

Recursos y forma de control

El recurso especial en la LCSP: ¿adecuación a su finalidad?²

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. EL CONTROL EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LAS SOLUCIONES DEL DERECHO COMUNITARIO. 2. LAS SOLUCIONES ADOPTADAS POR LA LCSP: ¿HACIA UN CONTROL EFECTIVO?

INTRODUCCIÓN

La cuestión del control de la contratación pública es ya un tema recurrente y que debe abordarse con decisión abandonando, en palabras de BAÑO LEÓN³, postulados autocomplacientes que impiden ver la realidad efectiva y que lastra al sistema de contratación pública de tal manera que los principios comunitarios de libertad de circulación, mercado interior o igualdad de trato se presentan como una “ilusión óptica” que desaparecen cuando nos acercamos al concreto procedimiento⁴. Por ello conviene insistir en

¹ Profesor Titular Derecho Administrativo. Facultad Derecho de la Universidad de Zaragoza.

² Este trabajo se encuadra en la finalidad del Proyecto de investigación concedido por MEC titulado *La nueva normativa de contratación pública como mecanismo para la reforma de la Administración Pública y la consecución de políticas públicas*. REF: SEJ2006-13188.

³ BAÑO LEÓN, “El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional”, en el libro col *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 337.

⁴ Sobre el significado es estos principios me remito a J.A. MORENO MOLINA, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

la necesidad de articular mecanismos de recursos prejudiciales, específicos, atendiendo al interés público en juego -la prestación adecuada que se demanda de la forma más eficaz y eficiente- que aporten credibilidad jurídica al sistema e impongan el adecuado marco de seguridad jurídica en el que los distintos operadores desplegarán su actividad⁵. El artículo 81 de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo de 2004, insiste en la necesidad de incorporar un mecanismo de recurso rápido y eficaz, apuntando la posibilidad de que pueda sustanciarse en una agencia independiente. Además, este objetivo se inscribe plenamente en el del artículo 47 de la carta de los derechos fundamentales de la unión europea, que establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial.

La trasposición de las Directivas en recursos de contratos, cuestión “olvidada” en 1995 al considerar que la Directiva 89/665 nació traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico⁶, ha sido —necesariamente— objeto de revisión tras la condena del Reino de España el 15 de mayo de 2003, que obligó a nuestro Estado a introducir soluciones procedimentales que dieran efectividad a lo fallado en la citada resolución judicial (mediante la Ley 62/2003, de Acompañamiento, en virtud de la que se adiciona un nuevo artículo 60 bis a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas)⁷.

⁵ Y es que sin seguridad jurídica en un plano material difícilmente el derecho puede cumplir su finalidad. Vid. J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Discurso de ingreso Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 6 de abril de 2005, pp. 105-117. Publicado en Cuadernos Civitas, Madrid, 2005.

⁶ SANTIAS VIADA, SANTAMARÍA DE PAREDES, LÓPEZ BLANCO, *El derecho comunitario de la contratación pública*, ob. cit., p. 237. Esta misma posición, en los mismos términos de considerar traspuesta la Directiva sobre recursos, la sostiene SAMANIEGO BORDIU, “El control del Derecho comunitario...”, ob. cit., p. 414; así como el Consejo de Estado en su Dictamen 214/1992”. También PIÑAR MAÑAS, ob. cit., p. 783. Opinión aceptada por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuya Exposición de Motivos se afirma “No se incorpora, por el contrario, el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, por que la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y respecto a la primera, además, porque nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales, se ajusta ya a su contenido. Opinión contraria, denunciando el incumplimiento, era la MESTRE DELGADO, “El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del derecho comunitario europeo: una nueva ordenación de las medidas cautelares”, *Noticias CEE* núm. 74, 1991, pp. 37 y GIMENO FELIÚ, *El control de la contratación pública*, Civitas, 1995, pp. 85.

⁷ Vid un comentario a esta Sentencia en los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho administrativo en materia de entes sujetos al Derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas”, *REDA* 119, 2003; de NOGUERA DE LA MUELA, “El control de la contratación pública en el Derecho Comunitario y en el Ordenamiento jurídico-administrativo

Adaptación que resulta un nuevo incumplimiento de la legislación española en este aspecto ya que como bien destaca BAÑO LEÓN ni es eficaz ni casa en modo alguno con el principio de seguridad jurídica al que se refería la STJCE de 12 de diciembre de 2002 (Universale Ban)⁸. En todo caso, como bien propone el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, ante la clara insuficiencia de este nuevo precepto, lo que el operador jurídico debe hacer es impulsar la regla de la aplicación preferente y directa de la Directiva recursos cuyo mecanismo devienen obligatorios para nuestros Tribunales⁹.

Insuficiencia, por tanto, de las garantías exigidas por la norma comunitaria, como señala la reciente STJCE de 3 de abril de 2008 de condena al Reino de España por este motivo, al entender que se ha incumplido con la norma comunitaria por no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicataria notifique la decisión de adjudicación, no prevé un plazo de suspensión de la eficacia entre la adjudicación y su celebración o perfección y permitir que un contrato anulado continúe desplegando efectos.

La nueva LCSP de octubre de 2007, entre sus novedades, incorpora un nuevo instrumento procesal consistente en un recurso administrativo de contratación, con el que se pretende cumplir con la Directiva 89/665 de “recursos” —recientemente modificada por DIRECTIVA 2007/66/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de diciembre de 2007— como mecanismo para introducir una efectiva concurrencia.

1. EL CONTROL EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LAS SOLUCIONES DEL DERECHO COMUNITARIO

Para que el sistema de contratación pública funcione es preciso que exista un sistema eficiente de garantías que, además de una finalidad correctora, pueda jugar, fundamentalmente, una función preventiva. La normativa so-

español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, 20004, pp. 88-101; M. FUERTES, “¿Incumple el Derecho español la Directiva de recursos?”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9 de 2003, pp. 21-25.

⁸ Así lo entiende BAÑO LEÓN, “El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional”, ob. cit., pp. 350-355. Las reflexiones y observaciones de este trabajo permiten comprender el contexto actual de nuestro sistema de control en contratación pública, caracterizado por una evidente e injustificada autocomplacencia.

⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Artículo 60 bis. Medidas provisionales”, en el libro col *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, ob. cit., pp. 324-325. Igualmente crítica con este precepto se posiciona S. DE LA SIERRA, “Las medidas cautelares en la contratación pública”, *RAP* 164, 2004, pp. 229-230.

bre contratación pública, a fin de ser realmente eficaz, debe estar apoyada por sistemas de control dado que una auténtica apertura a la concurrencia en esta materia exige la existencia de recursos rápidos y eficaces para solventar posibles deficiencias. Es decir, deben establecerse mecanismos que permitan la supervisión y revisión de los procedimientos de adjudicación de contratos tanto a nivel nacional como comunitario, pues de lo contrario se produce un efecto disuasorio sobre las potenciales empresas licitadoras, que pueden considerarse indefensas frente a posibles infracciones, ante lo cual renuncian de partida a participar en los distintos procedimientos de licitación ante la inseguridad de que “eventuales irregularidades” pudieran ser efectivamente corregidas¹⁰.

La Unión Europea, sobre la base del actual art. 95 del TCE, con vocación de carácter general (convirtiéndose en piedra angular del sistema) ha regulado esta cuestión mediante las Directivas 89/665 y 92/13 (inspiradas en el denominado “référé précontractuel” del Derecho francés, regulado por la Ley de 4 de enero de 1992 —modificada por la Ley de 30 de junio de 2000— y cuyo procedimiento se encuentra establecido en el Código de Justicia Administrativa) que obligaban a los Estados a establecer un régimen especial de reclamaciones en materia de procedimiento contractual que permita a los interesados solicitar por un procedimiento ágil el control de aquellos actos de los poderes adjudicadores que se dicten durante el procedimiento administrativo de adjudicación de un contrato en tiempo útil para que las incidencias que puedan plantearse puedan tramitarse y resolverse antes de adoptarse la decisión de adjudicación¹¹. Como afirma el quinto considerando de dicha Directiva 89/665 ya citada: “dada la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, los organismos competentes para entender de los recursos deberán estar habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución

¹⁰ Vid. M. MANGLIANO, “Il contenzioso degli appalti pubblici nella prospettiva del mercato unico europeo”, *RDE* núm. 4, 1991, p. 885. Al respecto merece la pena recordar las palabras M.S. GIANNINI, al indicar que lo verdaderamente importante es conocer el régimen regulador de las potestades ejercitadas por los poderes públicos y de las garantías para los sujetos privados. *El poder público. Estado y Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 17-22.

¹¹ Sobre el contenido de los distintos mecanismos de control previstos en estas Directivas así como los mecanismos de indemnización me remito a mi trabajo *La nueva contratación pública...*, ob. cit., pp. 254-265. En realidad, como indica PIÑAR MAÑAS, se trata de dos instrumentos esenciales (recursos y actuación de la Comisión), y de provisión de al menos dos medidas (medidas provisionales e indemnización) para la efectividad de la primera. “El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria”, en *libro Homenaje al profesor González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, p. 782. También el libro de ORDOÑEZ SOLIS, *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

de decisiones que [la entidad adjudicadora] podría eventualmente adoptar» y que «la brevedad de los procedimientos requiere un tratamiento urgente de las infracciones anteriormente mencionadas».

Las citadas Directivas arbitran una serie de procedimientos de control/impugnación que tienen por fin controlar y corregir posibles incumplimientos de la normativa comunitaria de contratación pública¹². Su objetivo es, evidentemente, animar a la participación de las empresas europeas a licitar en los contratos públicos de obras y suministro¹³. El artículo 81 de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo de 2004, insiste en la necesidad de incorporar un mecanismo de recurso rápido y eficaz, apuntando la posibilidad de que pueda sustanciarse en una agencia independiente.

Sin embargo, estas Directivas no han logrado ser interiorizadas ni por los distintos poderes adjudicadores ni por los licitadores que no suelen acogerse a las mismas frente a las posibles actuaciones irregulares de los entes contratantes¹⁴. Asimismo, se observa cierta “debilidad” del sistema. Dada la ausencia de plazos y de dispositivos específicos que permitan suspender a su debido tiempo la firma de un contrato público cuya adjudicación se impugna, la eficacia relativa de los recursos precontractuales varía considerablemente de un Estado miembro a otro. Por otra parte, en caso de celebración ilegal de un contrato de adjudicación directa, las empresas perjudicadas sólo disponen, en realidad, de la posibilidad de entablar un recurso por daños y perjuicios, una fórmula que no permite, en cualquier caso, que se vuelva a someter a licitación el contrato adjudicado ilegalmente. Además, estos recursos tienen un limitado efecto disuasorio sobre los órganos de contratación, máxime si tenemos en cuenta que las empresas que se consideren perjudicadas han de demostrar que tenían buenas oportunidades de obtener el contrato. Así pues, aunque el Tribunal de Justicia haya calificado la celebra-

¹² El control establecido en esta Directiva, como destaca la STJCE de 18 de junio de 2002 (Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs), se opone a que una normativa nacional limite el control de la legalidad de la cancelación de una licitación únicamente al examen del carácter arbitrario de tal decisión.

¹³ Por todos, PIÑAR MAÑAS, “El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria”, en *libro homenaje al profesor González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 781 y ss.; MORENO MOLINA, *Contratos públicos...*, ob. cit., pp. 199-265; B. NOGUERA DE LA MUELA, *El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español*, en el libro col. “Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública”, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 95-130; y GIMENO FELIÚ, *Contratos públicos...*, ob. cit., pp. 187-217.

¹⁴ Así lo constata, entre otros, RUIZ DE CASTAÑEDA, “La contratación en los sectores del agua, al energía, los transportes y las telecomunicaciones”, en *libro col Contratos de las Administraciones Públicas*, Abella, Madrid, 2000, p. 1028.

ción ilegal de contratos de adjudicación directa como la infracción «más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos» las Directivas «Recursos» en vigor no permiten prevenir o corregir de manera eficaz las consecuencias de dicha ilegalidad. [STJCE de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle), apartado 37].

Por ello la Comisión y el Parlamento han trabajado en una reforma de estas Directivas, ya que en ausencia de acción legislativa a escala comunitaria, persistiría o incluso se agravaría la existencia de situaciones muy dispares entre los Estados miembros en lo que hace a la eficacia de los recursos a disposición de las empresas¹⁵. Perdurarían así situaciones de inseguridad jurídica e infracciones graves o reiteradas de las Directivas sobre contratos públicos¹⁶. Lo que se busca con la modificación de las Directivas «Recursos» es, sobre todo, mejorar la eficacia de los recursos a disposición de los operadores económicos en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, que han de ajustarse no sólo a las disposiciones específicas de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, sino también a los principios del Tratado CE, por ejemplo los principios de libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, libertad de establecimiento, y a los principios que de ellos se derivan, como los de igualdad de trato, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Además, este objetivo se inscribe plenamente en el del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Euro-

¹⁵ Sobre las principales novedades propuestas vid. TORNOS MAS, “Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones públicas”. *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm 59, 2006, pp. 45-48.

