con la necesaria fluidez que ha de darse en la contratación pública. En suma, también la satisfacción del “espíritu y finalidad” de las Directivas de Recursos abonaría la interpretación según la cual debe excluirse que quepa admitir algún tipo de recurso administrativo contra las resoluciones de estos órganos de recurso.

Este bagaje interpretativo cuajó por vez primera en la Resolución 205/2014, de 7 de marzo del TACRC y es hoy generalmente admitida por estos órganos<sup>57</sup>.

Pese a todo, y sin negar que con carácter general la explicación pueda ser adecuada, al menos en relación con algún supuesto, se hace difícil aceptar que no quepa revisar a través del recurso extraordinario de revisión la decisión de un tribunal administrativo. Así, por ejemplo, cuando ésta *“se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme”*.

---

<sup>57</sup> Cfr. Resolución 352/2014, de 30 de abril de 2014, del TACRC o del Tribunal Administrativo de Contratos públicos de Aragón el Acuerdo 50/2015, de 20 de abril de 2015.

## **VI.- PIEDRAS ANGULARES DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: LA ESPECIALIZACIÓN O PROFESIONALIZACIÓN, LA INDEPENDENCIA Y EL LIDERAZGO**

### **1. La especialización y la profesionalización como estrategia para fortalecer la calidad institucional de la Administración**

Las notas principales en las que se hace descansar el sistema de recursos especiales en materia de contratación desde la reforma integral que del mismo se hizo a través de la Ley 34/2010 son: la especialización y la independencia.

Al inicio de estas páginas aludíamos al derecho a una buena administración. Pues bien, la procura de una “buena administración” guarda también una directa relación con la adecuada preparación de quienes ocupan los distintos puestos en el poder público, singularmente, de quienes ejercen labores de dirección y toma de decisiones en los distintos órganos y organismos públicos.

En el sistema de recursos que nos ocupa, la especialización se puede predicar tanto del órgano como de sus miembros. Por lo que al órgano se refiere implicaría que los que integran el sistema conocen exclusivamente de los recursos interpuestos en materia de contratación pública, y en cuanto a los miembros que los componen, supondría que han de contar con una experiencia de amplia trayectoria en el estudio y práctica de las cuestiones relacionadas con el Derecho de los contratos públicos. Y esto es, en esencia, así, aunque dependiendo de los órganos de recursos se cumple de una manera desigual. Veamos.

En el Estado el TACRC está compuesto por un Presidente y un mínimo de dos Vocales. Pueden ser designados Vocales los funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado que, además, hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública. Por su parte, el Presidente del Tribunal debe ser funcionario de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado en Derecho y haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública. En ambos casos, si el Presidente o los Vocales son designados entre funcionarios de carrera incluidos en el ámbito de aplicación de la LBEP, deberán pertenecer a cuerpos o escalas clasificados en el Subgrupo A1 del artículo 76 de dicha Ley. La diferencia entre la designación del Presidente y la de los vocales es que la norma obliga a que el Presidente sea licenciado o graduado en Derecho, aspecto que no se exige expresamente para los vocales. Aunque para entender muchos aspectos de la contratación pública resulta altamente interesante contar con conocimientos ajenos a los jurídicos -como, significativamente, los económicos-, lo cierto es que para integrar un órgano de recursos de la naturaleza del que tratamos, en el que se dilucidan cuestiones netamente jurídicas -pues de lo que se trata es de verificar que se ha cumplido adecuadamente la normativa de este sector, esto es, realizar un control de legalidad-, lo más apropiado hubiese sido exigir que todos los miembros del órgano contasen con preparación jurídica. Coincido con el profesor

SANTAMARÍA<sup>58</sup>, en considerar que no exigir este perfil jurídico puede ser disfuncional, pues difícilmente podrá elaborar resoluciones fundadas en Derecho y sobre cuestiones tan complejas como las que conocen estos órganos quienes carezcan de profundos conocimientos jurídicos.

La redacción del precepto hace que pueda pensarse que los quince años de experiencia podrían serlo en ámbitos ajenos al Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación, pues se utiliza el adverbio “*preferentemente*” a la hora de incluir esa referencia. Lo cual es un error, pues como se verá a continuación, la especialización de los miembros de estos órganos es uno de los puntos fuertes del sistema ideado y resulta capital para que su funcionamiento sea el más exitoso posible.

Por lo que se refiere a la normativa de las CCAA, aún no siendo plenamente coincidente, suele exigir que tanto Presidentes como Vocales sean licenciados o graduados –incluso alguna norma habla de doctorados<sup>59</sup>– en Derecho y cuenten con una experiencia profesional de un número variable de años que oscila entre los cinco y los quince dependiendo de los casos. A partir de ahí, las fórmulas para aludir al conocimiento de la materia sobre la que versarán los recursos que habrán de resolverse son diversas, aunque orientadas en la misma dirección. Por ejemplo, se indica que la experiencia ha de ser “*preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado con la contratación pública*” (Andalucía); “*en la rama de Derecho Administrativo relacionada directamente con la contratación pública*” (Aragón); o que se ha de contar con “*cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento en materia de contratación administrativa y en especial, de la normativa contractual comunitaria*” (Canarias); que se valorará “*su experiencia profesional en el ámbito de la contratación pública*” (Galicia); o que han de “*tener especial preparación en materia de contratación pública*” (Comunidad Foral de Navarra).

Requisitos como los indicados no se exigen en el caso de las Comunidades Autónomas de Extremadura y Castilla y León que han optado porque su órgano de recursos coincida con una parte de la actividad que desarrollan sus Consejos Consultivos. En estos casos, Presidente y Vocales del órgano de recursos se corresponden automáticamente con quienes ejercen como Presidente y Consejeros<sup>60</sup> en las citadas instituciones. Es cierto que los Consejos Consultivos –al igual que el Consejo de Estado– tienen atribuidas ciertas competencias relacionadas con la contratación pública, tal como se desprende de distintos preceptos del TRLCSP –artículos 114, 211, 213, 249, D.F.3<sup>a</sup> o D.F.4<sup>a</sup>–, y así han de informar normas sobre la materia, pliegos de cláusulas administrativas generales, el ejercicio de las prerrogativas de la Administración en este ámbito (ej.: modificaciones contractuales) o emitir dictamen en caso de que la Administración opte por la resolución de un contrato, etc. Ahora bien, considerando el tipo de problemas a los que habrán de dar respuesta al resolver los recursos que se formulen, que los miembros del órgano cuenten con experiencia previa en relación con la contratación pública –de la que pueden carecer el Presidente o los Consejeros de los Consejos Consultivos cuando entran a formar parte del órgano– sería lo más conveniente. Si lo que se buscaba en estas CCAA era contar con un

---

<sup>58</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR; Juan Alfonso; *Los recursos (...) opus cit.*, p. 57.

<sup>59</sup> Así se recoge en la normativa del País Vasco.

<sup>60</sup> En el caso de Castilla y León solo son Vocales de órgano de recursos los Consejeros electos, en el caso de Extremadura no se especifica literalmente esta circunstancia.

órgano de recursos propio pero sin crear nuevas estructuras ni incurrir en nuevos costes<sup>61</sup>, hubiese sido más coherente para garantizar que quienes resuelven los recursos cuentan ya cuando asumen tal responsabilidad con una experiencia “a pie de tierra” en materia de contratación, haber atribuido las funciones de órgano de recursos a sus respectivas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, en las que algunos de sus miembros -especialmente los que forman parte de sus Comisiones Permanentes- sí la tienen. El ahorro que se ha podido lograr puede ser a costa de ahorrar también en especialización, profesionalización e independencia.

Volviendo al supuesto anterior de creación de nuevos órganos, no entraremos en este momento a valorar qué número de años de experiencia sería adecuado exigir para garantizar que quienes los integran cuentan con la suficiente para atender con rigurosidad y acierto las funciones que van a desempeñar. En lo que sí conviene insistir es en que un conocimiento intenso sobre contratación pública resulta fundamental para resolver con solvencia y rapidez (como exige el Derecho europeo) los recursos que en la materia pueden presentarse.

