

I. CUESTIONES GENERALES
da

Presentación

Martín Bassols Coma
Catedrático de Derecho Administrativo

La opción de nuestro legislador (Ley 34/2010 de 5 de agosto) de atribuir a un Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y, en el ámbito autonómico, a Órganos independientes, el conocimiento y resolución de la Cuestión de nulidad contractual y del Recurso especial en materia de Contratación constituye un acontecimiento institucional de la máxima relevancia. La puesta inmediata en funcionamiento de estos nuevos Organismos que vienen a renovar y reforzar la confiaba en las posibilidades de una vía administrativa articulada desde nuevos parámetros justifican un número monográfico de la Revista de Documentación Administrativa dedicado a estudiar, no solo sus aspectos orgánicos de nuevo cuño, sino también las principales cuestiones instrumentales y de técnica jurídica con que se enfrentan en sus primeros pasos. Resulta prematuro todavía trazar un mínimo balance, pero si se permite ya vislumbrar que sus resoluciones van a contribuir a renovar la dogmática sobre la contratación administrativa e, incluso, la propia visión que de esta institución se ha tenido hasta ahora en la vía contencioso-administrativa.

Antes de pasar a presentar la sistemática expositiva de las distintas contribuciones quiero agradecer vivamente a sus autores su entusiasta colaboración, así como al Consejo de Redacción de la Revista la confianza depositada al encargarme la coordinación de este número monográfico.

1. El presente número se inicia con un estudio de S. Gonzalez-Varas Ibañez que traza un luminoso panorama de derecho comparado europeo sobre la evolución del control de la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas. Para nuestro autor las tres claves fundamentales –publicidad, concurrencia y vinculación a la mejor oferta– que constituyen la esencia del llamado modelo del contrato administrativo (vigente también tradicionalmente nuestro país) se ha impuesto en el contexto europeo internacional frente al modelo del contrato civil o privado de la Administración y ello fundamentalmente porque el mercado interior europeo solo se puede cumplir si dichas claves se cumplen ya que “de lo contrario se contrataría en clave nacional siempre que el adjudicador así lo quisiera y no se realizaría tal mercado”. Al situarse la adjudicación de los contratos administrativos definitivamente en la órbita del Derecho público algunos países como Alemania o Austria se han visto obligados a instaurar ex novo un nuevo sistema de control judicial, al punto que el

debate a nivel europeo gira en torno a la opción por un control judicial de las adjudicaciones; sistema de jurisdicción administrativa no judicial o un sistema mixto. El sistema de control por la jurisdicción contencioso-administrativa aporta, además de la tradición, importantes soluciones de técnica jurídica, si bien sus resultados operativos- a pesar del desarrollo alcanzado por las medidas cautelares- no son totalmente satisfactorios para los recurrentes pues en la mayoría de los casos al producirse la sentencia los contratos están ya plenamente cumplidos y satisfechos sin otra alternativa que las indemnizaciones. Por todo ello, a nivel general se ha combinado el sistema judicial con un reforzamiento opcional a la vía administrativa. Este es el modelo finalmente acogido en nuestro país a raíz de la Ley 34/2010 de 5 de agosto con la creación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y los eventuales Organismos autonómicos de análoga naturaleza que puedan crearse. Este reforzamiento de la vía administrativa incorpora una voluntad institucional de superar el tradicional control por vía de recurso ante el mismo Órgano administrativo. adjudicador que constituía, según una acertada calificación del autor que glosamos, “en términos prácticos, un pasatiempo”. Junto a estas interesantes reflexiones sobre el reforzamiento de la vía administrativa Gonzalez-Varas en la segunda parte de su artículo propone un enfoque prospectivo en el sentido de hacer converger la fiscalización de la adjudicación contractual con el control de la defensa de la competencia por entender que en última instancia ambas cuestiones se inscriben en el Derecho de la Competencia. Si bien en Derecho alemán esta convergencia se ha materializado plenamente, en el Derecho español el autor analiza detalladamente resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia y sentencias de la jurisdicción civil y contencioso-administrativa que apuntan claramente en esta dirección y que permiten a medio plazo alumbrar nuevas soluciones técnico-jurídicas en este campo.