¹⁶ Resumen de la acción propuesta: En principio, cuando un órgano de contratación concluye un procedimiento formal de adjudicación de conformidad con las Directivas relativas a los contratos públicos, debe suspender la celebración del contrato hasta que haya transcurrido un plazo de al menos diez días civiles a partir de la fecha de notificación de la decisión de adjudicación motivada a los operadores económicos que hayan participado en el procedimiento de adjudicación.

Cuando un órgano de contratación considera que puede adjudicar directamente un contrato cuyo importe es superior a los umbrales fijados en las Directivas sobre contratos públicos, debe (excepto en caso de urgencia imperiosa) suspender la celebración del contrato durante un plazo mínimo de diez días civiles, después de haber procedido a darle una publicidad adecuada mediante un anuncio de adjudicación simplificado.

Si el órgano de contratación celebra ilegalmente un contrato durante el plazo suspensivo, tal celebración se considera sin efecto. Las consecuencias de dicha ilegalidad sobre los efectos del contrato son extraídas por la instancia de recurso competente, si bien para ello es preciso que un operador económico le someta el asunto dentro de un plazo de prescripción de seis meses a partir de la fecha en que se celebró efectivamente el contrato.

El mecanismo corrector se reorienta hacia los casos de infracciones graves y se derogan los mecanismos de certificación y de conciliación, que apenas han sido utilizados.

pea, que establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial. Por último, la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente por adjudicación directa, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción¹⁷.

De estas Directivas —y de su contenido tras la reforma— se deduce que debe existir un recurso rápido y eficaz en materia de contratación pública. Un recurso específico y que impide la celebración del contrato —y, obviamente, el comienzo de su ejecución— hasta que se produce su resolución expresa. Así lo advierte la STJCE de 28 de octubre de 1999 (Alcatel):

“1) Las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 6, párrafo segundo, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato”.

Como conclusión, puede decirse que estas Directivas “recursos” suponen un punto de inflexión importante en el papel de la Unión Europea —hasta este momento muy secundario— en lo que se refiere al control, corrección y sanción, a través, incluso, de sus propias Instituciones, de aquellas actuaciones que sean contrarias a la normativa comunitaria de cara a garantizar de forma eficaz los objetivos consagrados por el Tratado. Este nuevo papel de atención a la satisfacción efectiva de los derechos de los ciudadanos comunitarios viene a garantizar la legitimidad (y credibilidad) de las organizaciones comunitarias, dado que éstas se demuestran capaces de hacer efectivos unos principios y objetivos que, para muchos, hasta ahora, solamente aparentaban un carácter teórico. Desde esta perspectiva pueda calificarse a estas Directivas como auténtica “revolución jurídica” en cuanto imponen un sistemas de recursos *ad hoc* en el campo de la contratación, tal y como

¹⁷ Véase la Comunicación de la Comisión de 28.5.2003, COM(2003) 317 final.

acertadamente se pone de relieve en la citada STJCE de 28 de octubre de 1999 (Alcatel)¹⁸. Pero, y aquí radica el aspecto más importante de esta resolución judicial, el texto de la citada Directiva “no puede interpretarse en el sentido de que, no obstante la inexistencia de recurso de anulación contra una decisión de adjudicación de un contrato público, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros competentes en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos estén facultados para conocer de recursos en las condiciones enunciadas en esta disposición”¹⁹.

Es decir, los Estados deben diseñar un régimen específico de recursos rápidos y eficaces para fiscalizar la contratación pública, no siendo suficiente la aplicación de los recursos ordinarios que ese Estado tenga establecidos para el resto de la actividad administrativa. Mecanismos que no serán correctos cuando hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, tal y como se deriva del principio comunitario de efectividad²⁰. En todo caso, conviene advertir que no es necesario establecer una acción pública en materia de contratos públicos ya que como afirma la STJCE de 12 de febrero de 2004 es correcto que “se considere que una persona no tiene derecho

¹⁸ Vid. BAÑO LEÓN, en *El análisis de las consecuencias de esta Directiva en el ordenamiento jurídico alemán. El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional*, ob. cit., pp. 335.

¹⁹ Criterio que ya sentó la STJCE de 26 de septiembre de 1998 (Tögel) al afirmar: “Ni los apartados 1 y 2 del artículo 1, ni el apartado 1 del artículo 2, ni las demás disposiciones de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, pueden ser interpretados en el sentido de que, en caso de que el Derecho interno no se haya adaptado a la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, al finalizar el plazo señalado al efecto, los organismos responsables de los procedimientos de recurso de los Estados miembros, instaurados en virtud del apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665, que sean competentes en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras y de suministro, estén facultados también para conocer de los recursos relativos a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios. No obstante, las exigencias de interpretación del Derecho nacional con arreglo a la Directiva 92/50 y de protección eficaz de los derechos de los justiciables requieren que el órgano jurisdiccional nacional compruebe si las disposiciones pertinentes del Derecho nacional permiten reconocer a los justiciables un derecho a interponer recursos en materia de adjudicación de contratos públicos de servicios. En circunstancias como las del litigio en el procedimiento principal, el órgano jurisdiccional nacional está obligado, en particular, a comprobar si este derecho a interponer recursos puede ejercitarse ante los mismos organismos que los previstos en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras.

²⁰ Véanse, por analogía, las SsTJCE de 20 de septiembre de 2001, Banks, apartado 121, y de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan, apartado 29.

a acceder a los procedimientos de recurso previstos por dicha Directiva cuando esta persona no ha participado en el procedimiento de adjudicación del citado contrato, debido a que no estaría en condiciones de prestar todos los servicios objeto de la licitación, como consecuencia de la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a ésta, y contra las cuales, aun así, no interpuso un recurso antes de la adjudicación del citado contrato”²¹.

Se constata, en suma, la preocupación del ordenamiento comunitario por la implantación de efectivos controles que permitan corregir incumplimientos antes de que estos “consoliden” sus efectos. Opción por la que se decanta también los Acuerdos GATT de contratación Pública (ratificado por Instrumento de 30 de diciembre de 1994. BOE de 24 de enero de 1995)²², cuyo artículo XX afirma:

“Cada Parte establecerá procedimientos no discriminatorios, oportunos, transparentes y eficaces, que permitan a los proveedores impugnar las presuntas infracciones del presente Acuerdo que se produzcan en el contexto de una contratación en la que tengan o hayan tenido interés.