En este sentido, aludiremos en el apartado siguiente al hablar de la independencia, como ésta puede verse intensificada si el nombramiento de los miembros de estos órganos se hace previa convocatoria de un procedimiento concurrencial (un concurso de méritos) resuelto, sobre la base de los méritos alegados por los aspirantes, por una comisión nombrada al efecto que aplique un baremo previamente definido. Insistimos en ello por cuanto sería una forma objetiva de contrastar la experiencia. Y es que la especialización no ha de presuponerse sino que debiera quedar acreditada y contrastada.

Es lógico exigir un grado elevado de experiencia, de especialización, para ocupar los puestos del órgano encargado de controlar en “primera instancia” -con la importancia que el control tiene a este nivel- la aplicación de la normativa sobre contratación. Y ello por cuanto uno de los ámbitos de actuación administrativa en los que la complejidad y la sofisticación ha ido aumentando de forma significativa con el paso del tiempo es, sin duda alguna, el de las compras públicas. Es una materia caracterizada por un enorme y creciente dinamismo que se ha convertido en una parte del Derecho administrativo -como hay otras- con un elevado componente técnico.

En efecto, estamos ante un sector en el que estar al día de las novedades normativas requiere de gran atención y es uno de los ejemplos que mejor sirven para explicar la idea de “legislación motorizada”. Pero además, conocer a fondo los vericuetos de esta regulación y, sobre todo, saber aplicarla, o si se está aplicando con la destreza y habilidad debida, o cómo ha de interpretarse, no se logra si no se cuenta con una intensa familiarización con el sector y una

---

<sup>61</sup> En Castilla y León el artículo 63 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas tributarias, administrativas y financieras alude a la dotación de medios del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, diciendo que la hará el Consejo consultivo con cargo al presupuesto de que disponga, lo que hace pensar que esta atribución no lleva asociado un incremento de fondos directamente vinculado a la actuación del Tribunal. Más clara es la Disposición Final 2ª de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, -que es la que crea el “*Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura*”-, cuando en el párrafo segundo de su apartado 2 indica expresamente que el Presidente, Consejeros y Secretario General del Consejo Consultivo que formen parte del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura no percibirán retribución adicional alguna como consecuencia de su pertenencia a este órgano.

considerable experiencia práctica. Así, conocer el régimen de revisión de precios de los contratos, notablemente afectado por la aprobación de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española; saber si los criterios de adjudicación de un contrato definidos en el pliego son objetivos, si se han incluido juicios de valor improcedentes o si puede afectar a la adecuada ponderación de las ofertas el empleo de según qué tipo de fórmulas matemáticas en los mismos; conocer a fondo qué es el “coste de ciclo de vida” de un contrato; saber cómo se pueden fijar fórmulas para identificar ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas cuando se adjudica el contrato utilizando varios criterios; qué es una oferta anormalmente baja con viabilidad no acreditada; saber si la “experiencia” se está exigiendo auténticamente como criterio de solvencia profesional; cuando una “división en lotes” puede hacerse; cuándo la reserva de contratos no implica vulneración del principio de concurrencia; cuándo un convenio encierra en realidad un contrato, etc., son algunos ejemplos de entre los muchos que podrían proponerse para hacer ver que no es sencillo dominar con soltura estas cuestiones si no es a través de la adquisición de una experiencia que no se consigue de un día para otro.

Desde hace tiempo se viene demandando cada vez con mayor insistencia la necesidad de avanzar en una auténtica profesionalización de la contratación pública, en razón de su mencionada complejidad<sup>62</sup>. Especialización que, obviamente, comprende a los operadores que han de aplicar las normas de esta sub-rama del Derecho público, pero también a quienes estén encargados del control de su cumplimiento. En realidad, la necesidad de profesionalización debe predicarse de cualquiera que actúe en este campo, señaladamente, por lo que a este trabajo importa, de todos cuantos participan en el control de las decisiones adoptadas en aplicación de la normativa de contratos públicos. Una buena gobernanza en materia contractual, entendida como garantía del “derecho a una buena administración”, demanda la profesionalización con el alcance amplio al que nos estamos refiriendo, abarcando no solo los aspectos relativos a la gestión, sino también los relacionados con su control.

La competitividad, la eficacia, y la eficiencia en cualquier organización dependen en gran medida de la profesionalización de las personas que la dirigen. En este caso, la experiencia acumulada permite afirmar, en mi opinión, que hasta ahora buena parte del éxito que se considera están teniendo los órganos de recursos contractuales, radica precisamente en que están mayoritariamente compuestos por consumados especialistas en contratación pública. Aunque la especialización es desigual, el nivel general es elevado. En esta nota descansa la calidad de sus resoluciones y en su calidad la *auctoritas* que muchos de estos órganos se están ganando a pulso<sup>63</sup>. La especialización hace que estos órganos actúen con un mayor conocimiento técnico

---

<sup>62</sup> Este objetivo se recoge en la Declaración de Cracovia, que contiene las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior celebrado en dicha ciudad los días 3 y 4 de octubre de 2011, y que entre las medidas para mejorar el funcionamiento de la legislación comunitaria sobre contratación pública, propone ahondar en la profesionalización del sector a través de una mejor formación. Sobre el alcance de la profesionalización en esta materia, *cfr.* SANMARTÍN MORA, María Asunción; “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, *Observatorio de contratos públicos 2011*, (Dir.: José María Gimeno Feliú. Coord.: Miguel Ángel Bernal Blay), Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 407-429.

<sup>63</sup> Un análisis pormenorizado de la principal doctrina que han ido tejiendo los órganos y tribunales de recursos en materia de contratación se encuentra en el trabajo del Profesor GIMENO FELIÚ, José María; “Los Tribunales Administrativos Especiales de Contratación Pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un

pero también contribuye a que lo hagan con un mayor grado de objetividad. Por ello, las resoluciones de estos recursos, sean estimatorias o desestimatorias, parecen ser más convincentes para los recurrentes, que demuestran tener una mayor confianza en este sistema. Esto hace, por ejemplo, como ya se ha mencionado, que las resoluciones que dictan no sean habitualmente impugnadas en la vía judicial, lo que, a su vez, contribuye a la descongestión de los tribunales y la rápida satisfacción de los interesados<sup>64</sup>. Además, naturalmente, la alta especialización de los órganos y de los miembros que los nutren también repercute en el tiempo medio de resolución de los recursos.

Por otra parte, tampoco debe pasarse por alto que la profesionalización o, más ampliamente, la especialización es uno de los factores clave para promover la integridad. De ahí que deban plantearse estrategias públicas que apuesten cada vez más por una mayor cualificación de los “gestores” públicos. La profesionalización deja también su impronta en un actuar independiente y en la interiorización de valores adecuados en las conductas de los empleados públicos, tan fundamental para garantizar la calidad en el funcionamiento de los sistemas públicos<sup>65</sup> en la que descansa la buena administración.

Todavía conviene poner de relieve un aspecto más de la especialización. Se trata del hecho de que los órganos administrativos de recursos contractuales suelen estar plenamente al día de la doctrina que va sentando el TJUE en materia de contratos y, en particular, han tenido que basar la resolución de distintos asuntos en las sentencias en las que del Tribunal europeo se pronuncia sobre cómo se debe garantizar el efecto útil tanto de las Directivas sustantivas en materia de contratos como de la propia Directiva de Recursos. En este sentido, ya existe algún supuesto que pone en evidencia que la elevada especialización en relación con la contratación del sector público con la que actúan los órganos de recursos les ha permitido resolver estos recursos más en consonancia con la jurisprudencia del TJUE en la materia que a los órganos jurisdiccionales<sup>66</sup>. Un ejemplo nos ilustrará:

Desde hace tiempo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo<sup>67</sup> mantiene que los Pliegos constituyen la “ley del contrato” y, por ende, su contenido vincula a todas las partes, -licitadores y Administración-. De tal forma que, si no se impugnan con motivo de su aprobación y

---

control efectivo de los contratos públicos?“, en *La contratación pública a debate: presente y futuro* (Dir.: Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández), Thomsom Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014; pp. 25-138. Más recientemente, en GIMENO FELIÚ, José María; *Observatorio de Contratación Pública. Informe especial*. (...) *opus cit.* en especial pp. 39 a 135.

<sup>64</sup> Cfr. RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel; “La necesaria reforma del régimen de recursos administrativos: los modelos del recurso extraordinario de revisión y del recurso especial en materia de contratación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 159, 2013, p. 346.