En el marco de las anteriores consideraciones sobre la recuperación y reforzamiento de la vía administrativa. J.J. Pardo Garcia-Valdecasas, actual y primer Presidente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, nos traza las características básicas e institucionales que configuran el nuevo Tribunal. En primer lugar, destaca que se trata de un Órgano y no de un organismo lo que implica que carece de personalidad jurídica, integrándose en la estructura de la Administración del Estado como un Órgano más. Ahora bien, al especificar la Ley de creación que se trata de un Órgano “adscrito”, pero no integrado en la Administración del Estado implica desde un primer momento la intención del legislador de poner de manifiesto desde un primer momento la plena independencia de actuación del Tribunal. Como segunda nota caracterizadora resulta evidente que se está en presencia de un Órgano administrativo y no jurisdiccional, pero con esta afirmación tan tajante no se agota la problemática de esta calificación. Evidentemente, si algunas notas externas a la luz del Derecho comunitario o incluso de nuestro derecho podrían asimilarle a un organismo jurisdiccional, la ausencia de la nota de la obligatoriedad de su jurisdicción (carácter potestativo) le aleja definitivamente de su asimilación. I. ahora bien lo cierto es que su independencia, el régimen de nombramiento de sus miembros (que se analiza debidamente en el cuerpo del estudio) y el hecho decisivo que sus resolu-

ciones solo pueden ser revocadas por un órgano jurisdiccional permiten considerar que el Tribunal merece la calificación de “órgano cuasi jurisdiccional”. Esta caracterización, unida a la dotación de medios personales y materiales para el desarrollo de sus funciones, permiten concluir que ahora la utilización de esta vía administrativa contractual, no será un simple e inútil “pasatiempo” sino una autentica garantía jurídica dotada de eficacia para sus usuarios. Como prueba contundente de esta esperanzadora institución basta consultar el apéndice documental de la actividad del Tribunal que apenas cuenta con dos años de funcionamiento y que con un tiempo tan escaso ha logrado, no solo resolver rápidamente multitud de asuntos, sino crear un cuerpo doctrinal en el que han afloran una serie de cuestiones jurídicas de nuevo cuño que constituirán un legado a tener en cuernita en futuras revisiones de la legislación de contratos del Sector publico. En el mismo trabajo de Pardo-Valdecasas se apunta a la funcionalidad y naturaleza jurídica de los convenios que pueden celebrarse entre las autoridades autonómicas y locales con el Tribunal en orden al encargo de resolución de recurraos contractuales. Esta llamada de atención sobre esta cuestión y sus potencialidades debe ponderarse debidamente en un momento como el presente de crisis económico-financiera y de contención en la creación de nuevos organismos administrativos. Bien es cierto que, como veremos al glosar el panorama del derecho contractual autonómico, que se ha hecho un uso contenido- en contraste con otras etapas- de la potestad autoorganizativa de las Comunidades Autónomas, pero no resulta ocioso recordar la existencia de este mecanismo de colaboración. Al propio tiempo, la celebración de este tipo de Convenios resulta pertinente a la vista de la Resolución interpretativa nº 280 de la Junta Consultiva de Contratación de 20 de marzo de 2012(Boletín Oficial del Estado de 10 de abril de 2012) cuyo texto se reproduce en el Apéndice.

La exegesis completa del régimen jurídico de las competencias del Tribunal y de la legitimación para su acceso se contiene en el estudio de M. Pulido Quecedo. En el mismo se pasa revista sucesivamente al recurso especial en materia de contratación contrastando su definitiva articulación con las previsiones de las Directivas europeas y las sugerencias y alternativas contenidas en la doctrina de nuestro Consejo de Estado. Especial atención merece al autor el análisis del sistema de medidas cautelares y sus presupuestos y efectos. La compleja y problemática Cuestión de Nulidad y sus distintas modalidades son objeto de un minucioso comentario en orden a sus efectos y comparativamente con el Recurso especial. La irrupción de la Ley especial 24/2011 de 1 de agosto sobre Contratos en el Sector de la Defensa y Seguridad Publica en pleno proceso de refundición del texto primitivo de la Ley de Contratos del Sector publico con sus primeras y sucesivas reformas, nos ha determinado dedicar una atención específica a la problemática del recurso especial y la cuestión de nulidad que mantienen su autonomía en este ámbito normativo y muy singularmente a las medidas de confidencialidad que deberá tener presente el Tribunal Administrativo Central y los Organismos autonómicos especializados competentes en seguridad publica, tanto en procedimiento de tramitación de los recursos como en sus resoluciones sobre los contratos que sean objeto de calificación de materias reservadas o de protección de los intereses de la defensa y seguridad.