3. Cada Parte establecerá por escrito y hará públicos sus procedimientos de impugnación.

4. Cada Parte se asegurará de que se conserve durante tres años la documentación referente a todos los aspectos de los procedimientos que afecten a contratos a los que sea aplicable el presente Acuerdo.

5. Podrá exigirse al proveedor interesado que inicie el procedimiento de impugnación y notifique la impugnación a la entidad contratante dentro de un plazo determinado a partir de la fecha en que se conocieran o debieran haberse razonablemente conocido los hechos que den lugar a la reclamación, plazo que en ningún caso será inferior a 10 días.

²¹ Lo que no puede admitirse, como sostiene la misma Sentencia es que se considere que una persona que ha participado en el procedimiento de adjudicación de un contrato público ha perdido su interés en obtener dicho contrato, debido a que, antes de incoar un procedimiento de recurso previsto por la citada Directiva, no sometió el asunto a una comisión de conciliación, —como la Bundes-Vergabekontrollkommission (Comisión federal de control de adjudicaciones) establecida por la Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (Ley federal austriaca de 1997 sobre la adjudicación de contratos públicos)—. Vid. GIMENO FELIÚ, *La nueva contratación...*, ob. cit., pp. 77-127.

²² El precedente de este Acuerdo lo encontramos en 1979, en la Ronda de Tokio, (que entró en vigor el 1 de enero de 1981) en el que se acordó la extensión del ámbito de aplicación de los principios de contratación pública a los contratos de suministros de la Administración Central del Estado. Sobre esta cuestión puede consultarse el trabajo de OJEDA MARÍN, “La Comunidad Europea y el GATT en el moderno sistema de contratación administrativa”, *RAP* núm. 116, 1988, pp. 435-446.

6. Entenderá de las impugnaciones un tribunal o un órgano de examen imparcial e independiente que no tenga interés en el resultado del contrato y cuyos miembros estén protegidos frente a influencias exteriores durante todo el período de su mandato. Cuando el órgano de examen no sea un tribunal, sus actuaciones estarán sometidas a revisión judicial o se ajustarán a un procedimiento que asegure que:

- a) se oiga a los participantes antes de que se emita un dictamen o se adopte una decisión;
- b) los participantes puedan estar representados y asistidos;
- c) los participantes tengan acceso a todas las actuaciones;
- d) las actuaciones puedan ser públicas;
- e) los dictámenes o decisiones se formulen por escrito, con una exposición de sus fundamentos;
- f) puedan presentarse testigos;
- g) se den a conocer los documentos al órgano de examen.

7) Los procedimientos de impugnación preverán:

- a) Medidas provisionales rápidas para corregir las infracciones del Acuerdo y preservar las oportunidades comerciales. Esas medidas podrán tener por efecto la suspensión del proceso de contratación. Sin embargo, los procedimientos podrán prever la posibilidad de que al decidir si deben aplicarse esas medidas, se tengan en cuenta las consecuencias desfavorables de amplio alcance que pueden tener para los intereses afectados, incluido el interés público. Cuando concurren esas circunstancias, debe consignarse por escrito la causa justa para no adoptar esas medidas;
- b) Una evaluación de la impugnación y la posibilidad de adoptar una decisión sobre su justificación;
- c) Una rectificación de la infracción del Acuerdo o una compensación por los daños o perjuicios sufridos, que podrá limitarse a los gastos de la preparación de la oferta o de la reclamación.

8. Con el fin de preservar los intereses comerciales y de otro tipo afectados, el procedimiento de impugnación se sustanciará normalmente en tiempo oportuno”.

En definitiva, se entiende que un recurso rápido y eficaz es aquel que se resuelve por órgano independiente²³, en un plazo breve (de días y en cóm-

²³ Sin duda, debe tenderse a que estos organismos de control tengan carácter independiente como mecanismo para una eficaz supervisión de la correcta aplicación de las reglas de contratación pública. Así lo defiende igualmente R. MUÑOZ, “La mise en place d’authorités administratives indépendantes dans le domaine des marchés publics”, *Revue de Marché Unique Européen* núm. 3, 1999, pp. 221-267. Se trata ésta, por lo demás, de una exigencia derivada del propio

puto de días naturales) que impide el perfeccionamiento del contrato hasta su resolución expresa y que puede acordar medidas cautelares que garanticen la efectividad material de la resolución²⁴. Y es que de poco sirve una resolución posterior si el contrato ha sido ya ejecutado, tal y como ha recordado el Auto del TJCE de 22 de abril de 1994: «la declaración posterior de un incumplimiento (...) con frecuencia después del incumplimiento del contrato, no podrá eliminar el perjuicio sufrido por el ordenamiento jurídico comunitario y por todos los licitadores excluidos o privados de la posibilidad de participar adecuadamente».

Recurso específico que, a mi juicio, debe existir al margen del concreto importe del contrato, es decir, de su sometimiento a las Directivas de contratos ya que en todo caso son de aplicación los principios comunitarios del TCE²⁵. Así lo advierte la Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006 (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006):

“En el caso los contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario. El derecho a esta protección constituye uno de los principios generales de Derecho derivados de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. A falta de disposiciones pertinentes de Derecho comunitario, incumbe a los Estados miembros instaurar las normas y los procedimientos necesarios para garantizar una protección jurisdiccional efectiva.

En aras del cumplimiento de esta exigencia de protección judicial efectiva, es necesario que, al menos las decisiones que perjudiquen a una persona que esté o haya estado interesada en obtener un contrato, como, por ejemplo, la decisión de descartar a un candidato o licitador, puedan ser objeto de recurso por la posible

tenor del art. 1 de la Directiva 92/13 CEE: “La instancia responsable de los procedimientos de recurso deberá ser independiente”.

²⁴ El Considerando 21 de la de Directiva reforma Directivas de Recursos dice: “La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto, la presente Directiva tiene por objeto garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo de la Carta”. La Comunicación de la Comisión “Estrategia para el mercado interior: prioridades del periodo 2003-06”, COM (2003) 238 final, de y de mayo de 2003 aconseja como medidas en el cumplimiento de los recursos en los contratos públicos la creación de agencias independientes y un periodo de suspensión automática previo a la firma del contrato.

²⁵ Vid. GIMENO FELIÚ, J.M., “Las fuentes normativas en materia de contratación local. El estado de la cuestión”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 14, 2007, pp. 37-39.

contravención de las normas fundamentales derivadas del Derecho primario comunitario.