<sup>65</sup> Cfr. LONGO, Francisco; ALBAREDA, Adriá; *Administración pública con valores. Instrumentos para una gobernanza ética*, INAP, Madrid, 2015.

<sup>66</sup> Un detallado y completo examen acerca de la relevancia de la jurisprudencia del TJUE en la interpretación del Derecho europeo de la contratación pública lo ha realizado recientemente el Profesor GIMENO FELIÚ, José María; “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 172, 2015, pp. 81-122. En particular en las pp. 118 a 122 se refiere a los pronunciamientos del TJUE en los que se ha manifestado acerca del “efecto útil” del sistema de recursos contractuales.

<sup>67</sup> Cfr. STS 4517/2004, de 28 de junio, (rec. núm. 7106/00), STS 4591/2006, de 11 de julio, (Rec. núm. 410/2004), STS 2307/2007, de 21 de marzo, (Rec. núm. 6098/2000) o STS 8957/2007, de 26 de diciembre, (Rec. núm. 634/2002).



publicación, devienen firmes y consentidos, y, por tanto, inatacables en aplicación del carácter preclusivo y de caducidad de los plazos para recurrir, según la teoría general del Derecho administrativo. A mayor abundamiento, la participación del recurrente en la licitación mediante la presentación de su proposición u oferta, determina la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (artículo 145.1 del TRLCSP), cláusulas o condiciones que no pueden, por consiguiente, ser posteriormente discutidas sin que se viole el principio que impide volver contra los propios actos. La única excepción que se concede a tal conclusión se admitiría en el caso de que pudiese acreditarse que en el pliego concurre una causa de nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta, en cuyo caso si se recurriesen, sí cabría entrar a conocer el fondo del asunto por cuanto los vicios de nulidad son vicios de orden público.

Esta doctrina, en su esencia básica y con cita de su origen en la interpretación que hace el TS, es la que también han asumido los órganos de recursos contractuales<sup>68</sup>. Ahora bien, conocido es el denuedo que de forma constante demuestran las instituciones comunitarias por garantizar el cumplimiento de sus normas en materia de contratos públicos y, para ello, porque los mecanismos de tutela que prevean los Estados miembros sean verdaderamente eficaces. En este sentido, el TJUE ha dejado sentado que el artículo 2 quarter de la Directiva 89/665 no se opone a que los Estados miembros en sus leyes procesales establezcan que los recursos contra una decisión de la entidad adjudicadora se formulen dentro de un plazo fijado a tal efecto y que cualquier irregularidad del procedimiento de adjudicación que se alegue en apoyo de dicho recurso debe invocarse dentro del mismo plazo, so pena de caducidad, de forma que una vez transcurrido éste ya no es posible impugnar tal decisión o invocar dicha irregularidad, siempre que el plazo en cuestión sea razonable. Pero acto seguido el Tribunal de Justicia introduce un matiz de calado: que los plazos de caducidad de los recursos, así como sus condiciones de aplicación, no deben, por su naturaleza, imposibilitar ni dificultar excesivamente en la práctica el ejercicio de los derechos que el Derecho comunitario confiere, en su caso, al interesado. En suma, el establecimiento de dichos plazos no debe privar de efecto útil a la Directiva 89/665, que lo que pretende es garantizar que las decisiones ilícitas adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.

Aunque hay otros pronunciamientos, meridiano al respecto ha sido el TJUE en su reciente Sentencia *eVigilo* de 12 de marzo de 2015. La Sentencia da respuesta a varias cuestiones prejudiciales planteadas por el *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas* (Tribunal Supremo de Lituania) en relación con los criterios de evaluación de las ofertas en una licitación convocada por el Ministerio del Interior de ese país. El recurso nacional descansa en la impugnación presentada por una entidad, *eVigilo*, cuestionando la legalidad del procedimiento de adjudicación de un contrato por la falta de claridad de las condiciones de la licitación recogidas en el pliego. Lo relevante es que *eVigilo* interpone el recurso tras haber presentado su proposición y una vez finalizado el plazo previsto por la legislación nacional para impugnar el pliego de condiciones de la licitación. *E-Vigilo* argumentaba que había tenido conocimiento efectivo del contenido de los criterios sobre la oferta económicamente más ventajosa, formulados con arreglo a

---

<sup>68</sup> Cfr. el Acuerdo 48/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de 2 de noviembre de 2012 o más recientemente la Resolución TACRC 255/2015, de 23 de marzo.

parámetros cualitativos y abstractos en los pliegos, solo cuando el poder adjudicador evaluó, con arreglo a tales criterios, las ofertas presentadas por los licitadores y facilitó a las partes interesadas información exhaustiva sobre los motivos de las decisiones adoptadas. Solo entonces considera *e-Vigilo* que estaba en condiciones de presentar una oferta. De ahí, que el Tribunal nacional pregunte al TJUE si pese a no haberse impugnado los pliegos y pese a haber presentado una oferta, los plazos para interponer el recurso que trae causa de la trasposición de la Directiva 89/665, se computan a partir del momento en que el licitador está efectivamente en disposición de presentar su oferta. El Tribunal de Justicia recuerda que los criterios de adjudicación de los contratos deben figurar en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones de modo que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan conocerlos e interpretarlos de la misma forma. Las condiciones del procedimiento de licitación deben estar formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en los pliegos de cláusulas administrativas o de condiciones. Por ello, si un licitador razonablemente informado y normalmente diligente no ha estado en condiciones de presentar una oferta hasta que el poder adjudicador evaluó, con arreglo a los criterios de los pliegos, las ofertas presentadas por los licitadores y facilitó a las partes interesadas información exhaustiva sobre los motivos de las decisiones adoptadas, sí podrá interponer recurso contra la adjudicación del contrato apelando a la irregularidad de los pliegos.

La doctrina sentada por el TJUE obliga, siempre que se den las condiciones expuestas, a reabrir el plazo para recurrir los pliegos de condiciones y demás documentos contractuales, y a admitir, con ocasión del recurso contra el acto de adjudicación, las pretensiones de anulación de los mismos aun cuando no hubiesen sido impugnados en tiempo y forma. Y ello aunque el recurrente haya presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente. Los planteamientos del TJUE, pues, obligan a flexibilizar el carácter preclusivo de los plazos para recurrir los pliegos y demás documentos contractuales.

A la vista de lo expuesto, la doctrina ya ha empezado a cuestionarse si coherente bien con el principio de efectividad o de efecto útil de las Directivas de Recursos la rigidez con la que la jurisprudencia española aplica la teoría del acto consentido, así como la estricta interpretación que se hace del artículo 145.1 del TRLCSP, en el sentido de entender que, salvo que concurra algún supuesto excepcional de nulidad de pleno derecho, no se pueden recurrir los pliegos y demás documentos contractuales una vez transcurrido el plazo para hacerlo y, en todo caso, no tras la presentación de una oferta o proposición<sup>69</sup>.

En estos momentos los órganos de recurso ya están teniendo en cuenta esta jurisprudencia del TJUE al resolver los asuntos de que conocen<sup>70</sup>, no así los órganos jurisdiccionales que siguen sosteniendo como un mantra que la no impugnación de los pliegos en su momento veda cualquier posibilidad de recurso posterior sobre el particular. Incluso han anulado –a nuestro

---

<sup>69</sup> Cfr. BLANCO LÓPEZ, Francisco; “Recurso especial en materia de contratación. Extemporaneidad”, en *Anuario Aragonés del Gobierno Local* núm. 5 (2013), 2014, p. 516; FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; “El efecto útil de las Directivas de recursos y de contratos como límite a la caducidad del recurso contra los actos de la licitación: a propósito de la Doctrina *eVigilo*”, *OBCP*, 8 de junio de 2015, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.198/reCategoria.208/reMenu.3/chk.1bf39d2e5bcde05ec0c8531aeef39a0a>.

<sup>70</sup> Muy interesante al respecto es el reciente Acuerdo 94/2015, de 26 de octubre de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

entender de forma cuestionable- algún pronunciamiento de un órgano de recursos aludiendo, sin mayores consideraciones, a que los pliegos no habían sido impugnados en tiempo y forma, sin hacer referencia alguna a este matiz que introduce la jurisprudencia del TJUE<sup>71</sup>.