2. La prioridad histórica en la constitución de organismos especializados para la resolución de los recursos en materias de contratos con anterioridad a la Ley estatal hay que atribuirla a la Comunidad Foral de Navarra. Como destaca J.F. Alenza García por Ley Foral 6/2006 de 9 de junio se aprobaría la Ley Foral de Contratos Públicos e inmediatamente por Decreto Foral 236/2007 de 5 de noviembre se regulo la Junta de Contratación Pública, como órgano consultivo, asesor y de resolución en materia de contratación pública y con independencia funcional no sometido a instrucciones jerárquicas respecto a la Administración pública. Dicha Junta presenta como órgano colegiado la siguiente estructura: el Pleno integrado por el Presidente, el Vicepresidente, el Secretario y catorce Vocales (designados por entidades representativas de intereses sociales); y la Comisión Permanente, compuesta por el Presidente de la Comisión, un Vocal designado por el Pleno y el Secretario de la Junta, actuando como >Secretario de la Comisión sin voz ni voto el Jefe de la Sección de Contratación del Departamento de Economía y Hacienda. Mientras las funciones consultivas y asesoras corresponden al Pleno, la resolución de los recursos contractuales compete en exclusiva a la Comisión Permanente. Al ser anterior la configuración del régimen jurídico del recurso contractual al de la Ley estatal cabe se subrayan las diferencias en el ámbito material contractual (con independencia que los contratos superen o no los umbrales comunitarios), legitimación, motivos invocables, plazos de resolución (fijación el silencio como negativo) y tramitación del procedimiento.

R. Terol Gómez sobre la base de las competencias reconocidas por la legislación general en materia de contratación pública a los Territorios Históricos, analiza el proceso de creación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, respectivamente, para Guipuzcoa y Bizkaia; y el Órgano Administrativo Foral de Recursos Administrativos de Alaba, todos ellos integrados por u Presidente y dos Vocales, adscritos al Departamento correspondiente de la Diputación Foral “sin integraras en su estructura jerárquica”. Sus competencias se extienden a la actividad contractual de la Administración directa e indirecta de las Diputaciones Forales, con independencia de que en el futuro las Juntas Generales puedan disponer también de sus propios órganos especializados. Culmina el sistema el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, configurado inicialmente como Órgano unipersonal subrayándose que ejercerá sus funciones con objetividad e imparcialidad, sin sujeción a vínculo jerárquico alguno, ni instrucciones de ninguna clase de los órganos de las Administraciones públicas afectadas. Sin embargo, se prevé por vía de deslegalización que en el futuro pueda transformarse dicho Órgano unipersonal en un órgano colegiado bajo la denominación de Tribunal Administrativo de Recurso Contractuales, integrado por un Presidente y un mínimo de dos vocales, pudiendo incrementarse el numero de vocales cuando el volumen de asuntos lo requiere o aconseje. Análoga solución ha sido la adoptada por Cataluña que, según la exposición de J. Ponce Sole y O. Capdeferro Villagrasa, ha constituido el Órgano de Recursos Contractuales de Cataluña como órgano especializado unipersonal que actúa con plena independencia funcional, adscrito al mismo departamento(Presidencia) al que lo esta la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública La Ley de creación de dicho Órgano también prevé la posibilidad de un futuro de transfor-

marse en Tribunal Administrativo y configurarse como órgano colegiado cuando el volumen de asuntos aconsejen dicha transformación o bien que la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación pública formule la correspondiente propuesta el incremento de recursos presentados. De producirse el cambio el titular de Órgano especializado pasaría a ocupar la presidencia del Tribunal.