Para que se pueda ejercer de manera efectiva este derecho a recurso, las entidades adjudicadoras deberán dar a conocer los motivos de las decisiones que puedan recurrirse, bien en la propia decisión o bien previa petición tras la comunicación de la decisión.

De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia).²⁶

En suma, en todo caso, como bien advirtiera ya BAÑO LEÓN, al margen de que en función del importe del contrato puedan diseñarse unos u otros procedimientos de selección y adjudicación de contratos, los Estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados²⁶. Y es que pretender la existencia de controles eficaces para los contratos de umbral comunitario en exclusiva supondría un evidente incumplimiento del principio comunitario de equivalencia, reconocido, entre otras, por la STJCE de 28 de noviembre de 2000 (Roquetes Frères).

2. LAS SOLUCIONES ADOPTADAS POR LA LCSP: ¿HACIA UN CONTROL EFECTIVO?

La Ley de Contratos del Sector Público intenta resolver —y sin duda es un avance— esta cuestión mediante un recurso especial de contratos públicos para contratos de umbral comunitario (armonizado)²⁷ que debe resolver

²⁶ Y es que, como bien afirma este autor, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *RAP* 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en libro col. *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392. También E. ARIMANY LAMOGLIA, “La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector Público”, *REDA*, núm. 133, 2007, p. 88.

²⁷ Los umbrales actualmente vigentes son las indicadas por el Reglamento (CE) núm. 21422/2007, de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Di-

el mismo órgano de contratación (artículo 37, al menos para la Administración General del Estado)²⁸. Al mismo se refiere la Exposición de Motivos afirmando:

“Con la misma finalidad de incorporar normas de derecho comunitario derivado, se articula un nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación, con el fin de trasponer la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

Más en concreto, este recurso especial en materia de contratación rige, en primer lugar, en relación con los contratos sujetos a regulación armonizada, esto es, los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso, y los contratos celebrados por entidades que tengan la condición de poder adjudicador y pertenezcan a alguna de las siguientes categorías: contratos de obras y contratos de suministro o contratos de servicios de los comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales comunitarios, respectivamente.

También quedan sujetos a la preceptiva interposición del recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada a que se refiere el art. 17 de la LCSP, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 206.000 euros, y los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Por tanto, debe advertirse que su ámbito de aplicación es más amplio que el previsto en la Directiva 89/665/CEE, que contemplaba únicamente los contratos de obras, servicios y suministros sujetos a regulación armonizada.

rectivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos.

²⁸ Vid. J. TORNOS MAS, “Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratación de las Administraciones Públicas”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 59, 2006, pp. 45-51. También LÓPEZ-CONTRERAS y J.F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Instituto de Empresa y Cátedra Jurídica del Centro PwC & IE del Sector Público, Madrid, 2006, p. 158.

En cuanto a los actos susceptibles de recurso, según el texto legal éste puede interponerse contra ciertos actos adoptados en el procedimiento de adjudicación, concretamente, contra los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Es decir, acuerdos de adjudicación provisional, pliegos (sean o no Administración Pública), y actos de trámite cualificados²⁹. Obviamente, este recurso, de fundamento comunitario, debe interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJCE. Así, será también objeto de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público (STJCE de 18 de junio de 2002, HI Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik PlanungsgesmbH) o el acto por el que la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJCE de 19 de junio de 2003, GAT).

En todo caso, y desde un perspectiva operativa, el recurso podrá interponerse por las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, por los licitadores (37.3)³⁰.

²⁹ La STJCE de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle y otros) parte de la premisa de que la noción de decisión recurrible debe delimitarse a partir del tenor de las Disposiciones de la propia Directiva y, en particular en función del objetivo de tutela eficaz y rápida que persigue, para concluir que una interpretación restrictiva del concepto de Decisión recurrible sería incompatible con lo dispuesto en el art. 2.1.a) de la misma Directiva. En definitiva, el recurso previsto en la Directiva 89/665/CEE es posible respecto de cualquier acto, entendido como manifestación de voluntad, de una entidad adjudicadora, adoptado en relación con un contrato público comprendido en su ámbito de aplicación material y que pueda tener efectos jurídicos, sin que pueda supeditarse su interposición al hecho de que el procedimiento de contratación haya alcanzado formalmente una determinada fase.

³⁰ En lo relativo a la legitimación Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha precisado en su Sentencia de 19 de junio de 2003 (GAT) que esta disposición no obliga a los Estados miembros a garantizar que dichos procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que desee obtener la adjudicación de un contrato público, sino que les permite exigir que, además, la persona interesada se haya visto perjudicada o pueda verse perjudicada por la infracción que alega, o lo que es lo, mismo, que se trata de dos requisitos cumulativos y no alternativos. Vid. J. GALLEGO CORCOLES, "Legitimación para instar la revisión de decisiones en materia de contratación pública", *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, núm. 75, 2008, pp. 47-56.

Los plazos previstos —diez días³¹—, cortos, son compatibles, a priori con los objetivos y derechos objeto de tutela y se confugran como plazos de caducidad que tienen carácter preclusivo. Opción ésta compatible con el derecho comunitario. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes expuesta se deduce que la fijación por el Derecho nacional de un plazo de caducidad para el ejercicio del derecho de recurso previsto por la Directiva 89/665 es compatible con el Derecho comunitario siempre que el citado plazo no haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de recurso (STJCE de 11 de octubre de 2007, *Lämmerzahl GmbH*)³². Al determinar si ello ocurre tiene que examinarse no sólo la duración del plazo sino también los aspectos del procedimiento de recurso en el que se aplica el plazo. La toma de conocimiento es un elemento esencial. Si bien los objetivos de rapidez y eficacia de la Directiva exigen que la parte interesada que tenga conocimiento de una irregularidad la impugne, esa parte no puede ser privada de su derecho de recurso en virtud de un plazo de caducidad que nace de una circunstancia de la que no pudo razonablemente tener conocimiento³³. Así las cosas, debe llamarse la atención sobre la previsión del artículo 37.6: Los días se computarán —dice la LCSP— en días hábiles. Afirmación que es una contravención inequívoca del derecho comunitario donde —por razones evidentes de seguridad jurídica— el cómputo es en días naturales. Pero es que, y este dato debe ser resaltado, en las adjudicaciones provisionales (que será lo que se recurra habitualmente) el *dies ad quo* no es la notificación —como parece deducirse del artículo 135 LCSP— sino que se inicia desde que se publica o anuncia en el perfil contratante al que se refiere el artículo 42 LCSP. La inseguridad jurídica es evidente pudiendo ocurrir que cuando se reciba la notificación de la adjudicación provisional el plazo ya haya expirado, por lo que, siendo un recurso

³¹ En el caso de que el procedimiento de adjudicación del contrato se tramite por la vía de urgencia prevista en el artículo 96, el plazo para la interposición del recurso será de siete días hábiles y el de subsanación, de dos días hábiles.