## **2. Notas esenciales de la independencia funcional. Un ejemplo ilustrativo: la anulación del contrato para la gestión del servicio de abastecimiento de aguas en alta Ter-Llobregat**

Corresponde ahora analizar el segundo de los atributos básicos del actual sistema de recursos en materia de contratación: la independencia, que, como indicamos, se predica tanto de los órganos de recursos como de los miembros que los integran.

Seguramente la censura más feroz que se había hecho a la configuración del recurso especial en materia de contratación pública previsto en la versión original de la Ley 30/2007 radicaba en la falta de independencia que podía achacársele. Esta conclusión se sustentaba, como vimos, en que la competencia para la resolución del recurso, cuando se trataba de contratos celebrados por una Administración Pública, se residenciaba en el propio órgano de contratación que había dictado el acto objeto del mismo, o en el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que estaba adscrita la entidad contratante o al que correspondía su tutela, cuando lo celebraba un ente que no tenía tal naturaleza. Tal solución ponía en tela de juicio la eficacia real del mecanismo, pues hacía peligrar o, cuando menos, hacía cuestionar la imparcialidad suficiente que es necesaria para resolverlo.

La fórmula ideada para corregir este importante dislate consistió en imprimir un cambio de rumbo radical al sistema a través de la creación de un nuevo órgano administrativo independiente al que se atribuye la resolución de los recursos especiales en materia de contratación pública: el TACRC, y de posibilitar la existencia de órganos semejantes en el nivel autonómico, local y en relación con otros poderes del Estado.

Está claro que cuando se habla de la independencia de estos órganos administrativos se habla de independencia no en sentido absoluto o integral, sino que necesariamente ha de quedar circunscrita a una independencia funcional de la labor que desarrollan. Como es lógico, todos los órganos están “adscritos” a una Administración de la que dependen material y presupuestariamente. Pero tal adscripción, que deriva de su condición de órgano administrativo, no puede enturbiar o poner en entredicho la neutralidad con la que han de desempeñar las competencias que se les atribuyen.

Por lo que se refiere a la independencia de los miembros del órgano de recursos, esta se refiere esencialmente a que no reciben presiones o injerencias por parte de nadie en el desempeño de las actividades que asumen. A tal efecto, algunas normas autonómicas contienen referencias que vienen a completar esta la básica de independencia con indicaciones acerca de lo que la misma entraña. No es infrecuente que aludan a que los órganos cumplirán con su cometido con objetividad e imparcialidad sin sometimiento a vínculo jerárquico alguno o a instrucciones de ninguna clase.

---

<sup>71</sup> Así, la resolución nº 67/2014, de 10 de abril de 2014 del Tribunal administrativo de contratación pública de la Comunidad de Madrid ha sido anulada por la Sentencia del TSJ de Madrid de 14 de mayo de 2015 (rec. núm. 301/2014).

Pero la independencia no ha de resultar un mero atributo predicable cual cláusula de estilo formal, sino que debe estar preservada legalmente de la forma más amplia posible. En este sentido, en el ámbito concreto que analizamos, tanto el TRLCSP, para el caso del órgano de recursos estatal, como las normas autonómicas de creación de los órganos equivalentes, contienen previsiones concretas a fin de salvaguardarla.

En primer lugar, una referencia expresa a que los miembros de estos órganos, una vez nombrados, serán inamovibles durante el tiempo que dure su mandato, salvo que concurra alguna de las causas tasadas de remoción que también especifican. En la legislación estatal las causas de remoción previstas son las siguientes<sup>72</sup>: a) expiración de su mandato, b) renuncia al cargo aceptada por el Gobierno; c) pérdida de la nacionalidad española; d) incumplimiento grave de las obligaciones; e) condena a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito; f) incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función. Es obvio que algunos de los supuestos que se mencionan no encierran supuestos de remoción del cargo, singularmente las dos primeras, pero lo verdaderamente trascendente en orden a velar por una auténtica independencia es la aplicación que pueda hacerse de otras de las causas que se enumeran. Una excesiva generosidad, por ejemplo, a la hora de concretar qué entraña un “incumplimiento grave de las obligaciones”, puede echar por tierra una independencia en condiciones<sup>73</sup>.

Solo cuando durante su mandato los miembros del órgano administrativo no puedan ser destituidos más que a petición propia y que su cese o remoción no pueda sino acordarse en virtud de las causas legalmente previstas y previa la tramitación de un procedimiento dotado de las cautelas adecuadas, puede hablarse de independencia. En estos casos se estarán dando, en fin, las prerrogativas y garantías que presiden el ejercicio de la función jurisdiccional que debe servir de espejo en relación con este aspecto<sup>74</sup>.

De otra parte, el plazo de duración previsto para el desempeño del cargo. Como explica el Profesor SANTAMARÍA<sup>75</sup>, cabe reconocer que el nivel de independencia de un órgano se intensifica cuanto más largo es el tiempo de duración del mandato de sus miembros. Pues bien, el plazo de duración del mandato para el caso de los miembros del TACRC se fija en seis años improrrogables (artículo 41.1 del TRLCSP). Por su parte, las CCAA se han decantado por soluciones dispares sobre el particular. Aragón, la Comunidad de Madrid y Galicia han establecido la misma regla que en el Estado en cuanto a la duración, seis años improrrogables en los dos primeros casos y el mismo tiempo en la norma gallega pero sin indicarse nada acerca de la posibilidad de prórroga. Andalucía, Comunidad Foral de Navarra, País Vasco, Cataluña y Canarias fijan la duración del mandato en cinco años, pero disponen pautas distintas en lo tocante a la prórroga. Mientras en Andalucía se prevé la posibilidad de una única prórroga, Comunidad Foral de Navarra, País Vasco, Cataluña y Canarias permiten que pueda haber

---

<sup>72</sup> La normativa autonómica sanciona causas similares.

<sup>73</sup> Interesantes consideraciones a este respecto realiza el Profesor SANTAMARÍA PASTOR; Juan Alfonso; *Los recursos (...) opus cit.* p. 61.

<sup>74</sup> Cfr. PARDO GARCÍA-VALDECASAS, Juan José; “El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”, *DA. Revista Documentación Administrativa*, nº 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 19-41.

<sup>75</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR; Juan Alfonso; *Los recursos (...) opus cit.* p. 62.

reelecciones indefinidas de las mismas personas. En las CCAA en las que el órgano de recursos se ha adscrito a sus Consejos consultivos, el Presidente y los Vocales del Consejo lo son también cuando resuelven recursos especiales en materia de contratación. En este sentido, en Castilla y León los Consejeros electos lo son por período de cuatro años con posibilidad de reelección indefinida. En Extremadura, los Consejeros electos son nombrados por un período de cinco años, con posibilidad de reelección por un período más.

En cualquier caso, para garantizar un grado de neutralidad elevado de quienes ocupan los puestos en estos órganos, parece más acorde el establecimiento de un plazo de duración para cada mandato que sea superior al de una legislatura. Lo que sí puede resultar inconveniente en aras a defender dicha independencia es dejar abierta la posibilidad de reelecciones posteriores, en tanto que la “amenaza” de la no renovación podría utilizarse para intentar influir en las decisiones de estos órganos.

A mayores de lo indicado, cabe admitir también que la forma de nombramiento de los miembros de estos órganos puede contribuir, como poco, a generar una sensación de mayor o menor independencia. El nombramiento debiera hacerse aplicando criterios de selección cuyo carácter objetivo pudiera contrastarse. En relación con este aspecto, el artículo 41 del TRLCSP determina simplemente que en el TACRC el Presidente y los Vocales se designarán por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia. Más luz normativa sobre cómo se ha de realizar la propuesta aporta el 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 TACRC. Su artículo 3.2 señala que tal propuesta se hará previa convocatoria hecha por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado» especificando los requisitos que habrán de reunir los que aspiren a ser designados para cubrir cada uno de los puestos convocados. Por ejemplo, en la Comunidad Foral de Navarra el Presidente y los dos Vocales de su Tribunal son designados por el Gobierno de Navarra, previo informe de la Comisión Foral de Régimen Local, de conformidad con la propuesta que le eleve el Pleno de la Junta de Contratación Pública. Como hemos visto, para ambos casos, las normas exigen que quienes puedan ser designados cuenten con ciertos requisitos y una experiencia específica. En el caso del Estado la experiencia tanto del Presidente como de los Vocales ha de darse “*preferentemente*” en el ámbito de la contratación pública; en la Comunidad Foral de Navarra han de contar con “*especial preparación en materia de contratación pública*”. Pero nada se indica acerca de cómo se constata o acredita esa experiencia. Disposiciones semejantes se encuentran en otras normas autonómicas, en particular, en aquellas en las que se ha creado *ex novo* un órgano de recursos. Hasta la publicación del Real Decreto 814/2015 solo la normativa catalana y gallega incluían una referencia expresa a que las propuestas de nombramiento se harán previa publicación en el Diario oficial correspondiente de una convocatoria en la que se concreten los requisitos exigibles a los aspirantes.