J. M^a Gimeno Feliu, reconocido tratadista en materia de contratación pública y de recursos contractuales, se ocupa del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón configurado como un órgano colegiado independiente integrado por tres miembros: un Presidente y dos Vocales, nombrados entre funcionarios de carrera de Cuerpos y Escalas del grupo A con la titulación en Derecho que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años (Presidente) y diez años (Vocales) en la rama del Derecho Administrativo relacionada directamente con la contratación pública. Uno de los vocales deberá pertenecer necesariamente a la Administración local; el Secretario del Tribunal será el Secretario de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón. Especial atención se presta a la doctrina desarrollada por dicho Tribunal desde su reciente creación en el ámbito de anulación de adjudicaciones, así como en la fijación de indemnizaciones y multas y ello fundamentalmente en atención a que dicha doctrina, tanto en esta como en el resto de materias es de obligado cumplimiento para toda licitación pública, independientemente de que se trate o no de un contrato de importe armonizado. Por su parte A. PALOMAR OLMEDA nos advierte con carácter general, al hilo de la regulación del Tribunal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid como órgano colegiado, integrado por un Presidente y dos Vocales, designados entre funcionarios de carrera, de la ruptura del fuero jurisdiccional en el ámbito contencioso-administrativo que se genera según las resoluciones de dicho Tribunal deriven de contratos suscritos órganos de la Administración directa de la Comunidad o bien por órganos y entidades de su Administración autonómica periféricas mismo tiempo se destaca la originalidad del sistema de financiación de la actividad del Tribunal por la exigencia de la correspondiente tasa por los asuntos que se sometan a su conocimiento y resolución respecto a los procedimientos de contratación de los entes, organismos y entidades del sector público de la Comunidad que no tengan la consideración de Administración pública; Universidades públicas; entidades locales; entidades celebren contratos subvencionados y entidades contratantes en procedimientos de los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales.

Entre los Tribunales de más reciente creación figura el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. La Profesora F^a Villalba Pérez analiza su génesis y el proceso de su constitución por Decreto 332/2011 de 2 de noviembre y puesta en funcionamiento mediante Orden de 14 de diciembre del mismo año. El Tribunal se configura como Órgano colegiado, integrado por un Presidente y dos Vocales nombrados entre funcionarios de carrera licenciados o graduados en Derecho con experiencia profesional de quince años para el Presidente y diez años para los vocales, si bien funcionara inicialmente como Organismo unipersonal, cuya titularidad recaerá en su Presidente, hasta cuando el volumen o la especificidad de los asun-

tos aconseje la entrada en funcionamiento como Organismo colegiado...Previa la suscripción del correspondiente Convenio con la Consejera de Hacienda, el Tribunal conocerá de los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad que se promuevan en el ámbito de las Entidades Locales (sin perjuicio que las Diputaciones Provinciales puedan promover la constitución de organismos de resolución de recursos como fórmula de cooperación a los servicios municipales), actos en materia de contratación acordados por el Parlamento de Andalucía; Cámara de Cuentas, Consejo Consultivo, Consejo Audiovisual, Defensor del Pueblo y Consejo Económico y Social de Andalucía; así como de las Universidades Públicas de Andalucía. Castilla y León, según nos informa J.C. LAGUNA DE PAZ, también ha promovido un Anteproyecto de Ley que contempla la constitución de un Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, adscrito al Consejo Consultivo de Castilla y León, cuyo Secretario lo será también del nuevo Tribunal al iniciar sus funciones

Por último, se analiza el sistema de resolución de recursos contractuales en el seno de los Órganos constitucionales y demás Organismos que gozan de autonomía institucional. Luis de la Peña Rodríguez estudia el “Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales”, con competencia en relación a los contratos que celebren el Congreso de los Diputados, el Senado, las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo. El Tribunal se compone de un Diputado un Senador y el Interventor de las Cortes Generales.

2. También el lector puede encontrar referencias a organismos especializados análogos dependientes de Asambleas legislativas de Comunidades Autónomas. En el estudio de J. Ponce Sole y O. Capdeferro Villagrasa se dedica un apartado específico al “Tribunal de Recursos Contractuales del Parlamento de Cataluña”, órgano colegiado integrado por un Diputado, un Interventor y un Letrado, nombrado por la Mesa del Parlamento, al inicio de cada legislatura. En otras Comunidades Autónomas se contempla la posibilidad de creación de órganos específicos de las Asambleas legislativas y de otros Organismos estatutarios, sin perjuicio que transitoriamente y por vía de convenio se atribuya la competencia resolutoria al Tribunal Administrativo de la propia Comunidad Autónoma. Esta solución puede consultarse en los estudios de A. Palomar Olmeda en relación a la Comunidad de Madrid de J.M^a Gimeno Feliu para la Comunidad de Aragón; R. Terol Gómez para la Comunidad Autónoma de Euskadi

4. Se incorpora como Apéndice Documental diversos Documentos que ilustran sobre la intensa actividad desarrollada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (derivada principalmente de la publicación de su primera Memoria de Actividades del año 2011), así mismo se hace referencia a recientes resoluciones de indudable interés que revelan la complejidad de la actividad contractual en relación con materias afines o mixtas. Por último se transcribe la Resolución de 28 de marzo de 2012 (BOE 10 de abril de 2012) que afecta directamente a las cuestiones tratadas en este número monográfico.