³² A la vista del régimen diseñado al pregunta a realizar es si este plazo es compatible con la finalidad de la Directiva recursos recordando que se opone a ésta —como dice esta STJCE de 11 de octubre de 2007— la norma nacional por la que se establece un plazo de caducidad para interponer recurso se aplique de modo tal que se niegue a un licitador la posibilidad de recurrir contra la elección del procedimiento de adjudicación de un contrato público o contra la estimación del valor de dicho contrato, cuando la entidad adjudicadora no ha indicado claramente al interesado la cantidad o la extensión global de dicho contrato.

³³ Sentencia de 12 de diciembre de 2002 (Universale-Bau), apartados 76 y 77 y Sentencia de 27 de febrero de 2003 (Santex), apartados 49 a 66.

preclusivo, no existiría ya mecanismos de fiscalización³⁴. El plazo de diez días, aparentemente adecuado, se presenta ahora como un plazo que podríamos calificar de fugaz³⁵. Y, además, parece contrario a la Directiva recursos que prevé un plazo mínimo de diez días civiles cuando exista notificación (lo que no es el caso español)³⁶.

Deficiente regulación —al menos desde la perspectiva de tutela judicial efectiva— que se incrementa con la opción —ciertamente restrictiva— de exigir que el escrito de interposición del recurso se presente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para su resolución, lo que restringe notablemente las posibilidades que respecto de la presentación de escritos se prevén en el art. 38.4 de la Ley 30/1992 (disposición que permite que la presentación de los escritos administrativos se efectúe en los registros de cualquier órgano administrativo, representaciones diplomáticas u oficinas consulares en el extranjero e incluso en las oficinas de correos)³⁷.

Por otro lado, el sistema de medidas provisionales es incluso un retroceso frente al actual artículo 60 bis de la LCAP (ya considerado insuficiente

³⁴ Crítica igualmente este plazo por su excesiva brevedad GUINOT BARONA, “El nuevo recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la Ley de contratos del sector público”, *Diario La Ley*, número 6882, Sección Doctrina, 13 de febrero de 2008.

³⁵ Resulta difícil conciliar esta opción del legislador con la jurisprudencia del TC. Recuérdese como la STC 179/2003 (entre otras) afirma que no puede calificarse de razonable una interpretación que prime los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales (SSTC 204/1987 y 193/1992) y perjudicando paralelamente al particular afectado por el acto administrativo» (STC 58/2000). Sólo la notificación debidamente efectuada con arreglo al art. 58.2 de la Ley 30/1992 puede abrir el cómputo del plazo de interposición del recurso administrativo, teniendo en cuenta que, según el Tribunal Supremo (Sentencias de 25 de marzo de 2002 o de 12 de abril de 2000) la notificación personal resulta insoslayable siempre que la Administración pueda, con el empleo de la diligencia exigible conocer la identidad y el lugar idóneo para notificar a cualquiera de los posibles interesados en el trámite correspondiente. Si siendo procedente la notificación personal ésta no se realiza, la notificación es defectuosa y sólo surtirá efecto desde la interposición del recurso o desde que el interesado realice un acto que ponga de manifiesto que conoce el contenido y el alcance del acto, conforme al art. 58.3 de la Ley 30/1992.

³⁶ La Directiva 2007/66/CE, de reforma de la Directiva Recursos establece que el plazo para interponer el recurso no podrá ser inferior a diez días civiles a partir del siguiente a aquél en que la decisión del poder adjudicador haya sido comunicada por fax o medio electrónico, o, cuando se utilicen otros medios de comunicación, no inferior a quince días civiles desde la remisión o diez días civiles desde la recepción de la decisión, lo que exigirá la modificación de la regla relativa al plazo.

³⁷ Esta opción es particularmente restrictiva para los licitadores comunitarios no españoles.

por la doctrina³⁸), por cuanto ya no son automáticas y no son recurribles, lo que quiebra la previsión del artículo 8.2 de la Directiva 89/665. Además, el breve plazo de dos días para medidas adicionales parece excesivamente breve. Asimismo, la ausencia de previsión de plazo de suspensión tras la resolución del recurso hasta que se sustancia el jurisdiccional no parece del todo correcto desde la perspectiva de tutela judicial. El art. 38 de la LCSP no fija plazo para formular la solicitud de medidas provisionales, previsión que si se recogía en el art. 60.bis LCAP, conforme al cual la solicitud de adopción de medidas provisionales debía formularse en el plazo de cinco días a contar desde la fecha de la infracción alegada. A falta de regla expresa sobre el plazo hay que entender que la petición podrá deducirse en cualquier momento del plazo de diez días que el art. 37 de la LCSP establece para la interposición del recurso especial y con el mismo escrito de interposición de éste, pero no con posterioridad.

Resulta llamativa la decisión de la Ley respecto de la suspensión del acto recurrido pues aunque la Directiva 89/665/CEE prevé expresamente que por sí mismos, los procedimientos de recurso no deberán tener necesariamente efectos suspensivos automáticos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a los que se refieran, el legislador español ha querido que, cuando la impugnación se dirija contra el acto de adjudicación provisional, el recurso tenga un efecto suspensivo automático (la única excepción es la adjudicación provisional en el acuerdo marco, que se puede levantar en cinco días), para evitar que se produzca la adjudicación definitiva del contrato, y con ella su perfección, lo que ocasionaría mayores perjuicios caso de ser posteriormente estimado el recurso y anulada la adjudicación provisional³⁹. Previsión que constituye una excepción a la regla general en materia de suspensión contenida en el art. 111.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Interpuesto el recurso, se dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días —nuevamente hábiles— para formular alegaciones, y se reclamará el expediente, en su caso, a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, que deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe.

³⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Artículo 60 bis. Medidas provisionales”, en el libro col *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 324-325. Igualmente critica con este precepto se posiciona S. DE LA SIERRA, “Las medidas cautelares en la contratación pública”, *RAP* 164, 2004, pp. 229-230.

³⁹ Vid. GUINOT BARONA, “El nuevo recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la Ley de contratos del sector público”, *Diario La Ley*, N.º 6882, Sección Doctrina, 13 feb. 2008. Este mismo trabajo en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, núm. 74, 2008, pp. 34-48.