Es cierto que en general, la práctica revela que tanto el Estado como muchas CCAA operan haciendo una convocatoria pública a la que concurren los interesados que cumplen con las exigencias precisas y que entre los que se presentan se hacen las propuestas de nombramiento,

que en última instancia es por libre designación<sup>76</sup>. Que se haga una convocatoria pública es algo positivo, pero insuficiente. “*La mujer del César no solo tiene que serlo sino parecerlo*”, por lo que en aras a despejar posibles sombras de politización en el nombramiento de quienes integran los órganos de recursos, salvaguardar la independencia y garantizar la máxima especialización, sería conveniente operar respetando los “principios constitucionales de mérito y capacidad”. Para ello lo más oportuno –en atención al carácter técnico de las funciones que han de atenderse- consistiría en convocar un concurso de méritos al que pudieran presentarse quienes cumplan los requisitos exigibles (que ya supondría una criba inicial que haría que los que se presentasen no fuesen probablemente demasiados) y dejar que una comisión resolviese sobre la base de los méritos alegados por los aspirantes aplicando un baremo previamente definido.

En otro orden de cosas, cabe asimismo pensar que la autonomía e independencia de un órgano de estas características puede quedar mejor preservada, de una parte, atribuyendo al órgano carácter colegiado, pues una composición plural hace que las decisiones tengan que adoptarse por mayoría y, de otra, exigiendo dedicación exclusiva de los miembros al mismo<sup>77</sup>.

Otras previsiones relevantes que dejan también su impronta en la tutela de la independencia exigible se contienen en el artículo 49 del TRLCSP. Como vimos al tratar el carácter exclusivo del recurso, el precepto declara que las resoluciones de estos órganos son directamente ejecutivas y que contra las mismas no cabrá más que interponer, en su caso, un recurso contencioso-administrativo, no procediendo tampoco la revisión de oficio ni de sus resoluciones ni de ninguno de los actos que dicten -ningún órgano de naturaleza administrativa, cualquiera que sea su nivel jerárquico, estará facultado para revocar los citados actos- y no estando sujeta su actividad a fiscalización por los órganos de control interno de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito.

Si analizamos ahora la independencia desde la óptica del procedimiento administrativo aplicable, es evidente que ésta se pone de manifiesto de manera sustancial en el momento en que estos órganos dictan sus acuerdos o resoluciones. Sin embargo, no debe reducirse únicamente a este instante su manifestación, sino que debe observarse en cada una de las fases procedimentales. En consecuencia, debe traslucirse, por ejemplo, a la hora de poder practicar las pruebas que sean necesarias, para oír a todas las partes del procedimiento o para acceder a todo el contenido del expediente administrativo que le deba servir de base a él y a las partes para

---

<sup>76</sup> Cfr. en el Estado la Orden EHA/2237/2010, de 10 de agosto, por la que se convoca la provisión de puestos de Presidente y Vocales del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (BOE nº 198, de 16 de agosto de 2010); en Andalucía la Resolución de 17 de noviembre de 2014, de la Viceconsejería, por la que se anuncia convocatoria pública para cubrir dos puestos de trabajo de libre designación (BOJA nº 230, de 25 de noviembre de 2014); en Canarias la Orden de 3 de marzo de 2015, por la que se convoca, por el procedimiento de libre nombramiento, la designación del Titular del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, adscrito a la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad (BOC nº 44, de 5 de marzo de 2015); en Cataluña la Resolución PRE/579/2012, de 26 de marzo, de convocatoria de provisión por el sistema de libre designación de un puesto de trabajo adscrito al Departamento de la Presidencia (DOGC nº 6100, de 2 de abril de 2012); o en la Comunidad de Madrid la Orden de 7 de abril de 2011, por la que se convocan para su provisión tres puestos de trabajo vacantes en el Tribunal Administrativo de Contratación Pública (BOCM nº 83, de 8 de abril de 2011).

<sup>77</sup> Hoy en día esto no ocurre, por ejemplo, en los tribunales de la Comunidad Autónoma de Aragón y de la Comunidad Foral de Navarra.

formular adecuadamente su juicio sobre el fondo del asunto<sup>78</sup>. Tal ocurre en el procedimiento administrativo que han de seguir los órganos que resuelven los recursos especiales en materia de contratación pública.

Hasta aquí nos hemos referido a la independencia de estos órganos y a las expresiones de la misma adoptando una perspectiva estrictamente jurídica. Pero pese a todo lo expuesto, garantizar eficazmente la independencia no es sencillo y ésta puede quedar malograda con relativa facilidad si existen presiones de cualquier índole que afecten, si no a la imparcialidad, sí a la rigurosidad con la que actúe el órgano. En realidad, que esto suceda va a depender mucho de la profesionalidad que pueda predicarse de las personas que se nombren. No cabe duda de que la integridad, tan esencial para la existencia de la buena administración, guarda una íntima relación con el ejercicio de funciones con autonomía e independencia por parte de los órganos. En este sentido, la otra nota en la que descansa el sistema, la relativa a la especialización del órgano y de sus miembros, puede contribuir, asimismo, a garantizar la independencia.

Hemos comentado en el apartado II algunas cifras relevantes en relación con estos procedimientos de recurso. Llama la atención, por contraste con lo que sucede en otros recursos administrativos, el elevado porcentaje de estimaciones, de donde se puede hacer una lectura inmediata: el considerable grado de independencia con el que actúan estos órganos.

Cambiando de tercio, todavía unas reflexiones más han de hacerse para aludir a una situación que podría comprometer las dos notas básicas en las que descansa el sistema: la especialización y la independencia de quienes integran los órganos de recurso. Así es, sucede que el volumen de trabajo que ha ido asumiendo el TACRC ha hecho que haya empezado a contar con “personal de apoyo”. Según se cuenta en la Memoria de actividad de 2014 de este Tribunal, en julio de 2012, se suscribió un protocolo de acuerdo entre la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas y la Abogado General del Estado mediante el cual los abogados integrados en el Servicio Jurídico del Estado colaboran con el TACRC para estudiar, preparar y elaborar las ponencias de las resoluciones que se dictan. Aunque esta colaboración ha permitido que el aumento de actividad derivado de los convenios con las CCAA se haya podido atender sin incrementar los miembros del Tribunal, y sin un aumento significativo de los plazos en que se resuelven los asuntos, este hecho no está exento de controversia. La Memoria explica que casi dos terceras partes de los recursos presentados en 2014 (740 recursos sobre un total de 1.117) se han preparado en ponencia por los Abogados del Estado. Que Abogados del Estado preparen los asuntos y “eleven” sus conclusiones a los miembros del Tribunal para que éstos decidan lo que en cada caso corresponda, puede ser muy efectivo, pero puede estar alterando la propia la esencia del sistema. No se olvide que quienes cumplen los requisitos exigidos y acreditan la amplia experiencia en materia de contratación pública son los miembros del Tribunal. De otra parte, la independencia también se predica de los miembros del tribunal y podría verse comprometida a través de esta forma de proceder. La solución a la sobrecarga de trabajo, en este caso del TACRC, pasaría mejor por ampliar el número de sus miembros o, en su caso, crear los órganos estatales en las capitales de CCAA. Alternativas que, como vimos, están expresamente

---

<sup>78</sup> Cfr. PARDO GARCÍA-VALDECASAS, Juan José; “El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”, *DA. Revista Documentación Administrativa*, nº 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 19-41.

previstas en el TRLCSP. Estas mismas consideraciones podrían extenderse a soluciones semejantes que pudieran darse en los tribunales autonómicos.