Los licitadores tendrán, en todo caso, la condición de interesados en el procedimiento de recurso⁴⁰.

Recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose la resolución a todos los interesados. En todo caso, transcurridos veinte días hábiles contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver expresamente y del mantenimiento, hasta que ello se produzca, de la suspensión establecida en el 37.7 LCSP, en su caso.

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado⁴¹. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, sobre la retroacción de actuaciones, o sobre la concesión de una indemnización a las personas perjudicadas por una infracción procedimental.

Si la resolución del recurso acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el artículo 135.4, segundo párrafo.

El plazo máximo para resolver el recurso es de veinte días hábiles contados desde el siguiente a la interposición del recurso, transcurridos los cuales sin haberse notificado resolución expresa el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo. Por tanto, el silencio produce efectos negativos de acuerdo con la regla general del art. 43.2 de la Ley 30/1992.

No obstante la desestimación por silencio, subsiste en todo caso la obligación de resolver de forma expresa —así lo imponen también los arts. 42.1

⁴⁰ En todo caso, como recuerda la STJCE de 14 de febrero de 2008 (VAREC) el órgano que conozca este recurso debe garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los cautelares y el secreto de dicha información].

⁴¹ En todo caso insistimos, la resolución que decida el recurso habrá de ser motivada, y ello no sólo por establecerlo así el propio art. 37 de la LCSP, sino también por ser ésta una exigencia explícita de la Directiva 89/665/CEE.

y 43.4 de la Ley 30/1992— y se prevé expresamente el mantenimiento de la suspensión automática del acto de adjudicación provisional en tanto dicha resolución expresa no se produzca.

Una reflexión importante es que del diseño establecido se deduce que que tras la adjudicación provisional y su posterior recurso se produce la adjudicación definitiva sin que proceda ya ningún recurso contra ésta, dado que la adjudicación definitiva se presenta como un trámite formal y no de fondo ya que al decisión propiamente dicha se adopta en la adjudicación provisional por el órgano competente. Y es que la Directiva Recursos impide la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso, tal y como acaba de afirmar en la STJCE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. De la propia dicción del artículo 37 —en concordancia con 135— se deduce que la adjudicación provisional es el acto declarativo que será objeto de fiscalización y por ello la “elevación” a definitiva tiene carácter procesal a efectos de dar cumplimiento a una de las características propias de los recursos de la Directiva y es que no se comience la ejecución en tanto se resuelve un recurso (lo contrario produciría situaciones absurdas: un eventual recurso ante jurisdicción y otro en vía administrativa sobre un mismo fondo e idéntica pretensión procesal)⁴².

Pues bien, entiendo que con esta regulación no se cumple ni con las Directivas recursos ni con la finalidad pretendida por las mismas, al no existir la nota de eficacia exigible a un correcto sistema de garantías pues ésta debe ser analizada o contemplada desde la perspectiva de corrección ante eventuales infracciones normativas y no desde la visión de la Administración que “resuelve un obstáculo procedimental”⁴³. Y es que difícilmente puede considerarse que concurre la nota de independencia cuando resuelve el mismo órgano contratante —o quien ostenta influencia dominante o tutela— lo que puede pervertir la finalidad de este mecanismo de control

⁴² Así lo ha entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 18/2008, de 21 de julio (Informe que extiende la misma argumentación de no “recurribilidad” de la adjudicación definitiva en contratos no armonizados).

⁴³ No se ajusta tampoco a la reciente Directiva 2007/66/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Tampoco la previsión de recursos que prevé la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos de Navarra, que exige, entiendo, una ordenación a esta norma (en el contexto de la STJCE de 3 de abril de 2008).

que puede devenir en carga u obstáculo procedimental habida cuenta su carácter preclusivo.

Por otro lado, la limitación del recurso a los contratos armonizados no tiene, como ya hemos advertido, justificación (de hecho la referida Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006 aconseja la existencia de recursos eficaces al margen del importe del contrato)⁴⁴. En esta línea se ha manifestado el Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen 514/2006 al afirmar que:

“La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. Con arreglo a los artículos 37.1 y 38.1 del anteproyecto, tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. **A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos.**

La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada.

Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley.

Así se ha hecho en el Derecho francés, cuyo *référé* précontractuel, aunque creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas. Frente al ejemplo francés, otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados”. (Negrita nuestra).

⁴⁴ Crítico con esta opción es también J. BERASATEGUI, “El control administrativo independiente de la contratación Pública”, *Diario La Ley*, num. 6650, 13 de febrero de 2007, p.4.

Eso significa que para los contratos no armonizados no existe este recurso y la LCSP remite a la legislación general. Esto podría hacernos pensar en que se mantiene, por tanto, el sistema de la LCAP. Pero no es así dado que la LCSP establece diferencias en función de que el poder adjudicador tenga o no consideración de Administración Pública. Y aquí es donde la nueva LCSP presenta una evidente desconexión con la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, con la LOFAGE, la LRJAPAC y con la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas (entre otras) cambiando categorías aceptadas por el Derecho Administrativo al utilizar un concepto de Administración Pública “a la carta, —el artículo 3.2 LCSP no incluye a las entidades públicas empresariales y equivalente autonómicos como Administraciones públicas— decidiendo que se residencien en la jurisdicción civil todos los actos de éstas, aunque sean de preparación y adjudicación — artículo 21.2 de la LCSP— lo que nos lleva al siguiente interrogante⁴⁵: ¿cómo es posible que actos de preparación y adjudicación de contratos de una entidad pública empresarial se residencien en la jurisdicción civil? ¿No son actos administrativos? El artículo 21.2 LCSP modifica, por tanto, la regla actual del artículo 2. b) de la LJ⁴⁶. Esta solución se justifica en la idea de que la lucha del Derecho contra la arbitrariedad del poder puede hacerse incluso con mayor eficacia por el juez civil que puede controlar el cumplimiento (incluso de la Administración) de las exigencias constitucionales o a las obligaciones derivadas del Derecho comunitario europeo⁴⁷. Se resucita la

⁴⁵ Esta solución, de forma indirecta, encuentra apoyo en el planteamiento B. MACERA y de BORRAJO INIESTA, para quien la lucha del Derecho contra la arbitrariedad del poder puede hacerse incluso con mayor eficacia por el juez civil que puede controlar el cumplimiento -incluso de la Administración- de las exigencias constitucionales o a las obligaciones derivadas del Derecho comunitario europeo. MACERA, B., “La sujeción a control contencioso-administrativo del *feri* de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas: un remedio impropio a una tendencia privatizadora ilegítima”, *RAJ*, 155, 2001, pp. 242-251; y BORRAJO INIESTA, “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *REDA*, núm. 78, 1993, pp. 234 y ss. En su opinión, es posible que los Códigos del Derecho privado, reforzados por la Constitución y el Derecho comunitario europeo, ofrezcan un sustrato suficiente para la existencia de un Derecho administrativo paralelo al que se cimenta en las leyes administrativas, y cuya construcción corresponde a la jurisprudencia y a los estudiosos (p. 249).