Llegados a este punto, resultará ilustrativo hacer referencia a un caso que refleja la sorpresa que causa el actuar independiente de estos órganos. De entre los múltiples supuestos que podían haberse escogido, el caso al que nos referiremos se ha seleccionado no por el fondo del asunto sobre el que versaba -en el que no entraremos más que para entender el planteamiento-, sino por la extrañeza social, evidenciada en el tratamiento que del mismo hizo la prensa, “maravillada” o extrañada de que un órgano de recursos resolviendo lo que consideraba procedente respecto de la impugnación que ante él pendía -la adjudicación de un contrato-, pudiera ir en contra de la Administración de la que depende. Los hechos fueron estos:

Como una de las medidas para aliviar los problemas financieros de su Gobierno, en 2012 el ejecutivo catalán decidió privatizar Aigües Ter-Llobregat, la empresa pública que venía prestando el servicio de abastecimiento de agua en alta (desde las cuencas de los ríos hasta los depósitos municipales) a Barcelona y su área metropolitana, abasteciendo de agua a unos 4,5 millones de personas. Para ello, el Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Catalunya convoca un concurso a través del que licitar el “contrato para la gestión del servicio de abastecimiento de aguas en alta Ter-Llobregat”. El adjudicatario fue un consorcio, Acciona de ATLL, controlado por Acciona y el banco brasileño BTG Pactual con un 39% cada uno, correspondiendo el resto del capital a una serie de socios minoritarios.

El acuerdo de adjudicación del contrato fue recurrido ante el entonces Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña (OARCC), en aquel momento aún órgano unipersonal, por la mercantil AGBAR, que había participado en el procedimiento y cuya oferta había quedado en segundo lugar. El principal argumento del recurso se basaba en que la adjudicataria había presentado un proyecto de mejora de la red de suministro con un plazo de ejecución superior al plazo máximo previsto en el pliego de condiciones y este hecho era el que le permitía abaratar su oferta final (0,7088 euros por metro cúbico frente a los 0,79 euros que AGBAR proponía).

El entonces OARCC estima parcialmente el recurso en su Resolución 1/2013, de 2 de enero en el sentido de entender que la empresa Acciona -la adjudicataria- debía haber sido excluida del procedimiento contractual por haber incumplido los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

La resolución parcialmente estimatoria del OARCC, de naturaleza ejecutiva y vinculante, desata un grandísimo revuelo. Para la Generalitat resultaba capital por razones de tesorería la firma del contrato de la que es la mayor privatización acometida por este Gobierno.

Las distintas partes implicadas en este enrevesado asunto deciden recurrir la resolución del OARCC ante el TSJ de Cataluña, que se pronuncia sobre el fondo del conflicto en tres sentencias dictadas el 22 de junio de 2015 resolviendo los recursos planteados por Agbar, Acciona y por la propia Generalitat. Entiende el TSJ de Cataluña que lo que en realidad procede es anular la totalidad del procedimiento de contratación promovido por la Generalitat en 2012 para adjudicar la gestión de la empresa pública Aigües Ter-Llobregat. Considera que se vulneraron los principios de publicidad, concurrencia e igualdad. Las sentencias ponen de



manifiesto que el concurso incluía un programa de obras que en el pliego no se calificaba como obligatorio y que sí fue así calificado en una aclaración vinculante que excedió del ámbito que le es propio. El TSJ de Cataluña concluye que la existencia de la disparidad entre el pliego y la aclaración pudo crear una grave confusión a los potenciales concurrentes sobre los términos en los que plantear sus ofertas, y, por tanto, se produjo una infracción de los principios transparencia, publicidad y concurrencia. Parece que el litigio, que tiene múltiples vericuetos interesantes, todavía coleará bastante, en tanto que la adjudicataria -Acciona- anunció un recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra la decisión del TSJ catalán.

Dejando a un lado el fondo del asunto y el hecho de que la anulación acordada por el OARCC no se corresponde con la que decide el TSJ, lo que en este momento busca subrayarse es la tremenda repercusión mediática que se dio a este proceso y que múltiples noticias de prensa se sorprendían –y, si se me permite, se admiraban- de cómo un órgano administrativo –el OARCC- con su resolución osaba cuestionar una decisión vinculada al Gobierno de la Comunidad autónoma de la que depende. El tratamiento del tema en las noticias de las que a continuación damos cuenta no tiene desperdicio alguno. Subyace al mismo la consideración de que tal “desacato” parecía en todo punto impensable de poder cometerlo un órgano administrativo respecto de la entidad a la que está adscrita.

En primer término, en el momento en el que el OARCC dictó la resolución que estimaba parcialmente el recurso de que conocía, la forma en que los medios se hicieron eco en los titulares de esos días acerca de que la Generalitat recurriría el acuerdo del OARCC llama la atención; *La Voz de Barcelona*: “La Generalitat lleva ante los tribunales... a la propia Generalitat”<sup>79</sup>; *ABC*: “La Generalitat se enmienda a sí misma y cuestiona la validez de la adjudicación de la gestión de Aguas del Ter Llobregat”<sup>80</sup>; *El País*: “Mas se autorecurrirá para defender la adjudicación de ATLL a Acciona”<sup>81</sup>. Pero además, dando cuenta de lo “sorprendente” de la situación, distintos medios de prensa publican semblanzas del Titular del OARCC, que se había atrevido a dictar una resolución semejante y en un tema de tantísima enjundia para el Gobierno catalán. *La Vanguardia*: “El funcionario que ha puesto en jaque a la Generalitat por la adjudicación de ATLL”<sup>82</sup>; *Economía digital*: “Juan Antonio Gallo, el funcionario que sacó los colores a Mas”<sup>83</sup>, o un artículo de opinión publicado en *La Voz de Galicia*: “Los funcionarios no lo harían”<sup>84</sup>, cuyo contenido, aun que referido al caso del OARCC, podría generalizarse en el sentido de que celebra que en tiempos de descrédito político se creen órganos administrativos auténticamente independientes al frente de los que se coloca a funcionarios por oposición que para cubrirlo han superado un concurso.

<sup>79</sup> <http://www.vozbcn.com/2013/01/04/136896/generalidad-lleva-tribunales-generalidad/>

<sup>80</sup> <http://www.abc.es/economia/20130103/abci-batalla-legal-generalitat-201301022236.html>

<sup>81</sup> [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/01/03/catalunya/1357227504\\_677448.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/01/03/catalunya/1357227504_677448.html)

<sup>82</sup> <http://www.lavanguardia.com/economia/20130108/54358701328/hijo-periodista-juan-antonio-gallo-generalitat-adjudicacion-atll.html>

<sup>83</sup>

[http://www.economiadigital.es/es/notices/2013/01/juan\\_antonio\\_gallo\\_el\\_funcionario\\_que\\_saco\\_los\\_colores\\_a\\_mas\\_36663.php](http://www.economiadigital.es/es/notices/2013/01/juan_antonio_gallo_el_funcionario_que_saco_los_colores_a_mas_36663.php)

<sup>84</sup> [http://www.lavozdegalicia.es/noticia/opinion/2013/01/10/funcionarios/0003\\_201301G10P15995.htm](http://www.lavozdegalicia.es/noticia/opinion/2013/01/10/funcionarios/0003_201301G10P15995.htm)

El ejemplo al que hemos recurrido, aunque muy mediático, no constituye, en absoluto, un supuesto aislado o extraordinario en el funcionamiento de estos órganos. En innumerables ocasiones ya han tenido que demostrar su actuar independiente anulando importantes contratos públicos que contenían alguna irregularidad<sup>85</sup>.

### **3. La relevancia del liderazgo en la procura de la buena administración: el caso de una coordinación institucionalizada que comenzó siendo informal**

Hasta aquí hemos hecho referencia a la importancia de la independencia y a las previsiones legales que se han establecido para intentar preservar la de estos órganos de recurso especial. Pero al margen de lo indicado, no puede desconocerse que la independencia tiene un grado importante de componente personal íntimamente ligado a los valores de honestidad, integridad personal y profesionalidad que tengan las personas que asumen la función cuyo ejercicio se quiere proteger.

En el buen funcionamiento que en su arranque ha tenido este sistema ha tenido mucho que ver la elevada preparación en materia contractual de las personas que han cubierto los puestos en estos órganos, pero también con el talante que han tenido en su puesta en marcha.

El impulso que han sabido darle a este sistema los miembros de los órganos ha sido fundamental para su buen funcionamiento. Para ello ha existido una coyuntura importante. Y es que de manera informal ha cuajado entre los miembros de los distintos órganos de recursos un sentir común de búsqueda de un objetivo compartido cuya realización eficaz se alcanzaba integrando una visión global en la que cada órgano de recursos es un eslabón. Ha sabido implantarse entre los órganos de recurso esta visión de conjunto, de sistema, de acuerdo con la cual cada uno en su ámbito y con sus criterios aporta un valor al total. Visión de meta común y compartida que trasciende del marco de la propia organización individual y que se ha canalizado, en gran medida, a través de la labor de coordinación que los distintos órganos que se han ido creando se han propuesto engrandecer.

La independencia de cada uno de los órganos no les ha impedido reconocer que la finalidad común que tienen encomendada en defensa del cumplimiento de la normativa de contratación y de sus principios básicos, se consigue de mejor manera actuando coordinadamente y realizando un trabajo de “equipo”.

Las personas que han cubierto los puestos en los distintos órganos, -especialmente sus Presidentes- han sabido ejercer un liderazgo sinfónico que se ha canalizado de forma coordinada. Pero eso, como es sabido, depende también mucho de la cualidad personal de quienes en cada momento ocupen un cargo. Han estado muy motivados en el logro de la finalidad última para la que han sido nombrados y han primado en todo momento, por encima

---

<sup>85</sup> Algún otro ejemplo destacado de este proceder habitual se contiene en el Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que estima el recurso interpuesto contra el procedimiento de licitación denominado “Gestión del Servicio Público de Saneamiento y Depuración de aguas residuales de la ciudad de Zaragoza bajo la fórmula de Sociedad de Economía Mixta”, convocado por el Ayuntamiento de Zaragoza. En este acuerdo del TACPA se declara la invalidez del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato y se anula la licitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47. 2 del TRLCSP.

de posibles injerencias políticas, la búsqueda del incremento de la calidad de las contrataciones que el sector público impulsa en nuestro país.

Su ejemplo constituye una muestra de cómo el liderazgo de las personas preparadas y motivadas puede mejorar la calidad de las instituciones. La preparación ha sido fundamental, pero la motivación no lo ha sido menos. No se ha producido lo que tantas veces ocurre en muchos ámbitos de la organización administrativa española, en la que estamos excesivamente acostumbrados a comprobar como la organización de nuestro Estado compuesto genera con excesiva frecuencia un sentimiento de individualismo en el sentido de considerar que cada uno es totalmente independiente y autónomo en el marco territorial en el que desempeña sus funciones.

En definitiva, la independencia, la profesionalización y la motivación de quienes impulsan el sistema, desarrolladas a través de una buena capacidad de liderazgo, se pueden considerar los ingredientes principales del buen funcionamiento actual que está cosechando el recurso administrativo especial en materia de contratación pública.

A este respecto, la labor de “promoción” de su cometido que realizan también los miembros de estos órganos es muy intensa. Puede citarse su participación constante en foros para especialistas -tanto de la academia, como de la práctica- para dar a conocer el sistema especial de recursos y la doctrina que van sentando; que organizan de forma accesible sus páginas web en las que vuelcan información suficiente y adecuada, en particular publican todos sus acuerdos y resoluciones o las memorias de actividad que anualmente elaboran dando cuenta del desarrollo de sus funciones; etc., prácticas que constituyen una buena forma de “promoción” que sirve para concienciar de la importancia de impulsar una compra pública de calidad.

En esta misma línea se enmarcan las actuaciones de coordinación que de forma espontánea han realizado desde el inicio de su puesta en marcha. Así es, una de las bondades del sistema -muy ligada al que podríamos denominar entusiasmo o, como mínimo, preocupación de estos órganos por cumplir de la mejor manera posible con su cometido sacando el máximo partido a las posibilidades que permite su regulación- es la labor de coordinación conjunta que han asumido<sup>86</sup>. La búsqueda de esta coordinación es una expresión clara de “buena administración”, y en tanto que no debida, por no exigible de acuerdo con la ley, muy ligada a la labor de liderazgo de la que estamos dando cuenta.

Aunque la legislación vigente no impone que los órganos de recursos se coordinen entre sí a la hora de fijar una línea de interpretación conjunta en relación con temas que son comunes a todos ellos, por una vía informal, pero institucionalizada, se ha venido canalizando una coordinación *de facto* entre los que han tenido voluntad para ello. Es así que a iniciativa de algunos de sus Presidentes se han promovido contactos institucionales frecuentes y la celebración de reuniones anuales entre sus miembros al objeto de fijar criterios comunes de resolución, de disipar dudas interpretativas, de compartir experiencias y, en general, de intercambiar impresiones sobre las

---

<sup>86</sup> Al inicio la coordinación se desarrolló entre pocos órganos de recursos por cuanto la creación autonómica de estos órganos está siendo dilatada en el tiempo.

cuestiones de más relevancia o más espinosas de que conocen en su quehacer cotidiano<sup>87</sup>.

En estas reuniones se busca depurar criterios aplicables a temas comunes y, en el caso de que exista acuerdo, implementar todos la misma solución. Con ellas se fomenta la fijación de soluciones de consenso que impulsan la formación de un cuerpo de doctrina clara, predecible, lo más uniforme posible, con la que se contribuye a la realización de un principio capital como el de seguridad jurídica, tan relevante en un sector tan sensible como el de los contratos públicos. Se garantiza, en definitiva, una cierta coherencia a nivel nacional en los pronunciamientos que emiten los órganos de recursos en materias sensibles que generan problemas técnico-jurídicos de relevancia.

Si convenimos que la calidad es un proceso dinámico, al mismo también contribuyen las interacciones que existan entre estos órganos a través de la coordinación que impulsan y que ha servido para elevar la solidez de las resoluciones y acuerdos que emiten.

No obstante, la puesta en marcha de actuaciones tendentes a coordinarse, no implica en modo alguno que todos hayan de asumir aquellas interpretaciones con las que la mayoría esté de acuerdo. La coordinación no implica la imposición de los criterios mayoritarios, que no tienen carácter vinculante y, por tanto, no se ve afectada a la autonomía de cada uno de los órganos. Naturalmente, se deja la puerta abierta a las disparidades de criterio, pudiendo existir distintas de opiniones acerca de un mismo aspecto. Precisamente ejemplos hay de “disentimiento” de la opinión mayoritaria por parte de algún órgano que siguió resolviendo conforme a su criterio<sup>88</sup>. Lo que está claro es que el intercambio de pareceres técnico-jurídicos entre un elenco tan relevante de especialistas en la materia hace que las reflexiones que tengan lugar en el seno de las reuniones que celebran sean de alto nivel y gocen de gran autoridad.

Cabría argüir que esta labor de depuración podría asumirla la jurisdicción contencioso-administrativa, pero existen dos razones que pueden contra-argumentarse. Primero, que pese al, por ahora, carácter potestativo del recurso especial en materia de contratación, la realidad demuestra que: a) los interesados suelen acudir primero al recurso especial; b) el número de decisiones de estos órganos administrativos que se recurren en vía contenciosa es ciertamente bajo. Segundo: la disparidad de criterios también puede darse entre las decisiones de órganos judiciales, que pueden dictar pronunciamientos contradictorios. Además, la depuración sería mejor asumirla en el estadio en el que mayor especialización se da, y es claro, que hoy por hoy ésta se localiza en el nivel de los órganos de recursos, pues la especialización en el orden judicial de serlo lo es en Derecho público y no específicamente en el Derecho de los contratos públicos.

Sea como fuere, el hecho es que los actuales actores del sistema ven en la coordinación un tema de capital importancia. Entienden que en la medida de lo posible la fijación de interpretaciones

---

<sup>87</sup> Hasta la fecha han tenido lugar 4 reuniones anuales, en 2012, 2013, 2014 y 2015. Además de las reuniones anuales no es extraño que se celebren otras reuniones a varias bandas, o de que se intercambien pareceres a través de *conference call*, llamadas telefónicas, correos electrónicos, etc.