⁴⁶ Vid. S. DEL SAZ, “La Nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?”, *RAJ*, 174, 2007, p. 349.

⁴⁷ Y es que, en su opinión, en dicha labor de control, no tiene el monopolio la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que ésta, en abstracto, no es mejor, ni necesariamente peor, que las otras jurisdicciones para hacer cumplir la ley. BORRAJO INIESTA, “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *REDA*, núm. 78, 1993, pp. 234 y ss. En su opinión, es posible que los Códigos del Derecho privado, reforzados por la Constitución y el Derecho comunitario europeo, ofrezcan un sustrato suficiente para la existencia de un Derecho administrativo paralelo al

problemática de la dualidad de jurisdicciones —aunque condicionada al importe del contrato— superada ya hace tiempo al entender que era la calificación jurídica del contrato lo que atraía esta jurisdicción⁴⁸.

En mi opinión, esta opción legislativa puede comportar más problemas que ventajas. El principal, que se dividiría el régimen de control y recursos en función del ente contratante de manera que contratos análogos irían a jurisdicciones diferentes con la posibilidad de que apareciese jurisprudencia discrepante. Una adecuada coherencia aconseja a mantener la clásica teoría de los actos separables residenciando en la jurisdicción contencioso-administrativa los litigios derivados de las controversias surgidas en la fase de preparación y adjudicación del contrato (como sucede con los de umbral comunitario al residenciar tras el recurso especial de contratación su fiscalización ante la jurisdicción contencioso-administrativa, al margen de la naturaleza pública o privada del ente contratante. Es decir, debería subsistir la conocida teoría de los «actos separables»⁴⁹. Opción avalada por el hecho de que las propias Directivas ofrecen la garantía cautelar de la suspensión, fase puramente jurídico-pública del procedimiento de contratación que decide la Jurisdicción contencioso-administrativa. Además, las discrepancias objeto del recurso relativas a la publicidad y concurrencia tienen un claro matiz jurídico público que aconsejan que su resolución se plantee en la jurisdicción contenciosa⁵⁰. A su vez, se ampliaría la legitimación, ya que en el caso de impugnación contencioso-administrativa se extiende a todos los titulares de derechos subjetivos así como a todo ciudadano que presente un interés legítimo (lo que tiene especial importancia a la hora de poder denunciar el incumplimiento de esta normativa o la existencia de supuestos de corrupción). Un dato significativo que avala este razonamiento es que esta pro-

que se cimenta en las leyes administrativas, y cuya construcción corresponde a la jurisprudencia y a los estudiosos (p. 249).

⁴⁸ Vid. T. FONT I LLOVET, “Control jurisdiccional de la selección de contratistas”, en libro col *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al profesor S. Martín-Retortillo*, Civitas, 2003, p. 1453-1454. También MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y derecho español*, Mac Graw Hill, Madrid, 1996, 315 y RIVERO YSERN, “¿Actos separables en los contratos de los entes públicos sometidos a derecho privado?“, libro col. *Hom. Clavero Arevalo*, Civitas, madrid, 1988, p. 701.

⁴⁹ Vid. BAÑO LEÓN, “El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional”, ob. cit., p. 362.

⁵⁰ En términos similares, esta solución es compartida por s.gonzalez-varas ibañez, para quien la importancia de estas Directivas de «sectores excluidos» está en que se hace residenciar los litigios sobre la preparación y adjudicación de los contratos de estas entidades regidas por el Derecho privado, en la jurisdicción contencioso-administrativa. *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 171.

puesta es la escogida por la Ley 31/2007, de contratación en los sectores especiales: todos los conflictos se resuelven en sede contencioso-administrativa, aplicando la conocida teoría de los “actos separables” (evidentemente, las cuestiones relativas al contenido e interpretación del contrato serán fiscalizadas por la jurisdicción civil)⁵¹.

El balance de este nuevo recurso es insatisfactorio pues, aunque sin duda es un avance frente a la situación de 1995, parece que el sistema diseñado es insuficiente⁵² y que debería haberse previsto un recurso ante un órgano independiente y, además, especializado. Esta opción es por la que se ha decantado la Comunidad de Baleares en su Ley 3/2003, de 26 de marzo de Régimen Jurídico, al introducir en su artículo 66 un *Recurso especial en materia de contratación*:

“1. Contra los actos de los órganos de contratación podrá interponerse un recurso especial en materia de contratación. Este recurso, al cual resulta de aplicación el régimen jurídico previsto en la legislación básica para el recurso de reposición, tendrá carácter potestativo, lo resolverá la Junta Consultiva de Contratación y substituirá, a todos los efectos, al recurso de reposición.

2. El recurso podrá interponerse ante el órgano de contratación o directamente ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Si el recurso se interpone ante el órgano de contratación, éste lo remitirá a la Junta en el plazo de diez días, con un informe jurídico y con una copia completa y ordenada del expediente de contratación. Si se interpone ante la Junta, ésta requerirá la remisión del expediente y el correspondiente informe al órgano de contratación.

3. La competencia de la Junta Consultiva para resolver comprende también la facultad de suspender la ejecución del acto impugnado y, en su caso, la adopción de medidas cautelares.

4. Los acuerdos que adopte la Junta Consultiva serán vinculantes para el órgano de contratación que dictó el acto impugnado”.

En esta misma línea se ha situado al reciente Ley Foral 6/2006, de 9 de junio de contratos públicos, que opta por un recurso facultativo ante la Junta de Contratación Pública y que no limita por el importe del contrato. El fundamento de esta nueva regulación (Título II del Libro III) no sólo es comunitaria sino de fines internos, apostando por las nuevas tecnologías

⁵¹ También son de esta opinión MEILAN GIL y C. AYRERYCH, “Contratación pública en los sectores excluidos”, en libro col. *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 146.

⁵² LÓPEZ-CONTRERAS y J.F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, ob. cit., pp. 98-100.