<sup>88</sup> Para conocer algunos de los supuestos a los que nos referimos *cfr.* ROMAR VILLAR, Juan Carlos; “Diferencias en la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales, en relación al recurso especial en materia de contratación”, OBCP, 20/01/2014, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.132/chk.8b21dce033fca814c5230be28614924e>

comunes favorece la seguridad jurídica y la confianza. Y esta parece ser la solución por la que se aboga en el Anteproyecto de LCSP de 2015 a la vista de su Disposición Adicional 24ª sobre “*Coordinación entre los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación*”.

## **VII.- CONCLUSIONES**

A lo largo de estas páginas se han destacado los aspectos ontológicos más relevantes de la configuración del recurso administrativo especial en materia de contratos públicos.

Se ha buscado poner de relieve que contar con buen sistema de control es absolutamente fundamental tanto para prevenir como para subsanan de forma efectiva posibles irregularidades que puedan tener lugar en los contratos que impulsa el sector público. La elección de un mecanismo que funcione en “primera instancia” resulta capital y a la larga supone un gran ahorro de tiempo y dinero.

A este respecto, la creación en el año 2010 de este recurso basado en la existencia de órganos especializados e independientes que resuelven con gran rapidez los asuntos de que conocen, ha supuesto un notable avance en la consecución de un control efectivo de legalidad en esta materia. El cambio sustancial que desde la existencia de este recurso se ha producido -la notable diferencia entre el “antes” y el “después”- ha hecho que este remedio se convierta en un caso de estudio en el marco de la Justicia Administrativa.

En pocos ámbitos de actuación administrativa se ha avanzado tanto, tan razonablemente bien y en tan poco tiempo como en el sector de la contratación pública. Y ello ha sido en gran medida gracias al diseño previsto para este recurso especial.

Los datos demuestran que, con sus imperfecciones y defectos, el recurso está siendo muy efectivo para corregir “a tiempo” -esto es, antes de que se perfeccionen los contratos- importantes vicios de los que venía adoleciendo la práctica de la contratación pública en España y, con ello, para consolidar una auténtica tutela restitutoria que ampare las posiciones jurídicas singulares de los operadores económicos. Ha favorecido un proceso de depuración que está sirviendo, por ejemplo, para poner freno al uso indebido y desmesurado que se venía haciendo del procedimiento negociado sin publicidad; para mejorar la calidad de los pliegos contractuales eliminando criterios de selección y adjudicación inapropiados o regulando adecuadamente la admisibilidad de modificados o la presentación de mejoras; para conseguir que poco a poco los órganos de contratación motiven suficientemente los actos que dictan a lo largo del procedimiento; o para que se forje un catálogo de buenas prácticas que incremente la seguridad jurídica tanto de Administraciones como de ciudadanos.

Con todo, esta opinión favorable que en términos generales puede mantenerse hoy del recurso especial en materia de contratación, no es absoluta. Estamos ante un sistema en el que es posible detectar distintos aspectos no menores que de no modificarse podrían llegar a ponerlo en entredicho o afectar a su buen desarrollo pro futuro. Así, sería importante atribuir al recurso carácter obligatorio y no potestativo; que la selección de quienes cubren los puestos en los órganos y tribunales de recurso se hiciese siguiendo un concurso de méritos en el que rijan los

principios constitucionales de mérito y capacidad; establecer la naturaleza colegiada de todos los órganos de recurso; exigir dedicación exclusiva a sus miembros; que el estudio de los casos se haga plenamente por los miembros de los tribunales; o que se amplíe el ámbito objetivo de aplicación del recurso mediante: a) la eliminación de los umbrales cuantitativos por los que hoy está limitado, b) y su aplicación no solo a actuaciones precontractuales sino a otras que puedan suceder en la fase de ejecución del negocio.

En particular el establecimiento del carácter obligatorio del recurso y la ampliación de su ámbito de aplicación en el sentido que se propone en estas páginas (lo que eliminaría la dualidad de regímenes que hoy existe), sería fundamental para corregir las graves disfuncionalidades procesales de las que hemos dado cuenta.

De otra parte, en orden a preservar la eficacia de este recurso es necesario hacer un esfuerzo particular por cuidar la rapidez con la que se resuelve. Si por cualquier circunstancia se malograra este aliciente se vendría abajo uno de los principales valores añadidos que presenta. A este respecto, se han enumerado algunas circunstancias que podrían desembocar en el aumento del número de recursos que se interponen: el incremento de la confianza que está despertando en los operadores; la celebración de más contratos por el sector público a resultas de la progresiva superación de la crisis; la necesaria aplicación del sistema de recursos al menos a ciertas facetas de la ejecución de los contratos a la vista de la modificación que la Directiva 2014/23/CE de concesiones operó en la de Recursos; la eventual eliminación de los umbrales que sirven para delimitar el ámbito de aplicación objetivo del recurso, etc.

De producirse este auge de recursos podría verse comprometida la rapidez en su resolución. Ante este hipotético escenario, sería preciso dotar de más medios a estos órganos. Podría contrargumentarse que esto elevaría los costes del sistema. Y es cierto. No obstante, no hay que pasar por alto que teniendo en cuenta el coste medio de funcionamiento que actualmente tiene, el gasto necesario no resultaría excesivo y sería plenamente asumible para una Administración. Desde luego, lo sería considerando los ahorros -de miles de millones de euros- que el buen funcionamiento de este mecanismo de control comporta. Si la mayor dotación de medios puede suponer a corto plazo un mayor desembolso, a medio y largo plazo, sin duda, redundará en una mayor eficiencia.

A la vista del volumen económico que alcanzan los contratos en relación con los que potencialmente hoy puede interponerse este recurso, la corrección de irregularidades a la que contribuye fomenta la competencia y dificulta la comisión de prácticas colusorias y corruptas, favoreciendo, así, un ahorro sustancial en el precio que las Administraciones satisfacen y la mejora de la calidad de los bienes y servicios adquiridos.

Por tal motivo, el incremento de costes que generarían las mayores dotaciones que fuese necesario proveer para garantizar el funcionamiento adecuado de estos órganos, encerraría, en realidad, una notable inversión. No en vano se reconoce que las mejores políticas son las preventivas, sobre todo si están demostrando su efectividad, como es el caso.

En otro orden de cosas, desde el punto de vista orgánico, convendría definir de forma cerrada la planta del sistema y delimitar el número de órganos de recursos contractuales considerando que

están justificados únicamente en los niveles estatal y autonómico. De una parte, esto es plenamente coherente con el diseño del Estado compuesto que se sigue de la Constitución. De otra, la realidad demuestra que la existencia a nivel local de órganos de recursos, -lo mismo que su creación para conocer de los contratos que promuevan otras instituciones o poderes públicos- puede poner en riesgo aspectos relevantes que deben observarse, tales como la imparcialidad de los miembros que los integran.

Es verdad que, aun si se limitase la existencia de tribunales u órganos de recurso al ámbito estatal y autonómico, el funcionamiento simultáneo de una pluralidad de órganos siempre puede implicar que en algunos puntos exista entre ellos una disparidad de criterios interpretativos, con las importantes disfuncionalidades que esto puede entrañar. Pero el peligro de que ello ocurra va implícito en la esencia de un Estado compuesto como al que se ha llegado en España. De otra parte, el esfuerzo evidente y fructuoso que hasta la fecha se ha hecho por parte de los distintos órganos de recursos intentando consolidar una doctrina homogénea -que puede institucionalizarse legalmente de aprobarse el Anteproyecto de Ley de Contratos-, minimiza significativamente el peligro. Desde luego la decidida voluntad de colaborar y cooperar de la que hasta ahora han hecho gala los órganos de recursos -fruto del liderazgo que han sabido ejercer sus miembros-, puede verse como un ejemplo a seguir que se aparta de los individualismos en la gestión de la “cosa pública” a los que nos tienen acostumbrados las Administraciones en su quehacer cotidiano.

Al menos a la luz de la experiencia de estos cinco años, el funcionamiento del sistema puede decirse que está contribuyendo a la realización del “derecho a una buena administración” en este sector, tal y como se define en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales. La configuración legal que se ha hecho de este recurso demuestra que la eficacia de un mecanismo de control de la actuación administrativa no tiene que estar reñida con que se efectúe por la propia Administración. La eficacia en el control depende, en realidad, de que quien controle -ya sea un órgano administrativo o judicial- cuente con la preparación adecuada en relación con la materia de que se trate y actúe de forma íntegra salvaguardado por un auténtico estatuto de independencia. Esperemos que así siga aconteciendo.